

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

Для науковців, правників, студентів.

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

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

ВІДПОВІДАЛЬНИЙ РЕДАКТОР	І.С. Гриценко, д-р юрид. наук
РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ	Р.А. Майданик, д-р юрид. наук, проф. (заст. відп. ред.); О.В. Клепикова, канд. юрид. наук, доц. (відп. секр.); В.С. Щербина, д-р юрид. наук, проф.; Н.В. Пришва, д-р юрид. наук, проф.; О.В. Дзера, д-р юрид. наук, проф.; М.І. Іншин, д-р юрид. наук, проф.; С.Я. Фурса, д-р юрид. наук, проф.; М.В. Краснова, д-р юрид. наук, проф.; П.С. Берзін, д-р юрид. наук, проф.; А.М. Мірошніченко, д-р юрид. наук, проф.; О.Л. Копиленко, д-р юрид. наук, проф.; М.А. Погорельський, 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 28.05.12 (протокол № 8)
Атестовано	Вищою атестаційною комісією України. Постанова Президії ВАК України № 1-05/4 від 14.10.09
Зареєстровано	Міністерством юстиції України. Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації КВ № 16528-5000Р від 19.04.10
Засновник та видавець	Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Видавничо-поліграфічний центр "Київський університет". Свідоцтво внесено до Державного реєстру ДК № 1103 від 31.10.02
Адреса видавця	01601, Київ-601, 6-р Т.Шевченка, 14, кімн. 43 ☎ (38044) 239 31 72, 239 32 22; факс 239 31 28

ЗМІСТ

Вільгушинський М. Адміністративно-правові аспекти взаємодії судів з органами місцевого самоврядування в процесі кримінального провадження	4
Татьков В. Проблеми застосування господарського законодавства господарськими судами України (у світлі формування судової практики)	7
Цуркан М. Проблеми визначення юрисдикції справ за участю органів Антимонопольного комітету	10
Погорецький М., Сергєєва Д. Щодо визначення поняття "організація" у криміналістичній науці та його співвідношення із криміналістичною тактикою	14
Юрченко О., Сервецький І. Проблеми вирішення заяв і повідомлень громадян про кримінальні проступки	17
Резнікова В. Проблеми протидії зловживанню процесуальними правами в господарському судочинстві	20
Клепікова О. Застосування правових норм щодо сплати винагороди за рятування на морі	25
Єфремов С. Створення організованого злочинного угруповання: кримінологічні та кримінально-правові аспекти	30
Коваленко Т. Техніко-юридичні дефекти земельно-правових норм	33
Ващенко Ю. Забезпечення прав споживачів енергії як пріоритетне завдання енергетичних регуляторів у контексті адаптації законодавства України до законодавства ЄС	37
Повар П. Правонаступництво при утворенні та припиненні центральних органів виконавчої влади	40
Діковська І. Принципи права у проєкті Спільних підходів (DCFR)	43
Лукач І. Класифікація засобів регулюючого впливу держави на здійснення корпоративних прав	46
Дячук Л. Майнові відносини батьків та дітей у ранньовізантійському сімейному праві	52
Сиза Н. Склад суду у кримінальному провадженні в Україні	58
Мусієнко А. Теоретичні аспекти правового регулювання вилучення донорських органів та тканин людини в Україні	61
Кармаза О. Теоретичні основи визначення джерел житлового права	64
Кабанець Н. Науковий метод у школі природного права	66
Соколенко О. Напрямки правоохоронної діяльності: особливості теоретичного розуміння	69
Шевченко А. Дисциплінарна відповідальність суддів як спеціальний вид дисциплінарної (юридичної) відповідальності	73
Яцино К. Історія становлення соціології права в працях вітчизняних учених	75
Котюк О. Правомірність слідчих дій як головна умова їх допустимості в якості засобу розв'язання завдань кримінального судочинства	80
Басовська К. Практика Європейського суду з прав людини щодо застосування статті 2 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (право на життя)	84
Булкат М. Загальна характеристика зовнішньоекономічної функції України і суб'єкти її реалізації	87
Ковальчук О. Географічні зазначення: поняття та еволюція правового регулювання в Україні та зарубіжних країнах	91
Ковальчук М. Законодавче забезпечення правового режиму землі як об'єкту інвестиційної діяльності	94
Зв'яздняя Т. Нелегальна міжнародна міграція: причини та небезпека	97
Туцький Ю. Місце публічного суб'єкта в структурі правовідношення викупу земельних ділянок для суспільних потреб	99
Ляшенко Р. Проблемні питання правонаступництва у виконавчому процесі: теорія, практики та законодавча регламентація	102
Штим Т. Роль акціонерних угод у попередженні та вирішенні корпоративних конфліктів	104
Погорецька Н. Встановлення змісту норм іноземного права	107
Сухачов О. Злочини у сфері банківського кредитування	111
Орлова О Поняття та елементи господарського обліку, їх взаємозв'язок	114

CONTENTS

Vilgushinsky M.	Administrative and legal aspects of cooperation between courts with local authorities in criminal proceedings	4
Tat'kov V.	Problems of application of commercial legislation the economic courts of Ukraine (in the light of the formation of judicial practice).....	7
Tsurkan M.	Problems of jurisdiction of case with participation of bodies of Antimonopoly Committee.....	10
Pogoretsky M., Sergeyeve D.	To the definition of "organization" in forensic science and its relationship with forensic tactics	14
Yurchenko O., Servetskyi I.	Problems solving public statements and reports of criminal offenses	17
Reznikova V.	Problems of counteraction of procedural rights abuse in economical legal proceedings	20
Klepikova O.	Application of law to pay compensation for Rescue at Sea	25
Efremov S.	Creating an organized criminal group: criminological and criminal law aspects	30
Kovalenko T.	Technical and legal defects of land law	33
Vashchenko Y.	Energy Consumers' Rights Protection as a priority target of Energy Regulators in view of adaptation of Ukrainian Legislation to the EU Legislation.....	37
Povar P.	Legal continuity in creation and termination of the central executive bodies	40
Dikovska I.	Principles of Law in Draft Common Frame of Reference (DCFR)	43
Lukach I.	Classification of methods of regulative influence of the state on exercising of corporate rights	46
Dyachuk L.	Property relations of parents and children in byzantium domestic right.....	52
Syza N.	Composition of the court in criminal proceedings in Ukraine	58
Musienko A.	Theoretical issues of legal regulation of withdrawal of donor organs and tissues of man in Ukraine	61
Karmaza O.	Defining of the sources of housing law: theoretical basics	64
Kabanets N.	Scientific method in the school of natural law	66
Sokolenko O.	Directions enforcement: features theoretical understanding.....	69
Shevchenko A.	Disciplinary case as a special kind disciplinary (legal) responsibility.....	73
Yatsyuno K.	History of sociology of law in the works of our scientists	75
Kotuk O.	Legality of investigative actions as a basic term of their allowability as decisions in criminal justice	80
Basovska K.	The practice of the European Court of Human Rights concerning the application of Article 2 of the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (right to life)	84
Bulkat M.	General description of the Ukraine and foreign actors its implementation.....	87
Kovalchuk O.	Geographical indications: concepts and evolution of legal regulation in Ukraine and foreign countries	91
Kovalchuk M.	Legislative support legal regime of land as object of investytsfynoyi.....	94
Zvozdnyaya T.	Illegal international migration: causes and risk	97
Tutskyi Y.	The local public subject in the structure of legal relations of redemption plots of land for the needs of society	99
Lyashenko R.	Issues succession in executive processes: theory, practice and legal regulation	102
Shtym T.	Shareholder agreements in prevention and solutions of corporate conflicts	104
Pogoretska N.	Concerning the determination of the content of the norms of foreign law.....	107
Suhachov O.	Crimes in the field of banking credit.....	111
Orlova O.	The concept and elements of economic accounting, and their relationship	114

М. Вільгушинський, канд. юрид. наук,
заступник Голови Вищого спеціалізованого суду України
з розгляду цивільних і кримінальних справ,

АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ ВЗАЄМОДІЇ СУДІВ З ОРГАНАМИ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ В ПРОЦЕСІ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ

Проаналізовано основні складові державно-владного механізму крізь призму наукового дослідження взаємодії судів з органами місцевого самоврядування в процесі кримінального провадження. Встановлено основні напрями взаємодії та перспективи удосконалення адміністративно-правового регулювання у зв'язку з набуттям чинності Кримінального процесуального кодексу України (від 13 квітня 2012 року).

Ключові слова: взаємодія, суди, органи місцевого самоврядування, правове регулювання, народні засідателі, присяжний, територіальна громада, кримінальне судочинство, мирові суди.

Проанализированы основные составляющие государственного механизма сквозь призму научного исследования взаимодействия судов с органами местного самоуправления в уголовном судопроизводстве. Определены основные направления взаимодействия и перспективы усовершенствования административно-правового регулирования в связи с вступлением в действие Уголовного процессуального кодекса Украины (от 13 апреля 2012 года).

Ключевые слова: взаимодействие, суды, органы местного самоуправления, правовое регулирование, народные заседатели, присяжный, территориальная община, уголовное судопроизводство, мировые судьи.

Analyzes the main elements of state-power mechanism in the light of scientific research cooperation between courts with local authorities in criminal proceedings. Worked out basic ways of interaction and perspective directions of improvement of the administrative and legal regulation in connection with the entry into force of the Criminal Procedure Code (13 April 2012).

Keywords: interaction, the courts, local government, regulation, lay judges, jury, territorial communities, criminal justice, justice of the peace.

У своїй діяльності судові органи постійно взаємодіють з органами місцевого самоврядування, що вимагає комплексного дослідження, належного законодавчого закріплення способів та меж такої взаємодії. Ефективна взаємодія судів з органами місцевого самоврядування неможлива без її чіткого правового регулювання. Вчена О.Ф. Скакун визначає поняття "правове регулювання" як здійснюване державою за допомогою права і сукупності правових засобів упорядкування суспільних відносин, їх юридичне закріплення, охорону і розвиток [1, с. 488]. У зв'язку із цим в учасників взаємодії з'являється певна компетенція, що має особливі риси. Таким повноваженням притаманна стабільність, тобто їх обсяг та/або характер можуть бути змінені тільки в законодавчому порядку. Проблеми правового регулювання у цій сфері пов'язані з недостатнім підзаконним правовим регулюванням, що заважає досягненню максимальної ефективності у взаємодії судів з органами місцевого самоврядування.

Проблемні питання визначення форм та методів взаємодії судів з органами місцевого самоврядування у кримінальному судочинстві розкриті вкрай недостатньо. Окремі аспекти такої взаємодії висвітлено у наукових працях С.В. Прилуцького, В. Тертишника, М.І. Хавронюка, однак у вказаних працях не враховано динаміку значних законодавчих змін, що відбулися у цій сфері, а також новели Кримінального процесуального кодексу України.

Отже, зважаючи на викладене, метою цієї статті є визначення основних напрямів взаємодії судів з органами місцевого самоврядування в процесі кримінального провадження у зв'язку з прийняттям 13 квітня 2012 року Верховною Радою України нового КПК України, виявлення прогалин і недоліків у правовому регулюванні такої взаємодії та перспектив її удосконалення.

Відповідно до ст. 2 нового КПК України завданнями кримінального провадження є захист особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень, охорона прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження, а також забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування і судового розгляду з тим, щоб кожен, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до відповідальності в міру своєї вини, жоден невинуватий не був обвинувачений або засуджений, жодна особа не була піддана необґрунтованому процесуальному примусу і щоб до ко-

жного учасника кримінального провадження була застосована належна правова процедура. Взаємодія судів з органами місцевого самоврядування, зважаючи на завдання кримінального судочинства, набуває більш комплексного характеру.

Увесь процес взаємодії судів з органами місцевого самоврядування врегульовано нормами права, крім того, йому властиві певні риси, до яких належать: 1) здійснення взаємодії на основі відповідних норм, що встановлюються державою; 2) забезпечення контролю за виконанням правових норм; 3) існування державного примусу, що забезпечує реальність такої взаємодії. Усі наведені риси характерні для взаємодії судів з органами місцевого самоврядування у кримінальному судочинстві. З прийняттям нового КПК України аспекти цієї взаємодії набувають нових форм, а існуючі форми – нових ознак та властивостей.

На думку І.Є. Туркіної, "посилення судової влади та зміцнення її незалежності в структурі системи поділу державної влади повинні розглядатися як частина комплексу заходів зі зміцнення всієї системи державного управління і передбачати, зокрема, такі політико-правові дії як: залучення громадян до відправлення судової влади, наприклад, як присяжних засідателів; внесення змін і доповнень до чинного законодавства щодо вдосконалення діяльності судової гілки влади на етапі національної інтеграції українського суспільства" [2, с. 6]. Вважаємо, що вказана частина політико – правових дій напряму безпосередньо стосується взаємодії судів з органами місцевого самоврядування та у найближчому майбутньому отримає практичне втілення, насамперед, у зв'язку із прийняттям 13 квітня 2012 року нового КПК України.

Реформування кримінального процесуального законодавства та регламентація у ньому провадження у суді присяжних значною мірою розширюють взаємодію судів та органів місцевого самоврядування у кримінальному процесі. Так, відповідно до ч. 1 пункту 26 Перехідних положень нового КПК України, Державній судовій адміністрації України (далі – ДСА України) рекомендовано протягом одного місяця з дня опублікування КПК України забезпечити звернення своїх територіальних управлінь з поданнями до відповідних місцевих рад про формування і затвердження ними списків присяж-

них відповідно до вимог Закону України "Про судоустрій і статус суддів".

Новий КПК України визначає загальний порядок формування списку присяжних відповідного місцевого суду. Відповідно до положень ст. 58-1 Закону України "Про судоустрій і статус суддів" для затвердження списку присяжних територіальне управління ДСА України звертається з поданням до відповідної місцевої ради, що формує і затверджує у кількості, зазначеній у поданні, список громадян, які постійно проживають на території, на яку поширюється юрисдикція відповідного суду. Таке законодавче правило надає можливість зробити важливий висновок про те, що присяжним у відповідному місцевому суді може бути тільки член територіальної громади цієї місцевості, який безпосередньо бере участь у здійсненні правосуддя у кримінальному судочинстві.

У разі неприйняття місцевою радою протягом двох місяців відповідного рішення з моменту отримання подання про затвердження списків присяжних, територіальне управління ДСА України звертається з поданням щодо затвердження списку присяжних до відповідної обласної ради. Така процедура унеможлиблює випадки тривалого невиконання місцевими радами обов'язку щодо затвердження на території відповідного місцевого суду списків присяжних, що може загрожувати виконанню завдань кримінального судочинства, та надає ДСА України можливість невідкладно, у термін, що не перевищує двох місяців від дня подання списків, звернутися з поданням щодо затвердження списку присяжних до відповідної обласної ради як представницького органу місцевого самоврядування вищого рівня.

Зазначимо, що ця процедура не є досконалою через нівелювання такого факту: у випадку затвердження списку присяжних рішенням відповідної обласної ради втрачається об'єктивний зв'язок за ланками представницьких органів місцевого самоврядування. Якщо закон пов'язує таке повноваження місцевої ради з проживанням кандидатів у конкретній місцевості та віднесенням їх до відповідної територіальної громади, то затвердження їх на рівні представницького органу місцевого самоврядування обласного рівня ставить під обґрунтований сумнів можливість місцевої ради обласного рівня провести відповідне затвердження через незнання цих осіб, стилю та способу їх життя тощо, що, безумовно, можливо дослідити на рівні районних, міських рад. Список присяжних затверджується один раз на два роки і переглядається у разі необхідності за поданням територіального управління ДСА України. Встановлення законом строку дає можливість здійснювати ротацію осіб, які є присяжними та здійснюють правосуддя в рамках відповідних судових процедур.

Відповідно до п. 26 ч. 1 ст. 3 нового КПК України присяжний є суддею [3], а у ч. 2 ст. 1 Закону України "Про судоустрій і статус суддів" вказується, що судову владу реалізують професійні судді та, у визначених законом випадках, народні засідателі і присяжні шляхом здійснення правосуддя в рамках відповідних судових процедур. Також ч. 3 ст. 5 зазначеного Закону встановлює, що народ бере участь у здійсненні правосуддя через народних засідателів і присяжних. Порядок здійснення правосуддя через народних засідателів і присяжних регламентується главою 3 Закону України "Про судоустрій і статус суддів" та процесуальним законом [4], зокрема провадження у суді присяжних врегульовано параграфом 2 глави 30 нового КПК України. Відповідно до ч. 2 ст. 383 нового КПК України суд присяжних утворюється при місцевому загальному суді першої інстанції, а згідно з ч. 2 ст. 384 цього Кодексу, право

заявити клопотання про розгляд кримінального провадження стосовно нього судом присяжних має обвинувачений у вчиненні злочину, за який передбачене покарання у виді довічного позбавлення волі, під час підготовчого судового засідання. Слід окремо зазначити, що запровадження суду присяжних є реальним інститутом доступу громадськості до участі у здійсненні правосуддя у кримінальному процесі, що надасть можливість повною мірою реалізувати принцип гуманізму кримінального процесу.

Участь народу у здійсненні правосуддя яскраво відображає інститут народних засідателів. Їх необхідну кількість визначає голова суду. До списку народних засідателів включаються громадяни, які постійно проживають на території, на яку поширюється юрисдикція відповідного суду. Таким чином, ці особи завжди є членами територіальної громади, а отже, уповноважені на виконання обов'язків цієї громадою та надають згоду бути народними засідателями. Їхній список підлягає затвердженню рішенням відповідної місцевої ради раз на чотири роки і переглядається за необхідності, але не рідше ніж раз на два роки.

Друківані засоби масової інформації відповідної місцевої ради зобов'язані опублікувати затверджений місцевою радою список народних засідателів, що реалізує принципи гласності та відкритості у процедурі визначення осіб з числа членів територіальної громади, які представлятимуть народ у визначених КПК України випадках у кримінальному судочинстві.

Положення п. 2 ч. 2 ст. 60 Закону України "Про судоустрій і статус суддів" містить заборону щодо участі у кримінальному судочинстві керівників та заступників керівників органів місцевого самоврядування. Голова відповідного суду зобов'язаний увільнити від виконання обов'язків народного засідателя, присяжного керівників та заступників керівників органів місцевого самоврядування у випадку їх включення до відповідних списків. Таким чином, кримінальний процесуальний закон спеціально встановлює положення, що унеможлиблює випадки участі у здійсненні правосуддя народу в особі посадових органів місцевого самоврядування, що фактично належать до органів виконавчої влади через наявність у них делегованих державою повноважень.

Відповідно до абзаців 2, 4 п. а ч. 1 ст. 38 Закону України "Про місцеве самоврядування в Україні" виконавчі органи сільських, селищних, міських рад відповідно до повноважень забезпечують сприяння діяльності органів суду, а також звертаються до суду щодо визнання незаконними актів органів виконавчої влади, інших органів місцевого самоврядування, підприємств, установ та організацій, які обмежують права територіальної громади, а також повноваження органів та посадових осіб місцевого самоврядування [5]. Органи місцевого самоврядування дієво та ефективно сприяють виконанню завдань правосуддя в процесі виконання окремих ухвал (постанов) суду. Відповідно до ч. 1 стаття 23-2 чинного КПК України суд при наявності на те підстав вносить окрему ухвалу (постанову), якою звертає увагу державних органів, громадських організацій або посадових осіб на встановлені по справі факти порушення закону, причини і умови, що сприяли вчиненню злочину і вимагають вжиття відповідних заходів [6]. Виходячи з того, що окремі ухвали (постанови) суду містять питання загального характеру, які вказують на недоліки у діяльності виконавчої влади на місцях, або ж звертають увагу на неналежне виконання повноважень органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування та здійснюють превентивну функцію у протидії злочинності, вважаємо недоліком закону відсут-

ність вказівки також на органи місцевого самоврядування, що здійснюють в межах компетенції власні та делеговані повноваження в межах територіальної громади. На нашу думку відсутність такої вказівки на є помилковою, адже органи місцевого самоврядування не можуть бути віднесені до державних органів. Підтверджує такий висновок і Рішення Конституційного Суду України від 26 березня 2002 року № 6-рп/2002, у якому здійснено системне тлумачення статей 5 та 6 Конституції України. У п. 4 цього Рішення зазначено, що відповідно до конституційного положення ст. 5 у системному її зв'язку з положеннями ст. 6 Конституції, у якій йдеться про те, що державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову, органи місцевого самоврядування не є органами державної влади, а місцеве самоврядування слід розглядати як форму здійснення народом влади, яка визнається і гарантується в Україні (ст. 7 Конституції України) [7].

Відповідно до положень ч. 5 ст. 23-2 чинного КПК України окрема ухвала (постанова) суду також виноситься, коли у засудженого до позбавлення волі є неповнолітні діти, які залишилися без нагляду і потребують влаштування або встановлення над ними опіки чи піклування [6]. Виконання такої ухвали (постанови) може бути покладено судом як на органи місцевого самоврядування, так і на виконавчі органи влади. Також відповідно до ч. 7 цієї статті КПК України не пізніш як у місячний строк по окремій ухвалі (постанові) має бути вжито необхідних заходів і про результати повідомлено суд, що виніс окрему ухвалу (постанову) [6]. Це положення закону характеризує контрольні повноваження суду у відносинах, зокрема, і з органами місцевого самоврядування, адже при винесенні окремої ухвали (постанови) суд вказує суб'єктам звернення на необхідність вжиття конкретних заходів та виконання поставлених завдань у межах їх компетенції. При цьому встановлюються конкретні строки виконання окремої ухвали (постанови), що зобов'язує органи місцевого самоврядування до негайного та ефективного реагування.

Позитивно оцінюючи наявність такого контрольного механізму суду щодо ефективної та дієвої реалізації повноважень органами виконавчої влади та місцевого самоврядування, зазначимо про необхідність більш детально регламентувати порядок судового контролю за виконанням окремих ухвал (постанов), винесених у порядку ст. 23-2 чинного КПК України, адже існують випадки, коли тривалість заходів, які необхідно вжити, може перевищувати час, встановлений для інформування суду про результати вжитих заходів. Крім того, окремого правового регулювання потребують дії суду у разі часткового або неповного виконання заходів, вжиття яких вимагав суд в окремій ухвалі (постанові), що сприятиме підвищенню виконавчої дисципліни суб'єктів такого звернення та надасть можливість суду в повною мірою реалізувати контрольну функцію, передбачену ст. 23-2 чинного КПК України.

Заслугує на увагу в рамках взаємодії суду з органами місцевого самоврядування положення ст. 378 нового КПК України, зокрема, за наявності в обвинуваченого неповнолітніх дітей, які залишилися без нагляду, непрацездатних батьків, баби, діда, прабаби, прадіда, які потребують матеріальної допомоги і залишилися без нагляду, суд зобов'язаний одночасно з ухваленням вироку порушити окремою ухвалою питання перед службою в справах дітей або відповідним органом опіки та піклування, органом соціального захисту населення про необхідність влаштування цих неповнолітніх, непрацездатних або встановлення над ними опіки чи піклування.

Згідно з положеннями ч. 2 цієї статті якщо в обвинуваченого залишилося без нагляду житло чи інше майно, суд за клопотанням обвинуваченого зобов'язаний вжити через відповідні органи заходів для їх збереження. Про вжиті згідно з положеннями цієї статті заходи повідомляється обвинувачений [3]. Таким чином, суд при винесенні вироку забезпечує дотримання прав та законних інтересів визначеної категорії близьких родичів засудженого, а також може забезпечити дотримання майнових прав засудженого на час відбування покарання шляхом покладення таких додаткових обов'язків на органи місцевого самоврядування.

Окремим потенційним напрямом взаємодії судів з органами місцевого самоврядування слід виділити можливість запровадження мирової юстиції в Україні. Серед позитивних рис і переваг такого виду судочинства на противагу традиційній судовій системі в юридичній літературі називають, як правило: максимальну наближеність та доступність для людей; швидке, економічне та ефективне провадження; децентралізованість таких судів; вирішення спорів, насамперед, шляхом примирення сторін; належність організації мирових судів до компетенції територіальних громад та інші.

Слід зазначити, що мирова юстиція діяла на частині території України після проведення у Російській Імперії судової реформи 1864 року, при цьому організацію мирових судів було доручено місцевому самоврядуванню. Зокрема науковець С.В. Прилуцький на основі дослідження історичного аспекту функціонування на території, що входять до сучасної України, мирових судів зазначає, що "для правової традиції України характерним є саме те, що мирове судочинство було виявом самоврядування місцевих громад, коли на локальному рівні, перш за все шляхом мирового врегулювання, не вдаючись до публічної влади, вирішувалась більшість суспільних конфліктів" [8, с. 143].

Перспектива запровадження мирових судів в Україні звичайно ж потребує ґрунтовного дослідження щодо необхідності та доцільності існування таких судів, проте однозначним є висновок про те, що навіть у разі їх створення, взаємодія судів з органами місцевого самоврядування набуде нових форм. Приклади запровадження мирової юстиції на сьогодні є і на пострадянському просторі. Як зазначає В.О. Попелюшко "з розпадом СРСР мирова юстиція на пострадянському просторі, основу якої заклали статuti 1864 р., відроджена в Російській Федерації. Федеральним законом "Про мирових суддів в Російській Федерації" (1998 року) її визнано нижньою ланкою судів загальної юрисдикції Росії, а процесуальним законом до підсудності мирових суддів віднесено кримінальні справи про злочини, за вчинення яких максимальне покарання не перевищує трьох років позбавлення волі, за винятком кримінальних справ про злочини, прямо передбачені в КПК (ч. 1 ст. 31 КПК РФ)" [9, с. 10].

Щодо можливої форми організації мирової юстиції в Україні С.В. Прилуцький наголошує, що "право утворювати мирові суди та обирати (призначати) мирових суддів має бути виключною компетенцією територіальної громади (її органів). Мирові судді мають бути уповноваженими територіальної громади. Основною формою їхньої діяльності, на відміну від загальних судів, має бути примирення конфліктуючих сторін та досягнення компромісу шляхом укладання мирової угоди. У такий спосіб має вирішуватись одна із болючих проблем сьогодення – велика завантаженість загальних судів різного роду справами. Саме дрібні, малозначущі конфлікти, які характеризуються незначним розміром і на які вимушені відволікатися професійні судді, мають відійти до

мирових суддів. Звичайно, держава через відповідний закон, має встановити чіткі межі компетенції мирових суддів" [8, с. 143].

Водночас, вітчизняні науковці не дійшли єдиної думки щодо доцільності запровадження мирових судів. Так, М.І. Хавронюк наголошує, що Україні не варто бездумно переймати досвід інших держав, тим більше тих, які відрізняються від неї за всіма сутнісними ознаками держави та за адміністративно-територіальним устроєм, необхідно враховувати власну специфіку; по-друге, перш ніж створювати нові суспільні інститути, слід вжити всіх можливих заходів для удосконалення тих суспільних інститутів, які вже існують, – зокрема судів загальної юрисдикції. Перспективним напрямом науковець визначає можливість введення положень, що стосуються медіації та примирного правосуддя [10].

Виходячи з наведеного, вважаємо, що питання можливості запровадження мирової юстиції в Україні є перспективним напрямом як реформування судової системи, так і запровадження нових форм взаємодії судів з органами місцевого самоврядування, адже сутністю та визначальною ознакою мирових судів є те, що вони створюються в рамках територіальної громади або ж громад. Крім цього, мирові судді обираються із членів таких громад. Проте висвітлення цього питання потребує подальших ґрунтовних досліджень.

УДК 346.13

В. Татьков, канд. юрид. наук,
Голова Вищого господарського суду України

ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ ГОСПОДАРСЬКОГО ЗАКОНОДАВСТВА ГОСПОДАРСЬКИМИ СУДАМИ УКРАЇНИ (У СВІТЛІ ФОРМУВАННЯ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ)

У статті розглядаються деякі проблеми застосування норм господарського законодавства у світлі формування судової практики. Визначено роль і значення однакової судової практики за допомогою виконання нею основних функцій. Сформульовано пропозиції, спрямовані на вдосконалення господарського законодавства, що сприятимуть забезпеченню однакового застосування судами норм господарського законодавства.

Ключові слова: господарське законодавство, судова практика, функції судової практики, формування судової практики.

В статье рассматриваются некоторые проблемы применения норм хозяйственного законодательства в свете формирования судебной практики. Определены роль и значение единообразной судебной практики посредством выполнения ею основных функций. Сформулированы предложения, направленные на совершенствование хозяйственного законодательства, которые будут способствовать обеспечению одинакового применения судами норм хозяйственного законодательства.

Ключевые слова: хозяйственное законодательство, судебная практика, функции судебной практики, формирование судебной практики.

The article discusses some of the problems the application of commercial legislation in the light of the formation of judicial practice. The role and importance of a uniform judicial practice through the implementation of its core functions. The proposals to improve commercial legislation, which will help to ensure the equal application of the rules of the economic courts of law.

Key words: commercial legislation, judicial practice, the functions of judicial practice, the formation of judicial practice.

У своїй повсякденній діяльності, стосується вона розгляду господарських справ, узагальнення практики застосування законодавства, підготовки роз'яснень, оглядових чи інформаційних листів, господарські суди України постійно стикаються з питаннями застосування норм господарського законодавства.

Без сумніву, значна за кількістю розглянутих справ і різноманітна за предметами дослідження та аналізу судова практика застосування нормативно-правових актів у сфері господарювання не лише дає певні підстави для оцінки відповідності господарського законодавства складним відносинам, що існують у сфері організації і здійснення господарської діяльності, але і дозволяє виявити певні недоліки і прогалини у правовому регулюванні господарських відносин та намітити шляхи їх усунення і заповнення.

Проблеми удосконалення (модернізації) сучасного господарського законодавства були предметом дослі-

1. Скакун О.Ф. Теорія держави і права : Підручник / О.Ф. Скакун. – Пер. з рос. – Харків: Консул. – 2008. – 655 с. 2. Туркіна І.С. Призначення інститутів судової влади в механізмі держави / І.С. Туркіна // Теорія та практика державного управління. – Вип. 2 (33). – С. 1 – 7. 3. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 року № 4651-VI. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4651%D0%B4-17> 4. Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 07 липня 2010 року № 2453 – VI // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 40– 41, 43, 44 – 45. – ст. 529. 5. Про місцеве самоврядування в Україні: Закон України від 21 травня 1997 р. № 280/97-ВР. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.zakon1.rada.gov.ua 6. Кримінально-процесуальний кодекс України від 28 грудня 1960 року // Відомості Верховної Ради України. – 1961. – № 2. – ст. 15. 7. Рішення Конституційного Суду України від 26 березня 2002 року № 6 – рп/2002 // Вісник Конституційного Суду України. – 2002. – № 2. – С. 18 – 22. 8. Прилуцький С.В. Перспективи впровадження мирового суду в умовах реформування судочинства України / С.В. Прилуцький. – Тези міжнародної наукової конференції "Проблеми реформування судочинства в Україні" // Вісник Академії адвокатури України. – № 2 (18). – 2010. – С. 141 –144. 9. Попелюшко В.О. Мирові суди: міжнародний та вітчизняний досвід / О.В. Попелюшко // Часопис Національного університету "Острозька академія". – Серія "Право". – 2011. – №1(3). – С. 1 – 12. 10. Хавронюк М.І. Чи потрібні в Україні мирові суди? / М.І. Хавронюк, С.Ф. Мироненко. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/0/605949BF98DAD31FC22575C8004FD3FE?OpenDocument&CollapseView&RestrictToCategory=605949BF98DAD31FC22575C8004FD3FE&Count=500&>

Надійшла до редколегії 03.04.12

джен у працях відомих українських вчених О.А. Белянич, А.Г. Бобкової, О.М. Вінник, Г.Л. Знаменського, В.К. Мамотова, О.П. Подцерковного, В.С. Щербини та ін., проте ніхто з них не досліджував ці проблеми з погляду практики застосування нормативно-правових актів господарського законодавства господарськими судами України.

Певною мірою цю прогалину заповнила монографія В.М. Ковалю "Проблеми застосування норм матеріального права в господарському судочинстві" [1], проте проведене автором дослідження не стосувалося безпосереднього зв'язку застосування судами господарського законодавства з проблемами формування судової практики в господарському судочинстві. Крім того, низка теоретичних висновків та положень, сформульованих автором монографії, можуть бути предметом наукових дискусій.

Між тим, як вірно зазначає Г.Л. Знаменський, одна з найактуальніших задач науки господарського права, як

теорії господарського законодавства, полягає в тому, щоб оцінити сьогодинішній стан цього законодавства і обґрунтувати подальші перспективи його **модернізації**, розвитку [2, с. 372]. Кращого і більш ефективного критерію оцінки, ніж судова практика, на нашу думку, важко віднайти.

Метою цієї статті є дослідження результатів застосування Господарського кодексу України (далі – ГК України) та інших актів господарського законодавства господарськими судами України, з'ясування основних причин, що викликають необхідність його постійного удосконалення, а також визначення і наукове обґрунтування шляхів подальшого удосконалення та модернізації зазначеного законодавства з метою забезпечення формування однакової судової практики.

В науковій літературі існує два підходи до розуміння і визначення поняття судової практики.

Одними авторами [3] судова практика розглядається в широкому розумінні – як синонім судової діяльності, і у вузькому – як "випрацювані у процесі судової діяльності правові положення, визначення-дефініції, правила, вказівки, які наділені певним ступенем узагальненості, загальноновизнаності і (у всякому разі деякі з них) обов'язковості" [4, с. 108].

Інші вважають, що у вузькому розумінні судовою діяльністю є тільки вирішення конкретних спорів про право в різних судових інстанціях, а судовим рішенням – відповідний процесуальний судовий акт. В широкому розумінні до судової практики також слід віднести діяльність суду, яка опосередковано пов'язана з відправленням правосуддя в конкретних справах, виражається в аналізі і узагальненні практики застосування закону судами і має на меті сформувати її однаковість, надати судам допомогу в розумінні і правильному застосуванні закону [5, с. 5].

Таким чином, судова практика слугує "лакмусовим папірцем", за допомогою якого можна судити не лише про стан судової системи, але і про стан законодавства. Як зазначає Д.М. Притика, господарські суди та їх судова практика є точним індикатором економіки, дзеркалом процесів, які відбуваються в ній [6, с. 9].

Судді господарських судів постійно звертають увагу на наявність "білих плям" у законодавстві [7, с. 20-21], на проблеми узгодження норм різних галузей законодавства [8, с. 164-158], на необхідність удосконалення його у тих або інших галузях і сферах господарювання [9, с. 413].

Багаторічний досвід застосування нормативно-правових актів господарського законодавства (у тому числі – 8-річна судова практика застосування ГК України) як суб'єктами господарювання різних форм власності, так і господарськими судами дозволяє сформулювати дві основні причини, що зумовлюють потребу в оновленні (модернізації) господарського законодавства в Україні.

Перша з них полягає в тому, що динаміка суспільних відносин у сфері організації і здійснення господарської діяльності (господарських відносин), як свідчить практика останніх двох десятиліть, потребує внесення відповідних змін до чинного господарського законодавства, а то – і прийняття нових законів чи прийняття їх в новій редакції. Лише таким чином можна досягти адекватного правового регулювання і забезпечити нормальне функціонування всіх складових господарського механізму в державі.

Друга причина – це недостатньо високий рівень законотворення, часто поспішне, без належного обговорення і копіткої юридичної експертизи законопроектів, прийняття нових законів, яке потім знаходить свій прояв у недоліках юридичної техніки, неузгодженостях та суперечностях нормативно-правових актів господарського законодавства як з ЦК та ГК України, так і одного з іншим.

Таким чином, застосування неякісного законодавства не сприяє належному захисту майнових прав та охоронюваних законом інтересів суб'єктів господарювання, забезпеченню кожного права на справедливий суд, що є основним завданням господарського суду, визначеним ст. 2 Закону України від 7 липня 2010 р. № 2453-VI "Про судоустрій і статус суддів" [10].

Слід звернути увагу ще один аспект, пов'язаний з недоліками всього нашого законодавства (не лише цивільного чи господарського), який хоч і не стосується безпосередньо тематики цієї статті, але не може залишити нас байдужим.

Наше ознайомлення з результатами багатьох наукових досліджень з юридичних спеціальностей (переважно на рівні докторських і кандидатських дисертацій, виходячи зі змісту авторефератів) показало, що навіть проводячи значною мірою фундаментальне за своїм характером дослідження, багато науковців *volens nolens* "зкочуються" до вирішення прикладних проблем – пошуку шляхів вдосконалення чинного законодавства і формулювання конкретних пропозицій щодо цього.

Без сумніву, такі науково обґрунтовані пропозиції потрібні законодавцю, але чи не призводить наявність неякісного законодавства, що іноді руйнує вироблені протягом десятиліть розумом десятків і сотень вчених-юристів теоретичні постулати, усталені не лише в українській, але і зарубіжній юридичній науці положення, до зниження науково-теоретичного рівня фундаментальних досліджень і сповільнення розвитку теорії права?

На наш погляд, і у подоланні цієї проблеми судова практика може зіграти позитивну роль.

Значення судової практики господарських судів розкривається через основні функції, які вона виконує, а саме:

1) показує ступінь ефективності законодавства (передусім, цивільного і господарського) і сприяє його вдосконаленню;

2) є засобом забезпечення однакового застосування правових норм в типових ситуаціях вирішення спорів про право;

3) слугує індикатором фактичного стану правової (у тому числі судової) системи держави і вказує на напрями її вдосконалення;

4) сприяє розвитку господарського права як науки.

Виходячи із зазначених функцій, а також з урахуванням того, що останнім часом судова практика все більше набуває ознак джерела права (багато хто з вчених, вказуючи на роль судової практики, як регулятора відповідних суспільних відносин, вже сьогодні прямо відносить її до джерел права [11, с. 49-57; 12; 13; 14]), значення судової практики і її формування для діяльності судів господарської юрисдикції важко переоцінити.

Оскільки однаковість судової практики досягається як у процесі здійснення юрисдикційної діяльності вищих судових інстанцій, так і виконанням ними неюрисдикційних функцій, зокрема виданням інтерпретаційних актів [15, с. 141], великі проблеми від застосування неякісного законодавства виникають при здійсненні Вищим господарським судом України своїх повноважень стосовно дачі спеціалізованим судам нижчого рівня рекомендаційних роз'яснень з питань застосування законодавства щодо вирішення справ відповідної судової юрисдикції, а, відтак, і при формуванні однакової судової практики застосування господарського законодавства та правових позицій Вищого господарського суду України, а також Верховного Суду України, розходження між якими не повинні мати місця навіть у, здавалося б, найменших дрібницях (під правовою позицією ми розуміємо висновок суду щодо змісту і суті норми пра-

ва, спрямованої на вирішення правового спору в конкретній справі, якого дійшов суд на підставі аналізу матеріалів справи, і закріплений у судовому рішенні, що набрало законної сили).

Як зазначає А.Й. Осетинський, головна роль касаційної інстанції полягає у формуванні єдиної практики здійснення господарського судочинства шляхом забезпечення одноманітного тлумачення норм матеріального та процесуального права [16, с. 8]. При цьому, підкреслює автор, завдання касаційного спеціалізованого суду з формування єдиної практики правозастосування у господарських справах шляхом забезпечення однакового тлумачення норм матеріального та процесуального права здобуло одночасне закріплення як у господарському процесуальному законі, так і у законі про судострій [17, с. 131].

Забезпечити єдине розуміння і застосування законів в межах окремих юрисдикцій, зазначає С.В. Ківалов, покликані вищі суди, і немає жодних підстав вважати, що це їм не під силу [18, с. 127].

Проте, порівняльний аналіз окремих постанов Пленуму Верховного Суду України і рекомендаційних роз'яснень Вищого господарського суду України, прийнятих з одних і тих же питань практики застосування законодавства, засвідчив, що правові позиції цих судів стосовно тих або інших аспектів не завжди співпадають. Причиною цього є, на наш погляд, неоднакове розуміння і тлумачення окремими суддями і судами низки норм господарського законодавства, особливо у тих випадках, коли постає питання про те, норми якого з кодексів – Цивільного чи Господарського – підлягають застосуванню у конкретному випадку (це наріжне питання застосування норм зазначених кодексів вимагає більш докладного аналізу і має стати предметом окремого неупередженого дослідження).

Таким чином, можемо констатувати наявність двох основних проблем, пов'язаних із застосуванням господарськими судами норм господарського законодавства: 1) якісний рівень нормативно-правових актів господарського законодавства і взаємоузгодженість їх норм; 2) наявність сформованої однакової судової практики з питань застосування цього законодавства.

Розв'язання цих проблем, без сумніву, сприятиме підвищенню якості правосуддя, і може привести до зменшення кількості спорів, що передаються на вирішення господарських судів.

Очевидно, що крім підвищення рівня законотворення у Верховній Раді України та відповідних органах і структурних підрозділах, причетних до розроблення, наукової експертизи та супроводу законопроектів, іншого шляху для створення якісної нормативно-правової основи господарювання не існує.

При цьому одним із аспектів, що потребує постійної уваги законодавця, є проблема узгодження норм ГК України з поточними законами, які вже прийняті і постійно приймаються задля вдосконалення правового регулювання господарських відносин.

Слід погодитися з В.С. Щербиню, який зазначає, що одна з причин неузгодженості ГК України і новопринятих законів полягає в тому, що ГК України не містить норми, аналогічної встановленій абз 3 ч. 2 ст. 4 Цивільного кодексу України про те, що у разі подання суб'єктом права законодавчої ініціативи до Верховної Ради України проекту закону, який регулює цивільні відносини інакше, ніж ЦК України, він зобов'язаний одночасно подати проект закону про внесення змін до ЦК України. Така норма, на думку автора, значною мірою упорядкувала б часом "хаотичне" законотворення щодо сфери господарювання, зокрема, спонукала б законо-

давців до узгодження змісту законопроектів, що пропонуються, з Господарським кодексом [19, с. 6].

Продовжуючи і розвиваючи думку В.С. Щербини, пропонуємо доповнити ст. 7 ГК України частиною 2 такого змісту:

"Якщо суб'єкт права законодавчої ініціативи подав до Верховної Ради України проект закону, який регулює господарські відносини інакше, ніж цей Кодекс, він зобов'язаний одночасно подати проект закону про внесення змін до Господарського кодексу України. Поданий законопроект розглядається Верховною Радою України одночасно з відповідним проектом закону про внесення змін до Господарського кодексу України".

Що стосується формування однакової практики застосування господарського законодавства господарськими судами, то цей процес, на наш погляд, не можна визнати задовільним.

Так, із 28 постанов пленуму Вищого господарського суду України, прийнятих впродовж 2010-2012 р.р., в 17 йдеться про практику застосування законодавства, проте лише 3 постанови стосуються практики застосування норм матеріального права (дві – у земельних відносинах і одна у конкурентних), решта 14 – практики застосування норм процесуального права (передусім – положень Господарського процесуального кодексу України). Вважаємо, що попри всю значимість постанов, прийнятих з питань практики застосування норм господарського процесуального законодавства, з метою забезпечення однакової судової практики застосування господарського законодавства роботу з формування цього виду практики слід значно активізувати. До цього процесу мають бути залучені як судді всіх ланок господарських судів, так і науковці-члени Науково-консультативної ради Вищого господарського суду України.

Підбиваючи підсумок проведеному дослідженню, доходимо таких **ВИСНОВКІВ**.

Господарське законодавство України (зокрема, ГК України) загалом належно регулює господарські відносини, що складаються між суб'єктами господарювання, а також між ними та іншими учасниками відносин у сфері господарювання.

Разом з тим, як свідчить практика застосування ГК України та інших нормативно-правових актів господарського законодавства суб'єктами господарювання та господарськими судами, зазначені акти вимагають постійного оновлення і удосконалення з тим, щоб адекватно закріплювати в правовій формі функціонування суспільних відносин у сфері господарювання.

В основу законотворчої діяльності Верховної Ради України щодо оновлення господарського законодавства доцільно покласти розроблений науковцями Інституту економіко-правових досліджень НАН України проект Концепції модернізації господарського законодавства на основі Господарського кодексу України [20], надавши йому форми Постанови Верховної Ради України, якою зобов'язати суб'єктів права законодавчої ініціативи враховувати положення зазначеної Концепції при підготовці проектів законів, покликаних регулювати господарські відносини.

Поділяючи пропозицію щодо наділення вищого спеціалізованого суду правом вносити до відповідних суб'єктів законодавчої ініціативи пропозиції щодо необхідності внесення змін і доповнень до чинного законодавства з метою його вдосконалення [17, с. 83], вважаємо за доцільне не обмежуватися лише наданням висновків Верховним Судом України щодо законопроектів (навіть у розширеному вигляді, як це було запропоновано учасниками круглого столу "Єдність системи судів загальної юрисдикції: теорія та практика" [21]), а віднести до кола суб'єктів законодавчої ініціативи Верховний

Суд України, для чого внести відповідні зміни до ч. 1 ст. 93 Конституції України та ст. 38 і 45 Закону України "Про судоустрій і статус суддів".

У будь-якому разі питання щодо наділення Верховного Суду України, як найвищого органу в системі судів загальної юрисдикції, який уособлює в собі одну із гілок державної влади – судову владу, – правом законодавчої ініціативи, яке на сьогодні є дискусійним, потребує більш глибокого дослідження і обговорення.

Разом з тим, аналіз практики застосування ГК України господарськими судами свідчить про доцільність проведення подальших наукових досліджень, що стосуються проблеми застосування судами норм ГК і ЦК України і вирішення пов'язаних із цим колізій.

1. Коваль В.М. Проблеми застосування норм матеріального права в господарському судочинстві : монографія / В.М. Коваль. – Одеса : Юридична література, 2011. – 528 с. 2. Знаменский Г.Л. Новый этап в развитии хозяйственного законодательства Украины // Знаменский Г.Л. Новое хозяйственное право. Избранные труды : сб. науч. трудов / Г.Л. Знаменский. – К.: Юринком Интер, 2012, С. 372-377. 3. Мкртумян А.Ю. Судебная практика как источник гражданского права России / А.Ю. Мкртумян // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.juristlib.ru/book_4178.html 4. Боботов С.В. Конституционная юстиция. Сравнительный анализ. – М.: Изд-во РПА МЮ РФ, 1994. – 127 с. 5. Соловьев В.Ю. Судебная практика в российской правовой системе: Автореф.... дисс. канд. юрид. наук: 12.00.01, М.: 2003. – 21 с. 6. Притика Д.М. Захист економічних прав та інтересів суб'єктів господарської діяльності держави – функція господарських судів України / Д.М. Притика // Право України. – 2003. – № 5, С. 9. 7. Кучер М.І. Якісне законодавство – передумова діяльності арбітражного суду / М.І. Кучер // Всеукраїнський науково-теоретичний семінар "Судово-правова реформа: проблеми господарського судочинства": Тези доповідей та наукових повідомлень 23 травня 1995 р. – Харків: Національна юридична академія України, 1995, С. 20-21. 8. Алєєва І.В. Проблеми застосування господарського та податкового законодавства при розгляді справ у господарських судах / І.В. Алєєва // Правові аспекти практики вирішення

спорів та перегляд у касаційному порядку судових рішень щодо сплати податків та обов'язкових платежів суб'єктами господарювання. Матеріали науково-практичної конференції 22-23 грудня 2003 р. – Ірпін, 2003, С. 164-168. 9. Овечкін В.Е. Проблеми та перспективи правового регулювання відносин, що виникають у сфері приватизації державного та комунального майна / В.Е. Овечкін // Державне регулювання економічних відносин: розвиток законодавства та проблеми правозастосування у господарських спорах. Матеріали науково-практичної конференції 16-17 квітня 2008 року, м. Львів. – Львів, 2008, С. 406-413. 10. Офіційний вісник України. – 2010. – № 55/1. – Ст. 1900. 11. Лившиц Р.З. Судебная практика как источник права / Лившиц Р.З. // Журнал российского права. – 1997. – № 6. – С. 49-57. 12. Нотин С.А. Судебная практика в системе источников налогового права: Дис. канд. юрид. наук: 12.00.14 / Нотин С.А. – М., 2003. – 198 с. 13. Коростелкина О.Н. Судебная практика и судебный прецедент в системе источников российского права : Дис.... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Коростелкина О.Н. – М., 2005. – 192 с. 14. Придворова М.Н. Судебная практика в правовой системе Российской Федерации: Автореф.... дисс. канд. юрид. наук: 12.00.01/ Придворова М.Н. – Н. Новгород, 2003. – 28 с. 15. Беляневич В.Е. Про види актів Вищого господарського суду України / В.Е. Беляневич // Вісник господарського судочинства. – 2005. – № 4. – С. 140-145. 15. Осетинський А.І. Судові акти касаційної інстанції як запорука стабілізації судової практики // Осетинський А.І. Правові позиції Вищого господарського суду України з питань застосування податкового законодавства: Навч.-практ. посіб. / А.І. Осетинський. – К.: Концерн "Видавничий Дім "Ін Юре", 2005. – 360 с. 17. Осетинський А.І. Організація та функціональні засади діяльності суду касаційної інстанції господарської юрисдикції: Монографія / А.І. Осетинський. – К.: Юринком Интер, 2006. – 192 с. 18. Кивалов С.В. Судебная реформа в Украине: разочарования и надежды / С.В. Кивалов. – Одесса: Юридична література, 2010. – 272 с. 19. Щербина В.С. Модернізація господарського законодавства: причини, напрями та наслідки здійснення / В.С. Щербина // Проблеми модернізації господарського законодавства. Зб. наук. праць (за матеріалами круглого столу, м. Київ, 1 грудня 2010 р.) / Ред. кол.: О.Д. Крупчан (голова), В.С. Щербина, О.М. Вінник та ін. – К.: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2011, С. 5-8. 20. Концепція модернізації хозяйственного законодательства на базе Хозяйственного кодекса Украины (проект) // Економіка та право. – 2006. – № 2 (15). – С. 5-16. 21. Пропозиції круглого столу "Єдність системи судів загальної юрисдикції: теорія та практика" // Юридическа практика, 2012, 20 марта.

Надійшла до редколегії 05.04.12

УДК 347.97/99

М. Цуркан, канд. юрид. наук,
заступник Голови Вищого адміністративного суду України

ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ЮРИСДИКЦІЇ СПРАВ ЗА УЧАСТЮ ОРГАНІВ АНТИМОНОПОЛЬНОГО КОМІТЕТУ

У статті розглядається існуюча проблема дуалізму у визначенні підсудності конкурентних справ за участю органів Антимонопольного комітету. На підставі аналізу чинного законодавства обґрунтовується позиція про належність таких спорів до сфери публічно-правових відносин. Доводиться, що чинне законодавство встановлює юрисдикцію цих справ за адміністративними судами.

Ключові слова: конкурентні спори, публічно-правовий спір, юрисдикція, підсудність.

В статье рассматривается существующая проблема дуализма в определении подсудности конкурентных дел при участии органов Антимонопольного комитета. На основании анализа действующего законодательства обосновывается позиция о принадлежности таких споров к сфере публично-правовых отношений. Доказывается, что действующее законодательство устанавливает юрисдикцию этих дел за административными судами.

Ключевые слова: конкурентные споры, публично-правовой спор, юрисдикция, подсудность.

The article is devoted to the problem of dualism in the decision of jurisdiction of competition cases with participation of bodies of the Antimonopoly Committee. On the basis of analysis of current legislation position is grounded about belonging of such disputes to the sphere of public legal relations. Proved, that a current legislation sets jurisdiction of these disputes to administrative courts.

Key words: competition disputes, in public legal disputes, jurisdiction.

Ускладнення економічних взаємозв'язків закономірно тягнуть за собою зміни правового регулювання суспільних відносин і не тільки у виробничій сфері. Варто погодитись з твердженнями теоретиків про те, що сам процес виникнення держави і права відбувався при їх взаємному впливі один на одного, а у числі вирішальних причин такого виникнення було зародження приватної власності, розподіл праці, розвиток товарного виробництва [18, с. 245].

Актуальність питання взаємовпливу економіки на право і навпаки в сучасній Україні пояснюється, серед іншого, перехідним характером першої, незавершеним реформуванням другого та невідворотнім втягуванням країни в орбіту процесів глобалізації де ключові ролі грають потужні економіки, які ґрунтуються на особли-

вому розумінні права, як універсального регулятора суспільних відносин. Перш за все йдеться про принцип верховенства права та такі його складові, як правова визначеність, якість законів, тощо.

Не дивно, що законодавчо економічну конкуренцію, як двигуна вітчизняної економіки, українські парламентарі взяли за регулювати на зорі незалежності і вже 1992 року було ухвалено Закон України "Про обмеження монополізму та недопущення недобросовісної конкуренції у підприємницькій діяльності", а з грудня 1993 року набрав чинності Закон "Про Антимонопольний комітет України" [4].

Подальше таке правове регулювання постійно вдосконалювалось. При цьому конкуренція, як економіко-правова категорія, є предметом особливої уваги органів

Антимонопольного комітету, а там де така прискіпливість стосується діяльності конкретних учасників ринку і змістовного наповнення їхнього змагання за продавця – нерідко виникають юридичні конфлікти, пов'язані, як правило, із реалізацією повноважень державного органу.

Об'єктивно постає питання з'ясування сутності такого конфлікту і визначення органу та правових механізмів його розв'язання.

Зі створенням системи адміністративних судів та початком їх процесуальної діяльності на підставі норм Кодексу адміністративного судочинства України (1 вересня 2005 року) вбачалось, що проблема остаточно вирішена і не потребує дискусій. Дійсність наш оптимізм охолодила, оскільки господарські суди продовжили розгляд конкурентних спорів за правилами господарського судочинства і наразі практика у подібних правовідносинах складається у двох судових паралелях, що за визначенням неприпустимо, а про єдність правозастосування годі й згадувати.

Звісно, окреслення проблеми не є її вирішенням. В той же час з'ясування підстав юрисдикційного дуалізму у конкурентних спорах за участі антимонопольних органів може виявити шляхи подолання різночитань законів.

З цією метою, на наше переконання, варто дослідити загальні критерії віднесення справи до відповідної юрисдикції.

Звернемось до думки теоретиків права. Вони зазначають, що у вітчизняній правовій науці було традицією ідентифікувати конкретні правовідносини через зазначення галузеві належності норм, що їх врегульовують: цивільне право – цивільно-правові відносини; норми адміністративного права – адміністративно-правові відносини, тощо [1, с. 592].

В той же час, сукупність всіх галузей становить єдину систему права, яка традиційно ділиться на підсистеми (частини): публічного права і приватного права. Юридична наука визнає такий поділ до певної міри умовним, але необхідним [18, с. 359]. При цьому критеріями віднесення є: інтерес (публічний, приватний); предмет правового регулювання (майнові відносини – приватне право, немайнові – публічне); метод правового регулювання (у публічному праві – субординація, у приватному – координація); суб'єктний склад (державна, її органи, а також приватні особи – публічне право, приватні особи – приватне право) [18, с. 359].

Такий поділ системи права загальноновизнаний і є явищем об'єктивним, а згаданої відносності йому надають частковий збіг інтересів держави і приватної особи у конкретних правовідносинах, поєднання методів правового регулювання, що особливо проявляється в процесі захисту приватного (цивільного, господарського, трудового) права за допомогою інструментів традиційно належних публічному праву. Взаємопроникнення підсистем права одна в одну породжує проблему визначення процесуальної галузі права як сукупності норм, що забезпечують реалізацію норм матеріального права. Прикладом цьому є КАС України, завданням якого є захист прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб у сфері публічно-правових відносин [7].

При цьому завданням цивільного судочинства Цивільний процесуальний кодекс України визначає справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ, які виникають із цивільних, житлових, земельних, сімейних, трудових відносин (ст.ст. 1, 15 ЦПК) [21]. Тут важливо зазначити, що згадані відносини унормовані шляхом прийняття відповідних кодифікованих актів.

Господарський процесуальний кодекс України не містить норми яка окреслює його завдання. В той же час

у статті 1 Кодексу визначені особи які наділені правом звернення до господарського суду. Спільною характеристикою цих осіб є те, що всі вони суб'єкти господарювання [3]. Окрім того, через господарський процес відбувається реалізація такої матеріальної галузі права як господарське і яке також кодифіковано.

Порівняльний аналіз показує, що адміністративному судочинству тісно в рамках однієї матеріально-правової галузі, яким є адміністративне право. Адміністративне право на відміну від цивільного, господарського та інших не можна кодифікувати за класичними методами. Більше того, за допомогою механізмів адміністративного судочинства реалізується лише частина норм адміністративного матеріального права.

Не випадково, що в КАС України йдеться не про галузі права, а вживається таке поняття як "сфера публічно-правових відносин". Тому важко не погодитись з думкою О. Скакун, яка визначає адміністративне судочинство як "міжгалузевий (комплексний, суміжний) інститут права, який складається із системи конституційно-процесуальних, адміністративно-процесуальних, цивільно-процесуальних і господарсько-процесуальних норм, що встановлюють порядок захисту приватних прав громадян в публічній сфері. Адміністративне судочинство не можна вважати ні частиною матеріального процесуального права, ні частиною адміністративного процесу. З адміністративним процесом стикається лише частина норм адміністративного судочинства: оскарження постанов і рішень щодо накладання адміністративних стягнень. Порядок захисту суб'єктів від неналежної діяльності владних органів (адміністративне судочинство) здійснюється у конституційній, цивільній і господарській (арбітражній) процесуальних формах. Кодексом адміністративного судочинства України запроваджені процедури, спрямовані на перевірку діяльності суб'єктів перевірки управління, а не на поведінку владних осіб" [18, с.742].

Більше того, розвиток адміністративного судочинства на сьогодні дає підстави науковцям вести мову про напрацювання його змісту як судово-адміністративного процесу з визначенням особливої галузі права – адміністративно-судового права [16, с.373].

Досліджуючи питання сутності конкурентних правовідносин за участю органів антимонопольного комітету, варто звернутись до статусної характеристики цих органів. Так, за змістом статті 1 Закону України "Про Антимонопольний комітет України" це державний орган із спеціальним статусом, метою діяльності якого є забезпечення державного захисту конкуренції у підприємницькій діяльності та у сфері державних закупівель. Державно-владними є й основні завдання Комітету (стаття 3 Закону), а з повноважень наведених у статті 7 Закону звертають на себе увагу зокрема такі як:

- здійснення державного контролю за дотриманням законодавства про захист економічної конкуренції на засадах рівності суб'єктів господарювання перед законом та пріоритету права споживачів, запобігання, виявлення і припинення порушень законодавства про захист економічної конкуренції;
- контроль за концентрацією, узгодженими діями суб'єктів господарювання та регулюванням цін (тарифів) на товари, що виробляються (реалізуються) суб'єктами природних монополій;
- сприяння розвитку добросовісної конкуренції;
- методичне забезпечення застосування законодавства про захист економічної конкуренції [4].

Оскільки з наведеного вбачається, що АМК є суб'єктом владних повноважень (органом державної влади), рішення його є імперативними, між органами АМК і господарюючими суб'єктами відносини будуються за

принципом субординації, то з точки зору теорії права перед нами класичний приклад публічно-правових відносин, спір у яких має належати до юрисдикції адміністративних судів.

Щодо складової питання врегульованої чинним законодавством.

За змістом статті 12 Господарського процесуального кодексу України господарським судам підвідомчі справи за заявами органів Антимонопольного комітету з питань, віднесених законодавчими актами до їх компетенції [3]. Тобто йдеться не про позови до АМК, а навпаки. Право Комітету на звернення до суду з позовами, заявами і скаргами визначено у пункті 15 частини 1 статті 7 Закону "Про Антимонопольний комітет України" і пов'язується із застосуванням законодавства про захист економічної конкуренції. Що ж до оскарження рішень органів Антимонопольного комітету, то така можливість передбачена статтею 60 Закону України "Про захист економічної конкуренції" [5].

За відсутності КАС України наведеного масиву законодавчих актів було достатньо для ствердної відповіді про належність конкурентних спорів до господарського судочинства. З початком діяльності адміністративних судів ситуація змінилась.

Як ми вже зазначали, адміністративне судочинство сферою своєї уваги має публічно-правові відносини. Законодавчого визначення поняття "публічно-правові відносини" не знайшло. В той же час, у КАС України сформульовані правила, які достатньо чітко вказують на предмет адміністративної юстиції та визначають критерії відмежування від інших видів юрисдикції. Таких правил (способів) три: понятійно-функціональне, тобто визначення адміністративної справи, що наведене у пункті 1 статті 3 та видів публічних правовідносин (як управлінських так і тих, що пов'язані з публічним формуванням самого суб'єкта владних повноважень) у частині 1 статті 17; через перелік публічно-правових справ, що підпадають під юрисдикцію суду (частина 2 статті 17); шляхом наведення переліку публічно-правових справ, що не належать до предмета адміністративної юрисдикції (частина 3 статті 17).

Конкретно у КАС України не йдеться про справи з питань конкуренції. В той же час, участь у них антимонопольних органів переводить спір у площину публічно-правових відносин, а за всіма наведеними правилами така справа належить до адміністративної юрисдикції. Паралельна чинність статті 60 Закону України "Про захист економічної конкуренції" на таке визначення підсудності не впливає (не повинно вливати). По-перше, ця норма міститься у матеріальному законі, а не у процесуальному, якому й повинна надаватися перевага при визначенні підсудності. Принаймні Конституційний Суд України у Рішенні 19-рп/2011 (справа про оскарження бездіяльності суб'єктів владних повноважень щодо заяв про злочини) зазначив, що рішення прийняті суб'єктами владних повноважень, дії, вчинені ними під час здійснення управлінських функцій, а також невиконання повноважень, встановлених законодавством (бездіяльність), можуть бути оскаржені до суду відповідно до частин першої, другої статті 55 Конституції України. Для реалізації кожним конституційного права на оскарження рішень, дій чи бездіяльності вказаних суб'єктів у сфері управлінської діяльності в Україні утворено систему адміністративних судів. КАС України регламентує порядок розгляду не всіх публічно-правових спорів, а лише тих, які виникають у результаті здійснення суб'єктом владних повноважень управлінських функцій і розгляд яких безпосередньо не віднесено до підсудності інших судів [17].

По-друге, положення статті 60 Закону України "Про захист економічної конкуренції" повинно застосовуватись з урахуванням дії закону в часі, тобто пріоритетною є норма прийнята пізніше. У нашому випадку це КАС України.

Не зважаючи на очевидну переконливість доводів стосовно юрисдикційної належності конкурентних спорів за участю в них антимонопольних органів, на практиці справи цієї категорії розглядаються як адміністративними так і господарськими судами.

Парадоксальності ситуації надає ще й те, що Верховний Суд України, як найвищий судовий орган визначає юрисдикційність залежно від палати, якою здійснюється перегляд рішень касаційних судів: господарська палата конкурентні спори бачить як справи господарські, а адміністративна відповідно.

В судових рішеннях Вищого адміністративного суду України від 24 квітня 2012 року № К/9991/93/11 у справі за позовом Товариства з обмеженою відповідальністю "А" до Вінницького обласного територіального відділення Антимонопольного комітету України про скасування розпорядження [19], від 4 жовтня 2011 року № К/9991/39136/11 у справі за позовом Виконавчого комітету Вінницької міської ради до Вінницького обласного територіального відділення Антимонопольного комітету України про визнання протиправним та скасування рішення [20], від 31 березня 2011 року № К-12105/09 у справі за позовом Товариства з обмеженою відповідальністю "С" до Сумського обласного територіального відділення Антимонопольного комітету України про визнання нечинним рішення [13] прослідковується, що такі спори належить розглядати саме в адміністративній юрисдикції.

Отже, адміністративні суди з початку своєї діяльності почали формувати усталену судову практику, і у справах за участю органів АМК складається окрема судова статистика.

Так, упродовж 2008-2011 років та першого півріччя 2012 року на розгляді судів першої інстанції перебувало 935 справ про оскарження рішень Антимонопольного комітету України та його територіальних органів. Судами апеляційної інстанції переглянуто 207 справ, Вищим адміністративним судом України – 78 справ.

Належність згаданих публічно-правових спорів до юрисдикції адміністративних судів підтвердив Верховний Суд України.

Так, судова палата в адміністративних справах Верховного Суду України у постановках від 20 листопада 2007 року у справі № 21-1078во06 [8], від 16 вересня 2008 року у справі № 21-624во07 [9], від 23 вересня 2008 року у справі № 21-803во08 [10], від 7 жовтня 2008 року у справі № 21-1476во07 [11] вказала, що адміністративним судам підвідомчі всі публічно-правові спори щодо рішень, дій або бездіяльності Антимонопольного комітету України та його органів як суб'єктів владних повноважень. Закон України "Про захист економічної конкуренції" містить спеціальні норми – щодо захисту економічної конкуренції, а також загальні – щодо порядку захисту суб'єктом господарювання прав, порушених органами Антимонопольного комітету України. Проте, цей Закон не є процесуальним і після набрання чинності Кодексу адміністративного судочинства України не може визначати компетенцію судів щодо розгляду публічно-правових спорів за участю цих органів.

Водночас Вищий господарський суд України, посилаючись на статтю 60 Закону України "Про захист економічної конкуренції" та інформаційний лист Верховного Суду України від 26 грудня 2005 року № 3.2.-2005, неодноразово зазначав, що ця категорія спорів нале-

жить виключно до юрисдикції господарських судів (рекомендації президії Вищого господарського суду України від 27 червня 2007 року № 04-5/120 "Про деякі питання підвідомчості і підсудності справ господарським судам" (втратили чинність згідно з постановою Пленуму Вищого господарського суду України від 24 жовтня 2011 року №10 "Про деякі питання підвідомчості і підсудності справ господарським судам") [14], інформаційний лист від 13 квітня 2007 року № 01-8/229 "Про деякі питання практики застосування конкурентного законодавства" [6], рекомендації президії Вищого господарського суду України від 29 жовтня 2008 року № 04-5/247 "Про деякі питання практики застосування конкурентного законодавства" (втратили чинність згідно з постановою Пленуму Вищого господарського суду України від 26 грудня 2011 року № 15 "Про деякі питання практики застосування конкурентного законодавства") [15].

Ця позиція знайшла відображення і в практиці Верховного Суду України в особі господарської палати, яка в постанові від 1 вересня 2009 року у справі № 38/350-18/101 визначила юрисдикцію господарських судів щодо вирішення таких справ [12].

Коли на такому рівні відсутня єдність, то що мусить робити конкретний підприємець з цілком конкретною проблемою? Правильно. Йти до того суду де бачиш, або прогнозуєш позитивне вирішення справи на свою користь.

Постає питання. А може ми вигадуємо свій велосипед? Переконали, що ні. Для цього звернемося до практики наших сусідів – росіян. У нас після розвалу СРСР були одинакові стартові позиції щодо побудови судової системи. В Російській Федерації не створювалась така окрема підсистема загальних судів як адміністративні. Однак публічно-правові справи існують не залежно від системи судочинства. Це об'єктивна реальність. Як справедливим є й твердження про неможливість захисту порушеного права у публічному спорі інструментами господарського (арбітражного) судочинства. Тому в РФ визначились, що такий захист в рамках існуючих судів загальної юрисдикції буде здійснюватись за особливими правилами вмонтованими в цивільний чи, відповідно, арбітражний процес.

Так, частиною 1 статті 29 Арбітражного процесуального кодексу Російської Федерації передбачено, що арбітражні суди розглядають в порядку адміністративного судочинства справи, що виникають з адміністративних та інших публічних правовідносин, економічні суперечки і інші справи, пов'язані із здійсненням організаціями та громадянами підприємницької та іншої економічної діяльності, зокрема й **антимонопольного регулювання**. З метою забезпечення розгляду зазначеної категорії справ Арбітражний процесуальний кодекс РФ містить окремий Розділ III "Провадження в арбітражному суді першої інстанції у справах, що витікають з адміністративних та інших публічних правовідносин" [2, с.78-92]. По суті це міні КАС в російському виконанні.

Таким чином, наші сусіди вбачаючи реальну проблему особливостей розгляду публічних спорів, відшукують механізми забезпечення прав учасників конкурентних спорів, а ми, запровадивши повноцінне адміністративне судочинство з відповідним інструментарієм,

штучно заганняємо своїх підприємців у лещата іншого судочинства в арсеналі якого відсутні такі принципи як верховенство права, офіційність, не забезпечується обов'язок доказування правомірності ухваленого рішення владним органом, тощо.

На наше переконання, проблема визначення юрисдикції справ за участю органів Антимонопольного комітету є у великій мірі створеною штучно. Чинне законодавство містить достатньо критеріїв для розмежування підсудності цих справ. Тому є безперспективними, а у багатьох вимірах небезпечними за наслідками, і економічно затратними пропозиції щодо змін до законодавства, з метою розпорошення адміністративних справ між всіма судовими юрисдикціями.

1. Адміністративне судочинство України: підручник / О.М. Пасенюк (кер. авт. кол.), О.Н. Панченко, В.Б. Авер'янов [та ін.]; за заг. ред. О.М. Пасенюка. – К.: Юрінком Інтер, 2009. – 672 с. 2. Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации. – Москва: Проспект, КноРус, 2011. – 176 с. 3. Господарський процесуальний кодекс України : Закон України від 6 листопада 1991 року // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – №6. – ст. 56. 4. Закон України "Про Антимонопольний комітет України" від 26 листопада 1993 року № 3659-XII // Відомості Верховної Ради України – 1993. – №50. – ст. 472. 5. Закон України "Про захист економічної конкуренції" від 11 січня 2001 року № 2210-III // Голос України. – 2001. – №37. 6. Інформаційний лист Вищого господарського суду України від 13 квітня 2007 року № 01-8/229 "Про деякі питання практики застосування конкурентного законодавства" // Електронний ресурс. – Режим доступу: <http://ua-info.biz/legal/baseuw/ua-qmwodr.htm>. 7. Кодекс адміністративного судочинства України : Закон України від 06 липня 2005 року // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – №35–36, 37. 8. Постанова Верховного Суду України від 20 листопада 2007 року у справі № 21-1078во06 // Електронний ресурс. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/1602602>. 9. Постанова Верховного Суду України від 16 вересня 2008 року у справі № 21-624во07 // Електронний ресурс. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/2338460>. 10. Постанова Верховного Суду України від 23 вересня 2008 року у справі № 21-803во08 // Електронний ресурс. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/2397400>. 11. Постанова Верховного Суду України від 7 жовтня 2008 року у справі № 21-1476во07 // Електронний ресурс. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/2397400>. 12. Постанова Верховного Суду України від 1 вересня 2009 року у справі № 38/350-18/101 визначила юрисдикцію господарських судів щодо вирішення таких справ // Електронний ресурс. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/5003281>. 13. Постанова Вищого адміністративного суду України від 31 березня 2011 р № К-12105/09 // Електронний ресурс. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/14757035>. 14. Постанова Пленуму Вищого господарського суду України від 24 жовтня 2011 року №10 "Про деякі питання підвідомчості і підсудності справ господарським судам" // Електронний ресурс. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0010600-11/print1320923026719263>. 15. Постанова Пленуму Вищого господарського суду України від 26 грудня 2011 року № 15 "Про деякі питання практики застосування конкурентного законодавства" // Електронний ресурс. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0015600-11>. 16. Правова система України: історія, стан та перспективи: у 5 т. – Х.: Право, 2008. – Т.2. Конституційні засади правової системи України і проблеми її вдосконалення / за заг. ред. Ю.П. Битяка. – 576 с. 17. Рішення Конституційного Суду України від 14 грудня 2011 року № 19-рп/2011 // Електронний ресурс. – Режим доступу: <http://www.ccu.gov.ua/doccatalog/document?id=165572>. 18. Скаун О.Ф. Теорія держави і права (Енциклопедичний курс): Підручник. – Харків: Еспада, 2006. – 776 с. 19. Ухвала Вищого адміністративного суду України від 24 квітня 2012 року № К/9991/93/11 // Електронний ресурс. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/24085623>. 20. Ухвала Вищого адміністративного суду України від 04 жовтня 2011 року № К/9991/39136/11 // Електронний ресурс. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/26084138>. 21. Цивільний процесуальний кодекс України: Закон України від 18 березня 2004 року // Голос України. – 2004. – №89.

Надійшла до редколегії 05.04.12

М. Погорецький, д-р юрид. наук, проф.,
Д. Сергєєва, канд. юрид. наук

ЩОДО ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ "ОРГАНІЗАЦІЯ" У КРИМІНАЛІСТИЧНІЙ НАУЦІ ТА ЙОГО СПІВВІДНОШЕННЯ ІЗ КРИМІНАЛІСТИЧНОЮ ТАКТИКОЮ

У статті досліджуються наукові підходи до визначення понять "організація" й "тактика" у криміналістиці, а також до їх співвідношення. Обґрунтовується авторська позиція щодо досліджуваних категорій.

Ключові слова: організація, тактика, криміналістика, досудове провадження

В статье исследуются научные подходы к определению понятий "организация" и "тактика" в криминалистике, а также к их соотношению. Обосновывается авторская позиция относительно исследуемых категорий.

Ключевые слова: организация, тактика, криминалистика, досудебное производство.

In the article the scientific going is probed near determination of concepts "organization" and "tactic" in criminalistics, and their correlation. Author position in relation to the probed categories is grounded.

Keywords: organization, tactic, criminalistics, pre-trial realization.

Термін "організація" є одним із найуживаніших в криміналістиці, що використовується у таких словосполученнях, як "організація розслідування злочину", "організація слідства", "організація проведення слідчої (розшукової) дії" тощо.

Результати аналізу матеріалів практики свідчать про те, що належна організація як досудового розслідування в цілому, так і окремих його етапів є необхідною умовою ефективного вирішення завдань кримінального судочинства. Водночас у практичній діяльності органів досудового розслідування при вирішенні питань організаційного й тактичного характеру виникають проблеми у зв'язку з неоднаковим розумінням слідчими, прокурорами та оперативними працівниками понять "організація" і "тактика" та їх співвідношення. Однією з причин цього є те, що на сьогодні у криміналістичній теорії висловлюються різні погляди щодо цих категорій та їх співвідношення. В окремих підручниках та навчальних посібниках з криміналістики поняття "організація" або відсутнє взагалі, або ж воно підміняється поняттям "тактика" чи навпаки" [1; 2; 3].

На наш погляд, забезпечення чіткого розмежування понять "організація" і "тактика" у криміналістиці є гарантією предметної наукової розробки проблем як організаційного, так і тактичного та іншого криміналістичного характеру.

Слід зазначити, що наукові підходи до окремих аспектів організації розслідування репрезентуються у працях вітчизняних та зарубіжних криміналістів В.П. Бахіна, Р.С. Белкіна, А.Ф. Волобуєва, А.В. Дулова, В.Д. Зеленського, В.О. Коновалової, І.І. Котюка, В.С. Кузьмичова, О.М. Ларіна, С. І. Цвєткова, В.Ю. Шепіль та інш. Водночас зазначені та інші автори по різному визначають поняття "організація". Звертає на себе увагу й відсутність єдності думок щодо його сутності. До цього часу в теорії криміналістики залишається не вирішеним також й питання щодо місця організації досудового розслідування в структурі науки криміналістики, а саме – не визначено у змісті якого розділу криміналістики повинні розкриватися питання організації досудового провадження (у криміналістичній тактиці чи методикі, або ж утворювати самостійний розділ криміналістики). Невирішеність зазначених питань негативно впливає на теоретичні дослідження та на практичну діяльність органів досудового розслідування, прокуратури й підрозділів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність.

Зважаючи на зазначене, метою цієї статті є висвітлення авторського підходу щодо визначення поняття "організація", яке б відповідало сучасним засадам теорії криміналістики, а також визначення його співвідношення із криміналістичною тактикою.

Враховуючи те, що досудове розслідування злочинів є складовою людської діяльності, а саме одним із її видів, методологічною основою для формулювання

поняття "організація" є філософський діяльнісний підхід до розкриття будь-яких аспектів людської діяльності, у тому числі й щодо "організації людської діяльності" та її сутнісних структурних елементів.

У теорії та практиці людської діяльності поняття "організація" трактується досить широко: як дія із значенням організувати, організовувати і організуватися; як об'єднання людей, суспільних груп, держав на базі спільності інтересів, мети, програми дій тощо; сукупність людей, груп, об'єднаних для досягнення якої-небудь мети, вирішення якого-небудь завдання на основі принципів поділу праці, поділу обов'язків та ієрархічної структури, громадське об'єднання, державна установа; як складова частина управління, суть якої полягає в координації дій окремих елементів системи, досягненні взаємної відповідності функціонування її частин; особливості будови, устрій чого-небудь, структура; як фізичні й психічні особливості окремої особи; як комплекс заходів, зміст яких полягає в координації дій окремих елементів системи [4, с. 679]. Радянський енциклопедичний словник визначає термін "організація" як процес або сукупність дій, що призводять до утворення або удосконалення взаємозв'язків між частинами цілого [5, с. 935].

Таке широке трактування даного терміну можна пояснити, виходячи з його етимологічного значення. "Організація" є похідним від "орган" – частина організму, що має визначену будову і спеціальне призначення; засіб, знаряддя; періодичне видання [4, с. 678].

Поняття "організація" тісно пов'язане із суспільним життям – створенням та функціонуванням певних сукупностей людей (їх груп). У розумінні об'єктивного явища, властивого всім керованим соціальним об'єктам, поняття "організація" використовується разом з поняттям "управління", розуміється як його складова частина, функція [4, с. 1300 ; 6, с. 97]. У свою чергу, термін "управління" розуміється як діяльність органів влади; сукупність приборів, пристосувань, пристроїв, за допомогою яких управляється хід машини, механізму; великий підрозділ якої-небудь установи, велика адміністративна установа [7, с. 726].

Хоча із вищенаведеного і вбачається тісний зв'язок між поняттями "організація" та "управління", разом з тим, дослідники вказують, що: управління являє собою цілеспрямовану діяльність, що організовує й координує спільні зусилля учасників процесу управління в рамках уже наявної та певним чином організованої структури [8, с. 10]; метою управління є досягнення запрограмованого стану системи, в той же час метою організації є впорядкування та узгодження зв'язків між елементами системи [9, с. 8]. Водночас, організацію управління визначають як створення системи управління або внесення прогресивних змін у побудову і порядок функціонування раніше утвореної діючої системи управління [10, с. 609]. Організацію розглядають як функцію процесу

управління, що являє собою свідому діяльність, спрямовану на упорядкування стану тих чи інших соціальних утворень [6, с. 97], виділяючи як організацію процесу управління в цілому, так і організацію його окремих стадій [11, с. 188; 9, с. 12].

Узагальнюючи вищезазначене, можна дійти висновку про доцільність розгляду терміну "організація" відносно певного виду людської діяльності у трьох аспектах: а) власне організації (організація у статистиці); б) діяльності з упорядкування організації (організація організації); в) діяльності з упорядкування процесу управління діяльністю організації (організація управління організацією).

Організація у статистиці являє собою стан (властивості) певної системи управління (стан об'єкту та суб'єкту управління), що виявляється у рівні впорядкованості цієї системи, характеризує її організаційну структуру, відображає мету створення цієї системи, місце та роль кожного з її елементів, їх функції, повноваження, відповідальність, а також підстави, умови і напрями взаємодії тощо. У цьому випадку організацію можна розглядати як усталений взаємозв'язок елементів систем, частин цілого, їхню внутрішню впорядкованість, узгодженість відповідно до структури системи цілого [12, с. 43]. Саме у такому аспекті визначав термін "організація" В. П. Боголепов, розглядаючи організацію як взаєморозташування та взаємозв'язки елементів деякого комплексу (предметна та структурна частини організації), їх дії та взаємодії (функціональна частина), обумовлені єдністю мети чи функції, що ними виконуються і визначеними обставинами місця та часу [13, с. 44-45].

У криміналістиці організацію як певну систему пропонує розглядати Л. А. Соя-Серко. Він відносить до організації слідства структуру слідчого апарата, підслідність, нагляд за слідством, права та обов'язки слідчих та інших осіб, що беруть участь у розслідуванні, матеріальне забезпечення роботи слідчих, організацію їх праці [14, с. 8]. При цьому, науковець не розкриває такі характеристики зазначеної системи, як її елементи, структуру, взаємозв'язки між елементами системи, їх характер та інші. Водночас, зазначену організацію, відповідно до теорії управління, можна визначити як організацію управління у слідчій діяльності.

У другому аспекті організація розглядається як одна з функцій управління, що являє собою діяльність з упорядкування (налагодження) системи управління та має на меті підвищення рівня організованості цієї системи шляхом: створення, підтримання функціонування та подальшого розвитку організаційних структур управління; здійснення організуючого впливу суб'єкта на об'єкт управління з метою впорядкування та узгодженості зв'язків між елементами системи; забезпечення взаємодії частин системи тощо.

Як слушно зазначають окремі фахівці, удосконалення і розвиток соціального (в т. ч. державного) управління зумовлює необхідність "проектування" високоефективної організації, що здійснюється за такою універсальною схемою: відповідно до поставленої мети добирається необхідна сукупність складових елементів (засобів) і визначається їх структурно-функціональний зміст; здійснюється вибір найбільш раціональних форм і методів (способів) об'єднання елементів у єдину систему; регламентуються їх взаємозв'язки та взаємодія при переході від одного рівня організованості до іншого [15, с. 294].

На наш погляд, розглянуті вище аспекти розуміння організації у статистиці та як діяльності з упорядкування (налагодження) системи управління лежать за межами предмета науки криміналістики та є сферою дослідження наук управлінського циклу.

Третій аспект розуміння організації як діяльності з упорядкування процесу управління (його окремих стадій) полягає у забезпеченні оптимальних умов для прийняття та реалізації управлінських рішень у діяльності певної організації. Саме у такому контексті використовується термін "організація" й у криміналістиці.

На підставі результатів системного аналізу висвітлених точок зору з цього питання, можна дійти висновку, що у теорії криміналістики під організацією розуміють: визначення кола слідчих дій та оперативно-розшукових заходів [16, с. 42-43; 17, с. 34], їх послідовності [16, с. 42-43; 18, с. 3] чи поєднання [17, с. 34]; визначення форм і методів участі громадськості в розслідуванні [16, с. 42-43]; планування розслідування [17, с. 34; 19, с. 21], планування і організації слідчих дій [19, с. 21], планування використання сил та засобів [20, с. 273]; взаємодію слідчого з оперативними працівниками міліції [19, с. 21; 21, с. 31]; забезпечення можливості відшкодування збитків [16, с. 42-43; 21, с. 31]; форми і методи використання допомоги громадськості при розслідуванні [21, с. 31]; специфіку вирішення розумових завдань, використання НТЗ, економії процесуальних засобів [17, с. 34]; раціональний вибір, розстановку і прикладання сил, знарядь і засобів, які має в своєму розпорядженні слідчий [22, с. 59]; створення і використання оптимальних умов для досягнень цілей судочинства [22, с. 59] або умов для якісного провадження слідчих та інших дій [20, с. 273]; розумову діяльність слідчого, направлену на побудову уявної моделі всього акту розслідування, матеріальним вираженням якої є письмовий план у справі [23, с. 440] тощо. Також до змісту організації розслідування включаються елементи організації робочого дня слідчого [19, с. 21; 24, с. 297], матеріально-технічного забезпечення [17, с. 34] тощо. Так, наприклад, І. Ф. Крилов фактично звузив організацію розслідування до правил наукової організації праці слідчого [24, с. 297].

На нашу думку, представлені позиції не досить чіткі, оскільки переважна більшість науковців, не даючи визначення поняття організації, розкривають її зміст через перерахування її окремих елементів. До того ж, часто у визначення поняття організації включаються як елементи, що стосуються як розслідування в цілому, так і окремих засобів розслідування – слідчих дій.

Отже результати проведеного аналізу вказують на неоднозначність трактування терміну "організація" у криміналістичній науці. Разом з тим, проведене нами дослідження дозволило виокремити науковий підхід, якого дотримується низка науковців (Р. С. Белкін, А. Ф. Волобуєв, О. М. Ларін, І. П. Можаяєва, В. В. Степанов, В. Ю. Шепітько, М. П. Яблоков та ін.). На думку зазначених вчених організація є забезпеченням.

На наш погляд, такий підхід до розуміння організації є найбільш обґрунтованим, оскільки найточніше відображає етимологічну сутність організації як діяльності з упорядкування процесу управління (його окремих стадій), що полягає у забезпеченні оптимальних умов для прийняття та реалізації управлінських рішень у діяльності певної організації.

Виходячи з того, що будь-яка організаційна діяльність є забезпеченням досягнення певних цілей, необхідно звернутися до етимології слова "забезпечення", відповідно до якого, "забезпечення" має значення дії зі значенням "забезпечувати" – постачаючи щось у достатній кількості, задовольняти кого-, що-небудь у якихось потребах; надавати кому-небудь достатні матеріальні засоби до існування; створювати надійні умови для здійснення чого-небудь, гарантувати щось.

Через призму нашого дослідження, найбільший інтерес становить визначення "забезпечення" як створення надійних умов для здійснення чого-небудь. Отже семантичний аналіз понять, пов'язаних з терміном "організація" дозволяє побудувати таку конструкцію "організація – забезпечення – створення надійних умов".

На нашу думку, дотепер актуальними залишаються пропозиції Р. С. Белкіна чітко розрізняти рівні організації як діяльності і виокремлювати рівень поняття організації розслідування в цілому, тобто рівень криміналістичної методики та тактичний рівень організації розслідування, тобто організацію проведення окремої слідчої (розшукової) дії або організаційно-технічного заходу в рамках конкретного акту розслідування.

Визначення поняття організації розслідування є предметом окремого дослідження. Ми зазначимо лише, що найбільш вдалим нам уявляється його визначення як комплексу заходів із створення оптимальних умов для визначення і використання найбільш ефективних в конкретній слідчій ситуації рекомендацій криміналістичної методики з метою досягнення максимальних результатів при мінімальних витратах часу, засобів і сил [23, с. 440].

Під організацією слідчої дії слід розуміти забезпечення оптимальних умов для її найбільш ефективного проведення відповідно до вимог кримінального процесуального закону.

Визначаючи власний підхід щодо співвідношення організації слідчої (розшукової) дії і тактики її проведення, ми виходимо із розуміння криміналістичної тактики як способу практичної діяльності, що характеризується такими сутнісними ознаками:

- 1) наявність суб'єкта та об'єкта тактичного впливу;
- 2) здійснення тактичного впливу суб'єкта на психіку об'єкта з метою спонукання його до певних вольових дій зумовлених вирішенням завдань кримінального судочинства;
- 3) спрямованість тактичного впливу суб'єкта на подолання протидії, що чиниться об'єктом (прямої, прихованої, потенційної, уявної та ін.), або на спонукання об'єкта тактичного впливу до певних дій в інтересах суб'єкта (за відсутності явної протидії);
- 4) являє собою систему тактичних прийомів та наукових рекомендацій щодо найбільш ефективного здійснення певного виду діяльності (слідчої, обвинувачення, захисту);
- 5) застосовується під час провадження слідчої діяльності (слідча тактика), діяльності із захисту (тактика захисту), діяльності із обвинувачення (тактика обвинувачення).

Отже криміналістичну тактику ми пропонуємо розуміти як спосіб практичної діяльності, що являє собою сукупність тактичних прийомів, вироблених криміналістичною наукою, що використовуються слідчим, прокурором та захисником для здійснення ними тактичного впливу на психіку об'єкта такого впливу, спрямованого на подолання протидії, що чиниться цим об'єктом (прямої, прихованої, потенційної, уявної та ін.), або на спонукання його до певних дій в їх інтересах (за відсутності явної протидії), з метою ефективного вирішення завдань кримінального судочинства [25].

При цьому в криміналістичній тактиці організаційний аспект є невід'ємним. Лише сукупність взаємообумовлених тактичних прийомів і організаційних заходів складає зміст провадження слідчої дії. Виходячи з цього, порядок провадження слідчої дії можна розглядати як сукупність організаційних заходів й тактичних прийомів, що є взаємообумовленими, оскільки проведення конкретного організаційного заходу обумовлюється складністю слідчої дії, ситуацією, що склалася на момент її проведення, а також обраною тактикою слідчого

і виявляється в необхідності проведення заходів для забезпечення оптимальних умов для її доцільного і найбільш ефективного проведення (наприклад, складання і коректування плану проведення слідчої дії; заходи для забезпечення в ході проведення допиту можливості пред'явлення речових доказів тощо). У свою чергу, вибір тактичних прийомів проведення слідчої дії знаходиться у прямій залежності від можливості проведення організаційних заходів із їх реалізації (відсутність достатньої кількості науково-технічних засобів пошуку позбавляє слідчого можливості провести групові (одночасні) обшуки; неможливість організації присутності обшукуваного позбавляє слідчого можливості застосовувати тактичні прийоми, спрямовані на отримання пошукової інформації від обшукуваного).

Разом з тим, слід зауважити, що організація не є самостійною (автономною) діяльністю, вона є допоміжною щодо діяльності тактичної, здійснюється з метою забезпечення оптимальних умов для її проведення. Таким чином, необхідно чітко розмежовувати тактичні прийоми, які обґрунтовано називають центральним елементом криміналістичної тактики, та організаційні заходи, які здійснюються як допоміжна, забезпечувальна діяльність та не допускати їх підміни один одним як у наукових пошуках так і в практичній діяльності із розкриття та розслідування злочинів.

Підсумовуючи викладене, зазначимо що правильне визначення у теорії криміналістики понять "організація" і "тактика" та їх співвідношення, й правильне розуміння цих категорій та їх співвідношення слідчими, прокурорами та оперативними працівниками сприятиме підвищенню ефективності як наукової, так і практичної діяльності у сфері досудового розслідування злочинів, її оперативно-розшукового забезпечення та прокурорського нагляду за її законністю.

У теорії криміналістики потребує наукової розробки й проблема співвідношення понять організації та криміналістичної методики, що є предметом окремого наукового дослідження.

1. Салтєвський М. В. Криміналістика (у сучасному викладі): Підручник. – Київ: Кондор, 2005. – 588 с.
2. Сас В. А. Організація і тактика слідчих дій при розслідуванні злочинів, вчинених засудженими до позбавлення волі: [Монографія]. – К.: НТВ "Правник", 2004. – 240 с.
3. Скригунков М. І. Криміналістика: Підручник. – К.: Атіка, 2005. – 496 с.
4. Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод., допов. та CD) / Уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. – К.; Ірпін: ВТФ "Перун", 2009. – 1736 с.
5. Советский энциклопедический словарь / гл. ред. А. М. Прохоров. – 3-е изд. – М., 1980. – с. 1660.
6. Плішкін В. М. Теорія управління органами внутрішніх справ: [підручник] / В. М. Плішкін; за ред. Ю. Ф. Кравченка. – К.: НАВСУ, 1999. – 702 с.
7. Ожегов С. И. Словарь русского языка / под ред. Н. Ю. Шведовой. – 17 изд. – М., 1985. – 797 с.
8. Можаяева И. П. Организационные основы криминалистической деятельности: автореф. дис. на соискание ученой степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 "Уголовный процесс; криминалистика и судебная экспертиза; оперативно-розыскная деятельность" / И. П. Можаяева. – Саратов, 2003. – 26 с.
9. Кувакін С. В. Організаційні форми управління органами внутрішніх справ: загальнотеоретичний аспект: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.07 "Теорія управління; адміністративне право і процес; фінансове право" / С. В. Кувакін. – Х., 2001. – 18 с.
10. Большой экономический словарь / под. ред. А. Н. Азрилияна. – М.: Институт новой экономики, 2002. – 1280 с.
11. Основы управления в органах внутренних дел: [учебник] / Н. И. Буденко, Г. П. Герт, В. Р. Кисин [и др.]; [под. ред. А. П. Коренева]. – М.: Щит-М, 1996. – 343 с.
12. Українська радянська енциклопедія: [в 12 т.]. – [2-е вид.] – К.: Головна редакція УРЕ, 1982. – Т. 8. – Олєфіні – Поллін, 1982. – 528 с.
13. Боголепов В. П. О состоянии и задачах развития общей теории организации / В. П. Боголепов // Организация управления. – М.: Наука, 1968. – С. 44-60.
14. Михайлов А. И. Соя-Серко Л. А., Соловьев А. Б. Научная организация труда следователя. – М., "Юрид. лит.", 1974. – 168 с.
15. Юридична енциклопедія: [в 6 т.] / [редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін.]. – К.: "Укр. енцикл.", 1998. – Т. 4. – 2002. – 768 с.
16. Мирский Д. Я. Некоторые вопросы методики расследования отдельных видов преступлений // Принципы неотвратимости наказания и задачи советской криминалистики. – Свердловск, 1972. – С. 42 – 43.
17. Коновалова В. Е. Психология в расследовании преступлений. – Харьков, 1978. – 144 с.
18. Организация работы следователя. Методическое пособие / Карнеева Л. М.,

Ключанский В.И. — М.: Госюриздат, 1961. — 127 с. 19. Кавалиерис А.К. Научная организация предварительного следствия // Криминалистический сборник. — Рига, 1970. — С. 21-28. 20. Криминалистика: Учебное пособие / А. В. Дулов, Г. И. Грамович, А. В. Лапин и др., под ред. Дулова А.В. Мн.: ИП "Экоперспектива", 1998. — 415 с. 21. Шаламов М.П. Некоторые проблемы советской криминалистики. — М., 1965. — 182 с. 22. Ларин А.М. Расследование по уголовному делу. Планирование. Организация. — М., 1970. — 224 с. 23. Белкин Р. С. Курс криминалистики: Частные кримина-

листические теории. В 3-х томах. Т. 2. — М.: Юристъ, 1997. — 464 с. 24. Криминалистика: Учебник под ред. И. Ф. Крылова. — Л., 1976. — 591 с. 25. Погорельский М. А., Сергеева Д. Б. Криміналістична тактика: щодо визначення поняття / М. А. Погорельський, Д. Б. Сергєєва // Часопис Національного університету "Острозька академія". Серія "Право". — 2012. — № 1(5): [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://lj.oa.edu.ua/articles/2012/n1/12pmasvp.pdf>

Надійшла до редколегії 05.04.12

УДК 351.745.7

О. Юрченко, д-р юрид. наук, доц.,
І. Сервецький, д-р юрид. наук, доц.

ПРОБЛЕМИ ВИРІШЕННЯ ЗАЯВ І ПОВІДОМЛЕНЬ ГРОМАДЯН ПРО КРИМІНАЛЬНІ ПРОСТУПКИ

Стаття присвячена проблемі вирішення кримінальних проступків відповідно до нового Кримінального процесуального кодексу України.

Ключові слова: проблеми Кримінального процесуального кодексу України, кримінальні правопорушення, кримінальні проступки.

Статья посвящена проблеме решения уголовных проступков согласно новому Уголовно-процессуальному кодексу Украины.

Ключевые слова: проблемы Уголовного процессуального кодекса Украины, уголовные преступления, уголовные проступки.

This article is devoted to the problem of solving criminal offenses under the new Criminal Procedural Code of Ukraine.

Keywords: Problems of the Criminal Procedural Code of Ukraine, criminal offense, criminal misdemeanors.

Відповідно до нового Кримінального процесуального кодексу України — кримінальне провадження на території України визначається лише кримінальним процесуальним законодавством України [1]. Завданням кримінального провадження є захист свобод людини від кримінальних правопорушень [1], які чітко не визначені Кримінальним кодексом України. Існуючий Кримінальний кодекс України визначає кримінальну відповідальність за злочини невеликої тяжкості, середньої тяжкості, тяжкі та особливо тяжкі [2].

Щодо визначення кримінальних проступків охоплюються ст. 12 Кримінального кодексу України та поняттями злочини невеликої та середньої тяжкості, яких налічується: невеликої тяжкості — 211, середньої тяжкості — 246, що в сумі складають 65 % усіх злочинів, зазначених в Кримінальному кодексі України [2].

Отже у новому Кримінальному процесуальному кодексі України таке поняття, як кримінальний проступок, [1] не визначене та потребує швидкого прийняття рішення.

Мета дослідження полягає у вирішенні заяв і повідомлень громадян про кримінальні проступки відповідно до нового Кримінального Процесуального кодексом України.

Спроби удосконалити кримінальне процесуальне законодавство України при розгляді заяв і повідомлень громадян про злочини робили такі вчинені як О. М. Бандурка, [3] В. В. Бутузов [4], М.А. Погорельський, [5] П. П. Підюков, [6] І. В. Сервецький, [6] О. М. Шумило, [7] О.М. Юрченко [8] та ін.

Відповідно до нині діючого Кримінального процесуального кодексу, вирішення заяв і повідомлень громадян про злочини за 2011 рік має такі статистичні дані [6].

Роки	Усього розглянуто заяв та повідомлень про злочини	Порушено кримінальних справ	Відмовлено в порушенні кримінальних справ
2011	3 346 539	491 309	2 515 389

На підставі ст. 3 нового Кримінального процесуального кодексу України вирішення всіх злочинів буде здійснюватися у двох формах, які закріплені у ст. 215 нового КПК України і передбачають дві форми досудового розслідування: у формі досудового слідства, а розслідування кримінальних проступків — у формі дізнання [1].

Виникає питання — що вкладено в поняття досудового слідства згідно з новим Кримінальним процесуальним кодексом?

Відповідно до КПК установлений ст.95-97 КПК України встановлений порядок вирішення заяв та повідомлень про злочини [2].

Відповідно до ст. 109 КПК України у Перехідних положеннях зазначено про створення Єдиного реєстру досудових розслідувань [1].

Зареєструвавши заяву або повідомлення про злочин, заявником є фізична або юридична особа, яка звернулася із заявою або повідомленням про кримінальне правопорушення до органу державної влади, і не є потерпілим [1].

Отримавши заяву та повідомлення про злочин, слідчий у складі СОГ повинен виїхати на місце пригоди та скласти протокол огляду місця пригоди на підставі ст. 237 КПК України, з метою виявлення та фіксації відомостей

щодо обставин учинення кримінального правопорушення слідчий, прокурор проводять огляд місцевості, приміщення, речей та документів і долучає до протоколу [1].

Вилучені речі та документи, що не відносяться до предметів, які вилучені законом з обігу [9], вважаються тимчасово вилученим майном [1].

Початок розслідування на підставі ст. 214 КПК України слідчий, прокурор невідкладно, але не пізніше 24 годин після подання заяви, повідомлення про вчинення кримінального правопорушення або після самостійного виявлення ним з будь-якого джерела обставин, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення, зобов'язаний внести відповідні відомості до Єдиного реєстру досудових розслідувань і розпочати розслідування. Слідчий, який здійснюватиме досудове розслідування, визначається керівником органу досудового розслідування [1].

Здійснення досудового розслідування до внесення відомостей до реєстру або без такого внесення не. Огляд місця події у невідкладних випадках може бути проведений до внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань, що здійснюється негайно — прислівник до негайний — який здійснюється, відбувається зразу, без затримки, терміновий [10, с.595]. В разі

виявлення ознак кримінального правопорушення на морському чи річковому судні, що перебуває за межами України, досудове розслідування розпочинається негайно; відомості про нього вносяться до Єдиного реєстру досудових розслідувань при першій можливості – здійснення, допустимість чого не – будь (звичайно за певних умов). Наявність умов, сприятливих для чогонебудь, обставин які допомагають чомусь [10, с.536].

Слідчий, прокурор, інша службова особа, уповноважена на прийняття та реєстрацію заяв і повідомлень про кримінальні правопорушення, зобов'язані прийняти та зареєструвати таку заяву чи повідомлення. Відмова у прийнятті та реєстрації заяви або повідомлення про кримінальне правопорушення не допускається [1].

До Єдиного реєстру досудових розслідувань вносяться відомості про:

- 1) дату надходження заяви, повідомлення про кримінальне;
- 2) прізвище, ім'я, по батькові (найменування) потерпілого або заявника;
- 3) інше джерело, з якого виявлені обставини;
- 4) короткий виклад обставин, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення;
- 5) попередня правова кваліфікація кримінального правопорушення з зазначенням статті (частини статті) Закону України про кримінальну відповідальність;
- 6) прізвище, ім'я, по батькові та посада службової особи, яка внесла відомості до реєстру, а також слідчого, прокурора, який вніс відомості до реєстру та/або розпочав досудове розслідування;
- 7) інші обставини [10], передбачені положенням про Єдиний реєстр досудових розслідувань.

Слідчий невідкладно (якого не можна відкладати, якого треба здійснювати, розв'язувати негайно) [10, с.593] у письмовій формі повідомляє прокурора про початок досудового розслідування.

Якщо відомості про кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань внесені прокурором, він зобов'язаний невідкладно, але не пізніше наступного дня, з дотриманням правил підслідності передати наявні у нього матеріали до органу досудового розслідування та доручити [10] проведення досудового розслідування.

Стаття 55. потерпілий. Потерпілим у кримінальному провадженні може бути фізична особа, якій кримінальним правопорушенням завдано моральної, фізичної або майнової шкоди, а також юридична особа, якій кримінальним правопорушенням завдано майнової шкоди.

Положення цієї частини не поширюються на провадження, яке може бути розпочате лише на підставі заяви потерпілого (кримінальне провадження у формі приватного обвинувачення). Слідчий, прокурор можуть потерпілому у визнанні його потерпілим і закрити кримінальне провадження, на підставі ст.284 КПК [1].

На підставі ст. 56 КПК України протягом кримінального провадження потерпілий має широкі права, крім того:

- на негайне (яке здійснюється, відбувається зразу, без затримки, терміново) [10] прийняття і реєстрацію заяви про кримінальне правопорушення, визнання його потерпілим;
- отримувати від уповноваженого органу, до якого він подав заяву, документ, що підтверджує її прийняття і реєстрацію;
- подавати докази на підтвердження своєї заяви;
- брати участь у слідчих (розшукових) та інших процесуальних діях, під час проведення яких ставити запитання, подавати свої зауваження та заперечення щодо порядку проведення дії, що заносяться до протоколу, а

також знайомитися з протоколами слідчих (розшукових) та інших процесуальних дій, виконаних за його участі;

- отримувати копії матеріалів, які безпосередньо стосуються вчиненого щодо нього кримінального правопорушення, після закінчення досудового розслідування.

На всіх стадіях кримінального провадження потерпілий має право примиритися з підозрюваним, обвинуваченим і укласти угоду про примирення. У передбачених законом України про кримінальну відповідальність та цим Кодексом випадках примирення є підставою для закриття кримінального провадження [1].

На підставі ст. 57 КПК України потерпілий зобов'язаний: прибути за викликом до слідчого, прокурора, слідчого судді, суду; не перешкоджати встановленню обставин вчинення кримінального правопорушення та не розголошувати без дозволу слідчого, прокурора, суду відомості, які стали йому відомі у зв'язку з участю у кримінальному провадженні [1].

На підставі стаття 58 КПК України представником потерпілого у кримінальному провадженні може бути особа, яка у кримінальному провадженні має право бути захисником.

Представником юридичної особи, яка є потерпілим, може бути її керівник, інша особа, уповноважена законом або установчими документами, працівник юридичної особи за довіреністю, а також особа, яка має право бути захисником у кримінальному провадженні.

Якщо, згідно зі статтею 59 КПК України, потерпілим є неповнолітня, особа або особа, визнана в установленому законом порядку неієздатною чи обмежено дієздатною, до участі в процесуальній дії разом з нею залучається її законний представник [1].

Питання участі законного представника потерпілого у кримінальному провадженні регулюється згідно з положеннями статті 44 цього Кодексу.

Статтею 298 нового КПК України передбачено, що досудове розслідування кримінальних проступків (дізнання) здійснюється згідно із загальними правилами досудового розслідування, передбаченими цим Кодексом [1].

Під час досудового розслідування кримінальних проступків не допускається застосування запобіжних заходів у вигляді домашнього арешту, застави або тримання під вартою (ст. 299) [1].

Відповідно до ст. 300 КПК України розслідування кримінальних проступків дозволяється виконувати всі слідчі (розшукові) дії, передбачені цим Кодексом, окрім негласних слідчих (розшукових) дій. (ст.ст. 246-275) [1].

Згідно зі ст. 301 КПК України закінчення досудового розслідування кримінальних проступків здійснюється згідно із загальними правилами, передбаченими цим Кодексом, з урахуванням особливостей, передбачених цією статтею

Особливості закінчення досудового розслідування кримінальних проступків (до ст. 301) слідчий зобов'язаний у найкоротший строк, але не пізніше двадцяти п'яти днів після повідомлення особі про підозру, подати на затвердження прокурору один із зазначених процесуальних документів:

- 1) проект рішення про закриття кримінального провадження;
 - 2) проект клопотання про звільнення особи від кримінальної відповідальності;
 - 3) обвинувальний акт, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру;
 - 4) клопотання про продовження строку досудового розслідування з підстав, передбачених цим Кодексом [1].
- Відповідно до ст. 481. повідомлення про підозру [1], письмове повідомлення про підозру здійснюється:
- 1) адвокату, депутату місцевої ради, депутату Верховної Ради Автономної Республіки Крим, сільському,

селищному, міському голові – Генеральним прокурором України, його заступником, прокурором Автономної Республіки Крим, області, міст Києва або Севастополя в межах його повноважень;

2) народному депутату України, кандидату у Президенти України, Уповноваженому Верховної Ради України з прав людини, Голові Рахункової палати, його першому заступнику, заступнику, головному контролеру, секретарю Рахункової палати, заступникам Генерального прокурора України – Генеральним прокурором України;

3) судді Конституційного Суду України, професійному судді, присяжному та народному засідателю на час здійснення ними правосуддя – Генеральним прокурором України або його заступником;

4) Генеральному прокурору України – заступником Генерального прокурора України.

На затвердження прокурору подається один із зазначених процесуальних документів:

1) проект рішення про закриття кримінального провадження;

2) проект клопотання про звільнення особи від кримінальної відповідальності;

3) обвинувальний акт, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру;

4) клопотання про продовження строку досудового розслідування з підстав, передбачених цим Кодексом.

У разі необхідності прокурор має право самостійно оформити процесуальні документи, передбачені частиною другою цієї статті.

Прокурор зобов'язаний до спливу тридцяти денного терміну після повідомлення особи про підозру здійснити одну із зазначених дій:

1) прийняти рішення про закриття кримінального провадження;

2) звернутися до суду з клопотанням про звільнення особи від кримінальної відповідальності;

3) звернутися до суду з обвинувальним актом, клопотанням про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру;

4) подати клопотання про продовження строку досудового розслідування з підстав, передбачених цим Кодексом.

4. Відкриття матеріалів досудового розслідування іншої сторони здійснюється слідчим у порядку, передбаченому цим Кодексом [1].

На підставі ст. 302 КПК України, встановивши під час досудового розслідування, що підозрюваний беззаперечно визнав свою вину, не оспорує встановлені досудовим розслідуванням обставини і згоден з розглядом обвинувального акта за його відсутності, а потерпілий не заперечує проти такого розгляду, прокурор має право надіслати до суду обвинувальний акт, в якому зазначає клопотання про його розгляд у спрощеному порядку без проведення судового розгляду в судовому засіданні [1].

Крім того, слідчий, прокурор зобов'язаний впевнитися у добровільності згоди підозрюваного та потерпілого на розгляд обвинувального акта у спрощеному провадженні.

До обвинувального акта з клопотанням про його розгляд у спрощеному провадженні повинні бути додані:

1) письмова заява підозрюваного, складена в присутності захисника тощо;

2) письмова заява потерпілого щодо згоди із встановленими досудовим розслідуванням обставинами, ознайомлення з обмеженням права апеляційного оскарження згідно з частиною другою цієї статті та згоди з розглядом обвинувального акта у спрощеному провадженні;

3) матеріали досудового розслідування, у тому числі документи, які засвідчують беззаперечне визнання підозрюваним своєї винуватості.

На підставі стаття 110 КПК України процесуальними рішеннями є всі рішення органів досудового розслідування, прокурора, слідчого судді, суду [1].

Судове рішення приймається у формі ухвали або вироку, які мають відповідати вимогам, передбаченим статтями 369, 371–374 цього Кодексу.

Рішення слідчого, прокурора приймається у формі постанови. Постанова виноситься у випадках, передбачених цим Кодексом, а також коли слідчий, прокурор визнає це за необхідне.

Обвинувальний акт є процесуальним рішенням, яким прокурор висуває обвинувачення у вчиненні кримінального правопорушення і яким завершується досудове розслідування. Обвинувальний акт повинен відповідати вимогам, передбаченим у статті 291 цього Кодексу.

Постанова слідчого, прокурора складається зі:

1) вступної частини, яка повинна містити відомості про: місце і час прийняття постанови;

прізвище, ім'я, по батькові, посаду особи, яка прийняла постанову;

2) мотивувальної частини, яка повинна містити відомості про:

зміст обставин, які є підставами для прийняття постанови;

мотиви прийняття постанови, їх обґрунтування та посилання на положення цього Кодексу;

3) резолютивної частини, яка повинна містити відомості про:

зміст прийнятого процесуального рішення;

місце та час (строки) його виконання;

особу, якій належить виконати постанову;

можливість та порядок оскарження постанови.

Постанова слідчого, прокурора виготовляється на офіційному бланку та підписується службовою особою, яка прийняла відповідне процесуальне рішення.

Постанова слідчого, прокурора, прийнята в межах компетенції згідно із законом, є обов'язковою для виконання фізичними та юридичними особами, прав, свобод чи інтересів яких вона стосується.

Отже, вирішення кримінальних проступків відповідно до нового КПК України має певні вади та прогалини, які необхідно усунути наступним чином, а саме:

- чітко визначити поняття та зміст кримінального проступку;

- встановити межі кримінальної відповідальності за вчинення кримінальних проступків – до 5-ти років;

- строк розслідування кримінального проступку, якщо особа, яка його вчинила не встановлена;

- визначити, хто буде відмовляти у визнанні особи потерпілим при розслідуванні кримінальних проступків;

- не вказано, якими саме силами, засобами, способами, методами та заходами ОРД будуть виявлятися кримінальні проступки.

1. Кримінальний Процесуальний кодекс України, Закон України "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Кримінального процесуального кодексу України": чинне законодавство з 19 листопада 2012 року: (Офіц.ТЕКСТ). – К.: ПАЛИВОДА А.В., 2012. – 382 с. 2. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України (2-е вид., перероб. та доп.) / За заг.ред. П.П. Андрушка, В.Г. Гончаренка, Є.В. Фесенка. – К.: Дакор, 2008. – 1428 с. 3. Бандурка О.М. Оперативно-розшукова діяльність: Підруч. [для студ. вищ. навч. закл.] Частина 1. / О.М. Бандурка. – Х.: Вид-во НУВС. – 2002. – 335 с. 4. Бутузов В.М. Правові основи інвестиційної діяльності. Навчальний посібник. В.М. Бутузов., А.І. Марущак. – К.: Тов. "Вид.політ. кит.", 2005. – 189 с. 5. Погорецький М.А. Попередження корупційних діянь: організаційно-правові аспекти: матеріали міжнародного науково-практичного семінару ["Відповідальність посадових осіб за корупційну діяльність"], (Харків, 11-12 травня 2001р.) / Харків: Східно-регіональний центр гуманітарно-

освітніх ініціатив, 2003. — С. 279-283. 6. Сервецький І.В., Підюков П.П. Теоретико-правові та організаційні аспекти діяльності ОВС з розгляду заяв і повідомлень про злочини: Навчальний посібник. За заг.ред. С.М. Гусарова — К., 2012. — 276 с. 7. Шумило М.Є. Наукові засади використання оперативно-розшукових матеріалів в доказуванні у кримінальних справах: матеріали науково-практичної конференції ["Судова реформа в Україні: проблеми і перспективи"], (Харків, 18-19 квітня 2002 р.), Харків, 2002. — С.189-191. 8. Юрченко О.М. Концептуальні основи захи-

сту економічної інформації як об'єкт інтелектуальної власності. Монографія. Нац. акад. СБУ. — К.: ВД "сам" — 2006. — 583 с. 9. Див.: Постанова Кабінету Міністрів №723 "Про затвердження переліку небезпечних предметів і речовин заборонених до перевезення в Україні" інтернет джерело <http://search.ligazakon.ua/> 10. Великий тлумачний словник сучасної української мови/ Уклад. і голов. ред. В27 В.Т. Бусел. — К.; Ірпінь: ВТФ "Перун", 2002. — 1440 с.

Надійшла до редколегії 06.04.12

УДК 347.9

В. Рєзнікова, д-р юрид. наук, доц.

ПРОБЛЕМИ ПРОТИДІЇ ЗЛОВЖИВАННЮ ПРОЦЕСУАЛЬНИМИ ПРАВАМИ В ГОСПОДАРСЬКОМУ СУДОЧИНСТВІ

Статтю присвячено проблемним, на думку автора, аспектам протидії зловживанню процесуальними правами в господарському судочинстві. Розкрито сутність зазначених проблем, висловлено власне бачення щодо можливих шляхів їх розв'язання.

Ключові слова: зловживання правом, зловживання процесуальними правами, протидія зловживанню процесуальними правами, суддівський розсуд.

Статья посвящена проблемным, по мнению автора, аспектам противодействия злоупотреблению процессуальными правами в хозяйственном судопроизводстве. Раскрыта сущность указанных проблем, высказано собственное видение возможных путей их разрешения.

Ключевые слова: злоупотребление правом, злоупотребление процессуальными правами, противодействие злоупотреблению процессуальными правами, судебское усмотрение.

The article deals with the urgent, to the author's mind aspects of counteraction of procedural rights abuse in economical legal proceedings. The essence of the mentioned problems is revealed, personal vision of possible ways of their solving is expressed.

Key Words: law abuse, procedural rights abuse, counteraction of procedural rights abuse, judicial discretion.

На сьогодні, відповідно до тексту Конституції України, немає прямої заборони щодо зловживання правом. Проте, аналіз окремих положень Основного закону свідчить, що ідея сумлінного здійснення належних суб'єкту прав та ідея неприпустимості зловживання ними, чітко пронизує низку норм Конституції (ст.ст. 13, 23, 42). ЦК України вперше закріпив у вітчизняному законодавстві заборону зловживання процесуальними правами (ч. 3 ст. 13). Що ж до зловживання процесуальними правами в господарському судочинстві, то з прийняттям ГПК України (ч. 3 ст. 22), закріплено положення, згідно з яким сторони зобов'язані добросовісно користуватися належними їм процесуальними правами, виявляти взаємну повагу до прав та охоронюваних законом інтересів другої сторони, вживати заходів до всебічного, повного та об'єктивного дослідження всіх обставин справи. Це положення може бути трактоване як загальне застереження про добросовісність користування процесуальними правами особами, що беруть участь у справі. Н. О. Чечина свого часу цілком слушно відмітила, — добросовісна поведінка кожної сторони в процесі забезпечує нормальну діяльність суду та всіх осіб, що беруть участь у процесі, забезпечує з'ясування матеріальної (об'єктивної) істини у кожній справі й одночасно з цим гарантує можливість здійснення процесуальних прав іншою стороною, забезпечує її інтерес щодо швидкого та правильного розгляду справи [1, 32]. Проте, на жаль, подібного роду загального застереження в процесуальному законодавстві виявилось недостатньо аби принцип добросовісності користування процесуальними правами всіма учасниками процесу знайшов своє реальне втілення та практичне застосування, зокрема в господарському судочинстві.

У безпосередньому зв'язку з проблемою зловживання процесуальними правами знаходяться питання про поняття та ознаки процесуальних правопорушень та процесуальної відповідальності. Існуючі дослідження з цього приводу нечисленні (праці, наприклад, Я. В. Грель, О. М. Єрмакова, Н. О. Чечиною, М. Й. Стефана, А. В. Юдіна та ін.). Дослідження з питань зловживання процесуальними правами в господарському про-

цесі є ще більш малочисельними (А. Забродський, О. Фонова, А. Смітюх та ін.)

Чинне господарське процесуальне законодавство не містить визначення поняття "зловживання процесуальним правом", невідомим йому навіть є такий термін. Втім, ч. 4 ст. 43-4 ГПК України встановлює можливість для суду зобов'язати заявника, який вимагає вжиття запобіжних заходів, забезпечити його вимогу заставою, достатньою для того, щоб запобігти зловживанню запобіжними заходами, яка вноситься на депозит господарського суду. Однак, це чи не єдина згадка про зловживання в господарському судочинстві. Між тим, практика зловживання сторін своїми процесуальними правами набула неабиякого поширення в господарському судочинстві. Чимало дій, на сьогодні, в господарському судочинстві можна кваліфікувати як зловживання процесуальними правами, однак, на жаль, все ще немає дієвого механізму запобігання їм, відсутня чітка концепція щодо протидії зловживанню процесуальними правами. Господарський суд обмежений за чинним процесуальним законодавством у можливостях впливу на недобросовісну поведінку сторони, що дозволяє зацікавленим особам різними способами затягувати розгляд справи, перешкоджати ухваленню несприятливих для себе судових актів і здійснювати інші протиправні дії у сфері господарського судочинства.

Метою цієї публікації є дослідження існуючих сучасному етапі розвитку господарського судочинства проблем протидії зловживанню процесуальними правами.

Намагаючись досягнути визначеної мети, хоч і без претензії на вичерпність висвітлення досліджуваного питання, звернімо увагу передусім на такі *проблемні*, на наш погляд, *аспекти протидії зловживанню процесуальними правами в господарському судочинстві*:

1) істотною вадою чинної ст. 22 ГПК України є те, що обов'язок добросовісно користуватися належними процесуальними правами покладається лише на сторони у господарському процесі. В той же час, як цілком слушно відмітила О. С. Фонова, не тільки від їх, хоча і в більшому ступені, добросовісної поведінки може залежати хід вирішення справи, оскільки є ще інші особи, які беруть участь у справі (експерти, перекладачі тощо), вна-

© Рєзнікова В., 2012

слідок чого доцільним є розповсюдження загального застереження, передбаченого ст. 22 ГПК України на всіх осіб, що беруть участь у розгляді справи [2, 190];

2) алгоритм дій для недобросовісних учасників процесу щодо зловживання процесуальними правами подекуди з очевидністю вбачається з тексту самих же постанов Пленуму Вищого господарського суду (так, наприклад, це п. 5 Постанови Пленуму Вищого господарського суду України від 17.05.2011 р. "Про деякі питання практики застосування розділу XII Господарського процесуального кодексу України" №7 та п. 5 Постанови Пленуму Вищого господарського суду України від 24.10.2011 р. "Про деякі питання практики застосування розділу XII-1 Господарського процесуального кодексу України" №11, що містять переліки обставин, які виключають перегляд судових актів у апеляційному/касаційному порядку. Право винесення з цього приводу ухвал надається, відповідно, не суду першої/апеляційної інстанції, а судам апеляційної/касаційної інстанцій відповідно (залежно від рівня оскарження), у зв'язку з чим господарські суди України заповонила тенденція до оскарження, до прикладу, процесуальних документів, які не ухвалювалися взагалі та/або є відсутніми у справі, оскільки в такому разі є реальна можливість до затягування судового процесу в очікуванні відповідної ухвали суду апеляційної/касаційної інстанції);

3) саме по собі законодавче закріплення в ст. 22 ГПК України обов'язку сторін добросовісно користуватися належними їм процесуальними правами не є дієвим механізмом протидії зловживанню процесуальними правами, оскільки за порушення цього обов'язку не передбачено ефективних заходів відповідальності, жорстких санкцій. На сьогодні *щодо відповідальності, яку господарський суд може покласти на сторону за дії, що кваліфікуватимуться як зловживання процесуальними правами*, то: (а) відповідно до ч. 2 ст. 49 ГПК України, якщо спір виник внаслідок неправильних дій сторони, господарський суд має право покласти на неї судовий збір незалежно від результатів вирішення спору (слід зробити застереження, що за буквальною трактуванням змісту вказаної норми суд має право це зробити лише у разі винних неправильних дій сторони, що передували виникненню спору, а не якщо вона допустила недобросовісну поведінку вже в процесі розгляду справи в суді, тобто після виникнення спору); (б) відповідно до ч. 1 ст. 83 ГПК України, господарський суд, приймаючи рішення, має право стягувати з винної сторони штраф у розмірі до ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян за ухилення від вчинення дій, покладених господарським судом на сторону (при цьому слід мати на увазі, що передбачене п. 5 ст. 83 ГПК України право господарського суду у прийнятті рішення стягнути з винної сторони штраф у дохід державного бюджету України стосується не лише рішень, прийнятих по суті справи, а й ухвал, у тому числі тих, якими розгляд справи не закінчується, до прикладу ухвали про відкладення розгляду справи у зв'язку з неявкою в судові засідання представника учасника судового процесу та/або неподання ним витребуваних судом матеріалів тощо); (в) відповідно до ст. 75 ГПК України, у разі неподання учасником судового процесу з неповажних причин або без повідомлення причин матеріалів та інших доказів, витребуваних господарським судом, останній може здійснити розгляд справи за наявними в ній матеріалами та доказами або, з огляду на обставини конкретної справи, залишити позов без розгляду на підставі п. 5 ч. 1 ст. 81 ГПК України (у наведених випадках від-

повідні докази не повинні прийматися в подальшому й судом апеляційної інстанції); (г) відповідно до ст. 90 ГПК України (див. також п. 5.13. Постанови Пленуму Вищого господарського суду України від 26.12.2011 р. "Про деякі питання практики застосування Господарського процесуального кодексу України судами першої інстанції" № 18, Інформаційного листа Вищого господарського суду України від 15.03.2010 р. "Про деякі питання запобігання зловживанню процесуальними правами у господарському судочинстві" № 01-08/140), у будь-яких випадках зловживання сторонами та іншими учасниками процесу своїми процесуальними правами всупереч обов'язкові добросовісно користуватися ними, господарському суду належить реагувати шляхом винесення окремих ухвал, а за наявності підстав – також і надіслання повідомлень органам внутрішніх справ чи прокуратури. Інститут окремих ухвал є відомим процесуалістиці ще з радянських часів і являє собою певні "наглядіві" за своєю суттю функції суду, спрямовані на підвищення правосвідомості й правопорядку. Вважалося, що така практика буде сприяти зменшенню кількості можливих судових спорів, правопорушень. Сутність відповідного процесуального інституту полягає в тому, що суду надається право звернути увагу на порушення законності (й інші недоліки) в діяльності підприємств, установ, організацій, причому не лише щодо тих осіб, які беруть участь у спорі, але й щодо будь-яких інших. Відповідна ухвала історично від початку направлялась тому суб'єкту, до компетенції котрого входило усунення відповідних недоліків. В той же час, відповідна норма ГПК України (ст. 90) навряд чи може використовуватися як ефективний засіб протидії зловживанням процесуальними правами на сучасному етапі, оскільки: 1) протидія зловживанням процесуальними правами не є її безпосереднім цільовим призначенням; 2) чинне законодавство на сьогодні не передбачає жодних санкцій за невиконання приписів окремих ухвал господарського суду.

Окрім вже зазначеного, ще однією групою наслідків зловживання процесуальними правами, спрямованими не на покарання недобросовісного учасника процесу, а на попередження затягування судового процесу, є відмова господарського суду у вчиненні дій, щодо яких клопоче особа, яка зловживає своїм процесуальним правом (відмова в задоволенні клопотання, заяви, скарги тощо). Г. Кулакова, Я. Орловська наголошують на тому, що припинення дій сторони, яка зловживає своїми правами, може і повинно, зокрема, здійснюватися шляхом відмови суду в задоволенні клопотання з вказівкою не неблаговидні наміри сторони [3, 22]. Однак, таким наслідком ніколи не може бути задоволення позову по суті, оскільки, за словами М. А. Гурвича, – "це означало б встановлення такої, що складно піддається перевірці при прийнятті справи до провадження передумови права на подання позову, і призвело б на практиці до обмеження можливостей отримати судовий захист" [4, 127-128]. Відповідно до п. 3.14. Постанови Пленуму Вищого господарського суду України від 26.12.2011 р. "Про деякі питання практики застосування Господарського процесуального кодексу України судами першої інстанції" № 18, зловживанням процесуальними правами слід вважати також і подання учасниками судового процесу: клопотань (заяв) про вчинення господарським судом не передбачених ГПК України процесуальних дій; подання другого і наступних клопотань (заяв) з одного й того самого питання, яке вже вирішено господарським судом; апеляційних та касаційних скарг на процесуальні документи, дія яких на момент подання

такої скарги закінчилася (вичерпана). До речі, щодо трактування подання апеляційних скарг на ухвали, які вже припинили свою дію на момент їх оскарження, як зловживання правом, то це є, на думку навіть не стільки вчених, скільки передусім практикуючих юристів, безпідставним, оскільки позбавляє зацікавлену особу можливості встановити наявність порушень її інтересів такою ухвалою на момент винесення останньої (крім того, така позиція суперечить позиції Верховного Суду України, що неодноразово висловлювалося ним у постановках, прийнятих за результатами перегляду рішень Вищого господарського суду України). Загалом же, з урахуванням обставин справи в таких випадках господарський суд може залишити відповідне клопотання (заяву, скаргу) без задоволення, приєднавши його (її) до матеріалів справи і зазначивши про це в описовій частині рішення, прийнятого по суті справи (або в ухвалі, якою закінчується розгляд справи). Однак, і цього, як показує практика господарського судочинства, все ж явно недостатньо для ефективної протидії, запобігання зловживанню процесуальними правами.

До речі, у науковій літературі з приводу встановлення на законодавчому рівні каральних заходів у разі зловживання процесуальними правами точиться дискусія, висловлюються різноманітні пропозиції. Так, Я. В. Грель зазначає, що правомочність оскаржити судові рішення є вираженням конституційного права на судовий захист, тому на шляху заявників, що звертаються до вищестоящих судових інстанцій не повинно встановлюватись бар'єрів [5, 18-20]. Проте, у випадку реалізації права на оскарження не за призначенням, тобто зловживання ним, сторона, що є суб'єктом такого звернення, прагне не до реалізації належного їй права на судовий захист, а до негативних наслідків, що настануть для іншої сторони. Інша справа, що встановлення факту зловживання правом на оскарження є оціночним, зокрема з точки зору кваліфікації дії недобросовісної сторони, та покладається на вирішення суду. Як зазначає Я. В. Грель, чинне законодавство залишає потенціал для розробки заходів превентивної дії [5, 18-20]. О. С. Фонова вважає таку пропозицію доцільною, оскільки поряд з реакцією на вже вчинене зловживання процесуальними правами у вигляді штрафу, необхідно застосовувати превентивні заходи, які б попереджували здійснення нецільового використання процесуальних прав та, відповідно, зменшували кількість зловживань. На думку авторки, штраф за невиконання обов'язків учасниками процесу може стати дієвим механізмом впливу на, так званих, процесуальних диверсантів. Однак, це буде в тому випадку, коли матеріальне обтяження буде перевищувати бажання та доцільність затягувати процес за допомогою використання процесуальних інститутів не за призначенням [2, 197]. Інші пропозиції щодо встановлення відповідальності за недобросовісне використання засобів оскарження вносить А. В. Юдін. Автор вважає за доцільне впровадити такі заходи відповідальності за процесуальну недобросовісність, як: судовий штраф; відшкодування збитків у твердій сумі (у наперед визначеному законом розмірі), а також збитків, розмір котрих законом наперед не визначатиметься; компенсація моральної шкоди; покладання на винну особа всіх судових витрат, незалежно від наслідків розгляду справи [6, 329]. Т. Тертичний, вважає, що якщо розглядати питання відповідальності учасників процесу, то напрями вдосконалення мають бути такими: 1) надання судам більших можливостей для притягнення до відповідальності учасників процесу, оскільки єдиної "каральної" норми, безпосередньо доступної

зараз судам – ст. 185-3 КпАП – явно бракує (необхідне розширення об'єктивної сторони правопорушення, збільшення розміру санкції, та, можливо, поширення відповідальності на юридичних осіб, що особливо важливо для цілей господарського процесу, – бажано дозволити судам притягувати до відповідальності (штрафу) учасників судового процесу та/або їх представників за явні зловживання процесуальними правами, наприклад, багаторазове подання неналежних доказів або ідентичних клопотань); 2) підвищення вартості судового процесу для недобросовісної сторони (наприклад, є доцільним ширше тлумачення судами процесуальних витрат, які стягуються зі сторони, проти якої ухвалене рішення, особливо поняття "інших витрат, пов'язаних з розглядом справи"), так як наразі і законодавство, і практика тлумачать витрати дуже вузько, що фактично позбавляє учасників процесу можливості відшкодувати, наприклад, витрати на юридичні послуги (ця новела має бути спрямована на зменшення кількості і тривалості розгляду недобросовісних позовів, що подаються без об'єктивних підстав для їх задоволення). При цьому не слід зводити відповідальність, як наголошує автор, лише до покарання [10].

Таким чином, найбільш дієвою санкцією за зловживання процесуальними правами вважається грошове стягнення з особи, що допустила зловживання. При цьому набуває актуальності застосування інших видів процесуальних покарань за недобросовісне користування процесуальними правами, оскільки все більшу поширеність та визнання отримують стандарти процесуальної моралі, добросовісності, коректності поведінки тощо. Зокрема вважається за доцільне запровадити заборону зловживати процесуальними правами для адвокатів та представників сторін у процесі, порушення якої матиме наслідком дисциплінарну відповідальність адвокатів та втрату статусу представника для представника – не адвоката. Тенденцію щодо часткового втілення зазначеної пропозиції в господарському процесі ми вбачаємо з п. 5.13. Постанови Пленуму Вищого господарського суду України від 26.12.2011 р. "Про деякі питання практики застосування Господарського процесуального кодексу України судами першої інстанції" № 18, згідно з яким у разі зловживань процесуальними правами з боку учасників судового процесу представлених адвокатами, окремі ухвали можуть надсилатися також до кваліфікаційно-дисциплінарних комісій адвокатури для вирішення питання про притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності в порядку Закону України від 05.07.2012 р. "Про адвокатуру та адвокатську діяльність". В той же час, сумнівно видається практична можливість втілення в життя пропозиції щодо позбавлення статусу представника, який не є адвокатом, у разі зловживання ним процесуальними правами, оскільки така можливість не відповідає загалом правовій природі інституту представництва за вітчизняним цивільним та господарським законодавством. А. Забродський також, наприклад, пропонує внести низку змін до процесуального закону, в тому числі – заборонити неадвокатам складати позови, а судам – приймати позови, що не містять вказівки на адвоката, який їх склав [7, 27]. Очевидно, що метою пропонованих новел є ідентифікація осіб, які зловживають знанням процесуального закону, однак їх практична реалізація неможлива, оскільки призведе до обмеження конституційного права на звернення до суду за захистом своїх прав. В кожному разі це питання повинно бути врегульованим на рівні ГПК України, а не окремих положень постанов Пленуму Вищого господарського суду України. Відпові-

дно до п.4 ч.1 ст.32, п.6 ч.2 ст.36 Закону України "Про судоустрій та статус суддів" роз'яснення Вищого господарського суду України мають рекомендаційний характер і не можуть розглядатися як документи, якими господарські суди обов'язково повинні керуватися. Розв'язуючи економічні конфлікти на основі права, господарські суди не є правотворчими органами, а постанови пленуму Вищого господарського суду України не мають характеру нормативно-правових актів, які здатні активно регулювати суспільні відносини, до того ж заповнення прогалів у законодавстві не належить до повноважень Вищого господарського суду України. Боротьба зі зловживанням процесуальними правами повинна відбуватися лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені процесуальним законом. Також у будь-якому разі, заходи, що здійснюватимуться на законодавчому рівні, мають бути адресовані як суддям, так і іншим учасникам процесу з тим, щоб кожен з них мав реальну можливість добросовісно здійснити свої процесуальні права та повноваження і, водночас, перебував під загрозою відповідальності за зловживання.

4) з однієї сторони, негативним фактором в аспекті вироблення механізму ефективної протидії зловживанням процесуальними правами є відсутність у суду належних правових можливостей для протистояння таким недобросовісним діям (бездіяльності), з іншої ж сторони, – як притягнення до відповідальності, так і застосування будь-яких заходів процесуального примусу за зловживання процесуальними правами породжують проблему визначення допустимої міри суддівського розсуду при вирішенні вказаних питань.

Так, наприклад, за текстом п. 1.2.5. Постанови Пленуму Вищого господарського суду України від 26.12.2011 р. "Про деякі питання практики застосування Господарського процесуального кодексу України судами першої інстанції" № 18 пропонується господарським судам "ігнорувати" заяви (клопотання) про відводи суддям при їх повторному поданні, оскільки в таких випадках, як зазначається, господарський суд не позбавлений права, відмовивши в задоволенні наступної заяви (клопотання), продовжити розгляд справи, в якій заявлено такий відвід, із зазначення про в протоколі судового засідання та в описовій частині судового рішення з наведенням в останньому відповідних мотивів (додаткова ухвала як окремий процесуальний документ в такому разі не виноситься). Чинити так рекомендується при зловживанні сторін своїми процесуальними правами, однак ані визначення відповідного поняття, ані необхідних критеріїв для кваліфікації таких дій не наводиться. Пропонується лише розцінювати як зловживання учасником судового процесу своїми процесуальними правами, зокрема, подання ним другої і наступної заяв про відвід судді (суддів) господарських судів з одних і тих самих підстав, або хоча й з інших підстав, ніж у первісній заяві, але з таких, що з урахуванням обставин справи були або мали бути відомі заявникові під час подання ним первісної заяви, і, отже, повинні були зазначати саме в ній. В такому випадку критерії зловживання процесуальним правом, з огляду на залишений суддям необмежений простір для суддівського розсуду, визначатимуться ними самостійно та/або ж здійснюватиметься це на рівні того чи іншого окремо взятого господарського суду з урахуванням тенденцій щодо єдності судової практики. Зрозуміло, що об'єктивність таких критеріїв буде сумнівною.

Здебільшого складно визначити, де закінчується право та починається зловживання, де саме пролягає відповідна межа (це питання відноситься не стільки

навіть до права, скільки до сфери морального, філософського розуміння, залежить від інтересів того суб'єкта, який звернувся за захистом). Постає у зв'язку з цим також і питання, – як розуміти інститут суддівського розсуду: як обов'язок чи як правомочність? Якщо прийняти за відправну точку тезу про те, що суддівський розсуд, це, безумовно, обов'язок і діяльність суду, то весь розсуд зводиться до "механічної" функції зі збору доказів, пошуку норм права, які підлягають застосуванню при вирішенні конкретного економічного конфлікту, а також винесення рішення по справі у точній відповідності з такими нормами. Якщо ж припустити, що судова діяльність включає в себе не тільки обов'язки, але й права, то інститут суддівського розсуду – досить складне утворення, яке дозволяє судді в кожному конкретному випадку при винесенні рішення посилаючись на принцип свободи (свободи оцінки доказів, свободи вибору і обґрунтування рішення на підставі внутрішнього переконання тощо). Дефініція "свобода" належить швидше до сфери можливого ніж належного, а, отже, властива правомочностям. Обов'язки завжди є чітко визначеними, встановленими нормативно, мають чіткі межі здійснення. Правомочності ж охоплюють всю ту сферу процесуальних відносин, яка виходить за межі обов'язків. Насправді складно уявити, як можна підпорядкувати певним обов'язковим правилам розумову діяльність судді з оцінки будь-чого. Якщо ж інститут суддівського розсуду являє собою правомочність, то, як і всякому праву, йому не уникнути зворотного боку медалі – можливості зловживати наданим правом (як при вирішенні окремих процедурних питань, так і при винесенні судового акта (ухвали, рішення чи постанови) за наслідками розгляду справи в цілому). О. А. Папкова з цього приводу відмічає, що визначення меж суддівського розсуду – це проблема запобігання зловживанню судом відповідним правом [10, 105].

Не випадково зловживання протиставляється добрій совісті, моральності, є порушенням суб'єктивних прав в рамках належних прав, тобто є виходом за межі права під впливом суб'єктивних інтересів. Відсутність єдиного доктринального розуміння, а також законодавчого визначення поняття "зловживання правом", його чітких критеріїв, зіткнення суб'єктивних прав різних осіб призводить до того, що вирішення цих питань, урегулювання цих конфліктів інтересів здійснюється судом на основі одного лише суддівського розсуду. На небезпеку подібної практики звертав увагу ще В. П. Домоджо, наголошуючи на тому, що з питання щодо меж окремих прав може існувати множинність діаметрально суперечливих поглядів, і в пошуках цих меж суди, не маючи перед собою жодних загальних начал, легко можуть виявитися втягнутими в цілий ряд вирішальних та неоправданих для окремих осіб, і небезпечних для самої стійкості судової системи, помилок [8]. Як цілком справедливо зауважив А. В. Юдін, бентежить той факт, що під виглядом боротьби зі зловживаннями процесуальними правами, може відбутися применшення процесуальних прав осіб, що беруть участь у справі з боку суду, причому таке усунення процесуальних прав може бути пов'язане та нерозривно поєднане із застосуванням до відповідних осіб доволі відчутних санкцій [6, 61-68]. Саме тому, окрім встановленого в ГПК України обов'язку сторін добросовісно користуватися процесуальними правами, має бути максимально чітко сформульовано нормативне визначення поняття "зловживання процесуальними правами", встановлено як заходи процесуальної відповідальності, так і інші заходи процесуального примусу за зловживання процесуальними правами

(саме щодо останніх, як вважає А. В. Юдін, має бути на нормативному рівні встановлено пріоритет задля мінімізації суддівського розсуду в цьому питанні разом із вдосконаленням процесуального регламенту, не пов'язаного з установленням заходів примусу, для попередження та виключення різноманітних форм процесуальних зловживань).

Таким чином, об'єктивно необхідним визначення чітких критеріїв, на підставі яких, дії учасників судового процесу можуть кваліфікуватись як зловживання процесуальними правами, оскільки, як вже зазначалось, в деяких випадках межа між зловживанням правом та добросовісною і розумною поведінкою є надто тонкою, навіть ілюзорною, що може призвести до безпідставного застосування негативних наслідків щодо учасників судового процесу (за численні, до прикладу, на думку суду заяви, скарги, клопотання). Тут важливо не зневажити, що правда, й того факту, що господарський процес є змагальним, а це означає активність поведінки сторін у справі, які зобов'язані вживати заходів до всебічного, повного та об'єктивного дослідження всіх обставин справи (ст. 4-3, ст. 22 ГПК України).

З огляду на усе вищевикладене, а також враховуючи розмаїття форм зловживання процесуальними правами, мета створення універсального механізму протидії їм залишається поки що об'єктивно нездійсненою, а тому феномен зловживання процесуальними правами в господарському судочинстві вимагає подальших ґрун-

товних досліджень з метою мінімізації його проявів у сучасній правозастосовчій діяльності.

1. Чечина Н. А. Гражданские процессуальные отношения / Н. А. Чечина. — Л.: Изд-во ЛГУ, 1962. — 68 с. 2. Фонова О. С. Зловживання процесуальними правами учасниками господарського процесу / О. С. Фонова // Соціально-економічні проблеми сучасного періоду України. — 2008. — Випуск 6 (74). — С. 187–199. 3. Кулаков Г. Обязанности сторон в гражданском процессе / Г. Кулаков, Я. Орловская // Российская юстиция. — 2001. — № 14. — С. 21–23. 4. Гурвич М. А. Право на иск / М. А. Гурвич. — М.: Изд-во Академии наук СССР, 1949. — 215 с. 5. Грель Я. В. Злоупотребления сторон процессуальными правами в гражданском и арбитражном процессе : автореф. дисс. на соискание учен. степени канд. юрид. наук. : спец. 12.00.15 "Гражданский процесс; арбитражный процесс" / Я. В. Грель. — Новосибирск, 2006. — 26 с. 6. Юдин А. В. Злоупотребление правами в гражданском судопроизводстве / А. В. Юдин. — СПб.: Изд. дом С. — Петерб. гос. ун-та, 2005. — 360 с. 7. Забродський А. Зловживання правом як загальна тенденція процесу / А. Забродський // Юридичний радник. — 2006. — № 5. — С. 26–27. 8. Цитується за: Анохин В. С. Злоупотребление процессуальными правами / В. С. Анохин [електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://voronej.arbitr.ru/about/stati/1998.html>. 9. Тертичний Т. Відповідальність учасників судових процесів: шляхи вдосконалення механізму / Т. Тертичний // Юридична газета. — 2006. — № 16 [електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://yur-gazeta.com/ru/issue/76>. 10. Папкова О. А. Пределы судейского усмотрения в гражданском процессе / О. А. Папкова // Журнал российского права. — 1998. — № 2. — С. 102–107.

Надійшла до редколегії 09.04.12

О. Клепікова, доц.

ЗАСТОСУВАННЯ ПРАВОВИХ НОРМ ЩОДО СПЛАТИ ВИНАГОРОДИ ЗА РЯТУВАННЯ НА МОРІ

Стаття присвячена питанням застосування правових норм щодо сплати винагороди за рятування на морі.

Ключові слова: правова норма, рятування на морі, винагорода за рятування на морі.

Статья посвящена вопросам применения правовых норм, которые касаются выплаты вознаграждения за спасение на море.

Ключевые слова: правовая норма, спасение на море, вознаграждение за спасение на море.

Article is devoted to the application of law to pay compensation for rescue at sea.

Key words: law norm, rescue at sea, remuneration for salvage at sea.

Інститут рятування на морі походить з давнини. Норми про рятування містилися у таких пам'ятниках права, як закони Ману, кодекс Юстиніана, в родоському морському праві. За часів Київської Русі в договорі князя Олега з греками містилися норми про надання допомоги суднам у морі, про доставку судна у небезпечний порт тощо. Згодом цим питанням було присвячено кілька міжнародних конференцій та міжнародних актів.

Інститут рятування був у свій час звичаєм, однак сьогодні норми про рятування закріплені у законодавстві. Тому, питання про застосування норм права є актуальним. В основу визначення законодавства, яке має застосовуватися до відносин рятування, покладено принцип прапора держави, під яким плаває судно. Правила щодо сплати винагороди за рятування на морі наведено у гл. 6 розділу IX Кодексу торговельного мореплавства України (далі – КТМУ). Однак, значний внесок у розвиток цього інституту зробила Міжнародна конвенція про рятування 1989 р. (далі – Конвенція), в якій знайшов закріплення основний принцип рятування: "без рятування не має винагороди".

Актуальність питання про застосування правових норм щодо сплати винагороди за рятування на морі доведена низкою наукових досліджень та публікацій, які з'являються останнім часом в юридичній літературі.

Теоретична основа дослідження представлена дисертаціями, статтями, підручниками науковців радянського періоду – Савичева Г.П., Тарасова М.О., Маковського О.Л., Самойловича П.Д., Єгорова К.Ф., Джавада Ю.Х., Жудро О.К., та українських вчених – Клепікової О.В., Стрельцової Є.Д., Шемякіна О.Н., Короткого Т.Р., Брильова О.А., інших.

Метою цієї статті є узагальнення результатів проведених теоретичних досліджень з питань застосування правових норм щодо сплати винагороди за рятування на морі. Відповідно до вказаної мети пропонується визначення рятівної операції, об'єктів рятування, права на винагороду, договору про рятування; аналіз принципів сплати винагороди за рятування на морі; узагальнення норм КТМУ та Міжнародної конвенції про рятування 1989 р., тощо.

Ключовим терміном в контексті норм про рятування є термін "рятувальна операція", що означає будь-яку дію чи діяльність, що здійснюються для надання допомоги судну чи будь-якому іншому майну, які перебувають у небезпеці в судноплавних водах чи в будь-яких інших водах. Згідно наведеного визначення рятувальником може бути будь-яка особа, яка здійснює рятувальну операцію. Для застосування цієї глави КТМУ не має значення до якої категорії відноситься рятувальник: чи він є випадковим рятувальником, чи

він здійснює рятувальну операцію, оскільки це є методом його професійної діяльності. Також слід звернути увагу на те, що мова не йде про пошук та рятування людей на морі. Об'єктом рятування є судна або інші плаваючі об'єкти.

Згідно Конвенції об'єктами рятування є судно або майно. Судном визначено будь-яке судно чи плавучий засіб чи будь-яку структуру, здатну здійснювати плавання. Майном є будь-яке майно, яке не прикріплене постійно й навмисно до узбережжя, та включає фрахт, який знаходиться під загрозою.

Згідно статті 326 КТМУ поняття судна зведено до широкого тлумачення, і йдеться про три види рятувальних операцій:

- 1) рятування морських суден, що знаходяться в небезпеці;
- 2) рятування морськими суднами суден внутрішнього плавання;
- 3) рятування будь-яких інших плаваючих об'єктів або таких, що буксируються.

Разом з тим, в ч. 2 зазначеної статті визначаються категорії об'єктів, до яких не застосовуються норми про рятування, якщо такі об'єкти знаходяться на місці роботи, пов'язаної з дослідженням, експлуатацією або розробкою мінеральних ресурсів морського дна: (А) закріплені або плаваючі платформи, (Б) узбережні бурові установки. При цьому не має значення, чи є ці платформи та установки плавучими спорудами чи ні. До того ж, зазначимо, що якщо наведені платформи та установки здійснюють іншу діяльність, ніж дослідження, експлуатація або розробка мінеральних ресурсів морського дна, то вони можуть бути об'єктами рятування.

Згідно ст. 4 Конвенції норми про рятування також не застосовуються до військових кораблів чи інших некомерційних суден, що знаходяться у власності будь-якої держави чи експлуатуються нею, або які мають під час проведення рятувальних операцій суверенний імунітет відповідно до загальновизнаних принципів міжнародного права. Однак, визначено право держав-учасниць Конвенції приймати рішення про застосування Конвенції до своїх військових кораблів або інших суден, наводячи положення та умови такого застосування. Таким правом скористалася Російська Федерація, зробивши застереження у своєму КТМ про умови застосування норм про рятування до окремої категорії суден та некомерційних вантажів. У КТМУ такого роду застереження відсутні.

Зазначимо також й на те, що норми КТМУ не містять вказівок щодо їх застосування до майна, суден та вантажів, що затонули в морі. На практиці для вирішення питання, чи є операція по відношенню до затонулого майна рятувальною, залежить від того, чи знаходиться затонуле майно у безпеці. Тому прийнято вважати, що наявність безпеки є обов'язковою умовою рятувальної операції. Якщо відсутня безпека, то операція не вважається рятувальною.

В рятувальних операціях з рятування суден приймає участь два судна: (а) судно, що надає послуги з рятування; (б) судно, що підлягає рятуванню (далі – судна). Статтею 331 КТМУ передбачено право на одержання винагороди за рятування навіть у випадках, коли судна, що задіяні у рятувальній операції, належать одному власнику. Не зважаючи на те, що у назві статті мова йде про одного і того ж судовласника, зміст статті відповідає вимогам ст. 12 Конвенції і зазначає на належність суден одному і тому ж власникові. Практика свідчить про те, що власник судна, що здійснює рятування по відношенню до іншого, належного йому судна, має право вимагати сплати винагороди від власника ванта-

жу, який був перевезений на врятованому судні, або від страхувальника, якщо судно було застраховане на такий ризик. За рішенням суду, як правило, вантажовласник сплачує власнику судна винагороду, розмір якої залежить від вартості врятованого вантажу. В договорах страхування на цей випадок зазначається умова про належність суден одному і тому ж власникові, і відповідна сума компенсації.

Застосування норм про рятування, згідно КТМУ, не пов'язується зі спричиненням шкоди, тоді як в Конвенції йдеться про наявність ризику спричинення шкоди навколишньому середовищу. Поняття шкоди навколишньому середовищу має обмежений характер і означає суттєву фізичну шкоду здоров'ю людини або морській флорі й фауні чи ресурсам у прибережних або внутрішніх водах чи в районах, прилеглих до них, заподіяну забрудненням, зараженням, пожежею, вибухом або іншими подібними значними інцидентами.

Умова, за якої виникає право на винагороду, стосується отримання корисного результату внаслідок здійснення рятувальної операції. Рятувальні операції, що мали корисний результат, дають право на винагороду. Сплата винагороди не передбачається, якщо рятувальні операції не мали корисного результату. Корисний результат вважається досягнутим, якщо здійснено повне або часткове рятування судна чи майна (вантажів, інших предметів, що знаходяться на судні або іншого майна), збереження фрахту і плати за перевезення пасажирів і багажу, так само як і навколишнього природного середовища. Прийнято вважати, що виникнення права на винагороду за досягнення корисного результату виникає за дотриманням двох умов: (а) загроза безпеки відносно судна чи майна, (б) причинний зв'язок між безпекою відносно судна чи майна і повним або частковим рятуванням судна чи майна. Отже, критерієм успішного сприяння рятуванню судна чи майна є зменшення безпеки завдяки діям рятувальника. Це стосується й тих випадків, коли судно, що було врятовано, та судно, що здійснює рятувальні операції, належать одному власнику.

Рятування можна розглядати як зобов'язання, що виникає між рятувальником та іншою особою. Тому, в ст. 8 Конвенції, визначаються обов'язки рятувальника, власника та капітана.

Стосовно власника судна або іншого майна, що перебуває в небезпеці, рятувальник зобов'язаний:

- а) здійснювати рятувальні операції з належною турботою;
- б) під час виконання зобов'язання, виявляти належну турботу стосовно запобігання шкоді навколишньому середовищу або її зменшення;
- в) коли цього переконливо вимагають обставини, звертатися по допомогу до інших рятувальників;
- г) погоджуватися на участь інших рятувальників, коли цього переконливо вимагає власник або капітан судна чи власник іншого майна, яке перебуває в небезпеці, за умови, однак, що це не впливатиме на розмір його винагороди, якщо буде визнано, що така вимога була не доцільною.

Стосовно рятувальника власник і капітан судна або власник іншого майна, що перебуває в небезпеці, зобов'язані:

- а) у повному обсязі співробітничати з ним під час рятувальних операцій;
- б) здійснюючи співробітництво, виявляти належну турботу стосовно запобігання шкоді навколишньому середовищу або її зменшення;

в) прийняти судно чи інше майно після того, як воно було доставлене в безпечне місце, коли цього переко-ливо вимагає рятувальник.

Згідно зі ст. 10 Конвенції капітан зобов'язаний, наскільки він у змозі це зробити, не піддаючи суттєвій небезпеці своє судно та осіб, що знаходяться на ньому, надавати допомогу будь-якій особі, якій загрожує загибель на морі. Власник судна не несе відповідальності за порушення капітаном наведеного зобов'язання.

В статті 329 КТМУ, яка відповідає ст. 19 Конвенції, закріплено принцип добровільного прийняття послуг з рятування. Якщо об'єктом рятування є судно, що наразилося на небезпеку, то заборонити здійснення рятувальних операцій може тільки власник або капітан судна. У випадках, коли об'єктом рятування є майно, що знаходиться на борту судна і наразилося на небезпеку, заборонити здійснення рятувальних операцій може тільки власник цього майна. Заборона повинна бути ясною і розумною. На практиці довести й оспорити обставини, за яких мають бути визначені підстави для визнання заборони на рятування не розумними, досить складно. Це пов'язується з доводами захисту прав власності з боку власника судна чи вантажу, що свідчить про розумність здійснення прав власності щодо судна чи майна, і тому не підлягає сумніву. Доведення обставин, що свідчать про заборону рятування, яка не була виражена ясно і розумно, покладається на власника чи капітана судна, а також власника майна. Реалізація права на заборону рятування має наслідком позбавлення права рятувальника на винагороду, навіть якщо він здійснив рятування. Тому, за наявності заборони, що виражена ясно і розумно, рятувальник не повинен здійснювати рятування.

В статті 330 КТМУ йдеться про рятування людей, що може мати місце під час здійснення рятувальних операцій щодо судна чи майна. Однак, законодавством не передбачено право рятувальника вимагати винагороди за рятування людей. Рятувальник людей, який узяв участь у наданні послуг у випадку аварії, що викликала необхідність рятування, має право на справедливу частку присудженої рятувальнику суми за рятування судна або іншого майна, чи запобігання шкоді навколишньому середовищу або її зменшення. Це свідчить про те, що дії рятувальника людей можуть бути пов'язані із здійсненням рятувальної операції по відношенню до судна чи майна або є частиною такої рятувальної операції. При цьому не є обов'язковим здійснення рятування людей водночас з рятуванням судна чи майна. Ці дії можуть мати самостійний характер. Отже, за для реалізації права на одержання справедливої частки необхідно дотримання двох умов: (а) вимога рятувальника людей повинна бути адресована тільки рятувальникові судна чи майна; (б) рятувальникові судна чи майна повинна бути присуджена винагорода за рятування. Це значить, що у випадках, коли рятувальник судна чи майна позбавлений винагороди за рятування, рятувальник людей не має право вимагати від нього сплати справедливої частки.

Згідно зі ст. 6 Конвенції капітан судна має право укладати договори про здійснення рятувальних операцій від імені власника судна. Капітан чи власник судна мають право укладати такі договори від імені власника майна, яке знаходиться на борту судна. **Договір про рятування** – це договір, предметом якого є надання послуг з рятування (здійснення рятувальної операції) по відношенню до судна чи майна, що перебувають у небезпеці. На практиці використовується чимало проформ такого договору. Проте, особливе правове зна-

чення має момент укладання договору: договір укладається у момент, коли судно чи майно перебувають у небезпеці. Отже, договір, укладений до виникнення небезпеки для судна чи майна, не є договором про рятування. З огляду на це також зазначимо, що договір буксирування (стосовно правової природи цього договору в юридичній літературі чимало дискусій) відноситься до числа договорів, що укладаються до виникнення небезпеки.

Однією з умов договору має бути умова про розмір винагороди, за відсутності договору – розмір винагороди згідно ст. 332 КТМУ визначається за рішенням суду, господарського суду чи Морської арбітражної комісії.

Згідно ст. 7 Конвенції договір про рятування чи будь-які його умови можуть бути визнані недійсними або змінені, якщо:

а) договір був укладений унаслідок надзвичайних обставин чи під впливом небезпеки, та його умови є несправедливими;

б) винагорода, передбачена договором, є надто завищеною чи заниженою стосовно фактично наданих послуг.

Наведений перелік обставин є вичерпним. Зазначимо, що визнання такого договору недійсними або вирішення питання про зміну умов, віднесено до компетенції суду чи арбітражу. В таких випадках найбільш складно довести те, що одна сторона знала чи повинна була знати про те, що інша сторона діяла під впливом небезпеки і не погодилася б на укладання договору на таких умовах за відсутності небезпеки. Питання про справедливість умов та характер винагороди вирішується судом з урахуванням обставин, що мали місце під час рятувальної операції.

В ч. 2 ст. 332 КТМУ визначено випадки, за яких рятувальник може бути позбавлений права на одержання винагороди або зменшення розміру винагороди:

(а) якщо рятівник спричинив необхідність рятування;

(б) якщо рятівник вчинив крадіжку, привласнив майно або вчинив інші протиправні дії.

Наведені дії свідчать можуть визнаватися підставами для позбавлення права на одержання винагороди або зменшення розміру винагороди тільки за наявності вини рятівника. При цьому питання про спричинення необхідності рятування, як правило виникає у випадках, коли небезпека виникла внаслідок зіткнення суден або з вини буксира під час виконання буксирних операцій (за договором буксирування).

Однак, наведена норма потребує удосконалення, оскільки ст. 18 Конвенції питання про позбавлення права на винагороду вирішується іншим чином. По-перше, згідно Конвенції, мова йде про повне або часткове позбавлення права на винагороду й спеціальну компенсацію, можливість зменшення розміру таких плат не передбачена. По-друге, позбавлення права на винагороду й спеціальну компенсацію пов'язується не лише з виною рятівника, а також з його необережністю. По-третє, визначено три випадки, за яких можливе позбавлення права на винагороду й спеціальну компенсацію:

1) рятувальні операції виявилися необхідними з вини або через необережність рятівника;

2) рятувальні операції виявилися складнішими з вини або через необережність рятівника;

3) якщо рятувальник винний в обмані чи іншій нечесній поведінці.

Випадки, за яких рятувальні операції виявилися складнішими можуть мати місце тоді, коли судно рятується від однієї небезпеки, але потрапляє з вини або через необережність рятівника в іншу, що має наслід-

ком збільшення витрат на рятувальну операцію або залучення сторонньої допомоги. Обман або іншого роду нечесна поведінка рятівника, як правило, пов'язані з протиправною поведінкою членів екіпажу.

Особливе значення на практиці мають Умови про спеціальну компенсацію клубів Пі енд Ай (The Special Compensation P&I Club Clause, скорочено – Scopic Clause), що схвалені Міжнародним рятувальним союзом у 1999 р. Згідно "Скопик клоуз", розмір винагороди – це фактичні витрати, які розумно були понесені рятівником під час здійснення рятувальної операції, погоджені тарифні ставки за використання в операції буксирів, обладнання та персоналу, що включають елемент прибутку й додаткову винагороду у розмірі 25% тарифних ставок. Якщо фактичні витрати перевищують тарифні ставки, то винагорода включає фактичні витрати і 10% тарифних ставок або тарифні ставки і 25% тарифних ставок в залежності від того, що є більше.

Метою сплати винагороди є заохочення рятувальних операцій. Тому, у відповідності до ст. 333 КТМУ можна визначити критерії, з урахуванням яких має визначатися розмір винагороди за рятування. Значення кожного з наведених критеріїв не визначається їх черговістю. Не зважаючи на те, що за змістом статті перелік критеріїв є вичерпним, на практиці суди й арбітраж можуть приймати до уваги й інші критерії, які впливають на визначення розміру винагороди.

1) Для визначення винагороди приймається до уваги врятована вартість судна та іншого майна.

При визначенні врятованої вартості судна чи іншого майна мова йде про цінність й значення рятувальної операції. Врятована вартість безумовно впливає на розмір винагороди, але слід зазначити, що розмір винагороди не встановлюється пропорційно врятованій вартості. Врятована вартість визначається виходячи з ринкової вартості судна чи майна у непошкодженному стані з відрахуванням витрат на усунення пошкоджень. Вплив врятованої вартості на розмір винагороди залежить від характеру та ступеня небезпеки.

2) Для визначення винагороди приймаються до уваги майстерність і зусилля рятівника у відверненні або зменшенні шкоди навколишньому природному середовищу.

Питання про майстерність і зусилля рятівника у відверненні або зменшенні шкоди навколишньому природному середовищу вирішується у кожному конкретному випадку поряд з іншими критеріями. Наскільки це впливає на підвищення розміру винагороди залежить від обставин справи і позиції суду чи арбітражу. Прийнято вважати, що у випадках відвернення шкоди навколишньому природному середовищу, розмір винагороди підвищується однозначно.

3) Для визначення винагороди приймається до уваги ступінь успіху, досягнутого рятівником.

Ступінь успіху, досягнутого рятівником – це корисний результат рятувальної операції, який знаходить відображення у повному або частковому рятуванні судна чи майна. Тому, в юридичній літературі терміни "корисний результат" і "ступінь успіху" розглядаються як синоніми. Для визначення розміру винагороди слід враховувати, чи здійснив рятівник всю рятувальну операцію в цілому, чи тільки сприяв її завершенню.

4) Для визначення винагороди приймаються до уваги характер і ступінь небезпеки.

Небезпека для судна чи майна є характерною ознакою рятувальної операції і однією з умов виникнення права на винагороду. В контексті цієї статті йдеться про характер і ступінь небезпеки для судна чи майна, що були

врятовані. При визначенні винагороди слід з'ясувати, від якої небезпеки було врятовано судно чи майно. Чим більшою була небезпека для судна чи майна, тим більш цінною вважають рятувальну операцію.

5) Для визначення винагороди приймаються до уваги майстерність і зусилля рятівника у рятуванні судна, іншого майна, людей.

Мова йде про професійність, старанність й інтенсивність в діях рятівника. Однак, слід мати на увазі, що цей критерій по-різному застосовується до так званого "непрофесійного (випадкового)" і "професійного рятівника". Від випадкового рятівника не можна вимагати дотримання тих стандартів, яких дотримується професійний рятівник, оскільки для останнього рятування – це предмет повсякденної діяльності.

6) Для визначення винагороди приймаються до уваги затрачений рятівником час, понесені ним витрати і збитки.

Рятувальна операція за своїм характером може бути більш або менш тривалою. Тривалість пов'язується зі складністю рятувальної операції і тому може впливати на розмір винагороди.

Здійснення рятувальної операції завжди призводить до витрат та збитків рятувальника. Однак, для визначення винагороди враховуються лише ті витрати та збитки, які раціонально понесені рятівником і доведені як такі, що фактично мали місце.

7) Для визначення винагороди приймаються до уваги ризик відповідальності та інший ризик, на які наражався рятівник або його обладнання.

Ризик відповідальності може мати місце у випадках зіткнення судна рятівника з іншим судном, пошкодження ним портових чи причальних споруд й обладнання тощо. До категорії інших ризиків відносяться ризики, які супроводжують рятівника або його обладнання під час здійснення рятувальної операції (ризик пошкодження судна, ризик для членів екіпажу тощо). Будь-який ризик повинен бути розумним відповідно до обставин справи. Ступінь ризику для рятівника або його обладнання впливає на розмір винагороди в сторону його збільшення.

8) Для визначення винагороди приймаються до уваги швидкість надання послуг.

Швидкість надання послуг залежить від характеру рятувальної операції і найбільше характеризує швидкість вжиття відповідних заходів рятувальником (швидко відреагував на сигнал про допомогу, швидко прибув на місце події і т.д.).

9) Для визначення винагороди приймаються до уваги наявність і використання суден або іншого обладнання, призначених для рятувальних операцій.

Наведений критерій найбільше застосовується до професійних рятівників, оскільки саме вони вкладають кошти у придбання рятувальних суден, рятувального обладнання й вдосконалюють тим самим технологію й тактику рятувальних операцій.

10) Для визначення винагороди приймаються до уваги стан готовності та ефективність обладнання рятівника і його вартість.

Відповідно до наведеного критерію йдеться про стан готовності рятівника та його обладнання до здійснення рятувальної операції (наприклад, готовність швидко вийти в море для рятування, готовність обладнання працювати під час рятування і т.д.).

Відповідно до ч. 2 ст. 333 КТМУ винагорода виплачується всіма особами, заінтересованими в судні та іншому майні, пропорційно їх відповідній врятованій вартості. У разі виплати винагороди однією з цих осіб вона має право регресу до інших заінтересованих осіб у розмірі їх відповідних часток.

Витрати на рятування, що включають винагороду за рятування, при визначенні якої прийняті до уваги майстерність й зусилля рятівника щодо попередження або зменшення шкоди навколишньому середовищу, визнаються загальною аварією.

У контексті питання про **визначення розміру винагороди** слід звернути увагу на принцип, згідно з яким власник врятованого майна повинен мати вигоду від рятування. Тому, у ст. 334 КТМУ йдеться про визначення максимального розміру винагороди. Отже, розмір винагороди не може перевищувати врятованої вартості судна та іншого майна. Зазначимо, що законодавець має на увазі так звану "чисту винагороду", тобто винагороду за винятком будь-яких відсотків і відшкодовуваних судових або арбітражних витрат, що можуть підлягати сплаті у зв'язку з цим. Як правило, розмір винагороди не перевищує 50 % врятованої вартості судна та іншого майна. Згідно ст. 24 Конвенції право рятувальника на відсотки стосовно будь-якої суми, що належить йому, визначається відповідно до законодавства держави, в якій знаходиться суд чи арбітраж, що розглядає справу.

Винагорода за рятування сплачується у тій валюті, в якій її присуджено до сплати судом (арбітражем), або в якій вона одержується відповідно до умов договору про рятування чи іншого роду згоди сторін.

На практиці мають місце випадки, коли в рятувальній операції приймає участь не один рятівник, а два чи кілька. Це може бути за умов складнощів рятівної операції. В такому разі задля здійснення рятівної операції можуть приєднатися кілька рятувальників водночас. Не є виключенням випадки, коли власник судна уклав договір про рятування, однак основний рятувальник звертається до іншого рятувальника з проханням допомогти в рятівній операції. В таких випадках інший, задіяний рятівник, також має право на винагороду.

Згідно ст. 335 КТМУ, в наведених випадках **розподіл винагороди між рятівниками** провадиться за їх угодою, а за відсутності угоди – в судовому порядку на підставі критеріїв, зазначених у статті 333 КТМУ.

Зазначимо, що на практиці в таких випадках широко використовується розроблена у 1991 р. Міжнародним рятівним союзом форма субдоговору рятування. Відповідно до цього субдоговору відносини з рятування виникають між двома рятівниками: основним рятівником і залученим за цим договором рятівником. Залучений рятівник не має права пред'являти вимоги щодо оплати винагороди за надані послуги до осіб, які відповідальні за це. В цьому разі основний рятівник пред'являє вимоги відносно власних послуг і послуг, що надані задіяним рятівником за договором субрятування.

Основний рятівник зобов'язаний розподіляти із залученим за договором субрятування рятівником всю отриману ним й присуджену судом (арбітражем) або погоджену сторонами суму винагороди.

Спори щодо розподілу винагороди між рятівниками вирішуються судом (арбітражем). У формі договору субрятування йдеться про Арбітраж Ллойда щодо такої категорії спорів. Для вирішення спору приймаються до уваги всі критерії, що передбачені законодавством для встановлення винагороди в цілому. Однак, домінування критеріїв може мати місце за таких випадків. Скажемо, коли дії рятівників були спільними, то перш за все приймаються до уваги критерії майстерності і зусиль рятівників, ризиків відповідальності та інших ризиків, на які наражалися рятівники або їх обладнання. Якщо дії щодо рятування були розпочаті рятівниками не водночас, то приймається до уваги першість у рятуванні, тобто швидкість надання послуг. У випадку послідовних дій

рятівників для розподілу винагороди першорядне значення має корисний результат від кожної дії, а також те, наскільки він сприяв досягненню кінцевого результату.

У будь-якому випадку при вирішенні питання про розмір винагороди приймається до уваги внесок кожного рятівника у досягнення позитивного результату рятування незалежно від того, чи мова йде про професійного чи випадкового рятівника.

Розподіл винагороди між судновласником, членами екіпажу та іншими особами, які брали участь у рятувальній операції, здійснюється згідно ст. 336 КТМУ. З огляду на це, для можливого розподілу винагороди мають значення наступні застереження:

1) розподіл винагороди можливий між судновласником, членами екіпажу та іншими особами за умови, якщо вони приймали участь у рятувальній операції;

2) розподіл винагороди здійснюється з урахуванням особистого вкладу кожного з наведених осіб в досягнення позитивних результатів рятування;

3) розподіл винагороди здійснюється за взаємною угодою заінтересованих сторін, а за відсутності угоди – згідно з рішенням суду, господарського суду або Морської арбітражної комісії України.

Зазначимо, що згідно ст. 15 Конвенції розподіл між власником, капітаном та іншими особами, які перебувають на службі на кожному судні, що здійснювало рятування, визначається законом держави прапора цього судна. Якщо рятування здійснювалося не із судна, розподіл визначається законом, під дію якого підпадає договір, укладений між рятувальником та його підлеглими. З огляду на це, в національному законодавстві, повинні бути норми про правила розподілу винагороди між зазначеними особами. В КТМУ такі правила не наводяться, тоді як за законодавством інших країн – такі правила передбачають визначення розміру часток винагороди, що належать судновласникові, членам екіпажу та іншим особам відповідно до світової практики. Зокрема, йдеться про наступні розміри часток: 3/5 винагороди спрямовується судновласникові, а 2/5 – розподіляються між членами екіпажу.

Також слід зауважити на тому, що правила розподілу винагороди між судновласником, членами екіпажу та іншими особами, які брали участь у рятувальній операції, не застосовуються до розподілу винагороди за здійснення рятувальної операції суднами, для яких такі операції є професійною діяльністю. Отже, професійний рятівник самостійно визначає порядок використання зароблених від своєї професійної діяльності коштів.

В ст. 338 КТМУ визначено право рятівника на одержання окремого платежу – **спеціальної компенсації**. Право рятівника на спеціальну компенсацію виникає за трьох умов:

1) рятівник здійснив рятувальні операції стосовно судна;

2) судно або його вантаж становило загрозу заподіяння шкоди навколишньому природному середовищу;

3) рятівник не набув права на винагороду.

Отже, спеціальна компенсація не є винагородою за рятування, а становить спеціальний платіж, розмір якого має бути еквівалентним витратам рятівника. Цією статтею також передбачена можливість збільшення розміру спеціальної компенсації: (а) максимально на 30 відсотків понесених рятівником витрат; (б) за рішенням суду, господарського суду або Морської арбітражної комісії це збільшення не може перевищувати 100 відсотків понесених рятівником витрат.

Зазначимо, що в контексті ст. 14 Конвенції слід звернути увагу на наступні положення:

1) Право на одержання спеціальної компенсації рятувальник одержує в результаті здійснених ним рятувальних операцій за умови, якщо він запобіг шкоді навколишньому середовищу чи зменшив її.

2) Витрати рятувальника означають фактичні витрати, обґрунтовано здійснені рятувальником під час проведення рятувальної операції, та справедливую оплату за обладнання й персонал, фактично та обґрунтовано використані в ході рятувальної операції, з урахуванням критеріїв, які наведені щодо визначення розміру винагороди за рятування.

3) Якщо рятувальник виявив недбалість і через це не зміг запобігти шкоді навколишньому середовищу чи зменшити її, він може бути повністю або частково позбавлений спеціальної компенсації.

Отже, відповідно до Конвенції, визначення розміру спеціальної компенсації, здійснюється таким чином:

(а) у випадку, якщо рятівник не запобіг шкоді навколишньому середовищу чи не зменшив її, спеціальна компенсація дорівнює витратам рятівника;

(б) у випадку, якщо рятівник запобіг шкоді навколишньому середовищу або зменшив її, спеціальна компенсація дорівнює витратам рятівника, однак може бути збільшена до 30% чи навіть 100% витрат рятівника.

Спеціальна компенсація сплачується за рахунок власника судна, до того ж власник судна має право адресувати регресну вимогу третім особам. Спеціальна компенсація не є загальною аварією.

Застосування ст. 14 на практиці викликало чимало складнощів, тому Міжнародний рятувальний союз у 1999 р. схвалив інший метод визначення спеціальної компенсації, він знайшов закріплення в Умовах про спеціальну компенсацію клубів Пі енд Ай (The Special Compensation P&I Club Clause, скорочено – Scopic Clause). Зокрема, згідно "Скопик клоуз", застосування положень про спеціальну компенсацію не ставиться в залежність від спричинення шкоди навколишньому середовищу.

Зміст статті 339 КТМУ дає підстав визначити принцип недоторканості особливої категорії вантажів – вантажів, що належать державі. Наведену категорію вантажів характеризують наступні положення: (а) вантажі є некомерційними, а це значить що їх перевезення та подальше використання не переслідує одержання прибутку,

(б) власником вантажів є держава,

(в) на вантажі розповсюджується режим суверенного імунітету згідно із загальноновизнаними принципами міжнародного права під час проведення рятувальних операцій.

Отже, відносно вантажів, що належать державі, не можуть застосовувати такі дії, як арешт, вилучення або затримання без згоди власника, тобто держави. З огляду на це, було б доцільно у КТМУ визначити орган державної влади, який має надавати згоду на вчинення таких дій.

Згідно ст. 340 КТМУ, рятівник має **право вимагати надання забезпечення**, а особа, відповідальна за виплату рятувальної винагороди, зобов'язана надати забезпечення на прохання рятівника. Таке забезпечення повинно бути достатнім задля того, щоб виконати вимоги щодо сплати відповідних сум внаслідок рятування, включаючи відсотки і судові або арбітражні витрати рятівника. Проте, законодавець не зазначає, з якого моменту рятів-

ник може вимагати надати йому забезпечення. На практиці це питання вирішується таким чином:

А) Стосовно винагороди за рятування приймається до уваги момент завершення рятувальної операції.

Б) Стосовно виплати спеціальної компенсації приймається до уваги момент повідомлення власника судна про застосування правил "Скопик клоуз".

Відповідно до умов "Скопик клоуз", власник судна протягом двох робочих днів з моменту письмового повідомлення рятівника про застосування "Скопик клоуз", надає рятувальнику банківську гарантію або гарантію клубів Пі енд Ай. Для забезпечення вимог щодо винагороди затверджена спеціальна форма гарантії Міжнародного рятувального союзу.

Право рятувальника на одержання забезпечення, як правило, пов'язується із застосуванням примусових заходів стосовно врятованого майна. До надання забезпечення рятівник має право морської застави, що надає йому право накладати арешт на майно, яке врятоване, задля забезпечення своїх вимог. Відповідно до ст. 20 Конвенції рятувальник не може здійснювати свого права морської застави тоді, коли належне забезпечення стосовно його вимоги, у тому числі відсотки та витрати, надане.

Власник врятованого судна повинен використати всі зусилля для того, щоб власники вантажу до того часу, як його буде видано, надали достатнє забезпечення рятівнику. Адже, рятівник може мати складнощі в процесі встановлення власника врятованого вантажу. Таким чином, власник судна залишається бути відповідальним за надання рятівникові інформації про вантаж, його власників чи страхувальників.

Без згоди рятівника врятоване судно та інше майно не може бути переміщено з порту або місця, куди це майно спершу доставлено після закінчення рятувальних операцій, до того часу, поки не буде надано належного забезпечення. Це стосується можливих на практиці випадків, за яких рятівник не звернувся з вимогою про забезпечення або якщо він не має можливості реалізувати своє право на морську заставу.

Зазначимо, що відповідно до ст. 22 Конвенції суд чи арбітраж мають право винести рішення про сплату рятувальнику авансом такої суми, яка вважається справедливою й обґрунтованою (проміжна плата), і на таких умовах, які є справедливими й обґрунтованими згідно з обставинами справи, у тому числі на умовах, що стосуються забезпечення – у відповідних випадках. У випадку проміжної плати, забезпечення, що надається, відповідно знижується.

1. Александрова К.И. Комментарий к КТМ СССР. – М., 1973. – С. 3-10. 2. Комментарий к Кодексу торгового мореплавания Российской Федерации / Под ред. Г.Г. Иванова. – М.: Спарк, 2000. – с. 559-600. 3. Демиденко В.В., Шемякин А.Н., Балобанов А.О. и др. Морское право Украины: Учеб. пособие. – О., 1996. – С.7-8. 4. Жудро А.К., Джавад Ю.Х. Морское право. – М., 1974. – С. 3-20. 5. Шмигельский Г.Л., Ясиновский В.А. Основы советского морского права. – М., 1963. – С. 14-17. 6. Кодекс торгового мореплавства України від 23.05.1995 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1995. – № 47. – Ст. 349.

СТВОРЕННЯ ОРГАНІЗОВАНОГО ЗЛОЧИННОГО УГРУПОВАННЯ: КРИМІНОЛОГІЧНІ ТА КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ

У статті досліджуються загальні закономірності формування організованого злочинного угруповання як особливого типу злочинного об'єднання, що, як правило, систематично або на постійній основі здійснює злочини. На основі аналізу чинного кримінального законодавства України розкриваються особливості законодавчої регламентації кримінальної відповідальності за створення різних видів організованих злочинних угруповань.

Ключові слова: кримінальне право, кримінальна відповідальність, створення організованого злочинного угруповання.

В статье исследуются общие закономерности создания организованного преступного формирования как особого типа преступного объединения, которое, как правило, систематически или на постоянной основе осуществляет преступления. На основе анализа действующего уголовного законодательства Украины раскрываются особенности законодательной регламентации уголовной ответственности за создание разных видов организованных преступных формирований.

Ключевые слова: уголовное право, уголовная ответственность, создание организованного преступного формирования.

In the article general conformities to the law of forming of the organized criminal groupment are probed as the special type of criminal association, that, as a rule, systematic or on permanent basis carries out crimes. On the basis of analysis of current criminal legislation of Ukraine the features of legislative regulation of criminal responsibility open up for creation of different types of the organized criminal groupments.

Keywords: criminal law, criminal responsibility, creation of the organized criminal groupment.

Організоване злочинне угруповання¹ становить собою особливий тип злочинного об'єднання, що створюється з метою тривалого здійснення злочинної діяльності. Саме по собі існування у суспільстві подібних об'єднань несе у собі різноманітні загрози: поширення злочинної ідеології серед населення та втягнення різних його прошарків у злочинну діяльність, криміналізацію політики, економіки та інших сфер суспільного життя, активізацію злочинного елементу, консолідацію злочинного середовища та зростання суспільної небезпеки злочинності як соціального явища у цілому. Поширення у суспільстві ОЗУ зумовлює розвиток організованої злочинності як особливо небезпечного криміногенного явища та виду злочинності.

Проблема ОЗУ привертає увагу представників різних наукових галузей. Її активно досліджують кримінологи, криміналісти, представники науки кримінального права. Для останніх дана проблема становить інтерес насамперед у зв'язку із закріпленням у чинному кримінальному законодавстві ряду норм, спрямованих на протидію створенню та функціонуванню окремих видів ОЗУ. При цьому досліджуються ознаки окремих видів вказаних злочинних об'єднань та специфіка їх опису у законі, види діянь, що визнаються злочинними у зв'язку із забезпеченням протидії поширенню ОЗУ, підстави та межі кримінальної відповідальності осіб, котрі скоюють дані діяння тощо (1; 2; 3; 6).

Метою даного дослідження є аналіз окремих аспектів встановлення кримінальної відповідальності за створення певного виду організованого злочинного угруповання, у тому числі з'ясування кримінально-правової природи даного діяння, специфіки його проявів, коректності його законодавчого відображення. Дані аспекти вже були предметом досліджень окремих науковців (4, 5, 12, 15), проте потребують подальшого вивчення.

Насамперед потрібно підкреслити, що встановлення кримінальної відповідальності за створення певного виду ОЗУ є важливим свідченням формування кримінально-правових засад протидії організованим злочинності. У цьому плані розвиток кримінального законодавства цілком узгоджується із Законом України "Про організаційно – правові основи боротьби з організованою злочинністю", де серед основних напрямів боротьби з організованою злочинністю вказано "запобігання виникненню організованих злочинних угруповань" (8, 422). З

іншого боку, встановлення кримінальної відповідальності за створення подібних злочинних об'єднань становить одну із особливостей кримінально – правової боротьби із проявами саме даного виду злочинності. В інших випадках будь – яке гуртування декількох осіб з метою подальшого вчинення злочину не передбачає самостійної кримінальної відповідальності і розглядається відповідно до ч. 1 ст. 14 КК у контексті готування до злочину – як "підшукування співучасників або змова на вчинення злочину".

Склад створення організованого злочинного угруповання у чинному Кримінальному кодексі України має низку різновидів. У ст. 255 йдеться про "створення злочинної організації з метою вчинення тяжкого чи особливо тяжкого злочину"; у ст. 257 – про "організацію озброєної банди з метою нападу на підприємства, установи, організації чи на окремих осіб"; у ст. 258³ – про "створення терористичної групи чи терористичної організації"; у ст. 260 – про "створення не передбачених законами України воєнізованих формувань" та "створення не передбачених законом збройних формувань"; у ст. 392 – про організацію з метою тероризування у вправних установах засуджених або вчинення нападу на адміністрацію організованої групи.

Криміналізація створення певного виду ОЗУ відбулася шляхом конструювання в Особливій частині КК України так званого усіченого складу злочину. Як відомо, при виділенні у законі подібних складів йдеться про перенесення моменту закінчення відповідного виду злочинного діяння на стадію готування до злочину або замаху на злочин. Таким чином на законодавчому рівні створюються додаткові гарантії попередження реально-го посягання на охоронюваний законом об'єкт або ж заподіяння цьому об'єкту значно більшої шкоди.

Суть створення ОЗУ як виду злочинного діяння може бути з'ясована лише у контексті його взаємозв'язку із організованою злочинною діяльністю як особливою формою спільного вчинення злочинів (злочину). Вказана діяльність здебільшого проявляється у вчиненні декількох особами, об'єднаними у стійке (організоване) злочинне угруповання, певної наперед спланованої множини злочинних діянь, що у сукупності утворюють її зміст. Вона здійснюється саме у межах функціонування організованого злочинного угруповання як своєрідного людського апарату, створеного для вчинення злочинів (14, 82). Тож встановлення кримінальної відповідальності за створення ОЗУ сприяє розв'язанню складно-

¹ Далі по тексту буде вживатися скорочена їх назва – ОЗУ.

го і відповідального завдання запобігання поширенню у суспільстві стійких злочинних об'єднань, які самі по собі становлять загрозу для суспільства, та здійсненню ними злочинної діяльності.

Створення ОЗУ є передумовою злочинної діяльності декількох осіб, що охоплює собою, як правило, певну сукупність взаємопов'язаних злочинів. З цього боку воно не вписується у готування до злочину, ознаки якого вказані у ч. 1 ст. 14 КК України, і становить по суті якісно іншу форму злочинної поведінки – своєрідне готування до тривалої колективної злочинної діяльності².

Створення ОЗУ проявляється у вчиненні різноманітних діянь, спрямованих, з одного боку, на формування самого по собі злочинного об'єднання, з іншого – на його підготовку до здійснення злочинної діяльності.

Формування ОЗУ означає насамперед виникнення стійкого осередку осіб, згуртованих на тривалу спільну злочинну діяльність і відповідним чином для цього організованих. Особливого значення у створенні ОЗУ набувають дії, спрямовані на пошук майбутніх членів угруповання, а також їх психологічну обробку – з метою вироблення позитивного ставлення до злочинної моралі, готовності реалізувати власні потреби та інтереси протиправним шляхом, здатності брати участь у злочинах, а також перебувати у складі угруповання. Особливо потрібно зазначити про ствердження субординації у стосунках. Формується структура ОЗУ, із виділенням керівника (керівного ядра), а в окремих випадках – відносно автономних підрозділів. Встановлюється нормативна основа функціонування ОЗУ – єдині правила поведінки та санкції за їх недотримання. Мають місце і інші аспекти організації угруповання у єдине ціле.

Другий напрям у створенні ОЗУ – це його підготовка до здійснення злочинної діяльності. Йдеться про розробку стратегії та тактики такої діяльності, визначення її виду та сфери здійснення; про планування злочинної діяльності чи навіть про розробку відповідних програм; про набуття приміщень, транспортних засобів, зброї, знарядь вчинення злочинів. Уже на етапі створення угруповання можуть визначатися джерела фінансування його злочинної діяльності, а також формуватися корупційні зв'язки із представниками правоохоронних органів та іншими впливовими особами, насамперед з метою захисту членів майбутнього угруповання від кримінального переслідування та забезпечення угрупованню сприятливих умов для здійснення злочинної діяльності. Неабияке значення мають також моральна та фізична підготовка членів угруповання, навчання їх прийомам здійснення нападу та самозахисту, володіння різноманітною зброєю та технічними пристроями, способам вчинення злочину, ознайомлення із правилами поведінки у ситуації кримінального переслідування.

Значне коло дій по створенню ОЗУ виконується неформальним лідером, як правило, майбутнім керівником угруповання, котрий виділяється уже на початкових етапах його формування і здійснює організаційну функцію: визначає вид та стратегію майбутньої злочинної діяльності угруповання, здійснює її планування, провадить пошук спільників, координують дії учасників злочину тощо. Інші ж особи, котрі беруть участь у вчиненні даного злочину, виконують хоча і необхідні, але все ж менш важливі функції:

збирають інформацію щодо можливих об'єктів злочинних посягань, займаються пошуком та пристосуванням знарядь чи засобів їх вчинення, пошуком приміщень для переховування злочинно набутого майна тощо.

Для розуміння суті процесу створення ОЗУ необхідно звернути увагу на окремі соціально – психологічні закономірності його розвитку. Угрупування повинно у своєму становленні пройти ряд стадій – від нестійкого до відносно стабільного. Це досить тривалий процес узгодження позицій, інтересів, вироблення єдиних для всіх стандартів практичної діяльності, набуття певних навичок спільного вчинення злочинів. Загалом створення стійкого об'єднання, здатного до неодноразового здійснення злочинних посягань, потребує часу, і, що важливо, тривалої практики спільної діяльності. У окремих своїх моментах даний процес може прискорюватися подібністю способу життя, який ведуть особи до моменту об'єднання; наявністю у осіб навичок вчинення злочинів, певною спеціалізацією осіб на їх вчиненні. Як показує вивчення кримінальних справ, гуртуванням осіб у багатьох випадках сприяють родинні зв'язки, давня дружба, минулі стосунки, що складалися протягом навчання у одному закладі, в умовах спільного проходження строкової служби, відбування покарання у одній кримінально – виконавчій установі. Нерідко формування ОЗУ відбувається на ґрунті неодноразового спільного вчинення особами злочинів.

На основі розподілу функцій між учасниками злочину та встановлення у процесі його здійснення певної субординації у стосунках уже на етапі створення угруповання відбувається рольова диференціація між його майбутніми членами. З учасників злочину виділяється насамперед майбутній керівник угруповання, який здійснює організаційні функції при його вчиненні, інші ж учасники даного злочину згодом стають рядовими членами ОЗУ.

Як правило, угруповання створюється задля здійснення певного виду злочинної діяльності, що відображає одну із закономірностей його розвитку. У чинному законодавстві ця закономірність до певної міри віддзеркалюється у назві угруповання ("терористична група", "терористична організація" – у ст. 258³ КК; "не передбачене законами України воєнізоване формування", "не передбачене законом збройне формування" – у ст. 260 КК), або у формулюванні мети його створення (створення організованої групи з метою тероризування у виправних установах засуджених або нападу на адміністрацію – у ст. 392 КК). Проте не завжди мета створення угруповання вказує на вид його злочинної активності. Так, практично ніякої інформації у цьому відношенні не несе вказівка на мету створення злочинної організації – "вчинення тяжкого чи особливо тяжкого злочину" (ст. 255 КК) та на мету створення озброєної банди – "нападу на підприємства, установи, організації чи на окремих осіб" (ст. 257 КК).

Нерідко вид майбутньої злочинної діяльності вимагає формування цілком певних властивостей угруповання та особливу підготовку його членів. Наприклад, здійснення терористичної діяльності передбачає гуртування осіб на єдиній ідейній платформі; від них нерідко вимагається здатності до самопожертви, а з іншого боку – готовності здійснити варварський терористичний акт, потерпілими від якого здебільшого стають ні у чому не повинні люди. Для підготовки та здійснення терористичних акцій угруповання повинно володіти зброєю, вибухівкою, іншими знаряддями вчинення злочину, а його члени мають пройти відповідну підготовку. Для здійснення широкомасштабної терористичної діяльності необхідні значні грошові кошти, приміщення, різноманітні технічні пристрої тощо.

² У зв'язку з цим видається не зовсім точним визначення у законі мети створення окремих різновидів організованих злочинних угруповань – злочинної організації (ч.1 ст. 255 КК) та озброєної банди (ст. 257 КК) – для вчинення відповідно тяжкого чи особливо тяжкого злочину та для скоєння нападу. Принаймні, слова "злочин" та "напад" потрібно було б вказати не лише у однині, але й у множині, причому на першому місці вказати відповідні слова у множині.

Створення ОЗУ може ініціюватися кимось одним, а згодом до нього приєднуються інші особи. Воно може формуватися також навколо якогось стабільного осередку, що утворює згодом його ядро. Разом із тим, за всіх умов у процесі формування ОЗУ з певного моменту має брати участь декілька осіб – група, що мусить бути не меншою тієї мінімальної кількості осіб, котра за законом має бути наявною для визнання факту існування ОЗУ певного виду. Ці ж особи з моменту виникнення угруповання здебільшого утворюють його склад. У подальшому має зберігатися відносна стабільність персонального складу угруповання; іншими словами, існування угруповання передбачає стабільну взаємодію у процесі злочинної діяльності певного кола конкретних осіб. Якщо виходити із законодавчої характеристики організованої групи та злочинної організації, що дається у ст. 28 КК, та вважати вимоги закону до кількості членів цих угруповань такими, що поширюються і на інші подібні злочинні об'єднання, можна дійти висновку, що у складі ОЗУ з моменту його виникнення має бути не менше трьох (організована група) або п'яти (злочинна організація) осіб. Ще раз належить наголосити на тому, що зазначені особи повинні достатній час взаємодіяти між собою для їх гуртування у стійке злочинне формування.

Закінчення розглядуваного злочину пов'язується у теорії кримінального права переважно із виникненням ОЗУ певного виду. Інші діяння, спрямовані на досягнення даного результату, якщо його не досягнуто, оцінюються як готування до злочину або замах на злочин (5, 12-13; 7, 710; 9, 539). Таке вирішення проблеми кримінальної відповідальності за створення стійкого злочинного угруповання у цілому видається прийнятним.

У кримінальному законодавстві встановлено злочинність створення майже всіх видів організованих злочинних угруповань. Водночас у законі не передбачено відповідальності за створення організованої групи. Встановлено кримінальну протиправність лише створення організованої групи з метою тероризування засуджених чи нападу на адміністрацію установи виконання покарання (ст. 392 КК). Відсутність відповідальності за створення організованої групи не є виправданим, насамперед з огляду на поширеність даного виду злочинного об'єднання, а також на те, що саме у складі організованих груп вчиняється переважна більшість злочинів, вчинюваних ОЗУ.

Не передбачено також відповідальності за створення транснаціональної організації, що займається вилученням у людини шляхом обману чи примушування її органів чи тканин з метою їх трансплантації або незаконною торгівлею такими органами чи тканинами (ч.5 ст. 143 КК). Це також не є виправданим, зважаючи на особливу небезпечність злочинів, вчинюваних вказаним видом злочинного об'єднання.

У диспозиціях статей Особливої частини КК України, що встановлюють відповідальність за досліджуваний вид злочинного діяння, для його позначення вживається переважно термін "створення"; водночас у ст. ст. 257 та 392 КК йдеться про організацію угруповань – відповідно озброєної банди та організованої групи.

У принципі вживання терміну "організація" припустиме, оскільки одним із своїх значень він має створення чого – небудь, із залученням до цього інших, спираючись на інших. Разом із тим, іншими значеннями цього терміну є гуртування, об'єднання кого – небудь з певною метою; мобілізація, спрямування кого – небудь на що – небудь; чітке налагоджування, належне віпорядкування чого – небудь (10, 130). Якщо брати до уваги ці інші значення даного терміну, то, скажімо, у випадку із бандитизмом при розгляді такої його форми як організація озброєної

банди можна зрозуміти, що йдеться про певну діяльність, об'єктом якої є уже існуюча банда і яка безпосередньо пов'язана із виконанням функції керівництва угрупованням, тоді як мається на увазі зовсім протилежне – відображення моменту формування угруповання.

Можна було б не звертати особливу увагу на ці термінологічні розбіжності у законі, якби вони не призводили до необґрунтованих теоретичних висновків щодо його змісту та помилок у його застосуванні на практиці. Як видається, саме неоднозначність терміну "організація" та основане на цьому неадекватне сприйняття змісту ч. 3 ст. 27 КК привели М.В. Семикіна до досить своєрідного тлумачення об'єктивної сторони створення терористичної організації (групи).

Спираючись на ч. 3 ст. 27 КК, у якій йдеться про організатора злочину, автор зазначає, що організація організованої групи чи злочинної організації може виступати у формах створення, керівництва, забезпечення фінансування, або організації приховування злочинної діяльності вказаних злочинних об'єднань. Створення злочинного об'єднання, на думку автора, становить собою своєрідний стрижень, основу організаційної діяльності; водночас воно може містити у собі елементи й інших її форм. На цій основі робиться висновок, що "...ознаками об'єктивної сторони створення терористичної організації (групи) можуть бути не тільки дії, безпосередньо спрямовані на об'єднання трьох чи більше осіб для спільної терористичної діяльності, але також і керівництво процесом створення, забезпечення фінансування цього створення та організація приховування злочинної діяльності по створенню певної групи чи організації, які здійснюються організатором (співорганізаторами) цього створення". Обґрунтовуючи даний висновок, автор допускає неточність у тлумаченні положення ч. 3 ст. 27 КК, за яким начеб організатором організованої групи чи злочинної організації є особа, яка утворила організовану групу чи організацію або керувала нею, або особа, яка забезпечувала фінансування чи організовувала приховування злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації (13, 100-101). Тоді як у законі йдеться про організатора злочину, до якого прирівнюються як організатор організованої групи (злочинної організації), так і інші зазначені особи.

Таким чином, автор ототожнює процес створення угруповання із організаційною діяльністю, форми якої описуються у визначенні поняття організатора злочину. При встановленні ознак об'єктивної сторони створення терористичної організації (групи) термін "створення" ототожнюється за своїм значенням із терміном "організація" і у такому його розумінні форми створення терористичної організації (групи) ототожнюються із наведеними формами організаційної діяльності.

Водночас створення ОЗУ становить собою окремий тип злочинного діяння, вчинення якого передбачає об'єднання зусиль декількох осіб. Як і в інших випадках колективного вчинення злочину, між його учасниками може відбуватися певне функціональне розмежування. При цьому хтось бере на себе тягар обов'язків організатора злочину, інші ж виконують його вказівки. У злочині, окрім його виконавця (виконавців), можуть брати участь різні види співучасників, у тому числі і його організатор.

З огляду на вищенаведене видається некоректним визначення у ч. 3 ст. 27 КК організатором злочину особи, "яка утворила організовану групу чи злочинну організацію". Всі особи, котрі задіяні у процесі формування угруповання, незалежно від виконуваної ними функції, створюють угруповання, проте не всі учасники даного злочину можуть бути його організаторами.

Подібних проблем у тлумачення змісту окремих термінів потрібно уникати, дотримуючись певної логіки їх вживання у законі. При цьому треба також враховувати, що закон пишеться не лише для спеціалістів – юристів, але й для громадян, котрі не обізнані у тонкощах права, а тому терміни, що у ньому застосовуються, по можливості повинні бути зрозумілими для широкого загалу і такими, що піддаються однозначному тлумаченню.

Як видається, сутність процесу, наслідком якого є виникнення того чи іншого угруповання, все ж краще відображається терміном "створення". Даний термін, відповідно до тлумачного словника української мови, може набувати різних значень, у тому числі: давати життя, існування чому-небудь, формувати що-небудь; класти початок існуванню чого-небудь, організовувати щось, засновувати; робити можливим, наявним; підготувати що-небудь, бути причиною виникнення чогось; окреслювати, визначати в основному, надаючи яких-небудь ознак, властивостей (11, 383).

Всі ці значення терміну так чи інакше відображають сутність і окремі важливі моменти процесу створення ОЗУ, з відповідним його завершенням. Йдеться про покладення початку існування, заснування злочинного об'єднання особливого типу, котре має своїм призначенням здійснення організованої злочинної діяльності і за своїми властивостями придатне для цього.

Підсумовуючи вищевикладене, треба підкреслити, що встановлення кримінальної відповідальності за створення певних видів ОЗУ є важливим напрямом кримінально-правового забезпечення протидії проявам організованої злочинності. Разом з тим, дана проблема потребує подальшого дослідження. Так, у сенсі вдосконалення законодавчої характеристики розглядуваного діяння було б доцільно на основі узагальнення практичних матеріалів виділити його найсуттєвіші ознаки та прояви – з наступним їх відображенням у диспозиціях відповідних норм – заборон. Мали б провадитися дослідження питання доцільності криміналізації створення організованої

групи та транснаціональної організації, про яку йдеться у ст. 143 КК. На теоретичному та законодавчому рівнях має бути розв'язана проблема вживання термінів у назвах та у диспозиціях статей, що встановлюють відповідальність за створення тих чи інших видів ОЗУ.

1. Альошин Д.П. Кримінальна відповідальність за розкрадання, вчинені у співучасті: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. 12. 00. 08 / Міністерство внутрішніх справ України; Національний університет внутрішніх справ. – Харків, 2003. 2. Гавриш С.Б. Проблема застосування кримінальної відповідальності за співучасть у воєнізованих або збройних формуваннях, терористичних групах та інших злочинних організаціях // Кримінально – правова охорона життя та здоров'я особи: Матер. наук. – практ. конф. (Харків) 22 – 23 квітня 2004 р. / Редкол.: Сташис В.В. (голов. ред.) та ін. – К. – Х.: "Юрінком Інтер", 2004. – С. 38 – 42. 3. Голіна В.В. Кримінологічні та кримінально-правові проблеми боротьби з бандитизмом: соціально-правове і кримінологічне дослідження: Монографія. – Х.: Регіон-інформ, 2004. 4. Гришко В.А. Организация преступного сообщества (преступной организации): уголовно – правовой и криминологические аспекты. – Учебное пособие // М.: Центр юридической литературы, 2001. 5. Демидова Л.М. Кримінальна відповідальність за створення злочинної організації: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого. – Харків, 2003. 6. Іваненко І.В. Бандитизм: криминологічне та кримінально-правове дослідження: Дис. ... канд. юрид. наук. – Одеса, 2003. 7. Кримінальний кодекс України: Науково-практичний коментар / Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, С. Б. Гавриш та ін.; За заг. ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – К.: Концерн "Видавничий Дім "Ін Юре", 2003. 8. Міжнародні правові акти та законодавство окремих країн про корупцію / Упоряд.: М.І.Камлик та інші. – К.: Школяр, 1999. 9. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. – 4-те вид., переробл. та доповн. / Відп. ред. С. С. Яценко. – К.: А.С.К., 2005. 10. Новий тлумачний словник української мови: У 4 т. / Укладачі В. В. Яременко, О. М. Сліпушко. – К.: Аконті, 2000. – Т.3. 11. Новий тлумачний словник української мови: У 4 т. / Укладачі В. В. Яременко, О. М. Сліпушко. – К.: Аконті, 2000. – Т.4. 12. Семикін М.В. Кримінальна відповідальність за створення терористичної групи чи терористичної організації: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.08 / Національний університет внутрішніх справ. – Харків, 2004. 13. Семикін М.В. Створення терористичної групи чи терористичної організації: кримінально-правове дослідження: Монографія / За заг. ред. проф. В.П.Ємельянова. – Харків: Вид-во Нац. ун-ту внутр справ, 2003. 14. Трайнин А.Н. Учение о соучастии. – М.:Юридическое издательство НКЮ СССР. 15. Українець В.В. Кримінальна відповідальність за створення злочинної організації: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – 12. 00. 08. / Академія адвокатури України. – К., 2009.

Надійшла до редколегії 11.04.12

Т. Коваленко, канд. юрид. наук, доц.

ТЕХНІКО-ЮРИДИЧНІ ДЕФЕКТИ ЗЕМЕЛЬНО-ПРАВОВИХ НОРМ

В статті визначаються правові ознаки техніко-юридичних дефектів земельно-правових норм, досліджуються такі їх різновиди як дефекти земельно-правової термінології, невикористання бланкетних та відсилочних норм, невизначеність та декларативність земельно-правових норм, надмірна конкретизація та невикористання деталізації зазначених норм.

Ключові слова: земельне право; техніко-юридичні дефекти; дефекти земельно-правової термінології; невизначеність земельно-правових норм; декларативність земельно-правових норм.

В статье определяются правовые признаки технико-юридических дефектов земельно-правовых норм, исследуются такие их разновидности как дефекты земельно-правовой терминологии, неоправданное использование бланкетных и отсылочных норм, неопределенность и декларативность земельно-правовых норм, чрезмерная конкретизация и неоправданная детализация указанных норм.

Ключевые слова: земельное право; технико-юридические дефекты; дефекты земельно-правовой терминологии; неопределенность земельно-правовых норм; декларативность земельно-правовых норм.

In the article the legal characteristics of technical-juridical defects of the land-law norms have been determined; such types of legal defects as defects of the land-law terminology, an inappropriate use of blanket and reference norms, the ambiguity and declarative character of land-law norms, the over-concretization and unreasonable detailing of mentioned norms have been analyzed.

Key words: land law; technical-juridical defects; defects of the land-law terminology; ambiguity of land-law norms; declarative character of land-law norms.

Завершення земельної реформи в Україні, гарантування рівних можливостей набуття та реалізації земельних прав різними суб'єктами, збереження та раціональне використання землі та інших природних ресурсів, оптимальне поєднання публічних та приватних інтересів у сфері земельних відносин забезпечується ефективною системою земельного права та земельного законодавства в нашій державі. Колізії, прогалини, декларативність

земельно правових норм та принципів, недоліки правової термінології, вади структури правової норми та її зовнішньої фіксації у нормативно-правових актах земельного законодавства, інші юридичні дефекти знижують ефективність земельно-правових норм, що в свою чергу призводить до порушення земельних прав громадян, юридичних осіб, держави та територіальних громад, деградації земель, ускладнює чи унеможливорює задоволення

земельних потреб, веде до зростання кількості земельних спорів та зростання соціальної напруги в суспільстві.

В теорії права та галузевих науках юридичні дефекти правових норм залежно від їх змісту поділяють на логіко-структурні та техніко-юридичні [1; 6, 15; 13, 12]. Техніко-юридичні дефекти виявляються у недоліках не змісту, а форми права, внаслідок недотримання вимог нормотворчої техніки при підготовці проектів нормативно-правових актів тощо. На думку М. О. Власенка, під техніко-юридичними дефектами права необхідно розуміти логічно-мовні порушення, деформації в побудові та вираженні правових норм у системі права [2, 28]. До техніко-юридичних дефектів правових норм у земельному праві можна віднести дефекти земельно-правової термінології, невиправдане використання бланкетних та відсилочних норм, невизначеність земельно-правових норм, декларативність, надмірну конкретизацію та невиправдану деталізацію земельно-правових норм.

Стабільність, узгодженість і однозначність правового регулювання земельних відносин, як умова його ефективності, обумовлені стійкістю та однозначністю земельно-правової термінології. В юридичній літературі зазначається, що "розвиток права завжди відбувається паралельно з обговоренням і формуванням термінології. Право як регулятор правової поведінки тим ефективніше виконує свою роль, чим правильніше концептуально і лінгвістично виражені його констатації, приписи, дозволи і заборони [14, 114]. Серед *дефектів земельно-правової термінології* можна назвати невиправдану синонімію, метонімію, синекдоху, необґрунтоване запозичення іноземної термінології, широке використання оціночних понять.

Юридичній мові, як і мові взагалі, властива багатозначність та синонімія, проте при використанні термінів та понять в текстах нормативно-правових актів необхідно враховувати, що у мові відсутні абсолютні синоніми. Тому необґрунтоване використання синонімів при формулюванні правових норм в текстах законів та нормативно-правових актів здатне суттєво спотворити думку суб'єкта нормотворення, змовити потребу у офіційному тлумаченні земельно-правових норм. Прикладом невиправданої синонімії в земельно-правовій термінології є вживання понять "загальнопоширені корисні копалини" та "корисні копалини місцевого значення". Як передбачає Земельний кодекс України від 25 жовтня 2001 р. (далі – ЗК України), власники земельних ділянок та землекористувачі можуть використовувати для задоволення власних потреб загальнопоширені корисні копалини та торф (ст. 90, ст. 95). Разом з тим, чинне природноресурсове законодавство України не вживає поняття та не містить переліку загальнопоширених корисних копалин, що може ускладнити реалізацію земельних прав [9, 14].

Суттєвим недоліком земельно-правової термінології є невиправдана метонімія – перенесення значення слів з певних явищ і предметів на інші за суміжністю [15, 44]. Яскравим прикладом метонімії в земельному праві є норма, закріплена у ст. 108 ЗК України, відповідно до якої у випадках, коли сусідні земельні ділянки відокремлені рослинною смугою, стежкою, рівчаком, каналом, стіною, парканом або іншою спорудою, то власники цих ділянок мають право на їх спільне використання, якщо зовнішні ознаки не вказують на те, що споруда належить лише одному з сусідів. Проте рослинна смуга, стежка, рівчак не є спорудами, тобто тим, що збудовано, споруджено.

Для земельного права та земельного законодавства є характерним досить широке використання оціночних понять. Так, у ст. 1 Закону України "Про відчуження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна,

що на них розміщені, які перебувають у приватній власності, для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності" від 17 листопада 2009 р. суспільна необхідність визначена як обумовлена загальнодержавними інтересами або інтересами територіальної громади *виключна необхідність* (виділено мною – Т. К.), для забезпечення якої допускається примусове відчуження земельної ділянки, інших об'єктів нерухомого майна, що на ній розміщені, у встановленому законом порядку. Тобто, поняття "суспільна необхідність" визначено через оціночне поняття "виключна необхідність", що не дає підстав для чіткого розмежування таких спеціально-юридичних термінів земельного та цивільного права як "суспільна необхідність" та "суспільна потреба".

До техніко-юридичних дефектів у регулюванні земельних відносин відноситься також *невиправдане використання бланкетних та відсилочних норм*. Відсилка є специфічним засобом зв'язку нормативно-правових актів різної юридичної сили, метод контакту земельних законів з іншими правовими актами. Відсилки мають позитивне значення – сприяють економії законодавчого простору, усувають дублювання правових норм, надають можливість для комплексного використання термінів та їх дефініцій. Разом з тим, як зазначає О. В. Ткачук, необґрунтоване насичення законодавства відсилочними нормами веде до невиправданого збільшення числа підзаконних актів, які досить часто слабо взаємопов'язані, погано узгоджені з програмами соціального розвитку і в кінцевому підсумку знижують роль закону в правовому регулюванні [12]. Зокрема, чинний ЗК України "переповнений" такими нормами, у ньому більше двадцяти раз вжито словосполучення "відповідно до закону" та більше п'ятдесяти – "визначається/встановлюється законом". Відсутність окремих законів, інших нормативно-правових актів, до яких відсилає ЗК України, дає підстави для констатації факту дефікації земельного законодавства у сучасних умовах.

Серед техніко-юридичних дефектів у механізмі правового регулювання земельних відносин є *невизначеність земельно-правових норм*. Однією із характерних ознак права є його формальна визначеність, тобто чіткість, однозначність, стислість правових імперативів, які об'єктивуються у нормативно-правових актах та інших джерелах. Формальна визначеність виявляється у визначеності змісту норм земельного права, у способах їх формулювання, у формах закріплення та вираження в нормативно-правових актах. Відсутність чіткості та однозначності земельно-правових приписів створює передумови для необмеженого їх тлумачення у процесі правозастосування, може вести до свавілля і порушення принципів законності та верховенства права в регулюванні земельних відносин.

У сучасній юридичній науці "неясність, незрозумілість правових норм" розглядається як їх формальна невизначеність та кваліфікується як техніко-юридичний дефект правового регулювання. Зокрема, Т. М. Назаренко розглядає невизначеність у широкому значенні (як явище недосконалості правового регулювання, обумовлене об'єктивними та суб'єктивними факторами правотворення, яке означає неточне, неповне і непослідовне закріплення і реалізацію в праві нормативної правової волі) та у вузькому значенні (як техніко-юридичний дефект тексту права, зовнішньої, письмової форми його вираження) [7].

На нашу думку, невизначеність у земельному праві в широкому значенні цього терміну не завжди є юридичним дефектом та має негативний характер. Так, введення в тексти нормативно-правових актів оціночних понять хоча й ускладнює правозастосування, проте

створює умови для врахування особливостей правового регулювання певних земельних відносин у конкретних життєвих ситуаціях. Наявність диспозитивних та відносно визначених норм дозволяє застосовувати індивідуальне регулювання земельних відносин.

Негативний вплив на ефективність правового регулювання земельних відносин справляє невизначеність земельно-правових норм саме у вузькому значенні, як техніко-юридичний дефект, який виявляється у логікомовних відступах, деформаціях у побудові та вираженні земельно-правових норм, у відсутності точного, повного нормативного правового припису, що неминує спричинює зниження регулятивних властивостей земельного права, ускладнює тлумачення його норм та перешкоджає їх ефективній реалізації. Земельно-правові норми є моделями певних земельних відносин, тому повинні відображати характерні особливості, властивості саме тих земельних відносин, на регулювання яких вони спрямовані, містити вказівки на необхідні елементи цих відносин (суб'єктний склад, об'єкти, зміст). Лише за умови співставлення земельно-правової норми з реальними обставинами її дії, коли кожному елементу правової норми буде відповідати окремий елемент дійсності, вона буде готова до безпосереднього застосування у практиці земельно-правового регулювання. За умови, коли в земельно-правових нормах не зафіксовано, не відображено всіх суттєвих ознак, елементів земельних відносин, на регулювання яких вони спрямовані, можна говорити про наявність такого юридичного дефекту як невизначеність земельно-правової норми.

У переважній більшості випадків невизначеність правових норм обумовлюється специфікою зовнішнього прояву земельно-правових заборон, зобов'язань та дозволів. Адже земельне право знаходить своє зовнішнє вираження у джерелах, які об'єктивуються за допомогою мови, однією із характерних ознак якої є багатозначність. Зазначені особливості формування земельного законодавства, які призводять до дефектів у правовому регулюванні земельних відносин внаслідок незрозумілості, неповноти, нечіткості правових приписів, необхідно враховувати у практиці регулювання земельних відносин.

Невизначеність земельно-правових норм є досить поширеним дефектом правового регулювання земельних відносин. Так, відповідно до ст. 31 ЗК України землі фермерського господарства можуть складатися із: а) земельної ділянки, що належить на праві власності фермерському господарству як юридичній особі, б) земельних ділянок, що належать громадянам – членам фермерського господарства на праві приватної власності, в) земельної ділянки, що використовується фермерським господарством на умовах оренди. Подібна норма закріплена також у ст. 12 Закону України "Про фермерське господарство" від 19 червня 2003 р., у ч. 2 якої конкретизовано, що права володіння та користування земельними ділянками, які знаходяться у власності членів фермерського господарства, здійснює фермерське господарство. При цьому з тексту ні зазначених норм, ні інших норм земельного законодавства чітко не зрозуміло, на якому правовому титулі буде здійснювати фермерське господарство права володіння та користування земельними ділянками своїх членів, яким чином це юридично оформити тощо.

Наявність такого дефекту правового регулювання як нечіткість, невизначеність правових норм стало причиною визнання неконституційним п. 6 розділу Х "Перехідні положення" чинного ЗК України. Так, Конституційний Суд України у Рішенні від 22 вересня 2005 р. (Справа № 1-17/2005) вказав, що конституційний принцип правової держави передбачає встановлення правопорядку,

який повинен гарантувати кожному утвердження і забезпечення прав і свобод. Конституція України закріпила рівність суб'єктів права власності перед законом, гарантії права власності та обов'язки власників, положення про те, що сама власність не повинна використовуватися на шкоду людині і суспільству (статті 13, 41 Конституції України). Із конституційних принципів рівності і справедливості випливає вимога *визначеності, ясності і недвозначності правової норми* (виділено мною – Т. К.), оскільки інше не може забезпечити її однакове застосування, не виключає необмеженості трактування у правозастосовній практиці і неминує призводити до сваволі. Так, поняття "набувають права" за змістом ч. 2 ст. 92 та ч. 1 ст. 116 ЗК України в аспекті вимоги переоформлення права користування земельною ділянкою не відповідає вимозі ясності і визначеності правової норми: зазначені положення припускають поширення цього поняття лише на випадки первинного отримання земельної ділянки із земель державної та комунальної власності підприємствами, установами та організаціями, що належать до державної або комунальної власності, а також громадянами та юридичними особами, які набувають права власності та користування земельними ділянками... Таким же невизначеним є словосполучення "переоформити у встановленому порядку" без посилання на відповідні норми ЗК України або інших законів. При цьому в Кодексі та інших законах немає спеціальних норм щодо такого порядку переоформлення права постійного користування. Ні в ЗК України, ні в інших нормативно-правових актах не розкривається юридичний зміст термінів "оформлення" і "переоформлення", не визначається їх співвідношення. Невизначеність суті цих термінів негативно впливає на практику здійснення суб'єктивних прав на земельні ділянки громадянами та юридичними особами. Від правильного визначення сутності "оформлення" і "переоформлення" прав на землю залежить можливість здійснення громадянами та юридичними особами гарантованого Конституцією України права власності на землю і права користування нею, довіра громадян до держави [10].

Істотним та досить поширеним техніко-юридичним дефектом земельного права України є *декларативність його норм*. Чинні нормативно-правові акти земельного законодавства перенесені нормами, які лише проголошують необхідність дотримання певних моделей правового регулювання земельних відносин, проте в практику вони не впроваджуються внаслідок відсутності можливості їх реалізації. Декларативність правових норм проявляється у технічній чи юридичній неможливості їх виконання, використання, дотримання чи застосування. Так, технічна неможливість зумовлюється відсутністю необхідного фінансування, відповідального за їх виконання органу, нереальністю строків виконання тощо. Юридична неможливість полягає у відсутності юридичного механізму реалізації вказаних норм, зокрема у випадку невизначеності зобов'язаних осіб при наданні певних земельних прав, відсутності санкцій за порушення правових приписів, посиланні на неіснуючі нормативно-правові акти тощо.

В більшості декларативний характер мали постанови Верховної Ради України "Про земельну реформу" від 18 грудня 1990 р. та "Про прискорення земельної реформи та приватизацію землі" від 13 березня 1992 р., у яких земельна реформа лише проголошувалась складовою частиною економічної реформи, яка повинна була проводитись у зв'язку з переходом економіки республіки до ринкових відносин. Водночас не було розроблене ні наукове, ні економічне, ні соціальне, ні екологічне обґрунтування здійснюваним перетворенням, не

було підготоване відповідне нормативно-правове забезпечення, не були сформульовані мета та напрями, цілі та принципи реформування, не виділялися відповідні кошти і матеріально-технічні ресурси на проведення земельної реформи. Така поспішність у проведенні реформування земельних відносин, переважання декларативних норм призвели до того, що земельна реформа в Україні здійснювалась шляхом проб та помилок, базуючись на різних моделях та концепціях та не доведена й дотепер.

Переважно декларативні норми містяться також у постановах Парламенту України, які приймаються за результатами парламентських слухань із земельних питань. Зокрема, Рекомендаціями парламентських слухань "Сучасний стан та перспективи розвитку земельних відносин в Україні", схваленими Постановою Верховної Ради України від 22 вересня 2005 р., було доручено Кабінету Міністрів України завершити з до 1 липня 2006 року підготовку та подання на розгляд Верховної Ради України проектів законів, передбачених ЗК України, щодо регулювання земельних відносин, а саме: про використання земель природно-заповідного та іншого природоохоронного призначення; про використання земель оздоровчого призначення; про використання земель рекреаційного призначення; про використання земель історико-культурного призначення; про землі промисловості; про землі житлової та громадської забудови; про правовий режим земель зон санітарної охорони; про правовий режим земель санітарно-захисних зон; про консервацію земель; про використання техногенно забруднених земельних ділянок, які залишаються неприйнятими до цього часу.

До техніко-юридичних дефектів земельно-правових норм можна віднести *надмірну конкретизацію та невиправдану деталізацію* моделей поведінки суб'єктів земельних правовідносин. У словниках слово "конкретизувати" тлумачиться як надавати чому-небудь конкретного вираження; визначати конкретно, точно, предметно [8, 878]. В юридичній літературі конкретизація юридичних норм визначається як об'єктивно-суб'єктивний процес, який полягає у переведенні абстрактних юридичних норм в більш визначені правила, в індивідуалізації юридичних норм стосовно конкретних суб'єктів правовідносин, їх прав та обов'язків [4, 8]. Конкретизація правових норм може розглядатися як процес уточнення змісту певної земельно-правової норми, як результат правотворчого чи правозастосовного процесу, як техніко-юридичний прийом.

В теорії права конкретизацію правових норм поділяють на правотворчу, правореалізаційну та право інтерпретаційну [3, 19]. Під час правотворчої конкретизації на основі загальних абстрактних юридичних норм створюються відносно нові, більш конкретні та визначені правила поведінки – конкретизуючі норми права, які охоплюються об'ємом загальних абстрактних норм, що визначають їх зміст, логічно витікають із них, але при цьому характеризуються певною новизною [16, 32]. В юридичній доктрині відзначається позитивне значення конкретизації у процесі нормотворення [5, 105-111; 11, 31-39]. Дійсно, конкретизація норм земельного права як прийом юридичної техніки пов'язана із розвитком техніки правотворчості, сприяє підвищенню визначеності правових норм, досягнення їх чіткості та зрозумілості шляхом зменшення рівня їх абстрактності внаслідок приведення їх до виду, необхідного для безпосереднього застосування, усунення дефектів правового регулювання земельних відносин та підвищення ефективності земельно-правового впливу. Разом з тим, правотворча конкретизація повинна здійснюватись у певних межах.

По-перше, конкретизуюча норма у земельному праві обмежується об'ємом земельно-правової норми, яку вона конкретизує, тобто повинна регулювати лише ті земельні відносини, на які поширювалась норма, яка зазнала конкретизації. По-друге, межі конкретизації обумовлюються практичною необхідністю у наявності конкретизуючої норми для регулювання певних земельних відносин. Вихід за межі правотворчої конкретизації призводить до суттєвого ускладнення правового регулювання земельних відносин, наслідком якого є зупинення тих чи інших явищ у суспільному житті або ж створення ситуацій, коли найменше відхилення особи від нормативно закріпленого правила поведінки тягне юридичну відповідальність. За таких умов надмірну конкретизацію земельно-правових норм можна розглядати як дефект у механізмі земельно-правового регулювання, що створює перешкоди реалізації земельних прав суб'єктів, знижує інвестиційну привабливість землі, провокує зростання рівня корупції та хабарництва у сфері земельних відносин.

Близьким за значенням, але не тотожним конкретизації земельно-правових норм є їх деталізація. В теорії права наголошується на необхідності розмежування вказаних техніко-юридичних прийомів нормотворчої діяльності, оскільки на відміну від конкретизації, деталізація права є розчленуванням, подрібненням змісту правової норми на її складові частини, елементи, виявлення її структури, при цьому сума цих частин ("складових") як раз і повинна скласти зміст останньої. Таким чином, суть деталізації полягає у виявленні структури змісту правової норми, виявленні тих її елементів, які в сукупності складають цей зміст [11, 31-39; 16, 40]. Проте невиправдана деталізація земельно-правових норм, так само як і їх конкретизація, здатна негативно впливати на ефективність правового регулювання земельних відносин, оскільки переобтяжує моделі правової поведінки зайвими деталями. Надмірна деталізація, як правило, знаходить свій вияв у встановленні додаткових обмежень чи зобов'язань, що починає гальмувати розвиток земельних відносин, на регулювання яких спрямовані занадто деталізовані правові норми.

Прикладом надмірної конкретизації та невиправданої деталізації земельно-правових норм може бути проект Закону України "Про ринок земель" (реєстр. № 9001-д), який Постановою Верховної Ради України від 9 грудня 2011 р. було прийнято за основу та на початку 2012 року винесено на всенародне обговорення. Зазначений законопроект містить занадто конкретизовані та деталізовані норми, спрямовані на визначення порядку продажу земельних ділянок та прав на них на аукціоні, визначаючи через скільки хвилин після оголошення початкової ціни лот знімається з торгів, скільки раз ліцитатор повинен оголосити стартову ціну, способи виявлення наміру учасника придбати лот, тривалість перерви після закінчення торгів за окремим лотом тощо.

Проведене дослідження дає підстави для висновків, що техніко-юридичні дефекти земельно-правових норм виявляються у недоліках форми права, внаслідок недоотримання вимог нормотворчої техніки при підготовці проектів нормативно-правових актів тощо. До техніко-юридичних дефектів правових норм у земельному праві можна віднести дефекти земельно-правової термінології, невиправдане використання бланкетних та відсилочних норм, невизначеність земельно-правових норм, декларативність, надмірну конкретизацію та невиправдану деталізацію земельно-правових норм. Дефектами земельно-правової термінології є невиправдана синонімія, метонімія, синекдоха, необґрунтоване запозичення іноземної термінології, широке використання оціноч-

них понять. Наявність такого юридичного дефекту як невиправдане використання бланкетних та відсилочних норм, відсутність окремих законів, інших нормативно-правових актів, до яких відсилає ЗК України, дає підстави для констатації факту декодифікації земельного законодавства у сучасних умовах. За умови, коли в земельно-правових нормах не зафіксовано, не відображено всіх суттєвих ознак, елементів земельних відносин, на регулювання яких вони спрямовані, можна говорити про наявність такого юридичного дефекту як невизначеність земельно-правової норми. Декларативність земельно-правових норм проявляється у неможливості їх виконання, використання, дотримання чи застосування внаслідок причин технічного характеру (відсутність необхідного фінансування, відповідального за їх виконання органу, нереальність строків виконання тощо) чи юридичного характеру (відсутність юридичного механізму реалізації вказаних норм, зокрема у випадку невизначеності зобов'язаних осіб при наданні певних земельних прав, відсутність санкцій за порушення правових приписів тощо). Надмірна конкретизація та невиправдана деталізація земельно-правових норм полягає у виході суб'єкта нормотворення за межі правотворчої конкретизації та деталізації, зокрема у випадку відсутності практичної необхідності в уточненні певних норм, що створює перешкоди реалізації земельних прав суб'єктів, знижує інвестиційну привабливість землі та призводить до суттєвого ускладнення правового регулювання земельних відносин. Запобігання появі техніко-юридичних дефектів земельно-правових норм, їх своєчасне виявлення та усунення є гарантіями стабільності та ефективного функціонування механізму правового регулювання земельних відносин, забезпеченості реалізації земельних прав та інтересів осіб, охорони землі як основного національного багатства України.

1. Власенко Н. А. Логико-структурные дефекты системы советского права / Н. А. Власенко // Правоведение. — 1991. — № 3. — С. 21-28.
2. Власенко Н. А. Язык права : монография / Н. А. Власенко. — Иркутск : Восточно-Сибирское книжное издательство, АО "Норма-плюс", 1997. — 176 с. 3. Вопленко Н. Н. Официальное толкование норм права / Н. Н. Вопленко. — М. : Юрид. лит., 1976. — 119 с. 4. Залоило М. В. Понятие и формы конкретизации юридических норм. Автореф. дисс. канд. юрид. наук ... 12.00.01 / Максим Викторович Залоило. — М. : Федеральное государственное научно-исследовательское учреждение "Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации", 2011. — 20 с. 5. Залоило М. В. Конкретизация и толкование юридических норм : проблемы соотношения и взаимодействия / М. В. Залоило // Журнал российского права. — 2010. — № 5. — С. 105-111. 6. Матейкович М. С. Дефекты конституционно-правового регулирования в Российской Федерации / М. С. Матейкович // Государство и право. — 2007. — № 12. — С. 15-21. 7. Назаренко Т. Н. Неопределенность в российском праве / Татьяна Николаевна Назаренко. Дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. — Москва, 2006. — 227 с. 8. Новый тлумачний словник української мови. — у 3-х т. — вид. 2-ге, виправ. / укладчі В. Яременко, О. Сліпущко. — Т. 1 "А-К". — К. : Вид-во "Аконіт", 2006. — 926 с. 9. Носік В. В., Коваленко Т. О. Права власників земельних ділянок / В. В. Носік, Т. О. Коваленко // Законодавство України. Науково-практичні коментарі. — 2003. — № 9. — С. 10-16. 10. Носік В. Оформлення і переоформлення прав на землю: юридичний факт, право чи обов'язок? / В. Носік // Право України. — 2004. — № 5. — С. 127-131. 11. Рабинович П. М., Шмелева Г. Г. Конкретизация правовых норм (общетеоретические проблемы) / П. М. Рабинович, Г. Г. Шмелева // Правоведение. — 1985. — № 6. — С. 31-39. 12. Ткачук О. В. Отсылки в российском законодательстве : проблемы теории и практики : Дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. / Оксана Вячеславовна Ткачук. — Нижний Новгород, 2008. — 196 с. 13. Цыбуляк С. И. Дефекты конституционно-правового регулирования избирательных отношений в Российской Федерации / Сергей Иванович Цыбуляк. — Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук 12.00.02. — Тюмень : Тюменский государственный университет, 2010. — 22 с. 14. Чулінда Л. І. Юридико-лінгвістичне тлумачення текстів нормативно-правових актів : монографія / Людмила Іванівна Чулінда. — К. : Атіка, 2006. — 152 с. 15. Чулінда Л. І. Українська правнича термінологія : навч. посіб. / Людмила Іванівна Чулінда. — К. : Мігістр XXI сторіччя, 2005. — 112 с. 16. Шмелева Г. Г. Конкретизация юридических норм в правовом регулировании / Галина Георгиевна Шмелева. — Львов : Вища школа, 1988. — 105 с.

Надійшла до редколегії 11.04.12

Ю. Ващенко, канд. юрид. наук, доц.

ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВ СПОЖИВАЧІВ ЕНЕРГІЇ ЯК ПРІОРИТЕТНЕ ЗАВДАННЯ ЕНЕРГЕТИЧНИХ РЕГУЛЯТОРІВ У КОНТЕКСТІ АДАПТАЦІЇ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ДО ЗАКОНОДАВСТВА ЄС

Стаття присвячена аналізу основних вимог законодавства ЄС щодо повноважень енергетичних регуляторів в сфері забезпечення прав споживачів енергії та формулюванню пропозицій щодо їх імплементації у національне законодавство України.

Ключові слова: енергетичні регулятори, споживачі енергії, права споживачів енергії, енергетичні послуги, доступ до енергетичних послуг

Статья посвящена анализу основных требований законодательства ЕС относительно полномочий энергетических регуляторов в сфере обеспечения прав потребителей энергии и формулированию предложений по их имплементации в национальное законодательство Украины.

Ключевые слова: энергетические регуляторы, потребители энергии, права потребителей энергии, энергетические услуги, доступ к энергетическим услугам.

The article is devoted to analysis of the main issues of the EU Legislation regarding Energy Regulators responsibilities in the sphere of Energy Consumers' Rights Protection and development of proposals on its implementation into national Legislation of Ukraine.

Key words: Energy Regulators, Energy Consumers, Energy Consumers Rights, Energy Services, Access to Energy Services.

Одним із найважливіших завдань, які стоять перед усіма державами світу, є забезпечення доступу фізичних та юридичних осіб до сучасних енергетичних послуг.

Доступ до енергії є ключовим елементом успішної участі громадян в соціальному та економічному житті [12]. На думку Президента Європейської комісії Жозе Мануеля Баррозу, без доступу до сталих та сучасних енергетичних послуг справжній розвиток є неможливим [13].

Дійсно, важливість безперебійного сучасного енергопостачання важко переоцінити, адже право до доступ до енергії тісно пов'язане з рядом основоположних прав людини і громадянина, зокрема, з правами на життя, здоров'я, достатній рівень життя для себе і своєї сім'ї

(що включає достатнє харчування, одяг, житло), належні, безпечні і здорові умови праці, безпечно навколишнє природне середовище.

На рівні ЄС питанням доступу споживачів до сучасних енергетичних послуг приділяється велика увага. Зокрема, законодавством ЄС повноваження щодо забезпечення реалізації та захисту прав споживачів енергії віднесено до повноважень енергетичних регуляторів — спеціальних органів, які мають бути створені державами — членами Європейського Союзу для державного регулювання діяльності суб'єктів природних монополій та суб'єктів господарювання на суміжних ринках.

Звертаємо увагу, що правові аспекти державного управління паливно-енергетичним комплексом України досліджували, зокрема, Новицький А.М. [2], Сердюченко О.В. [8], Кальченко В.М. [1] та ін. Проте, повноваження енергетичних регуляторів щодо забезпечення прав споживачів енергії у контексті європейської інтеграції України ще не були предметом спеціального наукового дослідження. Відповідно до Закону України "Про загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу" [5] сфера енергетики відноситься до пріоритетних сфер адаптації законодавства України до законодавства ЄС. У зв'язку з цим на сьогодні актуальним є дослідження основних вимог законодавства ЄС щодо повноважень енергетичних регуляторів із забезпечення реалізації та захисту прав споживачів енергії та розроблення рекомендацій щодо приведення у відповідність до них законодавства України.

Вимоги щодо завдань енергетичних регуляторів в цілому та забезпечення реалізації та захисту прав споживачів зокрема визначені в Директиві 2009/72/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 13 липня 2009 р. щодо спільних правил для внутрішнього ринку електроенергії, що замінює Директиву 2003/54/ЄС [10] (далі – Електроенергетична Директива), а також у Директиві 2009/73/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 13 липня 2009 р. щодо спільних правил для внутрішнього ринку природного газу, що замінює Директиву 2003/55/ЄС [11] (далі – Газова Директива).

Відповідно до ст. 1 Протоколу про приєднання України до Договору про заснування Енергетичного Співтовариства, ратифікованого Законом України №2787-VI від 15.12.2010 р. [7], Україна приєднується до Договору про заснування Енергетичного Співтовариства як Договірна Сторона відповідно до термінів та строків, викладених у Рішенні Ради Міністрів Енергетичного Співтовариства від 18 грудня 2009 р. про приєднання України до Договору про заснування Енергетичного Співтовариства (Рішення 2009/04/МС-ЕПС), як це зазначено нижче у протоколі. Якщо іншого не зазначено в цьому Протоколі, на дату приєднання Україні надаються всі права, надані Договірним Сторонам, і вона виконує всі зобов'язання, покладені на Договірні Сторони Договором і всіма Рішеннями та Процедурними актами, прийнятими під час застосування Договору із часу набрання ним чинності. Ст. 2 вказаного Протоколу передбачено необхідність імплементації до 1 січня 2012 р. Директиви 2003/55/ЄС щодо загальних засад функціонування внутрішнього ринку природного газу, а також Директиви 2003/54/ЄС щодо загальних правил функціонування внутрішнього ринку електроенергії.

Враховуючи вищезазначене, Україна має адаптувати своє національне законодавство до Електроенергетичної та Газової Директив, зокрема, визначити ефективні механізми реалізації та захисту прав та законних інтересів споживачів енергії та роль енергетичного регулятора в цьому процесі.

Електроенергетичною Директивою передбачено ряд повноважень регулятора щодо забезпечення прав споживачів електричної енергії. Зокрема, регулятор повинен забезпечити, що споживачі отримують енергетичні послуги на належному рівні внаслідок ефективного функціонування національного енергетичного ринку, стимулювання ефективної конкуренції та участі в організації захисту прав та інтересів споживачів.

Також до повноважень регулятора віднесено сприяння досягненню високих стандартів універсальної та публічної послуги в електропостачанні шляхом участі у захисті незахищених верств споживачів.

Проблема доступу до сучасних енергетичних послуг для незахищених верств населення досить гостро стоїть у ряді країн. Для характеристики цієї проблеми використовується такий термін як енергетична бідність, під якою, як правило, розуміється нездатність споживачів оплачувати базові енергетичні послуги, необхідні для опалення житла, приготування їжі та освітлення, тобто, для забезпечення реалізації права на достатній рівень життя. Енергетичну бідність можна розглядати як наслідок бідності як соціального явища у традиційному розумінні, так і як її причину. У зв'язку з цим забезпечення незахищеним верстам населення доступу до енергетичних послуг належного рівня за прийнятними цінами / тарифами сприятиме вирішенню проблеми бідності в цілому.

Наступним питанням, пов'язаним із забезпеченням реалізації та захисту прав споживачів енергії, є створення умов для забезпечення споживачів інформацією про енергетичні послуги та енергоспоживання. Саме брак належної інформації є однією з причин того, що споживачі не отримують енергетичні послуги належної якості за обґрунтованими цінами / тарифами. У цьому контексті досить показовими є результати дослідження, проведеного Європейською Комісією, які продемонстрували, зокрема, що:

- досить незначна кількість споживачів змінює енергопостачальників: плата за зміну постачальника перевищує 10% у семи країнах ЄС;
- менше третини споживачів енергії в ЄС (32%) порівнюють пропозиції від різних постачальників;
- 41 % споживачів не знає, чи можуть вони знайти для себе дешевший тариф;
- менше половини споживачів в ЄС (47%) знають, скільки вони споживають енергії;
- розгляд скарг у роздрібному секторі електроенергії потребує удосконалення: тільки 28 % споживачів в ЄС були задоволені процедурою розгляду їхніх скарг;
- у більшості країн ЄС домогосподарства, які споживають менше, сплачують більше за одиницю, ніж ті, що споживають більше електроенергії [14].

В Україні органом державного регулювання в сфері енергетики є Національна комісія, що здійснює державне регулювання у сфері енергетики (НКРЕ). Повноваження НКРЕ закріплені, зокрема, в Законах України "Про природні монополії" [6], "Про електроенергетику" [4], у Положенні про Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сфері енергетики, затверджені Указом Президента України №1059/2011 від 23.11.2011 р. [3]

Базовим законодавчим актом законодавства України, у якому визначено правовий статус регуляторів в сферах природних монополій, є Закон України "Про природні монополії" [6]. Відповідно до ч. 1 ст. 8 цього Закону доступ споживачів до товарів, що виробляються (реалізуються) суб'єктами природних монополій, а також ціни (тарифи) на такі товари є складовими предмету державного регулювання діяльності суб'єктів природних монополій згідно з цим Законом.

Згідно з ч. 1 ст. 9 вказаного Закону забезпечення захисту прав споживачів є одним з принципів державного регулювання діяльності суб'єктів природних монополій.

Відповідно до ч. 1 ст. 10 цього Закону до обов'язків суб'єктів природних монополій віднесено забезпечення на недискримінаційних умовах реалізації вироблених ними товарів споживачам, а також не чинити перешкод для реалізації угод між виробниками, що здійснюють діяльність на суміжних ринках, та споживачами.

Згідно із ст. 12 зазначеного Закону до основних завдань національних комісій регулювання природних

монополій (далі – комісії) належить сприяння ефективному функціонуванню товарних ринків на основі збалансування інтересів суспільства, суб'єктів природних монополій та споживачів товарів, що виробляються (реалізуються) суб'єктами природних монополій.

Відповідно до ст. 13 вказаного Закону однією з функцій комісії є формування у відповідних сферах природних монополій цінової політики, визначення умов доступу споживачів до товарів, що виробляються суб'єктами природних монополій.

Про визнання важливості ролі споживачів та їх об'єднань у забезпеченні дотримання суб'єктами природних монополій законодавства свідчать положення статті 15-1 зазначеного Закону. Цією нормою, зокрема, передбачено, що комісії співпрацюють з організаціями, які представляють інтереси споживачів, інформують такі організації та споживачів про діяльність суб'єктів природних монополій і суб'єктів господарювання, що здійснюють діяльність на суміжних ринках. Крім того, споживачі та будь-які заінтересовані особи мають право звертатися до комісій з питань, що належать до компетенції комісій. Комісії розглядають такі звернення та дають відповідь заявникам у встановленому порядку.

Таким чином, у Законі України "Про природні монополії" містяться окремі положення, які стосуються ролі регуляторів у забезпеченні реалізації та захисту прав та законних інтересів споживачів товарів, що виробляються (реалізуються) суб'єктами природних монополій, однак, зазначені положення мають дуже загальний характер. У зв'язку з цим, на нашу думку, зазначений Закон потребує удосконалення шляхом визначення конкретних повноважень комісій щодо створення умов для належної реалізації споживачами своїх прав та законних інтересів, а також щодо їх захисту. Зокрема, необхідно доповнити Закон положеннями щодо підтримки незахищених верств населення, а також порядку розгляду скарг.

Спеціальні положення, що стосуються правового статусу регулятора в сфері енергетики, містяться у Законі України "Про електроенергетику" [4]. У преамбулі цього Закону зазначено, що він регулює відносини, пов'язані, зокрема, з виробництвом, передачею, постачанням і використанням енергії, конкуренцією, а також із захистом прав споживачів в сфері електроенергетики.

У зазначеному Законі електроенергетика визначена як галузь економіки України, що забезпечує споживачів енергією (ст. 1 Закону). Відповідно до ч. 2 ст. 7 цього Закону надійне (безперебійне) постачання споживачам електричної енергії є складовою енергетичної безпеки України. А отже, належна реалізація споживачами своїх прав та інтересів, а також наявність дієвих правових механізмів їх захисту є невід'ємною умовою ефективного функціонування галузі електроенергетики та забезпечення енергетичної безпеки держави в цілому.

Відповідно до ст. 5 вказаного Закону забезпечення захисту прав та інтересів споживачів енергії віднесено до принципів державної політики в електроенергетиці. Згідно ж із ст. 12 цього Закону захист прав споживачів електричної і теплової енергії є завданням національної комісії, що здійснює державне регулювання в сфері енергетики. Зазначеною нормою також передбачено право регулятора застосовувати адміністративні стягнення до посадових осіб та майнові санкції до суб'єктів електроенергетики, інших учасників оптового ринку електричної енергії з урахуванням активних впорядкованих дій щодо забезпечення стабільного фінансового становища електроенергетики та захисту прав споживачів.

Перелік прав споживачів електричної енергії міститься у ст. 25 вказаного Закону. Згідно з цією нормою споживачі електричної енергії мають право на:

приєднання та підключення до електричної мережі, за умов виконання правил приєднання електроустановок до електричних мереж;

вибір постачальника електричної енергії;

отримання інформації щодо якості електричної енергії, цін, порядку оплати, умов та режимів її споживання;

отримання електричної енергії, якісні характеристики якої визначені державними стандартами;

відшкодування збитків, заподіяних внаслідок порушення його прав, згідно з законодавством.

Таким чином, вказаним Законом закріплено такі основні права споживачів як право на доступ до електроенергії, на вибір постачальника, на отримання необхідної інформації тощо. Проте, положення Закону щодо забезпечення реалізації та захисту прав ті інтересів споживачів електричної енергії мають відсилочний характер, а саме передбачено, що ці питання регулюються законами України "Про захист прав споживачів", "Про захист економічної конкуренції", "Про енергозбереження", іншими нормативно-правовими актами. Однак, на нашу думку, у Законі України "Про електроенергетику" доцільно визначити конкретні повноваження комісії щодо забезпечення реалізації та захисту споживачів електричної енергії.

Повноваження енергетичного регулятора конкретизовані у Положенні про Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сфері енергетики, затверджене Указом Президента України №1059/2011 від 23.11.2011 р. [3]. Відповідно до п. 3 вказаного Положення до основних завдань регулятора віднесено, зокрема, захист споживачів товарів (послуг) на ринку, що перебуває у стані природної монополії, та на суміжних ринках у сферах електроенергетики, тепlopостачання та нафтогазовому комплексі. П. 4 вказаного Положення передбачено, що комісія розглядає звернення споживачів та надає роз'яснення з питань застосування нормативно-правових актів НКРЕ; співпрацює з громадськими організаціями споживачів (об'єднаннями споживачів) у питаннях захисту прав споживачів електричної енергії та природного газу. Конкретні механізми, які має використовувати регулятор щодо забезпечення реалізації та захисту прав та законних інтересів споживачів, зокрема, незахищених верств населення, у Положенні не визначені.

Таким чином, враховуючи вищезазначені вимоги законодавства ЄС щодо основних завдань енергетичних регуляторів, пов'язаних з реалізацією та захистом прав споживачів, зобов'язання України щодо імплементації положень, Електроенергетичної та Газової Директиви, вважаємо за доцільне у Законах України "Про природні монополії", "Про електроенергетику", а також у Положенні про Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сфері енергетики, передбачити конкретні повноваження регуляторів щодо забезпечення реалізації та захисту прав та законних інтересів споживачів.

1. Кальченко В.М. Державне регулювання електроенергетичної галузі України: автореф. дис... канд. наук з держ. упр.: 25.00.02 / Класич. приват. ун-т. – Запоріжжя, 2009. – 20 с. 2. Новицький А.М. Організаційно-правові засади державного управління у паливно-енергетичному комплексі України: Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.07 / Нац. акад. держ. податк. служби України. – Ірпін, 2005. – 19 с. 3. Положення про Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сфері енергетики, затверджене Указом Президента України №1059/2011 від 23.11.2011 р. // Офіційний Вісник України. – 2011. – 94. – від 12.12.2011. – Ст. 3413. 4. Про електроенергетику: Закон України від 16 жовтня 1997 р. №575/97-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1998. – №1. – 23.01.98. – Ст. 1. 5. Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу: Закон України №1629-IV від 18.03.2004 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2004.

– №29. – від 16.07.2004. – Ст. 367. 6. Про природні монополії: Закон України від 20 квітня 2000 р. №1682-III // Відомості Верховної Ради України. – 2000. – №30. – від 28.07.2000. – Ст. 238. 7. Про ратифікацію Протоколу про приєднання України до Договору про заснування Енергетичного Співтовариства: Закон України №2787-VI від 15.12.2010 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – №24. – від 17.06.2011. – Ст. 170. 8. Сердюченко О.В. Адміністративно-правові засади забезпечення енергетичної безпеки України: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.07 / Нац. ун-т біоресурсів і природокористування України. – К., 2009. – 20 с. 9. Указ Президента України №1784/2005 від 19.12.2005 р. "Про внесення змін до Схеми організації та взаємодії центральних органів виконавчої влади" // Офіційний Вісник України. – 2005. – 04.01.2006. – Ст.3182. 10. Directive 2009/72/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 concerning common rules for the internal market in electricity and repealing Directive 2003/54/EC // OJ. – L 211. – 14.08.2009. – P.55–93. 11. Directive 2009/73/EC of the European

Parliament and of the Council of 13 July 2009 concerning common rules of the internal market in natural gas and repealing Directive 2003/55/EC // OJ. – L 211. – 14.08.2009. – P. 94–136. 12. European Parliament resolution of 19 June 2008 on Towards a European Charter on the Rights of Energy Consumers [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:286E:0024:0029:E N:PDF> 13. José Manuel Durão Barroso President of the European Commission Empowering the world: Can Europe bring an end to energy poverty in our lifetime? EU Sustainable Energy For all Summit Brussels, 16th April 2012 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/12/262> 14. The functioning of retail electricity markets for EU consumers: final report [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://ec.europa.eu/consumers/consumer_research/market_studies/docs/retail_electricity_full_st udy_en.pdf.

Надійшла до редколегії 12.04.12

УДК 346.13: 347.191.6

П. Повар, доц.

ПРАВОНАСТУПНИЦТВО ПРИ УТВОРЕННІ ТА ПРИПИНЕННІ ЦЕНТРАЛЬНИХ ОРГАНІВ ВИКОНАВЧОЇ ВЛАДИ

У статті досліджуються теоретичні та практичні проблеми правонаступництва при утворенні та припиненні центральних органів виконавчої влади.

Ключові слова: правонаступництво, центральний орган виконавчої влади, суб'єкт організаційно-господарських повноважень, припинення, реорганізація, ліквідація.

В статье исследуются теоретические и практические проблемы правопреемства при создании и прекращении центральных органов исполнительной власти.

Ключевые слова: правопреемство, центральный орган исполнительной власти, субъект организационно-хозяйственных полномочий, прекращение, реорганизация, ликвидация.

The article investigates the theoretical and practical problems of legal continuity in creation and termination of the central executive bodies.

Keywords: legal continuity, the central executive body, the subject of organizational – economic authorities, termination, reorganization, liquidation.

Традиційно в цивілістичній та господарсько-правовій науках при дослідженні відносин, пов'язаних з реорганізацією та ліквідацією юридичних осіб та суб'єктів господарювання, відповідно, звертається увага на проблеми правонаступництва. Зокрема, правонаступництво розглядається як ознака розмежування реорганізації від ліквідації. Наука цивільного права досліджує інститут правонаступництва (наступництва у правах та обов'язках) відповідно до предмету регулювання цивільного права і, таким чином, розкриває особливості наступництва у цивільних правах та обов'язках, в тому числі і у випадку реорганізації юридичних осіб (слід уточнити – юридичних осіб приватного права). Це обумовлює особливий зміст поняття " правонаступництва" та споріднених з ним понять (" правонаступник", " правопопередник" тощо) у цивільному праві. Предметом регулювання господарського права виступають не лише господарсько-виробничі відносини [1, ч.5 ст.3], але і організаційно-господарські, що складаються між суб'єктами господарювання та суб'єктами організаційно-господарських повноважень у процесі управління господарською діяльністю [1, ч.6 ст.3 ГК]. Разом з тим, переважно дослідження стосуються питань правонаступництва у майнових відносинах при реорганізації та ліквідації суб'єктів господарювання, що перекликаються з відповідними цивілістичними дослідженнями щодо юридичних осіб. Отож без належної уваги залишаються питання правонаступництва у організаційно-господарських відносинах у цілому, а також, зокрема, при утворенні та припиненні як суб'єктів господарювання, так і суб'єктів організаційно-господарських повноважень. Крім того, комплексність теоретичного дослідження правового регулювання утворення та припинення суб'єктів господарського права вимагає врахування та включення по мірі необхідності до об'єкту дослідження різногалузевих за своєю природою правовідносин, що виникають, змінюються та припиняються при утворенні та припиненні суб'єк-

тів господарського права, не обмежуючись лише господарськими правовідносинами.

Одним із різновидів суб'єктів організаційно-господарських повноважень виступають органи державної влади, зокрема, центральні органи виконавчої влади (далі – ЦОВВ). Останнім часом вітчизняна практика правозастосування відзначилася суттєвими змінами у системі ЦОВВ, зумовлених утворенням і припиненням значної кількості ЦОВВ, перерозподілом, визначенням функцій та повноважень утворених та існуючих ЦОВВ. Цей процес було започатковано Указом Президента України "Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади" від 09.12.2010 р. №1085/2010 [2] (далі – Указ №1085). Також вдосконалено нормативну базу. Вперше законодавчо – у Законі України "Про центральні органи виконавчої влади" від 09.04.2011 р. [3] (далі – Закон про ЦОВВ) – урегульовано питання утворення та припинення міністерств та інших ЦОВВ. У розвиток положень зазначеного закону постановою КМУ від 20.10.2011 р. №1074 затверджено Порядок здійснення заходів, пов'язаних з утворенням, реорганізацією або ліквідацією міністерств, інших центральних органів виконавчої влади [4] (далі – Порядок).

Наведене обумовлює мету цієї статті, якою є дослідження питань правонаступництва при утворенні та припиненні органів виконавчої влади (на прикладі ЦОВВ) з урахуванням новачій національного законодавства та новітньої практики правозастосування, які в силу новизни ще не висвітлювалися у спеціальній літературі.

У актах Президента України та КМУ, присвячених утворенню та припиненню ЦОВВ, терміну " правонаступництво" та похідним від нього термінам, а також пов'язаному з ним терміну " реорганізація" надаються інші, особливі значення, на противагу їхньому розумінню в науках цивільного права та господарського права щодо юридичних осіб приватного права та суб'єктів господарювання, відповідно. Публічно-правова природа відносин, що складають предмет регулювання згаданих пра-

вових актів, визначає і основний зміст вживаних у цих актах понять правонаступництва та реорганізації ЦОВВ. Оскільки головною метою утворення та призначення ЦОВВ є здійснення державних функцій та реалізація владних повноважень, то визначальним у правовій регламентації процесів утворення та припинення ЦОВВ є розподіл та встановлення функцій та повноважень ЦОВВ. Зокрема, необхідність забезпечення здійснення повноважень органів державної влади та безперервності їх реалізації пояснює визначення ліквідації, як форми припинення ЦОВВ, що може поєднуватися з передачею повноважень та функцій ЦОВВ, що ліквідується, до інших органів виконавчої влади, визначених відповідним актом Президента України [3, ч.8 ст.5; 4, п.6].

Слід зазначити, що розподіл або зміна функцій та повноважень ЦОВВ, може здійснюватися, *по-перше*, як в поєднанні з процесами утворення (шляхом новоутворення або реорганізації) та припинення органів (шляхом реорганізації або ліквідації), так і, *по-друге*, без здійснення таких процесів (наприклад, у випадку передачі функцій та повноважень між існуючими органами).

Можна виділити два способи наділення функціями та повноваженнями органів: 1) *первісний спосіб*: має місце при наділенні органу функціями та повноваженнями, не визначеними раніше змістовно у законодавстві та/або не закріпленими за конкретним органом державної влади; 2) *похідний спосіб*: коли функції та повноваження передаються від одного органу, що функціонує на момент передачі, до іншого органу чи органів – новоутвореного, утвореного шляхом реорганізації або ж існуючого.

Доля органів, функцій та повноважень яких передаються іншому органу чи органам, може бути різною: 1) орган продовжує діяльність із зміненним колом функцій та повноважень, що відображається у змінах у положенні про відповідний орган або ж у затвердженні нового положення; 2) орган припиняє свою діяльність внаслідок застосування до нього процедур реорганізації або ліквідації.

Функції та повноваження органів виконавчої влади можуть закріплюватися або переходити до органу (-ів): 1) новоутвореного (-них); 2) утвореного (-них) шляхом реорганізації; 3) існуючого (-их) органу (-ів).

При цьому залежно від кола органів – учасників відносин з передачі функцій та повноважень останні можуть передаватися: 1) між учасниками процесів утворення та припинення (новоутвореними органами, органами, що утворюються внаслідок реорганізації, та органами, що припиняються внаслідок реорганізації або ліквідації); 2) між згаданими учасниками та існуючими органами; 3) між існуючими органами.

Різною є юридична техніка викладення в актах Президента України правових приписів, пов'язаних з питаннями правонаступництва при утворенні та припиненні ЦОВВ. Можна виділити декілька випадків.

1. Термін " правонаступник " вживається стосовно відносин за участю ЦОВВ без будь-яких застережень. Наприклад, в Указі №1085, який містить рішення про утворення, реорганізацію та ліквідацію конкретних ЦОВВ, у пункті 5 закріплено загальний припис, згідно із яким міністерства та інші ЦОВВ, що утворюються шляхом реорганізації інших ЦОВВ, є *правонаступниками органів, які реорганізуються* . Таким чином, відсутні застереження щодо кола питань, що можуть бути предметом правонаступництва. Таке формулювання охоплює випадки правонаступництва будь-яких прав та обов'язків незалежно від їх галузевої природи.

Така юридична техніка зустрічається і в інших актах Президента, які видані пізніше та в розвиток положень Указу №1085. Для прикладу, Указом Президента Украї-

ни від 12.05.2011 р. № 583/2011 постановлено, що Державне агентство з інвестицій та управління національними проектами України є правонаступником Державного агентства України з управління національними проектами та Державного агентства України з інвестицій та розвитку [5, п.2].

2. В окремих випадках питання правонаступництва формулюються з деталізацією окремих положень. Так, згідно із Указом №1085 утворено Державне агентство рибного господарства України шляхом реорганізації Державного комітету рибного господарства України. Указом Президента України від 16.04.2011 р. № 484/2011, встановлено, що таке Державне агентство є правонаступником зазначеного комітету, *у тому числі за укладеними міжнародними договорами України, стороною в яких є Державний комітет рибного господарства України* [6, п.2].

3. Приписи формулюються з визначенням правонаступництва у частині реалізації державної політики. Наприклад, згідно із Указом №1085 утворено Державне агентство України з управління державними корпоративними правами та майном шляхом реорганізації Міністерства промислової політики України. Відповідно до Указу Президента України від 13.04.2011 р. № 451/2011 встановлено, що таке агентство є правонаступником зазначеного міністерства *у частині реалізації державної політики щодо управління об'єктами державної власності* [7, п.2]. Таким чином, у пізнішому акті обсяги правонаступництва визначено вужче.

4. Правонаступництво у правах та обов'язках може мати місце при ліквідації *урядових органів* , що діяли в системі міністерств та інших ЦОВВ, та утворенні нового ЦОВВ. Підставою для ліквідації урядових органів слугує положення підпункту 4 пункту 7 Указу №1085, згідно із яким Кабінету Міністрів України доручено вжити заходів щодо ліквідації урядових органів в системі ЦОВВ. Рішення про ліквідацію урядових органів викладено у постанові КМУ від 28 березня 2011 р. №346 "Про ліквідацію урядових органів" [8]. Так, Указом №1085 постановлено утворити Державну архітектурно-будівельну інспекцію України, поклавши на цю інспекцію функції з реалізації державної політики з питань державного архітектурно-будівельного контролю. Таке формулювання дає підстави стверджувати про утворення нового органу ЦОВВ. Пізніше, Указом Президента України від 08.04.2011 р. № 439/2011 [9] встановлено, що вказана інспекція є правонаступником *прав та обов'язків* Державної архітектурно-будівельної інспекції – урядового органу, що діяв у системі Міністерства регіонального розвитку та будівництва України, Державної житлово-комунальної інспекції – урядового органу, що діяв у системі Міністерства житлово-комунального господарства України, *з питань державного архітектурно-будівельного контролю, контролю у сфері житлово-комунального господарства* [9, п.2]. Привертає увагу те, що об'єктом правонаступництва є права та обов'язки відповідних урядових органів, що стосуються питань державного архітектурно-будівельного контролю, контролю у сфері житлово-комунального господарства.

Інший приклад, відповідно до Указу №1085 постановлено утворити Державне агентство з енергоефективності та енергозбереження України, реорганізувавши Національне агентство України з питань забезпечення ефективного використання енергетичних ресурсів. Пізніше, Указом Президента України від 13.04.2011 р. №462/2011 встановлено, що зазначене Державне агентство є правонаступником згаданого Національного агентства та Державної інспекції з енергозбереження – урядового органу державного управління, що діяв у

системі Національного агентства [10, п.2]. Останній приклад, ілюструє як актом Президента України уточнюються питання правонаступництва ЦОВВ.

5. Трапляються і більш складні випадки визначення правонаступника. Так, згідно із Указом №1085 утворено (1) Міністерство інфраструктури України, (2) Державну автотранспортну службу України, (3) Державну авіаційну службу України, (4) Державну службу зв'язку України, (5) Державну службу морського та річкового транспорту України шляхом реорганізації Міністерства транспорту та зв'язку України, а також покладено на Міністерство, що утворюється, функції з реалізації державної політики у сфері туризму. Пізніше Указом Президента України від 12.05.2011 р. № 581/2011 встановлено, що Міністерство інфраструктури України є правонаступником Міністерства транспорту та зв'язку України (крім *прав та обов'язків, пов'язаних із реалізацією функцій у сфері телекомунікацій, користування радіочастотним ресурсом України, надання послуг поштового зв'язку*), а також Міністерства культури і туризму України *в частині функцій з реалізації державної політики у сфері туризму* [11, п.2].

Інший приклад. Згідно із Указом №1085 утворено Міністерство економічного розвитку і торгівлі України, шляхом реорганізації Міністерства економіки України, а також покладено на Міністерство, що утворюється, функції у сфері реалізації державної регуляторної політики, державної політики з питань розвитку підприємництва, регулювання цінової політики (крім питань реєстрації юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців). Пізніше, Указом Президента України від 31.05.2011 р. № 634/2011 встановлено, що Міністерство економічного розвитку і торгівлі України є правонаступником: Міністерства економіки України; Міністерства промислової політики України *в частині формування та реалізації промислової політики*; Державного комітету України з питань регуляторної політики та підприємництва *в частині формування та реалізації державної регуляторної політики, державної політики з питань розвитку підприємництва, ліцензування та дозвільної системи у сфері господарської діяльності*; Державної служби технічного регулювання України *в частині формування та реалізації державної політики у сфері технічного регулювання*, а також *формування та реалізації державної політики у сфері захисту прав споживачів (крім функцій з реалізації державної політики з питань державного контролю у сфері захисту прав споживачів; функцій з формування та реалізації державної політики з питань безпечності харчових продуктів)* [12].

Вищенаведене, а також аналіз положень чинного законодавства, на нашу думку, дає підстави для висновку, що при утворенні та припиненні ЦОВВ слід, зокрема, розрізняти, *по-перше*, правонаступництво у завданнях, функціях та повноваженнях, як складових категорії компетенції органу виконавчої влади. *По-друге*, правонаступництво щодо конкретних управлінських (організаційних) прав та обов'язків, що складають зміст відповідних правовідносин. І, *по-третє*, правонаступництво у майнових приватних правовідносинах, в яких ЦОВВ виступає як юридична особа приватного права. Це необхідно враховувати як при правотворчості, так і тлумаченні та правозастосуванні відповідних правових положень. Для прикладу, можуть виникати складнощі, пов'язані із тлумаченням терміну "правонаступник" та споріднених з ним термінів у нормах Порядку. З одного боку, його норми регулюють відносини припинення, яким охоплюються і ліквідація, і реорганізація ЦОВВ, тому можна припустити що термін "правонаступник" вживається лише щодо випадку реорганізації. З іншого, у ньому регламентовано питання щодо правонаступни-

цтва у завданнях та функціях ЦОВВ, яке може мати місце і у випадку ліквідації ЦОВВ.

Представляє інтерес дослідження правового механізму передачі (переходу) функцій і повноважень органів виконавчої влади та початку їх виконання та здійснення.

Законодавчі основи такого механізму закладені у ч. 7 ст. 5 Закону про ЦОВВ. Більш детальніше питання правонаступництва у повноваженнях та функціях та початку їх реалізації регламентовано (відзначимо: вперше на нормативному рівні) у Порядку. Виходячи з його положень, можна виділити наступні основні елементи правового механізму здійснення такого правонаступництва.

1. Прийняття та набуття чинності Указу Президента про утворення та припинення певних центральних органів виконавчої влади.

2. Призначення керівника утвореного ЦОВВ. На призначеного керівника покладено обов'язок забезпечити здійснення заходів, зокрема, пов'язаних з: (1) державною реєстрацією такого органу як юридичної особи публічного права, яка повинна бути здійснена у триденний строк з дня набрання чинності актом Президента України про призначення керівника новоутвореного міністерства, іншого ЦОВВ [3, ч.6 ст.5]; (2) підготовкою проекту положення про зазначений орган (такий проект повинен закріплювати за ЦОВВ повноваження та функції, які є об'єктом правонаступництва); (3) підготовкою пропозицій щодо встановлення граничної чисельності працівників такого органу; (4) затвердженням відповідно до закону структури та штатного розпису апарату даного органу і кошторису [4, п.11];

3. Згідно з п. 12 Порядку ЦОВВ, *утворений в результаті реорганізації*, здійснює повноваження та виконує функції у визначених Президентом України сферах компетенції з дня набрання чинності актом КМУ щодо можливості забезпечення здійснення таким органом повноважень та виконання функцій органу виконавчої влади, що припиняється. Водночас ЦОВВ, щодо якого набрав чинності акт Президента України про його припинення, продовжує здійснювати повноваження та виконувати функції з формування і реалізації державної політики у визначеній Президентом України сфері до набрання чинності згаданим актом КМУ.

4. Акт КМУ про можливість забезпечення здійснення утвореним ЦОВВ повноважень та виконання функцій ЦОВВ, що припиняється, видається після настання наступних юридичних фактів: 1) здійснення заходів, пов'язаних з державною реєстрацією утвореного ЦОВВ як юридичної особи публічного права; 2) затвердження положення про нього, структури та штатного розпису його апарату, кошторису та заповненням 30 відсотків вакансій.

Зауважимо, що проаналізовані положення Порядку безпосередньо стосуються випадку, пов'язаного з реорганізацією ЦОВВ, що супроводжується утворенням нового ЦОВВ, а відтак є підстави вважати, що Порядком не регламентовано випадки правонаступництва у функціях та повноваженнях у разі: 1) реорганізації ЦОВВ шляхом приєднання; 2) ліквідації ЦОВВ, повноваження якого переходять до існуючого ЦОВВ. Крім того, правонаступництво у функціях та повноваженнях може мати місце і при ліквідації органу (-ів) виконавчої влади та утворення нового (их) органів без застосування реорганізації. Останнє часто має місце на практиці щодо органів виконавчої влади, не лише ЦОВВ.

У підсумку, узагальнено до результатів проведеного дослідження можна віднести наступні положення.

1. При утворенні нового (-их) ЦОВВ, при їх реорганізації та ліквідації важливе значення має належне правове забезпечення передачі функцій та повнова-

жень від органів, що припиняються, до інших органів виконавчої влади.

2. Пропонується розрізняти випадки розподілу або зміни функцій та повноважень ЦОВВ залежно від поєднання цих процесів із процесами утворення та/або припинення органів виконавчої влади. Також запропоновано виділяти первісний та похідний способи наділення функціями та повноваженням органів виконавчої влади. Класифіковано правонаступництво у функціях та повноваженнях залежно від долі органів, функцій та повноваження яких передаються іншому органу чи органам; залежно від органу, до яких передаються функції та повноваження; залежно від кола органів – учасників відносин з передачі функцій та повноважень.

3. При правотворчості, тлумаченні та правозастосуванні правових положень щодо утворення та припинення ЦОВВ слід, зокрема, розрізняти: 1) правонаступництво у завданнях, функціях та повноваженнях, як складових категорії компетенції органу виконавчої влади; 2) правонаступництво щодо конкретних управлінських (організаційних) прав та обов'язків, що складають зміст відповідних правовідносин; 3) правонаступництво у майнових приватних правовідносинах, в яких ЦОВВ виступає як юридична особа приватного права.

4. Визначено основні елементи правового механізму здійснення такого правонаступництва у повноваженнях та функціях ЦОВВ та початку їх реалізації.

Перспективними вбачаються продовження та поглиблення досліджень проблем правонаступництва при припиненні суб'єктів господарювання з метою розроб-

лення теоретичних положень та практичних пропозицій щодо вдосконалення національного законодавства та практики правозастосування.

1. Господарський кодекс України від 16.01.2003 р. // ВВР України. – 2003. – № 18, № 19 – 20, № 21–22. – Ст. 144. 2. Указ Президента України "Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади" від 09.12.2010 р. № 1085/2010. // Офіційний вісник Президента України. – 2010. – №32. – Ст.1026. 3. Закон України "Про центральні органи виконавчої влади" від 17.03.2011 р. // Голос України. – 09.04.2011. – №65. 4. Порядок здійснення заходів, пов'язаних з утворенням, реорганізацією або ліквідацією міністерств, інших центральних органів виконавчої влади, затверджений постановою КМУ України від 20.10.2011 р. №1074. // Урядовий кур'єр. – 2011. – 29.10.2011. – №201. 5. Указ Президента України від 12.05.2011 р. № 583/2011 "Про Державне агентство з інвестицій та управління національними проектами України". // Урядовий кур'єр від 02.06.2011 – № 99. 6. Указ Президента України "Про Державне агентство рибного господарства України" від 16.04.2011 р. № 484/2011. // Офіційний вісник України. – 2011. – № 31. – Ст. 1324. 7. Указ Президента України "Про Положення про Державне агентство України з управління державними корпоративними правами та майном" від 13.04.2011р. № 451/2011. // Офіційний вісник Президента України – 2011. – № 11. – Ст. 614. 8. Постанова КМУ "Про ліквідацію урядових органів" від 28.03.2011 №436. // Урядовий кур'єр від 08.04.2011. – № 64. 9. Указ Президента України "Про Положення про Державну архітектурно-будівельну інспекцію України" від 08.04.2011 р. № 439/2011. // Офіційний вісник Президента України. – 2011. – № 10. – Ст. 566. 10. Указ Президента України "Про Державне агентство з енергоефективності та енергозбереження України" від 13.04.2011 р. № 462/2011. // Офіційний вісник Президента України. – 2011. – № 12. – Ст. 628. 11. Указ Президента України "Про Положення про Міністерство інфраструктури України" від 12.05.2011 р. № 581/2011 // Урядовий кур'єр від 25.05.2011. – № 93. 12. Указ Президента України "Про Міністерство економічного розвитку і торгівлі України" від 31.05.2011 р. № 634/2011. // Урядовий кур'єр від 09.06.2011. – № 104.

Надійшла до редколегії 12.04.12

І. Діковська, доц.

ПРИНЦИПИ ПРАВА У ПРОЕКТІ СПІЛЬНИХ ПІДХОДІВ (DCFR)

У статті аналізується роль принципів права у регулюванні приватних договірних відносин у проекті Спільних підходів (DCFR).

В статье анализируется роль принципов права в регулировании частных договорных отношений в проекте Общих подходов (DCFR).

Ключевые слова: принципы права, регулирование договорных обязательств, проект Общих подходов (DCFR).

Key words: principles of law, regulation of contractual obligations, Draft Common Frame of Reference.

The article analyzes the role of principles of law in Draft Common Frame of Reference (DCFR).

Ключові слова: принципи права, регулювання договірних зобов'язань, проект Спільних підходів (DCFR).

Дослідження особливостей правового регулювання договірних відносин потребує з'ясування ролі принципів права у цьому процесі. Існують різні позиції щодо цього у правозастосовчій практиці та доктрині різних держав. Вивченням ролі принципів права у регулюванні договірних відносин приділяли увагу проф. К. фон Бар (C. von Bar), проф. Х. Біл (H. Beale), проф. Е. Кліве (E. Clive), проф. Т.В. Боднар, проф. А.С. Довгерт, проф. Н.С. Кузнєцова, проф. О. Ландо (O.Lando), О.О. Мережко, проф. М.В. Хезелінк (M. W. Hesselink) та інші вчені.

Питання щодо ролі принципів права є одним із найбільш спірних у юридичній науці, крім того, постійний розвиток договірних відносин обумовлює зміну ролі джерел права, що використовуються для їх регулювання, а, відтак, потребує подальших досліджень.

Метою даної статті є вивчення ролі принципів права у проекті Спільних точок зору.

Розвиток договірних права у другій половині XX ст. – початку XXI ст. значною мірою надихався ідеєю створення європейського договірних права. Повідомлення Європейської комісії [1] (надалі – Комісія), в якому було піднято питання про створення європейського договірних права, опубліковане у липні 2001 року, запустило процес консультацій та дискусій щодо способу, за допомогою якого можуть бути вирішені проблеми, що виникають у зв'язку із відмінностями правових систем у

сфері договірних права у країнах ЄС. В результаті у 2003 році Комісія розробила План дій [2] та запропонувала визначити спільні підходи для країн ЄС до термінології та типових правил у сфері договірних права. У повідомленні Комісії "Шлях уперед" (2004 р.) була описана можлива структура Спільних точок зору (CFR). За задумом Комісії CFR мали слугувати набором інструментів для неї, під час підготовки пропозицій як для перегляду існуючої нормативної бази ЄС так і для підготовки нових документів. З цією метою пропонувалося поділити CFR на три частини: 1) фундаментальні принципи договірних права; 2) визначення основних юридичних термінів; 3) модельні правила договірних права. Пропонувалося, щоб перша частина CFR передбачала деякі загальні принципи європейського договірних права та винятки з них, що підлягають застосуванню в обмежених обставинах, зокрема, коли договір укладається із слабкою стороною [3].

Така структура CFR була підтримана Радою міністрів юстиції та внутрішніх справ країн-учасниць ЄС [4;2], яка крім того зазначила, що визначення основних принципів виявило б фундаментальні цінності, що лежать в основі європейського договірних права та допомогло б зробити CFR єдиним цілим. Модельні правила в свою чергу повинні були слідувати філософії фундаменталь-

них принципів та містити модельне регулювання основних договірних ситуацій, які виникають [4;3].

У 2008 році було опубліковане Тимчасове видання DCFR, у 2009 році – переглянуте видання DCFR [6]. У вступі до тимчасового видання DCFR 2008 року розробники звернулися до читачів з питанням, наскільки доцільно включити до тексту DCFR окрему частину, яка б містила фундаментальні принципи та цінності, що лежать в основі модельних правил. Модельні правила є частиною DCFR, вони складають зміст книг I-X (Книга I – "Загальні положення"; Книга II "Договори та інші юридичні дії", Книга III "Зобов'язання та відповідні права"; Книга IV "Окремі договори та права і обов'язки, що виникають із них", складається з Частин: А. "Продаж", В. "Оренда майна", С. "Послуги", D. "Договори доручення", Е. "Комерційне посередництво, франчайзинг, дистриб'юція", F. "Договори позики", G. "Особисті забезпечення", Н. "Дарування"; Книга V "Ведення чужих справ без доручення"; Книга VI "Позадоговірна відповідальність, що впливає із шкоди, заподіяної іншому"; Книга VII "Безпідставне збагачення"; Книга VIII "Набуття та втрата права власності на майно"; Книга IX "Речові забезпечувальні права на рухоме майно"; Книга X "Траст").

У тимчасовому виданні були перераховані наступні принципи: справедливості, свободи, захисту прав людини, економічного благополуччя, солідарності та соціальної відповідальності, встановлення простору свободи, безпеки та справедливості, просування на внутрішній ринок, захисту споживачів та інших осіб, що потребують захисту, збереження культурного та лінгвістичного багатоманіття, розумності, юридичного визначення, передбачуваності, ефективності, захисту розумної довіри, належного розподілу відповідальності за створення ризику. Зворотня реакція була змішаною. Деякі коментатори вітали посилання на немайнові цінності (права людини, солідарність та соціальна відповідальність). Інші висловлювали сумніви щодо практичного значення такого великого, різноманітного переліку, в якому не визначені пріоритети [6; 10, 11].

У редакція DCFR 2009 року підійшла дещо інакше до визначення принципів. Варто відмітити те, що принципи були розподілені на дві групи: базові принципи (*underlying principles*) та важливі принципи (*overriding principles*). До базових належать принципи свободи, безпеки, справедливості та ефективності. Важливими є принципи захисту прав людини, підтримки солідарності та соціальної відповідальності, збереження культурного та мовного різноманіття, захист та сприяння добробуту та просування внутрішнього ринку. Водночас, розробники DCFR зазначають, що свобода, безпека, справедливість та ефективність також відіграють роль найважливіших принципів. Таким чином, їх роль подвійна [6;7].

Такий підхід до визначення принципів DCFR критикувався у юридичній літературі. Так, проф. Хезелінк, аналізуючи принципи DCFR у виданні 2009 року та порівнюючи їх виданням 2009 року зазначає, що: "Той факт, що базові принципи можуть бути змінені так легко на інші не лише змушує замислитися над відомою фразою Граучо Маркса ("Це мої принципи, якщо вони вам не подобаються – я маю інші")... Якщо лише за один рік принципи можуть бути зменшені з 15 до 4, змінені від репрезентативних до консервативних.... тоді видається сумнівим, що цьогорічний перелік дійсно складається з основоположних принципів. Швидше за все принципи свободи, безпеки, справедливості та ефективності є залежним від обставин набором цінностей, вибір яких значною мірою залежав від їх авторів та чутливості до критики з різних боків" [5;10]. Крім того, Хезелінк вказує на сумнівність того, що європейське приватне право

повинно базуватися на замкненій системі цінностей. Водночас, якщо обмежений набір основоположних цінностей Європейського приватного права є необхідним (у зв'язку тим, що його закріплення у CFR вимагається Комісією), тоді ці цінності повинні бути тими, на яких заснований Європейський Союз [5;6]. Останні закріплені у ст. 2 Лісабонської угоди про внесення змін в Угоду про Європейський Союз й Угоду про заснування Європейської Спільноти (далі – Лісабонська угода) [7] і полягають у повазі до людської гідності, свободі, демократії, рівності, верховенстві закону, повазі прав людини, включаючи права осіб, які є меншинами, плюралізм, недискримінації, терпимості, справедливості, солідарності і рівності між жінками та чоловіками.

Підставою для критики стали й ч.ч. 1, 4 ст. I.-1:102 Модельних правил DCFR, відповідно до яких: "(1) Ці правила повинні тлумачитися автономно та відповідно до їх базових цілей та принципів. (4) Питання, що охоплюються цими правилами, але прямо в них не врегульовані, наскільки це можливо підлягають вирішенню відповідно до їх базових принципів". Відтак, зазначає проф. Хезелінк, суди, зустрічаючись з прогалинами та неясностями у DCFR, повинні шукати їх вирішення, керуючись свободою, безпекою, справедливістю та ефективністю, і не повинні звертати уваги на "солідарність та соціальну відповідальність", що є не базовим, а одним із найважливіших принципів [5;6].

Проте, варто відзначити те, аналіз правил тлумачення та розвитку DCFR, встановлених ст. I.-1:102 Модельних правил, вимагає дослідження не лише ч.ч.1 та 4 цієї ст., але й інших частин цієї ст., зокрема, ч.2. Відповідно до згаданої норми: "(2) Правила повинні читатися у світлі будь-якого застосовуваного документу, що гарантує права людини та фундаментальні свободи та будь-яких застосовуваних конституційних законів". Лісабонська угода, безумовно, є документом, що гарантує права людини. Тому її положення можуть враховуватися під час тлумачення та розвитку DCFR в силу ч.2 ст. I.-1:102 Модельних правил DCFR.

Базові принципи (свободи, безпеки, справедливості та ефективності) виконували роль ключових ідей при створенні окремих правил DCFR. Решта принципів (захист прав людини, підтримка солідарності та соціальної відповідальності, збереження культурного та мовного різноманіття, захист та сприяння добробуту та просування внутрішнього ринку) за висловлюванням розробників DCFR мають більш політичну природу. Тому вони є важливими, але не базовими. Не зважаючи на те, що деякі з них отримали широке закріплення в окремих частинах DCFR, вони, головним чином, є відносними з позицій оцінки за межами DCFR [6;13]. Наприклад, збереження культурного та лінгвістичного багатоманіття в ЄС є надзвичайно важливим. Проте, в інших країнах цей принцип може не бути таким значущим. (У DCFR цей принцип відображений, зокрема у ст. II. -1:104 (2) "Можливість застосування місцевих звичаїв"; ст. II. -3:102 (2) (с) (Якщо підприємець використовує комерційне спілкування, яке справляє враження на споживачів і містить інформацію важливу для прийняття рішення щодо укладення договору, підприємець має обов'язок забезпечити спілкування, що надасть відповідну інформацію. Інформація має включати відомості щодо мови, яка буде використовуватися для зв'язку між сторонами, якщо вона відрізняється від мови комерційного спілкування); ст. II – 9:109 "Мова, що використовується для спілкування щодо договору"; ст. IV. А. – 6:103 (1) (е) "Мова гарантійного документу для споживача" та інших положеннях).

Принцип свободи договору закріплений у ст. II. – 1:102 (1) DCFR, згідно з якою: "Сторони можуть укласти договір або інший юридичний акт і визначити його зміст, з урахуванням будь-яких застосовних імперативних норм". Свобода укладення договору зазвичай розуміється як свобода обирати контрагента, свобода визначити зміст договору, а також змінювати його або припинити договір. Ця ідея знайшла відображення у ст. III. – 1:108 (1) DCFR "Право, обов'язок чи договірне відношення можуть бути змінені чи припинені за згодою сторін у будь-який час". Водночас, DCFR встановлює певні межі щодо реалізації принципу свободи договору. Наприклад, свобода сторін обирати контрагента обмежується нормами DCFR, що забороняють дискримінацію підставі статі, раси, етнічного походження чи за іншими підставами і встановлюють відповідні способи захисту (ст.ст. II. – 2:101; II. – 2:105 та III. – 1:105 DCFR).

Базовим принципом DCFR є також принцип договірної безпеки. В основі формулювання положень, що відображають цей принцип, уявлення про те, що договірна безпека забезпечується встановленням: 1) обов'язковості сили договорів (але з урахуванням можливості її оспорування, якщо непередбачувана зміна обставин ставить під значний сумнів вигідність договору для однієї із сторін); 2) обов'язків для кожної із сторін поводитися відповідно до вимог добросовісності, не діяти у спосіб, що суперечить попереднім заявам чи поведінці, на які інша сторона розраховує; 3) права вимагати реального виконання відповідно до умов договору; 4) обов'язків для третіх осіб "поважати ситуацію, що створена договором" і можливості для них покладатися на таку ситуацію; 5) підходу "підтримки договору" ("favouring the contract") в питаннях, що стосуються тлумачення, недійсності чи виконання [6;71].

Договірна безпека у DCFR забезпечується також наявністю адекватних способів захисту за невиконання договірних зобов'язань. Інша складова договірної безпеки – захист розумної довіри та очікувань, у ситуаціях, що не охоплюються доктриною договірної лояльності.

Право вимагати реального виконання зобов'язання дещо обмежене у DCFR ситуаціями, у яких реальне виконання буде неможливим або недоречним. Так, наприклад, ст. III. – 3:301 Модельних правил DCFR, встановлюючи норми про виконання зобов'язань у грошовій формі, визначає, що: "(1) Кредитор має право отримати належний грошовий платіж. (2) У разі, якщо кредитор не виконав зустрічного зобов'язання, за яке платіж має бути здійснений і зрозуміло, що боржник за грошовим зобов'язанням не захоче отримати виконання, кредитор тим не менше може продовжити виконання і може стягнути оплату, якщо: (А) кредитор не міг би укласти розумний замінуючий авочин без значних зусиль або витрат, або (Б) виконання не є нерозумним за даних обставин.

Обмеження реалізації права вимагати реального виконання зобов'язань передбачене й ст. III. – 3:302 Модельних правил DCFR, що регулює виконання негрошових зобов'язань, встановлює, що: "(1) кредитор має право на реальне виконання зобов'язання іншого, ніж грошове. (2) Реальне виконання полягає у безкоштовному виправленні виконання, що не відповідає умовам, які регулюють зобов'язання. (3) Реальне виконання не може, однак, вимагатися якщо: (А) виконання буде незаконним або неможливим; (Б) виконання було б нерозумно обтяжливим або дорогим, або (С) виконання буде мати такий особистісний характер, що було б нерозумно здійснювати його".

Базовим принципом DCFR є також справедливість, яку за висловленням розробників "важко визначити, неможливо виміряти, її межі є суб'єктивними, але очевидні випадки несправедливості є загально визначеними і

такими, що викликають загальну відразу" [6;84]. Цей принцип виявляється, зокрема, у нормах, що встановлюють рівність сторін. Наприклад, у ст. III. – 3:401 Модельних правил DCFR, предметом регулювання якої є право на призупинення виконання взаємних зобов'язань. Зокрема, зазначена ст. встановлює, що "(1) Кредитор, який повинен виконати взаємне зобов'язання, одночасно з боржником або після того, як боржник виконає своє зобов'язання, має право призупинити виконання, поки боржник не запропонував виконання або не виконав зобов'язання. (2) Кредитор, який повинен виконати взаємне зобов'язання перед тим як боржник виконає своє зобов'язання, і який розумно вважає, що боржник не виконає зобов'язання у належний час, може призупинити виконання взаємних зобов'язань до тих пір, поки така розумна думка має підстави для існування. Тим не менше, право призупинити виконання втрачається, якщо боржник дає достатні гарантії належного виконання. (3) Кредитор, який призупиняє виконання в ситуації, згаданій у пункті (2) зобов'язаний повідомити про цей факт боржника, так швидко, наскільки це можливо, і несе відповідальність за будь-який збиток, заподіяний боржнику порушенням цього обов'язку. (4) Виконання яке може бути призупинене відповідно до цієї статті, може бути повним або частковим виконанням, в залежності від того, що буде розумним за даних обставин.

Останнім базовим принципом DCFR є принцип ефективності, що розглядається тут у двох площинах: ефективність для сторін правовідношення та ефективність для суспільства. Ефективність для сторін забезпечується, окрема, встановленням мінімальних формальних та процедурних обмежень. Норми, що встановлюють інформаційні обов'язки, регулюють захист прав споживачів, розглядаються як такі, що сприяють ефективності для широких громадських цілей.

Підсумовуючи, варто відзначити, що принципи права знайшли явне та неявне відображення у DCFR. При цьому існує певна дискусія щодо необхідності закріплення принципів, а також ролі, яку вони повинні відігравати у регулюванні приватних, зокрема, договірних відносин. З'ясування значення принципів права у регулюванні договірних відносин потребує подальших досліджень.

1. Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on European Contract Law. Brussels, 11.07.2001 COM (2001) 398 final. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/cont_law_02_en.pdf
2. Communication from the Commission to the European Parliament and the Council. A more coherent european contract law. An action plan. Brussels, 12.2.2003 COM (2003) 68 final. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0068:FIN:EN:PDF>
3. Communication from the Commission to the European Parliament and the Council. European Contract Law and the revision of the acquis: the way forward. Brussels, 11.10.2004 COM (2004) 651 final. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0651:FIN:EN:PDF>
4. Conclusions of the Justice and Home Affairs Council, 28 November 2008. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://ec.europa.eu/consumers/rights/concl_JHAC_1108_en.pdf
5. Martijn W. Hesselink. If you don't like our principles we have others. On core values and underlying principles in European private law: a critical discussion of the new 'Principles' section in the draft CFR. Paper presented at the conference 'The foundations of European private law', held 27 - 29 September 2009, at the European University Institute in Florence. 6. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition. Prepared by the Study Group on European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group). – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf
7. Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, signed at Lisbon, 13 December 2007. Official journal of the European Union. Volume 50, 17 December 2007. С. 306 – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://bookshop.europa.eu/is-bin/INTERSHOP.enfinity/WFS/EU-BookshopSite/en_GB/EUR/ViewPublication-Start?PublicationKey=FXAC07306 УДК 346.542+346.21

Надійшла до редколегії 12.04.12

КЛАСИФІКАЦІЯ ЗАСОБІВ РЕГУЛЮЮЧОГО ВПЛИВУ ДЕРЖАВИ НА ЗДІЙСНЕННЯ КОРПОРАТИВНИХ ПРАВ

На основі норм корпоративного права та наукових досліджень запропонована власна класифікація засобів регулюючого впливу держави на здійснення корпоративних прав, а також аналізуються проблеми, що пов'язані з застосуванням цих засобів на практиці.

Ключові слова: корпоративне право; корпоративне управління; державне регулювання; державне управління; засоби регулюючого впливу держави на діяльність суб'єктів господарювання.

На основе норм корпоративного права и научных исследований предложена собственная классификация средств регулирующего влияния государства на осуществление корпоративных прав, а также анализируются проблемы, которые связаны с применением этих средств на практике.

Ключевые слова: корпоративное право; корпоративное управление; государственное регулирование; государственное управление; способы регулирующего влияния государства на деятельность субъектов хозяйствования.

On the basis of norms of corporate law and scientific researches authorial classification of facilities of regulative influence of the state on exercising of corporate rights is offered, as well as problems of the use of these influence in practice are analysed.

Key words: corporate law; corporate governance; government control; state administration; methods of regulative influence of the state on activity of subjects of management.

З метою нормального функціонування економіки держава має впливати на господарську діяльність своїх суб'єктів, чинне місце серед яких займають корпорації. Для цілей даного дослідження під корпораціями ми розуміємо господарські товариства. Останні є важливими для України, оскільки саме в такій організаційно-правовій формі існує переважна більшість середніх та великих підприємств.

Вивченням засобів регулюючого впливу держави на діяльність суб'єктів господарювання в рамках юридичної науки займалися А. Є. Бандорин, В. К. Мамутов, В. С. Щербина, а класифікації прав акціонерів (які ми розглядаємо як частину корпоративного управління) були розроблені О. В. Регорурецькою та О. В. Щербиною. Втім, виділення засобів регулюючого впливу держави на здійснення корпоративних прав досліджено не було. Метою цієї статті є класифікація засобів регулюючого впливу держави на здійснення корпоративних прав на основі аналізу нормативних актів України та наукових публікацій.

Складність класифікації засобів регулюючого впливу держави на суб'єктів корпоративного права полягає в тому, що вони в основному є запозиченими з економічної науки. Якщо їх переводити в правову площину, та розглядати їх як внутрішні та зовнішні, як це робиться у вище зазначених науках, то виникає проблема правового розмежування. Так, на думку М. В. Грідчиної механізми корпоративного управління за напрямками можна поділити на: методи внутрішнього контролю – прямий контроль з боку акціонерів на основі використання права голосу на зборах акціонерів; представництво в радах директорів; методи зовнішнього контролю – правові норми, що визначають функції й відповідальність директорів корпорації; механізм ворожих поглинань, банкрутства компаній, що працюють неефективно [1; С. 20]. Проте, з правових позицій, що методи внутрішнього, що зовнішнього контролю будуть регулюватися однаковими нормами ЗУ Про акціонерні товариства, більш того в цих двох групах немає специфіки ні за об'єктами та суб'єктами правовідносин, ні за змістом.

Приклад поділу механізмів корпоративного управління на зовнішні та внутрішні в економічній науці також наводить Ю. С. Чихачова: внутрішні – організаційно-управлінський механізм, та зовнішні – організаційно-економічний механізм. Зовнішні механізми мають загальний характер для всіх акціонерних товариств (далі – АТ). Внутрішні механізми враховують специфіку кожного конкретного АТ [2; С. 198-199]. Знов таки ці внутрішні та зовнішні механізми, що безперечно можуть бути індивідуалізовані в конкретному товаристві, регулюються

однаковими нормами, наприклад щодо процедури скликання загальних зборів акціонерів АТ детально прописано в ЗУ Про АТ, втім вона може бути деталізована в статуті АТ, або ж застосовуватися для конкретного АТ у відповідності до реалій практики (наприклад, АТ може працювати довгий час і ніколи не застосовувати норми ст.57 ЗУ Про АТ щодо дострокового припинення повноважень членів наглядової ради, така практична ситуація може ніколи не виникнути).

Ситуацію ускладнює перелік основних засобів регулюючого впливу держави на діяльність суб'єктів господарювання, що вміщені в ч.2 ст.12 ГК. На жаль, жоден з цих засобів як кваліфікуючий не можна застосувати до регулюючого впливу держави на діяльність учасників корпоративних відносин (більшість з яких безперечно є суб'єктами господарювання, наприклад, самі корпорації, а деякі – суб'єктами господарських відносин, наприклад акціонери-фізичні особи). Якщо брати за основу перелік з ст. 12, то для прямого впливу на корпоративні відносини можна застосувати тільки державне замовлення та ліцензування про що мова буде йти далі. Проте, вочевидь, що держава не може не мати в своєму арсеналі засоби для регулювання діяльності таких важливих як для економіки так і для соціального життя громадян суб'єктів як корпорацій. Тому, виходячи з положень ч.1 ст. 12 ГК, що держава для реалізації економічної політики, виконання цільових економічних та інших програм і програм економічного і соціального розвитку застосовує різноманітні засоби і механізми регулювання господарської діяльності, можна вивести інші засоби, що не вміщені в ч.2 зазначеної статті.

Якщо звернутися до теоретичних досліджень засобів державного регулювання, то науковцями наводяться такі засоби, що не вміщені в ч.2 ст. 12 ГК:

- законодавчі міри, розгорнуте правове регулювання різних правовідносин; при цьому особливу роль відіграє конкурентне законодавство;
- безпосереднє управління державною власністю та її використання на процеси соціально-економічного розвитку в суспільних інтересах;
- програмування та планування економічного та соціального розвитку [3; С. 184];
- дозволи, заборони, приписи, що зобов'язують до окремих дій чи бездіяльності;
- резерви та допустимі суми, що зобов'язують до конкретних дій або бездіяльності [4; С. 22].

Якщо виходити зі змісту вказаних науковцями механізмів, то арсенал засобів регулюючого впливу держави на суб'єктів корпоративних відносин значно розширюється і охоплює ті сфери корпоративних відносин, які

держава має намір найбільше врегулювати через їх суспільне, економічне та публічне значення.

Перед тим як дати їх класифікацію зазначимо наступну проблему, що міститься в термінології ч. 2 ст. 12 ГК. Згідно з згаданої статті, держава застосовує регулюючий вплив на суб'єктів господарювання. Втім, держава має і здійснює вплив на всіх учасників відносин у сфері господарювання. Так, правила щодо проведення загальних зборів акціонерного товариства розповсюджуються що на фізичних осіб-акціонерів, які не є суб'єктами господарювання, що на юридичних осіб-акціонерів, що є суб'єктами господарювання. Зрозуміло, що більший вплив держава чинить саме на діяльність суб'єктів господарювання через їх важливішу роль в економіці та через те, що ступінь ризику їх поведінки, що може негативно вплинути на публічні та приватні інтереси є більшим. Проте, і фізична особа-учасник ТОВ, що має намір неправомірно виключити іншого учасника з ТОВ, також є безпосереднім порушником як приватних інтересів учасника-мішені, так і публічних інтересів держави, яка має захистити останнього. Тому держава має встановити засіб впливу або попереджувальний механізм, щоби така ситуація не виникла та запровадити засоби захисту інтересів всіх учасників корпоративних відносин. Тому ми будемо розглядати засоби регулюючого впливу держави на здійснення корпоративних прав всіма учасниками корпоративних відносин, а не лише суб'єктами господарювання. Виходячи з сказаного вище, пропонуємо в ч. 2 ст. 12 словосполучення "суб'єктів господарювання" замінити на "учасників відносин у сфері господарювання".

Повертаючись до безпосередньої теми нашої статті, на основі узагальнення вищезазначених засобів, ми пропонуємо поділити засоби впливу держави на здійснення корпоративних прав за такими класифікаціями, що мають юридичне значення, і які можна відмежувати в нормативних актах:

За джерелом закріплення: в законах, в корпоративних кодексах та принципах, модельних статутах (детальніше про це дивіться наступний підрозділ), типових статутах та договорах, в локальних нормативних актах (у тому числі, в установчих документах).

Щодо корпоративних кодексів, то на сьогодні в Україні імплементовані Принципи корпоративного управління, що затверджені Організацією з економічного співробітництва та розвитку [5], були затверджені ДКЦПФР [6]. Однак, навіть для публічних АТ немає прямої норми, яка б стимулювала їх прийняття зазначених принципів. Так, п. 5.1.3 Правил фондової біржі ПФТС [7] містить рекомендацію емітенту дотримуватися Принципів корпоративного управління, затверджених ДКЦПФР. ЗУ Про ГТ обходить стороною питання щодо корпоративних принципів, а ЗУ Про АТ п. 5 ч.1 ст. 77 зобов'язує зберігати АТ принципи (кодекси) корпоративного управління товариства. Втім, немає інформації, що буде там міститися. Таким чином, ЗУ Про АТ зобов'язує АТ приймати корпоративні кодекси, проте не зобов'язує їх приймати на основі Корпоративних принципів, що затверджені ДКЦПФР.

Прикладом стимулювання корпорацій запровадити Корпоративний кодекс може слугувати Кодекс корпоративного управління Великобританії 1999 р. (останні зміни у 2010 р.). При цьому, згідно з Правил лістингу на Лондонській фондовій біржі, компанії, що пройшли процедуру лістингу, повинні повідомляти, чи вони прийняли та слідували рекомендаціям або, якщо ні, пояснити, чому цього не зробили (цей принцип знаний як "дотримуйся чи поясни"). Щодо інвесторів, то у 2010 році було затверджено Кодекс управлінців (або Кодекс стюардів)

в рамках якого закріплено обов'язок інституційних інвесторів доповідати про свою політику у відношенні моніторингу та взаємодії з компаніями, в які вони інвестують, виключаючи, наприклад, розкриття їх політики голосування та врегулювання будь-яких потенційних конфліктів інтересів [8; Р. 6]. В США на рівні Федерального Закону Сарбейнса-Окслі було запроваджено обов'язкове прийняття корпораціями, кодексів корпоративної етики, які мають містити інформацію, що потребує оперативного розкриття, за формою, що затверджена Комісією з цінних паперів та фондового ринку США, яка у свою чергу має повноваження на перевірку їх закріплення. а корпорації, що пройшли процедуру лістингу на фондових ринках NYSE та NASDAQ, мають прийняти та розкрити свої кодекси та вказати інформацію щодо винятків, що розповсюджуються на директорів та посадових осіб [9; С. 7].

Як висновок, на основі аналізу зарубіжного досвіду, нами пропонується при прийнятті НКЦПФР нових Принципів корпоративного управління додати таку статтю: "Принципи корпоративного управління рекомендовано включити до Корпоративних кодексів акціонерних товариств. У випадках не включення їх до корпоративних кодексів публічних акціонерних товариств, у річному звіті емітента мають бути зазначені причини відмови".

2. За видами управління об'єктами відповідної форми власності: об'єкти управління приватної власності, публічної власності, комунальної власності. Специфіку складають два останні види, які держава охороняє з урахуванням підвищеного публічного інтересу. З огляду на це можна поділити засоби, що застосовуються до об'єктів управління державної власності на:

- організаційно-дозвільні – управління господарськими організаціями, у статутному капіталі яких є корпоративні права держави, здійснюється суб'єктами управління об'єктами державної власності шляхом визначення повноважних представників держави (ч. 3 ст. 11 Закону України "Про управління об'єктами державної власності" (далі – ЗУ Про управління);

- організаційно-заборонні – корпоративні права держави, надані господарським структурам в управління, не можуть бути відчужені з державної власності без дозволу Кабінету Міністрів України. Стосовно них не можуть вчинятися дії, наслідком яких може бути відчуження цих корпоративних прав з державної власності. Відчуження корпоративних прав держави здійснюється відповідно до законодавства з питань приватизації (ч. 2 ст. 9 ЗУ Про управління); корпоративні права держави не можуть передаватися господарським товариствам для формування їх статутних капіталів, крім передачі до статутних капіталів державних акціонерних товариств та державних холдингових компаній (ч. 1 ст. 11 ЗУ Про управління) тощо;

- організаційно-контрольні – ч.1 ст. 5-1 ЗУ Про управління передбачає такі контрольні функції центрального органу виконавчої влади, що забезпечує реалізацію державної політики у сфері управління об'єктами державної власності: здійснює контроль та проводить аналіз результатів діяльності державних підприємств (у тому числі ефективності використання державного майна), господарських товариств, у статутному капіталі яких є державна частка, що належать до сфери його управління, та розробляє механізми підвищення ефективності їх роботи (п. 3); здійснює контроль за виконанням умов контрактів керівниками виконавчих органів господарських організацій, які перебувають у його управлінні (п. 7);

- майнові – господарська організація, у статутному капіталі якої є корпоративні права держави, за підсумка-

ми календарного року зобов'язана спрямувати частину чистого прибутку на виплату дивідендів згідно з порядком, затвердженим Кабінетом Міністрів України (ч. 5 ст. 11 ЗУ Про управління); Господарські товариства, 50 і більше відсотків акцій (часток, паїв) яких знаходяться у статутних капіталах господарських товариств, частка держави в яких становить 100 відсотків, сплачують дивіденди безпосередньо до Державного бюджету України у строк не пізніше 1 липня року, що настає за звітним, у розмірі базових нормативів відрахування частки прибутку, що спрямовується на виплату дивідендів, але не менше 30 відсотків, пропорційно розміру державної частки (акцій, паїв) у статутних капіталах господарських товариств, акціонером яких є держава і володіє в них контрольным пакетом акцій (ч. 5 ст. 11 ЗУ Про управління) тощо;

- процедурні – головою наглядової ради господарської організації, у статутному капіталі якої корпоративні права держави перевищують 50 відсотків, обирається представник Фонду державного майна України або уповноваженого органу управління (ч. 13 ст. 11 ЗУ Про управління).

Щодо комунальних підприємств корпоративного типу, то специфіки їх законодавчого закріплення в Україні не передбачено, а ГК не має такої організаційно-правової форми як комунальне господарське товариство. Ч. 3 ст. 24 ГК лише згадує, що до суб'єктів господарювання комунального сектора економіки відносить, окрім суб'єктів, що діють на основі лише комунальної власності, також суб'єктів, у статутному капіталі яких частка комунальної власності перевищує п'ятдесят відсотків чи становить величину, яка забезпечує органам місцевого самоврядування право вирішального впливу на господарську діяльність цих суб'єктів. У свою чергу ч. 2 ст. 169 ЦК дозволяє територіальним громадам створювати юридичні особи публічного права (комунальні підприємства, навчальні заклади тощо), а ч. 3 зазначеної статті – юридичні особи приватного права (підприємницькі товариства тощо). Зазначимо, що на розгляді Верховної Ради України був Законопроект, поданий Кабінетом Міністрів України, яким пропонувалося визначити особливості перетворення комунальних унітарних підприємств, які провадять діяльність у сфері централізованого водо- і теплопостачання та водовідведення, в господарські товариства [10]. Втім, зазначений Законопроект не було прийнято Верховною Радою України.

3. За напрямками дії: внутрішні (корпоративне управління) та зовнішні засоби. Внутрішні – ті, що реалізуються всередині корпорації чи групи пов'язаних осіб, а зовнішні – засоби державного регулювання впливу на корпоративні відносини, що застосовуються державою в особливо важливих для держави сферах публічного інтересу.

Корпоративні механізми управління та контролю розробляються з метою зниження ризиків, які можуть понести як корпорації, так і їх учасники, а також держава і суспільство в цілому. Наприклад, щоб контролювати поведінку менеджерів, незалежна третя особа (зовнішній аудитор) підтверджує точність інформації, що надається відповідним органам АТ та інвесторам [11; Р. 88]. Система ідеального контролю повинна регулювати як спонукання, так і здатність, разом з тим, в ній мають бути об'єднані як управлінські, так і контрольні повноваження. Не вдаючись до юридичних тонкощів корпоративне управління можна визначити як систему відносин, яка визначає правила та процедури прийняття рішень щодо діяльності господарського товариства та здійснення контролю, а також розподіл прав і обов'язків між органами товариства та його учасниками стосовно управління ним [12].

Засоби внутрішнього контролю можна поділити **за суб'єктами**: з боку органів товариства, з боку учасників.

ЗАСОБИ ВНУТРІШНЬОГО КОНТРОЛЮ З БОКУ ОРГАНІВ ТОВАРИСТВА:

ПОВНОВАЖЕННЯ ЗАГАЛЬНИХ ЗБОРІВ. Хоча, традиційно в економіці, цей орган є найслабшим через організаційну складність прийняття їм рішення та розпорощення акцій, однак навіть в АТ це є потужним суб'єктом корпоративного управління, виходячи хоча б з того, що ЗУ Про АТ та ЗУ Про ГТ має перелік виключних повноважень загальних зборів з найважливіших питань: зміни до статутного фонду, рішення про припинення товариства тощо. Якщо мова йде про ТОВ, де, як правило, є невелика кількість учасників, то, незважаючи на рідкісні скликання, загальні збори учасників мають більш індивідуалізований характер, а прийняття рішення не так залежить від роздрібнених часток. Загальні збори у своїй діяльності можуть застосовувати такі засоби (ми наведемо найбільш типові приклади засобів за напрямками діяльності): управлінські (внесення змін до статуту, рішення про припинення товариства); кадрові (обрання членів спостережної ради та ревізійної комісії, дострокове припинення повноважень підзвітних органів); фінансові (затвердження річної фінансової звітності, операції з акціями для АТ); контрольні (призначення перевірки ревізійної комісії, затвердження звіту ревізійної комісії).

ПОВНОВАЖЕННЯ НАГЛЯДОВОЇ РАДИ. Наглядова рада покликана захищати права акціонерів та контролювати роботу виконавчого органу в межах повноважень, передбачених законом та статутом. Відзначимо, що ЗУ Про ГТ не передбачає такого органу в ТОВ як наглядова рада. Якщо говорити про повноваження, то їх можна поділити за такими ж напрямками, як і загальних зборів. Наглядова рада АТ обирає свого голову та може утворювати комітети.

ПОВНОВАЖЕННЯ ВИКОНАВЧОГО ОРГАНУ. Його повноваження, зрозуміло, є управлінськими – ведення поточними справами товариства. Дирекція (директор) ТОВ діє від імені товариства в межах, встановлених даним Законом та установчими документами (ч. 4 ст. 62 ЗУ Про ГТ). Генеральний директор має право без довіреності виконувати дії від імені товариства. Інші члени дирекції також можуть бути наділені цим правом (ч. 5 ст. 62 ЗУ Про ГТ).

ВНУТРІШНІ ОРГАНИ КОНТРОЛЮ. Такими органами є ревізійна комісія (ч. 1 ст. 73 ЗУ Про АТ та ч. 1 ст. 63 ЗУ Про ГТ) та внутрішній аудитор (передбачено лише для АТ – абз. 3ч. 1 ст. 56 ЗУ Про АТ). Ревізійна комісія є органом, що проводить перевірки та здійснює контроль за фінансово-господарською діяльністю товариства. Під внутрішнім аудитором економісти розуміють систему здійснення перевірок незалежним органом (службою внутрішнього аудиту), організовану на підприємстві з метою забезпечення його ефективного функціонування шляхом оцінки, аналізу та контролю діяльності підприємства та управлінського персоналу зокрема і дотримання встановленого режиму або політики ведення бухгалтерського обліку в результаті перевірки достовірності складеної фінансової звітності [13; С. 180].

ЗАСОБИ ВНУТРІШНЬОГО КОНТРОЛЮ З БОКУ УЧАСНИКІВ:

На думку О. В. Щербини теоретична класифікація прав акціонера має відповідати наступним основним вимогам:

- врахування особливостей правового статусу засновників (дисертантка пропонує визнавати ними тих осіб, які виявили волю до заснування акціонерного товариства, тобто підписали установчий договір) і учасни-

ків (підписників) при створенні акціонерного товариства за умов відсутності права власності на акцію;

- розмежування прав, що впливають із права власності на акцію, та прав, що впливають із членства в акціонерному товаристві;

- врахування ступеня значимості при виділенні основних (визначають правовий статус акціонера як власника цінних паперів та члена господарського товариства) і допоміжних (передбачають гарантії реалізації та способи захисту основних прав) прав;

- необхідність окремо визначати безумовні права, реалізація яких не залежить від інших обставин, та умовні, що виникають і можуть бути реалізовані за умови та у зв'язку із настанням певних обставин [14; С. 5].

Іншим підходом до класифікації прав акціонерів є поділ за способами захисту прав акціонерів: а) речово-правові способи, б) зобов'язально-правові способи та в) спеціальні способи захисту. Речово-правовими способами захисту прав акціонерів є визнання права власності акціонера; витребування акції з чужого незаконного володіння; захист права власності акціонера від порушень, не пов'язаних із позбавленням володіння. Зобов'язально-правові способи захисту становлять: примусове виконання обов'язку в натурі, відшкодування збитків та інші способи відшкодування майнової шкоди, зміна або припинення правовідношення шляхом зміни або розірвання договору. До спеціальних способів захисту належать: визнання правочину з акціями недійсним, визнання недійсною емісії акцій, визнання недійсними рішень органів управління акціонерного товариства (загальних зборів акціонерів, наглядової ради, виконавчого органу товариства); визнання незаконними рішень, дій чи бездіяльності органу державної влади; відновлення прав на акцію та відновлення акції [15; С. 6-7].

В.С. Щербина визначає, що корпоративні відносини можна поділити на організаційно-господарські та майново-господарські відносини [16; С. 235]. Таким чином ми можемо поділити і корпоративні права учасників, до організаційно-господарських можна віднести право на вихід з товариства, виключення учасника зі складу ТОВ тощо; до майново-господарських – право на виплату дивідендів, відчуження учаснику частки у статутному капіталі при виході з товариства тощо.

На нашу думку корпоративні права учасників можна поділити на:

- матеріальні: право на виплату дивідендів, відчуження учаснику частки у статутному капіталі при виході з товариства;

- процедурні: право на голосування на загальних зборах; скликання позачергових зборів; обирати та бути обраним в наглядову раду (для акціонерів) та ревізійну комісію;

- процесуальні: право на судовий захист.

Також корпоративні права учасників можна поділити на ті, що реалізуються індивідуально (право на голосування на загальних зборах товариства) та колективно (ч. 4 ст. 61 ЗУ Про АТ передбачає, що право на скликання позачергових зборів учасників ТОВ мають учасники товариства, що володіють у сукупності більш як 20 відсотками голосів).

За сферами застосування внутрішніх засобів корпоративного управління можна поділити на:

- Встановлення рівноваги сили: директор товариства, член наглядової ради (для АТ) та член ревізійної комісії мають бути різними особами. Генеральний директор (директор) ТОВ не може бути одночасно головою загальних зборів учасників товариства;

- Задоволення вимог кредиторів: держава встановлює правила вчинення значних правочинів (розділ 11 ЗУ Про АТ); мінімальний статутний фонд та резервний

фонд для АТ; порядок зменшення та збільшення статутного фонду для ТОВ та АТ;

- Забезпечення інтересів учасників. Право на скликання позачергових зборів, інформативність учасників товариства загальне право учасника товариства на інформацію, що конкретизується в статтях законів (наприклад, Розділ 16 ЗУ Про АТ конкретизує зберігання документів акціонерного товариства та порядок надання інформації у т.ч. акціонерам);

- Забезпечення інтересів трудового колективу. Згідно з абз.1 ч.1 ст. 34 ЗУ Про АТ на загальних зборах АТ за запрошенням особи, яка скликає загальні збори, також можуть бути присутнім представник органу, який відповідно до статуту представляє права та інтереси трудового колективу. Однак така диспозитивність у питанні представництва інтересів трудового колективу не відповідає сучасному рівню корпоративного управління у світі. Так, у Німеччині, в країні з традиційно сильним корпоративних захистом інтересів робітників, у 2004 р. було прийнято Закон Про одну третину представництва робітників у наглядовій раді, згідно з ст.1 якого у всіх товариствах, де працюють більше 500 робітників та в АТ, що створені до 10 серпня 1994 р., обов'язковим є представництво робітників у одній третині спостережної ради [17].

- Інститут пов'язаних осіб. Інститут пов'язаних осіб є важливим засобом для задоволення практично всіх потреб учасників корпоративних відносин. З одного боку – він покликаний захистити інтереси кредиторів, а тому практично у всіх економічно розвинутих країнах є інститут відповідальності головної компанії за боргами її дочірнього підприємства у випадках, передбачених законом, статутами документами чи договорами. В Україні, на сьогодні, відповідальність головної компанії передбачено лише щодо холдингових компаній та виключено щодо процедури банкрутства (ч.6 ст.126 ГК), що не відповідає сучасній практиці корпоративного управління (Детальніше про це див. [18; С. 132-144]). З іншого боку, законодавче регулювання придбання значного та контрольного пакету акцій (Розділ 11 ЗУ Про АТ) захищає інтереси як міноритаріїв (ч.1 ст. 65 ЗУ Про АТ Зобов'язує особу, яка внаслідок придбання акцій товариства з урахуванням кількості акцій, які належать їй та її афілійованим особам, стала власником контрольного пакета акцій товариства, протягом 20 днів з дати придбання запропонувати всім акціонерам придбати у них прості акції товариства), так і інтереси товариства та публічні інтереси держави (ч. 2 вказані статті зобов'язує зазначену особу надсилати до товариства публічну безвідкличну пропозицію (оферту) для всіх акціонерів – власників простих акцій товариства про придбання акцій на адресу місцезнаходження товариства на ім'я наглядової ради або виконавчого органу (якщо утворення наглядової ради не передбачено статутом товариства) та повідомляє про це Національну комісію з цінних паперів та фондового ринку і кожну фондову біржу (біржі), на якій товариство пройшло процедуру лістингу). На жаль, українська конструкція ТОВ на сьогодні не знає інституту пов'язаних осіб, тоді як в зарубіжній практиці корпоративного управління ТОВ він активно застосовується.

Щодо зовнішніх засобів впливу держави на суб'єктів корпоративного права, то нами були виокремлені ті, що застосовує держава в сферах діяльності корпорацій, що становлять особливий публічний інтерес, а учасниками таких правовідносин є корпорація та відповідні органи державної влади. До таких засобів відносяться: державна реєстрація, засоби з захисту економічної конкуренції захист економічної конкуренції, державне замовлення (державні закупівлі), емісія акцій,

ліцензування деяких видів підприємницької діяльності, державні програми з корпоративного розвитку.

На сьогодні ЗУ "Про державне замовлення для задоволення пріоритетних державних потреб" не передбачає специфіки щодо держзамовлення у державних підприємств (унітарних чи корпоративних), тому ми не будемо його аналізувати. Проте, ч. 3 ст. 2 зазначеного закону робить застереження, що державні замовники (крім випадків, передбачених законом) здійснюють, виходячи з інтересів держави, вибір виконавців державного замовлення у порядку, встановленому Законом України "Про здійснення державних закупівель" (далі – ЗУ Про державні закупівлі). Тому звернемося до цього акту.

Зазначимо, що п. 21 ч.1 ст. 1 ЗУ Про державні закупівлі серед інших підприємств згадує такі корпоративні утворення: 1) господарські товариства, у статутному капіталі яких державна або комунальна частка акцій (часток, паїв) перевищує 50 відсотків, 2) їх дочірні підприємства, 3) об'єднання таких господарських товариств.

Абз. 2 ч.1 ст.2 уточнює, що дія цього Закону поширюється на підприємства, визначені у п. 21 ч. 1 ст. 1 цього Закону, лише у разі здійснення ними закупівель за рахунок державних коштів, визначених у пункті 4 частини першої статті 1 цього Закону, де дано визначення та перелік державних коштів.

До цього закону було введено такий засіб корпоративного регулювання як обмеження діяльності пов'язаних осіб, що відповідають одній з ознак, що перелічена в п. 22 ч. 1 ст. 1 ЗУ Про державні закупівлі. Закон виводить 3 випадки заборони дій пов'язаним особам. Зокрема, згідно з абз. 3 ч. 3 ст. 8 член постійно діючої адміністративної колегії Антимонопольного комітету України, який є пов'язаною особою з суб'єктом оскарження або замовником, не може брати участь у розгляді та прийнятті рішень щодо такої скарги і повинен бути замінений на час розгляду і прийняття рішення щодо такої скарги іншим державним уповноваженим Антимонопольного комітету України, що визначається Головою Антимонопольного комітету України. П. 6 ч. 1 ст. 17 передбачено, що у випадку подання пропозиції конкурсних торгів (кваліфікаційної, цінової пропозиції) учасником процедури закупівлі, який є пов'язаною особою з іншими учасниками процедури закупівлі, Замовник приймає рішення про відмову такому учаснику, учаснику та зобов'язаний відхилити пропозицію конкурсних торгів (кваліфікаційну, цінову пропозицію) учасника (учасника попередньої кваліфікації). Абз. 26 ч. 4 ст. 18 забороняє органу оскарження залучати для отримання консультацій та експертних висновків експертів та спеціалістів, які є пов'язаними особами.

Якщо брати досвід США у регулюванні державних закупівель, то цікавим нормативний актом є Правила федеральних закупівель затверджені Урядом США (остання редакція). Коротко характеризуючи це джерело, хотілося б зазначити, що ним дуже детально регулюються всі деталі контракту федеральних закупівель – для порівняння ЗУ про державні закупівлі налічує 43 ст., а Правила – 2011с. (традиційно, статті в американських нормативних актах складаються з численних абзаців) [19]. Правила присвячені врегулювати укладення контракту, в них детально прописані його умови. У цьому зв'язку м'яко кажучи виглядає бідним типовий договір про закупівлю товарів за державні кошти, в якому крім звичайних істотних умов договору та деяких прав та обов'язків сторін нічого немає [20]. Основою Правил став федеральний закон США Про федеральну власність та адміністративні послуги. Ст. 101 цього Акту встановлює головним виконавцем Акту агенцію знану як Адміністрація загальних служб, складовою якої є

Федеральна служба з закупівель, що є єдиною організацією, що здійснює закупівлі для потреб уряду [21]. Зазначимо, що Правила закупівель стосуються не тільки цієї адміністрації, але і інших державних агенцій.

Повертаючись до теми нашого дослідження зазначимо щодо правового становища асоційованих осіб в Правилах. На відміну від ЗУ про державні закупівлі, в якому є лише обмеження на врегулювання асоційованих осіб, в Правилах є ряд положень, що дають змогу асоційованим особам замовника активно вступати в договірні відносини. Наприклад, ЗУ про держзакупівлі замовчує правове регулювання субконтракту з державним замовленням. ЗУ Про державні закупівлі не передбачає такої форми як субконтракт. Форма рамкової закупівлі, що передбачена ст. 13 закону, відрізняється від субконтракту тим, що рамкова угода, по-суті є багатосторонньою угодою, до того ж згідно з ч.3 ст.13 передбачає, що рамкова угода вкладається не менше як з 3 учасниками, а субконтракт є договором між виконавцем та третьою особою. Проблема відсутності конструкції субконтракту за договором державного замовлення пов'язана з наступними причинами. По-перше, спеціалісти з державного управління вважають, що на сьогодні в Україні є недостатня кількість учасників держзакупівель, а за договором субконтракту підприємства малого бізнесу могли би отримати доступ до державного замовлення [22; с. 138]. По-друге, відсутність в законодавстві конструкції субконтрактів у сфері держзакупівель приводить до утворення великого ланцюга фактичних субвиконавців, діяльність яких не може контролювати держава. До того ж виконавець за ЗУ Про державні закупівлі не обмежений укладанням договору на виробництво продукції з іншими особами. За такого розвитку подій страждає не лише держава, яка фактично платить кошти з держбюджету виконавцю, який фактично не виробляє продукцію чи виконує роботу, а замовляє в іншого виконавця і заробляє на різниці, а і треті особи, що брали участь в конкурсі і могли б на більш вигідних умовах заробити кошти. Разом з тим, договір на поставку продукції, що вироблена не власне замовником, може і має бути укладено з іншими особами, оскільки він передбачає поставку продукції, вироблену третіми особами (наприклад, якщо така продукція виробляється за кордоном економічно вигідніше її купити у підприємства-постачальника, аніж зарубіжний виробник буде брати участь в конкурсі).

З огляду на це, потрібно звернути увагу на такі норми Правил, як ст.12.001: "субконтракт, включає, але не обмежується, передачею комерційних об'єктів між підрозділами, дочірніми або афілійованими особами підрядника або субпідрядника. При цьому, виконання договору за субконтрактом можливе лише за умови включення умов про це в договір, а субвиконавець є стороною такого договору (ст.27.302 (i)1)".

З огляду на сказане вище, пропонуємо ЗУ Про державні закупівлі доповнити статтею: "Порядок укладення субдоговорів.

Укладання субдоговорів на виробництво продукції та виконання робіт дозволяється лише з афілійованими особами, за умови надання згоди замовником щодо конкретних осіб.

Положення ч.1 не застосовуються до поставки продукції, що не виробляється виконавцем, якщо інше не передбачено законом або договором".

Ліцензування в Україні регулюється ЗУ " Про ліцензування певних видів господарської діяльності". В ст. 9 перераховано види діяльності, що підлягають ліцензуванню. Зрозуміло, що будь-яке корпоративне підприємство може здійснювати діяльність, що потребує ліцен-

зування. Однак, узагальнивши положення ст. 9 можна вивести види діяльності, що найбільш наближені до виникнення, здійснення чи припинення корпоративних прав чи діяльність, яка передбачає обов'язкові Корпоративна організаційно-господарське форму, а також зазначимо уповноважений ліцензійних орган:

- банківська діяльність (п. 1 ч. 1 ст. 9): згідно з ч. 1 ст. 6 ЗУ "Про банки і банківську діяльність" банки в Україні створюються у формі публічного акціонерного товариства або кооперативного банку. Ч. 2 зазначає, що особливості правового статусу, порядку створення, діяльності, реорганізації та ліквідації банків визначаються цим Законом. Зазначимо, що згідно з Офіційного списку банків України включених до Державного реєстру банків за станом на 1 січня 2012 р. серед 198 зареєстрованих банків немає жодного кооперативного банку [23]. Згідно з ч. 1 ст. 19 банківська ліцензія видається Національним банком України;

- професійна діяльність на ринку цінних паперів (п. 2 ч. 1 ст. 9): згідно з ч. 2 ст. 9 ЗУ "Про цінні папери та фондовий ринок" акція є цінним папером, а професійні учасники на ринку цінних паперів. Згідно з ч. 2 ст. 2 Учасників фондового ринку є емітенти, інвестори, саморегулювальної організації та професійні учасники фондового ринку. Емітент – юридична особа, Автономна Республіка Крим або міські ради, а також держава в особі уповноважених нею органів державної влади, яка від свого імені розміщує емісійні цінні папери та бере на себе зобов'язання щодо них перед їх власниками. Тобто, емітентом є і власне акціонерне товариство. Згідно з ч. 3 ст. 16 Зазначеного закону професійна діяльність на фондовому ринку здійснюється виключно на підставі ліцензії, що видається Національною комісією з цінних паперів та фондового ринку;

- діяльність із надання фінансових послуг (п. 3 ч. 1 ст. 9): регулюється ЗУ "Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг" та є важливою складовою забезпечення фінансових ресурсів корпоративних підприємств, до того ж більшість фінансових установ таких як банки, страхові компанії, створюються в формі господарських товариств (Обсяги та тема даного дослідження не дають нам змогу в певній мірі розкрити державне регулювання ліцензій із надання фінансових послуг. Детальніше про це див.: [24].

Щодо державних програм з розвитку корпоративного права, то це питання потребує окремого наукового вивчення, а в рамках цього дослідження хотілося б згадати Державну програму розвитку внутрішнього виробництва Кабінету Міністрів України [25], у вступі якої зазначається, що національна економіка потребує глибоких перетворень, зокрема у системі державного і корпоративного управління, що дасть змогу підвищити економічну стійкість країни. В розділі економічної політики згадуються такі напрями усунення недоліків у системі державного та корпоративного управління та переходу з урахуванням наявних ресурсів та можливостей до розбудови сучасного виробництва: розробити стратегію економічного розвитку на перспективу, сформулювати наукову, інвестиційну та інноваційну політику, запровадити технології форсайту; забезпечити пропорційний і збалансований розвиток територій, галузей економіки, внутрішнього ринку товарів та послуг шляхом збільшення обсягу вітчизняного виробництва; раціонально використовувати обмежені природні ресурси, посилити відповідальність за забруднення навколишнього природного середовища; відновити втрачені зв'язки між реальним сектором економіки і фінансово-кредитною системою для забезпечення функціонування виробництва на належному рівні; забезпечити захист права приват-

ної власності з метою легалізації бізнесу, налагодження конструктивного діалогу між владою і представниками бізнесових кіл, бізнесом і найманими працівниками; підвищити ефективність системи державних замовлень і закупівель для державних потреб, створити державні резерви та запаси відповідно до нормативних обсягів їх накопичення; завершити процес дерегуляції економіки; створити умови для відтворення і розвитку людського капіталу, забезпечувати підготовку інженерно-технічних, наукових та робітничих кадрів, підвищувати професійну кваліфікацію працівників; забезпечувати виконання вимог до техніки безпеки і охорони праці, фітосанітарного захисту, безпеки якості харчових продуктів і харчових добавок.

Таким чином, нами були систематизовані та класифіковані основні засоби впливу держави на здійснення корпоративних прав та виявлено основні недоліки їх правозастосування. Подальшого наукового осмислення потребують окремі засоби регулюючого впливу держави на здійснення корпоративних прав, зокрема корпоративне управління, державна реєстрація корпорацій, державні програми з розвитку корпоративного права.

1. М.В. Грідчина. Корпоративні фінанси (зарубіжний досвід і вітчизняна практика). – К.: МАУП, 2002. – 232 с. 2. Чихачова Ю. С. Механізми управління корпоративними правами держави. Держава та регіони: Серія Економіка та підприємництво. – 2009. – № 3. – С. 197-202.
3. Хозяйственное право: Учебник. В.К. Мамутов, Г.Л. Знаменский, К.С. Хахулин и др.; под ред. Мамутова В.К. – К.: Юриком Інтер, 2002.
4. Бандорин А. Е. Механизм правового регулирования предпринимательской деятельности в России (вопросы их теории и практики). Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Саратов: 2011. 5. Принципи корпоративного управління ОЕСР // http://www.finrep.kiev.ua/download/oecd_cg_2004_ua.pdf 6. Рішення ДКЦПФР від 11 грудня 2003 року N 571 "Про затвердження Принципів корпоративного управління" // Юридичний вісник України. – 2004. – N 19. – С. 5. 7. Рішення Біржової ради Першої фондової торгівельної системи від 3 липня 2007 року N 2 "Щодо Правил Фондової біржі" // http://search.ligazakon.ua/_doc2.nsf/link1/accept/FIN35797.html 8. The UK Approach to Corporate Governance // <http://www.frc.org.uk/getattachment/1db9539d-9176-4546-91ee-828b7fd087a8/The-UK-Approach-to-Corporate-Governance.aspx>. – 16 р. 9. Обзор положений Закона СарбейнсаОксли от 2002 г. // http://mer-acq.com/EY_Sarbanes.pdf. – 24 с. 10. Проект Закону України від 01.04.2008 р. N 2306 "Про корпоратизацію комунальних підприємств, що провадять діяльність у сфері водо-, теплопостачання та водовідведення" // http://search.ligazakon.ua/_doc2.nsf/link1/JF1S2001.html 11. Radhika G., Balaji V. Corporate Governance – Laying Groundwork for the Economic Growth // JBFSIR. – 2011. – Volume 1, Issue 8. – Р. 84-93. 12. Корпоративне управління. Офіційний сайт НКЦПФР // <http://www.nssmc.gov.ua/activities/corpmangement> 13. Філозоп О.В. Внутрішній аудит та внутрішній контроль: розмежування поняття // Вісник Житомирського державного технологічного університету. Серія: економічні науки. – 2009. – № 4. – С. 177-181 // http://www.nbuv.gov.ua/portal/Soc_gum/Vzhdtu_econ/2009_4/37.pdf 14. Щербина О.В. Правове становище акціонерів за законодавством України. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2000. – 15 с. 15. Регуєцька О.В. Охорона прав акціонерів у цивільному праві. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2005. – 20 с. 16. Щербина В. С. Суб'єкти господарського права. – К.: Юриком Інтер, 2008. – 264 с. 17. Gesetz über die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat (Drittelbeteiligungsgesetz – DrittelbG) von 18.05.2004 // <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/drittelbG/gesamt.pdf> 18. Лукач І.В. Правове становище холдингових компаній. – К.: Юриком Інтер, 2008. – 240 с. 19. Federal Acquisition Regulation // <http://acquisition.gov/far/current/pdf/FAR.pdf> 20. Наказ Мінекономіки від 27 липня 2010 р. № 925 "Про затвердження Типового договору про закупівлю товарів (робіт або послуг) за державні кошти та Інструкції щодо заповнення Типового договору про закупівлю товарів (робіт або послуг) за державні кошти". – ОБУ. – 2010 р. – № 63. – С. 202. 21. Federal Property and Administrative Services Act of 1949 // <http://epw.senate.gov/fpasa49.pdf#search=Federal%20Property%20and%20Administrative%20Services%20Act> 22. Харченко Г. А. Шляхи вдосконалення управління державними закупівлями в Україні // Держава та регіони. Серія: Державне управління. – 2012. – № 2. – С. 136-139 // http://www.nbuv.gov.ua/portal/Soc_Gum/Dtr_du/2012_2/files/DU212_26.pdf 23. Офіційний список банків України, включених до Державного реєстру банків // Вісник НБУ. – 2012. – № 2. – с.54-59. 24. Шпомер А.І. Ліцензування господарської діяльності (господарсько-правовий аспект): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.04 / Київ. нац. ун-т ім. Т.Шевченка. – К., 2006. – 20 с. 25. Постанова КМУ від 12 вересня 2011 р. № 1130. – ОБУ. – 2011. – № 86. – С. 9.

УДК 94 (4) "313/1453"; 347.

Л. Дячук, доц.

МАЙНОВІ ВІДНОСИНИ БАТЬКІВ ТА ДІТЕЙ У РАННЬОВІЗАНТІЙСЬКОМУ СІМЕЙНОМУ ПРАВІ

В статті досліджуються види власного майна підвладних дітей в контексті їх правової еволюції в межах античної (римської) та християнської (греко – римської) цивілізацій.

Ключові слова: майнові відносини, домовладика, підвладні діти, особисте майно, правове регулювання, античність, християнство, еволюція.

В статье исследуются виды собственного имущества подвластных детей в контексте их правовой эволюции в пределах античной (римской) и христианской (греко – римской) цивилизаций.

Ключевые слова: имущественные отношения, домовладика, подвластные дети, личное имущество, правовое регулирование, античность, христианство, эволюция.

In the article legal evolution of the types of personal property of servient children are probed within the limits of ancient (Roman) and Christian (greco – Roman) civilizations.

Key words: property relations, head of household, servient children, personal property, legal regulation, antiquity, Christianity, evolution.

Проблеми відносин батьків та дітей завжди викликали великий науковий та громадський інтерес дослідників, педагогів, політиків та інших категорій суспільства. Кожна цивілізація відобразила специфіку відповідної тематики на ґносеологічному, аксіологічному та онтологічному рівні. Однак, якщо дослідження філософів, соціологів, філологів, істориків розкривали сам феномен відносин батьків та дітей, як свідчить досвід усіх цивілізацій, то шляхи їх врегулювання залишились за сакральними (в традиційному суспільстві) та правовими нормами суспільства. Слід зазначити, що релігійні правила завжди відігравали роль правових принципів у традиційному суспільстві, на засадах яких формувались юридичні норми, інститути та правові системи. Юридична наука не тільки застерігає індивідів на рівні чинного законодавства та розробляє правові засоби врегулювання суспільних відносин, але й пропагує відповідні цінності, які можуть стати алгоритмами духовного та матеріального буття відповідного соціуму. Тому досвід врегулювання правовідносин батьків та дітей в античній (римській) та християнській (греко-римській) цивілізаціях завжди викликав непідробний інтерес богословів (починаючи з апостолів), науковців, митців та небайдужих членів суспільства. Безсумнівно, що вказані проблеми залишаються актуальним для вітчизняних юристів-дослідників в контексті витоків та генези правової культури Русі – України на християнській основі, які пов'язанні з духовними і науковими центрами античного та християнського світу. Таке усвідомлення в нашій країні існувало ще з часів Св. Іларіона, який писав, що "наша країна була завжди відома в усіх чотирьох сторонах світу" [1]. В його історичній концепції, відображеній в "Слові про Закон і Благодать", цілком виразно відтворюється сакральний зв'язок: Єрусалим – Константинополь – Київ (не забуваючи Вічного Міста апостолів Петра та Павла). Українські та інші мислителі ранньо – нового часу взагалі називали Київ другим Єрусалимом [2].

Через монументальний стиль мислення Іларіон та інші руські мислителі акцентували увагу на явищах, що мають як іманентне, так і трансцендентне значення і, очевидно, бачили своє завдання в спрямуванні цих ідей в практичну сферу повсякденного життя. Не випадково Київ після поширення християнства, як засвідчує історична та історико – правова література, став містом богословських пошуків, перекладів, систематизації і осмислення канонічного та християнізованого римського права. Тому, при дослідженні таких сакральних явищ, як шлюбно-сімейні відносини в традиційному суспільстві, сучасний дослідник, очевидно, повинен враховувати духовний та інтелектуальний досвід християнської правової традиції, творці якої досліджували профанне в кон-

тексті сакрального, розглядаючи повсякденне життя людини та суспільства через ідеї Божественного Одкровення та християнсько – церковного вчення.

Прикладами всебічного осмислення особистих і майнових відносин батьків та дітей на рівні юридичного дискурсу являються наукові праці таких відомих дослідників з історії та догми римського права, як Ф. Шулін [3, с. 250 – 252], Ю. Барон [4, 862 – 872], В. Хвостов [5, С. 96, 252 – 253, 401 – 402], Й. Покровський [6, с. 442 – 443], Н. Боголепов [7, с. 251, 508], Д. Грім [8, с. 435 – 437], М. Казер [9, 214 – 216], І. Новицький, І. Перетерський [10, 140 – 142], Д. Дождєв [11, 272 – 279], Ч. Санфіліппо [12, с. 114 – 115; 129 – 131], О. Підпригора [13], Є. Харитонов [14, с. 289 – 291], В. Макаrchук [15, 94 – 95]). Значну наукову цінність у даному контексті мають дослідження з історії греко-римського (візантійського) права, авторами яких були такі візантологи, як Л. Міттайс [16], Л. Загурський [17], Ф. Шенвіц [18], Є. Ліпшиц [19, с. 51 – 53] та інші.

Тим не менше, новий ракурс бачення сучасного дослідника не може не виявити певні ґносеологічні прогалини в контексті еволюції правової системи *Ромейської імперії* на її християнській стадії розвитку. Особливо актуальними є проблеми агональних та антагоністичних відносин античної та християнської цивілізацій на рівні юридичного дискурсу, коли на юридично-технічних матрицях римського права та аксіологічній основі християнських цінностей, що регулювались суспільні відносини в часи ранньовізантійського періоду, формувалось право в контексті наступної тріади: християнське вчення – канонічні норми – правовий механізм регулювання міжособистісних та майнових відносин. Наше завдання полягає в тому, щоб систематизувати дослідження та дослідити невідомі юридичні явища, що в процесі еволюції майнових відносин батьків та дітей в часи так званого "вульгаризованого" римського права (IV – VI ст.) зазнали відповідних змін.

Генеза майнових відносин батьків і дітей, в контексті правової системи греко-римської імперії, почалася ще в архаїчний період римського права, коли йшлося не про правовідносини, а про визначення традицією ставлення *pater familias* до тих, хто знаходився під його *patria potestas*. Підвладні сини, як і раби, могли вступати за нормами звичаєвого права (*mores*) та з дозволу *pater familias* в договірні майнові відносини з третіми особами, але усі вигоди від таких правовідносин завжди отримували *pater familias*, оскільки особа *alieni iuris* не мала права на власність, хоча боргові зобов'язання покладались на підвладного сина [12, с. 130].

Винятковими були зобов'язання, що виникали із деліктів, коли домовладика був змушений визначатись

щодо вибору однієї із двох форм врегулювання юридичної проблеми: одна з них мала на увазі відшкодування майнових збитків через застосування процедури, що належала до особистісного змісту *patria potestas*, і передбачала *jus poxae dandi pater familias*; тобто *pater familias* мав право манципації підвладного сина на користь суб'єкта вимоги (порушеного права); інша формально-юридична можливість полягала у тому, що батько мав побічне зобов'язання за речовий делікт сина і міг взяти майнову відповідальність та відповідні зобов'язання на себе [12, с. 115, 129, 130]. В інших, безделіктних випадках, ризик фактично покладался на третю особу, яка законно вступила у майнові відносини з особою чужого права. Натомість батько останнього відповідав тоді, якщо він уповноважив підвладного сина щодо укладення відповідної угоди. Така конструкція, на думку Д. Дождева, дозволяє кваліфікувати режим набуття через підвладного сина як пряме *представництво* від *familia*, яка формалізується в особі глави сімейства [11, с. 273]. Натомість відповідальність сина через угоду без доручення є зворотною стороною індивідуалізації *familia*, як сукупного суб'єкта в цивільному обороті, де *pater familias* набуває статусу єдиного повноправного члена сімейства.

Індивідуалістичне сприйняття внутрішньосімейних відносин, зауважує Д. Дождев, посилюється в передкласичний період, що об'єктивно ставило в невідгідне становище підвладних *pater familias* і завдавало шкоди такому органічному утворенню, як давньоримська патріархальна *familia* [11, с. 273 – 274]. Але діалектика еволюції патріархальної сім'ї давньоримської *civitas* полягала в тому, що посилення *patria potestas* в умовах поступової формалізації *familia* на рівні позитивного права було *історичним викликом*, який обумовлював іманентну *відповідь*, що виражалась в появі правових норм-принципів, які, при абсолютній владі глави сімейства, надавали внутрішньо-сімейним відносинам більш гармонійного і нормативного характеру. Отже, справедлива позиція *pater familias* щодо підвладного сина, в контексті відомої конструкції (домовладика – підвладний син – третя особа), стало можливою з появою інституту претора, суб'єкти якого усвідомлювали необхідність правового врегулювання сімейних майнових відносин. З часів появи інституту претора сучасні дослідники починають відлік передкласичного періоду римського права, що характеризується виникненням нових форм юридичних угод та правочинів, а також становленням римської правової науки [11, с. 16-17, 23-34].

Претор, передусім, передбачив можливість в окремих випадках (в контексті відомої конструкції) відповідальність домовладика, що була регламентована преторським позовом – *actiones adiecticiae qualitates*, в якому повноваження батька були поєднані з діями сина [12, с. 130]. Така норма не тільки захищала інтереси третьої особи, але й виражала тенденцію до врегулювання майнових інтересів домовладика та *persona alieni juris* (сина чи раба).

В ці ж часи поширюється практика надання *підвладному* сину *батьківського пекулію* (*peculium profectum*) для самостійного управління. Тобто йдеться про майно домовладика в межах якого підвладний син міг укласти угоди від свого імені [12, с. 133; 3, с. 250-251]. Але, право на створення і юридичне існування пекулію мав лиш домовладика, оскільки тільки він, як *persona sui juris*, володів *patria potestas*. Таким чином, пекулій в будь-який час міг бути скасований, а майно повернуте його власнику.

Саме походження *rescuium* залишається малодослідженим. Наприклад, юрист Марціан (поч. III ст.) вважав,

що його породила юридична практика давніх предків (D. 15.1.40). Натомість В. Хвостов підкреслює, що пекулій був відомий уже в часи Плавта (*Titus Maccius Plautus*, (?254 до н.е. – 184 до н.е.) – *видатний римський комедіограф*), але пекулярна система, на його думку, не могла мати значного розвитку, поки домовладика не був зобов'язаним юридично відповідати за угоди, котрі укладав в межах пекулію його підвладний син [5, с. 262]. В цьому ж контексті В. Хвостов цілком влучно підкреслив, що тільки з появою преторського *actio de rescuium* виникла можливість доручити підвладному сину самостійне ведення цілих промислових підприємств за рахунок *pater familias* [5, с. 263]. Однак, на наш погляд, така конструкція сформувалась в передкласичному праві, а не в рамках класичного як у В. Хвостова, тобто тоді, коли найбільш активно розвивались такі форми права як преторський едикт та *actiones* – позови преторського походження. Наша позиція цілком корелюється з підходами Чезаре Санфіліппо, який в догматично-системному дослідженні з римського права залучає матеріал з історії римського права, розміщуючи відповідну тематику в межах передкласичного періоду [12, с. 130]. Втім, він був непоодиноким, застосовуючи в контексті викладу системи римського права важливі для розуміння юридичних явищ історико-правові сюжети. Так, Д. Дождев, який у підручнику "Римське приватне право", що був створений за пандектною системою, виявив також у численних історичних екскурсах гідний уваги історико – правовий досвід, однозначно між тим заявивши, що *actio de rescuium* з'явився "ще в передкласичну епоху" [11, с. 272].

Дійсно, за логікою речей, коли у передкласичний період поширилась практика надання підвладним особам *пекулію*, то в умовах динамічного розвитку торгівельного обороту (Momsen, 3.11.117), характерного для цього часу, необхідно було врегулювати пекулярні відносини (за конструкцією: *домовладика – підвладний син чи раб – третя особа*), що б захистити майнові інтереси потерпілої сторони. Це й обумовило появу *actio de rescuium* та особливості його процесуально-правового змісту.

Згодом, в період між названим преторським позовом та Постійним едиктом (130 р. н.е.) (*після останнього припиняється преторська нормотворчість*) з'явилися ще кілька видів *actiones*, які, відповідним чином, врегульовували різні ситуації, пов'язані з пекулярним майном [11, с. 275 – 276]. Так, *actio de iudicati rescuium* передбачив вимогу про виконання домовладиком судового рішення, що було ухвалене проти підвладної особи (D. 15.1.3.11). Така юридична конструкція була наближена до *прямого представництва* інтересів домовладика підвладним управителем пекулію [11, с. 272 – 278]. In *potestas filia familias*, в контексті волевиявленню домовладика, завдяки появі *rescuium* і *actiones* претора, здобули обмежену свободу підприємницької діяльності. Безперечно, це частково впливало на особисті відносини батьків та дітей, оскільки вияв тенденцій до свободи в одній сфері відносив іманентно міг вплинути на іншу. Тим більше, що в масовій свідомості населення Риму довготривалий пекулій сприймався як власне майно підвладного.

Не випадково, що юрконсульт Помпоній (в даному контексті) допускав в коментарях до Квінта Муція Сцеволи (понтіфіка) гіпотетичне укладення підвладним сином угоди з третьою особою без волевиявлення *pater familias* (D. 15.1.49). Нехай такі дії підвладного описі схвалювались або піддавались осуду, однак сама можливість вільного рішення підвладного свідчила про посилення тенденції до зміни його правового становища у речових відносинах з батьком.

У зв'язку з тим, що прибутки від пекулію передавались домовладці, претор передбачив нову форму позову – *actio de in rem verso* (Gai, 4.72), який визначав юридичну відповідальність *pater familia* в межах набутого з пекулію майна. Це виводило підвладного сина з-під такої відповідальності та надавало можливість для оперативного укладення наступних угод.

Особливий рівень довіри виявлявся до підвладного, який призначався капітаном (*magister navis*) або господарем торговельного судна (*exercitor*) (C. 14.1.1 pr; 14.1.1.19). Звичайно, що навіть підвладна особа, якій були надані такі повноваження, не була безвольною істотою під абсолютною владою *pater familias*. Тим не менше, юридична відповідальність, як і в усіх інших випадках з пекулієм, покладалась на домовладця, а підвладний відповідав, за існуючою традицією сімейного права, лише перед *pater familias*. Кредитори ж за результатами угоди могли вимагати відшкодування усієї суми збитків від домовладця за *actio exercitoria*. Натомість *actio institoria* використовувався за тим же принципом, але в обставинах, коли в якості пекулія підвладний отримував від домовладця право на управління підприємством (Gai, 4.7.1; D. 14.). "Завдяки цим позовам, – зауважував Н. Боголєпов, – за підвладними визнається деяка доля правоздатності: раніше за цивільним правом вони не могли своїми діями зобов'язувати домовладця, а тепер отримали таку можливість. Однак у цій можливості вже було закладено послаблення влади домовладця, оскільки раніше вона цілком поглинала особистість підвладного, а тепер ця особа трішки виділилась, набула деяку самостійність в галузі цивільного ("гражданского") права" [7, с. 508]. Цілком погоджуючись з оціночними судженнями відомого вченого про значення позовів в еволюції прав підвладних осіб слід зазначити, що дослідник пов'язує це з *цивільним правом*. Натомість загальновідомим є положення, що все, що пов'язано з батьківським пекулієм та відповідними *actiones* відноситься виключно до *преторського права*. Для того, щоб правильно зрозуміти позицію вченого, необхідно взяти до уваги одну деталь, а саме примітку, що знаходиться на тій же сторінці, в якій дослідник зауважує наступне: "В області государственного права *filiifamilias* (законні діти) приобрели значительную самостоятельность еще раньше 3-го периода (рос.)". Таким чином Н. Боголєпов у попередньому фрагменті використовує поняття *цивільного* ("гражданского") (рос.) права, як права приватного, що разом із *державним* правом складає систему римського права. Такий підхід більш характерний для праць з системи/догми римського права, але не для всіх дослідників. Наприклад, такі романісти як Й. Пркоровський, В. Хвостов, Фр. Шулін, Дм. Дождев та інші, в працях як з історії, так і з системи римського права використовують понятійно-категоріальний апарат, що відповідає римській правовій доктрині. Так, Й. Покровський з цього приводу писав: "На основі законів XII таблиц в подальшому розвивається система *національних-римських норм*, що застосовувались лише до римських громадян (*cives Romani*)...Ця система норм і називається *jus civile* або *jus Quiritum*" [6, с.108]. Відомі фрагменти з римської юриспруденції, систематизовані в Дигестах Юстиніана, підтверджують, що *цивільне право* охоплює як публічні, так і приватні правові інститути і походить від римської лексеми *civitas* (община, громадянство, місто, держава; *civis* – громадянин) (D. 1.1.1.6; 1.1.11; 1.2.2.6; 1.2.2.12.). В процесі генези та еволюції цивільне право формувалось і розвивалось зявляючи "законам, плебісцитам, сенатконсультам, декретам принципів та *auctoritate prudentium* (роздуми мудреців; інтелектуалів; вчених;

науковців і т.п.)" (D.1.1.7). Натомість преторське право, як зауважив Емілій Папініан, "це те, яке ввели претори для сприяння цивільному праву або для його доповнення або виправлення для суспільної користі" (D.1.1.7). В працях творців та систематизаторів "нового римського права" (XIX ст.) юридичні норми претора належать до самостійної системи *jus pretorium* [6, 320 – 341]. Тому в історико-правових дослідженнях існує чітка диференціація на *jus civile* (як традиційне публічно-приватне право), право народів, преторське право або *jus honorarium* та природне римське право. Окрім того, в Римі існував поділ на публічне, що стосувалось держави, та приватне право, яке "відноситься до користі окремих осіб" (D. 1.1.1.2). Останнє, за Ульпіаном, розпадається на приписи природного права, чи права народів, чи *цивільного* права. Отже, *цивільне* та *приватне* право за римською правовою доктриною співвідносяться як *загальне* та *часткове*. Таким чином, Н. Боголєпов, давши оцінки відомим явищам, користувався в даному випадку не романістичною термінологією, а поняттями та категоріями XIX – XX ст.: в контексті дихотомії публічного (державного) та приватного (громадянського) права.

В цілому ж погоджуючись з відомим дослідником в його оцінках новелістичних явищ у період становлення пекуліарних відносин слід зазначити, що незалежно від форми преторських позовів, волевиявлення зацікавлених осіб, від ступеня свободи в підприємницькій діяльності підвладних осіб, *peculium profectum* існував на засадах основного і незмінного принципу, в якому поєднувались дії підвладного за волевиявленням домовладця та вигоди або юридична відповідальність *pater familia*.

Основний принцип *батьківського пекулію* проходить через усе римське та ранньовізантійське право. Важливе значення, в даному контексті, мала теоретична розробка пекулія та практичні рекомендації щодо пекуліарних відносин в працях римських юристів кінця передкласичного та класичного періодів. Окрім офіційних відповідей, вони використовували й інші жанри юридичної літератури. Особливо поширеними були коментарі до преторських едиктів та праць попередників, в яких (а також в інших жанрах римської юриспруденції) римські юристи намагались передусім дати відповідні визначення пекулію та проаналізувати різні гіпотези пекуліарних відносин.

Перші коментарі проблеми *пекулія* належали таким відомим юристам кінця докласичного періоду, як **Квінт Муцій Сцевола** (15.1.49) – консул 95 р., великий понтифік, автор *De jure civile*, яка була покладена в основу правової науки європейських народів [11, с. 27 – 28]; **Сервій Сульпіцій Руф** (D.) – консул, дослідник преторського едикту ("*Ad Brutum*" (*Брут М. Ю. – претор 140 р., разом з Публієм Мусієм Сцеволою та Манієм Манілієм, був творцем цивільного права* – D.1.2.2.39); учень Сервія, **Алфен Вар** – консул 39 р. до н.е., автор 40-а кн. "*Digesta*" (D. 15.3.16.) [20, с. 295; 21, с. 1228 – 1229] та Квінт Елій **Туберон** (Quintus Aelius Tuberо, бл. 80 р. до н. е. – після 23 р. до н. е.), один з творців римської правової науки, автор більше 10-ти праць з публічного та приватного права, що визначив поняття пекулію, яке обговорювалось Цельсом (D. 15.1.6) та Ульпіаном (D. 5.1.7). Таким чином, римські юристи класичного періоду у своїх дослідженнях пекулію використовували не тільки першоджерела – преторські едикти та відповідні *actiones*, але й науковий досвід своїх вчителів та попередників.

Розробка різних гіпотез пекуліарних відносин здійснювалась: 1) засновниками та представниками двох юридичних шкіл – сабініанців та прокуліанців, визначених Помпонієм; 2) юристами II-го ст., які не належали уже до відомих шкіл; 3) правознавцями кінця II-го ст. –

сер. III-го ст., які були пов'язані з імператорським *consilium* і, окрім створення коментарів до преторських едиктів та праць засновників і учасників наукових шкіл (Муція Сцеволи, Сабіна, Плавція), давали відповіді на запити переважно імператорів династії Северів.

До **сабініанців** належали Атей Капітон, Месіурій Сабін (D. 15.1.2,4,25; D. 15.1.4,8; D. 15.1.24,41), Гай Кассій Лонгін, **Яволен** Пріск (D. 15.1.33, 35 4), Сальвій Юліан (D. 15.1.37), а також Секст Помпоній (D. 15.1.2, 4, 22, 23, 25, 34, 49) та Секст Африкан (D. 15.1.38). Останні не належали до сабініанців, але часто солідаризувалися з ними.

Пекулярні відносини досліджували також відомі юристи, яких Помпоній назвав **прокуліанцями**: Лабеон (D. 15.1.3.12; 15.3.1.1; 15.3.3.5-6), Прокул (D. 15.1.17; 15.1.47.), Ювентій Цельс (D. 15.1.6; D. 15.1.3.5; D. 15.1.7 pr), Нерацій Пріск (D. 15.3.18; D. 15.1.9; 15.3.19) та Плавцій (D. 15.1.47; 15.1.48; Vat., 74, 82) [21, с. 322; 22, с. 978; 23, с. 406; 24, с. 153 – 154].

До 2-ї групи, що досліджували проблеми пекулію, відносяться незалежні від юридичних напрямів юристи II ст. Помпоній (D. 15.1.2, 4, 22, 23, 25, 34, 49), Гай "Інституції" (Gai., 2. 94 – 95; 4. 70 – 74; D. 15.1.10; 15.1.27; 15.1.29; 15.3.4), Флорентін (D. 15.1.39) і Трифонін (D. 15.1.57; 15.3.6).

До останньої категорії юристів (3 гр.) – дослідників пекулію, належать знамениті юристи, тісно пов'язані з *consilium* та іншими владними інститутами доби імператорів Северів, такі як Папініан (D. 15.1.50), Марціан (D. 15.1.40), Павло (20 фрагментів в 4-х тит. 15-ї кн. Дигест Юстиніана) та Ульпіан (29 фрагментів – там само).

Таким чином, більшість відомих юристів класичного періоду (I – III ст.) у необхідних та доцільних формах правового дискурсу римської юриспруденції (*digestarum, regularum, quaestiones, disputationes, responsa*), серед яких переважали, як зазначалось, коментарі до преторського едикту та праць авторитетних попередників, безпосередньо виразили своє ставлення до пекулію, який за всіма ознаками, набутими в процесі еволюції (від Лабео-на до Ульпіана), перетворився в самостійний інститут приватного права. Окрім численних гіпотез пекулярних правовідносин [25], класичні юристи, як продемонстрував Юліус Барон [4, с. 864 – 866], зосередились передусім на визначенні пекулію (D. 15.1.5.4; 15.1.4 pr) та його складових частинах (D. 15.1.7. 1 – 2; 15.1.40), на правовідносинах підвладного сина і *pater familias* (D. 15.1.39; 15.1.47.6), а також на причинах втрати юридичних підстав для існування *батьківського пекулію*: а) якщо домовладика забирає пекулій – (D. 15.1.8); б) якщо припиняється *patria potestas* – (D. 15.1.53). За конституцією Клавдія, яку цитує Ульпіан, пекулій втрачає свої ознаки і перетворюється в особисте майно підвладного сина, якщо усе майно батька казна забирає за борги (D. 4.4.3.4). Таким чином римські юристи значно розширили правовий зміст пекулію, розробили і сформували його правову концепцію, яка стала юридичною основою *інституту пекулію*, а відповідні правові дослідження – основними гносеологічно-правовими джерелами імператорських конституцій (IV – V ст.) та законодавства Юстиніана.

Попри філігранність юридичної техніки, особливості правового змісту та юридичну силу самих праць класичних юристів та їх фрагментів (D. 15. 1-4), основні принципи, що сформувались ще в передкласичний період, зберегли традиційне значення як в класичній юриспруденції, так і в Дигестах Юстиніана. Незалежно від існуючих ментальних стереотипів пізньоантичного римського суспільства щодо прав на пекулярне майно підвладних, *peculium profectum*, за юридичною приро-

дою *gotano familias*, завжди належав главі сімейства. Одним із критеріїв такого становища була правова норма, що увійшла в Інституції Юстиніана і виражала у відповідному контексті правоможливість власника і навпаки, відсутність такого права у *підвладного*: "...Не можуть заповідати ті особи, які підпорядковані чужій владі. ...Такі особи (за законом) не можуть заповідати навіть з дозволу батьків" (I. 2.12 pr).

Тим не менше, на відміну від проблеми особистих відносин домовладки та підвладного сина, яких юридично не існувало, оскільки правовідносини передбачають не менше двох право- та дієздатних суб'єктів, у майновій сфері завдяки преторам та римській юриспруденції почали формуватись нерівноправні, але законні пекулярні відносини.

Однак, ре-еволюційні зміни стосовно правоздатності підвладних осіб у сфері майнових відносин стали результатом правової політики у сфері інститутів шлюбу та сім'ї першого принцепса (імператора) Юлія Октавіана Августа (27 р. до н.е – 14 р. н.е). Цілковитим новим явищем в майнових правах підвладних синів, що з'явилося в добу Октавіана Августа, був ***peculium castrense*** (*мабірний або військовий пекулій – in castis*). Порівняно з *peculium profectum*, військовий пекулій мав інше походження, юридичну природу та правовий зміст. Він надавався воїну в якості пожалування, військової здобичі, премії та ін. Більш розширене визначення *peculium profectum* дав римський юрист Емілій Макр (*молодший сучасник Ульпіана* (170 – 228 pp.)): "Військовий пекулій – це те, що подаровано батьками і родичами тому, хто знаходиться на військовій службі або що сам підпорядкований батьківській владі син набув на військовій службі, тобто те, чого він не міг би набути, якщо б не служив. Бо те, що він міг набути і без військової служби, не являється його *peculium castrense*" (D. 49.17.11). Таким чином не стільки джерело походження, а, передусім, публічне становище підвладного сина визначає правовий статус майна, набутого ним під час виконання військових обов'язків.

На відміну від *profectum peculium*, домовладика міг стати лише узуправителем табірної пекулію підвладного сина. Однак, таке право мало умовне значення, оскільки залежало від волевиявлення підвладного сина. Натомість останній, окрім володіння, обороту та управління, мав право розпорядження у формі заповіту, а згодом на його прижиттєве відчуження [12, с. 130]. Стосовно правової природи ***peculium castrense*** науковий інтерес викликає правове положення Папініана, що викладене в наступній формі: "Батько, який віддає сина-воїна в усиновлення (*in adoptionem*) не може відняти у нього пекулій, який колись син придбав по праву військової служби. На цій основі і при емансипації сина з під своєї влади він не може відняти у нього пекулій, оскільки, навіть залишаючи (сина) в сім'ї, він не має права його (пекулій) відібрати" (D. 19.17.11). Не випадково фрагмент Папініана подається зразу ж після визначення *peculium castrense* Макра, оскільки залучивши три різні гіпотези пекулярних відносин юрист розкриває правову суть *peculium castrense*.

Єдиний зв'язок з домовладикою у даному випадку – це право на успадкування майна з ***peculium castrense***, при умові відсутності дітей у підвладного сина [19, с. 53]. Натомість, якщо останній не залишив заповіту на таке майно, то вступало в дію положення не про успадкування, а про батьківський пекулій і майно, таким чином, однозначно переходило до *pater familias* (D. 49.17.11). Це положення, як зауважив Ф. Шулін, було відмінено імператором Юстиніаном [3, с. 251]. В будь-якому разі, перший римський принцепс-імператор

Октавіан Август цілком свідомо вступив у протиріччя з античною римською традицією, оскільки усіляке майно, набуто підвладними, вважалось власністю *pater familias*, а сам підвладний за визначенням *nihil suum habere possunt* (не може мати нічого свого) [12, с. 130]. Це був перший прецедент обмеження батьківської влади в сімейно-майновій сфері, а також появи, таким чином, майнових сімейних відносин осіб, які мали цілком протилежний *status familia*.

На думку дослідників, майно власника *peculium castrense* в процесі історичного розвитку періодично зростало, оскільки оплата військової служби з часів Октавіана Августа (225 динаріїв у рік) з плином часу збільшувалась. Так, імператор Доміціан збільшив її на одну третину, а в часи імператорів Северів вона зростала в півтора рази [26]. Це, звичайно, розширяло межі свободи підвладного-воїна в майновій сфері, але такі зміни не впливали на подальший процес набуття ним майнової самостійності в юридичному сенсі. Тому радикальним уявляється захід імператора Адріана (117 – 138 рр.), який передбачив спадкові права підвладного сина-воїна на майно своєї дружини, що раніше було об'єктом спадщини лише *pater familias* (D. 49.17.13,16). Більше того, імператор дозволив воїнам звільняти власних рабів (*ibid*). Таке рішення стало ознакою розриву з попередньою традицією, оскільки право на *manumissio* належало лише *pater familias*. Однак, законодавець очевидно керувався у даній ситуації принципом – чия власність, того право. Для підтвердження такої думки звернемось до сентенції Ульпіана, який писав: "... Майно сина, що входить в склад військового пекулію, розглядається як майно особи свого права" (D. 14.6.). Таким чином, в контексті майна військового пекулію з різними джерелами його походження, підвладний воїн вважався за відповідною юридичною фікцією особою свого права в межах власного майна.

Разом з тим, Адріан розповсюдив дію *peculium castrense* на ветеранів (Inst. Just. 1.2.12 pr), статус яких, в контексті тлумачення Ульпіана, відповідав правам діючих воїнів. Таким чином, через вказані правові норми був запроваджений механізм зростання самостійності підвладного сина у майновій сфері, що знайшло продовження в період домінування започаткованої Константином I християнізації античного права імперії та новим яством імператорської законодавчої влади.

Отже, новий виток змін в майнових відносинах домовладки та його підвладних синів був пов'язаний з легітимізацією християнської Церкви за *Медіоланським едиктом* 313 р., який започаткував у імперії довготривалий процес християнізації публічного та приватного права [20, с.161-181]. Імператор Константин I, метою якого була законодавча політика приведення, передусім, норм інститутів шлюбу та сім'ї у відповідність християнським цінностям, не обмежився юридично-технічними засобами до розширення правового впливу норм *peculium castrense*, як імператор Адріан та класичні юристи, а запровадив новий вид особистого майна підвладних синів – *peculium quasi castrense*. На думку Й. Покровського походження такого пекулію пов'язано з наступними обставинами: "Коли з переходом до абсолютної монархії всі види державної служби було зрівняно, правила про *peculium castrense* були перенесені на майно, набуто сином на службі цивільній, на так званий *peculium quasi castrense*" [6, с. 442]. Таким чином, *peculium quasi castrense* складався з майна, що надавалось у власність підвладним особам за службу в імператорських владних інститутах, включаючи (пізніше) навіть службу в християнській Церкві. Цілком погоджуючись з позицією Й. Покровського, мусимо зазначити, що у відомого ученого йдеться про юридичні підстави появи *peculium quasi castrense*, а мотиви, як уже зазна-

чалось, обумовлювалися християнізацією римського права. Останнє, як відомо, передбачало як посилення юридичної відповідальності особи за відомі правопорушення, так і зростання особистої свободи, яка поступово набувала розширення під впливом догми про рівність усіх християн перед Господом Богом.

Отже, власниками *peculium quasi castrense* за конституцією Константина I від 326 р. вважалися придворні особи, радники, чиновники імператорської канцелярії (C. 12.30 (29).1). Наступні імператори передбачили поширення відомого пекулію на інші категорії службовців. Так, імператори Гонорій та Феодосій II у двох конституціях (*обидві набрали чинності в квітні 422 р.*) поширили *peculium quasi castrense* на чиновників державного апарату, а саме на *асесорів* (адсесорів) (*ads- = ass-*) – помічників адміністраторів вищого рівня (*інший варіант: податківці*) (C. 1.51.7), а також на адвокатів (C. 2.7.4). В конституції особливо наголошувалось, що правовий статус майна асесорів, набутого чесними і законними засобами, відповідає *peculium castrense* (C. 1.51.7). В конституції імператорів Феодосія II та Валентиніана III (? 444 р.) йдеться про такі права імперських архіваріїв, писарів та реєстраторів (C. 12.36.6). За іншим виданням цей акт належав Константину I.

Особливий інтерес викликає конституція імператора Лева I Макелла 472 р., який поширив *peculium quasi castrense* на представників ієрархії християнської Церкви: єпископів, пресвітерів та дияконів (C. 1.3.33(34)). Звичайно, представники кліру не були державними службовцями, але сам акт імператора свідчить про особливу форму взаємовідносин (*симфонію*) імператорської влади та християнської Церкви. Разом з тим, Юстиніан не тільки доповнив і скорегував нормативний акт Лева I, а концептуально обґрунтував право представників кліру на особисте майно незалежно від їх сімейного статусу. Окрім згаданих в новелі Лева I єпископів, пресвітерів (священників) та дияконів, Юстиніан поширив такі ж права на іподияконів, церковних співців та читців, вилучивши з переліку єпископський чин (Nov. 123,19).

Насамкінець, одна із конституцій Юстиніана розкриває правову природу *peculium quasi castrense*, сприймаючи її через юридичну фікцію, і визначає її принципи та межі (C. 3.28.37). Основним принципом такого виду пекулію було заповідальне право його власника. Отже, *peculium quasi castrense* охоплював найбільш активні категорії населення, яке формувало матеріальні та духовні основи християнської цивілізації.

Німецький дослідник Макс Казер, розуміючи, що такий правовий статус майна, яке входило в *peculium quasi castrense*, відповідає лише, за його висловом, "вульгаризованому" римському праву, визначив його (в другій частині історії римського приватного права) als *Eigenvermögen* ("як власне майно") підвладних синів [9, с.153]. Однак, таке "вульгаризоване" римське право сприяло не тільки розширенню майнової самостійності *persona aliene juris*, але й забезпечувало, в умовах відомого обмеження прав *pater familias*, особисту свободу (у певних межах) підвладних осіб. Таким чином, зростання прав у майновій сфері підвладного сина очевидно обумовлювало зростання його особистої свободи.

Стосовно успадкування майна з обох видів пекулію імператор Юстиніан запровадив цілком нові правові принципи, відмовившись від існуючих до нього систем успадкування за цивільним, преторським та попереднім імператорським правом. Право на спадщину пекулярного майна передбачалось, звичайно, й для батька, але, разом з іншими спадкоємцями, відповідно до визначеного за 118-ою Новелою Юстиніана порядку успадкування. Тільки при відсутності дітей у спадкодавця батько, разом з іншими спадкоємцями *другої черги*, мав право на спадкове майно підвладного чи еманси-

пованого сина. Таким чином, завдяки активному волевиявленню імператора, була сформована система спадкування за законом виключно за когнатським принципом і почерговим порядком успадкування. Це, передусім, сприяло формуванню іншого типу сім'ї за вказаним принципом, положення про яку стали джерелом подальших змін в період законодавчих реформ Ісаврійської династії (Еслога), що найбільш консквентно порівняно з іншими відображали ідею християнських шлюбно-сімейних відносин [27, с. 57].

Окрім того, ранньовізантійські імператори намагалися залучити нові норми, що сприяли розширенню прав на майнову самостійність, яка іманентно сприяла реалізації для підвладних християнського ідеалу свободи. Важливе значення у цьому сенсі мав інший вид майна, яке набували підвладні діти [5, с. 401]. На думку німецького дослідника Міттайса та його послідовників, такі ідеї виражала у певному сенсі грецька правова доктрина [16, с.238]. В будь-якому разі, Константин Великий в 319 р. запровадив новий вид власності підвладних дітей, який походив з материнської спадщини, на яку раніше претендували домовладика дітей та родичі його дружини. Після едикту Константина 319 р. право власності на материнське майно передбачалося за дітьми, а право на узурфрукт та управління майном отримували їх *pater familia* (С. 6. 60.1).

І насамкінець, Юстиніан, як і в інших галузях права, реформованими за *Lex generalis* (імператорські *constitutio*, а після появи Кодекса – новели) запровадив нову систему, яка, природно, не відповідала його власним Дигестам і римській правовій традиції: все набуте підвладним сином, окрім того, що було придбане на кошти батька, вважалося по праву власністю сина (С. 6.6.8; С. 2.9.1). Таким чином, було систематизовано порядок різних видів пекулію, який забезпечував падвладному значно вищий рівень майнової самостійності. Однак домовладика, як раніше, мав право на узурфрукт та управління майном.

В цей же час Юстиніан передбачив майнові права підвладних, яке юристами XIX ст. було названо *bona adventicia irregularia* [5, с. 402]. До такого виду майна підвладних дітей належало те, що було отримано ними від будь-якої (окрім батька) приватної особи, без жодних правових зобов'язань. На таке майно *pater familias* не отримував узурфрукт і не мав права на управління, оскільки, за самим визначенням *bona adventicia irregularia*, така умова прямо визначалась при передачі підвладному майна (С. 6.61.8.1; Nov. 117. 1, Nov. 118. 2). Отже, кількість названих виключень, що не відповідали римській правовій традиції, поступово зростала і "справа, – як зауважив В. Хвостов, – закінчується тим, що старий принцип цілковито втрачає значення" [5, с. 401].

Отже, в добу Юстиніана майно підвладних дітей поділялось на *вільне* та *невільне* [8, с. 436 – 437]. Основним критерієм (принципом) визначення *вільного* майна являється те, що *pater familias* при жодних обставинах не міг стати узурфруктарієм і претендувати на управління таким майном. До цієї категорії майна підвладних належали в часи Юстиніана такі його види: 1) *peculium castrense*; 2) *peculium quasi castrense*; 3) *bona adventicia irregularia*. Усе майно *peculium castrense* та *peculium quasi castrense* підвладні сини могли відчувати при житті та передбачити умовне надання його будь-якій особі по праву заповіту. Натомість щодо *bona adventicia irregularia* підвладні діти права заповіту не мали, що саме по собі було акцентом Юстиніана в сторону існуючої раніше правової традиції.

Така позиція візантійського реформатора і систематизатора права ще більше виявилась в контексті так

званого "невільного" майна підвладних дітей, на яке батько зберігав право узурфрукта та управління, а діти лише мали право користування та розпорядження. Йдеться про наступні види майна підвладних осіб: 1) *peculium profectum*, відомий з передкласичних часів, майном з якого користувались і управляли лише підвладні сини; 2) *bona adventicia regularia* – майно, отримане підвладними дітьми від матері або третіх осіб, на яке також мав право узурфрукта та управління *pater familias*. Важливе значення в контексті християнізації римського права мало поширення *bona adventicia regularia* на підлеглих осіб як чоловічої, так і жіночої статі.

Таким чином, під впливом християнських цінностей та грецького права в часи Юстиніана вдалось суттєво змінити правоздатність та дієздатність підвладних дітей, а також обмежити майнові права *pater familias*. Це означало, що патріархальна римська *familia* та її сімейний союз доби Юстиніана (до відповідних новел) втрачали традиційні ознаки, характерні для доби античності, і набували завдяки його законодавству такої форми, яка в значно більшій мірі відповідала християнському вченню та правилам канонічного права.

1. Іларіон Київський. Слово про закон і благодать // Тисяча років української суспільно-політичної думки. Т.1. X – XV ст./Передм. О. Сліпоушко, В. Яременко; упор. прим. О. Сліпоушко. – С. 199 – 217. 2. Яковенко Н. Символ "Богохранимого града" у пам'ятках київського кола (1620 – 1640 – ві роки) // Паралельний світ. Дослідження з історії уявлень та ідей в Україні XVI – XVII ст. – К.: Критика, 2002. – С. 324 – 330; Stupperich R. Kiev – das zweite Jerusalem. Ein Beitrag zur Geschichte des ukrainisch-russischen Nationalbewusstseins // Zeitschrift die Slavische Philologie. – 1935. – Bd. 12, nr 3/4. – S. 332 – 355. 3. Шулин Ф. Учебник истории римского права. Пер. с нем. И. И. Шукина. Под ред. В. М. Хвостова. – М., Тип. Э. Лисснера и Ю. Романа, 1893. – 609 с. 4. Барон Ю. Система римского гражданского права: В 6 кн. – СПб.: Издательство Р. Асланова "Юридический центр Пресс", 2005. – 1102 с. 5. Хвостов В. М. История римского права. – Пятое изд., исправл. и дополн. – М., Изд. Т-ва И.Д. Сытина, 1910. – 464 с. 6. Покровский И. А. История римского права. – Минск: Харвест, 2002. – 528 с. 7. Боголепов Н. Учебник римского права. Пособие к лекциям. Изд. третье. – М., Университет. тип., 1907. – 633 с. 8. Гримм Д.Д. Лекции по догме римского права. – М., Зерцало, 2003. – 496 с. 9. Kaser M. Das römische Privatrecht. Zweiter Abschnitt. Die nachklassische Entwicklungen. – München, Verlag C.H.Beck, 1975. – 680 s. 10. Римское частное право: Учебник / Под ред. И.Б. Новицкого и И.С. Перетерского. – М.: Юрист, 2003. – 544 с. 11. Дождев Д.В. Римское частное право. – М., Издат. группа ИНФРА М – НОРМА, 1997. – 704 с. 12. Санфилиппо, Чезаре. Курс римского частного права: Учебник / Под. ред. Д.В. Дождева. – М.: Издательство БЕК, 2000. – С. 400 с. 13. Підпригора А. О. Основы римского частного права. – К: Вентури, 1997. – С. 94 – 95. 14. Підпригора А. О., Харитонов Е. О. Римское право: Підручник. – Київ, Юрінком, 2003. – 512 с. 15. Макарыч В. С. Римское частное право. – К., Атрика, 2007. – 256 с. 16. Mitteis L. Reichsrecht und Volksrecht in ostlichen Provinzen des römischen Kaiserrechts. – Leipzig, 1891. 17. Загурський Л.Н. Личные отношения между родителями и детьми по римскому и французскому праву. Часть первая. Учение об отцовской власти по римскому праву. – Харьков, В Университетской Типографии, 1884. – 200 с. 18. Шенвиг Ф. Власть римского домовладыки. – Варшава – Москва: Товарищество М.О. Вольфа, 1914. – 317 с. 19. Липшиц Е.Э. Право и суд в Византии в IV–VIII вв. – Л., Издат. Наука, 1976. – 230 с. 20. Рудоквас А. Д. О христианизации римского права в эпоху императора Константина Великого // Древнее право. – № 9. – М., 2002. – С. 161 – 181. 21. [Zimmern, Sigmund] Geschichte des Römischen Privatrechts von Dr. Sigmund Willgelm Zimmern. Erster Band. – Heidelberg, den J.C.B. Mohr, 1826. – 412 s. 22. Long, George. Varus, Alfenus // Dictionary of Greek and Roman Biography and Mythology / Ed. by W. Smith. Vol. 3. – Boston: Little, Brown and company, 1867. – P. 1228 – 1229. 23. The Augustan Empire, 43 B.C. – A.D. 69. (Alan K. Bowman, Edward Champlin, Andrew Lintott) – Cambridge University Press, 1996. – 1199 p. 24. Dictionary of Greek edited William Smith, Vol. III. – London, John Murray, Albemarle Street. – M.DCCC.XLIX. – P. 406. 25. An Introduction to the Study of Justinian's Digest. Ed Henry John Roby (1884). – New York, Cambridge University Press, 2011. P. 153 – 154. 26. Детальніше див.: Дячук Л. Батьківський пекулій в римській юриспруденції та законодавстві Юстиніана (глава III) // Римские легионы вне полей сражений. – Пермь, Издат.- во Пермского университета, 1999. (www.designw.ru/nappla. html). 27. Zachariae von Lingenthal K.E. Geschichte des griechisch-römischen Rechts. – Aalen, 1955. – 422 s.

УДК 343.131

Н. Сиза, канд. юрид. наук, доц.

СКЛАД СУДУ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ В УКРАЇНІ

Проаналізовано норми кримінального процесуального законодавства України, що передбачають вимоги до складу суду. З'ясовано правові передумови формування законного складу суду. Сформульовано визначення поняття законного складу суду у кримінальному процесі України.

Ключові слова: законний склад суду, кримінальне провадження, склад суду присяжних, спеціалізація суддів.

Проанализированы нормы уголовного процессуального законодательства Украины, предусматривающие требования к составу суда. Установлены правовые предусловия формирования законного состава суда. Сформулировано определение законного состава суда в уголовном процессе Украины.

Ключевые слова: законный состав суда, уголовное производство, состав суда присяжных, специализация судей.

The analysis of the criminal procedural legislation of Ukraine, involving requirements of the court. It was found the legal preconditions of forming of a legitimate court composition. Defined the concept of the legal court composition in criminal proceedings of Ukraine.

Key words: legitimate court composition, criminal proceedings, composition of the jury, specialization of judges.

Здійснення правосуддя компетентним, незалежним і безстороннім судом, створеним на підставі закону, як проголошено відомими міжнародними актами, що визнані та ратифіковані Україною [1; 6; 10] є важливою гарантією забезпечення права на справедливий суд. Створення суду на підставі закону (законність суду) передбачає здійснення правосуддя спеціальним встановленим законом юрисдикційним органом – судом, який уповноважений на підставі норм вирішувати питання, відповідно до його компетенції. Вимога законності поширюється також і на законність складу суду в кожній справі і є елементом права на справедливий судовий розгляд.

Основні засади організації та діяльності судової системи в Україні визначені Конституцією України від 28 червня 1996 року та Законом України від 7 липня 2010 року № 2453-VI "Про судоустрій і статус суддів" [14]. У нормах кримінального процесуального законодавства України закріплені положення, що спрямовані на забезпечення реалізації загальних засад кримінального провадження.

Проблемні питання забезпечення доступу до правосуддя, удосконалення процесуальної форми судового розгляду, процесуального статусу судді та суду у кримінальному процесі всебічно й ґрунтовно досліджені в роботах таких вчених як: Ю.М. Грошевий, Г.І. Загорський, О.Б. Загурський, Л.Д. Кокорев, О.П. Кучинська, Л.М. Лобойко, В.Т. Маляренко, Є.Г. Мартинчик, О.Р. Михайленко, М.М. Михеєнко, В.В. Молдован, Т.Г. Морщакова, В.Т. Нор, С.В. Оверчук, І.Л. Петрухін, В.О. Попелюшко, В.М. Тертишник, Т.Б. Чеджемов, С.Л. Шаренко, В.П. Шибіко, О.Г. Яновська та інших.

Разом з тим, поняття законного складу суду у кримінальному провадженні потребує спеціального дослідження. Кримінально-процесуальний кодекс України від 28 грудня 1960 р. (далі – КПК 1960 р.) та Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 р. (далі – КПК 2012 р.) визначають ухвалення судового рішення незаконним складом суду як істотне порушення вимог кримінального процесуального закону, що передбачає скасування судового рішення судом апеляційної чи касаційної інстанції (п. 2 ч. 2 ст. 370, п. 1 ч. 1 ст. 398 КПК 1960 р. та п. 2 ч. 2 ст. 412, п. 1 ч. 1 ст. 438 КПК 2012 р.), але поняття "законний склад суду" чи "незаконний склад суду" не мають законодавчого визначення у цих кодексах.

Метою даного дослідження є: на основі узагальнення теоретичних напрацювань, системного аналізу норм кримінального процесуального законодавства та вивчення судової практики визначити поняття законного складу суду у кримінальному провадженні в Україні.

Відсутність законодавчого визначення змісту такої підстави для скасування судового рішення як винесення вироку незаконним складом суду обумовила необхідність її доктринального тлумачення. Авторами науково-практичного коментаря КПК 1960 р. наведений перелік процесуальних порушень, що обґрунтовано розглядалися ними як недодержання вимоги щодо законного складу суду. На їхню думку, незаконним визнається склад суду, якщо були підстави, які виключали участь судді в розгляді справи (ст. 54, 55 КПК); вирок (постанова) підписаний суддею, що не брав участі у розгляді справи; порушені правила щодо кількісного складу суддів; суддя або судді, що розглянули справу, обрані в суд, якому дана справа не підсудна; у розгляді справи брали участь суддя або народний засідатель, термін повноважень яких минув; хоча б один із суддів не був обраний Верховною Радою України або призначений Президентом України у встановленому законом порядку; якщо суд у встановленому законом порядку не розглянув клопотання про відвід судді або народного засідателя [7, с. 730].

Слід погодитись, що більшість із перерахованих порушень обумовлюють наявність такої підстави для скасування судового рішення як винесення вироку незаконним складом суду і, з урахуванням змін у кримінальному процесуальному законодавстві, вони можуть слугувати певними орієнтирами для визначення поняття "законний склад суду".

Перш за все, законним є склад суду, **який сформований згідно вимог кримінального процесуального закону щодо кількості суддів.**

Вимоги закону щодо кількості суддів для здійснення кримінального провадження, з урахуванням тяжкості злочину або суб'єкта вчинення злочину, встановлено у частинах 1-7 статті 32 КПК 2012 р.

У суді першої інстанції, за загальними правилами, визначеним частиною 1 статті 31 КПК 2012 р., кримінальне провадження здійснюється професійним суддею одноособово.

Колегіальною судом у складі трьох професійних суддів здійснюється кримінальне провадження в суді першої інстанції щодо злочинів, за вчинення яких передбачено покарання у виді позбавлення волі на строк більше десяти років (ч. 2 ст. 31 КПК 2012 р.). Дана норма носить імперативний характер, на відміну від подібної норми, що передбачена частиною 2 статті 17 КПК 1960 р., де у аналогічних випадках для розгляду колегіальним складом суддів потребувалось клопотання підсудного про такий розгляд.

Колегіальний склад, – три професійні судді, передбачений також і для здійснення кримінального провадження в суді першої інстанції щодо злочинів, за вчинення яких передбачено довічне позбавлення волі (ч. 3

ст. 31 КПК 2012 р.). Окрім цього, на виконання положень Конституції України щодо участі народу у здійсненні правосуддя у частині 3 статті 31 КПК 2012 р. передбачено можливість здійснення кримінального провадження в суді першої інстанції щодо злочинів, за вчинення яких передбачено довічне позбавлення волі, судом присяжних у складі двох професійних суддів та трьох присяжних за клопотанням обвинуваченого.

Слід зауважити, що питання запровадження суду присяжних в Україні досить тривалий час було предметом наукових дискусій. Різні думки висловлювались і щодо кількісного складу суду присяжних.

Відомий вчений М.М. Михеєнко пропонував диференційований підхід до визначення кількісного складу суду присяжних: три судді і вісім присяжних засідателів – при розгляді кримінальних справ, по яких підсудному загрожує смертна кара; два судді і шість присяжних засідателів – коли підсудного може бути позбавлено волі на строк понад десять років [9, с. 172-173].

Оптимальний склад суду присяжних, на думку О.Г. Яновської, з урахуванням проведеного нею опитування суддів, прокурорів та адвокатів, – це один професійний суддя та дванадцять або сім присяжних засідателів [15, с. 136]. Слід погодитись із позицією вченої, що скорочення чисельності присяжних до трьох осіб суттєво знижує ефективність діяльності суду присяжних і не може забезпечувати повноцінну участь народу в процесі здійснення правосуддя [15, с. 137].

На основі комплексного монографічного дослідження інституту участі народу в здійсненні правосуддя у кримінальних справах А.Б. Войнарович обґрунтувала необхідність існування у кримінальному процесі України і суду за участю народних засідателів, і суду присяжних засідателів. Таке поєднання, на нашу думку, спрямоване на забезпечення більш ширшого і послідовного втілення ідеї участі народу в здійсненні правосуддя та відповідає класичним формам цих інститутів. При цьому запропоновано, що за клопотанням обвинуваченого справа, в якій за скоєний злочин передбачена можливість довічного позбавлення волі, у судовому засіданні може розглядатись за участю окремої колегії присяжних засідателів у складі семи осіб. У разі відмови обвинуваченого від такої форми суду – обов'язково за участю трьох народних засідателів у складі спільної колегії разом із двома професійними суддями [2, с. 6].

Слід звернути увагу, що кількісний склад присяжних обумовлюється і моделлю суду присяжних, яка передбачає певний порядок розгляду та вирішення питань судом присяжних. Погоджуємось з висловленою В.Т. Маляренком думкою щодо існування двох моделей суду присяжних. Англо-американська модель суду присяжних передбачає, що суд присяжних у кімнаті для нарад за відсутності судді виносить вердикт про винність чи невинність підсудного, який є обов'язковим для судді. Європейська модель регламентує участь присяжних, які досліджують усі матеріали справи і спільно з суддею ухвалюють рішення [8, с. 343].

Враховуючи обґрунтовані позиції науковців, правову природу та призначення суду присяжних вважаємо, що його кількісний складу є оптимальним: для англо-американської моделі – один професійний суддя та сім присяжних (вердикт про винуватість ухвалюється більшістю голосів присяжних); для європейської моделі – два професійні судді та сім присяжних (питання про винуватість та засудження обвинуваченого вирішуються кваліфікованою більшістю голосів спільної колегії).

Законом встановлений колегіальний склад для здійснення кримінального провадження судами апеляційної

та касаційної інстанцій, а також Верховним Судом України (ч. 4-6 ст. 31 КПК 2012 р.).

Кримінальне провадження в апеляційному та касаційному порядку повинно здійснюватися колегіально судом у складі не менше ніж три професійні судді (ч. 4 ст. 31 КПК 2012 р.). Таким чином законом визначена мінімальна кількість суддів. Склад суду може бути більшим, але в будь-якому разі їх кількість повинна бути непарною для забезпечення можливості ухвалення судових рішень простою більшістю голосів суддів, які входять до складу суду (ч. 1 ст. 375, ч. 2 ст. 418, ч. 2 ст. 441 КПК 2012 р.).

Склад суду для здійснення кримінального провадження у Верховному Суді України визначений у частинах 1 та 2 статті 453 КПК 2012 р., залежно від підстави для перегляду судового рішення.

Колегіальний склад суду, який вимагається згідно із законом для здійснення перегляду судовими ланками вищого рівня, обумовлений необхідністю забезпечення професійного, обґрунтованого та неупередженого вирішення більш складних правових питань.

Одноособовий чи колегіальний склад суду передбачений законом для перегляду судових рішень за нововиявленими обставинами, залежно від того, судом якої інстанції було першим допущено помилку внаслідок незнання про існування таких обставин, та в якому кількісному складі було ухвалене судове рішення, що переглядається (ч. 7 ст. 31, ч. 1 ст. 463 КПК 2012 р.).

Процесуальні питання, що пов'язані з виконанням судових рішень у кримінальному провадженні, вирішує суддя суду першої інстанції одноособово (ч. 5 ст. 534, ч. 3 ст. 539 КПК 2012 р.).

Наступною обставиною, що впливає на законність складу суду, є **додержання процедури визначення судді (колегії суддів) для конкретного судового провадження**.

Згідно з частиною 3 ст. 35 КПК 2012 р., визначення судді (запасного судді, слідчого судді) або колегії суддів для конкретного судового провадження здійснюється автоматизованою системою документообігу суду за принципом вірогідності, який враховує: 1) кількість проваджень, що знаходяться на розгляді у судді; 2) заборону брати участь у перевірці вироків та ухвал для судді, який брав участь в ухваленні вироків або ухвали, про перевірку яких порушується питання; 3) перебування суддів у відпустці, на лікарняному, у відрядженні; 4) закінчення терміну їх повноважень.

Функціонування автоматизованої системи документообігу суду [11], перш за все, спрямоване на забезпечення об'єктивного та неупередженого розподілу матеріалів кримінального провадження між суддями з дотриманням принципів черговості та однакової кількості проваджень для кожного судді.

Зазначений порядок створює правові передумови для формування законного складу суду, який забезпечуватиме право на справедливий розгляд та вирішення справи незалежним і неупередженим судом.

Законність складу суду передбачає також **відповідність суддів їх статусу та спеціальним вимогам закону**.

Згідно з частиною 1 статті 31 Закону України "Про судоустрій і статус суддів" [14], суддею є громадянин України, який відповідно до Конституції України та цього Закону призначений чи обраний суддею, займає штатну суддівську посаду в одному з судів України і здійснює правосуддя на професійній основі.

Перше призначення на посаду професійного судді строком на п'ять років здійснюється Президентом України, після чого судді обираються Верховною Радою

України безстроково в порядку, встановленому законом (ч. 1 ст. 128 Конституції України).

Якщо після закінчення п'ятирічного терміну призначення на посаду суддю не обрано Верховною Радою України, він не може здійснювати правосуддя.

Так, ухвалою колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 27 грудня 2007 року за касаційним поданням прокурора вирок Чернівецького районного суду Вінницької області від 6 вересня 2006 року скасовано, а справу направлено на новий судовий розгляд у зв'язку з істотним порушенням вимог кримінально-процесуального закону – винесенням вироку незаконним складом суду. В Ухвалі зазначено, що суддя, який постановив вирок, був призначений на посаду Указом Президента України 20 серпня 2001 року строком на 5 років. Згідно з Законом строк його повноважень закінчився 20 серпня 2006 року. У зв'язку з цим колегією суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України зроблено висновок, що постановлення суддею вироку 6 вересня 2006 року є незаконним, так як здійснене після закінчення суддівських повноважень [3].

Спеціальні вимоги до кількісно-якісного складу суду передбачені частинами 9 і 10 статті 31 КПК 2012 р. для здійснення кримінального провадження стосовно визначеного кола службових осіб та неповнолітніх.

Кримінальне провадження в суді першої інстанції щодо осіб, які займають особливо відповідальне становище відповідно до частини 1 статті 9 Закону України від 16 грудня 1993 року № 3723-XII "Про державну службу" [12] (Президент України, Голова Верховної Ради України та його заступники, голови постійних комісій Верховної Ради України та їх заступники, народні депутати України, Прем'єр-міністр України, члени Кабінету Міністрів України, Голова та члени Конституційного Суду України, Голова та судді Верховного Суду України, Голова та судді вищого спеціалізованого суду України, Генеральний прокурор України та його заступники), та осіб, посади яких віднесено до першої категорії посад державних службовців (посади перших заступників міністрів, керівників центральних органів виконавчої влади, які не є членами Уряду України, їх перших заступників, голів та членів державних колегіальних органів, Постійного Представника Президента України в Автономній Республіці Крим, голів обласних, Київської та Севастопольської міських державних адміністрацій, керівників Адміністрації Президента України, Апарату Верховної Ради України, заступників керівників Адміністрації Президента України, Апарату Верховної Ради України, інші прирівняні до них посади) повинне здійснюватися колегіально судом у складі трьох професійних суддів. Обов'язковою вимогою є наявність у цих суддів стажу роботи на посаді судді не менше п'яти років. Тобто це судді, які обрані Верховною Радою України безстроково.

Щодо злочинів, за вчинення яких передбачено довічне позбавлення волі, за клопотанням обвинуваченого кримінальне провадження здійснюється судом присяжних у складі двох професійних суддів, які мають стаж роботи на посаді судді не менше п'яти років, та трьох присяжних.

Спеціальні вимоги до кількісного і якісного складу суду передбачені також для здійснення кримінального провадження щодо даної категорії осіб в апеляційному та касаційному порядку. В апеляційному порядку кримінальне провадження здійснюється колегіально судом у складі п'яти професійних суддів, які мають стаж роботи на посаді судді не менше семи років; у касаційному порядку – колегіально судом у складі семи професійних суддів, які мають стаж роботи на посаді судді не менше десяти років.

Слід звернути увагу, що з 1 січня 2013 року передбачено набрання чинності новим Законом України від 17 листопада 2011 року № 4050-VI "Про державну службу" [13], що обумовить необхідність внесення змін до частини 9 статті 31 КПК для узгодження положень зазначених законодавчих актів.

Новим кримінальним процесуальним законодавством передбачено розвиток положень щодо спеціалізації суддів, уповноважених здійснювати кримінальне провадження щодо неповнолітніх. Щодо цього питання частина 10 статті 31 КПК 2012 р. містить бланкетну норму, що відсилає до Закону України "Про судоустрій і статус суддів" [14].

Згідно з частиною 3 статті 18 цього Закону, у місцевих загальних судах та апеляційних судах областей, міст Києва та Севастополя, Апеляційному суді Автономної Республіки Крим діє спеціалізація зі здійснення кримінального провадження щодо неповнолітніх. Суддею, уповноваженим здійснювати кримінальне провадження щодо неповнолітніх, може бути обрано суддю із стажем роботи суддею не менше десяти років, досвідом здійснення кримінального провадження в суді і високими морально-діловими та професійними якостями. У разі відсутності в суді суддів з необхідним стажем роботи суддя, уповноважений здійснювати кримінальне провадження щодо неповнолітніх, обирається з числа суддів, які мають найбільший стаж роботи на посаді судді.

У частині 10 статті 31 КПК 2012 р. передбачено також перегляд у касаційному порядку судових рішень із зазначених питань суддею, уповноваженим згідно із Законом України "Про судоустрій і статус суддів" [14] на здійснення кримінального провадження стосовно неповнолітніх. Проте зазначений Закон не передбачає спеціалізації зі здійснення кримінального провадження щодо неповнолітніх у суді касаційної інстанції. Ця суперечність повинна бути вирішена законодавцем. До того часу у касаційній інстанції при формуванні складу суду для здійснення кримінального провадження стосовно неповнолітніх, на нашу думку, повинні застосовуватись за аналогією норми частини 3 статті 18 Закону України "Про судоустрій і статус суддів" [14], що визначають спеціальні вимоги до судді у місцевих загальних судах та апеляційних судах.

Законом є склад суду за відсутності обставин, що виключають участь судді у кримінальному провадженні.

Обставини, що виключають участь судді в кримінальному провадженні, визначені у статті 75 КПК 2012 р. Ці обставини передбачають неприпустимість процесуального сумісництва, попередньої участі судді у цьому кримінальному провадженні у статусі іншого процесуального суб'єкта, особистої заінтересованості судді, його близьких родичів чи членів сім'ї у результатах провадження та інших обставин, що викликають сумнів у його неупередженості. До таких обставин законом віднесено також і порушення встановленого частиною 3 статті 35 КПК 2012 р. порядку визначення судді для здійснення судового провадження.

Законом також встановлено правила недопустимості повторної участі судді в кримінальному провадженні (ст. 76 КПК 2012 р.).

Наявність порушення положень, визначених статтями 75 та 76 КПК 2012 р., слід розглядати як істотне порушення вимог кримінального процесуального закону – ухвалення судового рішення незаконним складом суду (п. 2 ч. 2 ст. 412 КПК 2012 р.).

Це підтверджується і судовою практикою застосування норм КПК 1960 р. Так, ухвалою колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалі-

зованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 8 листопада 2011 року за касаційною скаргою прокурора вироком Ворошиловського районного суду м. Донецька від 17 лютого 2011 року скасовано, а справу направлено на новий судовий розгляд у зв'язку з істотним порушенням вимог кримінально-процесуального закону, передбаченого п. 2 ч. 2 ст. 370 КПК – винесенням вироку незаконним складом суду. В Ухвалі зазначено, що суддя, яка розглядала справу по суті та постановила обвинувальний вирок, під час досудового слідства по цій справі вирішувала питання про обрання щодо засудженого запобіжного заходу у виді взяття під варту. Це обставина, що виключає участь судді в розгляді справи, передбачена п. 2-1 ч. 1 ст. 54 КПК 1960 р., згідно якого суддя не може брати участі у розгляді кримінальної справи, якщо він під час досудового розслідування справи вирішував питання, зокрема, щодо обрання, зміни чи скасування запобіжних заходів [4].

КПК 2012 р. вирішення питань про застосування заходів забезпечення кримінального провадження, зокрема і запобіжних заходів, віднесено до повноважень слідчого судді, який за своїм статусом є суддею місцевого чи апеляційного суду. Слідчий суддя не звільняється від виконання обов'язків судді, проте здійснення ним повноважень із судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні враховується при розподілі судових справ та має пріоритетне значення.

Із зазначеного слідує, що слідчий суддя може здійснювати повноваження судді, але не у тих кримінальних провадженнях, у яких він брав участь під час досудового розслідування (ч. 1 ст. 76 КПК 2012 р.).

Із визначенням законності складу суду пов'язана також і вимога незмінності складу суду (ст. 319 КПК 2012 р.).

У частині 2 статті 370 КПК 1960 р. винесення вироку незаконним складом суду (п. 2) та порушення вимоги Кодексу, яка встановлює незмінність складу суду (п. 13), зазначалась у різних пунктах. Проте у судовій практиці інколи порушення вимоги незмінності складу суду розглядалось як винесення вироку незаконним складом суду [5].

У статті 412 КПК 2012 р., яка передбачає істотні порушення вимог кримінального процесуального закону, не зазначається окремим пунктом порушення вимоги незмінності складу суду. Можна стверджувати, що таке порушення свідчить про незаконність складу суду і охоплюється пунктом 2 частини 2 статті 412 КПК 2012 р.

Враховуючи викладене, можна сформулювати наступне визначення поняття законного складу суду у кримінальному провадженні. Законним є склад суду, який сформований згідно з вимогами кримінального процесуального закону щодо кількості суддів, з дотриманням процедури визначення судді (колегії суддів) для конкретного судового провадження, з урахуванням відповідності суддів їх статусу та спеціальним вказівкам закону щодо якостей судді, а також за відсутності обставин, що виключають участь судді у кримінальному провадженні чи порушують правила недопустимості повторної участі судді в кримінальному провадженні й незмінності складу суду.

1. Загальна декларація прав людини 1948 року / Права людини. Міжнародні договори України, декларації, документи / Упоряд. Ю.К. Качуренко. – 2-е вид. – К.: Юрінформ, 1992. – 200 с. 2. Войнарович А. Б. Участь народу в здійсненні правосуддя у кримінальних справах за законодавством України : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 / А. Б. Войнарович. – К., 2012. – 19 с. 3. Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/1659508> 4. Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/19509391> 5. Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/342291> 6. 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 7. Кримінально-процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар. За заг. ред. В.Т. Маляренка, В.Г. Гончаренка. – Вид. четверте, перероблене та доповнене. – К.: "Юрисконсульт", КНТ. – 2007. – 896 с. 8. Маляренко В. Т. Позитиви і негативи суду присяжних / Кримінальний процес України: Стан та перспективи розвитку : навч. посіб. для студ. вищ. навч. закл. : Вибрані наукові праці. – К. : Концерн "Видавничий Дім "Ін Юре", 2004. – 600 с. 9. Михеєнко М. М. Від суду шефенського до суду присяжних / Проблеми розвитку кримінального процесу в Україні : Вибрані твори. – Юрінком Інтер, 1999. – 240 с. 10. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права 1966 року / Права людини. Міжнародні договори України, декларації, документи / Упоряд. Ю.К. Качуренко. – 2-е вид. – К.: Юрінформ, 1992. – 200 с. 11. Положення про автоматизовану систему документообігу суду, затверджене Радою суддів України від 26 листопада 2010 року № 30 за погодженням з Державною судовою адміністрацією України [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://www.court.gov.ua/969076/Ppads1/> 12. Про державну службу : Закон України від 16 грудня 1993 року № 3723-XII [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3723-12> 13. Про державну службу : Закон України від 17 листопада 2011 року № 4050-VI [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4050-17> 14. Про судові судді і статус суддів : Закон України від 7 липня 2010 року № 2453-VI [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2453-17> 15. Яновська О. Г. Концептуальні засади функціонування і розвитку змагального кримінального судочинства : монографія / О. Г. Яновська. – К. : Прецедент, 2011. – 303 с.

Надійшла до редколегії 16.04.12

А. Мусієнко, канд. юрид. наук, доц.

ТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ВИЛУЧЕННЯ ДОНОРСЬКИХ ОРГАНІВ ТА ТКАНИН ЛЮДИНИ В УКРАЇНІ

Статтю присвячено узагальненню результатів дослідження теоретичних питань правового регулювання вилучення донорських органів та тканин людини.

Ключові слова: реципієнт; донор; трансплантація; вилучення донорського органу; згода на вилучення.

Статья посвящена обобщенным результатам исследования теоретических вопросов правового регулирования изъятия донорских органов и тканей человека.

Ключевые слова: реципиент; донор; трансплантация; изъятие донорского органа; согласие на изъятие.

The article deals with the general findings of the study of theoretical issues of legal regulation of withdrawal of donor organs and tissues of man.

Keywords: Recipient, donor, transplant, donor organ removal; consent to remove.

Неможливо заперечувати той факт, що подальший цивілізований розвиток України можливий лише за умови визнання та підтримки пріоритетності прав людини, як найвищої державної та соціальної цінності. Тому, фундаментом при ухваленні нормативно-правових актів в галузі трансплантології стала ст. 3 Конституції України, що дозволило успішно вирішити

нові для України правові та морально-етичні питання і гарантувати дотримання основних прав і свобод людини. Але практика показала, що в правовому забезпеченні національної трансплантології залишилось місце і для дискусії. Однією з невирішених проблем сучасної трансплантології є дефіцит донорських органів [1], а його головною причиною вважають чинну юридичну

модель отримання дозволу особи на вилучення донорського органу – презумпцію незгоди. Тому, останнім часом активізувалось обговорення цієї проблеми та посилились заклики змінити чинну норму.

Теоретична основа дослідження представлена науковими працями таких відомих вчених, як А. Вилкс, В.А. Глушков, Я. Дргонец, О.А. Кустова, М.Н. Малеїна, Н.А. Маргацкая, В.С. Овчинский, Н.В. Павлова, А.П. Соловьев, П. Холлендер, Т.О. Фабрика, О.С. Якименко та ін.

Не зменшуючи теоретичної значущості праць згаданих науковців, нажалі доводиться констатувати недостатній ступінь сучасного дослідження цього питання. При надзвичайній гостроті цієї прикладної проблеми, сьогодні ще не сформований ефективний варіант її вирішення.

Метою цієї статті є узагальнення результатів теоретичних досліджень актуальних аспектів правового регулювання вилучення донорських органів та тканин людини.

Якісно новим етапом правової регламентації трансплантації органів та тканин в Україні став 1999 р., коли 16 липня Верховною Радою України був прийнятий Закон України "Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людини" (далі – Закон). Даний Закон, як сказано у його преамбулі, "... з урахуванням сучасного стану науки і рекомендацій Всесвітньої Організації Охорони здоров'я визначає порядок і умови застосування трансплантації як спеціального методу лікування, забезпечує додержання в Україні прав людини та захист людської гідності при застосуванні трансплантації та здійсненні іншої, пов'язаної з нею діяльності." [2].

Розділ IV Закону регламентує вилучення анатомічних матеріалів у померлих осіб. Вилученню трансплантату, відповідно до ст. 15 Закону, передують констатація факту смерті і юридичне визнання особи померлою, на основі фіксації "смерть мозку", відповідно до затверджених діагностичних критеріїв та процедури констатації смерті мозку [3].

Проте, основна дискусія розгорнулася навколо ст. 16 Закону, яка визначає умови та порядок вилучення анатомічних матеріалів у померлих осіб для трансплантації. Складність проблеми полягає в тому, що необхідно врахувати вибір особи за життя та гарантувати право на її тілесну недоторканість після смерті. Але з іншого боку турбуючись про мертвих, не варто забувати про живих, яким мертвий може послужити своєю останню велику службу, залишивши їм свій ще живий орган [4].

В світовій практиці успішно застосовуються дві основні юридичні моделі, які регулюють процедуру отримання згоди на вилучення анатомічного матеріалу – "презумпція незгоди" і "презумпція згоди". "Презумпція незгоди" (ця юридична модель прийнята в Україні) в ст. 16 Закону визначена як право кожної повнолітньої дієздатної особи дати письмову згоду або незгоду стати донором анатомічних матеріалів у разі своєї смерті. За відсутності такої заяви анатомічні матеріали у померлої повнолітньої дієздатної особи можуть бути взяті за згодою подружжя або родичів, які проживали з нею до смерті... [5].

Відповідно, презумпція згоди на вилучення трансплантатів не вимагає дозволу самого донора або його законних представників, якщо за життя він не робив заяв в яких би заперечував проти таких дій. Прикладом може бути Закон РФ "О трансплантации органов и (или) тканей человека" в якому ст. 8 має відповідну назву – "Презумпция согласия на изъятие органов и (или) тканей", та передбачає, що "изъятие органов и (или) тканей у трупа не допускается, если учреждение здравоохранения на момент изъятия поставлено в известность о том, что при жизни данное лицо либо его близкие родственники или законный представитель заявили о

своём несогласии на изъятие его органов и (или) тканей после смерти..." [6].

Прихильники змін чинного законодавства вважають, що в основі вирішення цієї проблеми є обрання іншої моделі отримання згоди на вилучення – у випадку України це зміна презумпції незгоди на презумпцію згоди. Але в світовій практиці успішно застосовуються обидві юридичні моделі отримання згоди. Наприклад, презумпції незгоди діє в Канаді, США, Германії, Франції, а презумпція згоди – Білорусії, РФ.

З позиції права людини на життя, "презумпція згоди" на вилучення анатомічного матеріалу, позбавляє особу її виключного права вирішувати долю свого фізичного тіла [7], крім того, така юридична модель може сприяти процесу криміналізації трансплантології в Україні. Але одночасно, "презумпція згоди" більш ефективна стосовно максимальної кількості потенційно можливих вилучень трансплантатів.

У випадку застосування протилежної моделі ("презумпції незгоди"), право особи на тілесну недоторканість після смерті, за відсутності її волевиявлення, зобов'язує отримувати згоду визначених осіб на вилучення донорського матеріалу [8].

Порівняльний аналіз ефективності цих юридичних моделей на основі статистичних даних трансплантацій органів і тканин в різних країнах, не свідчить про значну перевагу "презумпції згоди". Наприклад, в Австрії, де діє "презумпція згоди", кількість вилучених у донорів після смерті органів становило 28,2 – 34,2 на мільйон населення, у той час як у США – країні з протилежним підходом ("презумпція незгоди") ця цифра складає 21,2 – 22,4 [9]. Однак, якщо презумпція згоди результативніша за кількістю вилучених трансплантатів, то презумпція незгоди більш ефективно реалізує право особи на життя і тілесну недоторканість та запобігає криміналізації трансплантології.

В Російському законодавстві закріплена презумпція згоди, яка позитивно оцінюється вченими, проте деякі дослідники вказують на нагальну необхідність запровадження механізму фіксації негативного ставлення особи до можливого вилучення органів і тканин після смерті [10]. Очевидно, що за своїм змістом цей документ може називатись "картка відмови від донорства" та сприятиме реалізації права особи на тілесну недоторканість після смерті.

Отже, наведені аргументи переконливо демонструють, що на кількість донорського матеріалу та трансплантацій юридична модель отримання згоди донора принципово не впливає, але очевидно є інші чинники, які не можна ігнорувати.

Так, деякі науковці вважають, що на кількість донорів значною мірою впливає суспільна думка і чим більш негативно ставиться суспільство до трансплантації органів і тканин, тим складніше трансплантологам отримати згоду на вилучення органів [11]. На ситуацію в Україні з органом донорством негативно впливають тотальна недовіра населення, що зумовлено відсутністю державної пропаганди трансплантології як історичної гордості країни, а в свідомості нації сформовано її кримінальний образ [12].

Очевидно, що до такої складної ситуації з донорським матеріалом призводить непрозорість та низька ефективність державної політики в галузі трансплантології. Цю тезу підтверджують емпіричні дані, які автор отримав в результаті проведеного статистичного спостереження. Крім того, опитування фахівців практичної охорони здоров'я та працівників МВС показало наявність і інших, не менш значимих факторів, що впливають на ситуацію. Найчастіше респонденти називали

такі фактори, як наявність "тіньових" схем роботи медичних установ, відсутність належної роз'яснювальної роботи медичних установ про правильне донорство (пожертвування органів), відсутність системи заохочення фізичних осіб за добровільне пожертвування органів, невіра людей в справедливу медичну допомогу, недостатній розвиток в суспільстві принципів гуманізму, а також практики добровільних пожертвувань, що в комплексі зумовлює нинішнє негативне становище.

Зрештою, на думку автора, Україна ще просто не готова до запровадження "презумпції згоди". В умовах масштабної недовіри населення зміна юридичної моделі не буде сприйнята позитивно, якщо спочатку не усунути вищевказані негативні фактори і не змінити суспільні налаштування. Отже, не менш важливим є створення дієвих механізмів впливу на громадськість в питанні вилучення органів і тканин у донора-трупа. На думку автора, позитивні результати могла б дати ефективна державна програма розвитку трансплантології з обов'язковим формуванням позитивної громадської думки.

Таким чином, презумпція незгоди закріплена в національному законодавстві, на думку автора, є абсолютно виправданою з позиції права особи на життя і тілесну недоторканість, що гарантовано Конституцією України. Дана юридична модель дозволяє реалізувати право особи на визначення долі власного тіла і фізичну недоторканість після смерті, а також знижує потенційну можливість криміналізації трансплантології. Статистичні дані про кількість вилучених трансплантатів, які свідчать на користь презумпції згоди, не можуть бути переконливим аргументом, оскільки головним для України, як правової держави, є забезпечення та дотримання прав людини та захист людської гідності при застосуванні трансплантації та здійсненні іншої, пов'язаної з нею діяльності [13].

Але для вирішення питання дефіциту донорського матеріалу необхідно вживати негайних та рішучих дій. Для цього, на думку автора, чинне законодавство України все ж вимагає певних змін, але таких які б визначали процедуру отримання та фіксації згоди особи на вилучення анатомічного матеріалу. Так, ст. 16 Закону передбачає потенційну можливість кожної особи заявити про свою згоду або незгоду стати донором анатомічних матеріалів у разі своєї смерті, проте, механізм фіксації цієї згоди не передбачений. Тому, в більшості випадків трансплантологи змушені отримувати згоду на вилучення анатомічного матеріалу у рідних померлої особи, оскільки за життя людини як правило не залишає задокументованої згоди бути донором після смерті. Треба надати особі можливість самій вирішувати це питання, щоб унеможливити зловживання. Одним з варіантів вирішення цієї проблеми автор вважає запровадження такого документа як "картка донора", в якому б фіксувалась згода особи на донорство. Важливо також передбачити потенційну можливість донора скасовувати свою згоду на донорство в разі зміни рішення.

"Картка донора", законодавче запровадження якої стало б новелою для України, давно застосовується в багатьох країнах, що дало їм змогу накопичити практичний досвід ефективного правового регулювання трансплантології та зняти проблему дефіциту донорського матеріалу. Тому автор вважає, що вивчення такого досвіду та запозичення деяких елементів такого правового регулювання могло б позитивно вплинути на розвиток української трансплантології.

Наприклад, в законодавстві Ізраїлю в січні 2010 року набула чинності норма у відповідності з якою особи, що

надають згоду підписуючи "карту донора", отримують право на позачергову допомогу в разі, якщо вони самі будуть потребувати трансплантологічної операції як реципієнти. Крім того, подібні преференції надаються і їх найближчим родичам [14]. Очевидно, що запровадження подібної норми в національному законодавстві може сприяти значному покращенню ситуації з донорськими органами в Україні.

За результатами проведеного дослідження автор дійшов певних висновків:

Аналіз існуючих публікацій переконливо свідчить про наявність серйозного дефіциту донорських органів в Україні;

Проведене автором статистичне спостереження показало, що основною причини дефіциту донорського матеріалу в Україні є здебільшого непрозорість та низька ефективність державної політики в галузі трансплантології, а не юридична модель отримання згоди на вилучення.

Відсутність масштабної та ефективної державної політики з пропаганди, популяризації та розвитку трансплантології призвело до недовіри населення. Зайвим буде казати, що отримати згоду донора на вилучення анатомічного матеріалу без покращення іміджу трансплантології буде не просто.

Очевидно, що наявність тієї чи іншої юридичної моделі в законодавстві будь-якої країни суттєво не впливає на кількість донорів та трансплантацій оскільки, "презумпція згоди" за кількості вилучених органів не демонструє значної переваги. Виходячи з беззаперечності пріоритету прав людини, зокрема права людини на життя та тілесну недоторканість, авторська позиція полягає в необхідності внесення змін до чинного законодавства, з метою удосконалення механізму фіксації згоди потенційного донора. Документальним підтвердженням згоди може стати "картка донора".

Втілення всіх новацій необхідно реалізувати з урахуванням зарубіжного досвіду проведення таких змін.

На думку автора, такі комплексні дії покращать ситуацію з донорським матеріалом та дозволять запобігти криміналізації національної трансплантології.

1. Денисов В.К. Трансплантология в XXI веке. Итоги первого десятилетия / В.К. Денисов // Медицина сьогодні і завтра. – 2011. – №1–2 (50–51). – С. 67. 2. Закон України "Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людини" // ВВР. – 1999. – №41. – Ст. 377. 3. Про затвердження нормативно-правових документів з питань трансплантації. МОЗ України Наказ №226 від 25.09.2000 // Офіційний вісник України – 2000. – № 42. – стор. 304, стаття 1804. 4. Ковалев М.И. Генетика человека и его права (юридические, социальные и медицинские проблемы) / М.И. Ковалев // Гос. и право. – 1994. – №1. – С. 21. 5. Закон України "Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людини" // ВВР. – 1999. – №41. – Ст. 377. 6. Закон РФ "О трансплантации органов и (или) тканей человека" // Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации от 1993. – № 2. – ст. 62. 7. Кальченко Н.В. Права человека и гражданина на жизнь и его гарантии в Российской Федерации: Автореф. дис. канд. юрид. наук. СПб., 1995. С. 14. 8. Малеина М.Н. Право индивида на физическую (телесную) неприкосновенность / М.Н. Малеина // Гос. и право. – 1993. – №4. – С. 104 – 105. 9. Трансплантология. Руководство / под ред. акад. В.И.Шумакова. – М., 1995. – С. 13. 10. Дземешкевич С.Л., Богорад И.В. Паратрансплантологические проблемы: биозтика, религия, право. / С.Л. Дземешкевич, И.В. Богорад // Трансплантология и искусственные органы. – 1994. – № 1. – С.6. 11. Бокерия Л.А., Каабак М.М., Мовсесян Р.А., и др. Этическая и юридическая проблемы органного донорства – кто вправе распоряжаться органами человека после его смерти? / Л.А. Бокерия, М.М. Каабак, Р.А. Мовсесян, и др. // Анналы хирургии. – 1997. – №5. – С. 27 – 28. 12. Сагатович В.А. Быть или не быть – вот в чем вопрос. / В.А. Сагатович // Трансплантология. – 2002. – Том 3. – №1. – С. 107. 13. Закон України "Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людини" // ВВР. – 1999. – №41. – Ст. 377. 14. Navalkishor Udgiri, Amanpreet Oberoi, Randeep Kashyap, Karthik Raghavan, Venkata Kella. A new law for allocation of donor organs in Israel // The Lancet. Vol. 376 # 9737. p. 231. July 24, 2010.

Надійшла до редколегії 16.04.12

ТЕОРЕТИЧНІ ОСНОВИ ВИЗНАЧЕННЯ ДЖЕРЕЛ ЖИТЛОВОГО ПРАВА

У статті досліджуються загальні підходи до визначення поняття "джерело права", а також поняття та систематика джерел житлового права України, їх уніфікація.

Ключові слова: джерело права, джерело житлового права, житлове право, уніфікація джерел права.

Стаття направлена на изучение понятия "источник права", а также на понятие та систему источников жилищного права Украины, их унификацию.

Ключевые слова: источник права, источник жилищного права, жилищное право, уніфікація джерел права.

The author in her article analyzes general approach to definition of term 'source of law' as well as term and systematics of sources of housing law of Ukraine.

Key words: source of law, source of housing law, housing law, source of law unification.

Проблема джерел права взагалі та джерел житлового права зокрема, визначення їх поняття, змісту, форм тощо була і є предметом дослідження фахівців ще з часів Античності. Разом з тим чимало її аспектів, зокрема щодо джерел житлового права, залишаються поза увагою теоретичного аналізу або є спірними чи такими, що потребують додаткового дослідження. Тому, метою нашого дослідження є заповнення даної прогалини.

1. Поняття "джерело права", якому більше двох тисяч років, є одним із складних та дискусійних понять в юридичній науці. Обставини місця та часу розвитку суспільства впливають на формування та ієрархічну побудову системи джерел права, а також на доктринальні напрацювання підходів до їх вивчення.

В доктрині існує два основні напрями формування зазначеного поняття: суб'єктивістська (розкривається через правоутворюючі сили Бога, церкву, державу, народ тощо) та об'єктивістська (розкривається через дух, розум, свідомість, психіку тощо).

В історії правової думки і на сучасному етапі розвитку уявлення про право можна зустріти різні підходи щодо трактування поняття "джерело права".

Так, В.Мелашенко вказує на те, що джерело права – це сила, що створює право, перетворює його в життєву необхідність та втілюється у певних формах (актах) [6, С. 138]. Н.Онїщенко доводить, що поняття "джерело права" є невіддільним від поняття "юридична норма"; якщо йдеться про джерела права – мається на увазі передусім той або інший спосіб існування норм права [7, С. 17]. Н.Пархоменко під джерелом права розуміє акти волевиявлення суб'єктів правотворчості, що містять положення правових норм у письмовій формі або неписані нормативні факти, на основі яких виникають, змінюються та припиняються права та обов'язки суб'єктів правовідносин [2, С. 39]. На думку Є.Харитоновна Н.Саніахметовой, найпопулярнішим є розуміння джерел права як чинника, що породжує право, і як форму правотворення [12, С. 6] тощо.

Проаналізувавши доктринальні визначення поняття "джерело права", відмітимо, що на сьогодні відбувається поступовий відхід від традиційної радянської концепції джерела права. С.Фурса слушно зазначає, що сприймаючи норми права ми повинні говорити не тільки про їх нормативне закріплення, а й про ті джерела, які впливають на їх створення, удосконалення і запровадження. Серед таких джерел виділяють: історичний досвід, наукові концепції вчених, практика застосування норм права, досвід іноземних держав у врегулюванні подібних відносин, міжнародні договори, досвід вирішення спірних правовідносин судом тощо [13, С. 48].

Проблема визначення поняття "джерело житлового права" існує і в доктрині житлового права. Так, під "джерелом житлового права" у вузькому значенні розуміються конкретні форми правових приписів, що виходять від органів державної влади, які видають нормативні акти в

межах своєї компетенції, на підставі та на виконання чинного законодавства [3, С. 18]. Однак, це визначення потребує уточнення в частині прийняття нормативно-правових актів у сфері житлового права й органами місцевого самоврядування, а також Президентом України.

М.Галантич зазначає, що "джерелом житлового права" може бути будь-який матеріал, покладений в основу розуміння сутності житлового права: засоби пізнання, правові документи тощо [1, С. 31-32].

Проаналізувавши доктринальні визначення поняття "джерело права" та "джерело житлового права", відмітимо, що "джерело житлового права" можна розглядати у декількох аспектах, зокрема: генетичному – це економічні, політичні, соціальні умови розвитку суспільства, які впливають на зміст норм житлового права через правотворчі сили (народну правосвідомість та органи державної влади); формально-юридичному – зовнішнє оформлення змісту загальнообов'язкових правил поведінки, які офіційно встановлені державою, або загальноновизнані суспільством; ідеологічному – сукупність наукових концепцій, ідей, досвіду вирішення спірних житлових відносин судом тощо; як соціальну категорію – історичну пам'ятку права, літопис, звичай тощо.

2. В теорії держави і права до сьогодні існує проблема співвідношення термінів "джерело права" та "форма права". Доктрина житлового права також не вирішує цю проблему. Так, О. Скакун, М. Кельман, О. Мурашин використовують подвійне позначення "джерела (форми) права" [10]. Аналізуючи погляди авторів (наприклад, А.З. Георгіца) щодо використання такого позначення, зазначимо, що "форма права" і "джерело права" в доктрині вживаються при висвітленні даної проблеми в одному й тому ж значенні – зовнішньої форми об'єктивізації вираження права.

С.Тимченко та Р.Калужний звертають увагу на те, що під формою права необхідно розуміти організацію змісту та способи існування, прояву, впорядкування та функціонування права. Вони розрізняють внутрішню та зовнішню форми права; зовнішня форма права, на їх думку, є джерелом права [11, С. 85].

За зміну терміну "джерело права" на "форма права" виступав, наприклад Г.Шершеневич. Він доводив, що неоднозначність та різноманітність доктринального розкриття поняття "джерело права" призводить до необхідності обійти його та замінити на інший – "форма права", під яким слід розуміти різні види права, які відрізняються за способом утворення змісту норм [14, С. 398-399].

Розглядаючи визначення терміну "форма", надані в тлумачних словниках, відмітимо, що різних змістових значень та відтінків у цього терміну дуже багато. Наприклад, у тлумачному словнику української мови (укладачі В.Яременко та О.Сліпушко) їх 12. У відомому європейському словнику Вебстера – близько 20. Тому доцільність заміни терміну "джерело права" на "форма права"

на підставі неоднозначного тлумачення першого терміну є, на нашу думку, дискусійною.

На наш погляд, форму права (закон, указ, постанову) можна розглядати як формально-юридичне джерело права, через призму законодавства. Однією із форм "життя" житлового права є законодавство – нормативна частина права [5, С. 20-33]. Форми права складаються у державі історично та відрізняються за способом оформлення змісту норм права. Тобто, це зовнішні форми існування змісту норм права. Крім того, у випадках, коли джерело житлового права розглядається у формально-юридичному значенні як "спосіб вираження державної волі", "спосіб вияву правових норм, який засвідчує їх державну загальнообов'язковість" тощо, терміни "джерело права" та "форма права" є синонімами.

Відмітимо, що розкриваючи поняття "джерело права", у доктрині під джерелами права, зазвичай, розуміють способи зовнішнього вираження і закріплення правових норм або способи внутрішнього вияву правових норм, які засвідчують їх державну загальнообов'язковість. Тобто, джерело права розглядається через форму права.

3. В науці й до нині не існує єдиного підходу щодо класифікації джерел права взагалі та джерел житлового права зокрема. Відсутність чітких підстав класифікації, на думку С.Полєніна та Н.Сильченка, призводить до того, що один і той самий об'єкт класифікованої множини за однією підставою може бути включений до однієї групи, а за іншою – до другої [9, С. 16– 18]. Однак початком будь-якої класифікації є з'ясування критеріїв класифікації. Право на існування мають різноманітні класифікатори.

Так, наприклад, залежно від способу прийняття формально-юридичних джерел житлового права виділяють джерела прийняті уповноваженими органами державної влади, народом на референдумі. За рівнем правового регулювання – національні, релігійні, міжнародні. За предметом правового регулювання – джерела, направлені на регулювання основних (загальних) засад житлових відносин, права власності на житло, права користування житлом, встановлення відповідальності за порушення у сфері житлових прав громадян тощо. Залежно від належності до правової сім'ї – джерела романо-германської, англосаксонської, мусульманської та інших сімей. За способом оформлення та форми зовнішнього вияву – писані та неписані, формальні та неформальні. За юридичною силою – первинні та вторинні тощо.

Різні види джерел житлового права існують не ізольовано один від одного, а перебувають у певному підпорядкуванні, утворюючи систему, яка базується на ієрархічному принципі. Ця система є частиною загальної системи джерел права, яка закріплюється конституцією держави. Таке закріплення існує у двох формах: шляхом перерахування видів джерел при визначенні нормотворчої функції окремих державних органів та шляхом включення у конституцію положень, спеціально присвячених системі джерел права. Останній – існує тільки у деяких державах. Наприклад, у Конституції Гани є глава "Закони Гани", в якій вказується, які нормативно-правові акти відносяться до законів.

Найпоширенішою є класифікація формально-юридичних джерел права з точки зору їх ієрархії. Ієрархія писаних джерел житлового права визначається трьома положеннями: природою державного органу, який приймає нормативно-правовий акт, процедурою його прийняття, а також юридичною силою такого акту, яка обумовлена попередніми двома положеннями.

У своїй сукупності джерела житлового права утворюють складну як за структурою, так і за змістом, динамічну систему, елементами якої є акти, що містять житлово-правові норми, та які мають загальнообов'язковий

характер. Система джерел житлового права України не є дещо окам'янілою та раз назавжди даною. Для неї характерний розвиток, в ході якого змінюється її структура, співвідношення різних джерел, їх реальне значення в регулюванні житлових відносин. На це, перш за все, впливають політичні процеси, розвиток економіки.

У доктрині до формально-юридичних джерел відносять: нормативно-правові акти, правові звичаї, правові прецеденти, нормативно-правові договори, принципи права, правову доктину, релігійні норми, правосвідомість та природне право. Склад та система джерел права, які існують в державі, визначається історичними особливостями та належністю держави до правової сім'ї.

Більшість українських науковців сходяться на тому, що основним джерелом права в Україні є нормативно-правовий акт – письмовий документ правотворчого органу, який містить формально обов'язкові правила поведінки загального характеру.

Місце конкретного нормативно-правового акту в системі джерел житлового права пов'язане з дією принципу верховенства права та визначається, як правило, компетенцією органу державної влади. Крім того, віднесення того чи іншого нормативно-правового акту до джерел житлового права визначається за характером правових норм, які встановлюються, змінюються чи відміняються цим актом. Для того, щоб акт виразу державної волі міг розглядатися як джерело житлового права, необхідно наявність, зокрема, таких ознак: особливий порядок прийняття акту, державна обов'язковість та гарантованість, формальність, нормативність, юридична сила, системність викладення змісту (внутрішня структурованість), дія в часі, просторі й щодо кола осіб тощо.

Говорячи про певну ієрархію норм права в системі житлового права, зазначимо, що "очолює" систему джерел житлового права Конституція України. Крім того, право на житло входить до низки чинних міжнародних договорів України, які також є джерелами житлового права. Так, Загальна декларація прав людини (статті 1, 2, 25) диктує загальновизнані стандарти відношення до прав людини взагалі та права на житло зокрема. Стаття 11.1 Міжнародного пакту про економічні, соціальні та культурні права передбачає, що держави-учасники визнають право кожного громадянина на достатній життєвий рівень для себе і своєї сім'ї, який включає, зокрема житло та безперервне покращення умов життя.

Законодавство у сфері житлового права – це структурована система правових норм, предметом регулювання яких є житлові відносини. До таких актів законодавства слід віднести спеціальні нормативно-правові акти Цивільний та Житловий кодекси України. Істотний вплив на регулювання зазначених відносин мають Сімейний та Земельний кодекси України, а також Цивільний процесуальний кодекс України і низка законів України, зокрема, Закон України "Про міжнародне приватне право", "Про іпотеку", "Про нотаріат", "Про житлово-комунальні послуги", "Про приватизацію державного житлового фонду" тощо. До джерел житлового права відносять також і підзаконні акти: укази Президента, постанови і декрети Кабінету Міністрів України, інструкції та накази органів виконавчої влади, рішення органів місцевого самоврядування.

3. Способом врегулювання житлових відносин в Україні на сьогодні є правовий спосіб, який проявляється у двох формах: національно-правовій – врегулювання відносин здійснюється за допомогою національних правових норм, які містяться в національному законодавстві (національні джерела права), та міжнародно-правовій – за допомогою уніфікованих норм, закріпле-

них у чинних міжнародних договорах України (міжнародні джерела права).

Третьою формою правового способу врегулювання житлових (приватних) відносин, на нашу думку, може бути у далекому майбутньому міжнародна уніфікація матеріальних норм приватного права, в тому числі й житлового права. Тобто, створення, наприклад для низки держав, єдиного приватного кодексу, який би містив також і норми житлового права.

У процесі взаємодії держав відбувається взаємовплив національних правових систем, в результаті чого у приватному праві різних держав зустрічаються однакові за змістом правила. Такі співпадіння можуть бути інколи значними; зустрічаються текстуально однакові закони різних держав (наприклад, цивільне право Франції та Бельгії).

Застосування уніфікованих джерел приватного права у майбутньому може бути найбільш удосконаленим способом регулювання, оскільки забезпечить гармонізацію регулювання приватноправових відносин, як національного, так і міжнародного характеру. Уніфікація має відбуватися на високому рівні співробітництва держав, характеризуватися високою мірою довіри та абстрагуватися від національного і політичного впливу.

Міжнародна уніфікація права в доктрині розглядається як одне із завдань сучасності. Особливе значення має уніфікація норм саме матеріального, а не колізійного права, оскільки вони забезпечать єдиний правовий режим та допоможуть створити єдиний правовий простір.

Питання щодо врегулювання житлових відносин є нагальним питанням кожної держави, яке вирішується за допомогою національних норм права. Так, більшість законів з міжнародного приватного права держав при врегулюванні відносин щодо нерухомості відсилає до норм національного права – закону держави, на території якої розташоване та зареєстроване житло. Тому регулювання житлових відносин ще не одне століття відбуватиметься на підставі національно-правових джерел.

5. На сьогодні розвиток джерел права в Україні в цілому та джерел житлового права зокрема, відбувається за декількома напрямками: удосконалення вже існуючих джерел права шляхом прийняття нових нормативно-правових актів, внесення змін та доповнень до вже існуючих; визнання судової практики джерелом права; відповідності джерел права європейським правовим стандартам тощо.

Слід зазначити, що Житловий кодекс України "оброstaє" низкою законів та підзаконних актів, особливо відомчих, і його значення як основи законності та правопорядку в державі нівелюється. Крім цього, розроблений проект Житлового кодексу України також не усуває цю проблему, оскільки переважна більшість його

статей спрямована на регулювання відносин, які вже врегульовані Цивільним кодексом України та низкою законів України. З метою уникнення правових колізій, на нашу думку, слід розробити нормативно правовий акт у формі не кодексу, а закону, який міститиме тільки основні концептуальні засади врегулювання житлових відносин в Україні.

Висновок: поняття "джерело житлового права" можна розглядати у декількох аспектах: генетичному, формально-юридичному, ідеологічному та як соціальна категорія. Форма житлового права (закон, указ, постанову) – це формально-юридичне джерело права. Основним джерелом житлового права в Україні є нормативно-правовий акт.

Основним способом врегулювання житлових відносин в Україні є правовий спосіб, який проявляється у національно-правовій формі (національні формально-юридичні джерела права) та міжнародно-правовій формі (чинні міжнародні договори). Крім цього, в майбутньому можлива міжнародна уніфікація матеріальних норм права, в тому числі й житлового права.

1. Галаянчик М.К. Житлове право України: Навч. посібник. / М.К.Галаянчик. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – 528 с. 2. Джерела конституційного права України / Відп. ред. Ю.С. Шемшученко, О.І. Ющик; Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. / Ю.С.Шемшученко, О.І.Ющик, Н.М. Пархоменко, М.О.Теплюк. – К.: Наукова думка, 2010. – 711 с. 3. Житлове право України: Навчальний посібник / За ред. Є.О. Харитонов, Є.О.Харитонов, М.К.Галаянчик, Л.Г.Лічман, А.І. Дрішлюк, В.І. Дрішлюк, О.О.Кулінич. – К.: Істина, 2008. – 160 с. 4. Кабалкин А., Санникова Л. Глобализация правового пространства и новеллы российского гражданского законодательства / А. Кабалкин, Л. Санникова // Российская юстиция – № 12 – 2001. 5. Кармаза О.О. Теоретичні аспекти законодавства у сфері житлового права України / О.О.Кармаза // Юриспруденція: теорія і практика. – №6,2008. 6. Мелашенко В.Ф. Основи конституційного права України: Курс лекцій; для студентів юрид.вузів і факультетів. / В.Ф. Мелашенко. – К., Вентурі, 1995. 7. Онищенко Н.Н. Становление и развитие источников советского права на Украине / Н.Н.Онищенко; АН УССР, Ин-т государства и права. – К.: Наук.думка, 1988. 8. Пархоменко Н.М. Джерела права: проблеми теорії та методології. Монографія. / Н.М.Пархоменко. – К.: ТОВ "Видавництво "Юридична думка", 2008. – 336 с. 9. Поленина С.В., Сильченко Н.В. Научные основы типологии нормативно-правовых актов в СССР. / С.В. Поленина, Н.В. Сильченко. – М., 1987. 10. Скаун О.Ф. Теорія держави і права: Підручник / О.Ф.Скаун. – Харків: Консум, 2008; Кельман М.С., Мурашин О.Г. Загальна теорія держави і права: Підручник. / М.С. Кельман, О.Г. Мурашин – К.: Кондор, 2008. 11. Теорія держави і права: Посіб. для підготов. до іспитів / С.М. Тимченко, Р.А. Калюжний, Н.М. Пархоменко, С.М. Легуша. – 2-ге вид. виправ. та перероб. / С.М. Тимченко, Р.А.Калюжний, Н.М. Пархоменко, С.М. Легуша. – К.: Вид. ПАЛІВОДА А.В., 2006. 12. Цивільне право України: Підручник / Є.О. Харитонов, Н.О.Санахметова / Є.О. Харитонов, Н.О. Санахметова – К.: Істина, 2003. 13. Цивільний процес України: академічний курс: (підручник для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл.); за ред. С.Я.Фурси. / С.Я.Фурса, Є.І.Фурса, О.В.Гетьманцев, С.В.Щербак, Г.З.Лазько, М.М. Ясинюк – К.: Видавець Фурса С.Я.: КНТ, 2009. 14. Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. / Г.Ф.Шершеневич – М., 1911. – Т.1. – Вып.2.

Надійшла до редакції 17.04.12

Н. Кабанець, канд. юрид. наук

НАУКОВИЙ МЕТОД У ШКОЛІ ПРИРОДНОГО ПРАВА

Здійснено аналіз напрямів школи природного права у зв'язку з розвитком наукового методу. Звернуто увагу на особливості застосування наукового методу в старій та новій школі природного права.

Ключові слова: науковий метод, школа природного права.

Представлен анализ направлений школы естественного права в связи с развитием научного метода. Обращено внимание на особенности применения научного метода в старой и новой школе естественного права.

Ключевые слова: научный метод, школа естественного права.

The analysis of directions of school of absolute law is presented in his connection with consideration of scientific method. The features of application of scientific method are considered at old and new school of absolute law.

Key words: scientific method, school of absolute law.

1. Проблема наукового методу в системі позитивних наук

Розвиток наукових знань традиційно в історії прийнято було пов'язувати з філософською школою. Однак,

успіхи наукових досліджень, починаючи з XVII ст., та становлення наукового методу обумовили розмежування сфери власне філософського знання у вигляді певного світогляду та наукового пізнання. Було створено

нову позитивну класифікацію наук, де сама філософія визнавалася наукою лише у зв'язку з науковим методом. Науковий підхід у дослідженнях, що ґрунтувався на методі природничих наук, визнавався вирішальним чинником при визначенні пізнавальної цінності певної сфери знань [1, с. 8-15, 26-30].

Слід відмітити, що в 70-х роках XIX ст. у філософії науки намітилась тенденція до акцентування специфіки гуманітарного наукового дослідження порівняно з природничими та точними науками. Вона супроводжувалась критикою беззастережного використання природничого методу в сфері суспільних дисциплін. Ця позиція була розвинута в рамках філософської школи, яка стояла на засадах *критичного трансцендентального* методу, запровадженого Еммануїлом Кантом, і отримала назву *неокантіанської*, відомої також в історії філософії як школа "відродженого природного права".

Ставлення представників неокантіанства до наукового методу обумовлювалася історично традицією самої школи природного права. Розвиток наукового методу в ній мав свої особливості.

2. Школа природного права і науковий метод

Школа природного права – це концептуальна науково-пізнавальна течія, яка з початку свого виникнення ґрунтувалася на філософському світогляді і мала практично-розумну спрямованість. Школа була відома з часів софістів, але саме в рамках філософських координат мислення античності, Середньовіччя та Нового часу набула особливої значимості. Розквіт її був пов'язаний зі становленням та застосуванням наукового методу, який привів до утвердження системи позитивного світогляду. У свою чергу, в рамках позитивізму доктрина школи зазнала критики, а з'ясування особливостей застосування наукового методу в сфері природничих та гуманітарних наук обумовили відродження її позицій у філософії.

Розвиток наукового раціонального методу прийнято відраховувати початком Нового часу – епохи Модерну (XVII-XVIII ст.), хоча раціональний підхід в науці був започаткований ще древньогрецькими ученими. На відміну від попередніх часів, науку Модерну відзначала особлива віра в силу людського розуму, здорового глузду, і переконання в непомильності аналітичного методу, який базувався на математиці – методі аналітичної геометрії. Основоположником його вважають Рене Декарта, який звертав увагу на абстрактно-дедуктивний характер обґрунтування понять на основі нового методу. Індуктивний напрям методу, пов'язаний з емпіричним дослідженням, розвивав Френсіс Бекон.

Науковий метод мав практичну спрямованість і, у першу чергу, був апаратом дослідження фізики – сфери наук про природу. Але згодом і гуманітарні науки сприйняли позицію природничих наук відносно його значимості. Серед гуманітарних наук Нового часу саме школа природного права виступила на засадах нової філософії. Достатньо згадати "Етику, викладену геометричним методом" Бенедикта Спінози чи "Левіафана..." Томаса Гоббса. Представники школи природного права Нового часу – це представники природничого напрямку (природного напрямку) цієї школи. Вони розглядали її положення в дусі раціоналістичного світогляду, в рамках нового методу науки – методу аналітичної геометрії, методу природничих наук.

3. Періодизація розвитку школи природного права Нового часу

Відомий російський історик політичних учень та філософ права Борис Чичерін виділяв декілька напрямів школи природного права XVII-XVIII ст., що перебувала

на засадах наукового методу, в залежності від того, як саме він використовувався представниками школи та до яких результатів приводив у наукових дослідженнях [2]: асоціативний (Гуго Гроцій, Томас Гоббс, Бенедикт Спіноза), моральний (Річард Кумберланд, Христіан Томазій, Самуїл Пуфендорф, Христіан Вольф), ліберально-індивідуалістичний (Джон Локк, Шарль Луї Монтеск'є, Жан-Жак Руссо), суб'єктивно-ідеалістичний (Еммануїл Кант, Йоган Готліб Фіхте).

Асоціативний підхід до використання наукового методу в школі природного права Нового часу (Чичерін називає його "общежитейским") приводив до утвердження механістичного світогляду в гуманітарній науці та створення механічних уявлень про закономірності самоорганізації людського суспільства. Така теоретична модель обґрунтування розвитку суспільних процесів давала на практиці в політиці модель абсолютної монархії або, точніше, модель абсолютної влади суверена, якій підкорено при суспільній організації всяке природне право індивіда (за виключенням права на життя) – так міркував Томас Гоббс. У ролі спеціального суб'єкта суверенітету він бачив короля, чи одноосібного диктатора. Однак, Бенедикт Спіноза, спираючись на таку ж механістичну модель обґрунтування на основі геометричного методу, приходив до висновку, що вона прислуговується в сфері політичних відносин для виправдання народного суверенітету в формі республіки. Сила, фізична сила – основа вітальності визначає право в фізико-механістичних моделях політичної самоорганізації суспільства. В народі чи в монархії при встановленні своєї політичної влади стільки права, скільки й сили – так проявляє себе природна (фізична) причинно-наслідкова закономірність буття у мінливому світі речей.

Моральний напрям школи природного права вказав на неможливість беззастережного застосування фізичних, механіко-математичних наукових інтерпретацій для тлумачення природи індивіда та процесів суспільної організації. Представники цього напрямку вважали, що природне право – це не тільки фізичні інстинкти, як думав Томас Гоббс, це також моральне метафізичне начало, яке визначає людську істоту як духовну культурну особистість. Це духовне начало в людині від Бога, який дає заповіді – диктує Закон, якому моральна особистість має підкорятися, у зв'язку з чим вона і визначається як культурна, а не просто фізична істота.

Ліберально-індивідуалістична течія школи природного права вважала, що метафізичне та фізичне начало цілком поєднуються в моральному індивіді без посилення на авторитет Вищого розуму, державного суверена чи особистого сеньйора. Тому моральний індивід – він же розумний індивід є вже, в принципі, самозаконною істотою. Природне право такої істоти виступає для неї джерелом власного розумного закону. Ця якість самозаконності індивіда визначає його свободу, що полягає, в той же час, у здатності правильно, з позицій розумного формально-логічного мислення, розпорядитися своєю свободою, укладаючи суспільний договір та створюючи державу як гаранта особистих природних прав. На практиці теоретична модель лібералів приводила до створення в політиці обмеженої монархії або республіки з конституційним принципом розподілу влад.

Еммануїл Кант – представник *суб'єктивно-ідеалістичного* напрямку школи природного права підвів теоретичну базу під концепцію самозаконності та автономії мислячого морального індивіда, що в публіцистичному вигляді була присутня в роботах Локка, Монтеск'є та Руссо. На основі створеного *критичного трансцендентального* методу в філософії він обґрунтував поняття суб'єктивного права особи, в основі якого лежало при-

родне право людини на свободу та на використання цієї свободи згідно правила *категорійного імперативу* [3, с.140]. Ці положення в сфері *метафізики практичного розуму* дали початок сучасної доктрини правової держави та громадянського суспільства, як теоретичного підґрунтя розуміння принципів політичної самоорганізації суспільства на засадах права.

4. Критичний підхід Канта як інтерпретація наукового методу. Визначення наукового статусу метафізики.

Критичний кантівський підхід стосувався питання можливостей та рамок застосування наукового методу в пізнанні. Завдання, яке ставив Кант полягало в оцінці здатності людського розуму створювати наукові поняття. Це завдання визначило його критичний погляд на догматичні положення в науці, обґрунтовані раціональним науковим методом, відносно яких він вимагав вказати умови можливості їх здійснення на практиці.

Позиція вченого була продиктована кризовим станом у наукових дослідженнях. З одного боку, фізики (до них в школі природного права відносились, в основному, представники асоціативного напрямку), спираючись на практичний експеримент як критерій істини дослідження, отримували результати, що не узгоджувались з догматичними викладками на основі раціонального методу, і змушені були ігнорувати теорію. З іншого боку, метафізики (до них в школі природного права відносились, здебільшого, представники морального напрямку) ігнорували практику, оскільки спираючись на логіку абстрактного дослідження, отримували чіткі системи раціональних понять, для яких не можна було вказати практичну цінність та значимість.

Догматизм у тогочасній науці характеризувався безмежною довірою до способу математичного мислення (*more geometrico*) і прагненням некритично розширювати дію наукового методу як в сфері фізики, так і в сфері метафізики. Так, наукові розробки представників школи природного права морального напрямку в Німеччині XVII ст. – XVIII ст., що використовували метод геометрії, носили догматичний характер і мали метафізичний зміст. Вони мало співвідносились з реальною дійсністю, хоча претендували на роль істинних знань про природу речей. Достатньо згадати в цьому плані дослідження послідовного декартіанця Самуїла Пфендорфа, який вийшов на обґрунтування теорії природних та громадянських прав особи в душі абстрактно-дедуктивного методу, та Христіана Вольфа – послідовника Готфріда Лейбніца, який створив метафізичну систему права перфекціоністського зразка як інтерпретацію теорії монад. Ця система в університетській освіті Пруссії XVIII ст. докантівського періоду вважалася офіційною доктриною природного права. Догматичний характер розробок в науці породжував у представників емпіричного напрямку наукових досліджень скептичні зауваження. З позицій недовіри до достовірності результатів наукового методу, здійснених у душі догматизму, виступив Девід Юм.

Догматизм та скептицизм, як напрями рефлексування над результатами дослідів, привели до появи критичної філософії. Сутність нового критичного підходу до застосування наукового методу в пізнанні розкривалася Еммануїлом Кантом при з'ясуванні наукового статусу метафізики.

Під метафізикою вчений розумів науку, яка "служить для того, щоб з допомогою розуму йти від пізнання чуттєвого до пізнання понадчуттєвого" [4, с.180], а свою трансцендентальну філософію, яка містить "умови та першоджерела усілякого нашого апіорного пізнання",

вважав частиною метафізичної науки як системи. Відомою робота "Про досягнення метафізики з часів Лейбніца, Вольфа..." [4] була його спробою визначити науковий статус метафізики не як догматичної дисципліни, в рамках якої розглядається вчення про понадчуттєві речі, що виступають причинами буття реальних речей і задають належний порядок їх існування, а як критичної науки, де ідеї понадчуттєвих речей виступають умовами можливості практичного досвіду та пізнання [5, с.149]. Можна, загалом, стверджувати, що Кант, як і його попередники, відводив метафізиці місце *першої філософії* в науці, але вважав, що вона можлива як наука лише в *гносеологічному*, а не *онтологічному* розумінні. Тобто, як наука про умови можливості всякого наукового дослідів (про те, "як" здійснюється пізнання), але не наука про істинну сутність речей (про те, "що" ми пізнаємо), як було прийнято вважати в догматичній філософії. Завдяки Канту було піднято питання про істинність знань у зв'язку з процесом пізнання, як процедурою *суб'єкт-об'єктного* відношення.

5. Поділ сучасної філософії у зв'язку з проблемою застосування наукового методу

Критичний підхід Канта обумовив постановку питання в науці про межі та рамки застосування раціонального методу. Період розвитку та становлення змінився питанням критичної оцінки його можливостей у пізнанні. У філософії стали розрізняти власне *онтологію* – знання про сутність речей, що дається на основі застосування наукового методу, та *гносеологію* – теорію пізнання, як знання про межі, форми, умови та можливості застосування наукового методу при здобутті нових знань про реальність.

У питаннях співвідношення онтології та гносеології пізнання розійшлися позитивізм та школа відродженого природного права – два філософські напрями, які вийшли з кантівського критицизму. Обидва вони скептично ставляться до метафізики, як особливої філософської науки про першооснови та першопричини речей – апіорної теорії буття. При цьому *позитивізм* повністю заперечує значення метафізики, вважає, що всяка теорія є продуктом практики – лише її поясненням, змінюваним у зв'язку з необхідністю (скажімо, історична зміна наукової парадигми), а метод природничих наук має охоплювати всі дисципліни в науковому дослідженні, оскільки він має статус загальнонаукового. За таких умов нівелюється особлива специфіка дослідження в гуманітарних науках, порівняно з природничими. Основоположником системи позитивної філософії є Огюст Конт. З'явившись в середині XIX ст. у Франції, позитивізм став пануючою філософською доктриною першої половини XX ст., що утверджувала принципи сцієнтизму та віру в науковий прогрес, здатний змінити світ на краще.

Течія *відродженого природного права* охоплює два напрями німецької філософської думки: Баденську (вона ж Фрайбурзька, Гейдельберзька та Страсбурзька) та Марбурзьку наукові школи. Їх представниками були, зокрема, Генріх Ріккерт, Вільгельм Віндельбанд (баденці); Герман Коген, Рудольф Штамлер (марбурзький напрям) [6, с.8-9; 5, с.75-94].

Школа відродженого природного права відразу себе позиціонувала як відносно позитивізму, так і відносно старої школи природного права. Зокрема, представники цієї школи відмічають наукове значення метафізики, хоча її підкреслюють при цьому її гносеологічний, а не онтологічний статус. Загалом, в неокантіанстві філософії відводиться місце *загальної теорії дослідів*, яка уможлиблює всяке наукове дослідження як пізнавальний процес. Така позиція приводить до визнання пер-

шозначимості теоретичних досліджень відносно практики. Неокантіанці також вважають, що гуманітарне наукове дослідження не може ґрунтуватися на методи природничих наук. Вони розрізняють ряд *природничих наук*, що вивчає фізичні феномени і ряд *наук про дух*, де предметом дослідження є явища культурного ряду буття. Такі феномени складають цінності, існування яких не можна пояснити цілком через причинно-наслідковий характер розвитку подій. У структурі нашої свідомості цінності мають *належний* (деонтологічний) характер прояву, а не *необхідний* (онтологічний).

Теорія цінностей є базою ще одного розділу сучасної філософії – *аксіології*. Врахування її положень у науковому дослідженні вважається потрібним сьогодні не тільки в гуманітарних науках, але й в природничих.

6. Особливості пізнання в неklasичних напрямках природного права

У наш час прийнято розрізняти *традиційну* та *сучасну* школу природного права [7, с.20], або *стару* та *нову* школу природного права [8, с.140-141]. Основним чинником такого розподілу виступає ставлення до метафізики – засадничої дисципліни схоластичної аристотелівської філософії та використання наукового методу при обґрунтуванні доктринальних положень природного права. Особливості застосування наукового підходу в школі обумовлювали в XVII-XIX ст. створення догматичних або теоретичних її концепцій. Догматичні концепції були характерні для докантівського – докритичного періоду використання наукового методу, теоретичні – для критичного. Нова школа у XX ст. почала відмовлятися взагалі від використання наукового підходу, що привело до виникнення неklasичного напрямку школи природного права порівняно з традиційним науковим (klasичним).

Неklasичні інтерпретації природного права ґрунтуються не стільки на використанні наукового методу, скільки на пошуку нових пояснень положень школи поза його межами. "Філософія розуміння" замінює в ній традиційну "філософію понять". Такий підхід на думку вчених, певною мірою, дає можливість уникнути труднощів методологічного та пізнавального характеру, притаманних klasичним школам позитивізму та філософії права, вийти на осягнення смислів буття та існування поза межами наукового знання, що ґрунтується на суб'єкт-об'єктному відношенні в пізнанні. Метафізика відроджується в таких теоріях у своєму онтологічному статусі, а не виступає загальною теорією наукового дослідження в кантівському розумінні.

До сучасних неklasичних напрямів школи природного права відносять герменевтику, феноменологію, екзистенціальні вчення, а також неотомізм [9, с.14-15]. Дослідження в цих напрямках школи природного права у XX ст. дали змогу підняти питання про особливий *антропологічний* вимір філософії, у рамках якого дослідження прав людини – предмет школи природного права в поєднанні з традиційною теорією цінностей набуває нових культурологічних орієнтирів та смислових відтінків.

Таким чином, розвиток наукового методу в школі природного права привів спочатку до створення доктринальних концепцій метафізичного плану. В цих концепціях використовувалися механістичні інтерпретації суспільних процесів на основі фізичних уявлень або допускалася догматична трактовка положень школи на основі абстрактно-раціонального методу. В рамках критичного методу Канта науковий статус метафізики було уточнено: порівняно з дослідженнями в сфері природничих наук вона виступає в якості загальної теорії досліду – теорії пізнання про умови, можливості, форми, методи та рамки наукового дослідження. Теоретичний статус метафізики в XIX ст. став проблемою осмислення позитивної філософії та неокантіанства і привів до поділу сучасної філософії на систему онтології, гносеології та аксіології. Дослідження неklasичних напрямів школи природного права, не пов'язані з використанням наукового методу, відродили традиційну проблематику школи після періоду критики в XIX ст. і дали змогу обґрунтувати антропологічний напрям сучасної філософії права.

1. Самардак М.М. Філософія науки: напрями, теми, концепції. Навч. посіб. – К., Вид. ПАРАПАН, 2011. – 204 с. 2. Чичерин Б.Н. История политических учений. В 5-ти частях. – М.: Типография Грачева и комп., 1869-1888. 3. Кант Эммануил. Метафизика нравов // Соч.: В 6 т. [Под общей ред. В.Ф.Асмуса, А.В.Гулыги, Т.И.Ойзермана]. – М.: Мысль, 1966. – Т. 4. – ч. 2. 4. Кант Эммануил. О вопросе, предложенном на премию Королевской Берлинской Академией наук в 1791 году: Какие действительные успехи сделала метафизика в Германии со времен Лейбница и Вольфа? // Соч.: В 6 т. [Под общей ред. В.Ф.Асмуса, А.В.Гулыги, Т.И.Ойзермана]. – М.: Мысль, 1966. – Т.6, с.177-252. 5. Рюд Вольфганг. Шлях філософії: XIX-XX століття /Пер. з нім. М.Д.Култаєвої, В.І.Кебуладзе, В.М.Терлецького. – К.: Дух і Літера, 2010. – 368 с. 6. Савальский В.А. Основы философии права в научном идеализме. Марбургская школа философии: Коген, Наторп, Штаммлер и др. Том 1. – Москва. Типография Императорского Московского Университета, 1909. – 361 с. 7. Браен Бікс. Теорія природного права. // Філософія права. [За редакцією Джоела Фейнберга, Джулса Коулмена; пер. 3 англійської П.Тарашук.] – К.: Вид-во Соломії Павличко "Основи", 2007. – 1256. 8. Фулер Лон Л. Анатомія права: Пер. з англійської Н.Комарової. – Наукове видання К.: Сфера, 1999. – 144 с. 9. Четвернин В.А. Современные концепции естественного права. – М.: Наука, 1988. – 144 с.

Надійшла до редколегії 17.04.12

УДК 342.951:351.74

О. Соколенко, канд. юрид. наук

НАПРЯМКИ ПРАВООХОРОННОЇ ДІЯЛЬНОСТІ: ОСОБЛИВОСТІ ТЕОРЕТИЧНОГО РОЗУМІННЯ

Узагальнено підходи до класифікації правоохоронної діяльності, сформовано та обґрунтовано цілісне узгоджене розуміння напрямків правоохоронної діяльності.

Ключові слова: правоохоронна діяльність, напрями, класифікація.

Обобщены подходы к классификации правоохранительной деятельности, сформировано и обосновано целостное согласованное понимание направлений правоохранительной деятельности.

Ключевые слова: правоохранительная деятельность, направления, классификация.

Going is generalized near classification of law-enforcement activity, the integral concerted understanding of directions of law-enforcement activity is formed and reasonable.

Key words: law-enforcement activity, directions, classification.

Правоохоронна діяльність є одним із ключових напрямків державної діяльності, в рамках якого здійснюється усунення порушень прав, свобод та інтересів людини і громадянина, а також інтересів суспільства і держави, забезпечуючи при цьому стабільність і ста-

лість конституційного ладу, державного будівництва й суспільного розвитку. Адже саме за допомогою правоохоронної діяльності як певної системи інституцій та засобів можливо надати суспільним відносинам ознак стабільності, послідовності, динаміки та розвитку [1,

© Соколенко О., 2012

с.3]. Разом з тим по відношенню до України наразі вже не є новою констатація відсутності узгодженої цілеспрямованої та послідовної державної політики у сфері правоохоронної діяльності, у тому числі через суперечливість її теоретико-методологічних засад, що виявляють неоднозначність розуміння сутності, напрямків й місця цієї діяльності. З огляду на це й вбачаються актуальними питання теоретичного розуміння напрямків правоохоронної діяльності.

Зазначимо, що проблематика сутності й напрямків правоохоронної діяльності раніше вже розглядалась у працях таких вчених як І.В. Бондаренко, В.М. Дубінчак, В.М. Зінченко, В.М. Кардаш, А.М. Кучук, І.В. Солов'євич, В.Г. Фатхутдінов та інші. Разом із тим такі дослідження спрямовані на вивчення переважно лише окремих диференціацій напрямків правоохоронної діяльності, залишаючи поза увагою питання впорядкування й узагальнення різних підходів до виокремлення напрямків правоохорони. Саме тому метою цього дослідження є визначення й узагальнення оптимальних підходів до класифікації правоохоронної діяльності, а також формування та обґрунтування цілісного узгодженого розуміння напрямків правоохоронної діяльності.

Передусім відмітимо, що правоохоронна діяльність є багатограним різноплановим різновидом державної діяльності, яка здійснюється численними правоохоронними органами за різноманітними напрямками. Саме тому слід погодитись з Й.І. Горінецьким [2] і В.Г. Фатхутдіновим [3, с.8], що до складу правоохоронної діяльності як категорії включаються не тільки такі елементи як суб'єкти й об'єкти, але й напрямки. При цьому напрямки правоохоронної діяльності одночасно відображають як поставлені перед нею загальні завдання, так і конкретні функції її суб'єктів та способи й форми їхньої реалізації. У той же час не поділяємо поглядів В.В. Посметного, що напрямки правоохоронної діяльності "залежать від завдань, функцій та обов'язків органів, які її здійснюють" [4], позаяк, на нашу думку, розглядаючи правоохорону як практичну реалізацію правоохоронної функції держави та її завдань, саме напрямки правоохоронної діяльності мають визначати компетенцію правоохоронних органів, а не навпаки, що сприятиме більшій комплексності й послідовності правоохоронної діяльності.

Першочергово маємо означити відсутність законодавчої диференціації правоохоронної діяльності за напрямками, що видається істотним недоліком в аспекті забезпечення її узгодженості, структурованості та взаємопов'язаності. Певною мірою слідом за іншими вченими для виокремлення напрямків правоохоронної діяльності можна керуватися положеннями ч.2 ст.2 Закону України "Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів" від 23.12.1993 р., яка визначає функції працівників суду і правоохоронних органів. Виходячи з цього, напрямками (видами) правоохоронної діяльності вважається: досудове розслідування в кримінальних справах та адміністративне провадження; оперативно-розшукова та розвідувальна діяльність; охорона громадського порядку і громадської безпеки; виконання вироків, рішень, ухвал і постанов судів, постанов органів розслідування і прокурорів; контроль за переміщенням людей, транспортних засобів, товарів та інших предметів чи речовин через державний і митний кордон; нагляд і контроль за виконанням законів. Зауважимо, що попри наявні у науці суперечності з приводу співвідношення правоохоронних і судових органів, зважаючи на виконання останніми правоохоронної функції, правосуддя також може бути віднесене до напрямків такої діяльності.

Разом з тим у даному разі слід враховувати щонайменш дві істотні обставини. По-перше, варто звернути увагу на певну моральну застарілість зазначеного законодавчого бачення функціональних напрямків правоохоронної діяльності, що не враховують ані процесу трансформації системи суспільних відносин, ані наступних законодавчих змін, прийняття Конституції України, судової та адміністративної реформ, а також реформування правоохоронної системи України, що безперечно актуалізує оновлення напрямків правоохоронної діяльності. Так, наприклад, В.І. Осадчий, спираючись на вказаний поділ правоохоронної діяльності, такий напрямок як охорона громадського порядку і громадської безпеки розглядає вже у дещо ширшому значенні як "адміністративну, профілактичну, охоронну діяльність міліції" [5], а також досить доречно виокремлює ще один напрямок правоохоронної діяльності із припинення правопорушень при незаконному використанні природних ресурсів. І по-друге, Закон України від 23.12.1993 р. безпосередньо не присвячений нормативно-правовій регламентації напрямків правоохорони, називаючи функції правоохоронних органів виключно лише в цілях забезпечення державного захисту їх працівників, а тому класифікація на його основі напрямків правоохоронної діяльності є досить умовною.

На основі згаданого законодавчого поділу напрямків правоохоронної діяльності М.І. Мельник і М.І. Хавронюк наводять значно розширений перелік функцій (направків) правоохорони, додатково до цього виділяючи ще й профілактику правопорушень; захист життя, здоров'я, прав, свобод та законних інтересів фізичних осіб; ресоціалізацію; розгляд справ про фінансові та адміністративно-господарські правопорушення; надання дозволів на здійснення певної діяльності; подання правової допомоги; аналітико-методична робота; інформування інших державних органів; видання нормативних актів; координація [6, с.27-28]. При цьому одразу слід вказати на неоднозначність віднесення до числа повноцінних напрямків (у тому числі в якості допоміжних) правоохоронної діяльності аналітико-методичної роботи, інформування державних органів, видання нормативних актів та координації. Підкреслимо, що зазначені різновиди властиві організації діяльності будь-яких органів державної влади загалом при виконанні й інших функцій держави і не мають чітко вираженої правоохоронної спрямованості.

Загалом же такий підхід вбачається нами дещо ускладненим, позаяк має на меті сформувати детальний перелік усіх напрямків правоохоронної діяльності, які є досить динамічними та тісно поєднаними один з одним, внаслідок чого, наприклад, не видається можливим повністю відмежувати охорону громадського порядку, громадської безпеки та власності від захисту прав громадян та попередження правопорушень. Відтак диференціація правоохоронної діяльності має проводитись, передусім, саме з позицій концептуального узагальнення правоохорони за її сутнісними ознаками.

О.М. Бандурка до основних напрямків правоохоронної діяльності відносить прокурорський нагляд; досудове слідство по кримінальних справах; захист у кримінальних та цивільних справах та надання іншої юридичної допомоги; охорону громадського порядку і безпеки громадян; боротьбу із злочинністю, а також правосуддя [7, с.6-8, 333]. Натомість за К.Ф. Гуценко і М.А. Ковальовим такими напрямками є конституційний контроль; правосуддя; організаційне забезпечення діяльності судів; прокурорський нагляд; виявлення і розслідування злочинів; надання юридичної допомоги [8, с.10-14]. З приводу цього, маємо зауважити деяку неповноту обох з названих позицій.

Так, по-перше, виокремлюючи прокурорський нагляд, правильно виділяти й інші різновиди правоохоронної контрольно-наглядової діяльності за виконанням законів. По-друге, правоохоронна діяльність спрямована на охорону та захист прав громадян і правопорядку не лише від злочинів, але й інших правопорушень, тому досудове слідство у кримінальних справах як напрямок правоохорони доцільно доповнити ще й адміністративним провадженням. І по-третє, мусимо не погодитись із включенням організаційного забезпечення діяльності судів (втім, так само як й забезпечення діяльності органів внутрішніх справ, прокуратури тощо) до напрямків правоохоронної діяльності, що лише забезпечує її, безпосередньо не вирішуючи актуальні завдання охорони права та правовідносин в Україні.

Певною мірою правоохоронна діяльність може бути поділена на напрямки й залежно від об'єктів її впливу, а саме – це охорона засад конституційного ладу, у тому числі прав, свобод і законних інтересів особи; а також забезпечення законності й правопорядку. Проте, вбачається, що такий поділ можливий лише суто на теоретичному рівні, адже практичне здійснення правоохорони, як правило, у цьому розумінні має комплексний характер. Зокрема охорона прав громадян тісно пов'язана із забезпеченням правопорядку, оскільки вона можлива тільки з дотриманням останнього, а забезпечення правопорядку передбачає охорону й захист прав особи від правопорушень.

У найбільш загальному вигляді правоохоронна діяльність, на думку Ю.І. Римаренка та Я.Ю. Кондратьєва, за своєю структурою поділяється на попередження виникнення умов та причин суспільно небезпечних явищ; припинення процесу їх розвитку; ліквідацію негативних наслідків [9, с.110]. Однак, викладене не стільки диференціює правоохоронну діяльність за стадіями як своєрідний юридичний процес, а скоріше відображає лише рівні державного реагування на існуючі або реальні загрози правовідносинам, кожному з яких відповідає одразу кілька етапів правоохоронної діяльності.

У даному контексті слід навести позицію П.В. Онопенка, який пропонує поділяти забезпечення правопорядку на такі основні напрямки правоохоронної діяльності: попередження правопорушень; виявлення правопорушень; припинення правопорушень; розкриття правопорушень; розслідування правопорушень; притягнення до юридичної відповідальності правопорушників; перевиховання правопорушників [10, с.10]. Оскільки зазначене в цілому відображає основні етапи реалізації правоохоронної діяльності, вважаємо за можливу та доцільну інтерпретацію даної позиції й щодо усіх напрямків правоохоронної діяльності залежно від її правового змісту та стадій реалізації як своєрідного юридичного процесу.

Зауважимо, що дана класифікація ґрунтується на такій ознаці правоохоронної діяльності як застосування у правоохоронних цілях різноманітних заходів юридичного впливу – запобігання, припинення та юридичної відповідальності. При цьому в аспекті правоохоронної діяльності в якості її напрямку більш коректним вбачається визначати не суто лише "притягнення до юридичної відповідальності правопорушників", але й забезпечення такої юридичної відповідальності з боку інших державних органів. Акцентуємо також увагу й на тому, що "попередження правопорушень" є складним інтегративним напрямком правоохоронної діяльності, який включає у себе різні види правоохорони (у тому числі контрольно-наглядового характеру), а одним із його заходів, на думку А.І. Долгової [11], є перевиховання правопорушників, виокремлення якого в самостійний напрям

мок правоохоронної діяльності не є доцільним. Натомість більш обґрунтованим може бути виділення такого правоохоронного напрямку як забезпечення виконання встановлених заходів юридичної відповідальності, що є завершальним етапом правоохоронної діяльності.

Відмітимо, що такі ж напрямки правоохоронної діяльності можуть виокремлюватись й залежно від завдань правоохоронної діяльності, зокрема Р.Я. Шай до таких напрямків відносить попередження правопорушень, їх виявлення та припинення, оперативне розкриття та притягнення винних до юридичної відповідальності, виконання відповідних рішень, а також нагляд за процесом правозастосування і юридичну допомогу громадянам [12]. У той же час, не заперечуючи важливість такого напрямку правоохорони як нагляд, з позицій даної класифікації його виокремлення в якості окремого завдання чи стадії правоохоронної діяльності не зовсім прийнятне, оскільки державний контроль та нагляд по-суті є саме комплексним інтегративним напрямком правоохоронної діяльності, що поєднує у собі одразу декілька її стадій – попередження, виявлення й припинення відповідних правопорушень.

Крім того, юридична допомога громадянам за своєю природою є різновидом забезпечення реалізації громадянами належних їм прав, свобод і законних інтересів, що здійснюється усіма органами державної влади, у тому числі й правоохоронними органами, зокрема міліцією, згідно зі ст.2 Закону України "Про міліцію" від 20.12.1990 р. У той же час слід зважати, що зазначений різновид державної діяльності хоч і реалізується правоохоронними органами, однак, як правило, поза безпосереднім процесом охорони й захисту прав громадян, тому й пропонується розглядати юридичну допомогу громадянам як конкретний суміжний, допоміжний напрямок правоохоронної діяльності та взагалі за іншим (суб'єктно-об'єктним) критерієм поділу правоохорони.

Однією з підстав диференціації напрямків правоохоронної діяльності також можна виділити й функціональний критерій, поділяючи правоохоронну діяльність на відповідні функціональні напрямки. Так, наприклад, А.М. Кучук називає охоронну, профілактичну, наглядову (контрольну), регулятивну, каральну та виховну функції правоохоронної діяльності [13, с.13]; Р.Я. Шай виділяє лише функції охорони, профілактики, нагляду, регулювання та виховання [12], не відносячи до їх числа каральну функцію правоохоронної діяльності. З одного боку, кара законодавчо не є метою адміністративних стягнень (які безпосередньо застосовує більшість правоохоронних органів), а становить мету кримінальних покарань (які застосовує лише суд). З іншого боку, будь-які заходи юридичної відповідальності як своєрідний акт відплати з боку держави, виражений у несприятливих особистісних чи майнових наслідках для правопорушника, мають у собі в тому числі й репресивно-каральну складову. Разом з тим слід зважати, що кара завжди наділена певною правовиховною роллю [14], а тому й каральна функція правоохоронної діяльності невід'ємна від її виховної функції, що мають взаємний характер й поєднуються у застосуванні в процесі правоохоронної діяльності заходів юридичної відповідальності. Таким чином, на нашу думку, інтерпретуючи функції правоохоронної діяльності відповідно до її напрямків, необхідно констатувати неможливість і неприйнятність виділення окремого "карального" напрямку правоохорони, що розуміється нами як одна із складових виховного напрямку правоохоронної діяльності.

При цьому, як зазначалося, виховання, у свою чергу, має безпосереднє відношення до попередження правопорушень, адже вплив на суб'єктивні детермінанти (зок-

рема особу правопорушника й інших осіб) має не менше значення в їх запобіганні, аніж подолання об'єктивних причин і умов порушень правопорядку й прав громадян. До того ж, виховання (у тому числі виправлення правопорушників) може бути лише тоді максимально ефективним, коли воно логічно поєднане із іншими заходами усунення, подолання, мінімізації та нейтралізації негативних факторів таких правопорушень. У зв'язку з цим більш виваженим є об'єднання карального, виховного й профілактичного сегменту у єдиний інтегративний попереджувальний напрямок правоохоронної діяльності.

Охоронну функцію (а відповідно і напрямки) правоохоронної діяльності, спрямовану на охорону життя, здоров'я, прав, свобод і законних інтересів людини і громадянина, зазвичай пов'язують із охороною громадського порядку, громадської безпеки і власності, припинення порушень права та його відновлення [12]. Відтак така охорона за своїм змістом в цілому уособлює й виражає основну сутність правоохоронної діяльності із забезпечення нормального функціонування суспільних відносин згідно з правом шляхом охорони й захисту конституційного ладу, прав громадян, правопорядку й законності. Загалом же охоронний (захисний) напрямок є досить складним та різноплановим, одночасно включаючи заходи припинення правопорушень, оперативно-розшукової діяльності, відновлення порушених прав громадян, досудового розслідування тощо, які у своїй сукупності й складають цілісний процес охорони права і правовідносин.

Проте правоохоронна діяльність не обмежується однією лише власне охоронною діяльністю, ефективне здійснення якої вимагає її поєднання із іншими такими "доповнюючими" правоохоронними напрямками як попередження, нагляд і регулювання. При цьому регулятивний напрямок правоохорони визначається тим, що правоохоронна діяльність, першочергово забезпечуючи охорону правовідносин, тим самим здійснює й їхнє відповідне регулювання, визначаючи певний правовий режим дотримання правопорядку та прав громадян, стимулюючи розвиток одних і стримуючи інші, забезпечуючи їх протікання в суворій відповідності із засадами верховенства права та пріоритету прав, свобод і законних інтересів людини і громадянина.

Крім того, виділення контрольно-наглядового напрямку в правоохоронній діяльності, на нашу думку, має супроводжуватись вирішенням наявних проблем теоретико-методологічного характеру в розумінні контролю та нагляду як явищ правової дійсності. З цього приводу, не виходячи з поля нашого дослідження, варто погодитись із В.В. Мурзою [15], що сутність контрольно-наглядової діяльності держави виявляється у забезпеченні перевірки діяльності відповідних інституцій на предмет відповідності принципу законності, попередження й виявлення порушень чинного законодавства, а також забезпечення їх усунення. Таким чином, подібна контрольно-наглядова діяльність безпосередньо становить окремий специфічний сегмент правоохоронної діяльності, одночасно спрямований на підтримку та охорону законності та правопорядку і, як наслідок, попередження та усунення порушень прав, свобод і законних інтересів особи, інтересів суспільства та держави. Відтак певною мірою контрольно-наглядову діяльність із властивими їй методами, способами та формами

можна розглядати саме на стику охоронної та попереджувальної правоохоронної діяльності.

Отже, узагальнюючи викладене, можна запропонувати таку диференціацію напрямків правоохоронної діяльності: попередження правопорушень; виявлення правопорушень; припинення правопорушень; розкриття правопорушень; розслідування правопорушень; притягнення до юридичної відповідальності правопорушників; виконання заходів юридичної відповідальності. У правоохоронній діяльності за функціональним критерієм виділяється попереджувальний, охоронний (захисний), регулятивний і контрольно-наглядовий напрямки.

Правоохоронна діяльність за суб'єктно-об'єктивним критерієм складається з таких напрямків: попередження правопорушень; охорона громадського порядку, громадської безпеки і власності; оперативно-розшукова та розвідувальна діяльність; контрольно-наглядова діяльність; досудове розслідування в кримінальних справах та адміністративне провадження; правосуддя; виконання вироку, рішень, ухвал і постанов судів, постанов органів розслідування і прокурорів; надання правової допомоги.

Підкреслимо, що правоохоронна діяльність як елемент сучасної демократичної соціальної правової держави та громадянського суспільства безпосередньо спрямована на охорону й захист прав, свобод і законних інтересів людини і громадянина, інтересів суспільства та держави, виступаючи при цьому важливим засобом забезпечення їхньої реальності.

1. Дубінчак В. М. Правоохоронна діяльність: сутність, суб'єкти, засоби забезпечення (теоретико-правовий аспект) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / В. М. Дубінчак ; Київ. нац. ун-т внутр. справ. — К., 2010. — 20 с. 2. Горінецький І. І. Правоохоронна функція держав Центральної Європи: теоретичні і практичні аспекти : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / І. І. Горінецький ; Нац. акад. внутр. справ України. — К., 2005. — 203 арк. 3. Фатхутдінов В. Г. Правоохоронна діяльність: природа, сутність, гуманізм (теоретико-правові та методологічні аспекти) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / В. Г. Фатхутдінов ; Київ. нац. ун-т внутр. справ. — К., 2006. — 16 с. 4. Посметний В. В. Сутність правоохоронної функції та правоохоронної діяльності як визначальних та базових категорій функціонування правоохоронних органів / Посметний В. В. // Кримський юридичний вісник. — 2008. — Вип. 3 (4). 5. Осадчий В. І. Проблеми кримінально-правового захисту правоохоронної діяльності : автореф. дис. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.08 / В. І. Осадчий ; Нац. акад. внутр. справ України. — К., 2004. — 36 с. 6. Мельник М. І. Правоохоронні органи та правоохоронна діяльність : навч. посібник / М. І. Мельник, М. І. Хавронюк. — К. : Атіка, 2002. — 576 с. 7. Судебные и правоохранительные органы Украины : учебник [для вузов МВД Украины] / А. М. Бандурка и др. ; ред. А. М. Бандурка. — Х. : Университет внутренних дел, 1999. — 350 с. 8. Гуценко К. Ф. Правоохранительные органы / К. Ф. Гуценко, М. А. Ковалев. — М. : Зерцало, 1999. — 370 с. 9. Політичний вимір діяльності Міністерства внутрішніх справ України (відповідь на виклики ХХІ століття) / за ред. Ю. І. Римаренка, Я. Ю. Кондратьєва. — К. : Нац. акад. внутр. справ України, 2003. — 292 с. 10. Онопенко П. В. Правоохоронні функції української держави: зміст і реалізація : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / П. В. Онопенко ; Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. — К., 2005. — 18 с. 11. Криминологія : учебник [для вузов] / под общ. ред. А. И. Долговой. — 3-е изд., перераб. и доп. — М. : Изд-во НОУ-РМА, 2007. — 912 с. 12. Шай Р. Я. Основные направления и задания правоохоронной деятельности в правовой державі / Р. Я. Шай // Митна справа. — 2011. — № 3. — Ч. 2. — С. 51-56. 13. Кучук А. М. Теоретико-правові засади правоохоронної діяльності в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / А. М. Кучук ; Ін-т законодавства ВР України. — К., 2007. — 20 с. 14. Сердюк В. Функції юридичної відповідальності в правовій науці України та Польщі / Сердюк В. // Соціологія права. — 2011. — № 2. 15. Мурза В. В. Сутність та значення наглядової функції держави / В. В. Мурза // Форум права. — 2011. — № 4. — С. 505-509 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2011-4/11mvvndf.pdf>.

Надійшла до редколегії 17.04.12

ДИСЦИПЛІНАРНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ СУДДІВ ЯК СПЕЦІАЛЬНИЙ ВИД ДИСЦИПЛІНАРНОЇ (ЮРИДИЧНОЇ) ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

Основною метою дослідження є аналіз чинної нормативно – правової бази, яка регулює юридичну відповідальність суддів, виявлення основних проблем, що виникають у правозастосувальній практиці, розробка рекомендацій по удосконаленню законодавства та механізму правового регулювання юридичної відповідальності суддів і практики його застосування.

Ключові слова: суддя, дисциплінарна відповідальність, правовий інститут.

Основной целью исследования является анализ действующей нормативно – правовой базы, регулирующей юридической ответственности судей, выявление основных проблем, возникающих в правоприменительной практике, разработка рекомендаций по совершенствованию законодательства и механизма правового регулирования юридической ответственности судей и практики его применения.

Ключевые слова: судья, дисциплинарная ответственность, правовой институт.

The main purpose of this article is to make an analysis of the effective laws, regulating legal liability of judges, and to identify the main problems, arising in the course of law implementation. The author provides recommendations for making changes in the existing laws with the aim to improve the regulatory mechanisms of the judges' legal liability and implementation practices.

Keywords: judge, disciplinary responsibility, legal institution.

Дисциплінарна відповідальність суддів як спеціальний вид дисциплінарної відповідальності була предметом уваги науковців у тому числі й на рівні комплексних робіт, проте потребує подальших досліджень [14, с. 192; 6, с. 187].

Не піддається сумніву, що дисциплінарна відповідальність є видом юридичної відповідальності [3, с. 147-151; 19, с. 768]. При цьому аналіз інституту дисциплінарної відповідальності суддів потребує з'ясування змісту її родових понять – дисциплінарної відповідальності та на більш широкому рівні юридичної відповідальності.

Слід зазначити, що юридична відповідальність є важливим інститутом будь-якої правової системи, однією з сутнісних ознак права, необхідним елементом механізму його дії. Витоки відповідальності, як зазначають Р. Л. Хачатуров та Д. А. Ліпінський, знаходяться в державно-правовому регулюванні суспільних відносин, яке слугує безпосередньою передумовою її встановлення. Такого роду відповідальність заснована на нормах права, піддається правовому оформленню, тобто має нормативно-правовий характер [19, с. 40]. В силу цього проблема юридичної відповідальності займає одне з центральних місць як в загальній теорії права, так і в галузевих юридичних науках.

Раніше юридична відповідальність досліджувалася переважно в аспекті відповідальності особи перед державою. Водночас, проблема юридичної відповідальності посадових осіб, які допускають порушення закону, зневажливе ставлення до прав і законних інтересів осіб, що знаходяться в орбіті судочинства, залишається актуальною, як з моральної, так і правової позицій.

Як зазначає, Виноградова Л. Є., юридичне поняття відповідальності не може бути відірване від загального її поняття, а повинно розглядатись як застосування цього загального поняття до специфічних умов та властивостей права, правової діяльності, регулювання правом дій, поведінки людей. Можна стверджувати, що юридична відповідальність є, передусім, відповідальне ставлення особи до своїх обов'язків, відповідальність за правильне виконання особою покладених на неї законом обов'язків [6, с. 14].

У дослідженні юридичної відповідальності визначилися два основних підходи. Перший – припускає традиційне поєднання категорії правової відповідальності з правопорушенням, тобто відповідальність за дію (бездіяльність), виражену в порушенні правових норм (негативна, ретроспективна відповідальність) [16, с. 44, 49; 20, с. 314].

Прихильники другого підходу поряд із негативною відповідальністю розглядають юридичну відповідаль-

ність у проспективному, позитивному аспекті [5, с. 3, 4, 48-49; 4, с. 50]. Зазначається, що, крім юридичної відповідальності за правопорушення, в нерозривному зв'язку з нею існує правова позитивна відповідальність, заснована на усвідомленні обов'язку вчиняти дії, що відповідають природі суспільного ладу [13, с. 595-596].

Серед учених, що розглядають відповідальність у двох аспектах, немає єдності як у розумінні самої сутності проспективної відповідальності, так і в інших, пов'язаних з нею, питаннях [4, с. 41, 42; 19, с. 187]. Як обґрунтовано пише Бабаєв В. К., "... відповідно до зазначеної концепції ця відповідальність розбухає до неймовірних і непотрібних розмірів" [18, с. 505]. Крім того, поняття правової позитивної відповідальності тим чи іншим чином пов'язане з припущенням, що правом регулюються не тільки поведінка, а й внутрішній, духовний світ людини [13, с. 599].

Виходячи з того, що існування негативної юридичної відповідальності або юридичної відповідальності за правопорушення визнається прихильниками обох підходів, ми дотримуємося саме такої позиції.

Аналіз юридичної літератури свідчить, що загально-визнаного поняття юридичної відповідальності досі не визначено. Існує низка концепцій, які іноді доповнюють одна одну, а окремі з них – протилежні за своїм змістом [19, с. 173-197]. При цьому традиційною, найбільш поширеною є розгляд юридичної відповідальності як заходу державного примусу, реакції на правопорушення.

Слід приєднатися до думок вчених, які під юридичною відповідальністю розуміють обов'язок особи, яка скоїла правопорушення зазнати заходів примусу, що виражаються в обмеженнях особистого, організаційного, майнового характеру [21, с. 9]. За своїм безпосереднім визначенням юридична відповідальність полягає в тому, що для правопорушника настають негативні наслідки – обмеження особистого, майнового чи організаційного характеру, наслідки, які він повинен "приймати", "узгоджувати" з ними свою поведінку [2, с. 373].

Виділяються наступні ознаки юридичної відповідальності: вона поєднана з осудом від імені держави особи, яка притягується до відповідальності; юридична відповідальність – обов'язок зазнати заходів державного примусу (виражаються в правових обмеженнях); має своїм наслідком тягар обмеження порушників у матеріально-правовому, організаційному чи особистому порядку; юридична відповідальність нормативно регламентована, реалізується через юридичні механізми (застосування права) у процесуальних формах [14, с. 45].

Як свого часу зазначив С.С. Алексєєв, відповідальність спрямована на те, щоб забезпечити попереджен-

ня можливості скоєння нових правопорушень. Застосування заходів державно примусового впливу до особи "налаштовує" її проти нових правопорушень (приватна превенція). Можливість застосування заходів державно примусового впливу сприяє виробленню в інших осіб мотивів до додержання юридичних норм (загальна превенція) [2, с.374].

Дисциплінарна відповідальність як вид юридичної відповідальності в цілому характеризується сутнісними ознаками останньої (вони співвідносяться як родові та видові поняття). При цьому має певні особливості, що властиві тільки їй та відрізняють від інших видів юридичної відповідальності. М. В. Вітрук пише, що диференціація юридичної відповідальності, зокрема на дисциплінарну, адміністративну та кримінальну визначається сферою їхньої дії, ступенем суспільної небезпеки порушень та специфічними правовими наслідками, як результат таких порушень. Дисциплінарна відповідальність є заходом державного впливу карального характеру на осіб за порушення дисципліни (трудової, службової, навчальної тощо), тобто за дисциплінарний проступок [7, с.100].

Дисциплінарна відповідальність неоднорідна. Її особливості залежать від виду дисципліни, що обумовлений специфікою предмета регулювання суспільних відносин, на захист яких і спрямоване дотримання вимог дисципліни. Видові особливості дисциплінарної відповідальності проявляються у визначенні складу дисциплінарного проступку, дисциплінарних стягнень, порядку їх накладення та реалізації. Крім того дисциплінарну відповідальність можна поділяти на види, виходячи з особливостей правового становища тих суб'єктів права, на яких вона поширюється [7, с.120-121].

Дисциплінарна відповідальність суддів передбачена законами України "Про судову систему і статус суддів" (розділ VI, глави 1, 2; розділ VII) та "Про Вищу раду юстиції" (розділ IV, глави 2, 3, 4, 5) [15, с.13]. Тим самим законодавець врегулювання дисциплінарної відповідальності суддів (підстав, процедури притягнення, стягнень тощо) є виразом негативного державного ставлення до дій (бездіяльності), що визнаються проступками, та особи, яка їх вчиняє. Закріплення негативних наслідків протиправної поведінки слугує для всіх суддів стримуючим фактором від порушень (формує стримуючі від порушень мотиви поведінки), а для особи яка допустила порушення – поневиряння як наслідок порушення. У цьому разі, зазначає С.В. Подкопаєв, відповідальність є індивідуальною і конкретною, забезпечується державним примусом, і виражає ступінь негативної оцінки з боку держави не тільки проступку, а й особи судді, який допустив порушення [14, с.45-46].

Ще в Судових статутах 1864 року метою відповідальності посадових осіб судового відомства в порядку дисциплінарного провадження визнавалося підтримання внутрішньої дисципліни, яка "...спонукає кожного виконати свої обов'язки, ні в чому не відступати і не відхилятися від встановлених правил, слугувати надійнішою запорукою міцного порядку. Вона слідує з однаковою увагою за будь-якою, навіть малозначною виною кожного члена суспільства, але власне не для того, щоб переслідувати його та покарати, а лише для того, щоб завчасним стягненням за малу вину не дати розвинути схильності до зневажання обов'язками і через це попередити більш важливі упущення та навіть злочини" [17, с.183].

Для визначення особливостей дисциплінарної відповідальності суддів має враховуватися їх особливий правовий статус. Вони є посадовими особами органів судової влади, які наділені виключними повноваженнями здійснювати правосуддя. Сутність правосуддя полягає в діяльності з розгляду і розв'язання правових кон-

фліктів, що існують у суспільстві [9, с.12]. Причому є найбільш надійним і цивілізованим способом розв'язання, враховуючи особливий статус суддів, що забезпечує незалежність суддів при розв'язанні конфліктів, так і завдяки особливій процесуальній процедурі, в якій суддівська діяльність реалізується [12, с.111].

Винятковість повноважень обумовлює особливості підстав відповідальності суддів. Вона є наслідком не лише порушення законів у професійній діяльності, а й "... правил суддівської етики, що підриває авторитет правосуддя" (пункт 4 частини першої статті 83 Закону України "Про судову систему і статус суддів"). При цьому очевидний зв'язок дисциплінарної відповідальності з виконуваними функціями суб'єкта, оскільки вчинки, за скоєння яких вона настає, несумісні саме зі службовим становищем даної посадової особи, особливим характером виконуваних нею службових функцій [16, с.200].

У літературі зазначається, що дисциплінарна відповідальність реалізується в рамках стійких колективів працівників, стосовно лінійно підлеглих керівнику членів колективу або особою (органом), уповноваженою призначати державного службовця на посаду [10, с.70; 8, с.37]. Притягнення до дисциплінарної відповідальності особи органом (особою), з яким вона перебуває у трудових відносинах, є особливістю саме такого виду юридичної відповідальності. За загальним правилом, сформульованим у статті 147-1 Кодексу законів про працю України стягнення застосовуються органом, якому надано право прийняття на роботу (обрання, затвердження і призначення на посаду) даного працівника; на працівників, які несуть дисциплінарну відповідальність за статутами, положеннями та іншими актами законодавства про дисципліну, дисциплінарні стягнення можуть накладатися також органами, вищестоящими щодо органів, яким надано право прийняття на роботу (обрання, затвердження і призначення на посаду) працівника [11, с.375]. Таким чином в основі визначення суб'єктів дисциплінарної влади лежить принцип підпорядкованості.

Що стосується організації судової влади в Україні, то в її основі принцип підпорядкованості відсутній. Дисциплінарними органами щодо суддів є: Вища кваліфікаційна комісія суддів України – щодо суддів місцевих та апеляційних суддів в частині накладення дисциплінарного стягнення у вигляді догани; Вища рада юстиції – щодо суддів вищих спеціалізованих судів та суддів Верховного Суду України в частині накладення дисциплінарного стягнення у вигляді догани (ст. 85 Закону України "Про судову систему і статус суддів", пункт 3 частини першої статті 3, стаття 37 Закону України "Про Вищу раду юстиції"). Крім того, до повноважень Вищої ради юстиції належить внесення подання про звільнення з посади суддів загальної юрисдикції, в тому числі за особливих обставин (пункти 1,2 частини першої статті 3 Закону України "Про Вищу раду юстиції").

На зазначені органи, крім дисциплінарної, покладені й інші функції (наприклад добір кандидатів на посаду судді вперше, проведення кваліфікаційних іспитів та інше). При цьому Вища кваліфікаційна комісія суддів України, так само як і Вища рада юстиції, не мають повноважень по безпосередньо призначати суддів на посади, хоча і беруть участь у формуванні суддівського корпусу.

Діяльності кваліфікаційної комісії суддів притаманний особливий характер. За своєю природою – це спеціальний юрисдикційний атестаційно-дисциплінарний орган. "Він, – зауважує Ю.С. Адушкін, – характеризує компетенцію щодо внутрішньоорганізаційного управління, як допоміжний управлінський діяльності, що створює умови для того чи іншого основного виду державної

діяльності" [1, с.15]. При цьому судді підлеглі не функціонально, а організаційно відносно Вищої кваліфікаційної комісії суддів України (Вищої ради юстиції також) як суб'єктів дисциплінарної влади, що узгоджується з принципом суддівської незалежності.

Судді притягаються до дисциплінарної відповідальності колегіальними органами, що мають у своєму складі не лише професійних суддів, але й представників інших органів влади, юридичної громадської тощо, що, в свою чергу, є одним з елементів механізму стримувань і противаг стосовно судової влади.

Дисциплінарна відповідальність суддів – це особливий, самостійний вид юридичної відповідальності суддів, що втілює в себе всі ознаки загальної відповідальності. Закріплення такого специфічного виду відповідальності для суддів за свої негативні поступки як дисциплінарна відповідальність є важливим засобом підвищення ефективності діяльності суддів, виконання ними своїх службових обов'язків та забезпечення прав та інтересів громадян і держави.

Тому слід мати на увазі, що як вид юридичної відповідальності, дисциплінарна відповідальність пов'язана з примусом, який виражається у встановленні для порушника певних обмежень. Однак, у цьому зв'язку справедливо звертається увага, що наслідком зловживання та неправильного застосування інституту дисциплінарної відповідальності суддів може стати обмеження суддівської незалежності. А тому притягнення суддів до дисциплінарної відповідальності має відбуватися із дотриманням гарантій справедливого та об'єктивного застосування дисциплінарної відповідальності до суддів [14, с.53].

1. Адушкин Ю.С. Дисциплинарное производство в СССР. – Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1986.
2. Алексеев С. С. Проблемы теории права. – Свердловск: Изд-во Свердловск. юрид. ин-та, 1972. – Т. 1.
3. Братусь С. Н. Юридическая ответственность и законность (очерк теории). – М.: Юрид. лит., 1976.
4. Венедиктов В. С. Теоретические проблемы юридической ответственности в трудовом праве. – Х.: Консум, 1996.
5. Ветрова Г. Н. Уголовно – процессуальная ответственность. – М.: Наука, 1987.
6. Виноградова Л.Е. Юридична відповідальність суддів загальних судів України: Дис... канд. юрид. наук: 12.00.10 / Одеська національна юридична академія. – О., 2004.
7. Витрук Н.В. Общая теория юридической ответственности. – М.: Издательство НОРМА, 2009.
8. Гришконец А.А. Правовое регулирование дисциплинарной ответственности государственных служащих // Право и политика. – 2001. – № 9.
9. Грошевий Ю. М., Марочкін І. Є. Органи судової влади в Україні. – К.: ІнЮре, 1997.
10. Картузова И.А. Дисциплинарная ответственность государственных служащих: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07 / Одесская гос. юрид. акад. – Одесса, 1999.
11. Кодекс законів про працю України: Затверджений Законом Української ССР від 10 грудня 1971 р. // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1971. – № 50.
12. Лебедев В.М. Судебная власть в современной России: проблемы становления и развития. – СПб.: Лань, 2001.
13. Общая теория государства и права: Академический курс в 2 – х т. / Под ред. проф. М. Н. Марченко. – Т. 2. Теория права. – М.: Зерцало, 1998.
14. Подкопаяев С.В. Дисциплинарна відповідальність суддів: сутність, механізм реалізації. – Х.: ВД "ИНЖЕК", 2003.
15. Про суддоустрій і статус суддів: Закон України від 07.07.2010 № 2453-VI // Відомості Верховної Ради України від 22.10.2010 – 2010 р., № 41, / № 41-42; № 43; № 44-45 /, стор. 1468, стаття 529; Про Вищу раду юстиції: Закон України від 15 січня 1998 року № 22/98-ВР // Офіційний вісник України від 26.02.1998 – 1998 р. – № 6.
16. Самощенко И. С., Фарушкин М. Х. Ответственность по советскому законодательству. – М.: Юрид. лит., 1971.
17. Судебные уставы 20 ноября 1864 года. С изложением рассуждений, на коих они основаны. Часть третья. – СПб.: Типография Второго Отделения Собственной Е.И.В. Канцелярии, 1867.
18. Теория государства и права / Под ред. В. К. Бабаева. – М.: Юрист, 1999.
19. Хачатуров Р.Л., Липинский Д.А. Общая теория юридической ответственности: Монография. – СПб.: Издательство Р. Асланова "Юридический центр Пресс", 2007.
20. Халфина Р. О. Общее учение о правоотношении. – М.: Юрид. лит., 1974.
21. Шиндяпина М. Д. Стадии юридической ответственности: Учебное пособие. – М.: Книжный мир, 1998.

Надійшла до редколегії 18.04.12

УДК 340.125

К. Яцино, ас.

ІСТОРІЯ СТАНОВЛЕННЯ СОЦІОЛОГІЇ ПРАВА В ПРАЦЯХ ВІТЧИЗНЯНИХ УЧЕНИХ

Стаття присвячена зародженню та розвитку науки соціології права в працях відомих українських учених кінця XIX – поч. XX століть. Розглянуто вплив їх наукових теорій на подальше становлення соціологічного підходу до права в українській правовій думці.

Ключові слова: Соціологія права, соціолого-правові дослідження в праві, історія становлення соціології права, соціологічне поняття права.

Статья посвящена зарождению и развитию науки социологии права в трудах известных украинских ученых конца XIX – нач. XX веков. Рассмотрено влияние их научных теорий на дальнейшее становление социологического подхода к праву в украинской правовой мысли.

Ключевые слова: Социология права, социолого-правовые исследования в праве, история становления социологии права, социологическое понятие права.

Article is devoted to the birth and science of sociology of law in the works of famous Ukrainian scientists end XIX – beg. XX centuries. The influence of scientific theories on the further development of a sociological approach to law in the Ukrainian legal opinion.

Keywords: Sociology of law, sociology and legal studies in law, the rise of sociology of law, a sociological concept of law.

Наука соціологія права є порівняно молодого галуззю знань, адже була визнана лише 1962 року на V Міжнародному соціологічному конгресі. Та вчення про соціальні чинники виникнення права, його соціальну обумовленість, тісні зв'язки права з суспільною реальністю розроблялися в працях багатьох українських учених в галузі права та соціології.

Завданням наукової статті є спроба показати зародження та розвиток соціологічно-правових теорій на теренах нашої держави, починаючи з 19 століття і закінчуючи початком 20 століття (до радянських часів). Серед концепцій, що вплинули на становлення вітчизняної соціології права доцільно розглянути теорію "живого права" Є. Ерліха, соціологію кримінального права О. Кістяківського, теорію соціально-належного права Б. Кістяківського, концепцію соціальних зв'язків С. Дністрянського, погляди на право в соціальному контексті М. Шаповала,

критику догматичної юриспруденції Є. Спекторського. Всі ці вчені зробили неоціненний вклад в формування соціологічної школи права, вони намагалися розкрити суть взаємодії і взаємовпливу специфічних для предметної сфери дослідження правознавства внутрішніх чинників, які охоплюються сферами досліджень інших наук, для розв'язання суто юридичних проблем.

На нашу думку, саме Євгена Ерліха потрібно вважати безпосереднім попередником соціології права в її сучасному вигляді. Він є автором таких програмних праць із соціології права, як "Основні положення соціології права" (1913) та "Право та життя" (1897). Вчений жив і працював у Чернівцях в університеті Франца Йосифа, обіймаючи з 1901 року посаду декана юридичного факультету, а з 1906 – ректора цього ж університету. Вагомість та значущість Ерліха-правознавця визнана всією світовою науковою громадськістю. Та на жаль в

Україні до недавнього часу це ім'я залишалося маловідомим, тому що його пов'язували з буржуазною правовою наукою, і його соціологічно-правову концепцію розглядали лише в критичному руслі. Праці Є. Ерліха як представника школи "вільного права" побачили світ у Німеччині [1, 58-59].

Багато уваги Є. Ерліх присвятив проблемі соціальної визначеності права. На його думку право виникає і поза державою. Так у своїй статті 1922 року "Соціологія права", він пропонує відправитися в уявну подорож до невідомої країни і відзначає, що "в цій країні нам зустрінуться такі інститути як шлюб і сім'я, власність. Ми, звичайно ж, розраховуємо на те, що зможемо отоваритися на наші гроші, винайняти кімнату, дати або взяти кредит, успадкувати власність по смерті. Усе це, шлюб, сім'я, власність, договори – справи юридичні, функціонування яких неможливо уявити без права. І якщо ж вони трапляються у кожній цивілізованій державі усіх цивілізованих народів, то природно, що їм повинно бути притаманне щось спільне для всіх правових систем" [2, 29].

Ерліх влучно вказує на те, що часто під однаковими термінами мають на увазі різний зміст, "обгрунтовують діаметрально протилежні позиції". Так, в англійській мові, слово law позначає закон і право. Ерліх також відзначає, що ті, хто проголошує множинність права або законів під ними розуміють ніщо інше як правові положення, а вони відмінні у кожній країні. З іншого боку, ті, хто виокремлюють спільне у такій множинності, наголошують не на правових положеннях, а радше на соціальному устрої, котрий своїми основними рисами подібний в цивілізованих державах і народах. Ці однакові риси впливають з подібного соціального устрою, соціальних інститутів. Ставлячи питання про те, чи може існувати правова система без правових положень, чи можливо уявити правову систему, котра заснована на чимось іншому, окрім соціального устрою? Ерліх доводить, що суспільство є більш давнім, аніж правові положення, і тому впорядкування мало існувати ще до появи правових положень. Учений вважав, що потрібно проводити різницю між соціальними інститутами, як-от шлюб, сімейні союзи, володіння, договори, спадкування, які виникли в силу соціальної самоорганізації, та державними інститутами, які виникли внаслідок законів. Більшу масу правових положень створено не законами, а судовим правом і правом юристів.

Ерліх звернувся до емпіричних досліджень живої сили, так званого "живого права" Буковини. Опитування населення Буковини дозволили йому стверджувати, що реально дієвим є лише третина статей Австрійського цивільного уложення. Наявність у повсякденному житті окрім права, інших регуляторів, які стали підґрунтям положення про те, що право є порядком "державного, суспільного, духовного і господарського життя, але в будь-якому разі не його єдиний порядок; йому приходять на допомогу ще інші порядки – рівноцінні, а може ще й впливовіші. Справді, життя повинно було б перетворитися в пекло, якщо воно регулювалося лише правом" [3, 130].

Основним завданням соціології права за Ерліхом є вивчення "живого права", яке трактується як сукупність неправових норм. Учений намагався соціологічно довести, що юридична форма (позитивне право), яке існує, не в змозі задовольнити потреби соціально-економічного життя, адже воно відстало від реальних життєвих відносин і не містить у собі норм для їх регулювання. Соціологія права має на меті досліджувати соціально-економічні, законодавчі передумови створення документів, що дозволить глибше розкрити їх смисл. Саме поєднання соціологічного і історичного підходів у дослідженні права дозволяє стверджувати,

що право в усіх народів проходить однакові ступені розвитку. Отже, Євген Ерліх відправним пунктом соціологічно-правових досліджень назвав суспільні відносини, які сприяють утворенню права, а соціологія права повинна створити повну картину правового життя. Поставлене завдання може бути успішно виконане за умови винайдення духовної сторони процесу правоутворення, яка сприяє втіленню суспільних сил у право, і яка є складовою частиною людського духу в правотворчості.

Неможливо обійти увагою і вклад у розвиток вчення про соціологію права Олександра Федоровича Кістяківського, який зробив через кримінальне право, і саме йому необхідно завдячувати виробленню понять, без яких не може обійтися сучасна соціологія кримінального права.

Вчений наголошував, що право постійно змінюється, бо змінюються суспільні відносини і світогляд людини. Виступав проти формально-догматичного вивчення права і пропонував впроваджувати соціологічні закони розвитку права як "права суспільного". О. Ф. Кістяківський наголошував, що формальний підхід без зв'язу з життям призводить до застою і пов'язував право з суспільними явищами, зі зміною яких змінюється право. Зокрема, він зазначав, що: "знаючи характер громадськості і державності даного народу, можна зробити безпомилковий висновок про дух кримінального права, яке існувало у цього народу. І навпаки: з кримінальним кодексом в руках можна, не знаючи суспільного і державного устрою того або іншого народу, за висновками його кримінальних законів, скласти вірне уявлення про цей устрій, якщо не детально, то в головних його рисах і основах" [4, 13].

Вже в ранніх своїх дослідженнях О. Ф. Кістяківський намагався розглядати інститут покарання в історично-соціологічному аспекті. Це, на думку О. М. Ковальчука, з якою варто погодитися, дає нам підстави віднести його до перших прихильників історико-соціологічного напрямку в науці кримінального права [5, 103]. Застосовуючи історичний підхід, він приходив до висновку, що з "розвитком і зміною матеріального і розумово-морального стану суспільства необхідність застосування і саме застосування смертної кари дедалі зменшується".

Неначе заглядаючи у майбутнє, вчений наголошує, що даний процес зменшення застосування такого покарання однаковий і постійний, тотожність його напрямку не підлягає сумніву [6, 35]. Дослідник був упевнений, що повне скасування смертної кари можливе в тому випадку, коли її скасують поступово відповідно до нормальних умов суспільного і державного життя, яке розвивається. Тому необхідно поступово скасовувати її за окремі види злочинів, звужуючи коло смертної кари.

Скасування закону підпорядковується тим самим законам розвитку, що і його походження, зазначає вчений. Тому О. Ф. Кістяківський вважав, що закон може втратити чинність "подвійним способом": або він "скасовується законодавцем, який вгадав його невідповідність народним потребам", або ж це відбувається шляхом звичаю, "коли законодавча функція перебуває в ненормальному стані" [5, 106].

Ми бачимо, наскільки була прогресивною думка О. Ф. Кістяківського щодо скасування застарілих законів царської Росії, які гальмували розвиток суспільних відносин. Він виступав за те, щоб закони і всі інші правові акти максимально сприяли прогресивному розвитку суспільства, і піддава критиці консерватизм, реакційні законопроекти і закони, що не відповідають реаліям життя. Лише ті закони знаходять свою реалізацію, в яких виражене верховенство права, правосвідомість і звичай народу.

Першочергову роль приділяв О. Ф. Кістяківський судовій практиці. "Наука кримінального права, – на думку

вченого, – повинна брати свій матеріал з практики, переробляти його, щоб бути наукою дійсних життєвих явищ, які становлять інтерес для суспільства, а не абстрактних поглядів і фантазій нікому не потрібних." Якщо закон сформульовано чітко, то суддя повинен неухильно дотримуватися його. Але у разі, якщо законодавець не може передбачити всіх випадків, судді необхідно надати "можливість застосування закону згідно з нескінченною різноманітністю випадків, що створює життя" [4, 2, 213]. Таким чином з'являється можливість заповнити прогалини, не змінюючи духу закону. Судова практика, на думку О.Ф.Кістяківського, порівняно із законом була більш мобільною формою правотворчості.

Теоретично-наукова спадщина Богдана Олександровича Кістяківського, сина Олександра Федоровича, також складається з чималого масиву філософських і юридичних праць. В тому числі і в галузі соціології права. Даний теоретик наслідує ідею Вільденбанда про методологію соціальних наук як самостійну галузь філософського знання та відстоює комплексний характер єдності соціологічних теорій, кожна з яких не може дати вичерпного пояснення суспільних явищ.

Б. Кістяківський сформулював як соціальний мислитель під впливом викладача соціології, доцента Берлінського університету Г. Зіммеля. Автора відомих праць "Про соціальну диференціацію" (1890) та "Вступ у науку про мораль" (1893). Найповніше вироблені Б. О. Кістяківським принципи пізнання соціальних явищ конкретизувалися у вченні про право. За своєю природою право належить до сфери цінностей. У праві найяскравіше й найповніше актуалізується соціально-належне, що не знаходиться за межами людського життя, а є складовою частиною історичного процесу. Нормативістське трактування права, на думку Б. О. Кістяківського, є хибним, бо воно відокремлене від його правозастосування. Насправді ж воно, як правова ідея, має набувати чинності у виконуваних у реальності нормах, виявляти значущість та цінність права, його трансцендентальне підґрунтя. При цьому значущість права "...не будучи сама емпіричною даною реальністю, свідчить про реальність права, подібно до того, як закони природи, не існуючи самі по собі, визначають все існуюче в природі. Отож нормативне поняття права, з одного боку втирається в сферу чистих емпіричних вартостей, з іншого – воно корениться в культурних масивах суспільства [7, 150]". Прагнучи досягти компромісу між різноманітними напрямками в правознавстві, Б. О. Кістяківський заявив про доцільність поширення плюралістичної методології для формування правознавчої теорії, а тому запропонував уживати водночас чотири теоретичні поняття права. Державно-наказове, або державно-організаційне право він вважає вузько юридичним, таким, що визначає сукупність норм, виконання яких є вимушеним, захищеним і гарантованим державою (тобто право – це прямі приписи законодавця). Соціологічне поняття права є відображенням сукупності здійснюваних у житті правових відносин, тобто національних, економічних, побутових та інших взаємин. Також учений виділяє окремо психологічний підхід до права, запропонований Л. Петражицьким, що розуміється як сукупність імперативно-атрибутивних переживань, які через психічну взаємодію членів певної групи набувають загального значення та об'єктивуються в правових нормах. А нормативний підхід, на його думку, визначає право як сукупність норм, які містять ідею про належне і визначальне для зовнішніх стосунків між людьми [8, 260].

Окрім того, вчений доводить, що право як соціальний факт і право як сукупність норм не завжди збігаються у змісті, тому завжди треба звертати увагу на те,

яке право живе у народі й відображене у його поведінці, його вчинках, його правочинах, а не спостерігати за тим правом, яке встановлене у параграфах кодексів. Писане право часто абстрактне, безособове і схематичне, вважає вчений, а життя – багате і різнобічне, тому не може цілком підлягати контролю з боку законів та органів, які наглядають за його виконанням, навпаки, може відхилятися від чинного писаного права, котре ніколи не вичерпає всього права, реалізованого в житті. Не обминає увагою Б. О. Кістяківський і той факт, що новостворені закони проходять перевірку у житті, тому змінюються у своєму застосуванні, а представниками правової системи є живі люди, котрі підпадають під різні суспільні впливи, і, звичайно, розгляд будь-яких правових питань мимоволі залежатиме від таких впливів.

Норми писаного права, наголошує Б. О. Кістяківський, створюють людський розум, будь він викристалізований чи із зовнішнього авторитету (переважно державної влади), чи із соціальних відносин чи психічних переживань, чи із етичних і звичаєвих настанов народу [8, 295].

Як бачимо, Б. О. Кістяківський прагнув довести потребу зміни напряму дослідницького інтересу з пошуку закономірностей походження та розвитку права на дослідження його як чинного правопорядку, адже це набагато більша цінність, ніж історія та еволюція правових норм. Але тут обов'язково потрібно змінити думку про право як сукупність встановлених державою норм, адже не державна влада законодавчо дарує підданим їхні права, а, навпаки, суб'єктивні права передують волі держави.

Оцінюючи розробки російського правознавця С. Муромцева в теоретичному обґрунтуванні соціально-наукового вивчення права, Б. О. Кістяківський зазначає, що в другій половині сімдесятих років XIX ст. Муромцев надзвичайно послідовно розробив струнку соціально-наукову теорію права. Але на відміну від свого попередника Б. О. Кістяківський вважав, що право не обмежується і суспільними відносинами, і це не є його специфічною характеристикою. Оскільки всі культурні явища залежать від суспільних відносин, пізнати сутність права потрібно, проаналізувавши каузальні і телеологічні співвідношення, які визначають цю сутність. Сутність права, зазначав Б. О. Кістяківський, визначають два види каузальних відношень: 1) між соціальними явищами; 2) між психічними явищами. Серед основних телеологічних обумовленостей виділяють три, які заслуговують на увагу: 1) у праві діє розум, тому воно завжди прагне до свого логічного завершення; 2) справедливості як соціально-етичний принцип і 3) свобода.

Вивчення права, за Б. О. Кістяківським, як соціального явища має як теоретичне, так і практичне значення: теоретичне – передбачає досягнення найповнішого знання права, практичне ж – дозволяє законодавцеві знімати напруження між життєвим і законодавчим правопорядком. Поряд з державно-організаційним і нормативним поняттям права існує і соціологічне поняття, що значно ширше і включає в себе і звичаєве, і державне, і міжнародне, оскільки право з соціологічної точки зору – це сукупність правових відносин, які здійснюються в житті, в якому виробляються і кристалізуються правові норми [9, 203-205]. Таким чином, теорія права Б. О. Кістяківського вибудовується на визнанні способу свідомої діяльності людини, який і є її основою. Відповідно до такого погляду, право визнають найзначнішим і найповнішим виразником культури суспільства, як духовним елементом, котрий вбирає в себе свідомі зусилля індивідів.

Серед вітчизняних правознавців, які також вплинули на формування соціології права як науки, чільне місце займає Станіслав Северинович Дністрянський. Праця, в якій найповніше подано соціолого-правові погляди

С. С. Дністрянського, та яку було опубліковано українською мовою, називається "Звичаєве право та соціальні зв'язки". В ній автор бажає донести до читача, що для успішного функціонування соціального зв'язку потрібні норми, які виникають із внутрішнього переконання про взаємну залежність людей у процесі задоволення своїх потреб. Формою реалізації норм є звичай. Кожен суспільний зв'язок наділений своїм окремим соціальним життям, у межах якого працює "соціальна етика", саме нею керуються члени цього зв'язку. До речі ця думка прийшла до С. С. Дністрянського під впливом Г. Еллінека і його теорії етичного мінімуму. Ідеї С. С. Дністрянського про входження людини до різних соціальних утворень та виконання специфічних лише для цього утворення правил поведінки передували виникненню теорії ролей та статусу індивіда.

Учений відносить правові норми до соціально-етичних, в цьому, до речі, простежується зв'язок з ідеями С. Муромцева, який включав взагалі всю правову науку до частини соціологічної. Відхиляючи тогочасний постулат про те, що держава є первинною щодо права, С. С. Дністрянський визнає її соціальним зв'язком найвищого типу, який використовує адміністративний апарат і фізичний примус. Право, як регулятор суспільних відносин, бере початок ще задовго до утворення держави. Державні закони, на думку С. Дністрянського, за своїм статусом не можуть скасовувати правові норми соціальних груп, навпаки, вони повинні базуватись на даних нормах і якомога більше їм відповідати. Тобто, держава як окреме соціальне об'єднання отримує право на життя з правом створення нових (власних) правових норм [10, 28].

С. С. Дністрянський зазначає: "Коли з усього загалу соціально-етичних норм, які існують у соціальному житті, вибрано такі норми, які є необхідні для існування певного суспільного відношення з його визначеними цілями, та такі, що є крайньо необхідними для мирного співжиття суб'єктів відносин між собою і для збереження спільної мети, то такі норми є правом. Коли ці тільки що вибрані соціально-етичні норми є правовими нормами, то хтось мусить бути покликаний у суспільстві вибирати з загалу норм ті, що мають бути правом. Той, хто має право обирати, повинен мати авторитетну владу у суспільному зв'язку. Саме те, що влада суспільного зв'язку визнала як його обов'язкову норму, і це без огляду на те, у якій формі вона це зробила – є правом. Отже, поки влада суспільного зв'язку не підтвердить своїм авторитетом якоїсь соціально-етичної норми, доти вона ще не є правом, навіть якщо вона і була вже у загальному використанні поодиноких членів. Правда, поняття права не можна обмежувати лише державною владою, бо воно існує в усіх суспільних зв'язках" [11, 47]. В такому визначенні С. С. Дністрянський обґрунтовує виникнення та реалізацію позитивного права.

На особливу увагу заслуговує вчення С. Дністрянського про соціальні форми права. Визнаючи джерелом права суспільні зв'язки, науковець не погоджується із загальноприйнятим трактуванням законів звичаєвого та юридичного права як джерел права, а пропонує вважати їх соціальними формами, адже джерелом права може бути по суті те, з чого воно випливає, постає, а так як право є соціальний витвір, то джерелом права являється тільки саме суспільство, яке його створює, а не закон, звичаєве право чи так зване право юристів: "суспільні зв'язки від родини почавши та на державі скінчивши, є основами права. Це живі суспільні твори, що живуть своїм питомим суспільним життям" [1, 72].

Отже, проаналізувавши вчення С. С. Дністрянського, можна зробити висновок, що право не закінчується і не починається з приписів держави, його сфера засто-

сування є значно ширшою, і чим складніші соціальні зв'язки, тим і більш складніше правозастосування. Суспільні зв'язки в розумінні ученого є істинними творцями права, саме на них повинен звертати законодавець при створенні нормативних актів. Також у вченні С. С. Дністрянського спостерігається соціологічне обґрунтування відмінності між формами та джерелами права.

Фундатором і першим засновником Українського соціологічного інституту в Празі і засновником вітчизняної соціологічної думки був Микита Юхимович Шаповал. Саме цей учений розглядав соціологію як практичну науку, оскільки вона є наукою про суспільство, тобто про людську поведінку та суспільні взаємовідносини. Для М. Ю. Шаповала була очевидною соціальна природа права. Він зауважує, що право є соціальний витвір і чинник, але ще не цілком установлене, як воно твориться і як воно діє. Незаперечним є лише той факт, що людина завжди була соціальною істотою, тому зрозуміло, що суспільна взаємодія є споконвічною, і вона споконвічно потребує потреб регулювання відносин між людьми для мирного співіснування.

Право є витвором суспільного життя, воно здатне фіксувати людський досвід про нього. Право залежить від досвіду: зміна, зростання, занепад досвіду спричиняє зміну, зростання, занепад права. Право як феномен не може бути вічним чи об'єктивним. Існує лише людське, суб'єктивне, змінне право: "Кожна людина у взаєминах із людьми щохвилини творить право. Навіть діти граючись, творять своє дитяче право. Кожна людська організована спільнота творить норми для взаємовідносин між членами (внутрішнє право) і для взаємовідносин до інших людей та спільнот (зовнішнє право)" [12, 25].

Під час розробки проблеми функцій права на М. Ю. Шаповала вплинули ідеї Л. Петражицького та П. Сорокіна. За його вченням такими функціями права є мотиваційна функція, муштрова, під чим дослідник розумів право як муштрову силу, що обертає людей на безвільні автомати, і соціально-відбірна [1, 74].

Окремого дослідження потребує вклад в розвиток науки соціології права відомого юриста, соціолога та філософа Є. В. Спекторського, що багато років віддав дослідженню істинній природі права у провідних вищих навчальних закладах Європи, в тому числі в Київському університеті святого Володимира, а після встановлення радянської влади продовжив свої дослідження в Нью-Йорку. Акцент його думок ґрунтується на тому, що право не може вивчатися як замкнута в собі, відірвана від соціальних відношень структура, "правознавство дуже тісно пов'язане з суспільним життям у всьому його драматизмі" [13, 19]. У своїх перших працях учений виступав за застосування при дослідженні права соціології, заснованої на емпіричних дослідженнях. Такий підхід мав певні переваги порівняно з юридичним позитивізмом, тому що орієнтував на більш глибоке вивчення права. Вчений акцентує увагу на необхідності системного і функціонального вивчення права, на його зв'язок із суспільством. У подальших працях, зокрема в "Енциклопедії права" Є. В. Спекторський зазначає, що догматична юриспруденція, як і раніше, не вичерпує завдань правознавства, тому що норми законів є не просто довільними приписами, штучно нав'язаними життям, особливо якщо це йде в розріз з її умовами і запитамі. Правознавство тісно пов'язане з суспільним життям [14, 31]. Це був відхід ученого від догматичного підходу і націлення на соціологічний підхід до розуміння права.

Наголошуючи на перевагах соціологічного підходу Є. В. Спекторський зазначав, що юридична наука не може обмежитися тільки цим підходом. Інакше замість догми юридичної вона стане догмою соціологічною. Він під-

креслює, що теорія права повинна бути не просто синтезом юридичної догматики і вчення про соціальні чинники права, вона повинна бути ґносеологічною юриспруденцією, теорією юридичного пізнання. Отже, він намагався модернізувати формально-догматичний підхід, застосовуючи соціологічний підхід до вивчення права.

На відміну від звичайної соціології, що розглядає людське суспільство як щось емпірично дане і яке виникло більш-менш стихійно, правознавство, зазначає вчений, розглядає те саме суспільство з особливої точки зору – морально-соціологічної. Правознавство займається співжиттям людей лише настільки, наскільки в ньому виникають суперечки, що ведуть до судового розгляду. Це, крім питання про факти, передбачає питання про право, справедливість, яке вже стає питанням етичного характеру. "Завдяки цьому, – підкреслює Є.В.Спекторський, – правознавство не може бути соціологією в розумінні простого констатування наявності відомого порядку стосунків між людьми. Воно представляє соціально-моральну соціологію, що висвітлює й оцінює ці стосунки з погляду відомих етичних критеріїв і постулатів" [13, 12].

Уже тут можна помітити особливості правової теорії Є.В.Спекторського. Він виділяє три групи проблем, якими повинна займатися моральна соціологія. Це уявлення про борг, правду, справедливість, обов'язок, що складають етичні проблеми, приписи законодавців – тобто політичні проблеми і соціологічні проблеми, тобто ті природно виниклі і більш-менш сталі в співжитті стосунки, відновлення яких у зв'язку із суперечками і злочинами займається практична юстиція і констатування яких є головним соціологічним завданням теоретичного правознавства. Тому правознавству, на думку Є. В. Спекторського, припадає мати справу з етичними, політичними і соціологічними моментами.

Є. В. Спекторський зауважує, що питанням правознавства займалося багато вчених і дано багато оригінальних визначень. Тому дослідник вважає одним із завдань дати визначення права, його походження, враховуючи, що "право втратило свою аксіоматичну незмінність, перетворилось на щось, що підлягає еволюції і поєднане тісним консенсусом з покрученими шляхами людського співжиття в усьому різноманітності його проявів" [13, 23]. У цьому зв'язку в енциклопедії права він дає своє праворозуміння. "Право, – пише Є.В.Спекторський, – є юридично захищений інтерес" [14, 13]. До речі, такий погляд перекликається з теорією інтереса Ієринґа, що набула широкого розповсюдження в Російській імперії (справила враження і на Муромцева, і на Коркунова). Є. В. Спекторський дає своє трактування даної концепції, наголошуючи, що "під таке визначення права підходять як позитивне, так і природне право, як право в об'єктивному розумінні, так і право в суб'єктивному розумінні, як приватне, так і публічне право. Елемент нормального вказує на етичний характер права. Елемент домагання обмежує його від моралі в тісному розумінні". У цьому питанні він критикує історичну школу права, яка, на його думку, "страждала тими недоліками, що й романтизм у тодішній німецькій літературі (початок XIX століття). Саме вона ідеалізувала все минуле" [14, 176]. Як бачимо, у питанні праворозуміння Є.В.Спекторський не зводить право до норм. На його думку, юридичні норми в широкому розумінні є нормами, які регулюють домагання один до одного в організованому суспільстві. Виходячи з цього, Є. В. Спекторський виділяє ряд особливостей юридичних норм. Він вважає, що ці норми є етичними, оскільки вони розглядають речі не з боку фізичних і психічних процесів, а з боку їх відповідності морального належ-

ному. По-друге, ці норми регулюють домагання. По-третє, юридичні норми регулюють ставлення людей один до одного. Цим, на його думку, вони відрізняються від релігійних норм, які регулюють ставлення людей до бога. По-четверте, юридичні норми можливі тільки в організованому суспільстві.

Як справедливо зазначає О. М. Ковальчук, у визначенні закону його теорія близька до нормативної, але разом з тим, на відміну від представників юридичного позитивізму, він ставить питання про зміст права і на перше місце ставить проблему моралі [15, 38]. Теорія Є. В. Спекторського спрямована проти ототожнення права з юридичною нормою. У своїй концепції він націлював на соціологічне вивчення права.

Під правом в об'єктивному значенні Є. В. Спекторський розуміє так зване позитивне право, тобто сукупність загальних юридичних норм, визнаних обов'язковими в тій чи іншій державі. Правом в суб'єктивному значенні, на його думку, є приватні відносини домагання і обов'язки між окремими особами.

Є. В. Спекторський, як і багато учених-юристів, не ототожнює право і закон. Вчений зазначає, що так званий "штучний закон може наблизитись майже до збігу з природним соціальним законом", але разом з тим "трапляються випадки, коли штучні юридичні закони не тільки не можуть бути названими природними соціальними законами, але й представляють щось прямо їм протилежне" [14, 31]. На думку вченого, це і є ті випадки, коли законодавець не зважає на реальне життя і приймає норми, які йому протирічать. Є.В.Спекторський пропонує вишукувати можливості виходу із таких розбіжностей, по-перше, внаслідок різкого відокремлення "один від одного легальності і доцільності, догми і політики права, інакше кажучи, того, що приписує закон і що надає до законного скасування повинно дотримуватись, з однієї сторони, і того, що закон повинен був би приписувати, якби він дійсно рахувався б з життям, з другої сторони. Друга форма – це таке більш-менш натягнуте тлумачення закону, щоб можна було пристосовувати його формули до таких явищ і життєвих відносин, яких він або не міг або ж просто не хотів мати на увазі" [14, 137].

Дослідивши вітчизняну історію виникнення та розвитку соціології права, можна зрозуміти як суто догматичний підхід до розуміння права перетворювався на соціологічний, як ототожнення права із законом посунуло розуміння правових норм як соціальних, як діючих і не відірваних від життя, суспільства. Погляди видатних українських юристів та соціологів на право як соціальне явище та потужний соціальний механізм, зробили найвагоміший внесок в становлення науки соціології права. Ще починаючи з часів наукової творчості Євгена Ерліха, право розглядається через призму соціальної самоорганізації, тобто самих суспільних відносин. Важливо роль в його вченні відводиться судовому розсуду та ролі емпіричних досліджень в системі права. Дослідження О. Ф. Кістяківського поступово вибудовують соціологію кримінального права. А його наступника – Б. О. Кістяківського – принципи пізнання соціальних явищ за допомогою права та вплив права на суспільний порядок. Філософсько-правові погляди С. С. Дністрянського та М. Ю. Шаповала започатковують новий етап у вивченні соціології права, де чітко простежується теорія неможливості функціонування соціального зв'язку без права, досліджено вплив звичаїв на правову систему, обґрунтовано думку первинності правових норм щодо держави, а також розроблені вчення про соціальні форми права та функції права. Надзвичайно вагомий внесок в розвиток науки соціології права зробив викладач Київського університету святого Володимира Є. В. Спе-

кторський, зробивши висновок про те, що право не може вивчатися як замкнута система, відірвана від суспільних відносин, а при його дослідженні обов'язково повинні використовуватися емпіричні методи. Дослідник, немовби підводячи підсумок щодо теорій своїх попередників у галузі соціології права, структурує її вчення і виділяє групи завдань, якими повинна займатися ця наука. Серед них: етичні, політичні і соціологічні моменти. Тобто, Є. В. Спекторський вже тоді схиляється до комплексного характеру самої науки соціології права, яка увібрала в себе всі фактори, що найповніше характеризуються таке складне явище як право.

Отже, вивчення вище поданих соціологічних теорій важливе не лише для дослідження зародження та становлення вітчизняної соціології права та підтвердження її самостійного статусу як науки, а взагалі необхідне для всебічного розгляду права через призму соціальних зв'язків, щоб показати, яку регулюючу роль воно виконує в суспільстві, який це різноплановий та цінний для життя кожної країни аспект суспільного життя.

1. Соціологія права. Навчальний посібник за загальною редакцією О. М. Джуки. — Київ Юрінком Інтер 2004 р. — 286 с. 2. Бігун В. С. Антропологія, аксіологія та соціологія права // Часопис Київського університе-

ту права, 2005/4, ст. 28-32. 3. Ребіндер М. Євген Еріх: деякі сторінки з останніх років життя та творчості // Проблеми філософії права / Міжн. ас. Філософії права та соціології філософії та інш. — Київ, 2005. том 3, № 1/2 — с. 127-134. 4. Кистяковский А. Ф. Элементарный учебник общего уголовного права / А. Ф. Кистяковский. — К., 1882. — 930 с. 5. Теория права у працях вчених Київського університету (XIX — поч. XX століття): монографія / О. М. Ковальчук. — К.: Юрінком Інтер, 2011. — 192 с. — Бібліогр.: с. 174-190. 6. Кистяковский А. Ф. Исследование о смертной казни / А. Ф. Кистяковский. — К., 1891. — 850 с. 7. Кістяківський Б. О. Вибране/ Б. О. Кістяківський; пер. з рос. Л. Г. Малишевської; упоряди. Л. П. Депенчук. — К.: Абрис, 1996. — 478 с. — (Серія "Українські мислителі"). 8. Кистяковский Б. Социальные науки и право. Очерки по методологии социальных наук и права / Кистяковский Б. — М.: Издательство Сабашниковых, 1916. — 704 с. 9. Кистяковский Б. А. Философия и социология права / Сост., примеч., указ. В. В. Сапова. — СПб.: РХТИ, 1999. — 800 с. (Русская социология XX века). 10. Коваль А. Ф. Загальнотеоретичні погляди Станіслава Севериновича Дністрянського на процеси формування держави // Вісник Львівського університету. Серія юридична. 2009. Вип. 48, С. 28-31. 11. Дністрянський С. Загальна наука права і політики. — Прага, 1923, — Т.1. — 393 с. 12. Соціологія українського відродження / М. Ю. Шаповал; Ред. О. В. Чепурко. — Київ: Україна, 1994. — 45 с. 13. Спекторский Е. В. Пособие к лекциям по энциклопедии права / Е. В. Спекторский. — К., 1917. — 132 с. 14. Спекторский Е. В. Энциклопедия права. — Варшава, 1912. — 192 с. 15. Ковальчук О. М. Нормативно-соціологічний напрям у працях Є. В. Спекторського (1875-1951) // НАУКОВИЙ ВІСНИК ЧЕРНІВЕЦЬКОГО УНІВЕРСИТЕТУ. ПРАВОЗНАВСТВО. Вісник 131.

Надійшла до редколегії 18.04.12

О. Котюк, асист.

ПРАВОМІРНІСТЬ СЛІДЧИХ ДІЙ ЯК ГОЛОВНА УМОВА ЇХ ДОПУСТИМОСТІ В ЯКОСТІ ЗАСОБУ РОЗВ'ЯЗАННЯ ЗАВДАНЬ КРИМІНАЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА

В статті розкривається поняття "правомірність слідчих дій", аналізуються недоліки наявних підходів до її визначення та запропоновані теоретико-правові механізми її забезпечення.

Ключові слова: законність, правомірність слідчих дій, підстави проведення слідчих дій.

В статье раскрывается понятие "правомерность следственных действий", анализируются недостатки имеющихся подходов к ее определению и предложены теоретико-правовые механизмы ее обеспечения.

Ключевые слова: законность, правомерность следственных действий, основания проведения следственных действий.

The article considers the concept of "legality the investigative actions"; resolution of defects of present approaches to their definition and formulation of law-theoretic orienting point of it's guarantee.

Key word: legality, investigative actions, carrying out of investigative actions.

Статтею привертається увага до того, що Конституція України орієнтує на зміну ідеології як кримінального судочинства в цілому, так і підходів до організації та проведення слідчих дій і використання отриманих в їх ході результатів. А оскільки увагу вчених привертало лише окремі аспекти означеної проблеми, то фактично вона залишається не дослідженою. Водночас, в зв'язку з роботою над новим КПК її актуальність зростає. Враховуючи зазначене, на основі проведеного дисертаційного дослідження теми "Правомірність слідчих дій: умови визначення та засоби забезпечення", автор вносить пропозиції, спрямовані на розв'язання окремих з цих завдань.

Згідно з ч. 3 ст. 62 Конституції України обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом. А оскільки основними засобами формування доказів визнаються слідчі дії, то правомірними є питання і за яких умов їх можна визнати правомірними, і яким чином їх правомірність можна забезпечити. Причому це питання є актуальним і для осіб, які проводять слідчі дії, з огляду на необхідність дотримання ними при цьому вимог законодавства, і для учасників судочинства, у відносини з якими ці особи вступають, і для органів, які здійснюють нагляд за додержанням законів при проведенні досудового слідства та дізнання.

Як відомо, ні спеціальної статті в КПК, ні чітких настанов в окремих його нормах, які б орієнтували на умови правомірності слідчих дій немає. А, наприклад, вимоги ст. 4 КПК згідно з якою уповноважені особи з метою розв'язання завдань кримінального судочинства зобов'язані

вживати лише заходи, передбачені законом, та ч. 3 ст. 22 КПК, згідно з якою "забороняється домагатись показань обвинуваченого та інших осіб, які беруть участь у справі, шляхом насильства, погроз та інших незаконних заходів", хоча й важливі, все ж є недостатніми, щоб бути надійним орієнтиром у цих питаннях.

Більше того, привертає увагу й те, що при характеристиці слідчих дій традиційно йдеться не про їх правомірність, а про їх законність. А з огляду на це вчені орієнтують на дотримання при проведенні слідчих дій норм кримінально-процесуального закону, вимога неухильного дотримання яких і охоплюється поняттям "законність". Водночас, оскільки в Конституції України проголошено, що, з одного боку, "людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю" (ст. 3), а з іншого — принцип верховенства права (ст. 8), який по суті означає верховенство прав людини і насамперед її природних прав, які, по-перше, в законі можуть бути й не відображені, а, по-друге, за наявності неправового закону, можуть ним офіційно й заперечуватись, то виявляється, що принцип правомірності у порівнянні з принципом законності є ширшим, оскільки орієнтує не тільки на дотримання законів, а й на дотримання та забезпечення прав людини.

Що ж до поглядів вчених щодо правомірності слідчих дій, то виявляється, що їхні настанови з цього приводу також зводяться до того, що провадження слідчих дій є правомірним при дотриманні правил, встановле-

них кримінально-процесуальним законом. Тобто, поняття "законність" і "правомірність" ними ототожнюються. А оскільки такий підхід є надто загальним, декларативним, спрощеним і небезспірним, то іноді зазначають, що: проведення слідчих дій допускається лише після порушення кримінальної справи, яка знаходиться в провадженні слідчого; слідчі дії повинні проводитися особисто слідчим, який не підлягає відводу; слідчі дії можуть проводитися з участю осіб, що не підлягають відводу [9, 247–248].

Але ж є очевидним, що означені правила фактично є окремими умовами правомірності розслідування в цілому і зовсім не орієнтують на умови правомірності окремих слідчих дій. Крім того, якщо проведення слідчих дій "допускається", то як же бути з імперативними вимогами КПК, згідно з якими проведення окремих слідчих дій є обов'язковим? Крім того, наприклад, огляд місця події може проводитися й до порушення кримінальної справи. Не завжди слідчі дії повинні проводитися особисто слідчим. Питання відводу слідчого та інших учасників слідчої дії є ситуативним і клопотання про відвід може бути й не задоволене тощо.

Саме тому однією з визначальних умов правомірності слідчих дій насамперед є наявність належних правових підстав їх проведення, які являють собою сукупність передбачених кримінально-процесуальним законом умов, що дають слідчому право провести ту чи іншу слідчу дію. З урахуванням цього й висловлена думка, що слідчі дії можуть проводитися лише за наявності *фактичних* та *правових* підстав [11, 386–387; 1, 13–14]. Зокрема, фактичними підставами вважаються конкретні відомості про можливість отримання доказової інформації із слідів певного виду, а правовими – наявність у слідчого (органу дізнання) загальних повноважень на проведення розслідування [12, 60–61].

І хоча раціональне зерно у цьому висновку є, він не безспірний. Адже, по-перше, за поділу підстав на фактичні і правові складається враження, що фактичні підстави правовими не є. Водночас з логічного погляду по суті всі ці підстави є правовими, оскільки неправові підстави є незаконними і їх використання було б порушенням принципу законності. А в підсумку це означає, що запропонований поділ підстав на фактичні і правові не відповідає правилам логіки, а тому позбавлений сенсу. По-друге, правові підстави проведення слідчих дій тут також зводяться лише до наявності у слідчого (органу дізнання) сукупності передбачених процесуальним законом загальних повноважень на проведення розслідування. Але ж відомим є й те, що наявність у слідчого повноважень на проведення розслідування ще не означає наявність у нього повноважень на проведення ним будь-якої слідчої дії, оскільки кожна з них відзначається і змістовними, і процесуальними особливостями, а тому часто вимагає й спеціальних підстав, які стосуються саме її, і якими найчастіше є, наприклад, санкція прокурора чи дозвіл слідчого судді.

З огляду на це, правові підстави проведення слідчих дій слід поділяти на фактичні та процесуальні. Фактичні підстави свідчать про обґрунтованість слідчої дії, а процесуальні – про її відповідність вимогам закону. Зокрема, фактична підстава проведення слідчої дії стає очевидною при винесенні відповідної постанови про її проведення, яка, як відомо, повинна бути мотивованою. Адже саме мотивація слідчої дії і є обґрунтуванням її фактичної підстави.

В свою чергу і серед фактичних, і серед процесуальних підстав слід розрізняти загальні та спеціальні.

Проте поняття фактичних підстав проведення слідчої дії вченими також тлумачиться неоднозначно. Так, на

думку В. Бикова, фактичні підстави проведення слідчих дій містяться у конкретних нормах КПК [3, 59]. Але очевидним є те, що саме невизначеність фактичних підстав в конструкції правових норм, які регламентують більшість слідчих дій, зумовлює необхідність визначення їх лише шляхом логічного аналізу, що відзначається відомими складнощами. Характерним прикладом цього є ст. 172 КПК "Очна ставка" згідно з якою "Слідчий вправі провести очну ставку між двома раніше допитаними особами, в показаннях яких є суперечності". Адже у такому формулюванні підстав проведення слідчої дії стосується лише слово "вправі". Водночас, по-перше це слово не орієнтує на те, на підставі чого слідчий може провести цю слідчу дію, по-друге, з метою усунення суперечностей у показаннях двох раніше допитаних осіб він вправі допитати й інших осіб, а, по-третє на такий же підставі він вправі провести й будь-яку іншу слідчу дію.

Непереконливими виглядають і підходи, згідно з якими фактичними підставами проведення слідчої дії є наявність достатніх даних, які свідчать про необхідність проведення саме цієї слідчої дії [2, 17], або даних, що вказують на можливість отримання розшукуваної інформації з передбачених законом джерел [12, 107]. Саме тому переконливішим є висновок, що нормативна модель фактичних підстав слідчих дій повинна включати три елементи: 1) джерело, з якого може бути вилучена розшукувана інформація; 2) мета слідчої дії; 3) фактичні дані, які обґрунтовано вказують на можливість її досягнення. Причому слідча дія може бути ефективно проведена лише за наявності всіх трьох елементів, що утворюють її підстави, а відсутність хоча б однієї з них перетворює слідчу дію в необґрунтовану і незаконну [12, 107].

Хоча і тут, наприклад, наявність джерела з якого може бути вилучена розшукувана інформація, ще не свідчить, по-перше, про фактичну можливість отримання цієї інформації, по-друге, про процесуальну можливість використання цього об'єкта з метою вилучення з нього бажаної інформації, а, по-третє, аж ніяк не забезпечує ефективності її проведення.

От тому слід виходити з того, що оскільки законом чітко не визначено в яких випадках і на підставі чого повинні проводитися слідчі дії, то, за загальним правилом, вони проводяться тоді, коли слідчий має достатні дані про можливість отримання необхідних фактичних даних та їх процесуальних джерел саме в результаті проведення відповідної слідчої дії. А це дає підстави для висновку, що *загальними фактичними підставами* проведення слідчої дії є наявність даних, які визначають необхідність її проведення та можливість досягнення її мети.

Причому якщо в законі відсутні спеціальні обмеження для проведення цієї дії, то для прийняття рішення про її проведення може бути використана інформація, отримана як з процесуальних, так і непроцесуальних джерел, наприклад, при вирішенні питання про необхідність допиту свідка. Однак в окремих випадках законодавець такі підстави дійсно встановлює сам. Так, для проведення обшуку, повинні бути достатні підстави вважати, що знаряддя злочину, речі й цінності, здобуті злочинним шляхом, а також інші предмети і документи, які мають значення для встановлення істини в справі чи забезпечення цивільного позову, знаходяться в певному приміщенні або місці чи в якій-небудь особі (ст. 177 КПК); для проведення виїмки повинні бути точні дані, що предмети чи документи, які мають значення для справи, знаходяться в певній особі чи в певному місці (ст. 178 КПК) тощо. Саме тому такі передбачені в законі фактичні підстави конкретної слідчої дії доречно визнавати спеціальними. Причому якщо такі фактичні підста-

ви передбачені в законі, то вони вимагають належного процесуального обґрунтування у відповідній постанові. От тому з техніко-юридичного погляду було б бажано, щоб такі підстави справді були визначені в законі щодо кожної слідчої дії.

Щодо *процесуальних підстав*, то ними є відповідні процесуальні передумови до проведення слідчої дії. Це насамперед: наявність такої слідчої дії в кримінально-процесуальному законі; наявність порушеної кримінальної справи; правомочність слідчого чи іншої посадової особи на проведення саме цієї слідчої дії; відсутність у законі спеціальних обмежень на її проведення.

Однією з процесуальних підстав проведення слідчої дії є й передбачена законом можливість її проведення саме на конкретному етапі провадження у справі. Прикладом з цього приводу є п. 11 постанови Пленуму Верховного Суду України № 5 від 29.06.90 р. "Про виконання судами України законодавства і постанов Пленуму Верховного Суду України з питань судового розгляду кримінальних справ і постановлення вироку", у якому зазначається, що чинним кримінально-процесуальним законодавством не передбачено проведення в судовому засіданні відтворення обстановки і обставин події. Якщо в ході судового слідства перевірку і уточнення результатів допиту підсудного, потерпілого, свідка або даних, одержаних при провадженні інших судово-слідчих дій, неможливо зробити за допомогою інших доказів без відтворення обстановки і обставин події, справа підлягає направленню на додаткове розслідування [7].

Отже, такі підстави і є загальними процесуальними підставами проведення слідчих дій. Але іноді виникає потреба й в наявності додаткових – спеціальних процесуальних підстав для проведення слідчої дії, зокрема: винесення відповідної постанови чи ухвали; отримання санкції судді чи прокурора; наявність доручення слідчого органу дізнання на проведення слідчої дії у справі, яка перебуває у його провадженні тощо. Такі підстави і є спеціальними процесуальними підставами проведення слідчих дій.

Водночас, є очевидним і те, що лише наявність фактичних і процесуальних підстав проведення слідчих дій хоча і є важливим засобом забезпечення їх правомірності не вичерпує всієї їх повноти і лише свідчить про теоретико-правову недосконалість означених критеріїв. А оскільки з цього приводу чітких настанов немає ні у процесуальному законодавстві, ні у спеціальній літературі, то відповідь на це питання можна отримати лише шляхом використання загальних положень теорії права та системного аналізу як норм КПК, так і інших правових актів, які регламентують процесуальні відносини у сфері судочинства.

З цією метою звернемо увагу на те, що при оцінці якості правової регламентації будь-яких правовідносин необхідно отримати відповідь на три найважливіші питання: а) чіткість визначення їх змісту і, зокрема, прав та обов'язків їх учасників; б) наявність та можливість реального використання визначених законом заходів, спрямованих на припинення порушень законних прав та інтересів учасників правовідносин та захисту їхніх порушених прав і, зокрема, оскарження неправомірних дій; в) можливість відновлення порушених прав учасників правовідносин та згладжування негативних наслідків, що зумовлені цим порушенням. А з огляду на це, спираючись насамперед на норми Конституції України, яка, як відомо, має найвищу юридичну силу (ст. 8), а через призму її вимог – й на норми процесуального законодавства, і можна дати відповідь на означені три питання з тим, щоб оцінити якість як конституційно-правового, так і галузевого регулювання правовідносин

у сфері досудового слідства в цілому, та діяльності його органів та посадових осіб, які уповноважені на проведення слідчих дій, зокрема.

Зрозуміло, що при цьому належить відштовхуватись від вимог ст. 19 Конституції, згідно з якою "органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України". Але вже тут виникає питання – чому у межах та у спосіб, що передбачені лише "законами України"? Адже поняття "законы України" та "законодавство України" не одне й теж. Тим більше, що це питання вже було й предметом розгляду Конституційного Суду України, який дійшов висновку, що терміном "законодавство" охоплюються закони України, чинні міжнародні договори України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою, а також постанови Верховної Ради, укази Президента та декрети і постанови Кабінету Міністрів, прийняті у межах їхніх повноважень та відповідно до Конституції і законів України [8].

Зауважимо й те, що згідно з Законом України "Про міжнародні договори України" невід'ємною частиною законодавства України є не тільки чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, яке це зазначено у висновку Конституційного Суду, а й інші міжнародні договори України, які легалізовані у визначеному законом порядку (зокрема, затверджені Указом Президента чи Постановою Кабінету Міністрів), а тому вони також "підлягають сумлінному дотриманню Україною відповідно до норм міжнародного права" (ст.15 Закону). Причому, "якщо міжнародним договором України, який набрав чинності в установленому порядку, встановлено інші правила, ніж ті, що передбачені у відповідному акті законодавства України, то застосовуються правила міжнародного договору" (ст. 19 Закону) [5].

Важливими у цьому контексті є й положення п. 2 ст. 9 проекту КПК, згідно з яким "принцип верховенства права у кримінальному провадженні застосовується з урахуванням практики Європейського Суду з прав людини", а також його ст. 89, згідно з якою "Рішення національного суду або міжнародної судової установи, яке набрало законної сили і ним встановлено порушення прав людини і основоположних свобод, гарантованих Конституцією України і міжнародними договорами України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, має преюдиціальне значення для суду, який вирішує питання про допустимість доказів.

Важливо звернути увагу й на те, що з позицій теорії права джерелами права визнаються й морально-етичні норми, з невідмінним дотриманням яких і мають діяти і державні органи, і посадові особи у тому числі й при проведенні тієї чи іншої слідчої дії. Не випадково й главою 2 проекту КПК передбачені й загальні засади процесуального провадження.

А оскільки слідчі дії здійснюються в межах правовідносин, які врегульовані насамперед процесуальним законодавством, то в його межах насамперед і слід шукати відповідь на питання про їх відповідність його нормам. Водночас, все ж слід виходити з того, що законодавство України являє собою систему норм, а процесуальне законодавство (тим більше кримінально-процесуальне) є лише одним із елементів цієї системи. А оскільки система законодавства України включає її Конституцію, систему законів та підзаконних актів, а також міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких для України надана уповноваженими на це державними органами, а також інших правових актів та загальних засад процесуального провадження, то саме си-

стемне урахування їх вимог і даватиме підстави для розв'язання питання про правомірність чи неправомірність тієї чи іншої процесуальної дії. А з огляду на це загальновизнана вимога дотримання при проведенні слідчих дій лише кримінально-процесуального законодавства вже сама орієнтує на те, що вимоги інших правових актів при цьому можуть не враховуватись.

Отже, наведені положення свідчать про те, що наявні і конституційно-правові, і теоретико-правові орієнтири визначення правомірності дій і державних органів в цілому, і дій органів досудового слідства, зокрема, є спрощеними, оскільки базуються на спотвореному теоретико-правовому уявленні про джерела процесуального законодавства, а тому й потребують істотного вдосконалення.

Викладене дає підстави для висновку про недосконалість не тільки галузевого, а й конституційно-правового регулювання як діяльності органів кримінального судочинства в цілому, так і діяльності органів досудового слідства, зокрема. А з огляду на це варто було б звернути увагу на ті теоретико-правові орієнтири визначення правомірності процесуальних дій, які використовуються в інших видах судочинства. Наприклад, згідно з ч. 3 ст. 2 КАС у справах щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень адміністративні суди перевіряють, чи прийняті (вчинені) вони: 1) на підставі, у межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України; 2) з використанням повноваження з метою, з якою це повноваження надано; 3) об'єднувано, тобто з урахуванням усіх обставин, що мають значення для прийняття рішення (вчинення дії); 4) безсторонньо (неупереджено); 5) добросовісно; 6) розсудливо; 7) з дотриманням принципу рівності перед законом, запобігаючи несправедливій дискримінації; 8) пропорційно, зокрема з дотриманням необхідного балансу між будь-якими несприятливими наслідками для прав, свобод та інтересів особи і цілями, на досягнення яких спрямоване це рішення (дія); 9) з урахуванням права особи на участь у процесі прийняття рішення; 10) своєчасно, тобто протягом розумного строку [6, 3–4]. Як бачимо, всі ці вимоги і спрямовані на забезпечення як законності так і правомірності процесуальних дій і рішень, а тому їх запозичення у кримінальне судочинство, поряд з традиційними механізмами забезпечення правомірності слідчих

дій лише сприяло б вдосконаленню підходів при розв'язанні означеної проблеми.

Таким чином, викладене свідчить про необхідність: 1) зміщення акцентів при оцінці слідчих дій з їх законності на правомірність; 2) уточнення орієнтирів визначення правомірності слідчих дій; 3) вдосконалення теоретико-правових уявлень про механізми забезпечення правомірності слідчих дій; 4) практична орієнтація органів, що здійснюють судочинство, на забезпечення верховенства права, а відтак – і прав та свобод людини; 5) вдосконалення підходів до визначення правомірності як дій органів, що здійснюють судочинство в цілому, так і осіб та осіб, що здійснюють процесуальні дії; 6) вдосконалення процесуально-правового регулювання діяльності органів кримінального судочинства з урахуванням позитивного досвіду розв'язання аналогічних проблем в інших його видах та приведення його у відповідність з вимогами Конституції, інших законів України та міжнародних стандартів у цій сфері; 7) вдосконалення правових механізмів забезпечення правомірності дій органів судочинства в цілому та досудового слідства, зокрема.

1. Абдумаджидов Г.А. Следственные действия и общие условия их производства // Вопр. крим. техники. – Ташкент, 1978. – С. 13–14.
2. Адигамова Г.З. Следственные действия проводимые по судебному решению и с санкции прокурора: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. – Челябинск, 2004. – С. 17.
3. Быков В.М. Фактические основания производства следственных действий по УПК РФ // Журнал российского права, 2005. – № 6. – С. 59.
4. Ефремова С.В. Обоснованность следственных действий как гарантия прав и свобод участников процесса: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. – Самара, 2004. – С. 12.
5. Закон України "Про міжнародні договори України" від 29 червня 2004 р. // Голос України від 3 серпня 2004 р. – № 142.
6. Кодекс адміністративного судочинства України. Офіц. вид. – К.: Парламентське вид-во, 2005. – С. 3–4.
7. Про виконання судами України законодавства і Постанов Пленуму Верховного Суду України з питань розгляду кримінальних справ і постановлення вироку. Постанова Пленуму Верховного Суду України № 5 від 29.06.90 р. // Електронний ресурс: www.court.gov.ua.
8. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням Київської міської ради професійних спілок щодо офіційного тлумачення частини третьої статті 21 Кодексу законів про працю України (справа про тлумачення терміну "законодавство") від 9 липня 1998 р., № 12-рп/98 // Електронний ресурс: www.zakon.rada.gov.ua.
9. Руководство для следователей / Под ред. Н. Селиванова, В. Снеткова. – М.: ИНФРА-М, 1998. – С. 247–248.
10. Следственные действия. Система и процессуальная форма. – М.: Юрид. лит., 1981. – С. 60.
11. Теория доказательств в советском уголовном процессе. – М.: Юрид. лит., 1973. – С. 386–387; Шейфер С.А.
12. Шейфер С.А. Следственные действия. Система и процессуальная форма. – М.: Юрид. лит., 1982. – С. 60–61.

Надійшло до редколегії 19.04.12

К. Басовська, ас.

ПРАКТИКА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ ЩОДО ЗАСТОСУВАННЯ СТАТТІ 2 КОНВЕНЦІЇ

ПРО ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ І ОСНОВОПОЛОЖНИХ СВОБОД (ПРАВО НА ЖИТТЯ)

Стаття присвячена узагальненню практики Європейського суду з прав людини у вирішенні спорів щодо моменту початку правової охорони життя, проблеми смертної кари, евтаназії та абортів.

Ключові слова: право на життя, момент виникнення права на життя, смертна кара, ембріон людини, аборт.

Статья посвящена обобщению практики Европейского суда по правам человека в решении споров относительно момента начала правовой охраны жизни, проблемы смертной казни, эвтаназии и аборт.

Ключевые слова: право на жизнь, момент возникновения права на жизнь, смертная казнь, эмбрион человека, аборт.

Article is devoted to generalization the practice of the European Court of Human Rights in resolving disputes regarding the start of the legal protection of life, the problem of death penalty, euthanasia and abortion.

Keywords: right to life, the moment of right to life, the death penalty, human embryo, abortion.

Постановка проблеми. Життя є найбільшим і найважливішим із соціальних та правових благ особистості. Як зазначає Н.І. Матузов, "право на життя – перше фундаментальне природне право людини, без якого всі інші права втрачають сенс" [5, с. 198]. Погоджуючись із зазначеною думкою С. В. Черниченко стверджує, що "без забезпечення права на життя стає безглуздом ставлення питання про дотримання інших прав і свобод" [6, с. 306].

Між іншим, дане право, закріплене у великій кількості внутрішньодержавних, а також регіональних та універсальних міжнародних актах, як і раніше, містить низку невирішених питань, які мають беззаперечно важливе значення для розвитку сучасного правового суспільства. Немає єдиної точки зору світової спільноти щодо проблеми скасування смертної кари, а також взаємозв'язку інституту смертної кари із правом на життя. До

сьогодні проблеми евтаназії та абортів викликають запеклі суперечки філософів, медиків та юристів. Існує також низка протиріч з питань реалізації окремих аспектів права на життя, випадків його обмеження, а також обов'язку держав щодо його захисту.

З метою визначення єдиної позиції щодо окремих аспектів даного права, в тому числі з принципових моментів його реалізації та захисту в міжнародно-правовому аспекті, було б доцільно звернутися до положень Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, а також відповідного тлумачення норм про право на життя Європейським судом з прав людини та Європейською комісією з прав людини. Саме в практиці Європейського суду з прав людини висвітлюються найбільш принципові моменти реалізації права на життя. Та нарешті, саме рішення Європейського суду є обов'язковими для судової практики країни та грають важливу роль у розвитку правової системи України.

Ступінь наукової розробки проблеми. Безсумнівно, що право на життя є досить важливим для того, щоб привернути увагу вчених. Такий аспект права на життя як смертна кара, відображено в роботах А.Б. Мез'яєва, А.В. Малько, А.С. Нікіфорова, В.А. Карташкіна, Б.Р. Тузмухамедова, Т.М. Фоміченко та інших вчених. Міжнародно-правовому аспекту права на життя присвячені роботи А.А. Абашидзе, Ю.М. Антоняна, Б.М. Ашавського, М.М. Бірюкова, Г.М. Вельямінова, С.А. Єгорова, Б.Л. Зимненко, А.Я. Капустіна, А.А. Ковальова, А.Я. Колодкіна, В.С. Котляра, А.А. Моїсєєва, І.І. Лукашук, Є.Г. Ляхова, Н.І. Матузова, Ю.С. Ромашова, Ю.М. Рибаківа, О.М. Хлестова, С.В. Черниченко.

У сучасній українській науці міжнародного права окремим аспектам права на життя присвячували свої праці такі вчені, як: М.В. Буроменський, В.І. Євінгов, В.Н. Денисов, Л.Г. Заблоцька.

Метою статті є аналіз практики застосування Європейським судом з прав людини положень Конвенції про право на життя а також визначення позиції Європейського суду щодо окремих аспектів права на життя, таких як смертна кара, евтаназія та аборт.

Виклад основного матеріалу дослідження. Прийнято вважати, що право на життя, як фундаментальне право людини, вперше знайшло своє закріплення в універсальному міжнародно – правовому акті лише із закінченням Другої світової війни, з прийняттям Загальної декларації прав людини в 1948 році [4]. Так, стаття 3 зазначеного акту містить положення про те, що "кожна людина має право на життя, на свободу і на особисту недоторканість". Згадана норма Декларації, незважаючи на дещо узагальнений характер проголошення права на життя людини, на сьогодні визнається звичаєвою нормою міжнародного права, якої повинні дотримуватися всі держави [8, с. 9].

Однак, сучасна спільнота, коли говорить про міжнародний захист права людини на життя, перш за все керується положенням статті 2 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 року, яка містить заборону умисного позбавлення життя, а також Протоколом № 6 до Конвенції від 28 квітня 1983 року та Протоколом 13 до Конвенції від 03 травня 2002 року, що передбачають скасування смертної кари.

Так, частина 1 ст. 2 Конвенції проголошує: "Право кожного на життя охороняється законом. Нікого не може бути умисно позбавлено життя інакше ніж на виконання смертного вироку суду, винесеного після визнання його винним у вчиненні злочину, за який закон передбачає таке покарання".

Перше речення частини 1 ст. 2 Конвенції покладає на державу зобов'язання охороняти право кожної людини на життя законом. На думку Європейської комісії з прав людини, відображеної у доповіді у справі Маккан та інші проти Сполученого Королівства [3, с. 110-131], стаття 2 не слід тлумачити як таку, що вимагає наявності у внутрішньому праві ідентичного формулювання. Достатньо, щоб національне право реально забезпечувало охорону права, передбаченого Конвенцією. Європейський суд в рішенні по зазначеній справі погодився з висновками Європейської комісії, підкресливши, що Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод не зобов'язує Високі Договірні Сторони інкорпорувати її норми в національне законодавство, та в функції органів Конвенції не входить вивчення *in abstracto* – відповідності законодавчих чи конституційних норм держав вимогам Конвенції [12, с. 40].

Аналізуючи положення частини 1 ст. 2 Конвенції слід підкреслити неоднозначні підходи до її тлумачення. Так, на думку С.В. Великоредчаніної "стаття 2 не закріплює саме право на життя, а покладає на державу зобов'язок захищати право кожного на життя і містить заборону на навмисне позбавлення життя ... Право на життя – не позитивне зобов'язання держави, а скоріше – негативне, тобто "свобода жити", і в цьому випадку держава зобов'язана вжити всіх заходів для забезпечення свободи жити та без потреби не втручатися у користування цією свободою" [1, с. 17]. Не погоджуючись із вищезазначеною думкою, Т.М. Фоміченко вважає, що "положення статті 2 треба тлумачити ширше: воно спрямоване на те, щоб законодавчо забезпечити недоторканість життя, а також уникнути зловживань з боку третіх осіб, забезпечити застосування превентивних заходів у випадку, коли людина сама ставить своє життя в небезпечне становище. Тобто, право на життя, проголошене ст. 2, лише принципом "невтручання" держави не обмежується" [12, с. 41].

Стаття 2 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод містить вичерпний перелік випадків, коли позбавлення життя представниками державної влади не буде вважатися порушенням права на життя. Так, частина 1 ст. 2 Конвенції містить першу законну підставу, а саме: виконання смертного вироку суду, винесеного після визнання особи винною у вчиненні злочину, за який законом передбачається таке покарання. Коментатори Конвенції підкреслюють також, що смертні вироки національних судів, для того, щоб були сумісними з Конвенцією, повинні не протирічити низці інших її положень [1, с. 15]. Так, судові вироки повинні бути результатом справедливого розгляду із дотриманням гарантій, встановлених статтею 6 Конвенції та виноситись за злочини, визначені в законодавстві як такі, що караються смертною карою на момент їх здійснення відповідно до статті 7 Конвенції. При застосуванні смертної кари та її здійсненні, реалізації права на помилування, не повинно допускатися жодних проявів дискримінації згідно із статтею 14 Конвенції, спосіб здійснення смертної кари не повинен носити нелюдський характер (стаття 3 Конвенції).

Суддя Ж. Де Мейєр, висловлюючи думку у справі Соєрінг проти Сполученого Королівства [13, с. 637-658], звернув увагу на те, що "формулювання, яке міститься у другому реченні частини 1 ст. 2 Конвенції було прийняте більш ніж 40 років тому в конкретних історичних обставинах, а оскільки це формулювання як і раніше дозволяє за певних умов смертну кару в мирний час, воно не відображає сучасну ситуацію та відстає від розвитку правової свідомості та правової практики. Де факто такого покарання більше не існує в жодній з дер-

жав – учасниць Конвенції. Її протиправність була визнана Комітетом Міністрів, коли він відкрив до підписання Протокол № 6 до Конвенції".

Дійсно, тлумачення категорії "право на життя" було значно розширено Протоколом № 6 до Конвенції від 28 квітня 1983 року. Згідно статті 1 Протоколу, смертна кара скасовується. Ніхто не може бути засуджений до смертної кари або страчений. Разом з цим, забороняючи застосування смертної кари в мирний час, Протокол № 6 дозволяє державам застосовувати смертну кару за діяння, вчинені під час війни або при неминучій загрозі війни. Таке покарання застосовується тільки за умови, що така можливість була передбачена державою в національному законодавстві.

В окремій думці по справі Соєрінг проти Сполученого Королівства, Суддя Ж. Де Мейєр також наголосив, що "жодна держава – учасниця Конвенції, навіть якщо вона ще не ратифікувала Протокол № 6, не має права видавати будь – яку особу, якщо в результаті цієї екстрадиції ця особа піддається ризику бути страченою в запитуваній державі. Видача осіб за даних обставин суперечить європейським стандартам справедливості та несумісна з публічним порядком в Європі" [13, с. 656-658].

Якісно інший, у порівнянні з раніше прийнятим, підхід до смертної кари в рамках Ради Європи пов'язаний з Протоколом № 13 до Конвенції від 5 травня 2002 року. Згідно зі статтею 1 Протоколу, смертна кара скасовується. Також, закріплення відповідного принципу тягне за собою повну відмову від смертної кари в усіх випадках та за будь – які дії, включаючи дії, вчинені під час війни або неминучої загрози війни.

На думку низки держав – учасниць Протоколу № 13 "право кожної людини на життя є основоположною цінністю в демократичному суспільстві ... скасування смертної кари становить суть від суті захисту цього права та цілкового визнання гідності, притаманної всім людям" [10].

Таким чином, в самій Європі протягом півстоліття ставлення до смертної кари зазнало законодавчої еволюції – від можливості закріплення до необхідності повної відміни.

Однак, незважаючи на положення Протоколів № 6 та № 13 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, які скасовують смертну кару в мирний час та за будь – яких обставин, смертна кара на сьогодні не може вважатися абсолютно забороненою в силу того, що Протокол № 13 не був ратифікований усіма європейськими країнами.

Окрім смертної кари, частиною 2 ст. 2 Конвенції передбачено три інші допустимі випадки позбавлення життя:

- а) для захисту будь – якої особи від незаконного насильства;
- б) для здійснення законного арешту або для запобігання втечі особи, яку законно тримають під вартою;
- с) при вчиненні правомірних дій для придушення заворушення або повстання.

При цьому, в кожному з випадків, позбавлення життя не буде порушенням права на життя тільки за умови, що воно стало результатом "абсолютно необхідного застосування сили" як при самообороні, так і при настанні обставин передбачених пунктами а, б, с частини 2 ст. 2 Конвенції. Зокрема, застосування сили має бути суворо пропорційно досягненню мети, небезпеки для життя, що виникає в конкретній ситуації, та ризику, пов'язаного з тим, що застосування сили може призвести до позбавлення життя [12, с. 46].

Незважаючи на те, що частина 1 ст. 2 Конвенції містить заборону "навмисного позбавлення життя", прак-

тика Європейського суду поширила дію статті 2 також на випадки ненавмисного позбавлення життя.

Так, у справі Стюарт проти Сполученого Королівства постало питання про застосування статті 2 Конвенції до ситуації коли смерть настала в результаті нещасного випадку чи прояву недбалості. На данному прикладі Європейська комісія з прав людини відзначила, що вказане положення забороняє будь – яке застосування владою необов'язкової сили, яка призводить до позбавлення життя незалежно від того, умислив був такий результат чи ні [15].

На думку Європейської комісії з прав людини, положення статті 2 Конвенції, розглянуті в цілому, свідчать, що частина 2 ст. 2 Конвенції визначає не ті випадки, за яких дозволяється умисне позбавлення життя, а описує випадки, коли допускається "застосування сили", що може призвести до неумисного позбавлення життя. Як вже зазначалось, сила, що при цьому застосована державою, повинна бути "абсолютно необхідною" для досягнення однієї з цілей, зазначених в пунктах а, б, с частини 2 ст. 2 Конвенції. Дана позиція була підтверджена Європейським судом у рішеннях по справі Маккан та інші проти Сполученого Королівства від 27 вересня 1995 та у рішенні Андроніку і Костянтину проти Кіпру від 9 жовтня 1997 року. Суд також підкреслив, що виходячи з особливої важливості статті 2 Конвенції, він вважає за необхідне особливо ретельно вивчати випадки позбавлення життя при використанні частини 2 ст. 2 Конвенції, враховуючи не тільки дії представників держави, які застосовують силу, але й всі супутні обставини, включаючи планування можливих дій та контроль за їх виконанням [3, с. 110-131].

Частина 1 ст. 2 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод не тільки забороняє умисне незаконне позбавлення життя, але й зобов'язує держави вживати необхідних заходів щодо захисту життя осіб, які знаходяться під їх юрисдикцією. За певних умов влада повинна вживати превентивні оперативні заходи для захисту людини, чиє життя наражається на небезпеку злочинних дій з боку іншої особи. У такому випадку, щоб притягнути державу до відповідальності за невиконання свого позитивного зобов'язання щодо охорони життя, необхідно встановити, що органи влади знали або повинні були знати про існування реальної або можливої загрози життю третіх осіб однак не вжили певних заходів у рамках своєї компетенції, які могли б запобігти загрозі життю.

Відповідно до статті 2 Конвенції держава несе особливу відповідальність за життя осіб, над якими вона здійснює повний контроль, зокрема осіб, позбавлених волі. Суд виходить з того, що ув'язнені перебувають в особливо уразливому становищі, а отже влада зобов'язана захищати їх. Так, у рішенні по справі Велікова проти Болгарії Суд підкреслив, що у випадку, коли затриманий, що знаходився у повному здоров'ї до позбавлення волі, помирає під час свого ув'язнення, держава зобов'язана надати переконливі пояснення щодо обставин смерті, в іншому випадку державу може бути визнано відповідальною за порушення статті 2 Конвенції [12, с. 49].

У всіх випадках позбавлення життя внаслідок застосування сили, держава у відповідності до положень статті 2 Конвенції повинна провести ефективне офіційне розслідування обставин смерті. Не зважаючи на те, що дане позитивне зобов'язання держави не закріплене в статті 2 Конвенції, Європейська комісія та Суд вважають, що воно виступає невід'ємною частиною загального зобов'язання щодо захисту життя [12, с. 137].

Суд визначає, що розслідування має бути повним, безпристрасним та ретельним. Ефективність розслі-

дування передбачає: проведення розслідування незалежно від офіційної скарги родичів загиблого; розслідування повинно здійснюватися незалежними особами; розслідування має дати відповідь на питання, чи було виправданим застосування сили в конкретних обставинах [12, с. 47].

Важливе питання про початок життя людини, відповідно колізії у визначенні моменту початку правової охорони життя та законності переривання вагітності також зачіпаються в практиці Європейського суду з прав людини.

Перш за все, перед Європейською комісією та Судом постає питання, чи захищає стаття 2 Конвенції життя ненародженої дитини.

Варто зазначити, що в уявленні більшої частини міжнародного співтовариства штучне переривання вагітності не є порушенням права на життя. Хоча Конвенція не регламентує питання моменту виникнення права на життя так само як і моменту початку правової охорони життя, позиція Суду є більш визначеною та зводиться до того, що початком життя (та відповідно моментом виникнення правосуб'єктності) Суд вважає саме момент фізичного народження людини, а не її зачаття [11, с. 85].

У справі "Брюгеман і Шойтен проти Німеччини" Європейська комісія з прав людини встановила, що заборона абортів стала б порушенням ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод будучи втручанням у приватне життя жінки. Разом з цим, Комісія відзначила, що вона не вважає обов'язковим вирішувати, чи слід розглядати ненароджену дитину як "живу" у розумінні статті 2 Конвенції [12, с.131-132].

В рішенні про прийнятність у справі "Н проти Норвегії" заявник, який не перебував у шлюбі з жінкою, яка завагітніла від нього, домовився з нею не позбавляти ненародженої дитини життя та взяв на себе чітке зобов'язання піклуватися про немовля після його народження. Проте жінка вирішила зробити аборт. Заявник наполягав на тому, що за обставинами цієї справи ненароджена дитина по праву Норвегії залишається незахищеною, що суперечить статті 2 Конвенції. Європейська комісія з прав людини, при розгляді даної справи, не виключала, що за певних обставин (які однак не були зазначені) зародок може користуватися певним захистом за статтею 2 Конвенції, незважаючи на те, що в різних державах існує значна розбіжність думок, чи захищає стаття 2 та в якій мірі ненароджене життя. У зв'язку з цим та з урахуванням значних розбіжностей в нормах національних правових систем Європейська комісія вирішила, що в такому делікатному питанні держави повинні мати певну свободу вибору. Закон Норвегії дозволяє здійснювати аборти на розсуд жінки протягом перших 12 тижнів вагітності. У період з 12 до 18 тижнів вагітності необхідно мати відповідний дозвіл медичної комісії. Європейська комісія нагадала, що медична комісія надала дозвіл на здійснення абортів при дотриманні обов'язкових умов, встановлених законодавством Норвегії, а тому, в остаточному рішенні, не знайшла в діях держави – відповідача порушення статті 2 Конвенції [7, с. 151].

Позиція Європейського суду щодо права на життя ненародженої дитини знайшла своє відображення в рішенні по справі "Во проти Франції" від 8 липня 2004 року. В обставинах справи зазначалося, що на шостому місяці вагітності, громадянка Франції, перебуваючи в лікарні, була помилково прийнята за іншу пацієнтку, що знаходилася в лікарні для операції. Так, в результаті помилково проведених процедур вагітність заявниці не могла тривати за медичними показниками, та зародок віком 20 – 21 тиждень врятувати не вдалося. Заявниця наполягала на порушенні низки її прав, у то-

му числі права на життя з боку співробітників госпіталю. Суд з прав людини, розглянувши докази сторін, прийшов до висновку, що в конкретному випадку дійсно мало місце порушення статті 2 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

Рішення у справі "Во проти Франції" варте особливої уваги, якщо врахувати, що в раніше розглянутих справах Європейська комісія незмінно приходила до висновку, що право на життя відповідно до статті 2 Конвенції не повинно розповсюджуватися на людський ембріон. В зазначеному рішенні Суд дійшов висновку, що "за обставин цієї справи життя зародка було безпосередньо пов'язане з життям матері та могло бути захищене нею, особливо враховуючи відсутність конфлікту прав матері та батька, так само як прав ненародженої дитини та її батьків, тоді як втрата зародка була викликана ненавмисною недбалістю з боку третіх осіб". Суд ухилився від чіткого висловлення своєї позиції з питання, що, власне, стало підставою для розгляду справи, а тому лише зазначив, що "ні бажано, ні навіть можливо при існуючому стані справ відповісти на абстрактне питання – чи підпадає ненароджена дитина під дію статті 2 Конвенції" [9].

Виходячи з розглянутої практики Європейського суду з прав людини та Європейської комісії в контексті статті 2 Конвенції, можна зробити висновок, що аборт у стандартній своїй формі не визнається порушенням права людини на життя. Як було зазначено в рішенні у справі "Во проти Франції", право на життя може бути визнано порушенням лише за специфічних обставин, шляхом встановлення причинно – наслідкового зв'язку, що призвів до абортів та смерті зародка. Отже, загальна практика розгляду Судом спорів щодо моменту початку правової охорони життя зводиться до концепції виникнення права на життя саме з моменту народження [11, с. 88].

Що стосується питання про добровільне припинення життя, то фактично єдиним прикладом міжнародно-правового розгляду та відповідно, єдиною чітко вираженою позицією міжнародного органу щодо етаназії є на сьогоднішній день справа "Претті проти Сполученого Королівства", яка розглядалася в судових органах Великобританії та в Європейському суді. Нагадаємо, в липні 2001 року адвокат підданої Великобританії Дайєн Претті, яка страждала невиліковним та смертельним захворюванням рухових нейронів, звернувся до Директора публічних переслідувань "з проханням дати зобов'язання не піддавати чоловіка заявниці судовому переслідуванню у випадку, якщо останній надасть їй допомогу в здійсненні самогубства". Отримавши відмову, заявниця звернулася із заявою про перегляд рішення в судовому порядку. Рішенням Високого суду заявлене клопотання було відхилено, а подане апеляційне заперечення не було враховано Палатою лордів. Заявниця звернулася до Європейського суду з прав людини зі скаргою на порушення статті 2 (право на життя), статті 3 (захист від катувань та жорстокого поводження), статті 8 (право на свободу думки і переконань) та статті 14 (захист від дискримінації за будь – яких підстав) Конвенції з боку Великобританії. У своїй заяві, Претті зазначила, що стаття 2 захищає не тільки право на життя, але й право обирати, продовжувати життя чи ні, а також "захищає право померти, щоб уникнути нестерпних страждань та приниження". Однак, у рішенні Судом було зазначено, що "Суд не схильний вважати, що "право на життя", гарантоване статтею 2 Конвенції, може бути інтерпретовано в негативній формі ... так само як воно не може створити право на самовизначення в сенсі надання особі права на вибір смерті замість життя" [14]. Як окремо зазначається в огляді рішення по даній справі, у всіх випадках порушення норми Конвенції про право людини

на життя, Європейським судом постійно наголошувалося на зобов'язанні держави захищати життя громадян. Крім того, стаття 2 Конвенції не стосується питань, пов'язаних з якістю життя, а також із рішеннями, які може приймати людина щодо власного життя.

Разом з тим Суд не визнав, що евтаназія є порушенням права на життя та ухилився від коментарів щодо легальності застосування евтаназії у низці країн Європи. Дійсно, Європейський суд не вважає себе зобов'язаним виносити оцінку з питання про те, чи знаходиться законодавство країн в такому стані, що воно не захищає право на життя своїх громадян. Таким чином, Європейський суд визнав, що в справі "Претті проти Сполученого Королівства" влада Великобританії не порушила право на життя, відмовивши чоловікові в його проханні сприяти у самогубстві заявниці. Європейський суд також підтвердив свою позицію вказуючи, що "право на смерть, реалізоване третьою особою або за підтримки органів державної влади, не може впливати зі змісту статті 2 Конвенції". Якщо ж говорити про країни, що легалізували евтаназію, то варто зазначити, що Європейський суд з прав людини опосередковано визнав за державами можливість внутрішнього регулювання зазначеного питання не прив'язуючись до права на життя [11, с. 116-119].

Висновки. Як бачиться, сучасні розбіжні погляди на окремі аспекти права на життя можуть призвести до правового конфлікту не тільки внутрішньодержавних правових систем, але й к істотним протиріччям в сфері застосування міжнародного права та здійснення міжнародного правосуддя. Тим часом, єдині стандарти оцінки тих чи інших дій здатні в подальшому призвести до формування не тільки єдиної юридичної, але й філософської точки зору на те чи інше питання. У цьому сенсі неможливо не відзначити роль Європейського суду з прав людини. Як вбачається з наведених вище прикладів, найчастіше досить вузька правова характеристика, що міститься безпосередньо у правовій нормі, може бути істотно розширена в судовому рішенні по конкретній справі, та стати, фактично, частиною даної норми. Найбільш яскраво це відображають положення про

смертну кару, про обмеження права на життя, розглянуті справи про евтаназію та аборт. Очевидним є, що саме Європейський суд з прав людини володіє безсумнівним авторитетом та є одним з найбільш яскравих зразків міжнародного правосуддя, рішення якого мають обов'язкову юридичну силу для країн, що підпадають під його юрисдикцію. Оскільки рішення Європейського суду зачіпають найбільш помітні й спірні моменти сучасного міжнародного права, визначення Судом єдиної аргументованої позиції щодо окремих аспектів права на життя дозволить значно упростити розгляд справ щодо стосуються застосування смертної кари, права на життя ембріону, легальності абортів та евтаназії.

1. Гомьен Д. Путеводитель по Европейской конвенции о защите прав человека. — Страсбург, Совет Европы, 1994. — 162 с. 2. Гомьен Д., Харрис Д., Зваак Л. Европейская Конвенция о правах человека и Европейская социальная хартия: право и практика. — М.: Изд-во МНИМП, 1998. — 600 с. 3. Глозов С.А., Петренко Е.Г. Права человека и их защита в Европейском Суде. — Краснодар: Издательский дом "Юг", 2000. — 142 с. 4. Загальна декларація прав людини від 10.12.1948 р. <http://zakon.rada.gov.ua>. 5. Матузов Н.И. Право на жизнь в свете Российских и международных стандартов. Правоведение. — 1998. № 1. — С. 198. 6. Международное право. Под ред. Ковалева А.А., Черниченко С.В. — М., Омега-Л, 2006. 7. Мірошніченко О.А. Право людини на життя (теорія та практика міжнародного співробітництва) : дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук : 12.00.11 / О.А. Мірошніченко. Х., 2004. — 191 с. 8. Мірошніченко О.А. Право людини на життя (теорія та практика міжнародного співробітництва: автореф. дисс. канд. юрид. наук: спец. 12.00.11 / О.А. Мірошніченко. Х., 2004. — 20 с. 9. Параграф 84-86 Рішення ЄСПЛ по справі "Во проти Франції" від 08.07.2004. 10. Протокол № 13 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, який стосується скасування смертної кари за всіх обставин від 03.05.2002 р. <http://zakon.rada.gov.ua>. 11. Семенов И.С. Право на жизнь: международно — правовой аспект: диссертация ... кандидата юридических наук : 12.00.10 / Дипломат. акад. МИД РФ. — Москва, 2009. — 224 с. 12. Фомиченко Т.М. Конституционно-правовые проблемы обеспечения в Российской Федерации права на жизнь в свете правовых стандартов Совета Европы: диссертация ... кандидата юридических наук: 12.00.02 / Т.М. Фомиченко. — Москва, 2004. — 222 с. 13. Concurring opinion of judge De Meyer // Soering v UK (1989) / Application № 1/1989/161/217 // Европейский суд по правам человека. Избранные решения. В 2-х т.-Т. 1. — С. 656-658. 14. Pretty v. the United Kingdom, no. 2346/02, ECHR 2002-III. par. 35-39. 15. Stewart v. UK (1984), Application № 10044/82. Decisions and Reports. Vol. 39 (1985), par. 162.

Надійшла до редколегії 19.04.12

УДК 340

М. Булкат, ас.

ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ЗОВНІШНЬОЕКОНОМІЧНОЇ ФУНКЦІЇ УКРАЇНИ І СУБ'ЄКТИ ЇЇ РЕАЛІЗАЦІЇ

У статті досліджується зовнішньоекономічна функція України, її зміст, принципи та суб'єкти реалізації, а також місце в системі функцій нашої держави.

Ключові слова: зовнішньоекономічна функція, суб'єкти реалізації, система функцій держави.

В статье исследуется внешнеэкономическая функция Украины, ее содержание, принципы и субъекты реализации, а также место, в системе функций нашего государства.

Ключевые слова: внешнеэкономическая функция, субъекты реализации, система функций государства.

In the article the external economic function of Ukraine, its maintenance, principles and subjects of realization, and also place, is probed in the system of functions of our state.

Keywords: external economic function, subjects of realization, system of functions of the state.

Розуміння зовнішньоекономічної функції держави відзначається своєрідною проблематикою та біполярними позиціями теоретиків держави і права. Це обумовлено насамперед тенденціями розвитку економічних процесів та історичними особливостями формування відповідного напрямку діяльності держави. Тому метою нашого дослідження є вироблення комплексного підходу до розуміння зовнішньоекономічної функції України, її змісту, принципів та суб'єктів реалізації, а також самостійного місця в системі функцій нашої держави.

Методологічною основою для дослідження зовнішньоекономічної функції є "базова" характеристика — еко-

номічна складова діяльності держави. Проте, розуміючи об'ємність останньої, ми застосовуємо лише окремі її аспекти, важливі для цілей даного дослідження.

Як показує аналіз наукової літератури з цього питання, поглиблений інтерес до економічного напрямку діяльності держави в цілому, був активізований наприкінці минулого століття. Це зумовлено відповідними суспільно-політичними процесами, переходом до ринкової економіки тощо.

Наукові дослідження української теоретико-правової думки охоплюють, як правило, останні етапи розвитку економіки України та не відзначаються системністю.

© Булкат М., 2012

Проте, можна виокремити роботи, предметом вивчення яких є економічна складова діяльності держави та відповідна внутрішня економічна функція України, зокрема О.Г. Варич "Економічні функції сучасної держави: природа, зміст, тенденції розвитку в Україні" [3], О.М. Лощихіна "Теоретико-правові характеристики економічної функції сучасної держави" [6], В.М. Титича "Державно-правові форми впливу на економічні відносини" [9].

Крім того, ми зверталися до теоретико-правових досліджень російських науковців, зокрема С.І. Нефєдова, який дослідив роль органів внутрішніх справ у здійсненні економічної функції держави [8]; Т.А. Калентєвої, що висвітлює правові форми реалізації економічної функції в умовах переходу до ринкових відносин [4]; О.Б. Купцової [5], В.В. Анцупова [1], Г.Ю. Атаян [2], які звернулися до теоретико-правової проблематики економічної функції сучасної держави; А.М. Мілюкова, що дослідив економічну функцію держави в контексті ролі митних органів в її реалізації [7]; С.Ю. Чапчікова, який висвітлює питання захисту економічної безпеки як функції держави [10] та інших.

Окремі наукові дослідження, які б мали предметом вивчення зовнішньоекономічну функцію – відсутні. Тому першочергово ми звертаємось до питання визначення її місця в системі функцій держави.

Аналізуючи дефініцію економічної функції в цілому, ми відмічаємо тлумачення її значення, як основного комплексного напрямку діяльності держави в сфері економічних відносин, який реалізується з метою формування та розвитку повноцінної ринкової економіки, здатної забезпечити необхідну матеріальну базу для достатнього рівня життя всіх прошарків населення, їх самостійної активності та розвитку інститутів держави [5, С.62].

Деякі науковці, визначаючи роль та місце економічної функції в системі функцій держави, критично аналізують попередній досвід державотворення, відзначаючи, що він продемонстрував світові громадськості, що відбувається з країною, яка під впливом тез про неможливість регулювання ринкової економіки, виносить із кола основних функцій держави і вносить в реєстр другозначних напрямків своєї діяльності економічну функцію [1, С.48].

Проте, підходи до визначення місця зовнішньоекономічної функції держави не відзначаються єдністю, зокрема ми визначили дві домінуючі позиції:

- внесення зовнішньоекономічної діяльності держави (фактично – зовнішньоекономічної функції) до елементів, аспектів або підвидів внутрішньої економічної функції;

- виділення системи економічних функцій держави, до складу якої входить зовнішньоекономічна функція.

Характеризуючи економічну функцію, теоретики держави і права, як правило, відносять зовнішньоекономічну діяльність держави до її елементів. Наприклад, О.Б. Купцова виділяє такі складові економічної функції: законодавче регулювання економічних процесів; забезпечення умов для розвитку всіх форм власності; управління державним сектором в економіці; реалізація проєктів і програм, що вимагають значних капіталовкладень та виняткове значення для суспільства; зовнішньоекономічна діяльність держави [5, С. 60].

Відмітимо, що внесення зовнішньоекономічної діяльності держави (фактично – зовнішньоекономічної функції держави) до елементів внутрішньої економічної функції певним чином нівелює її значення, роль та місце в системі державних функцій.

Вищезазначений підхід не поодиноким, науковці іноді виділяють окрему систему економічних функцій держави. В.В. Анцупов вносить до її складу розробку стратегії соціально-економічного розвитку країни; забезпе-

чення соціальної орієнтації ринкової економіки; цілеспрямоване формування державного сектору економіки; участь в основних інвестиційних та структурно-технологічних програмах; розподіл та перерозподіл значної частки Валового національного продукту; розвиток механізмів загальнодержавного регулювання економічних та соціальних процесів; проведення гнучкої зовнішньоекономічної політики; створення загальних законодавчих та правових основ для суб'єктів ринкової економіки [1, С.144-145].

Слід зазначити, що виділення ряду економічних функцій, які за своєю природою не відповідають поняттю "функція" і становлять собою лише окремі аспекти внутрішньої економічної функції або зовнішньоекономічної функції, на нашу думку, – не відображає їх правової природи в повній мірі. А зведення зовнішньоекономічної функції до "проведення гнучкої зовнішньоекономічної політики" у вищезазначеній системі дещо нівелює цілі та завдання зовнішньої економічної діяльності сучасної розвинутої країни.

О.Г. Варич, досліджуючи економічну функцію сучасної держави зазначає, що вона за своїм змістом є складним явищем, яке являє собою сукупність однорідних напрямків державної діяльності у сфері регулювання функціонування економіки держави в оптимальному режимі і виділяє її підвиди [3, С.13].

Ми вважаємо, що зовнішньоекономічна діяльність держави в рамках відповідної функції – є значною опорою, основою та фундаментом суспільного благополуччя і від ефективної її реалізації залежить позиція держави на міжнародній арені, її мобільність та ефективність в цілому.

У зв'язку з цим, існуючі підходи до розуміння економічної діяльності держави у вигляді системи, що включає окремі аспекти внутрішньої та зовнішньоекономічної функцій, на нашу думку, не повністю відображають її правову природу.

Для розуміння місця зовнішньоекономічної функції в загальній системі функцій держави пропонуємо звертатися до класифікаційних ознак, а саме: "за сферою діяльності держави", що дозволяє поділяти функції на внутрішні та зовнішні, "за значенням", що визначає основні та додаткові функції, "за об'єктом діяльності" (напрямом діяльності держави). Серед основних внутрішніх функцій держави ми вважаємо доцільним виділяти економічну функцію з усіма притаманними їй ознаками та багатоаспектністю, а серед основних зовнішніх функцій, відповідно – самостійну зовнішньоекономічну функцію з притаманними їй ознаками та багатоаспектністю.

Аналіз нормативно-правових актів, зокрема Закону України "Про зовнішньоекономічну діяльність" дає змогу виокремити основні зовнішньоекономічні завдання, задекларовані нашою державою на даному етапі розвитку, а саме: всебічний розвиток економічних відносин з іншими державами на взаємовигідній основі; правове регулювання всіх видів зовнішньоекономічної діяльності в Україні, включаючи зовнішню торгівлю, економічне, науково-технічне співробітництво, спеціалізацію та кооперацію в галузі виробництва, науки і техніки, економічні зв'язки в галузі будівництва, транспорту, експедиторських, страхових, розрахункових, кредитних та інших банківських операцій, надання різноманітних послуг.

Таким чином, пропонуємо визначати зовнішньоекономічну функцію – як основний комплексний напрям зовнішньої діяльності держави в економічному напрямку, що витікає з відповідних цілей та завдань, відповідає соціальній суті, призначенню, ролі та місцю держави в суспільстві та на міжнародній арені, в притаманних йому формах та відповідними методами.

Отже, однією з основних ознак зовнішньоекономічної функції є її комплексний характер, який, на нашу думку, відображається в наступних її елементах (аспектах):

- стимулювання розвитку національної економіки ззовні;
- інтеграції у світову економіку;
- зовнішньоекономічного співробітництва: зовнішньої торгівлі, виробничого співробітництва та спільного підприємництва;
- участі в роботі міжнародних економічних організацій та об'єднань;
- захисту та забезпечення економічної безпеки: економічного суверенітету та економічної незалежності.

Характеризуючи вищезазначений елементний склад, відмітимо, що в кожному з них проявляється самостійна проблематика реалізації. Участь в роботі міжнародних економічних організацій та об'єднань, в першу чергу, характеризується членством у відповідних міжнародних організаціях, яке завжди відзначене як позитивними, так і негативними аспектами.

Наприклад, членство в ООН безперечно дозволяє Україні брати участь у регулюванні різних проблем економічного співробітництва. З іншого боку, О.Б. Купцова зазначає, що нове розуміння економічного суверенітету як сукупності юридичних правил, яка встановлює взаємні обов'язки держав, що гарантують для кожної з них і всіх разом суверенне право вільно розпоряджатися своїми ресурсами, всією економічною діяльністю та право на рівноправну участь в міждержавних економічних відносинах не співвідноситься з діяльністю міждержавних валютно-кредитних і фінансових установ ООН, в яких переважна більшість голосів належить певним країнам [5, С 83-84].

Дійсно, держава Україна, отримуючи кредити Міжнародного валютного фонду стає в певній мірі залежною від виконання конкретних економічних умов та вимог такого кредитування. А серед необхідних рекомендацій Міжнародного Валютного Фонду – зменшення державних видатків (в тому числі на пенсійне забезпечення), збільшення податків тощо. Таким чином виникає умови та вимоги вищезазначеного кредитування суперечать Хартії економічних прав та обов'язків держав від 12 грудня 1974 року, яка встановлює, що кожна держава має суверенне та невід'ємне право обирати свою економічну систему, а також свою політичну, соціальну і культурну систему в відповідності з волею свого народу, без втручання або застосування сили чи загрози ззовні в будь-якій формі.

Отже, аспект участі в роботі міжнародних економічних організацій та об'єднань зовнішньоекономічної функції носить двоякий характер і для України – це часто вимушений крок, адже подекуди немає пошуку альтернативних варіантів такої співпраці.

Звертаючись до реалізації елементу зовнішньоекономічного співробітництва, особливо у вияві зовнішньої торгівлі України, відзначимо, що одним з найважливіших кроків у цьому напрямку став вступ 16 травня 2008 року України до Світової організації торгівлі (СОТ). Ми вбачаємо ряд практичних позитивних аспектів, що повинні, на нашу думку, сприяти досягненню цілей та завдань, поставлених державою в рамках цього елементу зовнішньоекономічної функції, серед них: безперешкодний перебіг торгівлі й конструктивне розв'язання суперечок з іншими державами; ухвалення рішень консенсусом (тобто угоди застосовуються однаково до всіх держав і для України це додає ваги у торговельних переговорах); зменшення торговельних бар'єрів та застосування принципу недискримінації, що має призвести до зниження вартості продукції та зменшення цін на

кінцеві товари й послуги; ширший вибір продуктів з ширшим спектром якостей для споживачів; заохочення внутрішніх виробників до змагання та виробництва якісної продукції; збільшення державних прибутків; створення нових робочих місць; спрощення функціонування компаній та виробників продуктів і послуг шляхом дотримання основних принципів торговельної системи СОТ (недискримінація, прозорість, зобов'язання знижувати торговельні бар'єри та полегшувати торгівлю тощо); підвищення ефективності роботи державних механізмів, адже перегляд взятих зобов'язань щодо лібералізації торгівлі доволі складний.

Попри позитивні аспекти вступу в СОТ ми вбачаємо ряд проблемних питань, а саме: нав'язування загальної політики організації і процес прийняття рішень, що не позбавлений важелів впливу зацікавлених членів організації; дисбаланс комерційних інтересів інших членів СОТ та інтересів розвитку України, її навколишнього середовища, охорони здоров'я, безпеки й безпечності харчових продуктів; підвищений рівень ризику для виробників та їхніх працівників, які наражаються внаслідок зниження торговельних бар'єрів на численних конкурентів тощо.

Таким чином, всіх аспекти зовнішньоекономічної функції характеризуються складністю процесів їх реалізації, що, на нашу думку, зумовлює потребу глибокого аналізу відповідних процесів.

Ми підтримуємо позицію, відповідно до якої загальні принципи реалізації функцій становлять основу під час реалізації кожної окремої функції держави, наповнюючись при цьому відповідним змістом. Застосовуючи принципи суверенітету народу України, свободи реалізації, юридичної рівності і недискримінації, верховенства закону, захисту суб'єктів реалізації до зовнішньоекономічної функції ми вбачаємо їх наповнення особливим змістом цього напрямку діяльності держави.

Принцип суверенітету народу України у здійсненні будь-якого аспекту зовнішньоекономічної функції, полягає, на нашу думку, у виключному праві народу України самостійно та незалежно здійснювати будь-яку зовнішньоекономічну діяльність на території України, керуючись законодавством України та обов'язку України неухильно виконувати всі договори і зобов'язання в галузі міжнародних економічних відносин.

Принцип свободи реалізації зовнішньоекономічної функції полягає у праві суб'єктів такої реалізації добровільно вступати у зовнішньоекономічні зв'язки та здійснювати зовнішньоекономічну діяльність в будь-яких формах, які прямо не заборонені чинним законодавством України та обов'язку дотримуватися під час реалізації зовнішньоекономічної функції законодавства України.

Принцип юридичної рівності і недискримінації під час реалізації зовнішньоекономічної функції полягає в рівності перед законом всіх суб'єктів такої реалізації та забороні будь-яких, крім передбачених законодавством, дій держави, результатом яких є обмеження реалізації зовнішньоекономічної функції.

Принцип верховенства закону полягає в регулюванні реалізації зовнішньоекономічної функції виключно законодавством України.

Принцип захисту суб'єктів реалізації зовнішньоекономічної функції полягає у тому, що Україна як держава забезпечує рівний захист всіх суб'єктів реалізації зовнішньоекономічної функції та здійснює захист державних інтересів України як на її території, так і за її межами лише відповідно до законодавства України та норм міжнародного права.

Таким чином, загальноправові принципи знаходять своє відображення в усіх напрямках діяльності держави, зокрема під час реалізації зовнішньоекономічної функції.

ції. Їх застосування на наш погляд "забарвлене" відповідними цілями та завданнями, які стоять перед Україною на даному етапі державотворення, серед яких забезпечення збалансованості економіки та рівноваги внутрішнього ринку України; стимулювання прогресивних структурних змін в економіці, в тому числі зовнішньоекономічних України; створення найбільш сприятливих умов для залучення економіки України в систему світового поділу праці та її наближення до ринкових структур розвинутих зарубіжних країн.

Аналізуючи питання суб'єктного складу реалізації зовнішньоекономічної функції, слід зазначити, що до їх кола входить не лише держава в цілому, а й її адміністративно-територіальні одиниці. Прикладом сучасної реалізації елементу "стимулювання розвитку національної економіки" в рамках зовнішньоекономічної функції є Постанова Кабінету Міністрів України "Про затвердження Державної стратегії регіонального розвитку на період до 2015 року", де передбачені кроки стимулювання економічної діяльності регіонів шляхом залучення іноземних інвестицій, збільшення обсягів іноземного туризму в регіони України тощо.

Таким чином, реалізація будь-якого елементу зовнішньоекономічної функції України, характеризується складними процесами зовнішнього співробітництва, дво-яким характером та широким колом суб'єктів реалізації. Першочергово до нього необхідно віднести Україну в особі її органів, а саме: Верховної Ради України, Кабінету Міністрів України, Національного банку України, Міністерства економічного розвитку і торгівлі України, Державної митної служби України, Антимонопольного комітету України та Міжвідомчої комісії з міжнародної торгівлі.

Реалізація зовнішньоекономічної функції Верховною Радою України відзначається домінуванням правових форм, а саме – правотворчої форми, шляхом прийняття, зміни та скасування законів, що стосуються всіх аспектів зовнішньоекономічної функції; затвердження основних напрямів зовнішньоекономічної політики України; розгляду, затвердження та зміни структури органів державного регулювання всіх видів зовнішньоекономічної діяльності; укладання міжнародних договорів України та приведення чинного законодавства у відповідність; встановлення спеціальних режимів зовнішньоекономічної діяльності на території України; затвердження списків товарів, експорт та імпорт яких забороняється тощо.

Кабінет Міністрів України вживає заходів для реалізації зовнішньоекономічної функції переважно у правозастосовчій формі, координуючи діяльність міністерств, комітетів та відомств України по регулюванню всіх видів зовнішньоекономічної діяльності, а також роботу торговельних представництв України в іноземних державах; укладаючи міжурядові договори, направлені на реалізацію зовнішньоекономічної функції нашої держави; забезпечуючи виконання міжнародних договорів України всіма підпорядкованими йому державними органами управління та залучаючи до їх виконання інші суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності на договірних засадах; забезпечуючи складання платіжного балансу, зведеного валютного плану України; здійснюючи заходи щодо забезпечення раціонального використання коштів Державного валютного фонду України; забезпечуючи виконання рішень Ради Безпеки Організації Об'єднаних Націй з питань зовнішньоекономічної діяльності тощо. Хоча у випадках, передбачених законодавством, Кабінет Міністрів України приймає нормативні акти управління з питань здійснення зовнішньоекономічної функції, звертаючись до правотворчої форми її реалізації.

Ще одним важливим суб'єктом реалізації зовнішньоекономічної функції держави є Національний банк України, який здійснює зберігання і використання золотовалютного резерву України та інших державних коштовностей, які забезпечують платоспроможність України; представляє інтереси України у відносинах з центральними банками інших держав, міжнародними банками та іншими фінансово-кредитними установами та укладає відповідні міжбанківські угоди; регулює курс національної валюти України до грошових одиниць інших держав; здійснює облік і розрахунки по наданих і одержаних державних кредитах і позиках та виступає гарантом кредитів, що надаються суб'єктам зовнішньоекономічної діяльності іноземними банками, фінансовими та іншими міжнародними організаціями під заставу Державного валютного фонду та іншого державного майна України.

Основний "спеціалізований" орган виконавчої влади з питань реалізації внутрішньої та зовнішньоекономічної функцій – Міністерство економічного розвитку і торгівлі, яке забезпечує проведення єдиної зовнішньоекономічної політики при здійсненні суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності виходу на зовнішній ринок, координує їх зовнішньоекономічної діяльності, в тому числі відповідно до міжнародних договорів України; контроль за додержанням всіма суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності чинних законів України та умов міжнародних договорів України; проведення антидемпінгових, антисубсидійних та спеціальних розслідувань у порядку, визначеному законодавством України тощо.

Серед органів місцевої влади, які задіяні в реалізації зовнішньоекономічної функції ми виділяємо місцеві Ради народних депутатів України та їх виконавчі і розпорядчі органи, а також територіальні підрозділи (відділення) органів державного регулювання зовнішньоекономічної діяльності України.

Таким чином, реалізація напрямів діяльності зовнішньоекономічної функції характеризується високою складністю цілей та завдань, що стоять перед Україною в цій сфері, а також їх важливістю для розвитку держави.

Зокрема, на даному етапі розвитку нашої держави для цієї функції характерні наступні риси:

- пошук співвідношення зовнішньоекономічних інтересів України та її міжнародних партнерів;
- визначення нових меж зовнішньоекономічного співробітництва;
- підвищення ролі зовнішньоекономічних успіхів держави для її внутрішнього благополуччя;
- вдосконалення форм та методів реалізації зовнішньоекономічних напрямів діяльності держави;
- пошук раціонального поєднання аспектів зовнішньоекономічної функції;
- вдосконалення зовнішньоекономічної політики держави з урахуванням потреб швидкого реагування на відповідні глобальні процеси.

Отже, досліджуючи зовнішньоекономічну функцію ми дійшли наступних висновків:

1. Зовнішньоекономічна функція є самостійною функцією держави у відповідному напрямку діяльності.
2. Зовнішньоекономічна функція має комплексний характер, який відображається в аспектах стимулювання розвитку національної економіки ззовні; інтеграції у світову економіку; зовнішньоекономічного співробітництва: зовнішньої торгівлі, виробничого співробітництва та спільного підприємництва; участі в роботі міжнародних економічних організацій та об'єднань; захисту та забезпечення економічної безпеки: економічного суверенітету та економічної незалежності.
3. Реалізація зовнішньоекономічної функції ґрунтується на загальних принципах реалізації функцій держави

(суверенітету народу України, свободи реалізації, юридичної рівності і недискримінації, верховенства закону, захисту суб'єктів реалізації), наповнених особливим змістом цього напрямку діяльності держави.

4. Реалізація зовнішньоекономічної функції України, характеризується складними процесами зовнішнього співробітництва, двоїм характером та широким колом суб'єктів реалізації.

1. Анцупов В.В. Экономическая функция государства: Дис. канд. юрид. наук : 12.00.01 Абакан: 2003. – 200 с. 2. Атаян Г.Ю. Экономическая функция российского государства: Автореф. дис. канд. юрид. наук: 12.00.01. – Ставрополь : 2006. – 33 с. 3. Варич О.Г. Економічні функції сучасної держави: природа, зміст, тенденції розвитку в Україні автореф. дис. канд. юрид. наук: 12.00.01; Ін-т держави і права ім. В.М.Корецького НАН України. – К., 2006. – 20 с. 4. Калентьева Т.А. Правовые формы реализации экономической функции Российского государства в усло-

виях перехода к рыночным отношениям : Дис. канд. юрид. наук : 12.00.01 Самара, 2000 – 235 с. 5. Купцова О.Б. Экономическая функция современного Российского государства : Дис. канд. юрид. наук : 12.00.01 Н. Новгород, 2002. – 211 с. 6. Лошихин О.М. Теоретико-правовые характеристики экономической функции современной державы: автореф. дис. д-ра юрид. наук: 12.00.01; Ін-т держави і права ім. В.М.Корецького НАН України. – К., 2010. – 32 с. 7. Милоков А.М. Экономическая функция российского государства и роль таможенных органов в ее реализации: дис. канд. юрид. наук : 12.00.01 Владимир, 2006 – 171 с. 8. Нефедов С.И. Экономическая функция государства в современных условиях и роль органов внутренних дел в ее осуществлении: Автореф. дис. канд. юрид. наук. – М., 1996. – 24 с. 9. Титич В. М. Державно-правові форми впливу на економічні відносини: автореф. дис. канд. юрид. наук : 12.00.01; Київ. нац. ун-т внутр. справ. – К., 2010. – 22 с. 10. Чапчиков С.Ю. Теоретико-правовые аспекты защиты экономической безопасности Российской Федерации как функции государства: дис. канд. юрид. наук : 12.00.01 М., 2006 – 207 с.

Надійшла до редколегії 19.04.12

О. Ковальчук, ас.

ГЕОГРАФІЧНІ ЗАЗНАЧЕННЯ: ПОНЯТТЯ ТА ЕВОЛЮЦІЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ В УКРАЇНІ ТА ЗАРУБІЖНИХ КРАЇНАХ

У статті досліджується історія становлення та розвитку правової охорони географічних зазначень в Україні та зарубіжних країнах.

Ключові слова: географічні зазначення, історія становлення, еволюція правового регулювання, національне та міжнародне законодавство.

В статье исследуется история становления и развития правовой охраны географических указаний в Украине и зарубежных странах.

Ключевые слова: географические указания, история становления, эволюция правового регулирования, национальное и международное законодательство.

The article examines the history of formation and development of the legal protection of geographical indications in Ukraine and foreign countries.

Keywords: geographical indications, history of the formation, evolution of legal regulation, national and international laws.

Розбудова ринкових відносин, активізація підприємницької діяльності нерозривно пов'язані зі створенням та використанням конкурентноспроможної продукції та наданням широкого спектру послуг. Під впливом зазначених факторів зростає значення та роль спеціальних ідентифікуючих позначень, серед яких виділяють географічні зазначення. Правове визнання та охорона географічних зазначень становлять загальний інтерес, оскільки вони передають споживачам важливу інформацію про географічне походження товарів і послуг, а також про властиві їм якості та характеристики.

Метою даної статті є дослідження історії становлення та розвитку правової охорони географічних зазначень, висвітлення нормативного оформлення та еволюції правового регулювання прав на даний об'єкт інтелектуальної власності в Україні та зарубіжних країнах, аналіз існуючих систем правової охорони географічних зазначень.

Окремі аспекти правової охорони географічного зазначення як об'єкту права інтелектуальної власності розглядалися у працях таких українських науковців як Підпригора О.А., Підпригора О.О., Бошицький Ю.Л., Кодинець А.О., Андрощук Г.О., Святоцький А.Д., Капіца Ю.М., Паладій М.В. Дане питання також досліджували такі російські вчені як Горленко С.О., Близнєць І.А., Сергєєв О.П., Джермакян В.А. та ін.

Використання в якості індивідуалізованого засобу зазначення місця походження товару почалося на багато раніше, ніж використання комерційного найменування чи товарного знаку. Як показують дослідження, використання місця походження товару почалося з суспільного поділу праці і виникненням товарообігу. Для найбільш повної характеристики властивостей товару було прийнято вказувати, із якої місцевості виник товар або, в якій місцевості знаходиться виробник товару. Існують відомості про те, що в античний період використовувались зазначення, які вказували на походження товару. Так, напри-

клад, досить відомими є родоські вина, сицилійський мед, єгипетські фініки та ін. На початку XVIII століття з'явилися зазначення, які використовуються на даний час і є відомими для сучасного споживача.

Очевидно, що велику популярність мають вина Анжу, Бордо, Шампані, шовкові вироби Персії та Китаю, оливкове масло Провансу. Серед відомих зазначень походження товарів також виділяють шотландський віскі, ямайський та кубинський ром, бельгійське і баварське пиво, китайський і цейлонський чай, апельсини Іспанії, Марокко, грейпфрути і авокадо Ізраїля, французькі парфуми, коври Китаю, Пакистану та ін. [1, с. 388].

Незважаючи на виникнення та широке застосування зазначень походження товару вже у період античності, надання їм цивільно-правової охорони відбулося пізніше інших засобів індивідуалізації. Проблема полягала в тому, що використовувався єдиний правовий режим для регулювання торгових марок та зазначень походження товару.

Як зазначає А.О. Кодинець, у період Середньовіччя для таврування продукції ремісників застосовувалися цехові знаки. Цехові організації об'єднували за професійно-галузевою ознакою всіх працюючих у даному регіоні чи місті працівників, що вказувало не лише на цехову належність майстра, але й про походження товару з місцевості, де функціонував цех. Тому правова охорона зазначень походження товарів періоду Середньовіччя забезпечувалась системою регламентації таврування продукції цеховими клеймами [4, с. 25]. Водночас, у цей час приймалися перші правові акти у даній сфері, які хоч і носили локальний характер та обмежувалися окремими видами продукції, але вони стали першими прикладами правової охорони зазначень походження товару. Наприклад, у Югославії особливості продажу вина 1222 р. регулювала Хартія Стефана Першовінчаного [3, 206].

За часів Російської імперії правова охорона зазначення походження товару теж не отримала самостійного правового регулювання. Правова охорона зазначених об'єктів забезпечувалась загальними положеннями законодавства про фабричні та торгові клейма.

Як і в дореволюційний період, так і у Радянському Союзі правова охорона зазначення походження товарів здійснювалась через систему правової регламентації товарних знаків. Перші нормативні акти, що стосувалися маркування виробленої продукції націоналізованими підприємствами, містили правила про зазначення найменування та місцезнаходження виробника на виготовленому виробі. Так, Інструкція ВРНГ 1919 р. "Про товарні знаки державних підприємств" вказувала, що останні повинні містити найменування підприємства, позначення відповідного державного органу у підпорядкуванні якого воно перебуває та зображення державного герба. Зберігається це правило і в Декреті СРСР від 18 липня 1923 р., в якому позначення фірми підприємства та його місцезнаходження розглядаються Декретом як необхідний елемент товарного знаку [4, с. 56].

Розглядаючи питання еволюції правової охорони найменування місця походження товару, слід звернутися до міжнародного договору в сфері охорони об'єктів промислової власності – Паризької конвенції про охорону промислової власності 1883 року (далі – Паризька конвенція). Спочатку в цій Конвенції найменування походження товару навіть не згадувалось. Лише в 1911 році на Вашингтонській конференції по перегляду Паризької конвенції в текст внесли такий об'єкт як "вказівку про походження". В 1925 році на наступній конференції по перегляду Паризької конвенції в якості одного із об'єктів були названі "найменування місць походження". Слід відмітити, що включення цих об'єктів в Паризьку конвенцію не передбачало для країн-учасниць обов'язків по забезпеченню їх охорони. Відсутність у тексті Паризької конвенції регламентації процедури охорони даних об'єктів, стало причиною прийняття 1891 року Мадридської угоди про санкції за неправдиві та неправильні позначення походження виробів (далі – Мадридська угода). Аналізуючи текст даної Угоди та порівнюючи його з редакцією Паризької конвенції, слід відмітити, що встановлений Мадридською угодою механізм захисту зазначень походження, безумовно, виявився більш повним та ефективним. Це, в свою чергу, зіграло позитивну роль в розвитку правової охорони та захисту найменувань місць походження товарів.

Важливим кроком у розвитку міжнародного законодавства у даній галузі стало прийняття 1958 року Лісабонської угоди про охорону найменувань місць походження товарів та їх міжнародну реєстрацію (далі – Лісабонська угода). Лісабонська угода спрямована на забезпечення охорони найменування місць походження товарів на територіях країн-учасниць. Саме в цій Угоді дається повне, і разом з тим, чітке визначення найменування місця походження товару, під яким розуміється географічна назва країни, району, чи місцевості, яка використовується для позначення виробу, що походить звідти, якість і властивості якого визначаються винятково чи значною мірою географічним середовищем, в тому числі природними та етнографічними факторами. Лісабонська угода встановила процедуру міжнародної реєстрації найменувань місць походження товарів та визначила особливий привілейований режим їх охорони відносно до товарних знаків.

Іншим міжнародно-правовим документом, що містить засади правового регулювання географічних назв є Угода про торгові аспекти прав інтелектуальної власності від 15 квітня 1994 року (далі – Угода ТРІПС), яка

діє в рамках Світової організації торгівлі. Для характеристики цього засобу індивідуалізації Угода ТРІПС вживає новий термін "географічне зазначення" (geographical indication), яке формулює як зазначення, що визначають товар як такий, що походить з території країни-учасниці, регіону або місцевості на її території, якщо ця якість, репутація або інші характеристики товару значною мірою пов'язані з його географічним походженням [6, с. 276].

Необхідно підкреслити, що у всіх вищезгаданих міжнародних договорах, особливе місце займають вина та спиртні напої. Навіть назви конвенцій вказують на найбільших виробників виноробної продукції (Франція, Іспанія, Португалія), яких підтримували інші виробники, зокрема, Італія.

Значну роль у сфері правового регулювання прав на географічні зазначення займають нормативні акти, які приймаються в межах Європейських економічних співтовариств. Регламентація здійснюється в рамках директив, регламентів та інструкцій.

Механізми, закладені в ці документи, враховують багаторічний досвід охорони зазначень походження товарів в європейських країнах. Вони враховують як і проблеми, що виникли перед виробниками, які маркували свою продукцію даними зазначеннями, так і проблеми компетентних органів, уповноважених видавати дозволи на використання охоронюваних зазначень походження товарів. Зі створенням єдиного економічного простору, виникла проблема використання тотожних найменувань, традиційно охоронюваних в двох або більше країнах.

Виробництво, виготовлення та розповсюдження сільськогосподарських продуктів та продовольчих товарів посідають важливе місце в економіці Спільноти. Законодавчі ініціативи в сфері охорони географічних зазначень були розпочаті в Європейському Союзі (далі – ЄС) у 80-роках ХХ століття. Ця робота продовжується і по цей час – до регламентів і директив з цього питання, прийнятих у дев'яності роки, вносяться доповнення і поправки, що адаптують документи до сучасних змін в політиці ЄС [2, с. 292].

Одним із основних документів, що регулює відносини в даній сфері в ЄС, є Регламент Ради № 2081/92 від 14 липня 1992 року про захист географічних зазначень та найменувань походження сільськогосподарських продуктів та продовольчих товарів.

Як зазначає Ю.М. Капіца, прийняття Регламенту було пов'язане з тим, що у рамках переорієнтації спільної сільськогосподарської політики необхідною була підтримка різноманітності сільськогосподарського виробництва для досягнення на ринку кращої рівноваги між пропозицією та попитом, а також просування на ринок продуктів, які мають певні характеристики, що приносять велику користь сільському господарству, особливо у відсталих або віддалених регіонах, забезпечуючи, з одного боку, покращення доходів фермера та, з другого боку, закріплення сільського населення у тих зонах [2, с. 292].

Цей Регламент зазнав чисельних змін, у зв'язку з чим був кодифікований, а 20 березня 2006 року був ухвалений Регламент Ради (ЄС) № 510/2006 щодо охорони географічних зазначень та зазначень походження сільськогосподарської продукції та продуктів харчування.

Правове регулювання відносин, пов'язаних з географічними зазначеннями в зарубіжних країнах, відрізняється своїми особливостями. Правова охорона даного об'єкту засобів індивідуалізації може надаватись на основі національного та міжнародного законодавства. Слід відмітити, що на рівні національного законодавства спостерігаються різні підходи як у відношенні системи джерел права, так і в механізмі надання правової

охорони, включаючи органи, які є компетентними приймати відповідні рішення.

Коли мова йде про національне законодавство, то найбільш вираженою, з багатьма традиціями, є так звана декретна система надання правової охорони. В рамках такої системи охорона виникає на основі декретів, які видаються відповідними компетентними органами. Наприклад, у Франції декрети видаються від імені Державної Ради французької Республіки за пропозицією спеціального органу – Національного інституту найменувань походження товарів. В Іспанії декрет видають спеціально вказані (наділені повноваженнями) асоціації виробників (вина, оливкової олії, сира і т.д.) В Італії декрети видаються від імені Президента Італійської Республіки.

Інша система надання правової охорони – реєстраційна система, яка не має давньої історії, але є досить розповсюдженою, і в багатьох аспектах схожа на систему надання правової охорони товарним знакам. Як правило, в рамках реєстраційної системи надання правової охорони найменуванням місць походження товарів і видачу свідоцтв на право користування ними, здійснюють державні органи, в основному це патентні відомства. Для отримання правової охорони в рамках реєстраційної системи потрібно подати спеціальну заявку в комплекті з доволі широким переліком документів. Така заявка та інші додані документи проходять експертизу, в деяких країнах вона носить формальний характер, в інших – досить серйозна експертиза по суті не тільки всіх наданих документів, але і всіх аспектів самої можливості надання права користування найменуванням місця походження товару тому чи іншому суб'єкту [1, с. 397].

В Україні географічні зазначення, як засоби ідентифікації та об'єкти інтелектуальної власності, отримали правову регламентацію більше десяти років назад. Однак, географічні зазначення і сьогодні можна віднести до найбільш проблемних, з точки зору забезпечення правової охорони, засобів ідентифікації товарів.

Правове регулювання відносин, пов'язаних з використанням географічних зазначень в Україні забезпечується Цивільним кодексом України (далі – ЦК України) та спеціальним законом України "Про охорону прав на зазначення походження товарів" від 16 червня 1999 року (далі – Закон). Окремі питання даного об'єкту інтелектуальної власності регулюються Господарським кодексом України, Законами України, "Про захист від недобросовісної конкуренції", "Про рекламу", "Про охорону прав на знаки для товарів і послуг" тощо. Крім цього Україна приєдналася до ряду міжнародних угод, пов'язаних з правовою охороною об'єктів інтелектуальної власності, які стали частиною національного законодавства.

Необхідно зазначити, що ЦК України використовує для позначення місця походження товару новий для вітчизняного законодавства термін "географічне зазначення", а Закон для позначення місця походження товару використовує поняття "просте зазначення походження товару" та "кваліфіковане зазначення походження товару", яке, в свою чергу, включає "назву місця походження товару" та "географічне зазначення походження товару".

Згідно із ст.6 Закону просте зазначення не підлягає реєстрації та охороняється на підставі його використан-

ня. Охорона кваліфікованим зазначенням походження товарів надається виключно на підставі їх реєстрації.

Незважаючи на різницю в термінології, Закон не встановлює суттєвих розбіжностей у механізмі правової охорони назви місця походження товару та географічного зазначення походження товару. Результатом чого стала відсутність потреби у подальшому збереженні диференціації термінологічного апарату в даній сфері, що дістало вияв у формулюванні положень про охорону географічного місця походження товару у ЦК України. Тому кваліфіковане зазначення походження товару слід тлумачити як поняття однопорядкове з передбаченим ЦК України географічним зазначенням [5, с. 913].

Закріплення правової категорії "географічне зазначення" обумовлюється потребою уніфікації термінології та гармонізацією національного законодавства з міжнародними вимогами. Потрібно відмітити, що на рівні спеціального законодавства зміна правових термінів ще не відбулася.

Підсумовуючи вище викладене, слід зазначити, що значний вплив на еволюцію міжнародного та національного законодавства у сфері правової охорони прав на географічні зазначення мали як умови історичного та економічного розвитку певної країни, так і наявність певних товарів з відповідними характеристиками, що залежали від їх географічного походження. Загалом охорона географічних зазначень на національному рівні зарубіжних країн характеризується різноманітністю правових концепцій. Крім того, кожна окрема концепція правової охорони даних об'єктів інтелектуальної власності розвивалась відповідно до національної правової традиції.

Як показують дослідження, правові механізми, закладені в актах міжнародного законодавства, враховують багатовіковий досвід охорони географічних зазначень, вказують на недоліки та переваги правової охорони даного об'єкту інтелектуальної власності. Під впливом міжнародного законодавства була розроблена національна система нормативної регламентації географічних зазначень в Україні. Але слід наголосити на необхідності законодавця доопрацювати положення чинних нормативно-правових актів, узгодити їх із положеннями, ратифікованих Україною міжнародних договорів, з метою усунення неточностей та колізій, що можуть виникнути на шляху охорони прав інтелектуальної власності на географічні зазначення.

1. Близнец І.А. Право інтелектуальної власності: учеб. / І.А. Близнец, Э.П. Гаврилов, О.В. Добрынин и др.; под ред. И.А. Близнаца. – М.: Проспект, 2010. – 960 с. 2. Капіца Ю.М. Право інтелектуальної власності Європейського Союзу та законодавство України / За редакцією Ю.М. Капіца: кол. авторів: Ю.М. Капіца, С.К. Ступак, В.П. Воробйов та ін. – К.: Видавничий Дім "Слово", 2006. – 1104 с. 3. Кларк Лакерт. Географічні зазначення: минуле, сьогодення, майбутнє // Захист прав інтелектуальної власності: досвід Сполучених Штатів Америки: 36. документів, матеріалів, статей / За ред. О.Д. Святоцького. – К., 2003. – с. 206. 4. Козинець А.О. Право на засоби індивідуалізації учасників цивільного обороту, товарів і послуг: Монографія. – Видавничо-поліграфічний центр "Київський університет", 2007. – 312 с. 5. Козинець А.О. Цивільне право України. Загальна частина: підручник / За ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової, Р.А. Майданчика. – 3-тє вид., переоб. і допов. – К.: Юрінком Інтер, 2010. – 976 с. 6. Лоуренс Р. Гейфтер, Роберт Д. Літові. Захист інтелектуальної власності. Угода ТРІПС // Захист прав інтелектуальної власності: досвід Сполучених Штатів Америки: 36. документів, матеріалів, статей / За ред. О.Д. Святоцького. – К., 2003. – с. 276.

Надійшла до редколегії 19.04.12

ЗАКОНОДАВЧЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВОВОГО РЕЖИМУ ЗЕМЛІ ЯК ОБ'ЄКТУ ІНВЕСТИЦІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

У статті досліджуються проблемні питання законодавчого забезпечення правового режиму землі як об'єкту інвестиційної діяльності.

Ключові слова: Законодавче забезпечення, земля, інвестиційна діяльність.

В статье исследуются проблемные вопросы законодательного обеспечения правового режима земли как объекта инвестиционной деятельности.

Ключевые слова: Законодательное обеспечение, земля, инвестиционная деятельность.

This article investigates issues of legislative support of the legal regime of land as an object of investment activity.

Keywords: Legislative support, land, investment.

Залучення інвестицій для забезпечення прогресивного економічного і соціального розвитку українського суспільства потребує передусім вирішення комплексу важливих питань і проблем, пов'язаних з використанням землі та інших природних ресурсів, створення належних правових, інституційних та інших умов щодо доступу інвесторів до землі, здійснення прав на земельні ділянки, забезпечення охорони і раціонального використання землі, юридичного захисту земельних, майнових, господарських. Фінансових та інших прав і законних інтересів вітчизняних і зарубіжних інвесторів.

В сучасних економічних умовах України найбільш привабливим чинником для інвесторів, особливо іноземних, є земельні ділянки, на яких розташовані об'єкти тих чи інших галузей промисловості, а також вільні від забудови земельні ділянки несільськогосподарського призначення, які можуть бути використані для будівництва нових промислових об'єктів, створення промислових зон, організації і розвитку індустриальних парків [1, с. 212].

Кількість країн світу, які інвестують в економіку України на 1 січня 1996 року становила 94 країни, на початок 2011 р. – 125. До десятки основних країн-інвесторів, які формують понад 82% загального обсягу ПІІ входять Кіпр (22%), Німеччина (16%), Нідерланди (11%), Російська Федерація (7,6%), Австрія (5,9%), Франція (5,3%), Сполучене Королівство (5,1%), Швеція (3,9%), Віргінські острови, Британські (2,8%) та США (2,7%) [4, с. 114].

Аналіз обсягів залучення прямих іноземних інвестицій в економіку України свідчить про позитивну динаміку. За даними Світового банку, у період 1995-2010 років відбувалось нарощення обсягів прямих іноземних інвестицій: у 1995 році цей показник становив 267 млн. дол., а у 2011 році – 6495 млн. дол. (в поточних цінах). При цьому, найбільший спад притоку прямих іноземних інвестицій спостерігався у 2006 та 2009 роках. Такий спад пов'язаний як внутрішньо економічними проблемами української економіки, так і глобалізаційними чинниками [5].

Якщо ж розглядати залучення прямих іноземних інвестицій основних країн-інвесторів, то за останніх 5 років ключовими інвесторами за кількістю проектів в Україні були США (12%), Німеччина (12%), Росія (10%) і Франція (8%) [2, с. 6].

Значні обсяги іноземних інвестицій зосереджено на підприємствах промисловості (31%), зокрема переробної (28%). Серед галузей переробної промисловості вкладено у металургійне виробництво та виробництво готових металевих виробів – 13% ПІІ, у виробництво харчових продуктів, напоїв і тютюнових виробів – 4%, хімічну та нафтохімічну промисловість – 3%, машинобудування – 3%. У фінансових установах акумульовано 34% ПІІ, на підприємствах торгівлі, ремонту автомобілів, побутових виробів та предметів особистого вжитку, а також в організаціях, що здійснюють операції з нерухомим майном, оренду, інжиніринг та надання послуг підприємцям – по 11% відповідно [7, с. 4].

У зв'язку з вищенаведеним, особливої актуальності набувають питання щодо використання земель для залучення інвестицій у економічний розвиток.

До проблем дослідження категорії "правовий режим земель" неодноразово зверталися такі правознавці, як В. І. Андрейцев, Г. І. Балюк, Ю. О. Вовк, А. П. Гетьман, П. Ф. Кулинич, В. Л. Мунтян, В. В. Носік, О. О. Погрібний, В. І. Семчик, Н. І. Титова, Ю. С. Шемшученко, М. В. Шульга, В. З. Янчук та ін. Не дивлячись на значну кількість досліджень правового режиму земель, в науці земельного права відсутнє визначення "правового режиму землі як об'єкту інвестиційного розвитку". Таким чином існує нагальна необхідність розкрити зміст зазначеного поняття та визначити його роль у в земельно-правовій науці і земельному законодавстві.

Тому метою цього дослідження є аналіз сучасного стану законодавчого забезпечення правового режиму земель окремих категорій для залучення інвестицій у економіку України, визначення основних тенденцій і перспектив розвитку земельного, інвестиційного та іншого законодавства у сфері інвестиційного розвитку територій, залучення інвестицій в облаштування і освоєння земельних ділянок для тих чи інших потреб.

Правовий режим земель – законодавчо забезпечений стан земельних відносин, у якому землі і земельні ділянки визнаються об'єктами самостійного правового режиму, гарантується можливість здійснення і захисту земельних прав на земельні ділянки, визначаються допустимі межі втручання органів державної влади і місцевого самоврядування в здійсненні прав на землю, а також способи захисту прав, охорони і раціонального використання землі [6].

В теорії земельного права існує думка, що головною ознакою правового режиму є нормативне вираження в законах, приписах та імперативах щодо земель, які можуть бути залучені в інвестиційний розвиток економіки. Наявність значної законодавчої бази щодо залучення інвестицій в освоєння земель і територій є позитивним чинником у залученні інвестицій в економічний розвиток України.

З моменту проголошення у 1990 році землі об'єктом земельної реформи, в Україні було прийнято значний масив законодавчих та інших нормативно-правових актів, зокрема Конституцію України, яка проголошує землю основним національним багатством, що перебуває під особливою охороною держави; Земельний кодекс України є загальногалузевим кодифікованим спеціалізованим законом у системі законодавства України, який конкретизує й деталізує основні положення Конституції України у сфері регулювання земельних відносин; Цивільний кодекс України регулює відносини щодо набуття власності на земельні ділянки (в т.ч. приватизація земель), обмеження та обтяження прав на землю, права на чужі земельні ділянки, юридичну відповідальність за земельні пра-

випорушення; Господарський кодекс України встановлює правовий режим вільних економічних зон.

Одними з перших законів, які були покликані врегулювати інвестиційні відносини в Україні стали ЗУ "Про захист іноземних інвестицій на Україні" від 10 вересня 1991 року № 1540а-XII та ЗУ "Про інвестиційну діяльність" від 18 вересня 1991 року № 1560-XII.

Основним спрямуванням Закону України "Про захист іноземних інвестицій на Україні", є захист інвестицій, прибутків, законних прав та інтересів іноземних інвесторів на території України. Також ним визначено правовий режим діяльності іноземних інвесторів та гарантії держави щодо здійснення інвестиційної діяльності на території України.

Закон України "Про інвестиційну діяльність" визначає загальні правові, економічні та соціальні умови інвестиційної діяльності на території України. Він спрямований на забезпечення рівного захисту прав, інтересів і майна суб'єктів інвестиційної діяльності незалежно від форм власності, а також на ефективне інвестування економіки України, розвитку міжнародного економічного співробітництва та інтеграції.

Наступним актом є Закон України "Про режим іноземного інвестування" від 19 березня 1996 року № 93/96-ВР, який визначає особливості режиму іноземного інвестування на території України. Норми цього Закону визначають особливості режиму іноземного інвестування на території України, виходячи з цілей, принципів і положень законодавства України, а також врегульовують відносини, щодо державних гарантій захисту іноземних інвестицій, державної реєстрації та контролю за здійсненням інвестицій, діяльності підприємств з іноземними інвестиціями, розгляду спорів та ін.

Особливу увагу слід звернути на Закон України "Про усунення дискримінації в оподаткуванні суб'єктів підприємницької діяльності створених з використанням майна та коштів вітчизняного походження" від 17 лютого 2000 року № 1457-III, який спрямований на захист конкуренції між суб'єктами підприємницької діяльності, створеними без залучення коштів або майна (майнових чи немайнових прав) іноземного походження, та суб'єктами підприємницької діяльності, створеними за участю іноземного капіталу, забезпечення державного захисту вітчизняного виробника та конституційних прав і свобод громадян України.

15 березня 2001 року був прийнятий Закон України "Про інститути спільного інвестування (пайові та інвестиційні фонди)" № 2299-III, який визначає правові та організаційні основи створення, діяльності та відповідальності суб'єктів спільного інвестування, особливості управління їх активами, встановлює вимоги до складу, структури та зберігання активів, особливості розміщення та обігу цінних паперів інститутів спільного інвестування, порядок та обсяг розкриття інформації інститутами спільного інвестування з метою залучення та ефективного розміщення фінансових ресурсів інвесторів тощо.

Окремо можна виділити законодавчі акти, які встановлюють спеціальний правовий режим господарської діяльності у спеціальних (вільних) економічних зонах, регулюють спеціальні правові режими інвестиційної діяльності на територіях пріоритетного розвитку, в межах технологічних та індустриальних парків України.

Так, 13 жовтня 1992 року було прийнято Закон України "Про загальні засади створення і функціонування спеціальних (вільних) економічних зон" № 2673-XII, який визначив порядок створення і ліквідації, механізм функціонування спеціальних (вільних) економічних зон на території України, загальні правові і економічні основи їх статусу, а також загальні правила регулювання

відносин суб'єктів економічної діяльності цих зон з місцевими радами народних депутатів, органами виконавчої влади та іншими органами.

Характерною ознакою даного періоду законодавчого забезпечення інвестиційного розвитку було створення вільних економічних зон і прийняття спеціальних законів про кожну з них. Цьому передувало затвердження Кабінетом Міністрів України 14 березня у 1994 року Постанови № 167 "Про Концепцію створення спеціальних (вільних) економічних зон в Україні", після чого почалися перші спроби реалізації даного Закону, зокрема, створення вільних економічних зон.

До вищезазначеної групи законодавчих актів, слід віднести закони України "Про спеціальні економічні зони та спеціальний режим інвестиційної діяльності в Донецькій області" від 24 грудня 1998 року № 356-XIV; "Про спеціальний режим інвестиційної діяльності у Закарпатській області" від 24 грудня 1998 року № 357-XIV; "Про спеціальний режим інвестиційної діяльності на територіях пріоритетного розвитку в Луганській області" від 15 липня 1999 року № 970-XIV; "Про спеціальний режим інвестиційної діяльності на територіях пріоритетного розвитку в Житомирській області" від 3 грудня 1999 року № 1276-XIV; "Про спеціальний режим інвестиційної діяльності на території міста Харкова" від 11 травня 2000 року № 1714-III; "Про спеціальний режим інвестиційної діяльності на території пріоритетного розвитку у Волинській області" від 5 квітня 2001 року № 2354-III; "Про спеціальний режим інвестиційної діяльності на території міста Шостки Сумської області" від 18 листопада 2003 року № 1251-IV; "Про спеціальний режим інвестиційної діяльності на територіях пріоритетного розвитку в Чернігівській області" від 18 листопада 2003 року № 1250-IV тощо.

16 липня 1999 року прийнято Закон України "Про спеціальний режим інноваційної діяльності технологічних парків" № 991-XI, який визначає правові та економічні засади запровадження та функціонування спеціального режиму інноваційної діяльності технологічних парків "Напівпровідникові технології і матеріали, оптоелектроніка та сенсорна техніка" (м. Київ), "Інститут електродозварювання імені Є. О. Патона" (м. Київ), "Інститут монокристалів" (м. Харків), "Вуглемаш" (м. Донецьк), "Інститут технічної теплофізики" (м. Київ), "Київська політехніка" (м. Київ), "Інтелектуальні інформаційні технології" (м. Київ), "Укрінфотех" (м. Київ), "Агро технопарк" (м. Київ), "Еко-Україна" (м. Донецьк), "Наукові і навчальні прилади" (м. Суми), "Текстиль" (м. Херсон), "Ресурси Донбасу" (м. Донецьк), "Український мікробіологічний центр синтезу та новітніх технологій" (УМБІЦЕНТ) (м. Одеса), "Яворів" (Львівська область), "Машинобудівні технології" (м. Дніпропетровськ).

1 липня 2010 року було прийнято Закон України "Про державно-приватне партнерство" № 2404, даний Закон визначає організаційно-правові засади взаємодії державних партнерів з приватними партнерами та основні принципи державно-приватного партнерства на договірній основі.

Питання щодо регулювання державно-приватного партнерства закріплено крім вищезазначеного Закону також у Постанові Кабінету Міністрів України "Про затвердження Порядку надання державної підтримки здійсненню державно-приватного партнерства" від 17 березня 2011 року №279, Постанові Кабінету Міністрів України "Деякі питання організації здійснення державно-приватного партнерства" від 11 квітня 2011 року №384, Постанові Кабінету Міністрів України, якою затверджено Порядок проведення аналізу ефективності

здійснення державно-приватного партнерства від 11 квітня 2011 року №384.

Питання врегулювання відносин із державно-приватного партнерства ґрунтується на твердженні, що земля є не лише природним ресурсом, але й майном, яке може виступати об'єктом інвестиційного розвитку України.

Закон України "Про підготовку та реалізацію інвестиційних проектів за принципом "єдиного вікна" від 21 жовтня 2010 року № 2623-VI, який став чинним 1 січня 2012 року, визначає правові та організаційні засади відносин, пов'язаних з підготовкою та реалізацією інвестиційних проектів за принципом "єдиного вікна". П.3 ч.1 ст.1 згаданого Закону визначає, що принцип "єдиного вікна" – спосіб взаємодії уповноваженого органу і суб'єкта інвестиційної діяльності з метою підготовки та видачі пакета документів, який дає право на реалізацію інвестиційного проекту.

Особливістю законодавчого забезпечення землі як об'єкту інвестиційної діяльності є те, що окремі її аспекти, крім вищевказаних нормативно-правових актів, регулюються також нормами земельного, цивільного, господарського, податкового, валютного, фінансового та митного законодавства, правовими актами про приватизацію, підприємництво, інноваційну діяльність, цінні папери та фондовий ринок.

04 вересня 2012 року набрав чинності довгоочікуваний Закон України "Про індустріальні паки", який був розглянутий та ухвалений Верховною Радою України. Цей Закон визначає основні правові та організаційні засади створення і функціонування індустріальних парків на території України з метою забезпечення економічного розвитку та підвищення конкурентоспроможності територій, активізації інвестиційної діяльності, створення нових робочих місць, розвитку сучасної виробничої та ринкової інфраструктури.

Важливу роль в системі інвестиційного законодавства займають підзаконні нормативно-правові акти, зокрема укази Президента України, постанови та розпорядження Кабінету Міністрів України тощо. Можна виділити наступні підзаконні нормативно-правові акти: Указ Президента від 10 квітня 2006 року № 300 "Про план першочергових заходів у сфері інвестиційної діяльності"; постанову Кабінету Міністрів України від 7 серпня 1996 року № 928 "Про затвердження Положення про порядок державної реєстрації іноземних інвестицій"; постанову Кабінету Міністрів України від 30 січня 1997 року № 112 "Про затвердження Положення про порядок державної реєстрації договорів (контрактів) про спільну інвестиційну діяльність за участю іноземного інвестора"; постанову Кабінету Міністрів України від 28 грудня 2001 року № 1801 "Про затвердження Програми розвитку інвестиційної діяльності на 2002 – 2010 роки"; розпорядження Кабінету Міністрів України від 17 серпня 2002 року № 477 "Про схвалення Програми "Інвестиційний імідж України"; розпорядження Кабінету Міністрів України від 1 серпня 2006 року № 447 "Про схвалення Концепції створення індустріальних (промислових) парків" тощо.

Серед міжнародних актів, що спрямовані на захист іноземних інвестицій слід виділити Конвенцію про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами від 18 травня 1965 року (ратифіковано Законом України від 16 березня 2000 року № 1547-III).

Ефективність законодавчого забезпечення правового режиму земель для інвестиційного розвитку територій в значній мірі залежить від того, як у законах визначається поняття "інвестиційна діяльність".

Перш за все необхідно зазначити, що серед науковців немає єдиної точки зору, щодо визначення даної

категорії. Науковці в сфері економіки розглядають інвестиційну діяльність у вузькому та широкому розуміннях.

Інвестиційну діяльність у вузькому розумінні визначають як процес придбання та реалізації необоротних активів, а в широкому – як комплекс заходів, спрямованих на отримання певного прибутку.

Однак, на нашу думку, інвестиційна діяльність – це не просто вкладання наявних ресурсів з метою отримання прибутку, це важлива складова міжнародного руху капіталу, яка здатна забезпечити міграцію капіталу з однієї країни в іншу, а також прискорювати цю міграцію в одних сферах світового господарства, та уповільнювати в інших.

На думку Н.О. Татаренка та А.М. Поручника інвестиційна діяльність – це послідовна, цілеспрямована діяльність, що полягає у капіталізації об'єктів власності, у формуванні та використанні інвестиційних ресурсів, регулюванні процесів інвестування і міжнародного руху інвестицій та інвестиційних товарів, створенні відповідного інвестиційного клімату і має за мету одержання прибутку чи певного соціального ефекту [8, с. 8].

Г. І. Іванов розглядає інвестиційну діяльність як діяльність з формування, розміщення, вкладення, трансформації і відшкодування інвестицій, включаючи управління ними і всією системою інвестиційних відносин [3, с. 27].

Не можна не погодитись з визначенням Д.М. Черваньова, який визначає інвестиційну діяльність як комплекс заходів і практичних дій, юридичних та фізичних осіб (українських або іноземних), а також держави щодо здійснення інвестицій у будь-якій формі з метою отримання прибутку, або досягнення соціального ефекту [9, с. 32].

Що ж стосується законодавчого визначення, то ч.1 ст.2 ЗУ "Про інвестиційну діяльність" встановлює, що інвестиційною діяльністю є сукупність практичних дій громадян, юридичних осіб і держави щодо реалізації інвестицій. На мою думку дане визначення є досить вузьким, оскільки не повно визначає юридичну природу інвестиційної діяльності. Було б доцільно деталізувати дане визначення, і сформулювати його таким чином: інвестиційною діяльністю є сукупність практичних дій громадян, юридичних осіб і держави щодо реалізації інвестицій у будь-якій формі з метою досягнення особистого чи суспільного соціально-економічного ефекту.

Аналіз сучасного стану законодавчого забезпечення правового режиму землі як об'єкту інвестиційної діяльності свідчить про те, що інвестиційне законодавство потребує подальшого вдосконалення. Цей процес може відбуватися відразу в кількох напрямках:

Законодавство України закріплює для іноземних інвестицій національний режим діяльності. Суть його полягає в тому, що правовий режим іноземних інвестицій не може бути менш сприятливим, ніж режим для інвестиційної діяльності юридичних осіб та громадян нашої країни.

Створення сприятливого інвестиційного клімату в Україні передбачає законодавче закріплення державних гарантій захисту іноземних інвестицій, під якими слід розуміти правові засади, встановлені законом для забезпечення належного виконання іноземними інвесторами своїх завдань. Більшість гарантій знайшли відображення в законодавстві України, але багато з них має декларативний характер.

На даному етапі політичного, суспільного та економічного розвитку України адаптація національного законодавства до норм права ЄС має особливу значущість та актуальність, оскільки з цим процесом пов'язане не тільки створення відповідної правової бази для майбутнього вступу до ЄС, а й досягнення інших важливих для нашої держави цілей, а саме: створення підґрунтя та рушійної

сили правової, адміністративної, та судової реформи; підвищення конкурентоспроможності економіки та сприяння залученню іноземних інвестицій в Україну

Підсумовуючи викладене можна сказати, що розробка цілісної та стабільної правової бази, з урахуванням висловлених у цій статті пропозицій, є однією з головних умов поліпшення інвестиційного клімату і збільшення обсягів іноземних інвестицій в економіку України

1. Гальчинська Н. Правовий режим земель індустріальних парків в Україні / Право України. – Київ, 2010, № 1. – С.212-217. 2. Звіт про прямі іноземні інвестиції в Україну 2011 рік // Ernst & Young. – 10 с.
3. Іванов Г.І. Інвестиції: сутність, види, механізми функціонування / Г. І. Іванов. – Ростов-на-Дону: Фенікс, 2002. – 352 с. – С.27.
4. Киришун Л.В. Аналіз стану та тенденцій розвитку процесів іноземного

інвестування регіонів України.// Всеукраїнський науково-виробничий журнал "Сталий розвиток економіки" – 4'2011(7), С. 114 – 333 С. 5. Кузенко О. Динаміка залучення прямих іноземних інвестицій в економіку України в умовах фінансової кризи.// Форум фінансових дискусій. // [Електронний режим доступу]: <http://libfor.com/index.php?newsid=633>

6. Носік В.В. Конспект лекцій з земельного права 2012. 7. Статистичний збірник "Інвестиції зовнішньоекономічної діяльності" / Державний комітет статистики України ; за ред. Л.М. Овденко. – Київ, 2011. – С.4 – 67 с. 8. Татаренко Н.О. Теорії інвестицій: навч. пос. / Н.О. Татаренко, А.М. Поручник. – К.: КНЕУ, 2000. – С.8 – 159 с. 9. Черваньов Д.М. Менеджмент інвестиційної діяльності підприємств: навч.пос./ Д. Черваньов. – К.: Знання-Прес, 2003. – С.32 – 622 с. 10. Череп, А. В. Інвестиційна діяльність в Україні: стан та шляхи її активізації / А. В. Череп, А. І. Рурка // Держава та регіони (серія: державне управління). – 2011. – №3. – С. 48- 52.

Надійшла до редколегії 20.04.12

УДК 341.1/8

Т. Зв'язодная, ас.

НЕЛЕГАЛЬНА МІЖНАРОДНА МІГРАЦІЯ: ПРИЧИНИ ТА НЕБЕЗПЕКА

У статті досліджується виникнення міграції як явища, визначаються причини, які сприяють нелегальній міграції, висвітлюється її небезпека, оскільки розуміння причин виникнення та закономірностей розвитку нелегальної міграції дає можливість побудувати в цій сфері таку політику, котра б максимально відповідала державним інтересам.

Ключові слова: нелегальна міграція, поширені причини, дестабілізація, фактори.

В статье исследуется возникновение миграции как явления, определяются причины, которые способствуют нелегальной миграции, освещается ее опасность, поскольку понимание причин возникновения и закономерностей развития нелегальной миграции дает возможность построить в этой сфере такую политику, которая бы максимально отвечала государственным интересам.

Ключевые слова: нелегальная миграция, распространенные причины, дестабилизация, факторы.

The origin of migration as phenomena is investigated in the article, reasons that assist illegal migration are determined, her danger is illuminated, as understanding of reasons of origin and conformities to law of development of illegal migration gives an opportunity to build in this sphere such politics that would maximally answer state interests.

Keywords: illegal migration, widespread reasons, destabilization, factors.

Сьогодні у світі, за різними оцінками, нараховується від 150 до 175 млн. осіб (понад 3 % населення світу), які проживають за межами країни свого походження, включаючи близько 12 млн. біженців і шукачів притулку. Кожного року ця цифра збільшується принаймні ще на три мільйони.

Міграція як явище виникла та розвивалась одночасно із самим людством. Немає жодної країни у світі, котра б на різних етапах свого розвитку тією чи іншою мірою не була задіяна у світових міграційних процесах: чи то у ролі країни-донора-постачальника трудових ресурсів, чи то у ролі країни-реципієнта.

Очевиднішим це стало в умовах формування сучасної глобальної економічної системи, коли посилюється взаємозалежність і взаємозв'язок між усіма країнами світу. Сучасні світові тенденції засвідчують, що проблеми міграції продовжуватимуть зростати, стаючи одним із найважливіших факторів глобальних змін [1].

Згідно з ст. 3 Протоколу проти незаконного ввозу мігрантів сушею, повітрям та морем, який доповнює Конвенцію ООН проти транснаціональної організованої злочинності 2000 р. "незаконне ввезення мігрантів – це забезпечення, з метою отримання, прямо чи не прямо, будь-якої фінансової або іншої матеріальної користі, незаконного в'їзду до будь-якої держави будь-якої особи, яка не її громадянином або не мешкає постійно на її території. Незаконний в'їзд – це перетинання кордону без дотримання необхідних вимог для законного в'їзду до приймаючої країни".

У свою чергу, у рекомендаціях Конференції міністрів з питань запобігання нелегальній міграції у рамках Будапештського процесу (14-15 жовтня 1997 р.) діяльність по нелегальному переправляння мігрантів охоплює: порушення правових міграційних інститутів; нелегальний перетин кордону; нелегальний в'їзд та проживання в країні; використання недозволених транспортних засобів; виготовлення та використання фальшивих документів чи

порушення у використанні справжніх документів; надання допомоги та коштів для звернення з фальшивими документами до органів влади; організація перевезення, забезпечення місць притулку та нелегальної роботи.

Виходячи з цього, було рекомендовано розуміння поняття "нелегального переправлення мігрантів" як діяльності, спрямованої на навмисне сприяння іноземцям у перетині кордону або проживанні на території держави на умовах, що суперечать правилам та умовам, прийнятим у цій державі.

Підвищена увага до нелегальної міграції спричинена виникненням перед державою необхідності протидіяти їй як небажаному, шкідливому, суспільно небезпечному явищу. Розробка стратегії і тактики такої протидії є складаним організаційно-правовим завданням. Практика розв'язання аналогічних проблем невблаганно свідчить про те, що вжиті заходи повинні ґрунтуватися на чіткому уявленні причин нелегальної міграції.

Ми згодні, що, на жаль, чисельність населення світу зростає переважно за рахунок найбільшій (менш освіченої) частини людства, тобто країн, де рівень розвитку сучасних технологій, інфраструктури та культури все більше відстає від високорозвинутих держав. У країнах третього світу вже 1,2 млрд. осіб, які приречені на злиденне існування. Модернізація традиційних суспільств призводить до формування мобільного прошарку населення, у якому домінує молодь. Практично повна відсутність можливостей для вертикальної мобільності в умовах надзвичайного зубожіння змушує її до переселення. Низька ймовірність легального переселення до високорозвинутих країн породжує значні за обсягом потоки нелегальних мігрантів [2].

Разом з тим глобалізація економіки, швидкий розвиток науково-технічної революції та інші фактори є водночас і причиною зростання злочинності, пов'язаної з даною проблемою, оскільки незаконна міграція має тісний зв'язок з торгівлею людьми, наркоторгівлею,

терористичними актами й іншими небезпечними злочинними діяннями.

Нелегальна міграція дестабілізує національний ринок праці, призводить до масових порушень прав мігрантів, створює осередки напруженості в місцях їх концентрації, негативно впливає на кримінальну обстановку в країні. Нелегально зайняті мігранти не входять до сфери офіційного працевлаштування й, відповідно, оподаткування, що завдає фінансових збитків державі-реципієнту. Оскільки нелегальні мігранти часто вдаються до кримінальної діяльності (контрабанди, проституції, наркотрафіку, нелегальної торгівлі зброєю тощо), їх розглядають як фактор загрози національній безпеці країни. Все це викликає занепокоєння серед тих країн, які стикаються з проблемою нелегальної міграції.

За прогнозами Інтерполу, явище контрабандного переміщення громадян у третьому тисячолітті зросте в 5 і більше разів, поряд із цим, як передбачається, відбуватиметься зростання насильницької, економічної та майнової злочинності, незаконного обігу наркотиків та ін. [3].

У цій ситуації розуміння причин виникнення та закономірностей розвитку світових міграційних процесів дає можливість кожній державі побудувати таку політику в цій сфері, котра б максимально відповідала її національним інтересам.

У науковій літературі існує різноманітна класифікація чинників (часто взаємозалежних), під впливом яких формуються напрямки та масштаби міграційних процесів. Переміщення у просторі відбувається внаслідок дії економічних, соціальних, демографічних, політичних, етнічних, освітніх, морально-психологічних, військових, екологічних та інших факторів, але ці чинники діють одночасно, вони певною мірою взаємозалежні, тож виявити окремі компоненти міграційного процесу, сформовані під впливом одного чи двох факторів, як правило, складно.

Будь-який міграційний акт відбувається під дією комплексу мотивів. Вони залежать від суб'єктивних та об'єктивних причин: з одного боку, міграції відбуваються за особистим бажанням – кожен громадянин має право і можливість вибирати для себе місце проживання та праці, тобто задовольнити свої різноманітні потреби матеріального, професійно-кваліфікаційного і духовного характеру [4].

Вивчення нелегальної міжнародної міграції дає нам змогу вважати, що основною причиною є чітко виражений трудовий характер, оскільки головним мотивом виїзду з батьківщини більшості нелегальних мігрантів є працевлаштування. Більшість опитаних мігрантів серед причин виїзду за межі своєї країни називають, передусім, низьку оплату праці та відсутність пристойної високооплачуваної роботи.

У цьому контексті довготривалі заробітчанські поїздки, в тому числі нелегальні, є не просто міграційними переміщеннями з метою працевлаштування. Вони стали звичним способом життя для значної частини населення, оскільки відіграють роль певного компенсатора низького рівня життя в своїй країні і дають змогу трудовим мігрантам виживати і пристосовуватись до складних соціально-економічних умов [5].

Нелегальними мігрантами є, як правило, некваліфіковані або низькокваліфіковані працівники, оскільки ті, хто отримав професію, надають перевагу легальному працевлаштуванню як у своїй, так і в іншій країні. Приєднання до міжнародної міграції населення країн Східної Європи й СНД призвело до низки випадків, коли на нелегальну міграцію й нелегальне працевлаштування в іншій країні вирушали особи, які мають високий, але не затребуваний рівень кваліфікації. Матеріальне неблаго-

получчя на батьківщині зумовило зниження людьми свого соціального статусу з надією на одержання заробітку.

На світовому ринку праці існує стійкий попит на нелегальну робочу силу як найдешевшу й найбезправнішу. Невипадково цю категорію мігрантів називають "рабами сучасності". У розвинутих країнах склалася така система поділу праці, за якої певний сегмент ринку некваліфікованої праці (найбільш дискримінований, неформальний, тіньовий) закріплений за мігрантами, у тому числі за нелегальними.

Нелегальна міграція і тіньовий ринок праці є взаємно стимулюючими факторами: нелегалів залучають ті країни й галузі, де поширена тіньова зайнятість, одночасно нелегальна міграція сприяє зростанню тіньового ринку праці, оскільки забезпечує його дешевою безплатною робочою силою, готовою на будь-яку роботу заради заробітку, у тому числі й з порушенням закону.

Ще однією з причин нелегальної міграції ми вважаємо втечу від різноманітних конфліктів, пов'язаних з країною постійного проживання. За змістом конфлікти можуть мати територіальний або політичний характер. Політичні причини викликають міграції, що прийнято називати політичними міграціями, які настають в результаті зміни політичних режимів. Саме у тих країнах світу, де особа, що належить до опозиційного табору, може бути фізично або морально знищеною, створюються умови для політичних мігрантів. Політичний мігрант може розраховувати на своє повернення на батьківщину лише тоді, коли перетворення, що відбуваються в державі, знімають реальні загрози його фізичному існуванню і створюють умови для реєміграції.

Політична міграція помітна складова міграційного процесу. Тому міжнародний захист політичних мігрантів розпочинається із забезпечення державами впускання на свою територію особи, яка зазнає дискримінаційних утисків або переслідувань. В Україні з 1991 р. існує афганська община, яка налічує близько трьох тисяч чоловік, нелегально з яких прибуло 31,4%.

Збройні конфлікти належать до поширених причин, які викликають нелегальну міграцію. Їх можна розглядати як одну з форм розв'язання протиріч між кількома протидіючими сторонами із застосуванням зброї.

Заворушення на Африканському континенті у 2011 році зумовили наплив рекордної кількості біженців у Європу. Втікаючи від насилля у Лівії, Єгипті та Тунісі, тисячі мешканців цих країн перетинають Середземне море у пошуках безпечного притулку. Італійська берегова охорона, яка, як правило, патрулює ці води від наркоторговців, затримала вже понад шість тисяч нелегальних мігрантів на острові Лампедуза, за 120 кілометрів від Тунісу. Внаслідок цього Міністер внутрішніх справ Італії Роберто Мароні закликав Європейський союз створити фонд допомоги країнам, які першими прийматимуть наплив біженців. Протести в арабському світі матимуть негативні наслідки для економіки регіону. Притулок великої кількості біженців вимагатиме додаткових витрат, а нестабільність може створити сприятливі умови для формування терористичних угруповань [6].

Поряд з причинами нелегальної міграції, ми вважаємо за доцільне додати расові дискримінації, які також сприяють нелегальній міграції та ґрунтуються на переслідуваннях за ознаками раси, кольору шкіри, національності тощо.

Релігійні утиски теж спричиняють нелегальні міграції, що ґрунтуються на переслідуванні за різні релігійні погляди. Особливо яскравий прояв вони знаходять у ряді конфліктних зон на Близькому та Середньому Сході, в країнах традиційного поширення ісламу. Це конфлікти, викликані релігійно позначеними рухами

дрібних етнічних груп, і конфлікти, в основі яких покладено протиріччя на релігійно-общинному ґрунті.

Природні катастрофи також можуть бути причиною нелегальних міграцій. Як правило, такі переміщення населення відбуваються, якщо на території компактних поселень або поблизу людських помешкань виникають екологічні катаклізми. Виверження вулкана, зсуви гірських порід чи снігових лавин, опущення під воду суходолів тощо, – подібні переміщення означають тимчасову або безповоротну втечу від природних катастроф, які можуть погіршитись. Якщо аномальні явища бувають епізодичними, однак не надто катастрофічними, то вони спричиняють міграцію за принципом маятника, тобто за вектором – "звідти – туди – назад".

Жахливим прикладом природної катастрофи є землетрус 2011 року в Японії магнітудою дев'ять балів, який визвав цунамі висотою більше десяти метрів, що спричинило серію аварій на АЕС "Фукусима-1". У зв'язку з цим тисячі людей вимушені були мігрувати в інші місця.

Підсумовуючи сказане слід додати, що на загострення ситуації, пов'язаної з незаконною міграцією, все більший вплив здійснюють інтеграційні процеси, пов'язані з розвитком міжнародних відносин, у тому числі транспортних комунікацій, розширенням культурних зв'язків, фактори, які характеризують стан правових та організаційних заходів ("відкритість" кордонів) тощо [7]. Дійсно, це обумовлює небажане та всенебезпечне явище міжнародної нелегальної міграції.

Об'єктивне і точне визначення причин є ключем до пізнання всієї сукупності процесів, які сприяють нелега-

льний міграції, ієрархії і взаємозв'язків компонентів такої сукупності. Тільки такий підхід дозволяє дати справедливій оцінці щодо:

- а) ефективності впливів правових методів і форм;
- б) реальної здатності державних і недержавних структур ефективно виконувати покладені на них обов'язки;
- в) шляхів удосконалення всього державного-правового механізму протидії відомим проявам нелегальної міграції.

1. Карпачова Н. І. Трудова міграція з України в контексті загальносвітових міграційних процесів: основні причини трудової міграції / Н. І. Карпачова // Соціальна безпека. – 2007. – № 7. – С. 5. 2. Кременчуцький С. М. Нелегальна міграція – один із чинників загрози національній безпеці України / С. М. Кременчуцький // Кримінальний кодекс України 2001 р. : проблеми застосування і перспективи удосконалення. Матеріали міжнародної науково-практичної конференції 7-8 квітня 2006 р. Ч. 2. С. 101. 3. Журавель Т. А. Некоторые аспекты предупреждения транснациональной преступности нелегальными мигрантами / Т. А. Журавель // Науковий вісник ЛЮІ МВС України. – 2002. – № 2(5). – С. 87. 4. Міграційні процеси: сутність, причини, види та показники міграції [Електронний ресурс] : Управління трудовим потенціалом / В. С. Васильченко, А. М. Гриненко, О. А. Грішнова, Л. П. Керб. – Навч. посіб. – К.: КНЕУ, 2005. – 403 с. – Режим доступу: http://buklib.net/index.php?option=com_jbook&catid=147 5. Особливості формування міжнародно-правового механізму у боротьбі з нелегальною міграцією в сучасних умовах [Електронний ресурс] : Вісник Львівського інституту / С. Книш. – 2009. – № 48. – с. 109. – Режим доступу: http://www.nbuv.gov.ua/portal/Soc_Gum/Vlnu_yu/2009_48/109adm48.pdf 6. Українська Служба Голосу Америки [Електронний ресурс] : ЄС готується до напливу біженців із Близького Сходу. – Режим доступу : <http://www.voanews.com/ukrainian/news/world/EU-Migration-03-02-2011-117257233.html> 7. Міллер А. Що таке причини та умови злочинів? / А. Міллер // Право України. – 2001. – № 5. – С. 90.

Надійшла до редколегії 20.04.12

УДК 349.412.2

Ю. Туцький, здобувач

МІСЦЕ ПУБЛІЧНОГО СУБ'ЄКТА В СТРУКТУРІ ПРАВОВІДНОШЕННЯ ВИКУПУ ЗЕМЕЛЬНИХ ДІЛЯНОК ДЛЯ СУСПІЛЬНИХ ПОТРЕБ

У статті визначено місце публічного суб'єкта в структурі правовідношення викупу земельних ділянок для суспільних потреб.

Ключові слова: органи державної влади та місцевого самоврядування, викуп, суспільні потреби.

В статті определено место публичного субъекта в структуре правоотношения выкупа земельных участков для общественных нужд.

Ключевые слова: органы государственной власти и местного самоуправления, выкуп, общественные нужды.

In the article outlines the local public subject in the structure of legal relations of redemption plots of land for the needs of society.

Keywords: government agencies and local government, redemption, needs of society.

Постановка проблеми. Конкуренція приватних інтересів власників земельних ділянок та публічних інтересів суспільства, зумовлює виникнення правовідносин, які спрямовані на досягнення приватно-публічного компромісу. Однак, лише визначивши місце публічного суб'єкта, як сторони правовідношення викупу стане можливим дотримання даного компромісу, що забезпечить найоптимальніше співвідношення різних за ступенем та природою явищ – приватного та публічного.

Ступінь наукової розробки проблеми. На сьогодні існує чимало вчених, які у тих чи інших аспектах торкаються проблеми, що є предметом нашого дослідження, зокрема: Д. Б. Горохов, О. В. Єлісєєва, М. П. Кабитов, К. С. Клейменова, А. М. Мірошніченко, В. В. Носік, К. П. Пейчев, О. Тодика, О. С. Харченко та інші. Однак спеціальне дослідження місця публічного суб'єкта в структурі правовідношення викупу земельних ділянок для суспільних потреб є неповним, що і обумовило вибір предмета дослідження.

Метою даної статті є визначення місця публічного суб'єкта в структурі правовідношення викупу земельних ділянок для суспільних потреб.

Виклад основного матеріалу дослідження. Публічною стороною правовідношення викупу земельних ділянок для суспільних потреб є орган державної влади чи місцевого самоврядування.

На думку Д. Б. Горохова, розпоряджаючись земельними ділянками права приватної власності органи влади діють не в якості власника, а в якості представника суверена, яким є держава [1, с. 182]. У той же час представляється більш вдалим формулювання сувереном народу, який є єдиним джерелом влади, а уже "державний суверенітет є похідним від народного суверенітету" [2, с. 26].

Розмежовуючи приватні та загальні інтереси, Ж.-Ж. Руссо писав: "Подібно до цього, як приватна воля не може представляти волю загальну, так і загальна воля, у свою чергу, змінює свою природу, якщо вона спрямована до приватної мети, і не може як загальна виносити ухвалу ні відносно якої-небудь людини, ні відносно якого-небудь факту" [3, с. 173]. Так, в якості власника орган держави не може мати по відношенні до землі більше прав, ніж інший власник, а тому в даній якості йому не може належати право примусового відчуження (викупу) землі, оскільки таким правом не володіють і інші власники [1, с. 182].

© Туцький Ю., 2012

Визначаючи місце органу державної виконавчої влади чи місцевого самоврядування у складі правовідносин як органу, що здійснює викуп земельної ділянки для суспільних потреб, слід погодитися з позицією науковців про те, що в даних правовідносинах орган виступає в якості публічного суб'єкта, адже виражає загальні інтереси суспільства, а не інтереси, як власник.

Визначаючи компетенцію публічного суб'єкта у правовідношенні викупу слід вказати, що у відповідності до ч. 1 ст. 7 Закону України "Про відчуження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, які перебувають у приватній власності, для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності" від 17.11.2009 р., органи виконавчої влади та органи місцевого самоврядування відповідно до своїх повноважень та в порядку, визначеному цим Законом, мають виключне право викупу земельних ділянок, які перебувають у власності фізичних або юридичних осіб для суспільних потреб. Слід зазначити, що положення ч. 1 ст. 7 вказаного Закону про їх повноваження не узгоджуються із усім переліком об'єктів викупу. Адже ст. 3 вказаного Закону, окрім земельної ділянки, допускається викуп і її частини [4]. У даному випадку, вбачаємо доречним на законодавчому рівні закріпити право органу державної виконавчої влади чи місцевого самоврядування, в межах своїх повноважень, викупувати, окрім земельної ділянки, і її частину (частин).

Для усунення суперечностей та невизначеності, законодавець розмежовує повноваження органів виконавчої влади та органами місцевого самоврядування щодо викупу земельних ділянок для суспільних потреб, в залежності від видів суспільних потреб, щодо яких здійснюється викуп земельних ділянок, та обмежує їх повноваження, як законодавчою виключністю переліку даних потреб, так і територіальним поширенням таких повноважень.

Так, органи виконавчої влади, відповідно до ст. 8 Закону України "Про відчуження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, які перебувають у приватній власності, для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності" від 17.11.2009 р., приймають рішення про викуп земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені (крім об'єктів, викуп яких віднесено до повноважень органів місцевого самоврядування), для таких суспільних потреб: забезпечення національної безпеки і оборони; будівництво, капітальний ремонт, реконструкція та обслуговування лінійних об'єктів та об'єктів транспортної і енергетичної інфраструктури (доріг, мостів, естакад, газо- та водопроводів, ліній електропередачі, зв'язку, аеропортів, нафтових і газових терміналів, електростанцій) та об'єктів, необхідних для їх експлуатації; розміщення іноземних дипломатичних представництв та консульських установ, представництв міжнародних організацій в Україні згідно з міжнародними договорами України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України; розміщення та обслуговування об'єктів, пов'язаних із видобуванням корисних копалин; будівництво захисних гідротехнічних споруд; будівництво та обслуговування нафтових і газових свердловин та виробничих споруд, необхідних для їх експлуатації, споруд для підземного зберігання нафти, газу та інших речовин і матеріалів, захоронення шкідливих речовин і відходів виробництва; розташування об'єктів природно-заповідного фонду загальнодержавного значення.

У відповідності до п. в ст. 13 Земельного кодексу України до повноважень Кабінету Міністрів України належить викуп земельних ділянок для суспільних потреб,

у порядку визначеному законом. Водночас, ч. 2 ст. 8 Закону України "Про відчуження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, які перебувають у приватній власності, для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності" від 17.11.2009 р., конкретизує дані повноваження, визначаючи, що Кабінет Міністрів України приймає рішення про викуп земельних ділянок для забезпечення національної безпеки і оборони, розміщення іноземних дипломатичних представництв та консульських установ, представництв міжнародних організацій в Україні згідно з міжнародними договорами України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також для інших суспільних потреб, визначених цим Законом, якщо передбачається місце розташування об'єкта на території Автономної Республіки Крим та суміжної області або на території двох та більше областей.

Відсильний характер до закону також належить нормам статей 16 та 17 Земельного кодексу України, які визначають повноваження Ради міністрів Автономної Республіки Крим та місцевих державних адміністрацій щодо викупу земельних ділянок для суспільних потреб. Уже, Закон України "Про відчуження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, які перебувають у приватній власності, для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності" від 17.11.2009 р. у п. 2 ст. 8 уповноважує Раду міністрів Автономної Республіки Крим, обласні державні адміністрації приймати рішення про викуп земельних ділянок для суспільних потреб, якщо передбачається місце розташування об'єкта на території двох або більше районів. Районна державна адміністрація приймає рішення про викуп земельних ділянок для суспільних потреб, якщо передбачається місце розташування об'єкта в межах території району.

Органами місцевого самоврядування, яким, у відповідності до статей 8 та 12 Земельного кодексу України, належать виключні повноваження викупу земельних ділянок для суспільних потреб територіальних громад сіл, селищ, міст, міста Києва та Севастополя, є відповідно сільські, селищні, міські ради, Київська і Севастопольська міські ради.

Згідно зі ст. 9 Закону України "Про відчуження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, які перебувають у приватній власності, для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності" від 17.11.2009 р., органи місцевого самоврядування в межах території здійснення їх повноважень приймають рішення про викуп земельних ділянок, у порядку, визначеному цим Законом, для таких суспільних потреб: будівництво, капітальний ремонт, реконструкція та обслуговування лінійних об'єктів та об'єктів транспортної і енергетичної інфраструктури, пов'язаних з обслуговуванням відповідно територіальної громади села, селища, міста (доріг, мостів, естакад, газо- та водопроводів, ліній електропередачі, зв'язку, аеропортів, нафтових та газових терміналів, електростанцій), та об'єктів, необхідних для їх експлуатації; розташування об'єктів природно-заповідного фонду місцевого значення; створення міських парків, будівництво дошкільних навчальних закладів, майданчиків відпочинку, стадіонів та кладовищ.

З даного приводу звертає увагу той факт, що законодавець не включив у сферу повноважень органів місцевого самоврядування, на відміну від органів державної влади, право викупу земельних ділянок під розміщення нафтопроводів. Вважаємо, це викликано, безпосереднім призначенням нафтопроводів здійснювати переміщення нафти з районів нафтовидобування до нафтоосховищ і місць переробки [5, с. 188], що зумовлює їх розміщення,

зазвичай, на території декількох територіальних громад. Також, важливим аспектом, в даному розподілі повноважень є недоцільність прямого задоволення суспільних потреб лише однієї громади в Україні, на відміну від газочис водопроводів, яким може належати, як загальносуспільний, так і регіональний інтерес.

Варто зауважити, що на відміну від повноважень органів виконавчої влади, повноваження органу місцевого самоврядування з приводу викупу законодавчо визначаються не лише територіальним поширенням повноважень на нерухомі об'єкти, "які надаються компетентному органу переважно в силу того, що він є органом, який здійснює право державної або комунальної власності на відповідній території" [6, с. 117], так зване "політичне управління" [7, с. 127], а також диференціюються та виключаються потребами територіальних громад сіл, селищ чи міст. На думку О. В. Єлісєєвої, саме принцип віднесення суспільної потреби до державної або комунальної має бути покладено в основу розмежування компетенції органів [6, с. 117].

Неможливо не зазначити, що хоча чіткого вираження принципу розподілу повноважень органів влади, за природою потреб, для яких викупляється об'єкт, немає, однак враховуючи принцип взаємовиключності повноважень органів місцевого самоврядування та державної влади, а також присутність особливого характеру суспільних потреб, які можуть бути підставою викупу, у повноваженнях кожного зі викупувачів, вважаємо, даний принцип зберігається.

У той же час представляється принципово важливим підкреслити, що у разі неотримання згоди власника земельної ділянки на її викуп для суспільних потреб, згідно зі ст. 15 Закону України "Про відчуження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, які перебувають у приватній власності, для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності" від 17.11.2009 р., зазначений об'єкт може бути примусово відчужений у державну чи комунальну власність лише як виняток з мотивів суспільної необхідності і виключно під розміщення: об'єктів національної безпеки і оборони; лінійних об'єктів та об'єктів транспортної і енергетичної інфраструктури (доріг, мостів, естакад, магістральних трубопроводів, ліній електропередач, аеропортів, нафтових і газових терміналів, електростанцій) та об'єктів, необхідних для їх експлуатації; об'єктів, пов'язаних із видобуванням корисних копалин загальнодержавного значення; об'єктів природно-заповідного фонду; кладовищ.

Відзначимо, що вітчизняний законодавець визначає принцип "пасивної" незгоди приватного власника на викуп земельної ділянки. В такому випадку, саме на публічного суб'єкта, в разі незгоди приватного власника укласти угоду про викуп, покладено обов'язок звернення до суду щодо примусового відчуження земельної ділянки. Дещо по-іншому до розв'язання цієї проблеми, підходить Земельний кодекс Республіки Узбекистан, де у ст. 35 визначається, що при незгоді землевласника, землекористувача і орендаря з рішенням відповідно хокімів району, міста, області або рішенням Кабінету Міністрів Республіки Узбекистан про вилучення земельної ділянки це рішення може бути оскаржене до суду [8]. У даному випадку законодавство визначає принцип "активної" незгоди власника на викуп земельної ділянки, адже обов'язок по зверненню в суд лежить саме на приватному власнику.

Невиправданним, на нашу думку, є як сам законодавчий принцип розмежування суспільної потреби та суспільної необхідності, в залежності від вираження волі власника земельної ділянки по відношенню до викупу, так і наступне звуження повноважень органів уповно-

важених здійснювати викуп на її відчуження у зв'язку з суспільною необхідністю. Адже, прийнявши рішення про викуп земельної ділянки, можливим буде лише в окремих випадках її відчуження у зв'язку з суспільною необхідністю. В інших же, – уповноважені органи, що прийняли рішення про викуп земельних ділянок для суспільних потреб, у разі незгоди власника на викуп, не наділені повноваженнями звернення в суд для примусового викупу, що піддає сумніву необхідність існування механізму викупу, в якому не передбачено примусове відчуження об'єкта.

Вважаємо, слід на законодавчому рівні закріпити повноваження публічного суб'єкта у всіх випадках, в яких йому надано право приймати рішення про викуп, у разі недосагнення згоди з власником земельної ділянки на її відчуження, звертатися до адміністративного суду із позовом про примусове відчуження зазначених об'єктів. Застосування даного механізму повноважень публічного органу, на нашу думку, виведе із правового поля інституту викупу земельних ділянок для суспільних потреб механізм здійснення повноважень органів влади, якому на нашу думку, притаманна суто цивільно-правова природа, а його застосування у правовідносинах викупу є не лише однобічним, а й обтяжливим для обох сторін.

У відповідності до ч. 4 ст. 12 Закону України "Про відчуження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, які перебувають у приватній власності, для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності" від 17.11.2009 р., на власника земельної ділянки, щодо якої органом виконавчої влади чи органом місцевого самоврядування прийнято рішення про викуп з підстав, які допускають примусове відчуження такого майна з мотивів суспільної необхідності, покладено зобов'язання сприяти представникам зазначених органів і суб'єктам, уповноваженим на проведення експертної грошової оцінки вартості такої земельної ділянки та оцінки житлового будинку, інших будівель, споруд, багаторічних насаджень, що на ній розміщені, у визначенні розміру збитків, що підлягають відшкодуванню, доступі до об'єктів оцінки і до наявної у власника інформації про них. У зв'язку з чим, вважаємо, публічна сторона наділена кореспондуючим правом вимагати виконання даного обов'язку.

Водночас, обов'язком органу державної влади та місцевого самоврядування, у правовідносинах викупу, є виплата викупної ціни за об'єкт викупу.

Можна виділити декілька напрямів вирішення питання коли даний обов'язок повинен бути реалізований. Аналізуючи природу чинного законодавчого регулювання викупних правовідносин, вважаємо за доцільне виділити декілька напрямів вирішення питання щодо моменту виплати викупної ціни. На думку Д. Е. Зайкова та М. Г. Звягінцева, важливою умовою викупу є попереднє відшкодування вартості земельної ділянки [9, с. 159]. Ставлячи під сумнів дану позицію науковців М. П. Кабитов зазначає, що встановивши умову про обов'язковість передоплати під час викупу за волею власника земельної ділянки, буде здійснено вторгнення в сферу приватних інтересів сторін договору [10, с. 90].

Вважаємо, не поширення обов'язку на орган державної влади чи місцевого самоврядування попередньої виплати викупної ціни у правовідносинах добровільного викупу не відповідає природі компромісу публічного та приватного інтересу, та суттєво звужує приватноправовий елемент в юридичній конструкції викупу, що є недопустимим. Підтримуючи позицію Д. Е. Зайкова та М. Г. Звягінцева про попередню виплату викупної ціни за викупуваний об'єкт, слід наголосити, що оскільки у правовідносинах викупу ставиться питання про позбав-

лення права приватної власності на об'єкт нерухомості, що гарантується Конституцією України, питання про відшкодування повинне буди повним, набуття ж права власності публічним суб'єктом на викупований об'єкт нерухомості, – відбуватися лише після сплати викупної ціни.

Висновки. Підсумовуючи наведене, вважаємо за можливе визначити, що орган публічної влади, як представник суверена, у правовідносинах викупу земельних ділянок для суспільних потреб займає домінуюче становище, у відношенні до власника земельної ділянки. Правильність даного висновку підтверджується повноваженнями саме органів державної влади та місцевого самоврядування ініціювати правовідношення – приймаючи рішення про викуп земельних ділянок для суспільних потреб; вимагати належного сприяння власника у визначенні викупної ціни, доступ до об'єкта викупу, вчинення інших дій визначених законодавством; та звертатися до суду щодо примусового відчуження земельної ділянки.

1. Горохов Д. Б. Правовое регулирование сделок с земельными участками: Дис...кан. юр. наук: 12.00.06 / Д. Б. Горохов; Институт законодательства и сравнительного правоведения при правительстве Российской

Федерации. – М., – 1998. – 199 с. 2. Тодика О. Верховенство власти народа в условиях становления правовой державности // Юридична Україна. – 2004. – № 5. – С. 23 – 27. 3. Руссо Ж. Ж. Об общественном договоре. Трактаты / Пер. с фр. – М.: "КАНОН-пресс", 1998. – 416 с. 4. Про відчуження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, які перебувають у приватній власності, для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності: Закон України від 17 листопада 2009 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 1. – Ст. 2. 5. Тлумачний гірничий словник / В.С. Білецький, К.Ф. Сапіцький, Б.С. Панов, В.В. Мирний, П.П. Голембієвський, О.С. Підтикалов, Л.А. Федотова, В.І. Альохін, О.Г. Редзю. Під загальною ред. В.С. Білецького. – Донецьк: Новий світ, – 1998. – 446 с. 6. Єлісєєва О. В. Припинення права приватної власності на земельну ділянку за законодавством України : Дис...канд. юр. наук: 12.00.06 / О. В. Єлісєєва; Київський національний університет ім. Т. Шевченка. – К., 2006. – 240. 7. Земельне право: Підручник для студентів юридичних спеціальностей вищих навчальних закладів / За ред. В. І. Семчика і П. Ф. Кулинич. – К.: Видавничий Дім "Ін Юре", 2001. – 424 с. 8. Земельный кодекс Республики Узбекистан N 598-І от 30.04.1998 г. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.zemreforma.info/files/uzbekistan.doc>. 9. Зайков Д. Е., Звягинцев М.Г. Настольная книга гражданина по защите земельных прав. – М.: Издательский дом "Ра", 2008. – 896 с. 10. Кабытов Н. П. Выкуп земельного участка как основание прекращения права частной собственности: дис. на соискание наук. степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.06 "Земельное право; аграрное право; экологическое право; природоресурсное право" / Н. П. Кабытов; Самара, 2004. – 214 с.

Надійшла до редколегії 20.04.12

Р. Ляшенко, ас.

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ПРАВОНАСТУПНИЦТВА У ВИКОНАВЧОМУ ПРОЦЕСІ: ТЕОРІЯ, ПРАКТИКИ ТА ЗАКОНОДАВЧА РЕГЛАМЕНТАЦІЯ

Проаналізований порядок вирішення державними виконавцем та судом питань щодо правонаступництва у виконавчому провадженні. Внесено пропозиції з вдосконалення законодавства про виконавче провадження при вирішенні питань правонаступництва, Цивільний процесуальний кодекс, а саме ст. 378 ЦПК.

Ключові слова: правонаступництво, заміна сторони, виконавче провадження, стягувач, боржник.

Проанализирован порядок решения государственным исполнителем и судом вопросов правопреемства в исполнительном производстве. Внесены предложения по совершенствованию законодательства об исполнительном производстве при решении вопросов правопреемства, Гражданский процессуальный кодекс, а именно ст. 378 ГПК.

Ключевые слова: правопреемство, замена стороны, исполнительное производство, взыскатель, должник.

Analysed order of decision state a performer and court of questions in relation to pravnastupnictva in executive realization. Suggestions are brought in from perfection of legislation about executive realization at the decision of questions of pravnastupnictva, Civil code of procedure, namely item 378 CPK.

Keywords: replacement of side, executive realization, tightened, debtor.

Питанням правонаступництва в виконавчому процесі присвячені роботи деяких як російських [1], так українських вчених [2]. Але питання процесуального порядку, підстав, суб'єктного складу за ініціативою кого воно проводиться, а також роль у цьому процесі таких владних суб'єктів якими є суд та державний виконавець є досить важливим для виконавчого провадження, тому його не можна вирішувати по аналогії із цивільним процесом, як це робиться у більшості робіт, які присвячені питанням правонаступництва в виконавчому провадженні.

Питання правонаступництва у виконавчому процесі є важливим й тому, що у ч. 5 ст. 8 Закону України "Про виконавче провадження" має місце положення про те, що у разі вибуття однієї із сторін державний виконавець з власної ініціативи або за заявою сторони, а також сама заінтересована сторона мають право звернутися до суду із заявою про заміну сторони її правонаступником. Так, стаття 378 ЦПК визначає, що саме у цивільному судочинстві вирішується питання про правонаступництво у виконавчому провадженні.

Але це питання вченими вирішується однозначно.

Як зазначає Тиліпко під правонаступництвом у виконавчому провадженні необхідно розуміти заміну однієї зі сторін (стягувача або боржника) з переходом прав та обов'язків від правопередника до іншої особи (правонаступника), що раніше не брали участі у виконавчому провадженні. правонаступництво можливе на всіх стадіях виконавчого провадження – з моменту відкриття виконавчого провадження до його закінчення. Так, підставою правонаступництва є смерть громадя-

нина, що був стороною виконавчого провадження, оголошення його померлим, реорганізація юридичної особи, відступлення права вимоги, переведення боргу (глава 47 ЦК)" [3].

Вчений Білоусов Ю.В. зазначає, що правонаступництво – це перехід процесуальних прав та обов'язків у виконавчому провадженні від право попередника (сторони, яка вибула із виконавчого провадження до правонаступника (стягувача або боржника), в силу правонаступництва у матеріальних відносинах, які є предметом виконання[4].

Але при вирішенні питання правонаступництва в виконавчому провадженні слід враховувати, що воно реалізується за рахунок активної участі у виконавчому процесі двох суб'єктів владних повноважень: суду та державного виконавця. Тому, на наш погляд, необхідно визначитися, а чи на стільки важлива роль суду у процесі встановлення правонаступництва.

Якщо розглянути приведення рішення до виконання в разі смерті стягувача, то питання правонаступництва, на наш погляд, має вирішуватися у безспірному порядку, але з урахуванням принципу диспозитивності. Так, все майно, належне померлій особі і, в тому числі, право вимоги до третіх осіб, яке встановлене в рішенні суду, якщо допускається правонаступництво, переходить до спадкоємців або визнається відумерлим і переходить до територіальної громади. Питання спадкування розглядаються не судами, а нотаріусами, які й мають вирішувати питання про правонаступництво. При цьому, право вимоги може належати одному із спадко-

емців або декільком одночасно і в цьому випадку кожний з них вправі вимагати виконання рішення суду. Можливим варіантом може стати представництво інтересів спадкоємців у виконавчому процесі виконавцем заповіту і тут не потрібно вирішувати питання про заміну кредитора, оскільки у виконавця заповіту мають бути чітко встановлені нотаріусом повноваження на представництво інтересів спадкоємців. Тобто у цьому випадку, на наш погляд, не існує спору і доцільність встановлення судом повноважень у правонаступника стягувача виникає сумніви.

Інша річ, що правонаступники мають виразити своє волевиявлення щодо виконання рішення суду, яке було ухвалене на ім'я померлого стягувача. Можливим ускладненням в цій ситуації може стати питання щодо характеру стягнення на ім'я померлого стягувача, що може бути пов'язане з особистим зобов'язанням. Але автор вважає, що у разі допуску до участі в справі правонаступника стягувача у боржника є право звернутися до суду і заявити, що рішення суду не підлягає виконанню внаслідок особистісних відносин зі стягувачем і правонаступництво у таких правовідносинах недопустиме. Однак, однозначно можна стверджувати, що суд "не заміняє сторону виконавчого провадження її правонаступником", як максимум суд допускає правонаступництво, тому відповідні зміни слід внести в ст. 378 ЦПК.

На підтвердження цієї гіпотези можна розглянути випадок, коли правонаступництво відбувається шляхом передачі прав від одного кредитора-стягувача до іншого саме на стадії приведення рішення до виконання. Подібне питання вирішувалося вченими, але вже на стадії примусового виконання рішення [5]. Автор вважає, що кредитор-стягувач вправі укласти договір про уступку права вимоги на будь-якій стадії захисту власних прав. Особливістю ж уступки права вимоги на стадії приведення рішення до виконання має, по-перше, стати те положення, що у разі уступки права вимоги на підставі договору цесії чи факторингу до отримання виконавчого листа, має бути чітко встановлено у договорі право на отримання такого листа. Коли ж укладання названих договорів відбуватиметься після отримання виконавчого листа, то в договорі має фігурувати право вимоги, що підтверджується рішенням суду і виконавчим листом.

По-друге, слід визнати потенційно можливим намір боржника виконати зобов'язання за рішенням суду, тому можна стверджувати, що обов'язок правонаступника права вимоги щодо повідомлення боржника залишається чинним. Це у разі передачі виконавчого листа до державної виконавчої служби уступка права вимоги може відбуватися з обов'язковим повідомленням державного виконавця, а не боржника. У той же час, заміна стягувача в даному випадку відбувається на договірній основі і важко знайти причини, щоб цей договір визнався саме судом як достатня підстава для правонаступництва. Зрозуміло, що таке правонаступництво не впливатиме на права боржника і тим більше не погіршуватиме його правове становище, оскільки передаватиметься право вимоги в межах, визначених судом у рішеннях, у зв'язку з чим згода боржника щодо переходу права вимоги до іншого кредитора-стягувача нормами матеріального права не передбачена.

Коли мова йде про правонаступництво у разі смерті однієї із сторін виконавчого провадження, виконавець заповіту не може вважатися стороною або правонаступником, а він є лише представником правонаступників. У цьому конкретному випадку виконавець заповіту виступатиме як договірний представник з визначеними у законі та договорі (заповіті) повноваженнями. Лише у такій ситуації можна припускати, що державний викона-

вець може запропонувати йому вступити у виконавчий процес для охорони і захисту прав спадкоємців, але навіть суд не може замінювати стягувача іншою особою і в цьому випадку. Виконавець заповіту зобов'язаний здійснювати свої повноваження і саме цей обов'язок його спонукатиме до участі у виконавчому процесі. Хоча, можна вважати, що виконавець заповіту обиратиметься пересічними громадянами не з числа юридично обізнаних осіб, а за умовами їх відносин зі спадкодавцем та завдяки його особистим якостям – порядності, чесності тощо. Тому вважаємо доцільним уповноважувати на участь у виконавчому процесі кваліфікованих представників, з якими виконавець заповіту може укласти відповідний договір. Автор вважає, що з правової точки зору та в силу складності виконавчого процесу участь в ньому доцільно доручати компетентним представникам, що дозволить належно і надійно відстоювати інтереси стягувачів.

Так само, коли йтиметься про правонаступництво статусу боржника, то визначення конкретних осіб, які будуть відповідати по його боргах, за загальним правило, неможливо. Дане положення впливає із того простого правила, що борги не успадковуються. Тобто у разі перевищення розміру боргів над спадковими активами можна з достатнім ступенем ймовірності припускати, що така спадщина не буде спадкуватися, оскільки прийняття спадщини – це право спадкоємців, а не їх обов'язок.

Отже, питання про звернення стягнення на спадкове майно боржника ускладнюється тим обсягом спадщини, який буде знайдений саме нотаріусом, а не державним виконавцем.

Автор також бере на себе сміливість стверджувати, що державний виконавець не повинен звертатися до суду з поданням про заміну сторони виконавчого провадження крім декількох правових ситуацій:

- коли під час вирішення питання про можливість правонаступництва виникатиме спір щодо допустимості заміни кредитора або боржника конкретними суб'єктами, то це питання може вирішуватися судом;
- якщо правонаступник звернувся безпосередньо до державного виконавця із заявою про правонаступництво, а останній разом з керівником не здатен його вирішити, то відповідне подання до суду може бути складано державним виконавцем;
- коли питання про можливість допуску правонаступників пов'язане з особистісними правовідносинами, то кваліфікацію таких правовідносин і вирішення питання може бути адресоване суду.

Тому автором пропонується така назва та редакція ст. 378 ЦПК:

"Стаття 378. Вирішення спірних питань, пов'язаних з правонаступництвом у виконавчому провадженні

1. У разі вибуття однієї із сторін виконавчого провадження і виникнення спору щодо можливості конкретного суб'єкта стати правонаступником однієї із сторін за поданням державного виконавця або за заявою сторони, або за поданням одного із правонаступників суд допускає заміну сторони виконавчого провадження, яка вибула, її правонаступником чи представником правонаступників.

2. Суд у десятиденний строк розглядає це питання у судовому засіданні з повідомленням сторін та заінтересованих осіб. Неявка сторін та інших осіб не є перешкодою для вирішення питання про заміну сторони виконавчого провадження, якщо суд визнає, що поданих документів достатньо для об'єктивного вирішення справи".

Останнє уточнення вважається важливим, оскільки не можна вважати питання про порядок вирішення питань, пов'язаних із правонаступництвом формальним. Це положення можна пояснити й тим, що спори в циві-

льному процесі у переважній більшості випадків мають розглядатися за принципом змагальності, а наказне провадження – це виняток, коли мають місце прямі докази і відсутній спір про право.

Запропонована редакція статті 378 ЦПК дозволить звільнити суди від формальної діяльності.

Але автор вважає необхідним підвищити вимоги до професійної кваліфікації осіб, які набуватимуть статус державного виконавця, що дозволить останнім компетентно вирішувати безспірні питання правонаступництва. Так, державний виконавець, який у вищому закладі освіти отримав лише ступінь бакалавра, на наш погляд, не може компетентно вирішувати складні правові питання, які можуть мати місце під час вчинення виконавчого про-

вадження. Прикладом цього є вирішення питань про правонаступництво сторін виконавчого провадження.

1. Валеев Д.Х. Правоприемство в исполнительном производстве // Заметки о современном гражданском и арбитражном процессуальном праве. – М.: Городец, 2004. – С. 337 – 341. 2. Щербак В.С. / В кн. Фурса С.Я., Фурса Е.І., Щербак С.В. Законы Украины "Про державну виконавчу службу", "Про виконавче провадження", "Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини". Науково-практичний коментар / За заг. ред. Фурси С.Я. – К.: Видавель Фурса С.Я.: КНТ, 2008. – 1172 с.; Білоусов Ю.В. Виконавче провадження. – К.: Прецедент, 2005. – 192 с. 3. Теліпко / Науково-практичний коментар Цивільного процесуального кодексу України, 2011. 4. Білоусов Ю.В. Виконавче провадження. – К.: Прецедент, 2005. – С.56. 5. Насонов А.М. Уступка прав требования должника в процессе принудительного исполнения судебного акта. Автореф. дис. канд. юрид. наук. – М., 2003.

Надійшла до редколегії 23.04.12

Т. Штим, здобувач

РОЛЬ АКЦІОНЕРНИХ УГОД У ПОПЕРЕДЖЕННІ ТА ВИРІШЕННІ КОРПОРАТИВНИХ КОНФЛІКТІВ

В статті досліджуються питання корпоративних конфліктів в акціонерних товариствах та способів їх вирішення. Розглянуті можливі способи захисту порушених прав та інтересів, та зазначається на можливість застосування акціонерної угоди в якості самостійного способу попередження та вирішення корпоративних конфліктів.

Ключові слова: конфлікт інтересів, корпоративний конфлікт, акціонерні товариства, медіація, акціонерні угоди.

В статье исследуются вопросы корпоративных конфликтов в акционерных обществах, а также способы их решения. Рассмотрены возможные способы защиты нарушенных прав и интересов и указывается на возможность применения акционерного соглашения в качестве самостоятельного способа предупреждения и решения корпоративных конфликтов.

Ключевые слова: конфликт интересов, корпоративный конфликт, акционерные общества, медиация, акционерные соглашения.

The article deals with the issue of corporate conflicts in joint stock companies, as well as their solutions. Investigate some possible ways of protection of rights and interests. Points to the possibility to use a shareholder agreement as an independent method of prevention and solutions of corporate conflicts.

Key words: conflict of interest, corporate conflict, joint stock companies, mediation, shareholders' agreement.

Акціонерні угоди є новим правовим інститутом для вітчизняної правової системи, і вперше на легальному рівні закріплені в ст. 29 Закону України "Про акціонерні товариства" від 17.09.2008 р. Варто зазначити, що це є безумовним плюсом на шляху модернізації українського акціонерного законодавства. Оскільки акціонерні угоди є новою і незнайомою формою правових відносин, відсутнє належне правове регулювання, не накопичена судова практика з зазначених питань – все це зупиняє процес широкого їх застосування на практиці. Для того, щоб в Україні акціонерні угоди набули широкого розповсюдження має бути створене відповідне правове середовище.

Крім того слід зазначити, що акціонерні угоди запозичені з англо-саксонської системи права і, звичайно, більш пристосовані до цієї правової системи. Адже в США, Канаді та Англії зазначені угоди активно застосовуються в діяльності компаній протягом останніх 30-35 років. У зв'язку з цим зазначений правовий інститут становить значний як теоретичний, так і практичний інтерес.

За останні роки особливо актуально постало також питання корпоративних конфліктів. В багатьох роботах, що присвячені тематиці корпоративних конфліктів зауважується, що причиною їх виникнення є неефективне правове регулювання діяльності господарських товариств. Одним із інструментів, що покликаний мінімізувати корпоративні конфлікти і можна вважати акціонерні угоди.

На сьогоднішній день питання акціонерних угод приділяють увагу багато науковців, проте глибокі комплексні дослідження зазначених відносин, враховуючи особливості українських акціонерних угод, практично відсутні.

Питанням акціонерних угод займалися такі вчені як Вінник О.М., Грибкова Т.В., Каржавіна Н.С., Спасибко-Фатєєва І. В., Степкін С.П. та інші.

Питання, пов'язані з вирішенням корпоративних конфліктів досліджувалося такими вченими як Вінник О. М.,

Дедов Д.І., Лаптев В. О., Макарова О. О., Нікологорська О. І., Рожкова М. О, Філіпова С. Ю. та іншими.

Метою цієї статті є дослідження питання корпоративних конфліктів в акціонерних товариствах, способів вирішення корпоративних конфліктів та визначення ролі акціонерних угод в їх попередженні та вирішенні. Для досягнення цієї мети поставлені наступні завдання: висвітлити способи захисту корпоративних прав та обґрунтувати значення акціонерної угоди при вирішенні корпоративного конфлікту.

В корпоративних правовідносинах виникнення конфліктів явище доволі поширене.

Звертаючись до тематики конфлікту інтересів необхідно перш за все визначити поняття "конфлікт інтересів". Так, на думку Д. І. Дедова, конфлікт інтересів означає суперечність між інтересами, що захищені правом і повинні бути задоволені діями іншої уповноваженої принципом особи (повіреного, агента, директора) і особистими інтересами цього уповноваженого [1, с. 1].

Конфлікти інтересів, що виникають в господарських товариствах і акціонерних, зокрема, іменують корпоративними конфліктами.

О. А. Макарова розглядає корпоративні конфлікти як конфлікти між органами товариства і його акціонерами, а також між акціонерами, якщо такий конфлікт зачіпає інтереси товариства [2, с. 347].

В. О. Лаптев зазначає, що конфліктом є будь-яка суперечність між сторонами корпоративних відносин (в тому числі між акціонерами/учасниками, потенційними акціонерами/учасниками, всередині господарського товариства) [3, с. 29].

На думку О.І. Нікологорської, корпоративним конфліктом є засноване на колізії прав та інтересів відношення, в якому дії його суб'єктів свідомо спрямовані на реаліза-

цію взаємовиключних цілей, досягнення яких обумовлено їх участю в корпоративних правовідносинах [5].

Корпоративний конфлікт можна визначити як розбіжності між акціонерами та менеджерами товариства у зв'язку з порушенням прав акціонерів, що приводять чи можуть привести до позовів до товариства, контролюючому акціонеру чи управляючим по суті прийнятих ними рішень, достроковому припиненню повноважень органів управління, суттєвим змінами в складі акціонерів [5].

О.М. Вінник пропонує під корпоративним конфліктом визнати конфлікт інтересів, що виникає між учасниками корпоративних відносин, спричиняючи для них (котрогось з учасників відносин) негативні наслідки або створюючи реальну загрозу їх настання, в т. ч. порушення їх прав та законних інтересів (включаючи корпоративні інтереси) або створюючи загрозу такого порушення [4, с.250].

Важливо відмітити, що вирішення проблеми корпоративного конфлікту є система ефективного корпоративного управління в акціонерному товаристві. Метою такого управління є забезпечення і підтримання балансу інтересів різноманітних суб'єктів корпоративних відносин, а також своєчасне виявлення і врегулювання на початковому етапі конфліктів, що вже виникли. Слід звернути увагу на те, що, на думку, низки дослідників, коли корпоративний конфлікт переходить у відкриту стадію (перехід сторін до конфліктної поведінки), правові норми вже не допоможуть. В даному випадку слід обмежитися публічно-правовими методами впливу і, не втручаючись в конфлікт безпосередньо, захистити суспільство і державу від його руйнівного впливу [7, с. 58].

Отже, при застосуванні певних правових механізмів розв'язання корпоративних конфліктів має враховуватися їх вид. Залежно від матеріальної сутності спору визначається процесуальна форма його розв'язання. І.М. Зайцев слушно відмічає, що особливості розв'язання спорів можуть свідчити про особливості природи самих конфліктів [8, с.14].

На думку О.М. Вінник, внутрішні корпоративні конфлікти зазвичай мають перспективу врегулювання всередині товариства – з використанням внутрішніх важелів, що передбачені установчим документом товариства. Наявність в корпоративному конфлікті публічного елементу, а також неможливість вирішення приватного конфлікту за допомогою згаданих механізмів зумовлює застосування судової процедури [4, с.253].

Як вже було зазначено вище, в корпоративних правовідносинах виникнення конфлікту широко розповсюджене, як то, укладення договорів із заінтересованістю, договори злиття та поглинання, чи навіть поточне функціонування акціонерного товариства, включаючи відносини між його органами. В юридичній літературі цьому дається багато різних пояснень: подвійна сутність акціонерної власності, сама суть корпоративної конструкції, система відносин між учасниками колективної підприємницької діяльності [9, с.32]. Так, наприклад, С. Ю. Філіпова зауважує, що корпоративні відносини завідомо є конфліктними. Відносини суб'єктів корпорації ускладнені протиріччями, які врешті решт приводять до розхитування рівноваги у ній [7, с. 57]. Слід відмітити, що в процесі організації підприємницької діяльності дійсно зіштовхується безліч різноспрямованих інтересів, що робить існування безконфліктності всередині акціонерного товариства майже недосяжним. До таких інтересів відносять інтереси осіб посадових осіб органів акціонерних товариств, мажоритарних та міноритарних акціонерів, кредиторів, інвесторів.

Оскільки будь який конфлікт порушує чи створює загрозу реальному порушенню законних прав та інтересів його учасників, останні використовують можливості за-

хисту суб'єктивних прав та законних інтересів, що передбачені законодавством.

Прийнято виділяти юрисдикційну та неюрисдикційну форму захисту прав. При юрисдикційній формі захисту носій порушеного корпоративного права звертається за захистом до компетентних органів держави чи інших уповноважених компетентних органів. Неюрисдикційна форма захисту передбачає самостійну діяльність управленої особи по відновленню порушеного права чи по припиненню дій, що створюють загрозу його порушення, без звернення за захистом цього права до компетентних органів держави чи уповноважених нею органів [5].

Неюрисдикційна форма захисту охоплює собою захист прав і законних інтересів, що здійснюється фізичними та юридичними особами без звернення до спеціально уповноваженого на розгляд конфлікту органів, що мають можливість прийняття обов'язкових для сторін спору рішень, виконання яких підкріплено можливістю державного примусу [5].

Як прояв процесів саморегулювання бізнесу неюрисдикційна форма захисту прав є додатковою по відношенню до юрисдикційної форми і по часу виникнення, і по правовому інструментарію. Проте це зовсім не означає, що вона є менш дієвою. Неюрисдикційна форма захисту може стати навіть більше ефективною, виходячи з можливості локальної нормотворчості акціонерних товариств.

В рамках неюрисдикційної форми захисту суб'єктивних прав і законних інтересів учасників акціонерних правовідносин за суб'єктом, що застосовує способи захисту і характером процедури врегулювання конфлікту можна виділити порядок захисту прав власними діями управленої особи та погоджувальний порядок захисту, за яким врегулювання конфлікту здійснюється переважно шляхом узгодження конфліктуючими сторонами своїх інтересів.

До погоджувального порядку в рамках неюрисдикційної форми захисту можна віднести способи вирішення конфліктів, альтернативні судовому та третейському розгляду, наприклад процедури примирення і корпоративний порядок врегулювання конфліктів [5]. Термін "альтернативне вирішення спорів" використовується в теорії та в законодавстві США для позначення неформальних та більш гнучких процедур врегулювання конфліктів, що виникли як альтернатива складному і важкому державному правосуддю [10, с.12]. Серед альтернативних способів вирішення корпоративних спорів у вітчизняній та світовій практиці можна виділити наступні: 1) корпоративний порядок; 2) переговори (negotiation); 3) примирення сторін (conciliation); 4) медіація (mediation, conciliation); 5) третейський розгляд, арбітраж; 6) незалежне рішення (adjudication); 7) посередництво-арбітраж (med-arb); 8) експертний висновок (expert determination); 9) міні-процес (mini-trial); 10) встановлення обставин (fact finding); 11) досудова нарада (settlement); 12) спрощений суд присяжних (summary jury trial); 13) приватний суд (private judging); 14) суд з множинністю дверей (multi-door courthouse).

Зазначені способи вирішення корпоративних спорів виділені в роботах М.А. Рожкової, А.Ю. Коннова, Є.І. Нікологорської, Є.М. Носиревої, А.А. Бегаєвої тощо. Традиційно в літературі всі альтернативні процедури вирішення корпоративних спорів поділяють на основні та комбіновані. До основних відносять переговори, посередництво, медіація та арбітраж. Слід зазначити, що ці основні альтернативні способи є притаманними і для нашої правової системи.

В контексті даної статті звернемо увагу на окремі способи захисту.

Корпоративний порядок – це внутрішній порядок врегулювання корпоративного конфлікту, за якого рішення щодо суті спору та його врегулювання приймається уповноваженим органами товариства. Основною умовою виникнення можливості застосування корпоративного порядку є намір сторін досягнути компроміс, конструктивно подолати протиріччя. В тому випадку, якщо конфліктуючі сторони налаштовані на конфронтацію, така форма врегулювання спору є недоцільною та неефективною.

Застосування корпоративного порядку можливе при виникненні конфлікту між органами акціонерного товариства та його акціонерами та конфлікту між акціонерами, якщо такий конфлікт зачіпає інтереси товариства.

О.М. Вінник зазначає, що важливим є запровадження обов'язкового внутрішньокорпоративного механізму вирішення конфліктних ситуацій (у разі їх виникнення між безпосередніми учасниками корпоративних відносин). При цьому на рівні закону мають передбачатися: обов'язкове включення в установчий документ товариства положень щодо порядку розгляду конфліктів у товаристві (посадовими особами чи спеціально створеним органом), обов'язковість створення для розгляду корпоративних конфліктів спеціального органу – арбітражної комісії в товариствах з кількістю учасників понад 1000 осіб, можливість залучення за згодою сторін конфлікту незалежного посередника, максимальні строки розгляду конфлікту, персональна відповідальність посадових осіб, що порушують цей порядок, у формі відшкодування заявникові заподіяних йому з вини таких осіб збитків [4, с.451].

Інститут медіації, або посередництва, як альтернативний спосіб розв'язання конфліктів широко відомий законодавству зарубіжних країн. Слово медіація походить від латинського *medius* – займати середину між двома точками зору або сторонами, діяти нейтрально, неупереджено [11, с. 3].

Під терміном "медіація" розуміється процедура примирення конфліктуючих сторін шляхом їх вступу у добровільні переговори за допомогою третьої сторони – медіатора, що сприяє врегулюванню спору. На сьогодні медіацію можна розглядати в якості альтернативного, досить поширеного в сучасних умовах способу врегулювання корпоративних спорів [12, с. 14].

Метою медіації є надання допомоги учасникам конфлікту у розробці, рішення, що максимально задовольняє інтереси сторін, про припинення конфлікту та мінімізації його негативних наслідків. Медіатор не є ні суддею, ні арбітром та не приймає рішень. Медіатор допомагає віднайти рішення, що відповідає цілям та інтересам обох сторін.

Важливе значення має і той фактор, що, вдаючись до допомоги медіатора (посередника), сторони можуть зберегти наявність спору чи конфлікту в конфіденційності. Велику роль відіграють і терміни врегулювання конфліктів. Використання судового порядку захисту прав звичайно потребує значних часових затрат. У судових інстанціях, як відомо, процес розгляду справи може затягнутися не на один рік, у той час за допомогою посередника, як правило, спір розглядається не більше місяця [13, с.44].

Не так давно інститут медіації був легалізований в Російській Федерації із прийняттям Федерального закону Російської Федерації від 27.07.2010 р. N 193-ФЗ "Про альтернативну процедуру врегулювання спорів за участю посередника (процедуру медіації)" [14].

Відповідно до ч.2 ст. 2 зазначеного закону, процедура медіації – це спосіб врегулювання спорів за сприяння медіатора на основі добровільної згоди сторін з ме-

тою досягнення ними взаємоприйняттого рішення. Закон також передбачає принципи медіації, які характеризують її як альтернативну процедуру вирішення корпоративних спорів: 1) взаємне волевиявлення; 2) добровільність; 3) конфіденційність; 4) співробітництво та рівність сторін; 5) незалежність медіатора.

На практиці акціонери, особливо великих акціонерних компаній, з метою уникнення непередбачених ситуацій і уникнення "захоплення" компанії, почали використовувати такий спосіб регулювання акціонерних відносин, як укладення акціонерної угоди. Як нами вже раніше зазначалося, такий різновид угод давно і успішно поширений в практиці західних країн. В Україні ж зазначений вид договорів тільки набирає свою популярність. Акціонерна угода є договором, що укладається між акціонерами або між акціонерами та акціонерним товариством і спрямований на визначення порядку дій, прав та обов'язків сторін, безпосередньо пов'язаних з управлінням акціонерним товариством, розподілом прибутку, реалізації прав та обов'язків акціонерів, вирішенням "тупикових" ситуацій, коли кількість голосів акціонерів, що мають різні точки зору на вирішення того чи іншого питання виявилася рівною.

Вважаємо, що зазначену угоду можна вважати окремим різновидом неюрисдикційної форми захисту прав при вирішенні корпоративних конфліктів. Звичайно ж, що акціонерна угода не покликана вирішувати всі корпоративні конфлікти, проте, наприклад, існує велика кількість корпоративних конфліктів, що пов'язані з управлінням корпорацією. Типовий приклад – неминучий конфлікт, що виникає в "мертвозакритій" корпорації (що складається з двох учасників, що мають пакети акцій, розмір яких складає 1/2 частину статутного капіталу). Передбаченими законом засобами конфлікт між ними не може бути вирішений, тому що при протидії волі двох власників пакетів акцій, жодне рішення не може бути прийняте. У цій ситуації вважаємо, що саме за допомогою акціонерної угоди, в якій сторони можуть передбачити варіанти вирішення спору, вони можуть досягти компромісу. В окремих випадках для укладення акціонерної угоди залучається третя незаінтересована сторона, яка може, з врахуванням інтересів обох сторін запропонувати шляхи вирішення конфліктної ситуації, що допоможе останнім знайти вихід з кризової ситуації в компанії.

Як бачимо, акціонерній угоді і процедурі медіації притаманні певні спільні риси, як то: добровільність сторін на врегулювання конфлікту такими засобами; їх конфіденційний характер; укладення письмової угоди на вирішення конфліктної ситуації; здійснення акціонерних угод та процедури медіації без звернення до компетентних органів для вирішення спору; можливість сторін брати участь у вирішенні конфлікту; для медіації – це участь медіатора, а для акціонерної угоди – в окремих випадках сторони за власним бажанням можуть залучати незалежну особу для пошуку шляхів вирішення тупикової ситуації. Таким чином, акціонерну угоду можна вважати одним із способів попередження та вирішення конфліктів.

Доцільно вдосконалити внутрішньокорпоративні механізми розв'язання корпоративних конфліктів, в тому числі з використанням акціонерних угод, а саме: передбачити можливість (а в певних випадках – обов'язковість) створення спеціального органу в акціонерному товаристві з питань вирішення корпоративних конфліктів, який має також опікуватися питаннями розробки та укладення акціонерних угод з метою попередження та вирішення корпоративних конфліктів.

Проте, можливості акціонерної угоди у вирішенні корпоративних конфліктів на даний час недооцінені. Тому вважаємо, що ЗУ Про АТ, який (ст.29 ЗУ Про АТ) тільки

закріплює можливість статутом товариства передбачити укладення договору між акціонерами, за яким на акціонерів покладаються додаткові обов'язки, у тому числі обов'язок участі у загальних зборах, і передбачається відповідальність за його недотримання, є недосконалим і не відображає всіх особливостей і можливостей акціонерної угоди, потребує доповнення в контексті зазначеного вище. Вважаємо за доцільне закріпити в Законі положення, що сторони в акціонерній угоді можуть передбачити можливість у разі виникнення "тупикових" ситуацій застосовувати процедуру медіації.

Складність структурної побудови акціонерного товариства, наявність великої кількості акціонерів, їх розрізненість, складність системи відносин між акціонерами доволі часто призводить до конфліктів інтересів в товаристві – корпоративного конфлікту. Конфлікт інтересів визначають як гостре протиріччя між інтересами учасників суспільних відносин, що загрожує порушенню їх прав та/або законних інтересів у разі невжиття адекватних заходів щодо його припинення (розв'язання). Шляхи розв'язання конфліктних ситуацій досить різноманітні. Існують дві форми захисту порушених прав, які учасники корпоративних відносин обирають на власний розсуд: юрисдикційна та неюрисдикційна. В рамках нашого дослідження ми звернули увагу на окремі аспекти неюрисдикційної форми захисту, що полягає в захисті прав і законних інтересів, що здійснюється фізичними та юридичними особами без звернення до спеціально уповноваженого на розгляд конфлікту органу. В рамках неюрисдикційної форми захисту суб'єктивних прав і законних інтересів учасників акціонерних правовідносин за суб'єктом можна виділити порядок захисту прав власними діями управленої особи та погоджувальний порядок захисту, за яким врегулювання конфлікту здійснюється переважно шляхом узгодження конфліктуючими сторонами своїх інтересів. До способів неюрисдикційного (альтернативного) вирішення корпоративних конфліктів пропонується віднести також акціонеру угоду, як договір, що укладається між акціонерами, а також

між акціонерами та товариством з метою попередження та розв'язання корпоративних конфліктів, вирішення "тупикових" ситуацій. Автором підтримується, висловлена в літературі думка, щодо створення спеціальної посади/ органу з вирішення корпоративних конфліктів, в тому числі з питань укладення акціонерних угод. Пропонується закріпити в ЗУ Про АТ положення, що сторони в акціонерній угоді можуть передбачити можливість (або необхідність) у разі виникнення "тупикових" ситуацій застосовувати процедуру медіації.

1. Дедов Д.И. Конфликт интересов / Д. И. Дедов. – М.: Волтерс Клувер, 2004. – 288 с. 2. Макарова О.А. Корпоративное право: Учебник. – М.: Волтерс Клувер, 2005. – 432 с. 3. Лаптев В.А. Понятие корпоративных конфликтов. Разграничение понятий "корпоративный конфликт" и "корпоративный спор", "корпоративное поглощение" и "корпоративный захват" / В. А. Лаптев // Арбитражный и гражданский процесс. – 2010. – № 9. – с. 28-32. 4. Винник О. М. Теоретичні аспекти правового забезпечення реалізації публічних та приватних інтересів в господарських товариствах: дис... д-ра юрид. наук: спец. 12.00.04 / Київський національний ун-т ім. Тараса Шевченка. – К., 2004. – 631 с. 5. Никологорская Е. И. Урегулирование корпоративных конфликтов в акционерных правоотношениях / Е. И. Никологорская // Законы России: опыт, анализ, практика. – 2007. – № 7 // СПС "Гарант". – [электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://base.garant.ru/5363157/>. 6. Корпоративные конфликты. Причины возникновения и способы преодоления. М.: Едиториал УРСС, 2002. – 304 с. 7. Филиппова С.Ю. Синергетический подход к корпоративным конфликтам как основа правового регулирования корпоративных конфликтов // Российское правосудие. 2009. № 12(44). – с. 57-66. 8. Зайцев И.М. Сущность хозяйственных споров / И.М. Зайцев. – Саратов: Изд-во Саратовского ун-та, 1974. – 159 с. 9. Филиппова С.Ю. К вопросу о понятии корпоративного конфликта / С.Ю. Филиппова // Российская юстиция. – 2009. – № 12. – С. 31-35. 10. Рожкова М. А. Средства и способы правовой защиты сторон коммерческого спора. – М.: Волтерс Клувер, 2006. – 416 с. 11. Катарина Грефин фон Шлиффен. Медиация в нотариальной практике (альтернативные способы разрешения конфликтов) / Катарина Грефин фон Шлиффен, Бернд Вегманн. – М.: Волтерс Клувер, 2005. – 388 с. 12. Бегаева А.А. Институт медиации – альтернативный способ разрешения корпоративных конфликтов/ А.А. Бегаева // Предпринимательское право. – 2008. – №3. – С. 13-16. 13. Соколов М. О медиации за рубежом и в России / М.О. Соколов // Корпоративный юрист. – 2006. – №2. – С. 44-48. 14. Федеральный закон Российской Федерации от 27 июля 2010 г. № 193-ФЗ "Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)". – [электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=103038>.

Надійшла до редколегії 23.04.12

УДК 341.181:340.134

Н. Погорецька, здобувач

ВСТАНОВЛЕННЯ ЗМІСТУ НОРМ ІНОЗЕМНОГО ПРАВА

У статті розглядаються нормативно-правові та методологічні підходи щодо встановлення змісту норм іноземного права при регулюванні цивільних і господарських відносин у спрах фізичних та юридичних осіб в Україні.

Ключові слова: *норми іноземного права, цивільні відносини, господарські відносини, регулювання, конвенція, суд.*

В статье рассматриваются нормативно-правовые и методологические подходы относительно установления содержания норм иностранного права при регулировании гражданских и хозяйственных отношений в спорах физических и юридических лиц в Украине.

Ключевые слова: *нормы иностранного права, гражданские отношения, хозяйственные отношения, регулирование, конвенция, суд.*

The article deals with the normative-legal and methodological approaches concerning the determination of the content of the norms of foreign law in regulation of the civil and economic relations in the spores of physical and legal persons in Ukraine.

Key words: *norms of foreign law, civil relations, economic relations, regulation, convention, court.*

Масштабні процеси глобалізації, які нині охопили увесь світ і проникають у всі сфери людського життя, все більше стосуються і України. Іноземні юридичні та фізичні особи все більше вступають у цивільні та господарські відносини з юридичними та фізичними особами України. А такі відносини не можуть існувати без виникнення спорів між їх суб'єктами. Вирішення спорів, які виникають, за загальним правилом, покладається на національні суди. Оскільки однією із сторін такого спору є іноземний суб'єкт, то для вирішення такого спору може виникнути необхідність звернутися до законодавства іншої держави. Таким чином, суд буде кваліфікувати правовідносини з урахуванням законодавства іноземної

держави, що може призвести до виникнення певних труднощів. Так, законодавство різних держав по-різному тлумачить такі поняття як: рухомі та нерухомі речі, момент виникнення права власності на річ, форма та зміст заповіту, інші. В такому разі у суду з'являється необхідність встановити зміст норми іноземного права для того, щоб можна було це іноземне право вірно застосувати, та, як наслідок, правильно вирішити спір по суті. Таким чином перед практикою та науковцями постала проблема, яка дістала назви "Встановлення змісту норм іноземного права". Це питання досліджувала значна кількість науковців з різних країн світу. Так, можна назвати такі видатні прізвища: Brown J. R.,

McKenzie J.C., Sarabia A.R., Schlesinger R.B., Stern W.B., M. M. Агарков, Л. П. Ануфрієва, Г. К. Дмитрієва, Н. Г. Єлісєєв, В. І. Кисіль, Л. А. Лунц, А. А. Попов, А. Редферн, М. Хантер, Д. О. Хоцанов, А. О. Філіп'єв, Х. Шак та інш. Оскільки ця проблема постала перед багатьма правовими системами Європи, для її вирішення у 1968 році було прийнято "Європейську конвенцію про інформацію щодо іноземного законодавства". Відповідно до статті 1 цієї Конвенції: "Договірні Сторони зобов'язуються надавати одна одній, відповідно до положень цієї Конвенції, інформацію з питань свого цивільного та торгового законодавства і процесуального права в цих галузях, а також з питань їхнього судового устрою" [1]. Але ефективність цієї Конвенції в юридичній літературі зарубіжних країн оцінюється не високо, оскільки положення цієї Конвенції здебільшого не знайшли свого відображення у практиці.

Україна є учасницею вищезазваної Конвенції з 1994 року. Але і в Україні з приводу реалізації положень цієї Конвенції є певні труднощі.

Для більш глибокого розуміння необхідності реалізації норм Конвенції, звернемося до практики країни, де питання встановлення норм іноземного права більш досліджене. Розглянемо приклад Німеччини.

Питанню встановлення змісту норм іноземного права в Німеччині відведено § 293 Цивільного процесуального кодексу 1877 року, який діє в редакції від 12 вересня 1950 року з наступними змінами і доповненнями [2, С. 31].

Відповідно до § 293 Цивільного процесуального кодексу Німеччини чинне в іншій державі право, звичаєве право та підзаконні акти вимагають доведення тільки в тому випадку, якщо вони не відомі суду. При встановленні змісту цих правових норм суд не обмежений наданими сторонами доказами; він уповноважений використовувати також і інші джерела для отримання даних та застосовувати також інші необхідні відповідні заходи [3].

Виходячи зі змісту наведеної норми, за загальним правилом у Німеччині встановленням змісту норм іноземного права займається суд відповідно до своєї компетенції, а сторони в певних випадках можуть сприяти суду [4].

Німецький вчений Х. Шак пише, що хоча сторони не несуть суб'єктивного обов'язку доведення іноземного права, яке суд повинен встановити відповідно до наданої йому компетенції, якщо суд самостійно не в змозі встановити зміст норми, то він може згідно з § 293 Цивільного процесуального кодексу Німеччини зобов'язати сторони надати суду необхідну допомогу у встановленні змісту норм іноземного права, оскільки у сторін нерідко є більш простий доступ до іноземного джерела права. Однак, якщо встановлення змісту норм іноземного права для сторін не є більш простим, ніж для суду, то суд не вправі перекладати цей обов'язок на сторони. Окрім того, відповідальність щодо правильного встановлення змісту норм завжди несе суд [5].

Основним способом встановлення змісту норм іноземного права у Німеччині є звернення до компетентного експерта, але суд має право використовувати і інші способи, які він обирає за власним бажанням через повноваження, надані § 293 Цивільного процесуального кодексу Німеччини. У Німеччині проголошується свобода не тільки відносно вибору джерела інформації, але й відносно процедури їх дослідження [6]. Суд має право застосовувати будь-які заходи, необхідні для отримання потрібної інформації (про зміст норм іноземного права) [7].

Щодо проведення експертизи по іноземному праву, то така можливість визнається як Німецькою доктриною, так і практикою.

Суддя, який бажає отримати відповідну інформацію щодо іноземного права, зазвичай звертається за висновком до спеціалізованих Німецьких інститутів [8].

Перевага залучення спеціалістів обумовлена, здебільшого, двома причинами. По-перше, висновок щодо змісту іноземної правової норми, який повністю ґрунтується на особисті знання судді, нерідко є неповним та непереконливим і може бути скасований вищою інстанцією на тій підставі, що суд нижчої інстанції "не застосував всіх можливих в цій ситуації заходів для встановлення істини по справі". По-друге, висновок експерта оцінюється як відносно неупереджений, надійний та простий засіб доведення змісту іноземного закону [6].

В якості експертів німецькі суди вважають за краще призначати не іноземних практикуючих юристів, а німецьких правників, як правило, професорів – спеціалістів з міжнародного приватного права та порівняльного правознавства, в першу чергу, вчених, які працюють в інститутах об'єднання ім. Макса Паланка та університетах, які мають досвід у питаннях іноземного права та доступ до джерел права та відповідної літератури [5].

Великою перевагою системи встановлення змісту іноземного права шляхом використання експертних висновків, – зазначає Р. Хаусман, – є те, що, як правило, залучений експерт володіє необхідними знаннями не тільки іноземної правової системи але й німецького колізійного та матеріального права. Оскільки експерту надається повний доступ до матеріалів справи, він не тільки відповідає на питання суду щодо змісту іноземного права, але й дає детальні рекомендації, як має бути вирішена конкретна справа відповідно до німецького колізійного та іноземного матеріального права [9].

В той же час Верховний Суд Німеччини у 1991 році вказав, що у разі, якщо експерт-вчений не в змозі встановити зміст іноземного права, то суд Німеччини зобов'язаний призначити іноземного експерта [3].

Також сторони можуть самі надати відомості про зміст іноземного права за допомогою висновків експертів, й адвокати сторін часто отримують необхідну інформацію від іноземних юристів, або від німецьких вчених-експертів з іноземного права [10]. Але, як зазначає Н. Г. Єлісєєв, отримання за рамками процесу позивачем чи відповідачем висновку експерта є не судовою а приватною експертизою, і за своїм процесуально-правовим значенням прирівнюється до пояснень сторін.

Експертні висновки, у будь-якому випадку, мають бути складені німецькою мовою [8].

Одним із засобів отримання інформації про зміст норм іноземного права є звернення суду до компетентних органів, таких як, Німецьке посольство за кордоном та іноземні дипломатичні представництва. Але в літературі зазначають, що ці заклади, зазвичай, не є достатньо компетентними для надання кваліфікованого правового висновку стосовно змісту норм іноземного права [9].

У 1975 році для Німеччини набула чинності Європейська конвенція про інформацію щодо іноземного законодавства. Оцінка ефективності цієї Конвенції у Німецькій доктрині не є однозначною.

Так, Х. Шак стверджує, що практична користь Європейської конвенції незначна. У 1993 році німецькі суди спробували цей шлях всього 20 разів, і тільки декілька спроб були успішними. Із негативних рис такої процедури виділяють дві основних: довгий строк виконання такого звернення та отриманий результат значно гірший у порівнянні із висновком експерта [5].

В свою чергу, коло вчених зазначає, що не дивлячись на певний скептицизм серед наукових думок щодо Конвенційної процедури, суди в цілому задоволені її практичною дією [11].

З 2006 року по 2008 рік Гаазька конференція з міжнародного приватного права проводила дослідження проблеми встановлення змісту норм іноземного права. В рамках цього дослідження був складений і направлений для заповнення представниками країн-учасниць відповідний опитувальник. Відповідно до підготовленої анкети Німеччини, тільки у 2006 році Німецькими отримуваними закладами був спрямований 31 запит про інформацію відносно іноземного права. В свою чергу, німецькі суди підготували для іноземних закладів 15 запитів. Середній строк надання відповіді на запит складав 3 тижні і в цілому визначений Європейською конвенцією строк був оцінений як розумний [12].

Погляди німецьких вчених і суддів на проблему не встановлення або неналежного встановлення змісту норм іноземного права досить єдині. Усі сходяться на неможливості відмови у позові з цих підстав. Наприклад Г. Данеман прямо зазначає: "У позові не може бути відмовлено на тій підставі, що іноземне право не може бути доведено" [13]. "У будь-якому разі суду не дозволено відмовляти у позові на підставі не зрозумілості правової ситуації по застосуванню іноземного права" [9].

Таким чином, можна зробити висновок, що в Німеччині провідним способом встановлення змісту норм іноземного права є висновок експерта. Окрім того, суд може зобов'язати сторони всіляко сприяти суду для встановлення змісту норм іноземного права. Щодо виконання норм конвенції, то досвід Німеччини свідчить про те, що суди не часто користуються цим способом встановлення змісту, оскільки цей спосіб є досить тривалим, коштовним і при всьому цьому не дає такого якісного результату, як висновок експерта. Хоча динаміка останніх років демонструє, що у цьому напрямку намітилися певні позитивні зміни [3].

В Україні можливість встановлення змісту норм права іноземної держави передбачено статтею 8 Закону України "Про міжнародне приватне право", в якій зазначається, що при застосуванні права іноземної держави суд чи інший орган встановлює зміст його норм згідно з їх офіційним тлумаченням, практикою застосування і доктриною у відповідній іноземній державі [14]. Частини друга та третя цієї ж статті передбачають способи встановлення змісту. Передбачені такі способи: звернення в установленому законом порядку до Міністерства юстиції України чи інших компетентних органів та установ в Україні чи за кордоном або залучення експертів. Також закон надає право особам, що беруть участь у справі, самостійно подавати документи, що підтверджують зміст норм іноземного права.

У положенні про Міністерство юстиції прямих вказівок щодо виконання вищезазначеної норми не має, але у пункті 82 зазначено, що Міністерство юстиції забезпечує правове співробітництво судів та інших органів державної влади у цивільних і кримінальних справах^[15]. У міністерстві є структурний підрозділ, що має назву: Департамент міжнародного права та співробітництва, одним з основних завдань якого є здійснення міжнародно-правового співробітництва. Отже, комплексно проаналізувавши наведену інформацію, можна дійти висновку, що саме через Департамент міжнародного права та співробітництва Міністерства юстиції мають надходити до України та направлятися до інших держав запити з проханням щодо допомоги у встановленні змісту норм іноземного права.

Звернемось до української практики розгляду справ з іноземним елементом під час яких суд встановлював зміст норм іноземного права. Так, у Рішенні від 16 липня 2010 року по справі № 54/259 суд зазначає, що позивачем був наданий витяг з Цивільного кодексу Італії.

При вирішенні справи по суті суд користувався цим витягом і справу вирішив з урахуванням наданого йому витягу [16]. Аналогічні справи, у якій позивач за власною ініціативою надавав необхідні витяги із законодавства іноземної держави, складають більшість серед тих справ, у яких суди звертались до законодавства інших держав.

Значно меншу частину становлять справи, у яких суд користувався Європейською конвенцією про інформацію щодо іноземного законодавства 1968 року. Прикладом може слугувати справа № 7/027-11. Так, під час розгляду справи суд дійшов висновку, що спірні правовідносини між сторонами регулюються іноземним законодавством, в даному випадку – Угорським. Тому суд прийняв рішення: "Здійснити судовий запит до Міністерства юстиції України з проханням надати цивільний та комерційний кодекси Угорської Республіки чи інші документи, які регламентують зобов'язальні (договірні) відносини між юридичними та фізичними особами в комерційному обороті, та які регулюють питання уступки права вимоги" [17]. Запит було направлено до Міністерства юстиції України 14.04.2011 р. Після спливу чотирьох з половиною місяців, 29.08.2011 р., суд отримав відповідь, у якій Міністерство юстиції України повідомляє, що: "суд на підставі Європейської конвенції про інформацію щодо іноземного законодавства 1968 року має права звернутись до Міністерства юстиції Угорської Республіки з запитом про надання інформації щодо законодавства Угорської Республіки" [18]. Згодом, в цій же справі стороною було заявлено клопотання про направлення до Міністерства юстиції Угорської Республіки запиту про надання правової допомоги. Суд задовольнив це клопотання, та ухвалив: "Здійснити судовий запит до Міністерства юстиції Угорської Республіки про надання інформації, а саме з проханням надати цивільний та комерційний кодекси Угорської Республіки чи інші документи, які регламентують зобов'язальні (договірні) відносини між юридичними та фізичними особами в комерційному обороті, та які регулюють питання уступки права вимоги" [19]. На жаль, провадження у справі згодом було припинено [20], а інформація щодо надходження відповіді від Міністерства юстиції Угорської Республіки відсутня.

Ще одним яскравим прикладом зіткнення українських судів із проблемою встановлення змісту норм іноземного права може слугувати узагальнення Верховного Суду України, підготовлене суддею Верховного суду Барсуковою В. М., яке має назву "Практика розгляду судами справ, пов'язаних із позбавленням батьківських прав, поновленням батьківських прав, усиновленням, установленням опіки та піклування над дітьми". В узагальненні, зазначено, що: "Для з'ясування обсягу захисту прав дитини за іноземним правом суду необхідно встановити зміст відповідного іноземного права" [21]. В якості способів, якими можна встановити зміст, суд вказує на ст. 8 ЗУ "Про міжнародне приватне право". Верховний Суд звертає увагу на те, що рекомендація судам користуватися передбаченими способами встановлення змісту норм іноземного права вже надавалася у 2007 році. Але: "Як свідчать матеріали узагальнення, суди практично ніколи не встановлюють зміст норм іноземного права з метою з'ясувати чи забезпечується такими нормами належний обсяг захисту прав дитини" [21].

Отже, узагальнюючи вище викладене стосовно Української практики встановлення змісту норм іноземного права, можна зробити наступні висновки.

Найбільш ефективним засобом встановлення змісту норм права іноземної держави в Україні на нинішньому етапі слід вважати право осіб, які беруть участь у справі подавати документи, що підтверджують зміст норм права

іноземної держави, на які вони посилаються в обґрунтування своїх вимог або заперечень, іншим чином сприяти суду чи іншому органу у встановленні змісту цих норм. Цей засіб ледве не єдиний, яким користуються суди.

Процедура, передбачена Європейською конвенцією є в край не ефективною, оскільки не розроблено механізм реалізації Конвенції і не створено хоча б якихось умов для успішного втілення Конвенції в життя, а тому суди до такого засобу встановлення змісту норм іноземного права майже не звертаються.

Усі документи, що підтверджують зміст норм права іноземної держави, незалежно від того, як і ким вони будуть надані, мають бути перекладені українською мовою і легалізовані відповідно до закону.

У ряді випадків, коли встановлення змісту норм права іноземної держави є необхідним для правильного вирішення спору, суд ігнорує це положення, і вирішує спір на основі внутрішнього законодавства. Це особливо стосується справ про усиновлення, тобто справ, у яких вирішуються права найбільш вразливої категорії населення.

Враховуючи те, що роль українських приватних осіб на міжнародній арені різноманітних відносин у подальшому буде тільки зростати, наразі нагальною постає питання про необхідність вжиття певних заходів для виконання Європейської конвенції, що дозволить значно об'єктивніше захистити права осіб при розгляді спорів з іноземним елементом під час яких суду необхідно з'ясувати зміст норм іноземного права.

Стаття 2 Європейської конвенції про інформацію щодо іноземного законодавства передбачає, що сторона Конвенції має створити орган, який би приймав запити від інших держав, та створити орган, який би отримував запити від своїх судових органів, та спрямовував їх приймаючому органу іншої держави. Вбачається за необхідне створення на теренах України саме такого органу, який би займався обробкою запитів іноземних держав, та пересилав би відповідним органам іноземних держав запити від українських судів. Налаштування такої системи взаємодії дозволить спростити процедуру встановлення змісту норм іноземного права, та дозволить судам звертатися до цієї системи без побоювання, що справа затягнеться на невизначений час. Але реалізація такої концепції залежить не тільки від України але й від інших держав, оскільки такий орган має бути створений і належним чином функціонувати й у тій державі, до якої буде спрямовуватись запит.

Тому більш доречним, на даний момент, вважаємо створення в Україні при Міністерстві юстиції певного координаційного центру, головним завданням якого була б співпраця з різними фахівцями-експертами у галузі міжнародного приватного права та законодавств іноземних держав, яких можна було б залучати для надання експертного висновку з приводу тлумачення норм іноземного права. Для коректної роботи такого центру вбачається за необхідне створення єдиної бази даних, яка б відображала правників, яких можна залучити, їх кваліфікацію, галузь знань, щодо законодавств яких держав вони зможуть надати кваліфікований висновок, досвід роботи, можливо, рейтингову систему. Заінтересованими у подібній співпраці можуть бути науковці, що працюють в різних вищих навчальних закладах, адвокати, кваліфіковані юристи, та інші правники, які володіють необхідними знаннями. Робота центру буде мати наступний вигляд: суддя, який вважає, що для правильного вирішення справи необхідно встановити зміст законодавства іншої держави, надсилає запит до Координаційного центру, у якому цей запит оброблюється, та до співпраці залучається відповідний

експерт у цьому питанні. Експерт, дослідивши проблему, надавав би висновок одразу до відповідного суду.

Після вирішення справи по суті у суді першої інстанції виникає питання можливості перегляду рішення суду в суді вищої інстанції. Так, за правом Німеччини, тлумачення та застосування права іноземної держави не підлягає перевірці в порядку надзору у Верховному Суді Німеччини [3].

Така жорстка позиція постійно критикується вченими, які наполягають на тому, що відмова від перегляду рішень, по справах в яких застосовувалось іноземне право, в умовах зростаючої глобалізації правовідносин більше не може бути виправдана. У зв'язку з цим, в юридичній літературі зазначають, що хоча застосування судами іноземного закону і не підлягає перевірці з боку Верховного Суду Німеччини, тим не менш, є низка виключень з цього правила [3].

Х. Шак зазначає, що в межах підсудності трудових спорів можлива перевірка іноземного права, як, втім, і в добровільній підсудності. Багато виключень визнаються і в рамках цивільного процесу: наприклад, перевірці підлягає іноземне право, як тільки постане питання про відсілення ним до німецького права або зарубіжного права, що регулює визнання судових рішень [5].

Підсумовуючи викладене, зазначимо, що в Україні не передбачено окремої процедури перегляду рішень за участю іноземного елемента чи із застосуванням іноземного права. Рішення по таких справах переглядається в загальному порядку. Такий підхід нашої правової системи вважається прийнятним, оскільки дозволяє судам вищої інстанції переглянути законність такого рішення.

1. Європейська конвенція про інформацію щодо іноземного законодавства від 7 черв. 1968 р. / [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_112. 2. Елисеев Н. Г. Гражданское процессуальное право зарубежных стран : [учебник] / Н. Г. Елисеев. – [2-е изд., перераб. и доп.]. – М. : ТК Велби, Проспект, 2004. – 624 с. 3. Хоцанов Д. А. Установление содержания иностранных правовых норм в международном частном праве / Д. А. Хоцанов. – М. : Инфотропик Медиа, 2012. – 320 с. 4. Sass S. L. Foreign Law in Civil Litigation: A Comparative Survey / S. L. Sass // American Journal of Comparative Law. – 1968. – Vol. 16. – Issue 3. – P. 358–359. 5. Шак Х. Международное гражданское процессуальное право : учебник / Х. Шак. – [пер. с нем. Е. Гречишников]. – М. : БЕК, 2001. – 560 с. 6. Елисеев Н. Г. Установление содержания иностранного закона в гражданском процессе ФРГ / Н. Г. Елисеев // в кн. : Правовые аспекты осуществления внешнеэкономических связей : сб. науч. тр. – М. : Москов. гос. ин-т междунар. отношен., 1985. – С. 83. 7. International Co-Operation in Litigation: Europe / by H. Smit (Director and Editor). – The Hague, Martinus Nijhoff, 1965. – P. 189. 8. Wegen G. Qualifying, Proving and Interpreting the Law of Another Country in Litigation in Germany / G. Wegen // International Legal Practitioner. – 1996. – Vol. 21. – Issue 1. – P. 10. 9. Hausmann R. Pleading and Proof of Foreign Law – a Comparative Analysis / R. Hausmann // The European Legal Forum, 1 – 2008 / [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.simons-law.com/library/pdf/e/878.pdf. 10. Drobnig U. The Use of Foreign Law by German Courts / U. Drobnig // in: The Use of Comparative Law by Courts. – Hague; London; Boston, Kluwer Law International, 1999. – 125 p. 11. Tueller D. R. Reaching and Applying Foreign Law in West Germany: A Systemic Study / D. R. Tueller // Stanford Journal of International Law. – 1983. – Vol. 19. – Issue 1. – p. 142–143. 12. Germany's responses to the questionnaire on the treatment of foreign law / [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_pd09de.pdf. 13. Dannemann G. Establishing Foreign Law in a German Court / [Електронний ресурс] / Dannemann G. – Режим доступу : www.iuscomp.org/gla/literature/foreignlaw.htm. 14. Про міжнародне приватне право : Закон України від 23 черв. 2005 р. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2709-15>. 15. Про затвердження Положення про Міністерство юстиції України : Указ Президента України від 6 квіт. 2011 р. № 395/2011 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/395/2011>. 16. Рішення Господарського суду м. Києва від 16.07.2010 по справі № 54/259 // <http://jurportal.org/writ/10426448>. 17. Ухвала Господарського суду Київської області від 14 квіт. 2011 р. по справі № 7/027-11 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/15115328>. 18. Ухвала Господарського суду Київської області від 23 листоп. 2011 р. по справі № 7/027-11 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/19889980>. 19. Ухвала Господарського суду Київської області від 19 січ. 2012 р. по справі № 7/027-11 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/21274781>. 20. Ухвала Господарсь-

кого суду Київської області від 10 лип. 2012 р. по справі №7/027-11 / [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/25321092>. 21. Узагальнення ВСУ "Практика розгляду судами справ, пов'язаних із позбавленням батьківських прав, поновленням

батьківських прав, усиновленням, установленням опіки та піклування над дітьми" від 11 груд 2008 р. / [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/n0020700-08>.

Надійшла до редколегії 23.04.12

УДК 343.359

О. Сухачов, канд. юрид. наук

ЗЛОЧИНИ У СФЕРІ БАНКІВСЬКОГО КРЕДИТУВАННЯ

У статті розглядаються проблемні питання визначення окремих видів злочинів в сфері банківського кредитування.

Ключові слова: злочини, банківське кредитування, кредитно-фінансові ресурси, банківська сфера, кримінальна відповідальність.

В статье рассматриваются проблемные вопросы определения отдельных видов преступлений в сфере банковского кредитования.

Ключевые слова: преступления, банковское кредитование, кредитно-финансовые ресурсы, банковская сфера, уголовная ответственность.

The article examines issues determining certain types of crimes in the field of banking credit.

Keywords: crime, bank lending, financial resources, banking, criminal liability.

Банківська система в кожній країні є механізмом балансування, який регулює проведення грошово-кредитної політики, зміни в економічній політиці, запобігає кризам. У період трансформаційних перетворень економіки України банківський кредит відіграє одну з найважливіших ролей в стимулюванні відтворювальних процесів у економіці держави.

Серед сучасних проблем боротьби зі злочинністю особливо гострим залишається питання протидії неправим посяганням у сфері банківського кредитування, яке характеризується високим інтелектуальним та фаховим рівнем шахрайських дій відносно кредитних ресурсів українських банків. У зв'язку з цим постає питання щодо визначення поняття злочинів у сфері банківського кредитування та їх видів.

Дослідженням злочинності у банківській сфері, приділяли увагу в своїх працях С. М. Андросов, В. Н. Булаков, О. П. Буцан, П. С. Матишевський, Л. Г. Рябкота, В. Д. Поливанюк, Р. Л. Степанюк, С. С. Чернявський, В. В. Хиллота та інші.

Злочини у сфері банківського кредитування розглядають як окрему групу злочинів у банківській сфері, які, в свою чергу, відносяться до економічних злочинів [1, с. 118].

Сутність системи економічних злочинів докладно розкрита С. С. Чернявським [2].

У числі різного роду економічних злочинів – злочини у сфері банківського кредитування займають особливе місце, оскільки виявлення останніх визначається суттєвою специфікою та вимагає застосування і поєднання комплексу економічних і правових заходів.

На відміну від КК Російської Федерації КК України не містить статей, що прямо передбачають кримінальну відповідальність за незаконне отримання кредиту та ухилення від погашення кредиторської заборгованості.

За КК України у редакції 1960 року [3] О. П. Буцан виділяє чотири види діянь, безпосередньо спрямованих на заволодіння кредитно-фінансовими ресурсами банку, зокрема коштами кредитного фонду:

– до першої групи науковець відніс викрадення (ст. 83 (Розкрадання державного або колективного майна шляхом шахрайства), ст. 84 (Розкрадання державного або колективного майна шляхом привласнення, розтрата або зловживання посадовим становищем), ст. 86-1 (Розкрадання державного або колективного майна в особливо великих розмірах)), шахрайство з фінансовими ресурсами (ст. 148-5 (Шахрайство з фінансовими ресурсами));

– до другої групи – норм, що наряду з відповідальністю за пряме посягання на кредитні ресурси, передбачають відповідальність і за завдання побічної шкоди кредиторам (ст. 148-4 (Фіктивне підприємництво), ст. 156-2

(Приховування банкрутства), ст. 156-3 (Фіктивне банкрутство), ст. 156-4 (Доведення до банкрутства));

– до третьої групи – статті, що передбачають відповідальність за діяння, супутні безпосередньому посяганням, та не охоплюються основним складом злочину (розглядаються як засіб досягнення злочинної мети) (ст. 168 (Одержання хабара), ст. 169 (Посередництво в хабарництві), ст. 170 (Дача хабара), ст. 172 (Посадовий підлог));

– до четвертої – норми, що встановлюють відповідальність за діяння, так чи інакше пов'язані зі злочинами, що посягають на кредитні ресурси банку (ст. 165 (Зловживання владою або посадовим становищем), ст. 166 (Перевищення влади або посадових повноважень), у тому числі й вчинені з необережності (ст. 167 (Халатність))) [4, с. 25–26].

С. С. Чернявський також вважає, що злочинна діяльність у сфері банківського кредитування являє собою складну сукупність різних за своєю природою кримінально-караних дій. Відповідно до КК України в редакції 2001 року [5] він виділяє чотири основні групи злочинів у сфері банківського кредитування, що визначають, на його думку, відповідні напрями протидії криміналізації у цій сфері:

1) злочини, безпосередньо спрямовані на незаконне одержання банківських кредитів ("основні") – (ст. 190 (Шахрайство), ст. 191 (Привласнення, розтрата майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем), ст. 192 (Заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою), ст. 222 (Шахрайство з фінансовими ресурсами));

2) злочини економічного спрямування, що передбачають відповідальність за заподіяння непрямої шкоди кредиторам або виступають способами підготовки, вчинення та приховування перших (ст. 202 (Порушення порядку зайняття господарською та банківською діяльністю), ст. 205 (Фіктивне підприємництво), ст. 207 (Ухилення від повернення виручки в іноземній валюті), ст. 208 (Незаконне відкриття або використання за межами України валютних рахунків), ст. 209 (Легалізація (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом), ст. 218 (Фіктивне банкрутство), ст. 219 (Доведення до банкрутства), ст. 220 (Приховування стійкої фінансової неспроможності), ст. 221 (Незаконні дії у разі банкрутства));

3) інші злочини, які сприяють досягненню основного злочинного результату (ст. 200 (Незаконні дії з документами на переказ, платіжними картками та іншими засобами доступу до банківських рахунків, обладнанням для їх виготовлення), ст. 357 (Викрадення, привласнення, вимагання документів, штамтів, печаток, заволодіння ними шляхом шахрайства чи зловживання службовим становищем або їх пошкодження), ст. 358

(Підроблення документів, печаток, штампів та бланків, їх збут, використання підроблених документів), ст. 361 (Незаконне втручання в роботу електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), систем та комп'ютерних мереж), ст. 362 (Викрадення, привласнення, вимагання комп'ютерної інформації або заволодіння нею шляхом шахрайства чи зловживання службовим становищем), ст. 363 (Порушення правил експлуатації автоматизованих електронно-обчислювальних систем));

4) злочини, пов'язані з протиправною діяльністю службових осіб (ст. 365 (Перевищення влади або службових повноважень), ст. 366 (Службове підроблення), ст. 367 (Службова недбалість), ст. 368 (Одержання хабара), ст. 369 (Давання хабара), ст. 370 (Провокація хабара)) [2, с. 11].

Р. Л. Степанюк до злочинів у сфері банківського кредитування відносить: шахрайське одержання банківського кредиту (ст. 190 КК України), привласнення кредитних банківських ресурсів (ст. 191 КК України), шахрайство з фінансовими ресурсами (ст. 222 КК України) [1, с. 118].

Проте, при визначенні злочинів у сфері банківського кредитування як окремого виду злочинів, на нашу думку, слід виходити з об'єкту та предмету злочинного посягання у цій сфері.

Такий підхід дозволить визначити власне злочини у сфері банківського кредитування (основні злочини цієї сфери) та злочини, супутні їм.

Для визначення об'єкта злочинного посягання у сфері банківського кредитування слід детально розглянути сутність правовідносин у цій сфері.

Дослідники відмічають, що найпоширенішою підставою виникнення кредитних правовідносин є кредитні договори (угоди). Підставами виникнення кредитних правовідносин можуть бути також адміністративні акти, та, як правило, вони породжують кредитні зобов'язання в юридичному складі з договорами [6, с. 10].

Л. Г. Рябко розмежовує поняття об'єкту кредитування та об'єкту правовідношення. Об'єкт кредитування, на його думку, – це витрати, потреби, кредитування яких не заборонене законом. Водночас, ці витрати на виробничі процеси або передачу-отримання грошових коштів не можна вважати об'єктом кредитного правовідношення. Витрати не залежать від наявності правовідносин, ці потреби задовольняються за рахунок різних джерел, не тільки кредитів, а дії сторін є засобом реалізації змісту кредитного правовідношення, а не їх об'єктом. Об'єктом кредитного правовідношення виступає позиковий капітал, який при відособленні від промислового втілюється в грошовій формі, або, зливаючись із промисловим з метою прискорення реалізації товарів (і втіленого в них прибутку), виступає в товарній формі [6, с. 12].

Таким чином, характерні риси правовідносин у сфері банківського кредитування можна визначити:

- суб'єктами правовідносин є банк-кредитор і позичальник;
- об'єктом кредитного правовідношення виступає позиковий капітал, який втілюється в грошовій формі;
- основу змісту кредитних правовідносин складає повернення суми грошових коштів або матеріальних цінностей;
- позиковий капітал стає кредитом після надходження його, відповідно до кредитної угоди, в розпорядження позичальника;
- кошти, правомірно одержані суб'єктом господарювання як кредити, переходять у його власність з моменту їх фактичного отримання.

Водночас, дослідники відмічають, що відсутність повернення кредиту спричиняє переродження природи

відносин – перетворення в безповоротне фінансування, дотації тощо [6, с. 9].

С. М. Андросов вказує, що протиправні посягання на кредитно-фінансову сферу (дисциплінарні, адміністративні, фінансові проступки, кредитно-банківські злочини, цивільні правопорушення) так чи інакше тісно пов'язані з порушенням господарського кредитно-банківського зобов'язання [7, с. 8]. Тобто, ознаки злочинів у сфері банківського кредитування пов'язані саме з порушенням господарських кредитно-банківських зобов'язань – порушенням умов кредитного договору.

Нами пропонується при розгляді злочинів у сфері банківського кредитування використовувати два підходи:

– у вузькому розумінні – це злочини, що безпосередньо посягають на кредитні відносини, і предметом яких є кредит – основні злочини цієї сфери;

– у широкому розумінні – це злочини, що посягають на відносини кредитного процесу, – основні злочини цієї сфери та злочини, що є способами вчинення основних (супутні).

До основних злочинів у сфері банківського кредитування, на нашу думку, слід віднести протиправні діяння, передбачені КК України [5], що посягають на кредитні відносини шляхом обману або зловживання довірою, а саме:

- ст. 190 (Шахрайство);
- ст. 192 (Заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою);
- ст. 222 (Шахрайство з фінансовими ресурсами).

Статтею 190 КК України передбачено кримінальну відповідальність за заволодіння чужим майном або придбання права на майно шляхом обману чи зловживання довірою (шахрайство). Кваліфікованими видами шахрайства є: шахрайство, вчинене повторно, або за попередньою змовою групою осіб, або таке, що завдало значної шкоди потерпілому; шахрайство, вчинене у великих розмірах, або шляхом незаконних операцій з використанням електронно-обчислювальної техніки; шахрайство, вчинене в особливо великих розмірах або організованою групою.

Як правило, обман полягає у повідомленні потерпілому правдивих відомостей або приховуванні певних відомостей, повідомлення яких мало б суттєве значення для поведінки потерпілого, з метою введення в оману потерпілого. Крім того, обман може виражатися й у певних діях (підміна предмету, його фальсифікація тощо) Зловживання довірою полягає у недобросовісному використанні довіри з боку потерпілого: для заволодіння чужим майном чи правом на нього винний використовує особливі довірчі стосунки, які склалися між ним і власником чи володільцем майна [8, с. 439–440].

Даною статтею також передбачений такий спосіб вчинення злочину, як обман шляхом незаконних операцій з використанням електронно-обчислювальної техніки (ч. 3 ст. 190 КК України).

Якщо для шахрайського заволодіння кредитними коштами було використано створену або придбану юридичну особу – фіктивний суб'єкт підприємництва, дії винного слід кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених ст.ст. 190 та 205 КК України [8, с. 550].

Статтею 192 КК України передбачено кримінальну відповідальність за заподіяння значної майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою за відсутності ознак шахрайства. Кваліфікованим видом даного діяння є його вчинення за попередньою змовою групою осіб, або такого, що заподіяло майнову шкоду у великих розмірах. При цьому, майнова шкода визнається значною, якщо вона у п'ятдесят і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян, а у ве-

ликих розмірах – така, що у сто і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

У протиправних діях, відповідальність за які передбачена ст. 192 КК України, має місце так звана непередача належного – винний отримує майнову вигоду шляхом використання майна, яке мало перейти у власність тієї чи іншої особи.

Заподіяння майнової шкоди, відповідальність за яке передбачено ст. 192 КК України, охоплює:

- неправомірне неповернення чи несвоєчасне повернення власнику грошових коштів, що позбавляє власника можливості використовувати їх за власним бажанням і отримати певний дохід;

- отримання кредитів з використанням при цьому пілг, на які винна особа не мала права [8, с. 446].

Слід враховувати, що особливості суспільно небезпечних наслідків злочину, передбаченого ст. 192 КК України, є те, що майнову шкоду становлять не лише прямі збитки (витрати) власника майна, а й неодержані власником кошти [8, с. 447].

Статтею 222 КК України передбачено кримінальну відповідальність за надання громадянином-підприємцем або засновником чи власником суб'єкта господарської діяльності, а також службовою особою суб'єкта господарської діяльності завідомо неправдивої інформації органам державної влади, органам влади Автономної Республіки Крим чи органам місцевого самоврядування, банкам або іншим кредиторам з метою одержання субсидій, субвенцій, дотацій, кредитів чи пілг щодо податків у разі відсутності ознак злочину проти власності. Кваліфікованим видом даного діяння є вчинення його повторно або завдання в результаті його вчинення великої матеріальної шкоди.

У диспозиції ст. 222 КК України визначено спосіб злочинної поведінки – надання завідомо неправдивої інформації, під яким дослідники розуміють обман держави або кредиторів, який набуває письмової форми і супроводжується використанням підроблених або іншим чином сфальсифікованих документів [8, с. 549].

З об'єктивної сторони, шахрайство з фінансовими ресурсами характеризується активними діями осіб, спрямованими на незаконне одержання дотації, субсидії, субвенції, кредиту або пілг по податках шляхом обману (неправдивої інформації) державних органів, окремих фондів, чи підприємств інших кредитних установ або окремих громадян, що здійснюють таку допомогу за рахунок особистих коштів [9, с. 210].

Об'єктом злочину, передбаченого ст. 222 КК України, є встановлений законодавством порядок кредитування, зняттям – документи, які надаються позичальниками банкам і в яких можуть міститися неправдиві дані [8, с. 549].

Складом злочину, передбачено ст. 222 КК України, охоплюються також ситуації, в яких нецільове використання кредиту заздалегідь планувалося особою, яка бажала спочатку заробити на кредитних коштах, а потім використати позичку на цілі, передбачені кредитним договором. Нецільове використання кредиту може полягати у: внесенні коштів на депозит і отриманні за ним відсотків; придбанні нерухомості та іншого майна, що не має відношення до цілі, вказаної у кредитному договорі: переведенні кредитних коштів у готівку і використанні їх на власні потреби; погашенні інших отриманих раніше кредитів [8, с. 550].

Слід враховувати, що головними критеріями розмежування злочинів, передбачених статтями 190 і 222 КК України, є спрямованість умислу на момент його виникнення. У разі шахрайства з фінансовими ресурсами умисел винного спрямований на тимчасове отримання

кредитних коштів з наступним, можливо, несвоєчасним їх поверненням. У разі шахрайства винна особа укладає кредитний договір лише для того, щоб приховати злочинний характер своїх дій, спрямованих на безоплатне заволодіння чужим майном [8, с. 552].

Таким чином, шахрайство з фінансовими ресурсами у сфері банківського кредитування, пов'язане з посяганням певних осіб на кредитні кошти, – їх незаконне одержання або ухиляння від їх повернення.

Шахрайське одержання кредиту ґрунтується на поданні до банку завідомо неправдивої інформації при укладанні кредитного договору. Якщо позичальник уже при оформленні кредиту має на меті не повертати його, тут має місце намір на заволодіння майном або придбання права на нього вже в момент учинення цих дій (ст. 190 КК України). У разі ж відсутності такого наміру має місце шахрайство з фінансовими ресурсами (ст. 222 КК України).

Крім того, слід погодитися з думкою В. Бурлакова, який розглядає злочини у сфері банківського кредитування як один із видів злочинів у сфері кредитно-грошових відносин, до яких він також відносить злочини при здійсненні розрахункових операцій, злочини при проведенні вкладних операцій; злочини при проведенні інших банківських і господарських операцій; фальшивомонетництво [10].

Окрему групу в сукупності злочинів у сфері банківського кредитування становлять злочини, пов'язані з електронними розрахунками з використанням кредитних платіжних карток. Статистика органів внутрішніх справ України свідчить про те, що річний приріст "карткових" злочинів становить 35–40 % [11].

Відповідно до КК України до злочинів у сфері банківського кредитування, пов'язаних із використанням платіжних карток, слід віднести: шахрайство, вчинене шляхом незаконних операцій з використанням електронно-обчислювальної техніки (ч. 3 ст. 190 КК України); незаконні дії з документами на переказ, платіжними картками та іншими засобами доступу до банківських рахунків, обладнанням для їх виготовлення (ст. 200 КК України); несанкціоноване втручання в роботу електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), автоматизованих систем, комп'ютерних мереж чи мереж електронного зв'язку (ст. 361 КК України) [5].

Платіжна картка може розглядатися як предмет злочинного посягання виключно у ролі або засобу для переказу коштів, або носія інформації, що забезпечує переказ коштів. Водночас, платіжні картки можуть бути й знаряддям (засобом) учинення шахрайств у сфері банківського кредитування.

На підставі проведеного аналізу, з урахуванням законодавчого визначення банківського кредиту та його принципів, можна сформулювати визначення злочинів у сфері банківського кредитування – це передбачені КК України суспільно небезпечні, кримінально карані, винні діяння визначених законом суб'єктів кредитних відносин, що посягають на грошово-кредитну політику держави та безпосередньо направлені на порушення права власності банку на грошові кошти, або на встановлені законодавством принципи кредитування, шляхом протиправного отримання у тимчасове користування фінансових ресурсів банку на умовах забезпеченості, строковості, платності, повернення та цільового використання.

Переважає більшість злочинів у сфері банківського кредитування являє собою множинну діянь, що кваліфікуються у відповідних випадках за сукупністю економічних та інших, суміжних з ними, злочинів [12]. Тому, слід розрізняти злочини у сфері банківського кредитування,

та злочини, пов'язані з ними, – супутні злочини, які виступають як спосіб учинення основних злочинів.

До супутніх злочинів у сфері банківського кредитування слід віднести такі діяння, передбачені КК України [5]: привласнення, розтрата майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем (ст. 191); незаконні дії з документами на переказ, платіжними картками та іншими засобами доступу до банківських рахунків, обладнанням для їх виготовлення (ст. 200); порушення порядку зайняття господарською та банківською діяльністю (ст. 202); фіктивне підприємництво (ст. 205); ухилення від повернення виручки в іноземній валюті (ст. 207); незаконне відкриття або використання за межами України валютних рахунків (ст. 208); легалізація (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом (ст. 209); фіктивне банкрутство (ст. 218); доведення до банкрутства (ст. 219); приховування стійкої фінансової неспроможності (ст. 220); незаконні дії у разі банкрутства (ст. 221); викрадення, привласнення, вимагання документів, штампів, печаток, заволодіння ними шляхом шахрайства чи зловживання службовим становищем або їх пошкодження (ст. 357); підроблення документів, печаток, штампів та бланків, їх збут, використання підроблених документів (ст. 358); несанкціоноване втручання в роботу електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), автоматизованих систем, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку (ст. 361); несанкціоновані дії з інформацією, яка оброблюється в електронно-обчислювальних машинах (комп'ютерах), автоматизованих системах, комп'ютерних мережах або зберігається на носіях такої інформації, вчинені особою, яка має право доступу до неї (ст. 362); зловживання владою або службовим становищем (ст. 364); перевищення влади або службових повноважень (ст. 365); службове підроблення (ст. 366); службова недбалість (ст. 367); одержання хабара (ст. 368); давання хабара (ст. 369).

Крім того, слід враховувати, що виготовленню підроблених платіжних карток та їх використанню передують ряд інших протиправних дій, які мають ознаки складів окремих злочинів. Можна виділити незаконний збір інформації про реквізити справжніх платіжних карток і стан картокових рахунків їх держателів, який можна кваліфікувати за наступними статтями КК України: ст. 231 (Незаконне збирання з метою використання або використання відомостей, що становлять комерційну таєм-

ницю); ст. 232 (Розголошення комерційної таємниці); а в окремих випадках можлива додаткова кваліфікація за КК України: за ст. 358 (Підроблення документів, печаток, штампів та бланків, їх збут, використання підроблених документів) – при підробленні та використанні посвідчень на ім'я держателя картки; за ст. 359 (Незаконне використання спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації) – при використанні технічного обладнання для скімінгу (копіювання вмісту магнітної стрічки), зняття інформації з каналів банкоматного зв'язку тощо.

1. Степанюк Р. Л. Особливості взаємодії при виявленні та розслідуванні злочинів у банківській сфері: п. 2.1 / Р. Л. Степанюк // Взаємодія при розслідуванні економічних злочинів: [монографія] / [А. Ф. Волобуєв, І. М. Осика, Р. Л. Степанюк та ін.]. – Х.: "Курсор", 2009. – С. 117–131.
2. Чернявський С. С. Методика розслідування злочинів у сфері банківського кредитування: автореф. дис. на здобуття вченого ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 "Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза" / С. С. Чернявський. – К., 2001. – 309 с. 3. Кримінальний кодекс від 28 груд. 1960 р. / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?page=1&nreg=2001-05>.
4. Буцан О. П. Криміналістическая характеристика и основные положения расследования преступлений, совершаемых посредством кредитных банковских операций: дис. на соискание учен. степени канд. юрид. наук: 12.00.09 / Олег Петрович Буцан. – Харьков, 1995. – 210 с. 5. Кримінальний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 25–26. – Ст. 131. 6. Рябко Л. Г. Правове регулювання кредитних відносин по законодавству України: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.07 "Теорія управління; адміністративне право і процес; фінансове право" / Л. Г. Рябко. – Харків, 2002. – 20 с. 7. Андросов С. М. Забезпечення виконання господарських зобов'язань у сфері банківського кредитування: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.04 "Господарське право, господарсько-процесуальне право" / С. М. Андросов. – Донецьк, 2008. – 18 с. / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://dysertaciya.org.ua/dysertaciya_1_652.html.
8. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / [за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка]. – [3-тє вид., переробл. та доповн.] – К.: Атіка, 2004. – 1056 с. 9. Матышевский П. С. Преступления против собственности и смежные с ним преступления / Матышевский П. С. – К.: Юринком, 1996. – 232 с. 10. Бурлаков В. Н. Преступность в кредитно-денежной сфере / В. Н. Бурлаков // Криминология XX век; глава 12 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.gumer.info/bibliotek/Buks/Pravo/burlak/12.php>.
11. Поливанюк В. Д. Особливості розслідування злочинів, вчинених у банківській системі України з використанням сучасних інформаційних технологій: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 "Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза" / В. Д. Поливанюк. – К., 2008. – 16 с. 12. Хилота В. В. Криминалистические проблемы расследования мошенничества в сфере банковской деятельности: автореф. дис. на соискание ученой степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 "Уголовный процесс и криминалистика; судебная экспертиза" / В. В. Хилота. – Минск, 2004. – 22 с.

Надійшла до редколегії 12.04.12

УДК 657.1:347.2

О. Орлова, здобувач

ПОНЯТТЯ ТА ЕЛЕМЕНТИ ГОСПОДАРСЬКОГО ОБЛІКУ, ЇХ ВЗАЄМОЗВ'ЯЗОК

Статтю присвячено дослідженню правового регулювання господарського обліку, його елементів та їх взаємозв'язку. Визначено поняття господарського обліку, його завдання, а також вимоги до нього як єдиної облікової системи. Виконано аналіз відповідного нормативного забезпечення ведення господарського обліку, внесено пропозиції щодо його вдосконалення.

Ключові слова: облік, господарський облік, оперативний облік, статистичний облік, бухгалтерський облік.

Статья посвящена исследованию правового регулирования хозяйственного учета, его элементов и их взаимосвязи. Определено понятие хозяйственного учета, его задания, а также требования к нему как к единой учетной системе. Выполнен анализ соответствующего нормативного обеспечения ведения хозяйственного учета, внесены предложения относительно его усовершенствования.

Ключевые слова: учет, хозяйственный учет, оперативный учет, статистический учет, бухгалтерский учет.

The paper deals with the legal regulation of economic accounting, the elements and their relationship. The concept of economic accounting is defined, as well as its task, and claims to it as a single accounting system. The analysis of the appropriate normative support of economic accounting is carried out and suggestions for its improvement are made.

Keywords: accounting, economic accounting, operative account, statistical accounting, accounting.

Ще з давніх-давен суспільство користувалося певними методами обліку та контролю. В період первісно-общинного ладу його підставою був страх людства перед стихіями природи, який змушував створювати від-

повідні запаси їжі, знаряддя для полювання та обробки добутих продуктів, а отже, якось обліковувати все це. Зрозуміло, що такого роду облік міг бути тільки дуже примітивним (зарубки на паличках, вузлики, схематичні

позначки на дощечках тощо), а дані, отримані внаслідок такого обліку, мали суто оперативний, а подекуди й випадковий характер. Важливим є те, що лише з появою держави, розвитком писемності, відкриттям перших правил арифметики, облік стає системою. На сьогоднішньому етапі розвитку державності об'єктом особливої уваги є господарська діяльність, основу якої становить виробництво матеріальних благ. Для нормального функціонування будь-якої ланки економіки необхідно, щоб суб'єкти господарювання мали правдиву, об'єктивну інформацію про стан матеріальних та фінансових ресурсів. Таку інформацію і дає господарський облік, який не тільки відображає реальні господарські процеси, а й активно впливає на них.

У економічній, фінансовій та обліковій літературі до визначення поняття, змісту, завдань, елементів та/або видів господарського обліку звертались такі автори, як: Л. Г. Ловінська, О. І. Васюта-Беркут, А. М. Кузьмінський, А. Г. Загородній, Г. О. Партин та ін. З прийняттям та набранням чинності ГК України, *обов'язок ведення господарського (оперативного, бухгалтерського обліку, складання статистичної інформації) обліку та складання звітності передбачено ч. 8 ст. 19*. Однак, господарсько-правовому аспекту вказаної проблематики все ще приділяється надзвичайно мало уваги в правових наукових джерелах, чим і зумовлюється потреба проведення даного дослідження.

Метою цієї публікації, відповідно, є визначення поняття господарського обліку, його завдань, а також вимог до нього як єдиної облікової системи, елементів та їх взаємозв'язку, аналіз відповідного нормативного забезпечення ведення господарського обліку, внесення пропозицій щодо його вдосконалення.

Господарський облік – це облік, що відображає процеси, пов'язані з господарською діяльністю. **Господарський облік** – це спостереження, сприймання, вимірювання та реєстрація господарських фактів, тобто реальних засобів господарювання (об'єктів нерухомості, обладнання) та/або реальних процесів господарювання (виконання роботи, надання послуги, виготовлення виробу тощо). Іншими словами, **господарський облік** – це облік господарської діяльності суб'єкта господарювання, виробництва, реалізації та розподілу матеріальних благ, необхідних для задоволення господарських потреб. **Господарський облік**, як свідчить сама назва, це облік господарювання, облік господарської діяльності як окремого суб'єкта господарювання, так і їх сукупності, що включає в себе виробництво, реалізацію та розподіл матеріальних благ, необхідних для задоволення відповідних потреб. Різні автори, щоправда, наводять різні визначення поняття господарського обліку. Так, за визначенням Л. Г. Ловінської, Л. Г. Сук, П. Л. Сук та ін., *господарський облік* – це кількісне відображення і якісна характеристика господарської діяльності з метою контролю та управління нею [1, 75; 6, 82-83]. Г. І. Мойсеєнко схожим чином визначає *господарський облік*, як кількісне відображення і якісну характеристику господарських явищ з метою контролю та управління ними [2]. На думку О. І. Васюта-Беркут, *господарський облік* – це облік господарської діяльності підприємства, суспільства, виробництва, реалізації та розподілу матеріальних благ, необхідних для задоволення матеріальних потреб [3]. Натомість такі автори, як А. М. Кузьмінський та Ю. А. Кузьмінський вважають, що *господарський облік* – це спосіб кількісного відображення і якісної характеристики господарської діяльності підприємства [4, 9-11]. А. Г. Загородній, Г. О. Партин трактують *господарський*

облік як облік господарської діяльності підприємства та суспільства загалом, тобто як спостереження, сприйняття, вимірювання та реєстрацію господарських фактів і явищ (верстат, будівля, споруда тощо) та господарських процесів (виготовлення продукції, виконання робіт, надання послуг, реалізація, розподіл фінансових результатів тощо) [7; 5]. Загалом же, аналіз літературних джерел дозволяє виділити наступні підходи до господарського обліку: а) як кількісного відображення і якісної характеристики господарської діяльності; б) як способу кількісного відображення і якісної характеристик господарської діяльності підприємства; в) як обліку господарської діяльності підприємства; г) як кількісного відображення і якісної характеристики господарських явищ.

З викладеного вбачається, що поняття господарського обліку є дослідженим в економічній науці, а тим більше в правовій, недостатньо. Аналіз праць різних вчених дозволяє констатувати неоднозначність визначення поняття господарського обліку, наявність різнорідних, подекуди суперечливих підходів до розуміння його сутності, змісту. Водночас, зміст тих чи інших понять має досить суттєве значення у будь-якому науковому дослідженні та практиці господарювання. Поняття вживаються саме у тому розумінні, як вони інтерпретуються їх користувачами. Якщо зміст певного поняття для різних користувачів є різним, то немає повного розуміння між тими, хто вживає ці поняття і хто їх сприймає. У цьому плані семантика мови має вагомое значення. Одним із таких понять є поняття "господарський облік". Однозначне визначення цього поняття на законодавчому рівні відсутнє, а різні автори вкладають у нього різний зміст.

Спільним практично для всіх визначень поняття "господарський облік" є присутність словосполучення "господарська діяльність". *Господарською*, в свою чергу, є *діяльність суб'єктів господарювання у сфері суспільного виробництва, спрямована на виготовлення та реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру, що мають цінову визначеність* (ст. 3 ГК України). Звідси до ознак господарської діяльності належать наступні: а) вона здійснюється суб'єктами господарювання або негосподарюючими суб'єктами (відповідно до ч. 3 ст. 3 ГК України, діяльність негосподарюючих суб'єктів, спрямована на створення і підтримання необхідних матеріально-технічних умов їх функціонування, що здійснюється за участі або без участі суб'єктів господарювання, є господарчим забезпеченням діяльності негосподарюючих суб'єктів); б) сферою її провадження є сфера суспільного виробництва; в) спрямованість діяльності на виготовлення та реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг; г) її результати мають вартісний характер і цінову визначеність. *Господарська діяльність* складається з *господарських процесів*, котрі, в свою чергу, поділяються на *господарські операції*. Так, наприклад, на виробничому підприємстві характерні операції із закупівлі сировини складають у своїй сукупності процес заготівлі; операції з виготовлення із сировини та інших матеріалів певних виробів утворюють процес виробництва; операції з продажу вироблених виробів належать до складу процесу реалізації. Основними стадіями кругообігу господарських засобів є такі процеси: постачання (купівлі), виробництва (витрачання/зберігання), реалізації (продажу). Самі господарські процеси в узагальненому вигляді – це взаємодія трьох складових: засобів праці (будівлі, обладнання, інструменти), предметів праці (сировина, матеріали, паливо, енергія), живої праці (робоча сила) [10, 112-115]. *Господарські процеси*

мають дуалістичну природу. З однієї сторони, вони представлені господарюючими суб'єктами, які їх здійснюють, а з іншого – ресурсами, які залучені в ці процеси і складають їх матеріальну основу. Дуалістична природа господарських процесів зумовлює й дуалістичну природу бухгалтерського обліку: правову природу бухгалтерського обліку, яка пов'язана також з контролем щодо діяльності господарюючих суб'єктів, та економічну природу, яка пов'язана з контролем щодо ефективності використання ресурсів. У результаті економічна сторона бухгалтерського обліку розкриває ефективність господарських процесів та явищ, а правова – законність та доцільність відповідних дій. Цим бухгалтерський облік встановлює зв'язок між економікою та правом у процесі здійснення господарської діяльності. Поняття "*господарської операції*" отримало нормативне закріплення в ст. 1 Закону України від 01.07.1999 р. "Про бухгалтерський облік та фінансову звітність в Україні", де *господарською операцією* визначено як дію або подію, що викликала зміни у структурі активів і зобов'язань, власному капіталі підприємства. Наведене визначення розроблено виключно для цілей бухгалтерського обліку та фінансової звітності суб'єктів господарювання, адже зміни у структурі їх активів можуть бути викликані подіями, що жодним чином не пов'язані з суспільним відтворенням. *Господарська операція*, у вузькому розумінні – це комплекс дій господарюючого суб'єкта, що орієнтовані на вирішення конкретного завдання в межах загальної господарської мети діяльності такого суб'єкта. За вказаним підходом під *господарською операцією* розуміється вольовий акт (спільний вольовий акт), вчинений у межах однієї з трьох стадій суспільного відтворення – виробництва, розподілу, обміну. Всі господарські операції суб'єкта господарювання є окремими фрагментами його загальної господарської діяльності незалежно від того, чи утворюють вони безпосередній предмет його діяльності. У широкому розумінні *господарська операція* трактується не лише як вольова дія, але й як подія, яка викликає зміни в структурі активів, зобов'язань та власному капіталі суб'єкта господарювання. За цим підходом більшість господарських операцій є наслідком вольових дій юридичних та фізичних осіб – учасників господарських відносин, які укладають угоди, здійснюють технологічні операції тощо [11, 182-211]. Разом із тим, господарські операції можуть мати місце в результаті певних подій, скажімо явищ реальної дійсності, що трапляються незалежно від волевиявлення суб'єкта господарювання (стихійне лихо, моральний знос, інфляційний вплив тощо). Ознакою господарської операції є те, що якісно відрізняє її від інших операцій і разом з тим дає можливість групувати однорідні господарські операції, наприклад, операції з реалізації продукції можуть відрізнятися залежно від умов поставок і покупців. Показники господарської операції забезпечують кількісну характеристику операції з допомогою відповідних вимірників (натуральних, трудових, грошових) [4, 15-18]. Отже, господарські операції в сукупності складають господарські процеси, які загалом формують кругообіг засобів господарювання (капіталу) відповідного господарюючого суб'єкта.

У ряді визначень господарського обліку присутнє словосполучення "якісна характеристика господарської діяльності (явищ)". Водночас, не можна вважати обліком виключно якісну характеристику господарської діяльності. Її можна отримати насамперед з аналізу даних бухгалтерського обліку, якщо це стосується економічної інформації чи шляхом співставлення поставлених цілей

і досягнутих результатів, або ж шляхом аналізу структурних зрушень тощо. Співставлення поставлених цілей і досягнутих результатів та аналіз структурних зрушень стосується як економічної, так й іншої інформації, що накопичується в процесі господарської діяльності. Одні автори під господарських обліком розуміють лише облік на підприємстві [11; 4], інші – й у суспільстві [3; 7]. Однак, у зв'язку з тим, що господарська діяльність є діяльністю передусім суб'єктів господарювання, а не суспільства в цілому, у визначенні господарського обліку недоречним видається вживання сполучення "у суспільстві". Окремі автори [8] поняття господарського та бухгалтерського обліку ототожнюють. Л. Г. Ловінська та ін. [6] взагалі дають визначення господарського обліку, яке по суті співпадає із загальноприйнятим визначенням внутрішньогосподарського (управлінського) обліку. Частина авторів [2; 6; 1] у визначенні господарського обліку наводить і його мету – контроль за господарською діяльністю та управлінням нею. О. І. Васюта-Беркут та ін. [3] метою господарського обліку вважають задоволення матеріальних потреб. Але ж господарська діяльність спрямована не завжди лише на задоволення матеріальних потреб, – вона може бути спрямована на досягнення різноманітних економічних та/або соціальних результатів. Тобто, включення до визначення господарського обліку його мети не дозволяє відмежувати його від бухгалтерського обліку. Загалом же, критичний аналіз існуючих визначень поняття "господарський облік" дозволяє зробити висновок про їх недостатню конкретність. У зв'язку з цим заслуговує на увагу визначення *господарського обліку*, запропоноване В. С. Лень [9, 65] – це фіксування фактів, пов'язаних з діяльністю суб'єкта господарювання, а також необхідних для її забезпечення, для надання інформації зовнішнім і внутрішнім користувачам, згідно із законом та внутрішніми правилами для прийняття управлінських рішень.

У найбільш загальному вигляді облік – це реєстрація фактів. Факт (від лат. *factum*) – зроблено, дійсна подія, явище, випадок. Якщо говорити про господарську діяльність, то вона завжди супроводжується певними подіями. Частина цих подій належать до господарських операцій, а тому знаходять своє відображення в системі рахунків бухгалтерського обліку. Інформація про господарські операції використовується для складання фінансової та податкової звітності, а також для управління господарюючим суб'єктом. Накопичується суб'єктом господарювання й інша внутрішня та зовнішня інформація необлікового характеру, зокрема про кадровий склад та його рух, наукова, технічна, технологічна, про стан та вплив на економічне середовище, нормативно-правового характеру тощо. Ця інформація також використовується господарюючим суб'єктом для управління у тій мірі, в якій вона впливає на показники господарювання. Частина цієї інформації у плановому порядку включається до статистичної звітності суб'єкта господарювання окремо, або в сукупності з економічною інформацією.

Діяльність кожного суб'єкта господарювання вимагає планування, управління та контролю. Здійснення у різноманітних формах державного регулювання економікою, господарською діяльністю суб'єктів господарювання різних форм власності і всім народним господарством країни в цілому, вимагає наявності відомостей про господарську діяльність кожного господарюючого суб'єкта: розміри й склад його засобів господарювання, оборотних коштів, розвиток окремих галузей економіки тощо. Всі ці відомості можуть бути одержані завдяки господарському обліку. Отже, *метою господарського обліку* є адекватне відо-

браження фактів господарської діяльності, надання повної і правдивої інформації для прийняття рішень.

Господарський облік, аби бути ефективним повинен відповідати певним вимогам, найважливішими з яких є: 1) *порівнянність показників обліку з показниками плану*, – вона необхідна для контролю за виконанням планових завдань і для отримання даних для планування (облікові та планові показники повинні бути порівнюваними за методами обчислення і за обсягом); 2) *своєчасність обліку*, що є особливо важливим для оперативного управління виробництвом (оперативна робота кожного суб'єкта господарювання вимагає мати станом на початок кожного робочого дня відомості про залишки матеріалів, обсяги випущеної та/або реалізованої продукції тощо); 3) *точність і правдивість інформації*, тобто інформація повинна бути достовірною (приписки, зміна з корисливою метою відомостей, кількісних та/або якісних характеристик щодо предметів збуту тощо, спотворюють реальну картину, що в кінцевому рахунку призводить до прийняття помилкових управлінських рішень); 4) *повнота обліку*, яка забезпечується реєстрацією всіх господарських операцій; 5) *економічність обліку* означає, що при чіткій організації витрати на його ведення повинні бути мінімальними (наприклад, комп'ютеризація обліку).

Єдина національна система господарського обліку забезпечується трьома нерозривно пов'язаними між собою складовими: оперативним, статистичним та бухгалтерським обліком, кожен з яких згадується й у ст. 19 ГК України, ч. 8 якої вказує на обов'язок суб'єктів господарювання здійснювати *первинний (оперативний) та бухгалтерський облік* результатів своєї роботи, складати *статистичну інформацію*, а також надавати відповідно до вимог закону фінансову звітність та статистичну інформацію щодо своєї господарської діяльності, інші дані, визначені законом. Що правда, в економічній літературі оперативний, бухгалтерський та статистичний облік розглядаються переважно як самостійні види господарського обліку. Однак, вважаємо, що більш правильним буде розглядати кожен з них не як окремих та самостійний вид обліку, а саме як елемент, структурну складову єдиної системи господарського обліку. Система загалом, як і національна облікова система зокрема, є комплексом взаємодіючих елементів. Критеріальна властивість елемента – це необхідна й безпосередня участь у створенні системи. Власне, поняття "підсистема" й було виробленим для аналізу складноорганізованих систем, що здатні до саморозвитку, коли між елементами та системою є "проміжні" комплекси, більш складні, ніж просто елемент, та менш складні, ніж сама система. Вони поєднують у собі різні складові (елементи) системи, й у своїй сукупності здатні до виконання єдиного завдання системи. Будучи елементом системи, підсистема, в свою чергу, виявляється системою по відношенню до елементів, що її складають. Аналогічним є і співвідношення між поняттями "система" та "елемент": вони, так би мовити, переходять один в одного. Інакше кажучи, система та елемент відносні, оскільки кожна система має й свою структуру – сукупність сталих відносин та зв'язків між елементами системи. За своєю значимістю для системи зв'язки елементів, навіть сталі, не є однаковими: одні є несуттєвими, інші – суттєвими, закономірними. Структура, передусім – це закономірні зв'язки елементів. Природа та кількість елементів зумовлюють спосіб (структуру) їх взаємозв'язків. Одні елементи детермінують одну структуру, інші –

іншу. Елементи – матеріальні носії зв'язків та відносин, що складають структуру системи. Отже, якісні характеристики системи визначаються, по-перше, елементами (їх природою, властивостями, кількістю) та, по-друге, структурою, тобто їх зв'язком, взаємодією. Немає й, мабуть, не може бути "чистих" структур у матеріальних системах (вони можливі лише у теорії), як не може бути й "чистих" елементів. Матеріальні системи за своєю суттю є єдністю елементів і структури.

Оперативний облік (його ще інакше називають *первинним, оперативним-управлінським або ж оперативно-технічним*) – це спосіб спостереження, відображення та контролю щодо окремих технічних та/або господарських операцій безпосередньо в процесі їх здійснення з метою оперативного управління ними. Він провадиться безпосередньо на місці (цех, склад, відокремлений підрозділ тощо) й забезпечує негайне спостереження та реєстрацію визначених виробничих, комерційних операцій, а також інших факторів господарської діяльності окремого суб'єкта господарювання. Тобто, оперативний (первинний) облік ведеться не загалом по суб'єкту господарювання, а за окремими операціями в розрізі дільниць – цех, бригада, ланка, зміна тощо. Оперативні дані переважно лише фіксуються й не узагальнюються в цілому по суб'єкту господарювання. Подекуди в літературних джерелах висловлюються: а) сумніви щодо виділення такого обліку в окремий вид господарського обліку, без заперечення в принципі наявності такого обліку, оскільки від ведеться на кожному підприємстві; б) питання з приводу того, що якщо вже виділяється у вид господарського обліку оперативний, то чому при класифікації господарського обліку не виділяється стратегічний облік, який теж ведеться в тій чи іншій мірі на всіх підприємства й інформація за наслідками ведення такого обліку теж використовується для прийняття рішень [9, 66-67]. На жаль, нормативних визначень як господарського обліку загалом, так і оперативного зокрема, немає. Частіше такий облік ведеться в натуральних вимірниках, рідше – в трудових. Грошові вимірники не є узагальнюючими, а виступають лише як засіб обліку (наприклад, надходження грошових коштів до каси). Головним завданням оперативного обліку є швидке (оперативне, за короткий проміжок часу, протягом дня) накопичення оперативних даних, швидке одержання інформації про хід виробництва, реалізацію продукції (робіт, послуг). Оперативний облік призначений для оперативного планування й поточного спостереження за розвитком виробництва, виконанням робіт, наданням послуг. Він охоплює господарські операції, що не мають безпосереднього відображення на рахунках бухгалтерського обліку, не мають безпосереднього відображення й у статистичному обліку. За допомогою оперативного обліку одержують відомості про щоденний випуск продукції, щоденне відвантаження і реалізацію продукції, товарів, відомості про витрати сировини та інших матеріальних цінностей, трудові витрати, додержання умов договірних поставок тощо. Показники оперативного обліку використовують для забезпечення поточного контролю. В той же час, оперативний облік не лише характеризується швидкістю одержання облікових відомостей, а й передбачає використання статистичних методів, головним чином таких, як спостереження щодо господарських та технологічних операцій, їх реєстрація. Отже, дані для оперативного обліку одержують шляхом безпосереднього спостереження щодо фактів виробничо-фінансової та/або іншої діяльності суб'єктів господарювання. Саме

ж відображення господарських операцій безпосередньо у процесі їх здійснення дозволяє оперативну їх контролювати та управляти ними.

Статистичний облік – це спосіб планомірного вивчення масових економічних, соціальних, демографічних та інших явищ, виявлення закономірностей їх розвитку в конкретних умовах місця та часу з метою управління ними (перепис наявності обладнання, визначення середньої заробітної плати працівників суб'єкта господарювання за категоріями працюючих, кількість та якість виготовлюваної продукції, використання робочого часу тощо). Нормативного визначення поняття статистичного обліку також немає. В ст.1 Закону України від 17.09.1992 р. "Про державну статистику" наведено визначення *державної статистики*, як централізованої системи збирання, опрацювання, аналізу, поширення, збереження, захисту та використання статистичної інформації. Під *статистичною інформацією* розуміється документована інформація, що дає кількісну характеристику масових явищ та процесів, які відбуваються в економічній, соціальній, культурній та інших сферах життя суспільства. Статистична інформація є одним із видів інформації (ст. ст. 18, 19 Закону України від 2.10.1992 р. "Про інформацію"). Державна статистична інформація підлягає систематичному відкритому публікуванню. Забезпечується відкритий доступ громадян, наукових закладів та інших заінтересованих організацій до неопублікованих статистичних даних, які не підпадають під дію обмежень, встановлених законом. Система статистичної інформації, її джерела і режим визначаються Законом України "Про державну статистику". Статистична інформація, отримана на підставі статистичних спостережень, проведених органами державної статистики, існує у вигляді первинних даних щодо респондентів, статистичних даних, що пройшли одну чи декілька стадій опрацювання та накопичені на паперових, магнітних та інших носіях або в електронному вигляді, а також у вигляді аналітичних матеріалів, підготовлених на підставі цих даних.

Ряд науковців (А.М.Кузьмінський, Ю.А. Кузьмінський [4], А.Г.Загородній, Г.О.Партич та ін. [7]) взагалі не дають визначення статистичного обліку, а розкривають лише його мету, а окремі [3] визначають його як планомірне збирання й вивчення інформації про масові кількісні та якісні явища й закономірності загального розвитку за конкретних умов, місця й часу. По-перше, статистичну інформацію збирають безумовно планомірно, а, по-друге – збирання й вивчення цієї інформації покладено на державну статистику. У п. 2 ст. 3 Закону України від 01.07.1999 р. "Про бухгалтерський облік та фінансову звітність в Україні" зазначено, що статистична звітність, в якій використовується грошовий вимірник, ґрунтується на даних бухгалтерського обліку. Водночас, слід зазначити, що в аналітичному бухгалтерському обліку використовуються й натуральні вимірники, які теж знаходять відображення у статистичній звітності суб'єкта господарювання. У зв'язку з цим такий автор, як В. С. Лень заперечує наявність на підприємстві окремого виду статистичного обліку, спеціально призначеного для накопичення інформації для складання статистичної звітності. Він обґрунтовує свою позицію зокрема тим, що у 90 % форм статистичних звітів наводиться інформація виключно економічна, яка накопичується в системі бухгалтерського обліку, і лише 10 % статистичних звітів включають неекономічну інформацію (соціальну, науково-технічну, правову, про природне середовище тощо). Наприклад, подаються дані про

якісний склад науковців, про рух кадрів. Ряд установ подають звітність, пов'язану з виконанням покладених на них функцій. Така звітність згідно із Законом України "Про державну статистику" має назву *"адміністративні дані"*, тобто дані, отримані на підставі спостережень, проведених органами державної влади (за винятком органів державної статистики), органами місцевого самоврядування та іншими юридичними особами відповідно до законодавства та з метою виконання адміністративних обов'язків та завдань, віднесених до їх компетенції (ст. 1). До низки статистичних спостережень господарюючі суб'єкти взагалі відношення не мають і інформація збирається безпосередньо статистичними органами [9, 66-67]. Отже, так званий "статистичний облік" вивчає і узагальнює масові суспільно-економічні та окремі типові явища і процеси. При цьому, їхні кількісні аспекти статистика досліджує в нерозривному зв'язку з якісним змістом (наприклад, динаміка виробництва і собівартості продукції, продуктивності та оплати праці тощо) і виявляє закономірності їхнього розвитку. Об'єктом статистичного обліку можуть бути окреме підприємство, галузь, народне господарство в цілому. Його предметом є не тільки процеси матеріального виробництва, а й інші соціально-економічні явища. При дослідженні господарських явищ та процесів статистика застосовує різні вимірники (натуральні, трудові, грошові), а також властиві їй способи опрацювання інформації (масові та вибіркові спостереження, відносні та середні величини, динамічні ряди тощо). Для одержання зведеної інформації статистикою широко використовуються дані інших видів господарського обліку, тобто відомості про виробничі та інші господарські зміни статистичний облік одержує з оперативного та бухгалтерського. Наприклад, за даними статистичного обліку можна визначити зростання продуктивності праці, зниження собівартості продукції (робіт, послуг) тощо. На основі отриманих з допомогою статистичного обліку відомостей здійснюється перспективне планування і прогнозування галузевого і соціально-економічного розвитку країни в цілому. Ці відомості допомагають аналізувати результати різних господарських процесів і прогнозувати подальший їх розвиток. Таким чином, на основі статистичного обліку визначаються кількісні та якісні показники діяльності кожного суб'єкта господарювання.

Однак, для здійснення господарської діяльності та управління нею в сучасних умовах даних оперативного та статистичного обліку недостатньо. Необхідним є постійний, безперервний, абсолютно достовірний і юридично підтверджений облік господарських операцій, що охоплює всю господарську діяльність і який дозволяє на основі узагальнення результатів господарської діяльності приймати конкретні рішення щодо її здійснення як в цілому по суб'єкту господарювання, так і по окремих його підрозділах. Таким обліком є бухгалтерський.

Бухгалтерський облік – це спосіб безперервного та суцільного документального спостереження, реєстрації, відображення й контролю за фінансово-господарською діяльністю суб'єктів господарювання, спосіб узагальнення та передачі інформації про діяльність господарюючих суб'єктів з метою використання її для прийняття економіко-правових рішень. Бухгалтерський облік являє собою також впорядковану систему збирання, вимірювання, обробки, інтерпретації та передачі інформації про господарську діяльність суб'єкта господарювання внутрішнім та зовнішнім користувачам для прийняття оптимальних управлінських та інших рішень. Відповідно до ст.1 Закону України "Про бухгал-

терський облік та фінансову звітність в Україні", *бухгалтерський облік* – це процес виявлення, вимірювання, реєстрації, накопичення, узагальнення, зберігання та передачі інформації про діяльність підприємства зовнішнім та внутрішнім користувачам для прийняття рішень. На відміну від інших видів обліку бухгалтерський облік забезпечує суцільну реєстрацію всіх господарських операцій на підставі документів, первинного обліку. Бухгалтерський облік базується на документуванні всіх господарських процесів і проведенні періодичних інвентаризацій, забезпечує виявлення та мобілізацію резервів суб'єкта господарювання з метою зниження собівартості продукції (робіт, послуг). Основними умовами правильності організації бухгалтерського обліку є використання найбільш раціональних форм і методів обліку. Предметом бухгалтерського обліку є окремі сторони багатогранного процесу розширеного відтворення: господарські факти, явища і процеси (операції), що зумовлюють рух засобів господарювання, а також джерел їх утворення. Предмет бухгалтерського обліку охоплює весь процес відтворення, тобто виробництво, розподіл, обіг та споживання. Отже, як вбачається з викладеного, бухгалтерський облік має *характерні особливості*, які відрізняють його від інших структурних складових господарського обліку. До них, зокрема, можна віднести наступні [5, 112-117]: а) безперервне, повне і послідовне відображення господарських засобів та операцій, що дозволяє отримати всебічну картину господарської діяльності підприємства, організації, установи; б) обов'язкове документальне підтвердження наявності господарських засобів та здійснення господарських операцій (зазначене підтвердження здійснення господарської операції є єдиним джерелом облікової інформації); в) узагальнення даних у грошовому виразі; г) використання специфічних засобів та прийомів (оцінка, калькулювання, рахунки, подвійний запис тощо).

Усі три елементи господарського обліку є нерозривно пов'язаними між собою і доповнюють один одного. Всі вони у сукупності складають єдину систему господарського обліку. Так, бухгалтерський облік, що є частиною господарського обліку, не ізольований від інших облікових систем, відображає всі здійснені суб'єктом господарювання господарські операції, виявляє фінансові результати роботи господарської організації, рух матеріальних цінностей тощо. Взаємодія всіх елементів господарського обліку підтверджується тим, що дані статистичного обліку, особливо результати спостережень за використанням основних та/або обігових засобів, трудових ресурсів, широко застосовуються в бухгалтерському обліку з метою підвищення його достовірності. В той же час, і дані бухгалтерського обліку використовуються як в оперативному, так і в статистичному обліку. Відтак між трьома структурними елементами господарського обліку існує прямий і зворотній зв'язок.

У зв'язку з викладеним видається за доцільне викласти ч. 8 ст. 19 ГК України в наступній редакції:

"Усі суб'єкти господарювання, а також відокремлені підрозділи юридичних осіб, виділені на окремий баланс, зобов'язані вести господарський облік (оперативний, статистичний, бухгалтерський) результатів своєї діяльності, складати та подавати відповідно до вимог закону фінансову та інші обов'язкові форми звітності, статистичну інформацію, інші дані, визначені законом.

Суб'єкти господарювання, що обрали для себе спрощену систему обліку та звітності, набули у встановленому законом порядку статусу платника єдиного податку, ведуть облік та подають звітність з урахуван-

ням особливостей, визначених Податковим кодексом, іншими законами.

Забороняється вимагати від суб'єктів господарювання, відокремлених підрозділів юридичних осіб, виділених на окремий баланс, подання фінансової та/або інших форм звітності, статистичної інформації та інших даних, не передбачених законом або з порушенням порядку, встановленого законом."

Вважаємо, що запропонована редакція ч. 8 ст. 19 ГК України дозволить достатньою мірою законодавчо врегулювати поняття, зміст та елементи господарського обліку результатів діяльності суб'єктів господарювання, вдосконалив та деталізує існуючі положення. Окрім того, на сьогодні застереження законодавця, що міститься в ч. 8 ст. 19 ГК України й яким встановлюється виняток із загального правила для громадян, іноземців та осіб без громадянства, які провадять господарську діяльність і зареєстровані відповідно до закону як підприємці щодо необхідності ведення бухгалтерського обліку та подання фінансової звітності, є таким, що суперечить вимогам ПК України (Глава 1 "Спрощена система оподаткування, обліку та звітності" Розділу XIV "Спеціальні податкові режими"). Не може бути на даний час ніяких винятків із загального для всіх суб'єктів господарювання обов'язку (ведення бухгалтерського обліку та подання фінансової звітності), які перебувають на загальній системі оподаткування, обліку та звітності, навіть якщо це й фізичні особи – підприємці. Потребує, на нашу думку, й деякого уточнення, розширеного тлумачення положення щодо заборони вимагати від суб'єктів господарювання подання "статистичної інформації та інших даних", не передбачених законом або з порушенням порядку, встановленого законом, зокрема в частині розширення переліку таких даних наступним чином: "...подання фінансової та/або інших форм звітності, статистичної інформації та інших даних, не передбачених законом або з порушенням порядку, встановленого законом". Оскільки передусім звітність не передбачена законом, яку чомусь забув згадати законодавець у відповідному переліку, повинно бути заборонено вимагати у суб'єктів господарювання, як власне в подання її з порушенням порядку, визначеного законом.

Висновки.

Господарський облік – це процес спостереження, сприймання, вимірювання та реєстрації господарських фактів, що є складовою господарської діяльності як окремого суб'єкта господарювання, так і їх сукупності (включає в себе виробництво, реалізацію та розподіл матеріальних благ, необхідних для задоволення господарських потреб). Господарська діяльність кожного суб'єкта господарювання складається з безлічі, так званих, фактів господарського життя. Під фактом розуміють дійсну, реальну подію, явище, тобто те, що відбулося. У господарському обліку виділяють три види фактів: *факт-стан*, *факт-дія*, *факт-подія*. Факти-дії – це спрямовані факти господарського життя (наприклад, оприбуткування сировини у результаті придбання, нарахування заробітної плати тощо), тобто це факти господарського життя, які виникають у ході звичайної діяльності суб'єкта господарювання. Факти-події – це непередбачувані факти господарського життя (наприклад, втрата майна внаслідок пожежі, повені, крадіжки тощо). Стани, є наслідком к дій, так і подій (прикладом стану можуть бути результати будь-якої перевірки, яка встановлює результати будь-чого). Фактом-станом може бути необхідність констатації, відображення у обліку будь-яких об'єктів (наприклад, внаслідок інвентариза-

ції). Однак, відображенню у обліку підлягають лише ті факти господарського життя, які призводять до зміни майнового стану суб'єкта господарювання. Останні, в свою чергу, називаються господарськими операціями. Кожна господарська операція, зафіксована у первинному документі, має грошове та кількісне вираження, дату здійснення та економічний зміст. Отже, *господарський облік – це кількісне відображення та якісна характеристика господарської діяльності з метою контролю й управління нею; здійснення ефективної господарської діяльності, обліку її результатів, контролю за ходом виробництва продукції, виконання робіт та надання послуг*. Здійснення господарського обліку передбачає наявність декількох етапів. Це насамперед спостереження за господарськими процесами та подальше їх обчислення в певних показниках, що реєструються за заздалегідь обумовленою науково обґрунтованою системою. Процес обліку завершується узагальненням отриманих даних. Практика господарювання свідчить, що, тільки з допомогою згрупованих і узагальнених показників, можна успішно управляти господарською діяльністю того і іншого суб'єкта господарювання. Серед дослідників склалась пануюча парадигма, що господарський облік складається з *оперативного, статистичного та бухгалтерського*. Підтверджується вказаний підхід й аналізом змісту ч. 8 ст. 19 ГК України, згідно з якою ведення згаданих структурних складових обліку (оперативного, статистичного та бухгалтерського), а також складання відповідної звітності й статистичної інформації є обов'язком усіх суб'єктів господарювання. Всі складові єдиної системи господарського обліку взаємопов'язані, але кожна з них має свої конкретні особливості. Отже, кількісне відображення та якісну характеристику господарської діяльності, з метою контролю і

управління нею, забезпечує система господарського обліку, що складається з трьох структурних елементів: статистичного, бухгалтерського, оперативного. *Бухгалтерський облік є основною складовою господарського обліку*. Крім того, господарський облік включає в себе накопичення і реєстрацію іншої необлікової інформації, соціального, екологічного, науково-технічного характеру тощо. Мета і завдання господарського обліку обумовлені способом суспільного відтворення і залежать від рівня продуктивних сил і виробничих відносин. На кожному етапі розвитку суспільства облік визначається особливостями того економічного ладу, процеси якого він відображає і контролює.

1. Сук Л. К. Бухгалтерський облік: навчальний посібник / Л. К. Сук, П. Л. Сук. – К.: Знання, 2005. – 471 с.
2. Моисеєнко Г. И. Теория бухгалтерского учета: учебник / Г. И. Моисеєнко. – М.: Финансы и статистика, 1982. – 232 с.
3. Васюта - Беркут О. І. Теорія бухгалтерського обліку: навч. посібник / Васюта - Беркут О. І., Шепітько Г. Ф., Ромашевська Н. О.; [за заг. ред. В. Б. Захочая]. – К.: МАУП, 2001. – 179 с.
4. Кузьмінський А. М. Теорія бухгалтерського обліку: Підручник / А. М. Кузьмінський, Ю. А. Кузьмінський. – К.: Вид-во "Все про бухгалтерський облік", 1999. – 288 с.
5. Партин Г. О. Бухгалтерський облік: основи теорії та практики / Г. О. Партин. – К.: Т-во "Знання", 2000. – 245 с.
6. Бухгалтерський облік: навч.-метод. посібник / [Ловінська Л. Г., Жилкіна Л. В., Голенко О. М. та ін.] — К.: КНЕУ, 2002. – 370 с.
7. Загородній А. Г. Бухгалтерський облік: основи теорії та практики / А. Г. Загородній, Г. О. Партин. – К.: Знання, 2003. – 327 с.
8. Остап'юк М. Я. Історія бухгалтерського обліку / Остап'юк М. Я., Лучко М. Р., Даньків Й. Я. – К.: Знання. – 276 с.
9. Лень В. С. Господарський облік: дефініція та зміст / В. С. Лень // Чернігівський науковий часопис. Серія 1. Економіка і управління. – 2011. – № 1. – С. 62–68.
10. Сопко В. В. Фінансовий та внутрішньогосподарський облік затрат виробничої діяльності підприємств: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. екон. наук: спец. 08.06.04 "Бухгалтерський облік, аналіз та аудит" / В. В. Сопко. – Київ, 2001. – 24 с.
11. Бутинець Ф. Ф. Бухгалтерський управлінський облік. Навчальний посібник / Ф. Ф. Бутинець. Житомир: ЖІТІ, 2000. – С. 17–27.

Надійшла до редколегії 25.04.12

Наукове видання



ВІСНИК

КИЇВСЬКОГО НАЦІОНАЛЬНОГО УНІВЕРСИТЕТУ ІМЕНІ ТАРАСА ШЕВЧЕНКА

ЮРИДИЧНІ НАУКИ

Випуск 93

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. 14,0. Наклад 300. Зам. № 212-6231.
Гарнітура Arial. Папір офсетний. Друк офсетний. Вид. № Ю 4.
Підписано до друку 23.10.12

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