

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

Для науковців, правників, студентів.

The results of scientific research of economic, 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 and proceeding 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 29.10.12 (протокол № 2)
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

В. Татьков	
Механізми забезпечення єдності судової практики в господарському судочинстві.....	5
В. Щербина	
Поняття та види засобів державного регулювання господарської діяльності.....	10
Т. Боднар	
Договір про закупівлю: особливості змісту та порядку укладання	15
О. Тищенко	
Проблеми реалізації соціальної захищеності в Україні осіб з обмеженими фізичними можливостями.....	20
О. Совгіря	
Взаємодія Кабінету Міністрів України та Президента України: конституційно-правові аспекти.....	25
В. Поєдинок	
Класифікація інвестицій: критерії і методологічне значення	28
І. Кривошеїна	
Проблеми захисту прав на картографічні твори, як особливі об'єкти авторського права	32
Т. Кучер	
Зміст процедури дослідження доказів у цивільному судочинстві України.....	35
В. Гринюк	
Дотримання принципу розумного строку кримінального судочинства при продовженні досудового слідства	37
Т. Третяк	
Правова природа громадських слухань, як елементу процедури участі громадськості у процесі оцінки впливу на навколишнє середовище	39
К. Николина	
Належна юридична процедура: теоретичні аспекти визначення	44
В. Бажанов	
Загальна характеристика договору про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності в авторському праві	46
Б. Воєводін	
Суб'єктний склад правовідносин у сфері реклами (цивільно-правовий аспект)	49
М. Кравченко	
Значення закономірностей реалізації закону для покращення процесу реалізації законів в Україні	54
І. Боднар	
Загальнотеоретичні аспекти кримінально-процесуальної форми як засобу розв'язання завдань кримінального судочинства	59
М. Доманська	
Підстави зміни правового статусу фізичної особи у справах про обмеження дієздатності фізичної особи	62
М. Максименко	
Нормування як засіб правового забезпечення оптимізації структури землекористування в Україні.....	65
О. Задоснко	
Деякі питання нормотворчої діяльності в галузі цивільного процесу під час Великої Вітчизняної війни в Україні.....	69
З. Макарова	
Вплив типології форми державного правління на статус глави уряду	71
В. Бондарчук	
Призначення покарання за злочин, передбачений ст. 205 КК України.....	76
В. Поливач	
Підвідомчість справ, що виникають із кредитних правовідносин	80
А. Сороченко	
Підстави набуття корпоративних прав та момент виникнення корпоративних правовідносин за законодавством України	83
О. Назаренко	
Політична система суспільства: сутність, основні риси, функції.....	86
О. Горяєва	
Правові засади здійснення страхування професійної відповідальності аудиторів.....	90
С. Любімова	
Інститут адміністративних послуг як спосіб забезпечення прав і законних інтересів приватних підприємств.....	94
О. Дьяконова	
Примирні процедури в російському арбітражному процесі	97
Е. Хачатуров, І. Підпала	
Перспективи розвитку та правове забезпечення морської галузі	102
О. Шемшур	
Поняття та правова природа ризику у приватному праві	105
Л. Дячук	
Форми розлучення у римському та ранньовізантійському праві: термінологічні аспекти.....	108
В. Боднар	
До питання щодо класифікації переважних прав у цивільному праві України	115
Т. Губанова	
Елементи контрольних правовідносин.....	119
О. Орлова	
Правове регулювання організації бухгалтерського обліку суб'єктів господарювання	122

СОДЕРЖАНИЕ

В. Татьков Механизмы обеспечения единства судебной практики в хозяйственном судопроизводстве	5
В. Щербина Понятие и виды средств государственного регулирования хозяйственной деятельности.....	10
Т. Боднар Договор о закупке: особенности содержания и порядка заключения	15
О. Тищенко Проблемы реализации социальной защищенности в Украине лиц с ограниченными физическими возможностями	20
О. Совгиря Взаимодействие Кабинета Министров Украины и Президента Украины: конституционно-правовые аспекты	25
В. Поединок Классификация инвестиций: критерии и методологическое значение.....	28
И. Кривошеина Проблемы защиты прав на картографические произведения, как особые объекты авторского права	32
Т. Кучер Содержание процедуры исследования доказательств в гражданском судопроизводстве Украины	35
В. Гринюк Соблюдение принципа разумного срока уголовного судопроизводства при продолжении досудебного следствия	37
Т. Третьяк Правовая природа общественных слушаний, как элемента процедуры участия общественности в процессе оценки воздействия на окружающую среду	39
К. Николина Надлежащая юридическая процедура: теоретические аспекты определения	44
В. Бажанов Общая характеристика договора о передаче исключительных имущественных прав интеллектуальной собственности в авторском праве	46
Б. Воеводин Субъектный состав правоотношений в сфере рекламы (гражданско-правовой аспект)	49
М. Кравченко Значение закономерностей реализации закона для улучшения процесса реализации законов в Украине	54
И. Боднар Общетеоретические аспекты уголовно-процессуальной формы как средства решения задач уголовного судопроизводства	59
М. Доманская Основания изменения правового статуса физического лица по делам об ограничении дееспособности	62
М. Максименко Нормирование как средство правового обеспечения оптимизации структуры землепользования в Украине	65
О. Задоенко Некоторые вопросы нормотворческой деятельности в области гражданского процесса во время Великой Отечественной войны в Украине.....	69
С. Макарова Влияние типологии формы государственного правления на статус главы правительства	71
В. Бондарчук Назначение наказания за преступление, предусмотренное ст. 205 УК Украины	76
В. Поливач Подведомственность дел, возникающих из кредитных правоотношений	80
А. Сороченко Основания приобретения корпоративных прав и момент возникновения корпоративных правоотношений по законодательству Украины	83
О. Назаренко Политическая система общества: сущность, основные черты, функции	86
А. Горяева Правовые основы осуществления страхования профессиональной ответственности аудиторов	90
С. Любимова Институт административных услуг как способ обеспечения прав и законных интересов частных предприятий	94
А. Дьяконова Примирительные процедуры в российском арбитражном процессе	97
Е. Хачатуров, И. Пидпала Перспективы развития и правовое обеспечение морской отрасли	102
О. Шемшур Понятие и правовая природа риска в частном праве	105
Л. Дячук Формы развода в римском и ранневизантийском праве: терминологические аспекты	108
В. Боднар К вопросу о классификации преимущественных прав в гражданском праве Украины	115
Т. Губанова Элементы контрольных правоотношений	119
О. Орлова Правовое регулирование организации бухгалтерского учета субъектов хозяйствования	122

CONTENTS

V. Tatkov	
Mechanisms to ensure uniform court practice in economic proceedings	5
V. Shcherbina	
Definition and types of government regulation of business	10
T. Bodnar	
Purchase agreement: features contents	15
E. Tishchenko	
Problems of social security persons in Ukraine disabled	20
O. Sovgira	
Interaction between the Cabinet of Ministers of Ukraine and the President of Ukraine: Constitutional Legal Aspects	25
V. Poiedynok	
Categorization of investment: criteria and methodological significance	28
I. Kryvosheyina	
Problems of protection intellectual rights on cartography maps, as specific copyright objects	32
T. Kucher	
Maintenance of procedure of research of proofs is in civil legal proceeding of Ukraine	35
V. Hrynyuk	
Adherence to the principles of criminal justice reasonable time with continued pre-trial investigation	37
T. Tretyk	
Legal nature of the public hearings as a part of the public participation procedure in the process of environmental impact assessment	39
K. Nikolina	
Due process of law: theoretical aspects of the definition	44
V. Bazhanov	
The general description of the agreement on the transfer of exclusive property intellectual rights in copyright law	46
B. Vojvodin	
Subject composition of relations in the field of advertising (civil aspect)	49
M. Kravchenko	
Value of conformities to law of realization of law for improvement of process of realization of laws in Ukraine	54
I. Bodnar	
General theory aspects of criminal procedural form as a means of solving criminal justice problems	59
M. Domanska	
Grounds change the legal status of the individual in cases involving restrictions on individual capacity	62
M. Maksymenko.	
Norm setting as a legal means of optimization of land use structure in Ukraine	65
O. Zadoienko	
Some questions of the creation of regulatory acts in civil procedure sphere during the Great Patriotic War in Ukraine	69
Z. Makarova	
Influence of typology of forms of government on the status of head of the government	71
V. Bondarchuk	
Research of the punishment for a crime, which is provided for by Art. 205 of Criminal Code of Ukraine, its types and problems of its provided	76
V. Polivach	
Jurisdiction of courts of arbitration to consider cases that arise from credit relationships	80
A. Sorochenko	
The basis of corporate rights' acquisition and the definition of corporate relationships' appearance in Ukraine	83
O. Nazarenko	
Political system of society: nature, basic feature, functions	86
O. Gorlaieva	
Legal preconditions for insurance of auditor's responsibility in Ukraine	90
S. Liubimova	
Institute of administrative services as a way of rights and legitimate interests of private enterprises	94
O. Dyakonova	
Reconciliation procedures in the arbitration process in Russia	97
E. Khachaturov, I. Pidpala	
Prospects and legal providing marine industry	102
O. Shemshur	
The concept and legal nature of risk in private law	105
L. Dyachuk	
Divorce forms in Roman and rannovizantyskomu LAw: terminological aspects	108
V. Bodnar	
To the question about classification of rights of priority in the civil law of Ukraine	115
T. Gubanova	
Elements of legal control relations	119
O. Orlova	
Legal adjusting of organization of record-keeping of subjects of menage	122

МЕХАНІЗМИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЄДНОСТІ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ В ГОСПОДАРЬСЬКОМУ СУДОЧИНСТВІ

Статтю присвячено дослідженню механізмів забезпечення єдності судової практики в господарському судочинстві. Визначено поняття, види, надано загальну характеристику відповідним механізмам з точки зору господарського процесуального права.

Ключові слова: єдність судової практики, забезпечення єдності судової практики, механізми забезпечення єдності судової практики.

Статья посвящена исследованию механизмов обеспечения единства судебной практики в хозяйственном судопроизводстве. Определены понятие, виды, дана общая характеристика соответствующим механизмам с точки зрения хозяйственного процессуального права.

Ключевые слова: единство судебной практики, обеспечение единства судебной практики, механизмы обеспечения единства судебной практики.

The article deals with the mechanisms to ensure the unity of judicial practice in economic proceedings. Defined concept, types, overviews of relevant mechanisms in terms of economic procedure.

Key words: unity of judicial practice, to ensure uniformity of judicial practice, the mechanisms to ensure the unity of jurisprudence.

Розв'язання проблеми неоднакового застосування одних і тих самих норм права у подібних правовідносинах багато в чому залежить від існування і постійного вдосконалення механізмів забезпечення єдності судової практики, оскільки однакове застосування законів є базовим принципом діяльності судової системи, нерозривно пов'язаним з принципом правової визначеності, і є одним із основоположних елементів принципу верховенства права. Ще М. М. Коркунов свого часу відзначав, що однією з головних умов правосуддя є застосування законів до всіх однаково, а це неможливо без однакової, усталеної судової практики [1, с. 298]. С. Й. Вільнянський наголошував, що значення судової практики є реальним фактом, і його неможливо усунути твердженнями, які ґрунтуються на тому формальному доводі, що судові рішення є обов'язковим лише по тій справі, в якій воно винесене [2, с. 70]. В. М. Гайворонський, М. І. Тітов також зазначали, що додаткові можливості реалізації принципу верховенства права полягають у наданні судовій владі, поряд з функцією законотворчості, тобто у визнанні певних судових рішень так званими "прецедентами", як це робиться у споріднених системах права [3, с. 182]. Отож, як для державної влади загалом, так і для найвищого судового органу будь-якої держави зокрема, питання забезпечення єдиних підходів до правильного застосування чинного законодавства судами загальної юрисдикції є одним із головних в організації здійснення правосуддя.

Таке явище, як неоднакове застосування одних і тих самих норм права господарськими судами у подібних правовідносинах, обумовлюється багатьма чинниками. Перш за все, це – об'єктивні причини, пов'язані з нестабільністю законодавства в умовах розбудови правової держави. Перманентні зміни, скасування старих та прийняття нових законів, суперечливість самих законодавчих актів, наявність правових колізій і, навпаки, виявлення правових прогалин створюють підґрунтя для різної судової практики. Крім того, як справедливо підкреслює В. Е. Беляневич, законодавство не може охопити всі випадки, що вимагають регулювання, і яким би досконалим не було чинне законодавство, життя ставить нові питання, які потребують відповіді суду [4]. Суб'єктивні причини лежать в площині самого процесу прийняття судового рішення, праворозуміння окремого судді. З цього приводу Г. В. Демченко свого часу наголошував також на тому, що, йдучи різними шляхами, суддя, природно, доходить різних висновків. Кожен з таких висновків є цілком правильним, тому що справжнього, тобто єдино можливого і правильного, шляху пошуку істини ніхто не вказав [5, с. 112].

До питань єдності судової практики у своїх працях зверталися В. Беляневич, А. Осетинський, П. Пилипчук, О. Пасенюк, М. Сірий, С. Шевчук та ін. Водночас цілеспрямованого аналізу механізмів забезпечення єдності судової практики в науці господарського процесуального права не здійснювалось.

Саме тому метою цієї статті є дослідження механізмів забезпечення єдності судової практики в господарському судочинстві, зокрема, визначення їх поняття та видів.

Оскільки у теорії господарського процесуального права відсутні будь-які напрацювання, що стосуються як механізмів (процесуальних та позапроцесуальних) загалом, так і механізмів забезпечення єдності судової практики в господарському судочинстві, зокрема, то для вирішення цього питання у методологічному плані вважаємо за необхідне виходити з теорії юридичного процесу в цілому. Механізм правового регулювання – це система правових способів, за допомогою яких здійснюється упорядкування суспільних відносин відповідно до цілей та завдань правової держави. Основні структурні елементи механізму правового регулювання – це норми права, правовідносини та акти реалізації юридичних прав та обов'язків [6, с. 341]. Таким чином, правомірно процесуальні та позапроцесуальні механізми в господарському процесі розглядати як підпорядковане, невід'ємне явище механізму правового регулювання при здійсненні господарського судочинства. У загально-теоретичному розумінні механізм правозабезпечувальної діяльності є своєрідним явищем правової діяльності, що залежить він належного регулювання правових відносин за допомогою норм права; правозастосовчої діяльності, що є основною формою реалізації норм процесуального права, та безпосередньої реалізації норм матеріального права [7, с. 257].

О. Г. Лук'янова, даючи визначення процесуально-правового механізму, вказувала, що це є "динамічна система правових засобів, за допомогою якої упорядковується охоронна діяльність уповноважених органів у сфері юрисдикційного правозастосування [8, с. 163]. В. Н. Протасов зазначав, що процесуально-правовий механізм виступає основною узагальнюючою категорією у загальноправовій процесуальній теорії і охоплює собою сукупність взаємопов'язаних процесуальних засобів галузевого характеру, необхідних і достатніх для виявлення та реалізації матеріального охоронного правовідношення [9, с. 100]. Основними елементами процесуально-правового механізму є норми процесуального права, юридичні факти, які опосередковують процесуальні правовідносини [8, с. 164].

Якщо ж адаптувати це вчення про правові механізми до теми нашого дослідження, то, на наш погляд, можна дати таке визначення поняття **механізмів забезпечення єдності судової практики в господарському судочинстві** – це динамічна внутрішньоузгоджена система взаємопов'язаних процесуальних та позапроцесуальних засобів, за допомогою якої забезпечується єдність судової практики в господарському судочинстві.

Найбільш ефективним відповідним механізмом на сьогодні прийнято вважати забезпечення однакового застосування судами правових норм діяльністю судів вищих інстанцій [10]. Водночас утвердження єдності судової практики – це не лише статутна функція касаційної інстанції і не лише внутрішня справа судів, насамперед, це одна з найважливіших складових розвитку правової системи. Остання на кожному етапі свого формування неодмінно потребує визначеності на рівні окремих норм, принципів та інститутів, на конституційному рівні і на рівні окремих галузей права, визначеності в матеріальній складовій і в процесуальній формі реалізації права. Авторитет має те право, яке однаково розуміється і застосовується, в першу чергу судами, на всій території країни [11, с. 6].

Виходячи з положень чинного законодавства, можна виділити такі **механізми забезпечення єдності судової практики в господарському судочинстві**:

1) перегляд судових рішень господарських судів:

а) *апеляційний та касаційний перегляд судових рішень за скаргами учасників господарського процесу* (ст.ст. 7, 14, 27, 31, 32 Закону України від 7 липня 2010 р. "Про судоустрій і статус суддів"; розділи XII та XII-1 ГПК України (ст.ст. 91–106 та 107–111-13)).

Чинне господарсько-процесуальне законодавство, організація діяльності господарських судів, професійна підготовка суддів повинні забезпечувати винесення судами законних і обґрунтованих рішень і ухвал. Рішення, що не відповідає вимогам закону й обставинам справи, є таким, що порушує права й інтереси суб'єктів господарювання, тобто не відповідає основним цілям судочинства, завданням господарського суду.

Апеляційна скарга подається до вступу рішення суду першої інстанції в законну силу, що забезпечує учасникам процесу певні юридичні гарантії щодо справедливості правосуддя. Ці гарантії полягають у тому, що: а) сам факт повторного розгляду дозволяє попереджати помилки, які могли бути допущені при єдиному розгляді справи; б) рішення приймають дві різні інстанції, що зменшує ймовірність судової помилки; в) повніше забезпечується дотримання законності, формується однакова судова практика. При цьому рішення вищестоящої судової інстанції є орієнтиром для першої інстанції, сприяючи також підвищенню кваліфікації суддівського корпусу.

Інститут касації, як відомо, притаманний правовим системам континентального права, в яких домінуючим джерелом права є нормативні акти. Основна роль суду касаційної інстанції полягає в перегляді формальної сторони справи з погляду визначення правильності застосування судами першої та апеляційної інстанцій норм матеріального та процесуального права, а також тлумачення правових норм в інтересах усього правопорядку.

У своєму загальному вигляді касація має на меті проведення загальнодержавної політики, спрямованої на однакове тлумачення та застосування правових норм при здійсненні правосуддя судами нижчого рівня, а не на вирішення конкретного судового спору. Домінуючим і пріоритетним у діяльності касаційної інстанції завжди був саме публічно-правовий фактор – забезпечення однакової судової практики. Аналізуючи обсяг повноважень Вищого господарського суду України (далі

– ВГСУ) з огляду на виконання ним своїх функцій, закріплених Законом України "Про судоустрій і статус суддів", необхідно зауважити, що за своєю природою саме суд касаційної інстанції повинен забезпечувати формування єдиної практики правозастосування в межах своєї юрисдикції. Одним із процесуальних механізмів вирішення проблеми єдності судової практики є судове тлумачення норм матеріального та процесуального права, яке здійснює суд цієї інстанції, що слугує орієнтиром для судів нижчого рівня. Однак, обов'язковість використання саме судової практики, яку формує вищий суд галузевої юрисдикції, нормативно не закріплена. Загалом же, суд у своїй практиці має не лише керуватися законом, але і застосовувати принцип верховенства права в широкому його розумінні, мати більшу свободу для правозастосування. Застосовувати принцип верховенства права зобов'язаний у своїй практиці і ВГСУ, реалізуючи свої повноваження. У наукових публікаціях вже раніше висловлювалися думки щодо необхідності надання рішенням вищих судів обов'язкової сили для місцевих судів і судів апеляційної інстанції [12, с. 177]. Реалізація цього принципу можлива лише через надання повноважень судам касаційної інстанції переглядати судові рішення, в тому числі з підстав їхньої невідповідності практиці правозастосування ВГСУ [13, с. 54–55]. Така конструкція, ймовірно, що відповідатиме практиці Європейського суду з прав людини, який також виконує власні рішення, розглядаючи конкретні справи й керуючись при цьому правовим принципом *stare decisis* [14, с. 140–141]. Таким чином, основна роль суду касаційної інстанції в системі господарських судів України полягає у формуванні єдиної судової практики в системі господарського судочинства шляхом тлумачення відповідних норм матеріального та процесуального права. Встановлені в постановах суду касаційної інстанції тлумачення мають бути обов'язковими для господарських судів нижчого рівня й визначати механізм скасування судових актів цих судів, ухвалених у супереччю наявному тлумаченню. Можна погодитися з висновком, що саме таким шляхом у судах господарської юрисдикції буде забезпечена єдина й стала практика, внаслідок чого буде зроблено крок до формування цивілізованої правосвідомості крізь призму єдності та злагодженості, що є запорукою високого рівня правосуддя і захисту прав та законних інтересів учасників відносин у сфері господарювання [13, 55];

б) *перегляд судових рішень Верховним Судом України* (далі – ВСУ) (ст.ст. 38, 39, 44-1 Закону України "Про судоустрій і статус суддів"; розділ XII-2 ГПК України (ст.ст. 111-14–111-28)).

Конституційний Суд України (далі – КСУ) Рішенням у справі за конституційним поданням 46 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення термінів "найвищий судовий орган", "вищий судовий орган", "касаційне оскарження", які містяться у статтях 125, 129 Конституції України, від 11 березня 2010 р. № 8-рп/2010 встановив, що статус ВСУ не передбачає наділення його повноваженнями суду касаційної інстанції щодо рішень вищих спеціалізованих судів і що законом можуть бути передбачені й інші форми оскарження та перегляду рішень судів загальної юрисдикції. На сьогодні, таким чином, ст. 38 Закону України "Про судоустрій і статус суддів" повноваження ВСУ як найвищого судового органу у системі судів загальної юрисдикції істотно звужено. Згідно з ч. 2 ст. 38 цього Закону, ВСУ, зокрема, переглядає справи: з підстав неоднакового застосування судами (судом) касаційної інстанції однієї і тієї ж норми матеріального права у подібних правовідносинах у порядку, передбаченому процесуальним законом;

у разі встановлення міжнародною судовою інстанцією, юрисдикція якої визнана Україною, порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні справи судом. При цьому підстави і порядок перегляду ВСУ судових рішень ВГСУ визначаються виключно нормами ГПК України і не можуть регулюватися нормами будь-яких інших законів та інших нормативно-правових актів. ГПК України встановлює обмеження щодо предмету перегляду, – до ВСУ може бути подано заяву про перегляд судових рішень тільки після їх перегляду в касаційному порядку, тобто лише після прийняття ВГСУ постанови за наслідками розгляду касаційної скарги. Стосовно ухвал суду касаційної інстанції, то об'єктом перегляду ВСУ можуть бути лише ті з них, які перешкоджають провадженню у справі. Ухвали суду касаційної інстанції, які не перешкоджають розгляду касаційної скарги і завершенню розгляду винесенням відповідної постанови, не можуть бути предметом заяви до ВСУ окремо від постанови касаційної інстанції. Заперечення щодо таких ухвал можуть бути включені до заяви про перегляд ВСУ постанови касаційної інстанції, прийнятої за результатами касаційного перегляду. До кола ухвал, стосовно яких може бути подана відповідна заява, не відносяться ухвали, які постановлені ВГСУ в порядку ст.ст. 111-20, 111-21 ГПК України під час вирішення питання про допуск справи до провадження з перегляду ВСУ судових рішень. Перелік підстав, з яких може бути подана заява про перегляд судових рішень до ВСУ, є вичерпним, будь-які інші підстави не можуть бути приводом для звернення до ВСУ з відповідною заявою. Перегляд судових рішень господарських судів з підстав неоднакового застосування судом (судами) касаційної інстанції одних і тих самих норм матеріального права, внаслідок чого ухвалено різні за змістом судові рішення у подібних правовідносинах, є можливим за наявності одночасно таких умов: а) неоднакове застосування норм має місце при ухваленні рішень касаційного суду (судів); б) неоднакове застосування норми матеріального права має місце в подібних правовідносинах; в) відмінність у цих рішеннях має бути наслідком різного застосування одних і тих же правових норм, а не наявності різних обставин у справах; г) наслідком неоднакового застосування є різні за змістом судові рішення [15, с. 43–44].

2) методична допомога:

а) надання місцевим господарським судам апеляційними господарськими судами методичної допомоги в застосуванні законодавства за наслідками аналізу судової статистики, вивчення та узагальнення судової практики (ст. 27 Закону України "Про судоустрій і статус суддів").

Дане повноваження апеляційних судів реалізується у декількох формах. По-перше, за кожним суддею апеляційного господарського суду закріплені судді місцевих господарських судів, щодо яких перший здійснює, так би мовити, "кураторські" функції. Вони полягають, насамперед, у роз'ясненні складних моментів правозастосування, наданні рекомендацій щодо удосконалення організації судового розгляду, консультуванні суддів місцевих господарських судів стосовно практики перегляду певних категорій справ апеляційним судом, що дозволяє обрати правильну правову позицію по справі. По-друге, в апеляційних господарських судах регулярно проводяться наради суддів, на які запрошуються судді місцевих господарських судів. На них обговорюються проблемні аспекти застосування чинного законодавства, новели законодавства, практика Європейського суду з прав людини і вищих судових органів України.

Практика свідчить про доволі високу ефективність вказаних заходів для суддів;

б) надання ВГСУ методичної допомоги судам нижчого рівня з метою однакового застосування норм Конституції та законів України у судовій практиці на основі її узагальнення та аналізу судової статистики (ст. 32 Закону України "Про судоустрій і статус суддів").

Відсутність у ВСУ повноважень щодо надання методичної допомоги судам нижчих інстанцій, ймовірно, зумовлена тим, що законодавець відніс їх до компетенції судів касаційної інстанції (зокрема, ВГСУ), оскільки вони є "ближчими" до судів, які безпосередньо тлумачать та застосовують норму закону при розгляді конкретної справи, а відтак – формують судову практику. Використовуючи дані судової статистики, беручи до уваги недоліки, виявлені внаслідок узагальнення судової практики, ВГСУ надає судам нижчого рівня методичну допомогу різними способами, найпоширенішими з яких є надсилання листів судам нижчих інстанцій, безпосередній виїзд у регіони суддів ВГСУ, участь останніх як лекторів у різного роду навчальних заходах, організованих для суддів апеляційних та місцевих судів, надання рекомендацій тощо. Звичайною стала практика стажування суддів і фахівців апарату суду, підвищення їх кваліфікації.

Вдосконалення якісних показників здійснення правосуддя передбачає систематичну роботу щодо узагальнення судової практики працівниками суду та суддями щодо окремих категорій справ. Слід зазначити, що вивчення судової практики та підготовка аналітичних звітів (узагальнень), ознайомлення з відповідними результатами широкого кола суб'єктів правозастосування дозволяє забезпечити реалізацію принципу єдності судової практики, оскільки ігнорування судом правил, створених ним самим, ставить під сумнів законність винесених рішень, в основу яких це правило було покладено. З іншого боку, при підтвердженні судом вищої інстанції правильності (законності) її обґрунтованості) винесеного рішення або при використанні вищестоящим судом при розгляді аналогічної справи правила, взятого за основу судом нижчої інстанції, авторитет цього правила підсилюється і воно стає зразком вирішення таких справ для нижчестоящих судів. У таких випадках у літературі зазначається, що йдеться про сформовану практику вирішення певної категорії справ і будь-який суддя при винесенні рішення, зобов'язаний керуватися правилами, виробленими сталою судовою практикою [20, 161], адже стійкість правопорядку будь-якої держави багато в чому залежить від дотримання судами єдності в судовій діяльності. Результатами узагальнення судової практики є створення загальних правил, що, в свою чергу, формують певний тип поведінки у визначених суб'єктах – суддів, тобто як і який закон та до яких подібних правовідносин вони будуть застосовувати в певних типових ситуаціях. Тобто йдеться про певний зразок правозастосування, який помилково подекуди іменують судовим прецедентом. Мета узагальнення судової практики в господарському судочинстві – це вивчення практики застосування господарськими судами норм законодавства, виявлення та аналіз складних і спірних питань, що виникають при його застосуванні, оцінка стану урегульованості між конкретним правовим інститутом і чинним законодавством, розробка пропозицій щодо забезпечення правильного та однакового застосування господарськими судами норм права, а також вдосконалення вітчизняного законодавства;

3) рекомендаційні роз'яснення – надання ВГСУ судам нижчого рівня з метою однакового застосування норм Конституції та законів України у судовій практиці на основі її узагальнення та аналізу судової ста-

тики рекомендаційних роз'яснень з питань застосування законодавства щодо вирішення справ господарської юрисдикції (ст. 32 Закону України "Про судоустрій і статус суддів").

У зв'язку з цим безпосередньо до компетенції Пленуму ВГСУ Законом України "Про судоустрій і статус суддів" (ст. 36) віднесено надання роз'яснень рекомендаційного характеру з питань застосування господарськими судами законодавства при вирішенні справ господарської юрисдикції за результатами узагальнення судової практики застосування матеріального і процесуального закону з метою забезпечення однакового застосування норм права при вирішенні справ відповідної судової юрисдикції. Слід зазначити, що такий підхід законодавця щодо віднесення відповідних повноважень з надання рекомендаційних роз'яснень до компетенції саме вищих спеціалізованих судів може бути пояснений тим, що діючи як суди касаційної інстанції, вищі спеціалізовані суди розглядають справи відповідної судової юрисдикції в касаційному порядку згідно з процесуальним законом, а відтак мають безпосередній доступ до судової практики та можливість її формування й коригування. Конструкція згаданої ст. 32, а також положення ст. 36 Закону України "Про судоустрій і статус суддів", яка передбачає повноваження Пленуму вищого спеціалізованого суду, визначають, що лише після формування практики, проведення її узагальнення і, як наслідок, – виявлення недоліків, які допускаються судами при розгляді справ, та вирішення питання щодо можливих шляхів їх усунення може бути прийнято рішення про надання відповідних рекомендаційних роз'яснень. Така "стадійність" оцінюється як цілком обґрунтована, зважаючи на змістовне навантаження, що покладається на постанови Пленуму вищого спеціалізованого суду. Адже його роз'яснення щодо застосування тих чи інших норм законодавства скеровуються не лише до органів судової влади, а й мають загальний характер [16, с. 145]. Усім відомо, що їх широко використовують у правозастосовчій діяльності адвокати, прокурори, підприємства та організації, оскільки зазначені роз'яснення виконують, серед інших, превентивну функцію, слугуючи певним запобіжним заходом неправильного застосування норми закону спеціалізованими судами. Рекомендаційні роз'яснення Пленуму не тільки відображають позицію вищого спеціалізованого суду, – вони виступають також вагомим чинником у процесі формування наукової думки. До роботи над проектами постанов, підготовка яких потребує наукового забезпечення, залучаються висококваліфіковані фахівці у галузі права, які входять до складу Науково-консультативної ради. Здебільшого, вони мають науковий ступінь доктора наук, очолюють провідні наукові установи та кафедри за відповідними напрямками своїх наукових інтересів. Розробка за участі науковців роз'яснень вищого спеціалізованого суду має фахове наукове підґрунтя. Якщо закони містять прогалини, оскільки вони, як правило, розробляються "кабінетними" працівниками, то у правових позиціях вищої судової інстанції, які викристалізовані практикою, найменша помилка є неприпустимою, оскільки кожний невдало вжитий термін, неправильне тлумачення норми права призведе до масового зростання судових помилок. Тому можна стверджувати, що постанови Пленуму мають бути, без перебільшення, бездоганними, – вони повинні роз'яснювати закон, при цьому не підміняючи його [17]. Таким чином, прийняттю кожної постанови Пленуму передують тривала та кропітка робота.

Останнім часом ВГСУ активізував роботу над роз'ясненнями, які відіграють велику роль, оскільки служать орієнтиром для забезпечення єдності судової практики.

Касаційна інстанція звертає увагу на найбільш важливі судові рішення, розсилаючи відповідні огляди. Разом з тим, якщо в регіонах (на рівні місцевих та/або апеляційних господарських судів) помічають проблему подвійної практики, судді самі звертаються до ВГСУ з проханням проаналізувати цю проблему і дати роз'яснення за системою, так би мовити, зворотного зв'язку;

4) судове тлумачення:

а) здійснення офіційного тлумачення Конституції та законів України КСУ (ст. ст. 147, 150 Конституції України; ст. ст. 13, 69 Закону України від 16 жовтня 1996 р. "Про Конституційний суд України"). Правом на звернення до КСУ щодо конституційності законів, інших правових актів, а також щодо офіційного тлумачення Конституції та законів України, відповідно до Закону України "Про судоустрій і статус суддів" (ст. 38), наділений ВСУ як найвищий орган судової влади. Згідно зі ст. 94 Закону України "Про Конституційний суд України", підставою для конституційного звернення щодо офіційного тлумачення Конституції України та законів України є наявність неоднозначного застосування положень Конституції України або законів України судами України, іншими органами державної влади, якщо суб'єкт права на конституційне звернення вважає, що це може призвести або призвело до порушення його конституційних прав і свобод.

В цьому аспекті особливого значення набувають саме інтерпретаційні рішення КСУ, оскільки сформовані в них правові позиції стосовно розуміння окремих понять мають загалом міжгалузеве, універсальне для практики правозастосування значення. Термін "правові позиції" відображає основу нормативної сили актів судової влади, коли певна частина мотивації суду, де обґрунтовуються висновки, яких дійшов суд при наданні офіційного тлумачення, суддівського розуміння норм права тощо стає обов'язковою не тільки для сторін у справі або для суб'єкта права на конституційне подання та звернення, але й опосередковано для всіх суб'єктів права;

а) здійснення судового тлумачення, яке є доволі ефективним процесуальним засобом врегулювання спору.

В той же час, зі змісту ст.ст. 213, 637 ЦК України не зрозуміло, яким має бути порядок звернення до господарського суду з вимогою про тлумачення змісту договору. ГПК України також не містять відповіді на це питання, адже, вичерпний перелік справ, підвідомчих господарським судам, визначено у ч.1 ст.12, якою до них віднесено, зокрема, справи у спорах, що виникають при укладенні, зміні, розірванні і виконанні господарських договорів, та на інших підставах. Отже, тлумачення змісту договору формально можливе сьогодні лише за наявності спору, тобто коли сторони мають різне уявлення щодо свого волевиявлення або волевиявлення іншої сторони (сторін) договору.

З урахуванням положень статей 55 і 124 Конституції України щодо необмеженості права на судовий захист і поширення юрисдикції судів на всі правовідносини, що виникають у державі, слід зробити висновок, що існуючий стан речей не відповідає сучасним уявленням про судову юрисдикцію і не виправдано ускладнює механізм реалізації права на доступ до суду. Поняття юрисдикції в господарському судочинстві не може зводитися лише до спору про право. Як зазначає О. А. Беляневич, коли сторони угоди звертаються до суду з вимогою розтлумачити договір з превентивною метою, щоб уникнути порушення його умов при виконанні через відсутність їх однозначного розуміння, то на цей час спір про право в традиційному для процесуальних наук розумінні між сторонами відсутній, й швидше йдеться про захист інтересів сторін [18]. Важливим питанням, пов'язаним з проблемою юрисдикційності вимог про тлумачення змісту договору, є визначення виду провадження, в поряд-

ку якого підлягають розгляду такі вимоги. Розгляд справ про тлумачення змісту договору потребує або розширення змісту поняття "позов" і, відповідно, визнання права на подання безспірних позовів, або запровадження спеціальної процесуальної форми розгляду таких справ у межах окремого провадження. Під господарською справою можна загалом розуміти прийняту до провадження в порядку господарського судочинства правову вимогу заінтересованої особи, яка стверджує перед судом про наявність у неї певного права, свободи або охоронюваного законом інтересу, які потребують захисту. Вимога спірності правовідносин при розгляді справ про тлумачення змісту договору не може і не повинна бути вирішальною при вирішенні питання про юрисдикцію суду щодо розгляду таких вимог. У зв'язку з цим слід визнати хибною практику відмови господарськими судами в розгляді вимог про тлумачення змісту договору, в яких, на їхню думку, немає спору про право. Вважаємо слушними висловлювані в літературі пропозиції [19] щодо необхідності додаткового законодавчого врегулювання питань про процесуальні підстави, механізм і процесуальну форму вирішення вимог про тлумачення змісту правочину, що, з-поміж іншого, передбачає також необхідність вирішення питання про вид провадження, в якому повинні розглядатися вимоги про тлумачення змісту правочину, а також питання визначеності сторін справи, в якій розглядаються такі вимоги, й розподілу в ній судових витрат;

5) доступ до судових рішень:

Відповідно до ст. 2 Закону України від 22 грудня 2005 р. "Про доступ до судових рішень" відкритість судових рішень забезпечується такими способами: проголошенням судового рішення в залі судового засідання; забезпеченням доступу до матеріалів справи та наданням копії рішення; офіційним оприлюдненням судових рішень на офіційному веб-порталі судової влади України; публікацією текстів судових рішень у друкованих виданнях.

З 1 червня 2006 р. для доступу до судових рішень судів загальної юрисдикції Державна судова адміністрація на виконання Закону України "Про доступ до судових рішень" запровадила Єдиний державний реєстр судових рішень, який є автоматизованою системою збирання, зберігання, захисту, обліку, пошуку та надання електронних копій судових рішень.

Закон України "Про доступ до судових рішень" увів поняття офіційного опублікування судового рішення. Офіційне опублікування у друкованому виданні гарантує відповідність тексту судового рішення оригіналові, позаяк здійснюється за умови звернення з оригіналом або електронною копією судового рішення, внесення до Реєстру та відповідного посвідчення Державної судової адміністрації.

Проведене дослідження дозволяє сформулювати певні висновки, що стосуються механізмів забезпечення єдності судової практики в господарському судочинстві, які являють собою динамічну внутрішньоузгоджену систему взаємопов'язаних процесуальних та позапроцесуальних засобів, за допомогою якої забезпечується єдність судової практики в господарському судочинстві.

З'ясування закономірностей забезпечення єдності судової практики досягається в результаті дослідження єдиного й цілісного механізму її забезпечення. Категорія "механізм забезпечення єдності судової практики" акцентує увагу саме на динамічних зв'язках між основними умовами, передумовами і засобами її забезпечення. При цьому, на нашу думку, необхідно враховувати як *нормативно-правові* (національне і міжнародне законодавство), так і *інституційні* (система відповідних судових органів) *засоби*.

Механізми забезпечення єдності судової практики в господарському судочинстві можуть бути класифікова-

ні: 1) за змістом, – на *процесуальні* (судове тлумачення, апеляційний та касаційний перегляд рішень господарських судів, перегляд ВСУ) та *позапроцесуальні* (методична допомога, рекомендаційні роз'яснення, офіційне тлумачення, забезпечення доступу до судових рішень господарських судів), – якщо перша група механізмів визначає саме процесуальну діяльність господарського суду й учасників процесу, направлену на однакове застосування господарськими судами однієї й тієї ж норми матеріального права в подібних правовідносинах, то друга – являє собою сукупність організаційно-правових заходів, направлених на забезпечення єдності судової практики в господарському судочинстві; 2) за спрямованістю, – на механізми цільового (наприклад, перегляд судових рішень ВСУ, офіційне тлумачення) та функціонального (наприклад, перегляд судових рішень в апеляційному та касаційному порядку) спрямування, – якщо перша група механізмів характеризується прямим ("цільовим") спрямуванням на забезпечення єдності судової практики, то друга – направлена на досягнення однаковості судової практики лише побічно, поряд із досягненням основної мети, якою може бути, наприклад, перевірка законності та обґрунтованості судового рішення при апеляційному перегляді тощо.

Без сумніву, проблеми процесуальних та позапроцесуальних механізмів забезпечення єдності судової практики, у тому числі дискусійні питання, потребують подальших наукових досліджень.

1. Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права / Н. М. Коркунов. – М.: Н. К. Мартынов, 1909. – 354 с. 2. Вильянский С. К вопросу об источниках советского права / С. Вильянский // Проблемы социалистического права. – 1939. – № 4–5. – С. 62–71. 3. Гайворонский В. М. До питання про концептуальні засади законотворення (на прикладі законодавства про банкрутство) / В. М. Гайворонський, М. І. Тітов // Вісник господарського судочинства. – 2002. – № 1. – С. 182–186.
4. Беляневич В. Е. Про однаковість судової практики / В. Е. Беляневич // Юридичний журнал. – 2002. – № 2 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://justinian.com.ua/article.php?id=436/>.
5. Демченко Г. В. Судебный прецедент / Г. В. Демченко. – Варшава: Тип. Варш. учеб. окр., 1903. – 252 с. 6. Теория государства и права / [под ред. В. Г. Стрекозова]. – М.: ОМЕГА-Л, 2006. – 384 с. 7. Алексеев С. С. Проблемы теории права. Курс лекций в 2-х томах. Том 1. / С. С. Алексеев. – Свердловск: Изд-во Свердловского юрид. ин-та, 1972. – 396 с. 8. Лукьянова Е. Г. Теория процессуального права / Е. Г. Лукьянова. – М.: Норма, 2004. – 240 с. 9. Протасов В. Н. Основы общеправовой процессуальной теории / В. Н. Протасов. – М.: Юрид. лит., 1991. – 143 с. 10. Забезпечення однакового застосування законів судами: механізми, практика України та інших країн, аналіз пропозицій для України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.pravo.org.ua/files/Sud/4-11-05.doc>.
11. Сірий М. І. Забезпечення єдності судової практики – важливий напрям розвитку правової системи України / М. І. Сірий // Вісник Центру суддівських студій. – 2006. – № 6. – С. 6–8. 12. Беляневич В. Е. Судова реформа: деякі проблеми другого етапу / В. Е. Беляневич // Вісник господарського судочинства України. – 2003. – № 2. – С. 164–177. 13. Осетинський А. Сучасна роль касаційної інстанції в умовах реформування господарського судочинства / А. Осетинський // Право України. – 2011. – № 6. – С. 50–56.
14. Мармазов В. Принцип stare decisis та динамічність практики Європейського суду з прав людини / В. Мармазов // Право України. – 2003. – № 2. – С. 140–141. 15. Беляневич В. Е. Деякі питання перегляду Верховним Судом України судових рішень Вищого господарського суду України / В. Е. Беляневич // Українське комерційне право. – 2011. – № 11. – С. 43–50. 16. Вільгушинський М. Й. Позапроцесуальні повноваження Верховного Суду України та вищих судів щодо забезпечення єдності судової практики / М. Й. Вільгушинський // Часопис цивільного і кримінального судочинства. – 2011. – № 3. – С. 142–146. 17. Ілляк Ф. Забезпечення єдності судової практики – основна місія Верховного Суду України / Ф. Ілляк, Д. Ковальський // Юридичний вісник України. – 2008. – № 1–2 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.yuifincom.kiev.ua/uvu/>.
18. Шадура Д. Юрисдикційність вимог про тлумачення змісту правочину за статтею 213 Цивільного кодексу України / Д. Шадура // Юстиніан. – 2009. – № 5 [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=3201>.
19. Беляневич О. А. Теоретичні питання тлумачення договорів / О. А. Беляневич // Центр економічної освіти [електронний ресурс]. – Режим доступу: www.ceo.kiev.ua/art1.php.
20. Бодров С. Ю. Судебный прецедент в системе источников российского права: вопросы теории и практики : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / С. Ю. Бодров. – Ульяновск, 2004. – 196 с.

УДК 346.52

В. Щербина, д-р юрид. наук, проф.

ПОНЯТТЯ ТА ВИДИ ЗАСОБІВ ДЕРЖАВНОГО РЕГУЛЮВАННЯ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Стаття присвячена дослідженню поняття та засобів державного регулювання господарської діяльності в Україні. Ключові слова: господарська діяльність, державне регулювання господарської діяльності, засоби державного регулювання.

Статья посвящена исследованию понятия и средств государственного регулирования хозяйственной деятельности в Украине.

Ключевые слова: хозяйственная деятельность, государственное регулирование хозяйственной деятельности, средства государственного регулирования.

The article is devoted research of concept and facilities of government control of economic activity in Ukraine. Keywords: economic activity, government control of economic activity, facilities of government control.

Частиною 1 ст. 12 Господарського кодексу України (далі – ГК України) встановлено, 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. По-суті, цією нормою визначено глобальну (стратегічну) мету застосування засобів і механізмів державного регулювання господарської діяльності.

Незважаючи на величезне значення засобів і механізмів регулювання господарської діяльності, в господарсько-правовій науці питання поняття засобів державного регулювання, їх переліку, особливостей застосування у різних галузях і сферах господарювання не були предметом комплексних досліджень, а, відтак, не отримали належного висвітлення в юридичній літературі.

Поза увагою науковців залишилися також і проблеми застосування механізмів регулювання господарської діяльності, у тому числі – поняття цієї юридичної категорії, змісту елементів механізму регулювання господарської діяльності, функціонування зазначеного механізму.

Значно більше уваги приділяється державному регулюванню економіки представниками економічних наук.

Метою цієї статті є з'ясування поняття та видів засобів державного регулювання господарської діяльності, а також визначення можливих шляхів удосконалення законодавства, спрямованих на упорядкування механізмів регулюючого впливу держави на суб'єктів господарювання.

У підручниках та навчальних посібниках з державного регулювання економіки, написаних відомими українськими вченими-економістами, як правило, державне регулювання економіки розглядається як система заходів задля здійснення підтримуючої, компенсаційної та регулюючої діяльності держави, спрямованої на створення нормальних умов ефективного функціонування ринку та вирішення складних соціально-економічних проблем розвитку національної економіки й всього суспільства [1; 2; 3; 4; 5; 6].

Російські вчені-юристи визначають державне регулювання економіки як діяльність держави в особі її органів, спрямовану на реалізацію державної економічної політики з використанням спеціальних засобів, форм і методів [7, с. 387-388].

При цьому об'єктами державного регулювання економіки розглядаються сфери, галузі, регіони, а також явища, ситуації та умови соціально-економічного життя країни, де виникли або можуть виникати проблеми, які не вирішуються автоматично або невідкладно, як того вимагають умови нормального функціонування економіки й підтримання соціальної стабільності.

Разом з тим зазначається, що визначення об'єкта державного регулювання економіки залишається складною теоретичною проблемою.

Так, найбільш агрегованим об'єктом державного регулювання економіки називають економічну систему держави.

До об'єктів державного регулювання економіки вчені-економісти відносять також: економічні підсистеми (економіка регіонів, народногосподарських комплексів, галузей; сектори економіки; стадії відтворення); соціально-економічні процеси (економічні цикли, демографія, зайнятість, інфляція, науково-технічний прогрес, екологія, кон'юнктура і т. д.); відносини (кредитні, фінансові, зовнішньоекономічні тощо); ринки (товарів, послуг, інвестицій, цінних паперів, валюти, фондів, капіталів і т. д.).

Складність втілення зазначених об'єктів державного регулювання в чіткі організаційні форми зумовлює, як правило, опосередкований вплив держави на функціонування та розвиток підсистем, процесів, відносин, ринків і т. п. Саме тому безпосереднім об'єктом державного регулювання є діяльність підприємств (установ, закладів, організацій), державних органів.

В контексті цього дослідження, як буде зазначено нижче, об'єктом державного регулювання, стосовно якого застосовуються ті або інші засоби державного регулювання, виступатиме господарська діяльність суб'єктів господарювання. Таким чином, об'єкт державного регулювання у цьому випадку значно вузьчий, ніж об'єкт (об'єкти) державного регулювання економіки, що і зумовлює застосування специфічних засобів державного регулювання.

Процеси переходу економіки України на ринкові засади, хоч і проходять у сповільненому темпі, який навряд чи може задовольнити суспільство, все ж вимагають відповідних змін у співвідношенні питомої ваги між державним регулюванням економіки і дією ринкових законів. Головна мета таких змін полягає у пошуку оптимального співвідношення між цими двома групами важелів впливу на економічну систему держави, яке, втім, намагання прагнути до стабільності, з урахуванням певних економічних, соціальних, політичних та інших умов не може залишатися абсолютно незмінним, оскільки має враховувати і адекватно реагувати на зміни, що відбуваються в суспільстві загалом і в його економічній системі зокрема.

В таких умовах здійснення державного регулювання господарської діяльності надзвичайно актуальною проблемою постає проблема застосування засобів державного регулювання господарської діяльності, які у своїй сукупності, очевидно, і визначають рівень впливу держави на господарське життя, на економічні процеси, що відбуваються в країні.

Цей рівень може бути занадто високим, таким, що обмежує дію економічних законів вільного ринку, свободу підприємницької діяльності і створює загрозу повернення до адміністративно-командної системи управління економікою.

Він може бути занадто низьким, недостатнім для забезпечення впливу держави на економічні процеси, що призводить до нівелювання дії державних важелів на макро- та мікроекономічні процеси, до "стихийного" ринку, анархії і непорядкованості в господарських (особливо організаційно-господарських) відносинах.

Таким чином, розв'язання проблеми вибору засобів державного регулювання господарської діяльності, встановлення оптимального співвідношення між ними при здійсненні державного регулювання у різних сферах і галузях державного регулювання сприятиме побудові оптимальної моделі ринкової економіки в Україні, як соціальній державі, відмові від "ручного управління" і прийняття суб'єктивних управлінських рішень, а, зрештою, – забезпеченню балансу приватних і публічних інтересів у цій сфері суспільного життя.

З урахуванням цього, великого значення набуває також вирішення проблеми визначення чітких *критеріїв ефективності* впливу різноманітних засобів і механізмів державного регулювання господарської діяльності на рівень розвитку економіки, її конкурентоспроможність на європейському та світовому ринках, а також на зростання добробуту українського народу.

Проте, пошук відповідей на всі окреслені питання і виявлення та вирішення існуючих проблем видаються неможливими без з'ясування поняття і змісту державного регулювання господарської діяльності і його співвідношення з суміжними категоріями.

В законодавстві і юридичній літературі відсутнє узагальнене визначення поняття державного регулювання господарської діяльності, попри те, що в окремих нормативно-правових актах, прийнятих переважно у формі законів, йдеться про державне регулювання діяльності в окремих галузях чи сферах.

Аналіз чинного господарського законодавства та спеціальної літератури з тематики дослідження дозволяє сформулювати таке визначення поняття державного регулювання господарської діяльності: *державне регулювання господарської діяльності – це здійснення державою в особі її компетентних органів комплексу економіко-правових, організаційно-правових (управлінських) та юридичних (правових) заходів щодо упорядкування діяльності господарських організацій та фізичних осіб-підприємців з метою реалізації економічної політики, виконання цільових економічних та інших програм і програм економічного і соціального розвитку шляхом застосування різноманітних засобів і механізмів такого регулювання.*

Державне регулювання господарської діяльності за своєю природою є одним із видів *соціального регулювання*, під яким розуміють процес упорядкування поведінки соціальних суб'єктів через надання їм прав на певні дії, покладання обов'язків, установлення заборон, застосування заохочення та примусу [8, с. 128], тобто, по-суті, через застосування певних засобів, інструментів.

Глумачні словники розуміють під засобом, зокрема, те, що служить знаряддям в якій-небудь дії, справі [9, с. 215; 10, с. 325].

В наукових дослідженнях з загальної теорії права та з окремих галузей права головна увага приділяється категорії "правові засоби". У зв'язку з цим певний інтерес становить дослідження співвідношення понять "правові засоби" і "засоби державного регулювання".

Незважаючи на використання категорії "правові засоби", законодавство не наводить визначення даного поняття і не містить їх переліку, що за відсутності глибоких спеціальних теоретичних досліджень породжує труднощі, пов'язані з вибором правових засобів, най-

більш прийнятних для вирішення конкретних ситуацій, та їх правильним застосуванням [11, с. 33-34].

Тому цілком справедливо складність застосування господарського-правових засобів пов'язують із відсутністю їх системного викладення на законодавчому рівні [12, с. 155].

В.М. Карташов, розуміючи під засобами предмети (явища, процеси), за допомогою яких забезпечується досягнення мети, одержання необхідного результату юридичної діяльності, поділяє їх на соціально-юридичні, технічні, матеріальні й інтелектуальні, прості і складні, усні і письмові, імперативні і диспозитивні. При цьому до правових він відносить засоби, які закріплені нормативно-правовими актами і підлягають обов'язковому використанню в зазначених ситуаціях [13, с. 62-64].

Чи не одним з перших в теорії соціалістичного права порушив проблему правових засобів С.С. Алексєєв [14, с. 12-15.]. Втім поняття правових засобів і раніше використовувалося в наукових працях, щоправда, без пояснення його змісту [15; 16; 17, с. 40-44; 18, с. 68-70]. С.С. Алексєєв визначав правові засоби як норми права, індивідуальні приписи та веління, договори, засоби юридичної техніки, всі інші інструменти регулювання, що розглядаються в єдності характерного для них змісту і форми [14, с. 14].

Повернувшись до проблематики правових засобів значно пізніше, С.С. Алексєєв дійшов висновку, що правові засоби у сфері юридичного регулювання суспільних відносин можуть бути підсумовані у вигляді свого роду "тріяди":

заборони, тобто зобов'язування до утримання від вчинення певних дій;

позитивні зобов'язування, тобто покладання обов'язку щодо певних позитивних дій – передання майна, вчинення робіт тощо;

дозволення, тобто надання гарантованого простору для власної, на свій розсуд, поведінки даного суб'єкта [19, с. 32].

Інші вчені під правовими засобами розуміють правові явища, що виражаються в інструментах (установленнях) і діяннях (технології), за допомогою яких задовольняються інтереси суб'єктів права, забезпечується досягнення соціально корисних цілей [20, с. 66-67].

Очевидно, що в контексті нашого дослідження під правовими засобами державного регулювання господарської діяльності доцільно розуміти закріплені в правовій (юридичній) формі засоби (інструменти, знаряддя) економічного, організаційного і правового впливу держави на діяльність суб'єктів господарювання.

Свого часу ми зазначали, що правові засоби, які застосовуються при здійсненні різних функцій, відрізняються різноманітністю, і їхній склад (обсяг) залежить від призначення конкретної функції [11, с. 34].

Звідси цілком логічним буде висновок, що в основу визначення переліку засобів державного регулювання господарської діяльності мають бути покладені функції держави в економічній сфері, до яких, на думку В.О. Котюка, зокрема, відносяться: а) господарсько-організаційна (організація виробництва, планування, управління і самоуправління, програмування тощо); б) господарсько-стимулююча (створення умов для розвитку виробництва, захист різних форм власності тощо) [21, с. 296].

Слід зазначити, що, незважаючи на окремі спроби дослідити певні аспекти правових засобів [22, с. 34-37; 12, с. 144-165; 23, с. 78-145], загалом сучасна наука господарського права не приділяє достатньої уваги загальнотеоретичним питанням застосування правових засобів у сфері господарювання, у тому числі засобів державного регулювання господарської діяльності.

Зі змісту ст. 12 ГК України випливає, що законодавець вживає, як тотожні, юридичні конструкції "засоби державного регулювання господарської діяльності" і "засоби регулюючого впливу на суб'єктів господарювання".

Разом з тим поряд з юридичною конструкцією "засоби державного регулювання господарської діяльності" в чинному законодавстві вживається конструкція "засоби регуляторного впливу на суб'єктів господарювання", як це має місце, наприклад, в Законі України від 9 липня 2010 р. "Про державне регулювання у сфері комунальних послуг" [24].

Очевидно, виходячи з цього, в окремих публікаціях спостерігаємо ототожнення зазначених понять [25], хоч для цього немає жодних підстав, оскільки, незважаючи на схожість, йдеться все-таки про різні види регулюючого впливу.

Так, в Законі України від 11 вересня 2004 р. № 1160-IV "Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності" [26] під регуляторною діяльністю розуміється діяльність, спрямована *на підготовку, прийняття, відстеження результативності та перегляд регуляторних актів* [курсив наш. – В.Щ.], яка здійснюється регуляторними органами, фізичними та юридичними особами, їх об'єднаннями, територіальними громадами в межах, у порядку та у спосіб, що встановлені Конституцією України, цим Законом та іншими нормативно-правовими актами.

Регуляторним актом зазначений закон визначає: а) прийнятий уповноваженим регуляторним органом нормативно-правовий акт, який або окремі положення якого спрямовані на правове регулювання господарських відносин, а також адміністративних відносин між регуляторними органами або іншими органами державної влади та суб'єктами господарювання; б) прийнятий уповноваженим регуляторним органом інший офіційний письмовий документ, який встановлює, змінює чи скасовує норми права, застосовується неодноразово та щодо невизначеного кола осіб і який або окремі положення якого спрямовані на правове регулювання господарських відносин, а також адміністративних відносин між регуляторними органами або іншими органами державної влади та суб'єктами господарювання, незалежно від того, чи вважається цей документ відповідно до закону, що регулює відносини у певній сфері, нормативно-правовим актом.

Таким чином, регуляторну діяльність (регуляторний вплив) можна визначити лише як один із аспектів (засобів) регулюючого впливу держави на діяльність суб'єктів господарювання.

Разом з тим в науковій літературі (переважно економічній) зустрічаються і такі конструкції, як "засоби державного регулювання економіки" (остання є *більш широкою* у порівнянні з конструкцією "засоби державного регулювання господарської діяльності"), і "засоби державного регулювання підприємницької діяльності" [27, с. 145-150], яка, з урахуванням того, що підприємницька діяльність є одним із видів господарської діяльності, на що прямо зазначається в ст. 42 ГК України, є вужчою від конструкції "засоби державного регулювання господарської діяльності" [28, с. 297-298].

В рамках цього дослідження ми оперуватимемо поняттям "засоби державного регулювання господарської діяльності", виходячи з того, що, по-перше, саме таку конструкцію вжито в ГК України, по-друге, зазначена конструкція найбільш точно і адекватно відображає зміст регулюючого впливу держави на діяльність суб'єктів господарювання.

Перелік засобів державного регулювання господарської діяльності, встановлений ч. 2 ст. 12 ГК України, є

примірним і відкритим, на що вказує вжито у цій частині словосполучення "основними засобами регулюючого впливу...є", а також словосполучення "різноманітні засоби", застосоване в ч. 1 зазначеної статті.

Ця тенденція спостерігається і в нормативно-правових актах, що визначають правові засади державного регулювання в окремих галузях і сферах господарювання.

Наприклад, відповідно до ч. 5 Закону України від 9 липня 2010 р. № 2479-VI "Про державне регулювання у сфері комунальних послуг" [29] Національна комісія, що здійснює державне регулювання у сфері комунальних послуг, застосовує такі засоби регуляторного впливу на суб'єктів природних монополій та суб'єктів господарювання на суміжних ринках:

1) ліцензування господарської діяльності та контроль за дотриманням ліцензійних умов;

2) встановлення тарифів на комунальні послуги для суб'єктів природних монополій та суб'єктів господарювання на суміжних ринках;

3) встановлення для суб'єктів природних монополій, які провадять діяльність у сфері централізованого водопостачання та водовідведення, індивідуальних технологічних нормативів використання питної води;

4) *інші засоби* [курсив наш. – В.Щ.], передбачені чинним законодавством України.

Разом з тим, оскільки названі в ч. 5 Закону України "Про державне регулювання у сфері комунальних послуг" засоби є відповідно до ч. 2 ст. 12 ГК України засобами *регулюючого*, а не *регуляторного* впливу [курсив наш. – В.Щ.] положення ст. 5 зазначеного закону доцільно привести у відповідність до термінології, вжитої в ГК України.

В окремих законах спостерігається невиправдане застосування терміну "форми" замість терміну "засоби" (наприклад, в ст. 3 Закону України "Про державне регулювання ринку цінних паперів", в ст. 20 Закону України "Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг"), наслідком чого стала неузгодженість положень низки поточних законів положенням ст. 12 ГК України.

Спостерігається подібне ототожнення і в наукових працях. Так, російський вчений С.М. Шишкін стверджує, що термінологічне позначення заходів державного регулювання економіки не має принципового значення [30, с. 114], і в подальшому в своїй праці іменує формами ті заходи, які в ст. 12 ГК України відносяться до засобів.

З таким підходом автора погодитися не можна, оскільки, як філософська категорія, форма – це спосіб існування і вираження змісту [31, с. 595; 10, с. 395], тоді як засіб – це інструмент, за допомогою якого здійснюється регулюючий вплив, те, що служить знаряддям в якійсь діяльності, справі [10, с. 325].

З іншого боку, в російській літературі має місце віднесення до економічних засобів державного регулювання таких *форм* державного регулювання як державне прогнозування та планування соціально-економічного розвитку [32, с. 398-400]. Подібне ототожнення мало місце і в українській науковій та навчальній літературі, але до прийняття ГК України [33, с. 184-185].

Спірним, на наш погляд, є ототожнення понять "засоби" і "методи" державного впливу на господарську діяльність [34, с. 62-63; 35, с. 22-23], оскільки засіб – це знаряддя, інструмент (відповідає на питання "що?"), а метод – спосіб або (іноді) сукупність способів (відповідає на питання "як, яким чином?").

Інтерес викликає також питання щодо співвідношення засобів державного регулювання господарської діяльності і механізмів такого регулювання. Оскільки в ч. 1 ст. 12 ГК України застосовано конструкцію "засоби і

механізми", навряд чи можна погодитися з Ю.Є. Атамановою, яка зазначає, що до господарсько-правових засобів слід віднести ті, що у формі правових механізмів реалізують засоби регулюючого впливу держави на діяльність суб'єктів господарювання.

Нарешті, ще один аспект, який стосується співвідношення державного регулювання і правового регулювання господарської діяльності, а відтак, співвідношення засобів і правових засобів державного регулювання. Правове регулювання господарської діяльності, в процесі якого, опираючись на результати наукового дослідження С.С. Алексєєва, можна виділити такі стадії як: 1) стадія формування і дії юридичних норм; 2) стадія виникнення прав і обов'язків (правовідносин); 3) стадія реалізації прав і обов'язків; 4) стадія застосування права [36, с. 26], є важливою складовою її державного регулювання. В науці господарського права при дослідженні проблем державного регулювання господарської діяльності увага акцентується, головним чином, на його нормативному регулюванні, тобто власне на прийнятті нормативно-правових актів, як на одній із правових форм державного регулювання економіки, тісно пов'язаній з державною регуляторною політикою [37, с. 116], як якісно новим управлінням у сфері економіки – управлінням нормотворчою діяльністю [38, с. 24].

Перелік *основних засобів регулюючого впливу держави на діяльність суб'єктів господарювання* визначено в ч. 2 ст. 12 ГК. До нього входять:

державне замовлення;
ліцензування, патентування і квотування;
сертифікація та стандартизація;
застосування нормативів та лімітів;
регулювання цін і тарифів;
надання інвестиційних, податкових та інших пільг;
надання дотацій, компенсацій, цільових інновацій та субсидій.

Зі змісту наведеної норми вбачається, що в ній названі *основні* засоби державного регулювання господарської діяльності, і тим самим законодавець передбачає ще і можливість використання інших, "неосновних", "другорядних" засобів регулюючого впливу. У зв'язку з цим зазначимо, що така редакція ч. 2 ст. 12 ГК України не може не викликати заперечення, оскільки окремі засоби державного регулювання, які в ч. 2 ст. 12 ГК України віднесені до основних, у ряді випадків їх застосування зовсім такими не виступають. Натомість, засоби державного регулювання, які взагалі не зазначені в ч. 2 ст. 12 ГК України, за певних умов виступають саме як основні.

Вважаємо, що з урахуванням цього ч. 2 ст. 12 ГК України потребує редакційних уточнень, зокрема шляхом доповнення її абзацом такого змісту:

"інші засоби державного регулювання господарської діяльності, встановлені цим Кодексом та іншими законами".

Як зазначено в ч. 3 ст. 12 ГК України, умови, обсяги, сфери та порядок застосування окремих видів засобів державного регулювання господарської діяльності визначаються ГК України, іншими законодавчими актами [39], а також програмами економічного і соціального розвитку. Встановлення та скасування пільг і переваг у господарській діяльності окремих категорій суб'єктів господарювання здійснюються відповідно до ГК України та інших законів.

Досить значний перелік засобів державного регулювання господарської діяльності, передбачених актами господарського законодавства, їх різноманітність зумовлюють потребу в їх класифікації, проте в науці господарського права не приділялося належної уваги класифікації засобів державного регулювання господарської

діяльності, хоч деякі аспекти цієї проблематики були предметом аналізу українських науковців.

Так, Ю.Є. Атаманова вказує, що всі зазначені в ст. 12 ГК України засоби мають економічний характер. Використання одних з них (абз. 2-6 ч. 2 ст. 12) спрямовано на забезпечення усталеності економічної системи, інших же (абз. 7, 8 ч. 2 ст. 12), – зумовлено необхідністю стимулювання важливих для держави секторів, галузей економіки та видів господарської діяльності [12, с. 156].

На нашу думку, передбачені законодавством засоби державного регулювання господарської діяльності можуть бути класифіковані за кількома критеріями.

Так з урахуванням характеру (сутності) тих або інших засобів державного регулювання господарської діяльності, є всі підстави для того щоб умовно поділити всі (як зазначені в ст. 12 ГК України, так і в інших статтях ГК та в інших законах) засоби державного регулювання господарської діяльності на 3 групи:

– *економіко-правові засоби* (державне замовлення; державні закупівлі; регулювання цін і тарифів; надання інвестиційних, податкових та інших пільг; надання дотацій, компенсацій, цільових інновацій та субсидій);

– *організаційно-правові засоби* (ліцензування і квотування, видача документів дозвільного характеру [40], сертифікація та стандартизація, застосування нормативів і лімітів, контроль та нагляд за господарською діяльністю);

– *юридичні (правові) засоби*, які охоплюють штрафні та адміністративно-правові санкції, організаційно-господарські договори, типи та примірні договори.

Залежно від того, стосовно яких суб'єктів застосовуються засоби державного регулювання, можна розрізнити *індивідуальні, групові і загальні* для всіх суб'єктів господарювання засоби державного регулювання.

Виходячи з обов'язковості застосування тих або інших засобів щодо окремих видів господарської діяльності або окремих суб'єктів господарювання, їх можна поділити на *обов'язкові і необов'язкові*.

За строками застосування можна виділити *разові, тимчасові і постійні* засоби державного регулювання.

Не викликає особливих заперечень поділ засобів державного регулювання господарської діяльності на *засоби тарифного регулювання* (регулювання цін і тарифів, надання інвестиційних, податкових та інших пільг; надання дотацій, компенсацій, цільових інновацій та субсидій) і *нетарифного регулювання* (ліцензування і квотування, сертифікація та стандартизація, застосування нормативів і лімітів) а також на *адміністративні*, які передбачають встановлення певних правил або обмежень у здійсненні господарської діяльності, порушення яких тягне за собою застосування адміністративно-господарських санкцій, і *економічні*, які спрямовані на підтримку окремих суб'єктів господарювання, забезпечення їх заінтересованості в проведенні суспільно важливих видів виробничої діяльності чи здійсненні інших соціально значимих заходів у господарській сфері [41, с. 48].

Поділ засобів державного регулювання господарської діяльності на види, їх класифікація дозволяють виявити різноманітні функції зазначених засобів у певних галузях, сферах і видах господарської діяльності з урахуванням форм і методів державного регулювання економіки.

Висновки.

Засоби державного регулювання господарської діяльності – це встановлені законом економічні, організаційні і правові інструменти (знаряддя) регулюючого впливу держави в особі уповноважених органів на діяльність суб'єктів господарювання.

Застосування засобів державного регулювання господарської діяльності має бути спрямоване на розв'язання двох основних задач:

1) забезпечення оптимального державного регулювання, яке б виключало надмірне втручання держави в організацію і здійснення господарської діяльності;

2) забезпечення оптимального поєднання ринкового саморегулювання економічних (господарських) відносин суб'єктів господарювання та державного регулювання макроекономічних процесів в державі.

Дослідження деяких аспектів застосування засобів державного регулювання господарської діяльності в Україні виявило низку проблем, що потребують розв'язання з метою його вдосконалення.

1. З урахуванням конституційного положення щодо обов'язку органів державної влади та органів місцевого самоврядування діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України (ч. 2 ст. 19 Конституції України), вважаємо за доцільне передбачати у відповідних законах, що визначають компетенцію певних органів державної влади (у тому числі уповноважених органів у певних сферах господарювання) та органів місцевого самоврядування, чіткий перелік засобів державного регулювання господарської діяльності, що їх мають право застосовувати зазначені органи для реалізації економічної політики, виконання цільових та інших програм і програм економічного і соціального розвитку з метою забезпечення регулюючого впливу держави на діяльність суб'єктів господарювання.

2. При цьому за основу визначення переліку таких засобів мають обиратися засоби державного регулювання господарської діяльності, визначені ч. 2 ст. 12 ГК України, примірний перелік яких доцільно розширити, зокрема, за рахунок засобів, зміст яких розкрито в ст. 17, 18, 19 ГК України, а також таких засобів як державні закупівлі, типові і примірні договори, тарифне і нетарифне регулювання імпорту товарів тощо.

Водночас, перелік засобів державного регулювання господарської діяльності, встановлений ч. 2 ст. 12 ГК України потребує коригування шляхом приведення його у відповідність до змін, що відбулися в чинному законодавстві (зокрема, у зв'язку з прийняттям Податкового кодексу України).

3. Як і раніше, залишається невирішеною проблема уніфікації положень тих законів, норми яких визначають мету, завдання, способи державного регулювання певних видів господарської діяльності (ринків), а також приведення їх у відповідність до положень ГК України в частині визначення засобів державного регулювання господарської діяльності.

4. Вважаємо за доцільне узгодити положення ч. 2 ст. 12 ГК України, яка встановлює перелік основних засобів регулюючого впливу держави на діяльність суб'єктів господарювання (зазначений перелік має носити характер примірний), з положеннями наступних статей ГК України таким чином, щоб докладніше визначити зміст та механізми застосування всіх засобів, перелічених в ч. 2 ст. 12 ГК України, в окремих статтях кодексу (наприклад, застосування нормативів та лімітів, регулювання цін і тарифів, надання пільг, цільових інновацій і субсидій).

5. Регулювання (в тому числі державне) господарської діяльності в окремих сферах (на ринках) здійснюється саморегулювними організаціями (які не можуть бути віднесені до суб'єктів господарювання), правовий статус яких потребує легального визначення і закріплення у ГК України та у відповідних нормативно-правових актах. Виходячи з положень ст. 2 ГК України, саморегулювні організації можна віднести до організацій,

які здійснюють щодо суб'єктів господарювання організаційно-господарські повноваження. Проте здійснення цих повноважень відбувається не на основі відносин власності, а внаслідок *делегування їм зазначених повноважень уповноваженими органами держави відповідно до закону*. Це положення доцільно було б закріпити і в ст. 2 ГК України. В нормативно-правових актах, що регламентують діяльність саморегулювних організацій, доцільно чітко визначати перелік тих засобів державного регулювання, які можуть бути делеговані зазначеним організаціям відповідними органами державної влади.

- Гриньова В. М. Державне регулювання економіки: Підручник / В. М. Гриньова, М. М. Новикова. – К.: Знання, 2008. – 398 с.
- Дідківська Л. І. Державне регулювання економіки: Навчальний посібник / Л. І. Дідківська, Л. С. Головка. – К.: Знання-Прес, 2003. – 214 с.
- Ковтун О. І. Державне регулювання економіки: Навчальний посібник / О. І. Ковтун. – Львів: "Новий Світ-2000", 2006. – 432 с.
- Михасюк І. Р. Державне регулювання економіки: Підручник / І. Р. Михасюк, Л. А. Швайка. – Львів: "Магнолія 2006", 2008. – 220 с.
- Навчальний посібник. Ч. 1 / Гіль С.С., Єфремова Л.В., Горобинська М.В., Приймак Л.І., Піддубна Л.І. – Харків: Вид. ХДЕУ, 2002. – 90 с.
- Швайка Л. А. Державне регулювання економіки: Навчальний посібник / Л. А. Швайка. – К.: Знання, 2006. – 435 с.
- Предпринимательское право Российской Федерации: учебник / отв. ред. Е.П. Губин, П.Г. Лахно. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Норма: ИНФРА-М, 2011, С. 387-388.
- Правознавство: Підручник / за ред. В.В. Копейчикова, А.М. Колодія. – К.: Юрінком Інтер. – 2004, С. 128.
- Великий тлумачний словник української мови / Упоряд. Т.В. Ковальова. – Харків: Фоліо, 2005. – С. 215.
- Сучасний тлумачний словник української мови: 65 тис. слів [Текст] / за заг. ред. В. В. Дубчинського. – Х.: ШКОЛА, 2006. – С. 325.
- Щербина В.С. Попередження господарських правопорушень / В.С. Щербина. – К.: Либідь, 1993, С. 33-34.
- Атаманова Ю.Є. Господарсько-правове забезпечення інноваційної політики держави: Монографія / Ю.Є. Атаманова. – Харків: Видавництво "ФІНН", 2008, С. 155.
- Карташов В.Н. Юридическая деятельность: понятие, структура, ценность: Монография / Под ред. д.ю.н. Н.И. Матузова / В.Н. Карташов. – Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1989, С. 62-64.
- Алексеев С.С. Правовые средства: постановка проблемы, понятие, классификация / С.С. Алексеев // Советское государство и право. – 1987. – № 6. – С. 12-15.
- Знаменский Г.Л. Совершенствование хозяйственного законодательства: цель и средства / Г.Л. Знаменский. – К.: Наукова думка. – 1980. – 187 с.
- Пугинский Б.И. Гражданско-правовые средства в хозяйственных отношениях / Б.И. Пугинский. – М.: Юрид. лит., 1984. – 224 с.
- Пугинский Б.И. Правовые средства в структуре хозяйственного механизма / Б.И. Пугинский // Экономико-правовые проблемы совершенствования хозяйственного механизма. – М.: Изд-во ИГиП АН СССР, 1984. – С. 40-44.
- Гайворонский В.Н. Хозяйственный механизм и правовые средства его совершенствования / В.Н. Гайворонский // Актуальные проблемы юридической науки на этапе развитого социализма. Краткие тезисы докладов и научных сообщений республиканской научной конференции, 16 – 18 октября 1985 г. – Харьков: Изд-во Харьк. юрид. ин-та, 1985. – С. 68-70.
- Алексеев С.С. Право на пороге нового тысячелетия: некоторые тенденции мирового правового развития – надежда и драма современной эпохи / С.С. Алексеев. – М.: "Статут", 2000, С. 32.
- Малько Л. В. Правовые средства: вопросы теории и практики / Л.В. Малько // Журнал российского права. – 1998. – № 8. – С. 66-77.
- Котюк В.О. Загальна теорія держави і права: Навч. посіб. / В.О. Котюк. – К.: Атіка, 2005, С. 296.
- Беляневич О.А. Господарське договірне право України (теоретичні аспекти): Монографія / О.А. Беляневич. – Юрінком Інтер, 2006, С. 34-37.
- Кузьміна М.М. Господарсько-правові засоби забезпечення якості продукції: Монографія / М.М. Кузьміна. – Харків: Видавництво "ФІНН", 2010, С. 78-145.
- Офіційний вісник України. – 2010. – № 55. – Ст. 1844.
- Ігнатушина М.І. Правові засоби державного регулювання зовнішньоекономічної діяльності / М.І. Ігнатушина // Международная научно-практическая Интернет-конференция "Экономико-правовые исследования в XXI веке" [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.hozpravo.com.ua/collections>
- Офіційний вісник України. – 2003. – № 41. – Ст. 2157.
- Васильців Т.Г. Удосконалення державного регулювання підприємницької діяльності в Україні / Т.Г. Васильців // Стратегічні пріоритети. – 2009. – № 1 (10). – С. 145-150.
- Щербина В.С. Поняття державного регулювання підприємницької діяльності / В.С. Щербина //Актуальні проблеми юридичної науки: Збірник тез міжнародної наукової конференції "Дев'яті осінні юридичні читання" (м. Хмельницький, 12-13 листопада 2010 року): У 4-х частинах. – Частина третя: "Цивільне право. Сімейне право. Міжнародне приватне право. Комерційне право. Цивільний, господарський та адміністративний процес". – Хмельницький: Видавництво Хмельницького університету управління та права, 2010, С. 297-298.
- Офіційний вісник України. – 2012. – № 55. – Ст. 1844.
- Шишкин С.Н. Предпринимательско-правовые (хозяйственно-правовые) основы государственного регулирования экономики: монография / С.Н. Шишкин; Российская акад. наук, Ин-т государства и права. – М.: Инфотропик Медиа, 2011, С. 114.
- Философский энциклопедический словарь / Редкол.: С.С. Аверинцев, Э.А. Араб-Оглы, Л.Ф. Ильичев и др. – 2-е изд. – М.: Сов. энциклопедия, 1989, С. 595.
- Предпринимательское право

Российской Федерации: учебник / отв. ред. Е.П. Губин, П.Г. Лахно, С. 398-400. 33. Хозяйственное право Украины: Учебник / В.К. Мамутов, Г.Л. Знаменский, К.С. Хахулина и др.; Под ред. Мамутова В.К. — К.: Юринком Интер, 2002, С. 184-185. 34. Хозяйственное право Украины: Учебник / Под ред. А.С. Васильева, О.П. Подцерковного. — 2-е изд., перераб. и доп. — Х.: ООО "Одиссей", 2006, С. 62-63. 35. Винник О.М. Господарське право: Навчальний посібник / О.М. Винник. — 2-ге вид., змін. та доп. — К.: Всеукраїнська асоціація видавців "Правова єдність", 2008, С. 22-23. 36. Алексеев С.С. Общая теория права. В двух томах. Т. II / С.С. Алексеев. — М.: Юрид. лит., 1982, С. 26. 37. Щербина В. Органи державної влади та органи місцевого самоврядування як учасники відносин у сфері господарювання / В. Щербина // Вісник господарського

судочинства. — 2008. — № 1. — С. 116. 38. Юлдашев О.Х. Проблеми вдосконалення регуляторної політики в Україні / О.Х. Юлдашев. — К.: Парламентське видавництво, 2005, С. 24. 39. Указ Президента України від 3 вересня 2007 р. "Про Концепцію вдосконалення державного регулювання господарської діяльності" // Офіційний вісник України. — 2007. — № 66. — Ст. 2540. 40. Закон України від 19 травня 2011 р. № 3392-VI "Про Перелік документів дозвільного характеру у сфері господарської діяльності" // Офіційний вісник України. — 2011. — № 45. — Ст. 1824. 41. Хозяйственный кодекс Украины: Научно-практический комментарий / Под общ. ред. А.Г. Бобковой. — Харьков: Издатель ФЛ-П Вапнярчук Н.Н., 2008, С. 48.

Надійшла до редколегії 09.10.12

УДК 347.451

Т. Боднар, д-р юрид. наук, проф.

ДОГОВІР ПРО ЗАКУПІВЛЮ: ОСОБЛИВОСТІ ЗМІСТУ ТА ПОРЯДКУ УКЛАДАННЯ

Стаття присвячена дослідженню особливостей змісту та порядку укладання договору про закупівлю.

Ключові слова: договір про закупівлю, зміст договору про закупівлю, укладання договору про закупівлю.

Статья посвящена исследованию особенностей содержания и порядка заключения договора о закупках.

Ключевые слова: договор о закупке, содержание договора о закупке, заключение договора о закупке.

The article is sanctified to research of features of maintenance and order of conclusion of treaty about purchases.

Keywords: agreement on a purchase, maintenance of agreement on a purchase, conclusion of treaty about a purchase.

Одним із специфічних видів цивільно-правових договорів є договір про закупівлю. Незважаючи на широке застосування цього договору у сфері державних закупівель, його не можна віднести до достатньо досліджених в науці цивільного права, що позначилося на відсутності відповідних публікацій в науковій літературі.

Поняття договору про закупівлю можна розглядати як узагальнююче для позначення групи договорів, що укладаються між замовником і учасником за результатами процедури закупівлі. Такий висновок впливає, зокрема, зі змісту п. 5 ч. 1 ст. 1 Закону України від 1 червня 2010 р. № 2289-VI "Про здійснення державних закупівель" [1].

Слід зазначити, що легальне визначення поняття "договір про закупівлю" неодноразово змінювалося. Так, у першій редакції Закону України від 22 лютого 2000 р. № 1490-III "Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти" [2] договором про закупівлю визнавався будь-який договір купівлі між замовником та виконавцем-переможцем процедур закупівлі, який укладався в результаті їх здійснення; відповідно до змін, внесених до зазначеного Закону Законом України від 16 січня 2003 р. № 434-IV "Про внесення змін до Закону України "Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти" [3], договором про закупівлю стали іменувати письмову угоду між замовником та учасником-переможцем процедури закупівлі, яка передбачає надання послуг, виконання робіт або набуття права власності на товар за відповідну плату. В Тимчасовому положенні про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти, затвердженому постановою Кабінету Міністрів України від 28 березня 2008 р. № 274 [4] на основі тексту визнаного таким, що втратив чинність, Закону України "Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти", яке згодом було визнане неконституційним, визначення поняття договору про закупівлю зазнало незначної зміни — замість терміну "угода" було вжито термін "правочин".

У чинному Законі України від 1 червня 2010 р. "Про здійснення державних закупівель" договір про закупівлю визначається як договір, який укладається між замовником і учасником за результатами процедури закупівлі та передбачає надання послуг, виконання робіт або набуття права власності на товари за державні кошти.

Наведене визначення поняття договору про закупівлю, на нашу думку, не можна визнати вдалим, оскільки воно не враховує, що у разі поставки чи купівлі-продажу

товарів до замовника, якщо ним є юридична особа (у тому числі суб'єкт господарювання), заснована на державній або комунальній власності (а саме такі суб'єкти найчастіше є замовниками), переходить не право власності, а право господарського відання чи право оперативного управління. Отже, це положення мало б знайти відображення в законодавчому визначенні поняття договору про закупівлю.

Крім того, відповідно до загальноновживаної в науці цивільного права та в законодавстві термінології більш вдалою у цьому легальному визначенні була б, на нашу думку, конструкція "передання товарів у власність (господарське відання, оперативне управління)" замість конструкції "набуття права власності на товари".

Оскільки договір про закупівлю є за своїм змістом двостороннім правочинним, на нього поширюються норми Цивільного кодексу України (далі — ЦК України): а) щодо правочинів, б) положення Книги п'ятої "Зобов'язальне право", в) норми, що регулюють відносини купівлі-продажу (поставки), підряду та надання послуг, а за правовою природою — договором господарським, то і загальні положення Господарського кодексу України (далі — ГК України) щодо господарських зобов'язань та господарських договорів та спеціальні норми щодо договорів поставки і підряду.

Специфічні ознаки договору про закупівлю зумовили потребу у встановленні для нього особливого правового режиму, основу якого складають Закон України "Про здійснення державних закупівель" і затверджені Наказом Міністерства економіки України від 27 липня 2010 року № 925 Типовий договір про закупівлю товарів (робіт або послуг) за державні кошти та Інструкція щодо заповнення Типового договору про закупівлю товарів (робіт або послуг) за державні кошти [5].

Як виняток, укладання договорів про закупівлю неопромінених паливних елементів (твेलів) для ядерних реакторів укладаються на основі примірних договорів, що затверджуються центральним органом виконавчої влади з питань паливно-енергетичного комплексу (ст. 3 Закону України від 9 грудня 2011 р. № 4101-VI "Про особливості здійснення закупівель неопромінених паливних елементів (твелів) для ядерних реакторів" [6]). Примірний договір на закупівлю неопромінених паливних елементів (твелів) для ядерних реакторів затверджено наказом Міністерства енергетики України від 3 липня 2012 р. № 477.

Розроблення та затвердження типового договору про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти

(саме таку повну назву він повинен мати відповідно до абз. 4 п. 19 ч.1 ст. 8 Закону України "Про здійснення державних закупівель", хоч в абз. 2 ч. 1 ст. 40 зазначеного закону вжито скорочену назву – "типовий договір про закупівлю") віднесено законом до функцій Уповноваженого органу, яким сьогодні є Міністерство економічного розвитку і торгівлі України.

В юридичній науці зазначається, що затвердження типових договорів, головною юридичною ознакою яких є обов'язковість, уповноваженими державними органами є формою правового регулювання договірних відносин у сфері господарювання [7, с. 184-185].

Вважаючи, що типові договори можуть включати умови, які, по-перше, імперативно встановлюють права та обов'язки сторін (у тому числі відтворюючи відповідні положення закону, на підставі якого вони приймаються), а по-друге, умови, які підлягають деталізації сторонами або можуть бути визначені в договорі на їх розсуд, О.А. Беляневич піддає справедливій критиці редакцію абз. 4 ч. 4 ст. 179 ГК України, якою встановлено, що сторони не можуть відступати від змісту типового договору, але мають право конкретизувати його умови, і пропонує її уточнити [7, с. 185].

До аргументів авторки можна додати ще один: наведена редакція абз. 4 ч. 4 ст. 179 ГК України не узгоджується з нормою, закріпленою в ч. 1 ст. 180 ГК України, згідно з якою зміст господарського договору становлять умови договору, визначені угодою його сторін, спрямованою на встановлення, зміну або припинення господарських зобов'язань, як погоджені сторонами, так і ті, що приймаються ними як обов'язкові умови договору відповідно до законодавства. Тобто для будь-якого господарського договору характерне саме поєднання, а не взаємовиключення обов'язкових умов і умов, запропонованих сторонами.

Подібне об'єднання обов'язкових умов і умов, що можуть бути включені до договору про закупівлю на пропозицію сторін характерне і для Типового договору про закупівлю товарів (робіт або послуг) за державні кошти (далі – Типовий договір). В цьому, як вбачається, немає нічого поганого, якби Типовий договір містив ширший перелік обов'язкових умов і мав більш виражену публічно-правову спрямованість, що, власне, є ще однією з характерних ознак типових договорів.

Згідно з ч. 1 ст. 41 Закону України "Про здійснення державних закупівель" істотними умовами договору про закупівлю є:

- предмет договору (найменування, номенклатура, асортимент);
- кількість товарів, робіт і послуг та вимоги щодо їх якості;
- порядок здійснення оплати;
- сума, визначена у договорі;
- термін та місце поставки товарів, надання послуг, виконання робіт;
- строк дії договору;
- права та обов'язки сторін;
- зазначення умови щодо можливості зменшення обсягів закупівлі залежно від реального фінансування видатків;
- відповідальність сторін.

Загалом сприймаючи такий перелік істотних умов договору про закупівлю, слід зазначити на необхідність враховувати приписи ЦК і ГК України стосовно визнання тих або інших умов договору істотними. Зокрема, згідно з абз. 2 ч. 1 ст. 638 ЦК України істотними умовами договору є умови про предмет договору, умови, що визначені законом як істотні або є необхідними для до-

говорів даного виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди.

Відповідно до ч. 2 ст. 180 ГК України істотними є умови, визнані такими за законом чи необхідні для договорів даного виду, а також умови, щодо яких на вимогу однієї із сторін повинна бути досягнута згода.

Крім того, ч. 3 ст. 180 ГК України передбачено, що при укладенні господарського договору сторони зобов'язані у будь-якому разі погодити предмет, ціну та строк дії договору. В Типовому договорі ці умови передбачені серед істотних умов, як це і визначено ч. 1 ст. 41 Закону України "Про здійснення державних закупівель".

Разом з тим, щодо змісту Типового договору про закупівлю можна висловити низку зауважень.

Передусім, це стосується найменування сторін договору про закупівлю, які в Типовому договорі іменуються "Замовник" і "Учасник", що є безпідставним перенесенням найменування суб'єктів, які беруть участь у конкурсних торгах. Але ж у договорі про закупівлю, залежно від його виду, сторони мають зовсім інші найменування, визначені відповідними статтями ЦК і ГК України та інших законів: "Постачальник" ("Продавець") і "Покупець" у договорах поставки (купівлі-продажу); "Підрядник" і "Замовник" у договорах підяду; "Виконавець" і "Замовник" – як загальні найменування сторін у договорах про надання послуг.

Щоправда, цей недолік Типового договору Уповноважений орган спробував усунути шляхом вказівки на те, що сторони мають право при укладанні договору про закупівлю товарів, робіт чи послуг за державні кошти замість найменувань "Замовник" та "Учасник" використовувати найменування сторін, передбачені Цивільним кодексом України та Господарським кодексом України для окремих видів договорів (п. 1 Інструкції щодо заповнення Типового договору про закупівлю товарів (робіт або послуг) за державні кошти).

Встановивши в п. 1.3 Типового договору, що обсяги закупівлі товарів (робіт або послуг) можуть бути зменшені залежно від реального фінансування видатків, Уповноважений орган, разом з тим, не визначив механізму (порядку) реалізації цієї умови.

Оскільки порядок (процедура) внесення змін до господарського договору визначена ст. 188 ГК України, в Типовому договорі доцільно було б зробити відповідне застереження. Аналогічне зауваження може бути висловлене і з приводу відсутності порядку зменшення ціни договору за взаємною згодою сторін (п. 3.2 Типового договору).

При ознайомленні з обов'язками Замовника привертає до себе увагу непослідовність у їх викладенні – спочатку Замовник зобов'язується внести плату за товари, роботи або послуги, а потім прийняти їх, хоч більш логічно було б викласти ці обов'язки навпаки (п. п. 6.1.1 і 6.1.2 Типового договору).

Некоректним для даного випадку є вживання терміну "за погодженням" замість терміну "за згодою" в умові щодо дострокової поставки товарів (виконання робіт або надання послуг), закріпленій у п. 6.4.2 Типового договору.

Достіть поверхнево, як для типового договору публічно-правової спрямованості, зафіксовані у Типовому договорі положення щодо відповідальності сторін, зокрема, щодо відповідальності Замовника за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань, які для нього в такому договорі є головним обов'язком.

Потребує приведення у відповідність до положень Господарського процесуального кодексу України і ст. 222 ГК України Розділ IX Типового договору, що називається "Вирішення спорів", який, зокрема, не визна-

чає строку, протягом якого можуть відбуватися "взаємні переговори та консультації".

На нашу думку, перелік істотних умов договору про закупівлю, встановлений ч. 1 ст. 41 Закону України "Про здійснення державних закупівель" доцільно було б також доповнити умовою, що визначала б вид забезпечення виконання зобов'язань за договором про закупівлю. Відповідним чином ця умова мала б знайти місце і в Типовому договорі.

Щоправда, слід зазначити, що перелік видів *забезпечення виконання договору про закупівлю* [курсив наш. – Т.Б.] (очевидно, примірний) визначено, зокрема, п. 7 ч. 1 ст. 1 Закону України "Про здійснення державних закупівель", а ч. 6 ст. 39-10 зазначеного закону передбачає, що разом з проектом договору учасник надсилає підписаний електронним цифровим підписом тієї самої особи документ про забезпечення виконання договору, якщо замовником була встановлена вимога щодо забезпечення виконання договору.

Проте, оскільки ст. 39-10 Закону України "Про здійснення державних закупівель" встановлює порядок укладення договору про закупівлю за результатами електронного реверсивного аукціону і не поширюється на укладення договорів за межами зазначеного аукціону (наприклад, на процедуру закупівлі у одного учасника), питання щодо забезпечення виконання зобов'язань за такими договорами залишається без відповіді.

Відповідно до ч. 3 ст. 40 Закону України "Про здійснення державних закупівель" учасник-переможець процедури закупівлі при укладенні договору повинен надати дозвіл або ліцензії на провадження певного виду господарської діяльності, якщо отримання такого дозволу або ліцензії на провадження такого виду діяльності передбачено законодавством.

У зв'язку з цим вважаємо за доцільне включити до переліку істотних умов договору про закупівлю (ч. 1 ст. 41 Закону України "Про здійснення державних закупівель") а також до Типового договору умову щодо наявності у Учасника такої ліцензії (дозволу) із зазначенням номера та дати видачі відповідного документа, а також органа, який її видав.

Нарешті, останнє зауваження, яке стосується вже не змісту, а назви Типового договору. Всупереч конституційній нормі, яка вимагає від органів державної влади діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України (ч. 2 ст. 19 Конституції України), Уповноважений орган затвердив не Типовий договір про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти, а Типовий договір про закупівлю товарів (робіт або послуг) за державні кошти, тобто нормативно-правовий акт який за назвою не співпадає з назвою, визначеною законом. Звідси є підстави для висновку про те, що Уповноважений орган у цьому випадку діяв не у спосіб, передбачений законом.

Грунтуючись на загальних положеннях ЦК і ГК України щодо порядку укладення договорів, а також на положеннях ст. 40 Закону України "Про здійснення державних закупівель", укладення договору про закупівлю має, втім, чимало особливостей.

По-перше, одні з них зумовлені наявністю окремих законів, якими визначаються особливості здійснення закупівлі: а) юридичними особами, які провадять діяльність у визначених законом сферах; б) певних видів товарів, робіт і послуг.

По-друге, при визначенні умов зовнішньоекономічного договору (контракту) сторони мають враховувати особливості, визначені Законами України від 23 червня 2005 р. № 2709-IV "Про міжнародне приватне право" [8], від 24 лютого 1994 р. № 4002-XII "Про міжнародний

комерційний арбітраж" [9], від 16 квітня 1991 р. № 959-XII "Про зовнішньоекономічну діяльність" [10], а також постановою Кабінету Міністрів України і Національного банку України від 21 червня 1995 р. № 444 "Про типові платіжні умови зовнішньоекономічних договорів (контрактів) і типові форми захисних застережень до зовнішньоекономічних договорів (контрактів), які передбачають розрахунки в іноземній валюті" [11].

По-третє, при укладенні державних контрактів за державним замовленням сторони мають також враховувати особливості, визначені Законами України від 22 грудня 1995 р. № 493/95-ВР "Про державне замовлення для задоволення пріоритетних державних потреб" [12] та від 3 березня 1999 р. № 464-XIV (в ред. Закону України від 23 вересня 2010 р. № 2560-VI) "Про державне оборонне замовлення" [13].

У п. 11 Інструкції щодо заповнення Типового договору про закупівлю товарів (робіт або послуг) за державні кошти зазначається, що в разі якщо договір підлягає нотаріальному посвідченню або державній реєстрації, у пункті 10.1 розділу X Типового договору вказується, що договір набирає чинності з моменту його нотаріального посвідчення або державної реєстрації, а в разі необхідності і нотаріального посвідчення, і державної реєстрації – з моменту державної реєстрації.

З цього приводу варто відзначити, що ЦК України містить понад п'ятнадцять видів договорів, щодо яких вимагається нотаріальне посвідчення. Проте, законодавець не вимагає нотаріального посвідчення договорів, які можна кваліфікувати як договори про закупівлю, а тому положення Інструкції щодо умови про нотаріальне посвідчення договору про закупівлю є, на наш погляд, безпідставними.

Що стосується реєстрації договорів про закупівлю (бюджетних зобов'язань, що випливають з договору про закупівлю, укладеного у формі електронного документа), які підлягають реєстрації та обліку Державною казначейською службою України відповідно до ч. 7 ст. 40 Закону України "Про здійснення державних закупівель", то вони не підпадають під поняття *державної реєстрації правочинів* [курсив наш. – Т.Б.], передбаченої ст. 210 ЦК України і врегульованої Тимчасовим порядком державної реєстрації правочинів, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 26 травня 2004 р. № 671 [14]. Тому і в частині включення (за необхідності) до Типового договору умови щодо державної реєстрації договору про закупівлю і набрання чинності зазначеним договором положення п. 11 Інструкції щодо заповнення Типового договору про закупівлю товарів (робіт або послуг) за державні кошти слід визнати безпідставним.

Особливість укладання договору про закупівлю полягає в тому, що він укладається за результатами процедури закупівлі. Оскільки ч. 1 ст. 12 Закону України "Про здійснення державних закупівель" називає кілька процедур закупівлі, шляхом яких здійснюється закупівля: а) відкриті торги; б) двоступеневі торги; в) запит цінових пропозицій; г) попередня кваліфікація учасників; г) закупівля в одного учасника; д) електронний реверсивний аукціон, законом визначено особливості порядку укладення договору про закупівлю залежно від процедури закупівлі.

Так, при відкритих торгах відповідно до ст. 31 Закону України "Про здійснення державних закупівель" у день визначення переможця замовник акцентує пропозицію конкурсних торгів, що визнана найбільш економічно вигідною за результатами оцінки.

Замовник зобов'язаний протягом одного робочого дня з дня прийняття рішення про визначення переможця надіслати переможцю торгів повідомлення про ак-

цепт пропозиції конкурсних торгів, а всім учасникам – письмове повідомлення про результати торгів із зазначенням найменування та місцезнаходження учасника – переможця, пропозицію конкурсних торгів якого визнано найбільш економічно вигідною за результатами оцінки.

Замовник укладає договір про закупівлю з учасником, пропозицію конкурсних торгів якого було акцептовано, не пізніше ніж через 30 днів з дня акцепту пропозиції відповідно до вимог документації конкурсних торгів та акцептованої пропозиції. З метою забезпечення права на оскарження рішень замовника договір про закупівлю не може бути укладеним раніше ніж через 14 днів з дати публікації у державному офіційному друкованому виданні з питань державних закупівель повідомлення про акцепт пропозиції конкурсних торгів.

Під час здійснення закупівель за скороченою процедурою з учасником, пропозицію конкурсних торгів якого було акцептовано, замовник укладає договір про закупівлю відповідно до вимог документації конкурсних торгів та акцептованої пропозиції у строк не раніше ніж через п'ять днів з дня публікації у державному офіційному друкованому виданні з питань державних закупівель повідомлення про акцепт пропозиції конкурсних торгів, але не пізніше ніж через 14 днів з дня акцепту.

У разі письмової відмови переможця торгів підписати договір про закупівлю відповідно до вимог документації конкурсних торгів або неукладення договору про закупівлю з вини учасника у строк, визначений цим Законом, замовник визначає найбільш економічно вигідну пропозицію конкурсних торгів з тих, строк дії яких ще не минув.

З урахуванням того, що законодавець не встановив особливостей укладання договору про закупівлю за результатами процедури двоступеневих торгів та процедури попередньої кваліфікації, слід застосовувати порядок укладання договору про закупівлю, який встановлено для відкритих торгів.

У разі проведення закупівлі за процедурою запиту цінових пропозицій замовник укладає з переможцем договір про закупівлю відповідно до основних умов договору, зазначених у запиті, у строк не раніше ніж через п'ять робочих днів з дня публікації в державному офіційному друкованому виданні з питань державних закупівель повідомлення про акцепт цінової пропозиції, але не пізніше ніж через 14 днів з дня визначення переможця (абз. 4 ч. 5 ст. 36 Закону України "Про здійснення державних закупівель").

Певні особливості має порядок укладання договору про закупівлю за результатами застосування процедури закупівлі у одного учасника. У цьому разі замовник має право укласти такий договір у строк не раніше ніж через 14 днів (п'ять робочих днів у разі застосування процедури закупівлі з підстав, визначених п. 3 ч. 2 ст. 39 Закону України "Про здійснення державних закупівель", а також у разі закупівлі певних видів товарів та послуг, зазначених в абз. 2 ч. 3 ст. 39 Закону України "Про здійснення державних закупівель").

Істотно відрізняється від усіх попередніх порядок укладання договору про закупівлю за результатами процедури електронного реверсивного аукціону, врегульований ст. 39-10 Закону України "Про здійснення державних закупівель".

Він полягає в тому, що протягом п'яти робочих днів з дня отримання рішення про визнання заявки учасника такою, що відповідає вимогам документації електронного реверсивного аукціону, учасник зобов'язаний надіслати оператору електронного майданчика проект договору, підписаний електронним цифровим підписом особи, яка має право підпису договору від імені цього учасника, що складається шляхом додавання мінімаль-

ної ціни договору (лота), запропонованої цим учасником під час аукціону, та відомостей про товар (товарний знак та/або конкретні показники товару), що зазначені в заявці цього учасника, в проект договору, що міститься в документації електронного реверсивного аукціону. Разом з проектом договору учасник надсилає підписаний електронним цифровим підписом тієї самої особи документ про забезпечення виконання договору, якщо замовником була встановлена вимога щодо забезпечення виконання договору.

Оператор електронного майданчика протягом однієї години після отримання від учасника проекту договору та документа про забезпечення виконання договору повинен надіслати їх замовнику.

Замовник протягом трьох робочих днів з дня отримання проекту договору, підписаного учасником, надсилає оператору електронного майданчика проект договору, підписаний електронним цифровим підписом особи, яка має право підпису договору від імені замовника, або за наявності розбіжностей щодо отриманого проекту договору – виправлений проект договору без підпису особи, яка має право підпису договору від імені замовника, та протокол розбіжностей. Протокол має містити положення проекту договору, складеного учасником, що не відповідають, з точки зору замовника, оголошенню про проведення закупівлі за процедурою електронного реверсивного аукціону, документації електронного реверсивного аукціону та/або заявці на участь у процедурі електронного реверсивного аукціону, поданої таким учасником.

Оператор електронного майданчика у разі отримання виправленого проекту договору та протоколу розбіжностей протягом однієї години надсилає їх учаснику, з яким укладається договір.

Протягом трьох робочих днів з дня отримання від оператора електронного майданчика виправленого проекту договору та протоколу розбіжностей, у випадку, передбаченому частиною сьомою цієї статті, учасник повинен надіслати оператору електронного майданчика цей проект договору, підписаний електронним цифровим підписом особи, яка має право підпису договору від імені цього учасника. Разом з проектом договору учасник надсилає підписаний електронним цифровим підписом тієї самої особи документ про забезпечення виконання договору, якщо замовником була встановлена вимога щодо забезпечення виконання договору.

Оператор електронного майданчика протягом однієї години після отримання від учасника проекту договору та документа про забезпечення виконання договору повинен надіслати їх замовнику.

Замовник протягом одного робочого дня з дня отримання проекту договору, відповідно до частини восьмої цієї статті, надсилає оператору електронного майданчика проект договору, підписаний електронним цифровим підписом особи, яка має право підпису договору від імені замовника.

Протягом одного робочого дня з дня отримання від замовника підписаного договору відповідно до частини сьомої або дев'ятої цієї статті, але не раніше дня, наступного за днем закінчення строку оскарження, визначеного ч. 4 ст. 18 Закону України "Про здійснення державних закупівель", протоколу про результати електронного реверсивного аукціону або рішень комітету з конкурсних торгів щодо заявок учасників оператор електронного майданчика надсилає підписаний замовником договір учаснику, з яким укладено договір.

Договір вважається укладеним з моменту його надіслання оператором електронного майданчика учаснику,

з яким укладається договір, відповідно до ч. 10 39-10 Закону України "Про здійснення державних закупівель".

Як встановлено ч. 2 ст. 41 Закону України "Про здійснення державних закупівель", у разі якщо сторони не досягли згоди щодо всіх істотних умов, договір про закупівлю вважається неукладеним. Проте, це не єдина підстава для визнання договору про закупівлю неукладеним, оскільки відповідно до ч. 1 ст. 638 ЦК України договір є укладеним, якщо сторони *в належній формі* [курсив наш. – Т.Б.] досягли згоди з усіх істотних умов договору. ГК України (ч. 2 ст. 180) також встановлено, що господарський договір вважається укладеним, якщо між сторонами у передбачених законом порядку та формі досягнуто згоди щодо усіх його істотних умов.

Частиною 1 ст. 40 Закону України "Про здійснення державних закупівель" передбачено, що договір про закупівлю укладається в письмовій формі, а у разі здійснення закупівель за процедурою електронного реверсивного аукціону – у формі електронного документа, відповідно до положень Цивільного та Господарського кодексів України, законів України "Про електронний цифровий підпис", "Про електронні документи та електронний документообіг" з урахуванням особливостей, визначених цим Законом.

Певний теоретичний і практичний інтерес становить питання щодо обов'язковості укладення договору про закупівлю, яке в Законі України "Про здійснення державних закупівель" не отримало чіткої відповіді.

У зв'язку з цим вважаємо за доцільне доповнити Закон України "Про здійснення державних закупівель" нормою, згідно з якою замовник зобов'язаний укласти з переможцем процедури закупівлі-учасником, пропозицію конкурсних торгів або цінову пропозицію якого визнано найбільш економічно вигідною та акцептовано у разі проведення торгів (конкурсних торгів), або учасником, пропозицію якого прийнято за результатами застосування процедури закупівлі в одного учасника, або учасником процедури електронного реверсивного аукціону, який під час проведення торговельної сесії електронного реверсивного аукціону запропонував найнижчу ціну договору (лота) та заявка якого визнана такою, що відповідає вимогам документації електронного реверсивного аукціону.

Прогалиною в ЦК України, на нашу думку, слід визнати відсутність правових норм, які б встановлювали правові наслідки відмови учасника цивільних відносин від обов'язкового укладання договору. Мова йде не лише про відповідальність у вигляді штрафу за необґрунтоване ухилення від укладення договору, яка, до речі, скасована в Законі України "Про державне замовлення для задоволення пріоритетних державних потреб" і, незважаючи на пряму вказівку ч. 4 ст. 183 ГК України, не передбачена ні зазначеним Кодексом, ні Законом України "Про державне оборонне замовлення", але і про відсутність у одній із сторін майбутнього договору права звертатися до суду з позовом про спонукання іншої сторони до укладення договору.

Зазначимо, що цивільні кодекси інших держав-учасниць СНД (ст. 445 ЦК Російської Федерації, ст. 399 ЦК Республіки Казахстан тощо) містять загальну норму, згідно з якою якщо сторона, для якої відповідно до за-

кону укладення договору є обов'язковим, ухиляється від його укладення, інша сторона має право звернутися до суду з вимогою про спонукання укласти договір. Крім того сторона, яка необґрунтовано ухиляється від укладення договору, повинна відшкодувати іншій стороні завдані цим збитки.

Натомість, ст. 635 ЦК України як правовий наслідок необґрунтованого ухилення від укладення договору, передбаченого попереднім договором, називає лише відшкодування збитків.

Вважаємо, що ухилення однієї із сторін договору від обов'язку укласти договір можна кваліфікувати як порушення або невизнання права іншої сторони на укладення такого договору, яке відповідно до ст.ст. 15, 16 ЦК України підлягає захисту у судовому порядку, а тому це право сторони має знайти відповідне закріплення в ЦК України у вигляді права вимагати укладення договору в судовому порядку.

Проведене дослідження договору про закупівлю дає підстави для таких **ВИСНОВКІВ**.

По-перше, в Україні загалом створено нормативно-правову базу здійснення державних закупівель. Одним із елементів здійснення таких закупівель, його складовою частиною є договір про закупівлю – договір, що укладається між замовником і учасником за результатами процедури закупівлі і передбачає надання послуг, виконання робіт або передання товарів у власність (господарське відання, оперативне управління) за державні кошти.

По-друге, законодавство, що регулює відносини, пов'язані з укладанням, зміною умов і виконанням договору про закупівлю, потребує подальшого вдосконалення, зокрема, шляхом приведення його у відповідність до відповідних положень Цивільного кодексу України, що стосуються зобов'язань і договорів.

По-третє, Типовий договір про закупівлю товарів (робіт або послуг) за державні кошти не відповідає за своєю природою ознакам типового договору, встановленим ч. 4 ст. 179 Господарського кодексу України, за змістом – вимогам ст. 41 Закону України "Про здійснення державних закупівель", а за назвою – вимогам абз. 4 п. 19 ч. 1 ст. 8 зазначеного закону. Скоріше, його можна охарактеризувати як примірний договір.

По-четверте, проблеми правового регулювання укладення, зміни і виконання договору про закупівлю потребують більш глибокого науково-теоретичного дослідження, яке б включало аналіз ефективності правових норм у сфері здійснення державних закупівель і, у тому числі, – договірного регулювання відносин закупівлі.

1. Офіційний вісник України. – 2010. – № 49. – Ст. 1603.
2. Офіційний вісник України. – 2000. – № 13. – Ст. 500.
3. Офіційний вісник України. – 2003. – № 7. – Ст. 272.
4. Офіційний вісник України. – 2008. – № 25. – Ст. 793.
5. Офіційний вісник України. – 2010. – № 63. – Ст. 2209.
6. Офіційний вісник України. – 2012. – № 1. – Ст. 5.
7. Беляневич О.А. Господарське договірне право України (теоретичні аспекти): Монографія / О.В. Беляневич. – Юрінком Інтер, 2006. С. 184-185.
8. Офіційний вісник України. – 2005. – № 23. – Ст. 1694.
9. Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 25. – Ст. 198.
10. Відомості Верховної Ради УРСР. – 1991. – № 29. – Ст. 377.
11. ЗП України. – 1995. – № 9. – Ст. 243.
12. Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 3. – Ст. 9.
13. Офіційний вісник України. – 2010. – № 80. – Ст. 2816.
14. Офіційний вісник України. – 2004. – № 21. – Ст. 1420.

Надійшла до редколегії 10.10.12

УДК 349.3:364.048.6

О. Тищенко, канд. юрид. наук, доц.

ПРОБЛЕМИ РЕАЛІЗАЦІЇ СОЦІАЛЬНОЇ ЗАХИЩЕНОСТІ В УКРАЇНІ ОСІБ З ОБМЕЖЕНИМИ ФІЗИЧНИМИ МОЖЛИВОСТЯМИ

У статті досліджуються проблеми ефективності функціонування правового механізму соціального захисту осіб з обмеженими можливостями. Аналізуються проблеми соціалізації та реабілітації інвалідів, зокрема реалізації їх права на освіту, забезпечення зайнятості та працевлаштування.

Ключові слова: особи з обмеженими можливостями, здоров'я, інваліди, інвалідність, реабілітація, працевлаштування.

В статье исследуются проблемы эффективности функционирования правового механизма социальной защиты лиц с ограниченными возможностями. Анализируются проблемы социализации и реабилитации инвалидов, в частности реализации их права на образование, обеспечение занятости и трудоустройства.

Ключевые слова: лица с ограниченными возможностями, здоровье, инвалиды, инвалидность, реабилитация, трудоустройство.

This article investigates the problem efficiency functioning legal mechanism of social protection of persons with disabilities. The problems of socialization and rehabilitation of disabled persons, in particular their right to education, employment and employability.

Key words: people with disabilities, health, disabilities, disability, rehabilitation, employment.

За визначенням Всесвітньої організації охорони здоров'я, здоров'я є станом повного фізичного, душевного і соціального благополуччя, а не тільки відсутністю хвороб і фізичних дефектів [1]. Ефективний розвиток соціуму як цілісної соціальної системи, базується насамперед на соціально-спрямованих заходах держави на благо людини, її благополуччя. Передусім особливої турботи держави потребують соціально-вразливі верстви населення, до них відносять особи з обмеженими можливостями – інваліди. Дійсно, здоров'я людини – це результат і показник суспільного прогресу. На його основі визначають рівень розвитку суспільства. Оскільки, здоров'я – основа життя людини, спосіб (форма) її існування та соціального буття, тому може бути характеристикою її добробуту [2, с.8]. В умовах сьогодення глобального значення набуває проблема інвалідизації населення – в усьому світі ті чи інші можливості обмежено приблизно в кожній десятій людини (670 млн. людей), з них майже 470 млн осіб працездатного віку [3]. За підсумками проголошеного ООН Десятиріччя людей з обмеженими можливостями (1982–1992), Генеральна асамблея ООН визначила 3 грудня Міжнародним днем інвалідів. Десятиріччя було періодом зростання обізнаності та організації заходів, спрямованих на покращення стану людей з фізичними вадами, надання їм рівних можливостей. Як наслідок, асамблея підкреслила важливість створення умов для подальшої інтеграції в суспільство людей з обмеженими можливостями. Завдання Всесвітньої програми дій стосовно інвалідів полягає у проведенні ефективних заходів з метою запобігти інвалідності, відновити працездатність і реалізувати мету "рівності" й "повної участі" інвалідів у соціальному житті і розвитку. Ці концепції повинні прийматися однаковою мірою і мати рівну першочерговість у всіх країнах, незалежно від їх рівня розвитку [4, с.98].

Проблеми реалізації соціальної захищеності осіб з обмеженими фізичними можливостями завжди були в центрі уваги науковців сфери соціального забезпечення, зокрема дану проблему досліджували в своїх працях вчені-правники: В. С. Андрєєв, В. М. Андріїв, Н. Б. Болотіна, В. С. Венедиктов, Т. З. Гарасимів, В. Я. Гоц, І. О. Гуменюк, А. М. Єгорова, В. В. Жернаков, М. І. Іншин, Є. Я. Карновська, З. А. Кондратьєва, Н. П. Коробенко, Л. І. Лазор, С. М. Прилипка, П. Д. Пилипенко, О. І. Процевський, І. М. Сирота, Б. І. Сташків, Б. С. Стичинський, С. М. Сивак, Н. М. Стаховська, Шумна Л. П., Шумило М. М., Щербина В. І., Чутчева О. Г. та ін.

Мета даної статті проаналізувати проблеми ефективності функціонування правового механізму соціального захисту осіб з обмеженими можливостями, розгляну-

ти питання соціалізації та реабілітації інвалідів, зокрема реалізації їх права на освіту, забезпечення зайнятості та працевлаштування.

Як зазначено в Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи "Про послідовну політику у відношенні інвалідів", прийнятій у 1992 році, всі люди – інваліди чи особи, яким загрожує небезпека стати інвалідами, незалежно від віку, раси, а також характеру, причин, ступеня інвалідності, повинні мати право на індивідуальну допомогу, щоб бути спроможними жити відповідно своїм здібностям і потенціалу. Шляхом координації зусиль вони повинні отримати можливість: бути вільними від захворювань та інвалідності, яких можливо уникнути; не мати потреби постійної медичної допомоги та догляду і мати доступ до них у разі необхідності; зберігати за собою велику особисту відповідальність за планування та реалізацію процесів реабілітації та інтеграції; користуватись повністю своїми громадянськими правами і мати доступ у всі установи і до всіх видів послуг в суспільстві, включаючи освіту; мати найбільшу економічну незалежність, зокрема, кваліфіковану роботу і відповідний особистий догляд; мати мінімальні засоби до життя, якщо необхідно, то шляхом соціальних виплат; мати найбільшу мобільність, доступ в будинки та транспортні засоби; мати значну можливість вибору і незалежність, у тому числі незалежність від своїх власних сімей, якщо інвалід того забажає; відігравати повну роль в суспільстві і приймати участь в економічній, соціальній та культурній діяльності, в проведенні дозвілля та відпочинку. Особливу увагу необхідно приділити становищу інвалідів жінок та осіб похилого віку [5, с.43].

За статистикою в нашій державі понад 3 млн. людей з обмеженими можливостями, що становить близько 7% населення України. Тільки сліпих в Україні – 68 000, у Києві – 4 600 осіб. 155 000 дітей і 41 000 підлітків страждають психічними розладами, 49 дітей з кожних 10 000 – розумово відсталі. У Києві проживають 30 000 інвалідів, у тому числі 13 000 інвалідів війни і близько 8 000 дітей-інвалідів [6, с.53]. Ці цифри далеко не повною мірою відображають реальний стан речей, значна кількість людей, маючи вагомні проблеми зі здоров'ям, так і не набувають офіційного статусу інваліда, бо з багатьох причин не звертаються до відповідних закладів охорони здоров'я. До цих осіб здебільшого належать люди без постійного місця проживання, особи, які зловживають алкогольними, наркотичними, психотропними засобами тощо.

Правове регулювання основ соціальної захищеності інвалідів в Україні здійснюється на підставі Закону України "Про основи соціальної захищеності інвалідів в

Україні" від 21.03.91 р. №876-XII, згідно якого визначається, що інвалідом є особа зі стійким розладом функцій організму, зумовленим захворюванням, наслідком травм або з уродженими дефектами, що призводить до обмеження життєдіяльності, до необхідності в соціальній допомозі і захисті. Цей закон гарантує інвалідам рівні з усіма іншими громадянами можливості для участі в економічній, політичній і соціальній сферах життя суспільства, створення необхідних умов, які дають можливість інвалідам вести повноцінний спосіб життя згідно з індивідуальними здібностями і інтересами. Інвалідність як міра втрати здоров'я визначається шляхом експертного обстеження в органах медико-соціальної експертизи Міністерства охорони здоров'я України. Діяльність держави щодо інвалідів виявляється у створенні правових, економічних, політичних, соціально-побутових і соціально-психологічних умов для задоволення їх потреб у відновленні здоров'я, матеріальному забезпеченні, посиленні трудовій та громадській діяльності [7].

Порядок встановлення інвалідності регулюється Інструкцією про встановлення груп інвалідності (далі – Інструкція), затвердженою Наказом Міністерства охорони здоров'я України від 05.09.2011 № 561. Відповідно до даної Інструкції, медико-соціальна експертиза проводиться після повного медичного обстеження, здійснення необхідних досліджень, оцінювання соціальних потреб інваліда, визначення клініко-функціонального діагнозу, професійного, трудового прогнозу, одержання результатів відповідного лікування, реабілітації за наявності даних, що підтверджують стійке порушення функцій організму, обумовлених захворюваннями, наслідками травм чи вродженими вадами, які спричиняють обмеження життєдіяльності [8]. На думку Чічкань М., загальні ознаки інвалідності наступні: а) соціальна недостатність; б) фізичний або психічний розлад здоров'я, який є вродженим або виникає внаслідок травми чи захворювання; в) позбавлення людини в результаті такого розладу певних умінь чи навичок, які зазвичай притаманні людському організму; г) потреба в соціальній допомозі, реабілітації; д) причинний зв'язок між визнанням людини інвалідом і обов'язком держави здійснювати соціальний захист відносно неї [9, с.11].

Встановлення інвалідності і ступеня втрати здоров'я супроводжується складанням індивідуальної програми реабілітації інваліда, дитини-інваліда, що визначає реабілітаційні заходи і терміни їх реалізації. Соціальний захист інвалідів з боку держави полягає у наданні грошової допомоги, засобів пересування, протезування, орієнтації і сприйняття інформації, пристосованого житла, у встановленні опіки або стороннього догляду, а також пристосуванні забудови населених пунктів, громадського транспорту, засобів комунікацій і зв'язку до особливостей інвалідів. Фінансування заходів щодо соціальної захищеності інвалідів і дітей-інвалідів здійснюється за рахунок коштів державного бюджету, в тому числі Фондом соціального захисту інвалідів, місцевих бюджетів, а також органами місцевого самоврядування за місцевими програмами соціального захисту окремих категорій населення за рахунок коштів місцевих бюджетів [10]. З метою виконання Указу Президента України від 09.12.2010 р. № 1085 "Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади", Фонд соціального захисту інвалідів був реорганізований у бюджетну установу Фонд соціального захисту інвалідів шляхом перетворення з віднесенням її до сфери управління Державної служби з питань інвалідів та ветеранів [11]. Наказом Міністерства соціальної політики України 14.04.2011р. № 129 було затверджено Положення про Фонд соціального захисту інвалідів, згідно якого основ-

ними завданнями Фонд соціального захисту інвалідів є: 1) реалізація в межах своєї компетенції заходів щодо забезпечення зайнятості та працевлаштування інвалідів; 2) виконання програм щодо соціального захисту інвалідів. Органи місцевого самоврядування мають право утворювати цільові фонди соціальної допомоги інвалідам, які є складовою спеціального фонду відповідного місцевого бюджету. Порядок і умови витрачання коштів цих фондів визначаються органами місцевого самоврядування з урахуванням пропозицій громадських організацій інвалідів. Громадські організації інвалідів та спілки громадських організацій інвалідів створюються з метою здійснення заходів щодо соціального захисту, реабілітації інвалідів, залучення їх до суспільно корисної діяльності, занять фізичною культурою і спортом та мають право користуватися пільгами і преференціями, передбаченими законодавством. Центральні і місцеві органи виконавчої влади та органи місцевого самоврядування повинні подавати допомогу і сприяти громадським організаціям інвалідів в їх діяльності. Громадські організації інвалідів надають соціальні послуги, здійснюють громадський контроль за дотриманням прав інвалідів, представництво інтересів та захист прав інвалідів, створюють підприємства, які здійснюють комерційну і некомерційну господарську та іншу діяльність, не заборонену законодавством.

На сьогодні в Україні активно працюють понад 40 громадських організацій інвалідів, серед них: Союз організацій інвалідів України (СОІУ); Український фонд "Реабілітація інвалідів"; Український національний фонд допомоги інвалідам Чорнобиля; Українське Товариство сліпих; Український Фонд соціальної реабілітації інвалідів та допомоги малозабезпеченим верствам населення "Віра"; Українське товариство глухих; Українське відділення міжнародного спортивного клубу інвалідів "Україна"; Всеукраїнська організація інвалідів війни та Збройних Сил; Інвалідна асоціація настільного тенісу України "Інвант Україна"; Федерація організацій інвалідів з дитинства та батьків дітей-інвалідів України; Спілка шахтарів-інвалідів України та інші [12].

Згідно Закону України "Про основи соціальної захищеності інвалідів в Україні", з метою реалізації творчих і виробничих здібностей інвалідів та з урахуванням індивідуальних програм реабілітації їм забезпечується право працювати на підприємствах, в установах, організаціях, а також займатися підприємницькою та іншою трудовою діяльністю, яка не заборонена законом. Підприємства, установи і організації за рахунок коштів Фонду соціального захисту інвалідів або за рішенням місцевої ради за рахунок власних коштів, у разі необхідності, створюють спеціальні робочі місця для працевлаштування інвалідів, здійснюючи для цього адаптацію основного і додаткового обладнання, технічного оснащення і пристосування тощо з урахуванням обмежених можливостей інваліда. Відмова в укладенні трудового договору або в просуванні по службі, звільнення за ініціативою роботодавця, переведення інваліда на іншу роботу без його згоди з мотивів інвалідності не допускається, за винятком випадків, коли за висновком медико-соціальної експертизи стан його здоров'я перешкоджає виконанню професійних обов'язків, загрожує здоров'ю і безпеці праці інших осіб, або продовження трудової діяльності чи зміна її характеру та обсягу загрожує погіршенню здоров'я інваліда.

Забезпечення прав інвалідів на працевлаштування та оплачувану роботу, в тому числі з умовою про виконання роботи вдома, здійснюється шляхом їх безпосереднього звернення до підприємств, установ, організацій чи до державної служби зайнятості. Підбір робочого

місця здійснюється переважно на підприємстві, де настала інвалідність, з урахуванням побажань інваліда, наявних у нього професійних навичок і знань, а також рекомендацій медико-соціальної експертизи. Підприємства, установи, організації, фізичні особи, які використовують найману працю, зобов'язані виділяти та створювати робочі місця для працевлаштування інвалідів, у тому числі спеціальні робочі місця, створювати для них умови праці з урахуванням індивідуальних програм реабілітації і забезпечувати інші соціально-економічні гарантії, передбачені чинним законодавством, надавати державній службі зайнятості інформацію, необхідну для організації працевлаштування інвалідів, і звітувати Фонду соціального захисту інвалідів про зайнятість та працевлаштування інвалідів. Інвалідам, які не мають змоги працювати на підприємствах, в установах, організаціях, державна служба зайнятості сприяє у працевлаштуванні з умовою про виконання роботи вдома. Інваліди можуть залучатися до оплачуваних громадських робіт за їх згодою. Інвалід, який не досяг пенсійного віку, не працює, але бажає працювати, має право бути зареєстрованим у державній службі зайнятості як безробітний. Рішення про визнання інваліда безробітним і взяття його на облік для працевлаштування приймається центром зайнятості за місцем проживання інваліда на підставі поданих ним рекомендацій МСЕК та інших передбачених законодавством документів. Державна служба зайнятості здійснює пошук підходящої роботи відповідно до рекомендацій МСЕК, наявних у інваліда кваліфікації та знань, з урахуванням його побажань. Державна служба зайнятості може за рахунок Фонду соціального захисту інвалідів надавати дотацію роботодавцям на створення спеціальних робочих місць для інвалідів, зареєстрованих у державній службі зайнятості, а також проводити професійну підготовку, підвищення кваліфікації і перепідготовку цієї категорії громадян. Для підприємств, установ, організацій, у тому числі підприємств, організацій громадських організацій інвалідів, фізичних осіб, які використовують найману працю, устанавлюється норматив робочих місць для працевлаштування інвалідів у розмірі чотирьох відсотків середньооблікової чисельності штатних працівників облікового складу за рік, а якщо працює від 8 до 25 осіб, – у кількості одного робочого місця. Підприємства, установи, організації, у тому числі підприємства, організації громадських організацій інвалідів, фізичні особи, які використовують найману працю, самостійно розраховують кількість робочих місць для працевлаштування інвалідів відповідно до вказаного нормативу, і забезпечують працевлаштування інвалідів. Підприємства, установи, організації, у тому числі підприємства, організації громадських організацій інвалідів, фізичні особи, які використовують найману працю, самостійно здійснюють працевлаштування інвалідів у рахунок нормативів робочих місць. Виконанням нормативу робочих місць у зазначеній вище кількості, вважається працевлаштування підприємством, установою, організацією, у тому числі підприємством, організацією громадських організацій інвалідів, фізичною особою, яка використовує найману працю, інвалідів, для яких це місце роботи є основним [13].

Проте, реалії засвідчують, що встановлені законодавством гарантії не суттєво сприяють покращенню становища осіб з обмеженими можливостями на ринку праці, бо лише 14% людей з інвалідністю працездатного віку, які живуть в Україні, працевлаштовані. Проблема, з якими стикаються люди з інвалідністю при працевлаштуванні можуть пояснюватися різними чинниками, зокрема: обмеженим доступом людей з інвалідністю до ринку праці (викликаного, наприклад, невідповідністю

їхньої освіти та кваліфікації попиту на робочу силу); обмеженою кількістю вакансій відкритих для шукачів роботи з інвалідністю, а також недостатньою кількістю спеціалізованих служб та робочих місць для людей з інвалідністю; недосконалістю відповідного інституційного механізму працевлаштування людей з інвалідністю; недостатньою співпрацею Державної служби зайнятості, Фонду соціального захисту інвалідів, професійних та навчальних реабілітаційних центрів, роботодавців та власне людей з інвалідністю, а також інших зацікавлених сторін; відсутністю мотивації роботодавців щодо працевлаштування людей з інвалідністю; низькою активністю людей з інвалідністю щодо пошуку роботи у зв'язку з об'єктивними труднощами пов'язаними з низьким рівнем заробітної плати, зневірою в ефективність служби зайнятості; недоліками професійного навчання людей з інвалідністю тощо [14]. З метою дієвої реалізації захисту прав інвалідів на працю, в науковій літературі висловлюється слушна пропозиція щодо необхідності внесення змін в чинне законодавство, відповідно до яких підприємства, де переважають працівники інваліди, слід звільнити від усіх податків строком від п'яти до десяти років. Ця норма суттєво вплине на соціальний захист інвалідів в Україні [15]. За таких умов роботодавці прагнутимуть, щоб в них працювали особи з обмеженими можливостями, бо це буде вигідно насамперед з фінансової позиції.

Важливим питанням соціалізації інвалідів, є питання реального визнання державою жестової мови як мови спілкування та навчання, як зазначено в ст. 23 Закону України "Про основи соціальної захищеності інвалідів в Україні", органи державної влади та органи місцевого самоврядування: сприяють поширенню жестової мови та заохоченню мовної самобутності осіб з вадами слуху; гарантують збереження, вивчення і всебічний розвиток жестової мови, її використання як засобу виховання, навчання, викладання, спілкування і творчості; забезпечують можливість комунікації інвалідів з вадами слуху в органах, установах та закладах соціального захисту населення, правоохоронних органах, органах пожежної безпеки, аварійно-рятувальних службах, закладах охорони здоров'я, навчальних закладах тощо; сприяють наданню послуг перекладачів жестової мови громадянам України з вадами слуху, які користуються жестовою мовою; створюють умови для наукового вивчення жестової мови; сприяють використанню жестової мови в офіційних відносинах. Телерадіоорганізації (незалежно від форми власності та відомчого підпорядкування) забезпечують субтитрування або переклад на жестову мову [16]. Утім, вказані вимоги майже не виконуються на практиці, зокрема телерадіоорганізації не достатньо забезпечують субтитрування або переклад на жестову мову, не забезпечена можливість для комунікації громадян України з вадами слуху в соціальних установах (закладах освіти, охорони здоров'я тощо). На покращення цієї ситуації спрямований Законопроект №6618 "Про внесення змін до деяких законів України щодо удосконалення доступу осіб з вадами слуху до інформації" від 30.06.2010 р., згідно якого визначено, що мінімальна частка добового телевізійного мовлення програм (передач), адаптованих для сприйняття особами з вадами слуху (шляхом субтитрування та сурдоперекладу), у тому числі інформаційно-аналітичні, культурно-мистецькі, науково-просвітницькі та фільмопоказ має бути у розмірі не менше 5 відсотків; для забезпечення доступу до інформації осіб з вадами слуху суб'єктами діяльності галузі телебачення і радіомовлення незалежно від форми власності здійснювати відповідно до ліцензійних умов субтитрування інформаційних, освітніх, ди-

тячих програм, художніх фільмів і телефільмів незалежно від мови оригіналу [17]. Не викликає сумнівів, що положення даного законопроекту є своєчасними та востребованими в суспільстві, але процес проходження його у Верховній Раді України є безоптимістичним, – вже вкотре він був відхилений та знятий з розгляду.

Потребує уваги державних органів питання інтеграції інвалідів в освітнє середовище. Хоча ст.22 Закону України "Про основи соціальної захищеності інвалідів в Україні" регламентує право інвалідів на поза конкурсний вступ до вищих та професійно-технічних навчальних закладів [18], проте реалізувати своє право на освіту, особи з обмеженими можливостями не завжди в змозі через відсутність відповідних умов. Тут слід погодитись з думкою вченої Федорової О., яка вказує, що розширення доступності вищої освіти для інвалідів, інтеграція їх в освітнє середовище ускладнюється рядом факторів, зокрема: недостатня розробленість нормативно-правової бази щодо вищої освіти; недостатній рівень інформаційного забезпечення; незабезпеченість безбар'єрного архітектурного середовища; недостатній рівень виробництва засобів технічної компенсації обмежених можливостей, спеціального обладнання; відсутність дієвої політики трудової зайнятості інвалідів; не сформованість системи підготовки спеціалізованих кадрів, викладачів та співробітників. Ускладнюють процес інтеграції інвалідів у соціум наступні соціальні фактори: 1) тяжке матеріально-фінансове становище більшості інвалідів та їх сімей; складні побутові умови, недостатнє забезпечення теле-відео-аудіоапаратурою, комп'ютерами; 2) недостатній рівень медичного обслуговування; недоліки суспільної свідомості та культури по відношенню до осіб з особливими потребами, в тому числі їх освіти; 3) нерозвинутість політики благодійності та спонсорства на користь інвалідів; 4) недостатня консолідація інвалідів з метою відстоювання своїх прав (в силу як об'єктивних так і суб'єктивних обставин) [19]. У складних умовах економічної нестабільності інваліди виявились однією із найнезахищениших верств населення. Головною проблемою, яка потребує негайного вирішення, є подолання соціальної ізоляції інвалідів. Ця проблема формулюється приблизно так: структурні порушення, або яскраво виражені, або такі, що діагностуються за допомогою медичної апаратури, можуть призвести до втрати або недосконалої навичок, необхідних для певних видів діяльності, внаслідок чого і формуються "обмежені можливості" для життєдіяльності; це, в свою чергу, за відповідних умов спричинятиме соціальну дезадаптацію, неуспішну або уповільнену соціалізацію [20]. За даними Центру Разумкова, в м. Києві, мешкає близько 5% інвалідів. Однак, місто не пристосоване для їхнього життя. Немає спеціальних переходів, облаштування пандусами також вкрай незадовільне. Складна ситуація і в інших регіонах України [21]. Вивчаючи зайнятість та професійну реабілітацію осіб з обмеженими можливостями, Лесько О. слушно наголошує, що питання використання праці, професійної реабілітації, соціальної захищеності осіб з обмеженими фізичними можливостями в сучасних умовах трансформації економіки і формування соціально орієнтованого ринку праці вивчені недостатньо. Це стосується, зокрема, проблем висвітлення соціально-економічної сутності та складових "категорії професійна реабілітація осіб з обмеженими фізичними можливостями", вивчення особливостей формування їх мотивації праці, визначення потреби інвалідів у робочих місцях і професійному навчанні, створення ефективного механізму їх працевлаштування та удосконалення існуючої системи професійної реабілітації [22, с.9]. У цій частині

варто погодитись з точкою зору Чічкань М., яка підкреслює, що термін "реабілітація" стосується процесу, що має на меті уможливити інвалідам досягнення і підтримку їх оптимальних фізичного, чуттєвого, інтелектуального, психічного, а також соціального рівнів діяльності, які б забезпечували їх засобами для зміни свого життя в напрямі підвищення рівня самостійності [23, с.16]. На законодавчому рівні "реабілітація інвалідів" визначається як, система медичних, психологічних, педагогічних, фізичних, професійних, трудових заходів, спрямованих на надання особам допомоги у відновленні та компенсації порушених або втрачених функцій організму, усуненні обмежень їх життєдіяльності для досягнення і підтримання соціальної і матеріальної незалежності, трудової адаптації та інтеграції в суспільство [24]. Разом з тим, в особи з обмеженими можливостями щоденно зіштовхуються з проблемами недієвого функціонування реабілітаційної системи, головною причиною такого стану речей є відсутність належного матеріального забезпечення реабілітаційних установ для інвалідів. Досліджуючи правові механізми державного управління у сфері реабілітації інвалідів, Луньова І., аргументовано доводить, що нормативно-правова база з питань реабілітації інвалідів є розгалуженою і недосконалою. Неналежна реалізація прав інвалідів в Україні пов'язана, у першу чергу, з недостатнім фінансуванням заходів з реабілітації інвалідів, у зв'язку з цим більшість прав інвалідів має декларативний характер. Норми права, які регулюють правові питання надання реабілітаційних заходів щодо соціальної реабілітації інвалідів, особливо в натуральному вигляді, містяться в різних нормативно-правових актах неоднакової юридичної сили, що вимагає застосування аналогії права [25, с.204-208].

Сьогодення вимагає нових підходів до організації реабілітаційного процесу інвалідів, щоб органічним та нерозривним залишався зв'язок "людина – суспільство", тобто, як підкреслює Шевцов А., від богоділень і резервації для інвалідів до державних науково-обґрунтованих програм їх реабілітації – ось шлях, який у кінцевому підсумку привів до створення нової моделі інвалідності – соціальної, у якій проблема фізичних, сенсорних чи ментальних обмежень людини розглядається в першу чергу як соціальна [26, с.337- 342].

Особливої уваги держави потребують діти-інваліди, яким необхідний першочерговий захист і підтримка через їх вік та певні обмеження розумового або фізичного розвитку [27, с.8]. У світі 150 мільйонів дітей з особливими потребами, і кількість цих дітей зростає. 50 % дітей, які нечують, та 60 % дітей з розумовими вадами розвитку зазнають сексуального насильства. У деяких країнах 90 % дітей з особливими потребами не доживають віку 20-ти років. Дискримінація прав дітей з особливими потребами постійно зростає [28]. В Україні налічується майже 136 тис. дітей-інвалідів. Відповідно до Концепції ранньої соціальної реабілітації дітей-інвалідів, схваленої постановою Кабінету Міністрів України від 12.10.2000 р. №1545, соціально-економічна ситуація, що склалася на сучасному етапі розвитку України, кризові явища у сфері економіки і фінансів зумовлюють необхідність посилення соціального захисту дітей-інвалідів, визначення пріоритетних напрямів у цій важливій роботі, одним з яких є рання соціальна реабілітація дітей-інвалідів. Чинниками, що визначили саме цей напрям соціального захисту дітей-інвалідів, стали: різкий спад виробництва, розбалансування економічних відносин, зростання безробіття, зниження сукупного доходу сім'ї, руйнування інституту дитячих дошкільних закладів, зменшення доступності медичних послуг, погіршення екологічних умов тощо. Ці обставини призведе-

ли до спаду демографічних показників, підвищення захворюваності дітей, зростання дитячої інвалідності. Згідно з державною статистичною звітністю дитяча інвалідність, навіть на фоні зниження показника народжуваності, має стійку тенденцію до зростання. В останні роки загальна кількість дітей-інвалідів зросла на 25,4 відсотка. Головні причини дитячої інвалідності – органічні ураження нервової системи, хвороби сенсорних органів, психічні розлади та вроджені вади розвитку. Існуюча система утримання дітей-інвалідів у спеціальних інтернатних установах забезпечує потреби лише 20 відсотків дітей-інвалідів. При цьому, відірваність дітей від сім'ї, від звичного і біологічно близького оточення посилює психологічний тиск на дитину. Несвоєчасне і неповне фінансування призводить нині діючі інтернатні установи до їх неспроможності якісно виконувати свої завдання, зумовлює необхідність вироблення більш прогресивної системи соціальної реабілітації дітей-інвалідів, яка б відповідала сучасним вимогам [29]. Стаття 23 Конвенції ООН про права дитини від 20.11.1989 р., ратифікованої Постановою Верховної Ради України № 789-ХІІ від 27.02.91 р., визнає право дитини-інваліда вестися повноцінне життя в умовах, які забезпечують її гідність, сприяють впевненості у собі, а також право дитини-інваліда на особливе піклування, доступ до освіти, відновлення здоров'я, соціального, культурного і духовного життя [30, с.4]. Міжнародна і вітчизняна практика свідчить, що на зміну ізольованому інтернатному вихованню дітей-інвалідів повинно прийти інтегроване навчання та виховання. Реабілітаційні заходи стосовно дітей-інвалідів мають розширюватись за рахунок розвитку сфери соціальної реабілітації, яка повинна починатися досить рано, щоб діти-інваліди в ранньому віці могли максимально розвинути свої природні здібності без відриву від сім'ї і в подальшому своєчасно та найбільш повно інтегруватись в суспільство. В Україні розпочато створення системи ранньої соціальної реабілітації дітей-інвалідів. З 1994 року така робота здійснюється в Миколаївській області, де організовано і діє 16 центрів ранньої соціальної реабілітації дітей-інвалідів. Практичний досвід показав, що рання соціальна реабілітація дітей-інвалідів є активним і ефективним соціальним механізмом, який дає змогу відновити фізичний, психологічний і соціальний статус дитини-інваліда із значною економією коштів. Враховуючи складність демографічної ситуації в Україні, стабільне зростання дитячої інвалідності і необхідність зміни цієї ситуації на краще, рання соціальна реабілітація дітей-інвалідів сприятиме усуненню або більш повній компенсації обмежень їх життєдіяльності, відновленню їх повноцінного соціального статусу, що в свою чергу сприятиме зменшенню соціальної напруженості у суспільстві та поліпшенню здоров'я нації. Центри ранньої соціальної реабілітації дітей-інвалідів повинні стати однією з ланок загальної системи реабілітації дітей-інвалідів, що здійснюють свої функції спільно з органами охорони здоров'я, освіти, зацікавленими органами виконавчої влади та громадськими організаціями інвалідів [31].

Нинішній етап розвитку нашого суспільства з соціальною спрямованістю реформ потребує запровадження нових прогресивних підходів та найбільш ефективної і оптимальної ранньої соціальної реабілітації дітей-інвалідів. Суспільство повинно надати дітям-інвалідам можливості, незалежно від характеру і причин їх інвалідності, найбільшої участі в соціальному і економічному житті шляхом оволодіння ними певним обсягом знань, умінь і навичок, розвитку їхньої особистості в умовах спеціально організованого навчально-виховного процесу, органічно поєднаного з іншими формами реабіліта-

ції та інтеграції в суспільство, а також впровадження в Україні сучасної системи центрів ранньої соціальної реабілітації дітей-інвалідів.

Заслуговує на увагу в цьому питанні досвід Чехії, де понад 90 років існує відомий державний заклад для дітей з важкими фізичними вадами і легкою формою психічних захворювань – "Jedlickuv ustav". Навчальний заклад об'єднує в собі дошкільну підготовку для дітей від трьох до шести років, основну і середню школи, а також училище і гімназію. Там навчаються діти з різних міст, тож передбачено комбіновану систему проживання. Дозволяється проживати в інтернаті протягом навчального року або винаймати спеціально облаштовані квартири, які знаходяться на території "Jedlickuv ustav". Як правило вказані квартири винаймають батьки хворих дітей, що дозволяє бути постійно з дітьми. Саме навчання, яке включає загальноосвітню програму, лікування і розвиваючі програми – безоплатне. Оплата встановлена лише за харчування. Проте, якщо узяти до уваги той факт, що держава виділяє щомісячну допомогу дітям у розмірі від 100 до 400 доларів, залежно від тяжкості захворювання, то платити за проживання і харчування в школі батькам необтяжливо [32, с.3]. Цей приклад окремих раз засвідчує про необхідність індивідуального підходу при створенні необхідних умов людям з обмеженими можливостями, особливо, коли йдеться про дітей.

Суспільство нарешті має звернути посилену увагу на проблеми людей з обмеженими можливостями, роблячи особливий акцент на аналізі вирішення важливих питань їх тотальної бар'єрності, правової захищеності, питань отримання ними освіти та працевлаштування.

1. Устав (Конституція) Всемирной организации здравоохранения: [Електронний ресурс] – Режим доступа: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_599.
2. Гладун З.С. Державна політика охорони здоров'я в Україні (адміністративно-правові проблеми формування і реалізації): Монографія / З.С.Гладун – Тернопіль, "Економічна думка", 2005. – 460 с.
3. Кравченко М.В. Актуальні проблеми соціального захисту інвалідів в Україні / М.В. Кравченко: [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.academy.gov.ua/ej/ej12/txts/10kmvziu.pdf>.
4. Журавко А.В. Движение инвалида в гражданском обществе / А.В. Журавко – К., 2006. – 134 с.
5. Сборник документов Совета Европы в области защиты прав человека и борьбы с преступностью. М.: Спарк, 1988.
6. Гриненко А.М. Соціальна політика: Навч.-метод. посіб. для самост. вивч. дисципліни / А.М. Гриненко – К.: КНЕУ, 2003. – 309 с.
7. Про основи соціальної захищеності інвалідів в Україні: Закон України від 21.03.91 № 876-ХІІ // Відомості Верховної Ради УРСР (ВВР), 1991, № 21, ст.252.
8. Про затвердження Інструкції про встановлення груп інвалідності: Наказ Міністерства охорони здоров'я України від 05.09.2011 № 561: [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua>.
9. Чічкав М.В. Правове регулювання соціального захисту інвалідів в Україні. Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.05 / М.В. Чічкав; Харківський національний університет внутрішніх справ. – Х., 2009. – 18с.
10. Про основи соціальної захищеності інвалідів в Україні: Закон України від 21.03.91 № 876-ХІІ // Відомості Верховної Ради УРСР (ВВР), 1991, № 21, ст.252.
11. Деякі питання Фонду соціального захисту інвалідів: Постанова Кабінету Міністрів України від 19.01.2011 № 49 // Офіційний вісник України від 04.02.2011 р., № 6, стор. 20, стаття 283, код акту 54676/2011.
12. Офіційний портал Фонду соціального захисту інвалідів: [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.ispf.gov.ua>.
13. Про основи соціальної захищеності інвалідів в Україні: Закон України від 21.03.91 № 876-ХІІ // Відомості Верховної Ради УРСР (ВВР), 1991, № 21, ст.252.
14. Соціальна інтеграція людей з інвалідністю шляхом забезпечення доступу до зайнятості: [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.undp.org.ua>.
15. Кравцова Г.О. Проблеми зайнятості інвалідів в контексті соціально-економічного розвитку України / Г.О. Кравцова: [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://www.nbuv.gov.ua/portal/Soc_Gum/Npchdu/Economy/2010_120/120-7.pdf.
16. Про основи соціальної захищеності інвалідів в Україні: Закон України від 21.03.91 № 876-ХІІ // Відомості Верховної Ради УРСР (ВВР), 1991, № 21, ст.252.
17. Про внесення змін до деяких законів України щодо удосконалення доступу осіб з вадами слуху до інформації: Проект Закону України від 30.06.2010 № 6618 – Режим доступу: <http://gska2.rada.gov.ua>.
18. Про основи соціальної захищеності інвалідів в Україні: Закон України від 21.03.91 № 876-ХІІ // Відомості Верховної Ради УРСР (ВВР), 1991, № 21, ст.252.
19. Федорова О.М. Інтеграція осіб з обмеженими можливостями в соціум через механізми університетської освіти / О.М. Федорова: [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.nbuv.gov.ua>.
20. Поляк О.В. Проблеми соціальної реабілітації осіб з обмеженою

дієздатністю – "духовна реабілітація" / О.В. Поляк // Актуальні проблеми навчання та виховання людей з особливими потребами: 36. наукових праць. – К.: Університет "Україна", 2004. – 448 с. 21. Держава не вирішує проблеми інвалідів, а лише періодично відкуповується збільшенням соціальних виплат: [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.razumkov.org.ua>. 22. Лесько О.І. Зайнятість та професійна реабілітація осіб з обмеженими фізичними можливостями (методологія, проблеми, шляхи вирішення). Автореф. дис... канд. екон. наук: 08.09.01 / О.І. Лесько; НАН України. Рада по вивч. продукт. сил України. – К., 2003. – 20 с. 23. Чічкань М.В. Правове регулювання соціального захисту інвалідів в Україні: Автореф. дис... канд. наук: 12.00.05 / М.В. Чічкань; Харківський національний університет внутрішніх справ, Україна, Харків – 2009. – 20 с. 24. Про реабілітацію інвалідів в Україні: Закон України від 06.10.2005 № 2961-IV // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2006, № 2-3, ст.36. 25. Луньова І.С. Правові механізми державного управління у сфері соціального захисту та реабілітації інвалідів / І.С. Луньова // Держава та регіони, Серія: Державне управління. – 2010. 26. Шевцов А.Г. Методологічні принципи соціальної реабілітації осіб з обмеженими функціями здоров'я / А.Г. Шевцов // Збірник науко-

вих праць Кам'янець-Подільського державного університету: Серія соціально-педагогічна. Випуск VI. – Кам'янець-Подільський, 2006. – 352 с. 27. Тарасенко В.С. Правове забезпечення соціального захисту дітей-інвалідів в Україні: дис... канд. юрид. наук: 12.00.05 / В.С. Тарасенко; Одеська національна юридична академія. – О., 2005. 28. Софій Н. Новий крок до захисту прав дітей з особливими потребами / Н.Софій: [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://osvita.ua>. 29. Концепція ранньої соціальної реабілітації дітей-інвалідів: затверджена Постановою Кабінету Міністрів України від 12.10.2000 № 1545 // Офіційний вісник України – 2000. – № 42. 30. Конвенція про права дитини: Міжнародний документ ООН від 20.11.1989 // Зібрання чинних міжнародних договорів України – 1990. – № 1. 31. Офіційний веб-портал Міністерства соціальної політики України: [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://mlsp.kmu.gov.ua>. 32. Ісакова Л. У Чехії до фізично хворих дітей не ставляться як до інвалідів. Завдяки соціальним гарантіям ці діти мають не тільки перспективу в житті, але й почувуються затишно в суспільстві / Л.Ісакова // Товариш. – №12. – 2007.

Надійшла до редколегії 11.10.12

О. Совгіря, канд. юрид. наук, доц.

ВЗАЄМОДІЯ КАБІНЕТУ МІНІСТРІВ УКРАЇНИ ТА ПРЕЗИДЕНТА УКРАЇНИ: КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ

У статті досліджуються конституційно-правові аспекти взаємодії Кабінету Міністрів України та глави держави, що традиційно є об'єктом уваги вчених-адміністративістів, однак рідко є предметом дослідження з позицій конституційного права. Аналіз зазначених аспектів дозволяє виділити та охарактеризувати найважливіші напрямки такої взаємодії.

Ключові слова: Кабінет Міністрів України, Президент України, виконавча влада.

В статье исследуются конституционно-правовые аспекты взаимодействия Кабинета Министров Украины и главы государства, которые традиционно являются объектом внимания ученых-административистов, однако редко являются предметом исследования с позиций конституционного права. Анализ указанных аспектов позволил выделить и охарактеризовать важнейшие направления такого взаимодействия.

Ключевые слова: Кабинет Министров Украины, Президент Украины, исполнительная власть.

The article deals with constitutional legal aspects of the interaction between the Cabinet of Ministers of Ukraine and the head of state, which are generally being the subject of administrative scholar research, but rarely are they examined from the standpoint of constitutional law. The analysis of these aspects allows the author to determine and characterize critical areas of such interaction.

Keywords: Cabinet of Ministers of Ukraine, President of Ukraine, the executive branch.

Аналіз взаємодії Уряду України та Президента України слід почати із визначення відношення глави держави до системи органів виконавчої влади.

З приводу зазначеного питання існує кілька точок зору. Одні автори включають главу держави до складу виконавчої влади не пояснюючи цього, вважаючи таке включення саме собою зрозумілим. Інші автори говорять про тенденцію відділення глави держави від виконавчої влади в парламентарних та особливо напівпрезидентських республіках (в юридичному, а не фактичному відношенні), причому останні стали висуватися ідеї особливої президентської влади, арбітражних функцій президента по відношенню до інших інститутів державної влади [4, с. 711-712].

Існує точка зору про те, що такі формулювання щодо характеристики статусу Президента як "гарант державного суверенітету, територіальної цілісності України, додержання Конституції України, прав і свобод людини і громадянина", "арбітр нації" тощо є евфемізмами, що не повинні приховувати суті – Президент виконує функції, притаманні саме виконавчій владі [5, с. 17].

Висловлюється і думка, що концепція президентського арбітражу суперечить суті поділу влади: рівновага її гілок має забезпечуватися ними шляхом взаємообмежень, взаємостримування і пошуку компромісу. В умовах, коли Президент стає арбітром, спостерігається виводження всієї системи поділу влади, тобто остання виходить за межі взаємного стримування між гілками влади внаслідок можливості втручання посередника, який до того ж може бути зацікавлений у певному рішенні [3, с. 165].

Іноді піддається сумнівам право відносити главу держави в якості складової частини виконавчої влади і вважається, що питання про правовий статус цієї особи

має вирішуватися конкретно в залежності від особливостей конституційного ладу, урегульованості положення глави держави діючою конституцією, національним законодавством та практикою функціонування державних інститутів. Також є думка, що апіорна оцінка місця і ролі глави держави, його віднесення до тієї або іншої гілки влади не виправдані. Висловлюється і позиція, відповідно до якої глава держави завжди або юридично, або фактично є складовою виконавчої влади [4, с. 711-712].

Аналізуючи відносини між главою держави та Урядом, слід враховувати і той момент, що їх діяльність обумовлена не тільки правовими, а і політичними чинниками.

Актуальним для політичної ситуації у сучасній Україні є і твердження про те, що, якщо дотримання "букви" конституційних норм може бути не абсолютним тоді, коли панує консенсус між різними діючими особами конституційної системи, то воно стає незамінним у випадку розладу між ними [6, с. 68].

Правові основи взаємодії Уряду та Президента України закріплені, у першу чергу, на рівні Основного Закону, а також у Законі України "Про Кабінет Міністрів України" від 07.10.2010 р, зі змінами. Проаналізувавши їх, зможемо дати відповідь на питання щодо відношення глави держави до виконавчої влади. При цьому слід звернути увагу на те, що аналіз взаємодії зазначених суб'єктів не повинен мати за єдину мету вивчення зазначеного аспекту. Оскільки за будь-якого висновку Президент має лише ті повноваження, що визначені Основним Законом, і позиція про віднесення Президента до виконавчої влади або про наявність у нього функцій арбітражу до розширення цих повноважень не призведе. А тому, говорячи про взаємодію Уряду та Президента, принципово важливим питанням, що потребує свого з'ясування, слід вва-

жати питання відносно правових механізмів забезпечення їх діяльності в закріпленому правовому полі. З огляду на це, у першу, чергу, слід звернутися до положень Конституції України, що визначають основи взаємодії Кабінету Міністрів та глави держави.

Отже, відповідно до частини 2 статті 102 Конституції України Президент України визначений гарантом у тих сферах суспільних відносин (державний суверенітет, територіальна цілісність України, додержання Конституції України, прав і свобод людини і громадянина), що забезпечуються Кабінетом Міністрів України, відповідно до статті 116.

Аналіз норм Основного Закону дозволяє виділити наступні аспекти взаємодії Уряду та Президента України.

Президент України:

призначає за згодою Верховної Ради України Прем'єр-міністра України; припиняє повноваження Прем'єр-міністра України та приймає рішення про його відставку (пункт 9 частини 1 статті 106, частина 2 статті 113);

призначає за поданням Прем'єр-міністра України членів Кабінету Міністрів України (пункт 10 статті 106, частина 3 статті 113);

утворює, реорганізовує та ліквідує за поданням Прем'єр-міністра України міністерства та інші центральні органи виконавчої влади, діючи в межах коштів, передбачених на утримання органів виконавчої влади (пункт 15 статті 106, частина 5 статті 114);

скасовує акти Кабінету Міністрів України (пункт 16 статті 106).

Крім того, акти Президента України, видані в межах повноважень, передбачених пунктами 3, 4, 5, 8, 10, 14, 15, 17, 18, 21, 22, 23, 24 статті 106, скріплюються підписами Прем'єр-міністра України і міністра, відповідально за акт та його виконання (частина 4 статті 106).

Однією із форм взаємодії глави держави та Уряду слід також вважати участь членів Уряду у діяльності Ради національної безпеки і оборони України (стаття 107).

Кабінет Міністрів України відповідальний перед Президентом України (частина 2 статті 113) та у своїй діяльності керується актами Президента України (частина 3 статті 113, пункт 10 статті 116).

Строк повноважень Уряду "прив'язаний" за чинним Основним Законом до строку повноважень глави держави, оскільки відповідно до частини 1 статті 115 Конституції України, Кабінет Міністрів України складає повноваження перед новообраним Президентом України.

Крім того, порівняння повноважень глави держави та Кабінету Міністрів України за окремими сферами суспільних відносин дає підстави зробити висновок про наявність сфер, у яких зазначені повноваження "перетинаються". До таких сфер можна віднести: забезпечення державного суверенітету і економічної самостійності України, здійснення внутрішньої і зовнішньої політики держави, виконання Конституції і законів України; вжиття заходів щодо забезпечення прав і свобод людини і громадянина; здійснення заходів щодо забезпечення обороноздатності і національної безпеки України; організацію і забезпечення здійснення зовнішньоекономічної діяльності України (стаття 116).

Слід відмітити, що на змістовній узгодженості частини конституційно встановлених функцій Президента і Кабінету Міністрів наголошують і інші дослідники (наприклад, Єрмолін В. П.) [2, с. 154]. Однак, висловлену у зв'язку із цим позицію зазначеного вченого про те, що об'єктивно названі функції Президента є звичайно більш загальними і ширшими, аніж відповідні функції Кабінету Міністрів [2, с. 154], ми вважаємо дискусійною, оскільки аналіз компетенції Уряду, свідчить про те, що саме зазначений орган є органом із найбільшою загальною компетенцією.

При цьому цілком слушною слід вважати позицію Єрмоліна В. П., відповідно до якої Президент і Кабінет Міністрів реалізують компетенцію у різний спосіб і різними засобами [2, с. 154], що свідчить про різні повноваження зазначених суб'єктів по реалізації конкретних функцій.

Сферою взаємодії Президента та Кабінету Міністрів України слід вважати і визначений Основним Законом порядок призначення голів місцевих державних адміністрацій, що призначаються на посаду і звільняються з посади Президентом України за поданням Кабінету Міністрів України та сферу спільної відповідальності голів місцевих державних адміністрацій перед Президентом України та Урядом.

Зважаючи на існування ієрархії у системі органів виконавчої влади про опосередкований зв'язок із системою виконавчої влади свідчать і положення Основного Закону про те, що рішення голів місцевих державних адміністрацій, що суперечать Конституції та законам України, іншим актам законодавства України, можуть бути відповідно до закону скасовані Президентом України. А також те, що обласна чи районна рада може висловити недовіру голові відповідної місцевої державної адміністрації, на підставі чого Президент України приймає рішення і дає обґрунтовану відповідь. Якщо недовіру голові районної чи обласної державної адміністрації висловили дві третини депутатів від складу відповідної ради, Президент України приймає рішення про відставку голови місцевої державної адміністрації.

Однією із форм взаємодії слід вважати також право Президента України звертатися до Конституційного Суду України із конституційним поданням щодо конституційності актів Кабінету Міністрів України (пункт 1 частини 1 статті 150 Основного Закону).

Аналіз повноважень Президента України та Уряду, закріплених Конституцією України, Законом України "Про Кабінет Міністрів України" та Регламентом Кабінету Міністрів України щодо їх взаємодії, дає можливість виділити напрямки їх взаємодії. При цьому слід наголосити на слушності існуючої у літературі позиції відносно того, що у статтях Закону "Про Кабінет Міністрів України" не можна допускати загальних формулювань, що залишають нерозв'язаними принципові питання щодо засад функціонування Кабінету Міністрів та його взаємодії з іншими органами держави [5, с. 78].

Слід відмітити, що у літературі вже пропонувалося виділення аспектів взаємодії Уряду та Президента України, до яких відносилися: участь у формуванні уряду та призначенні посадових осіб; участь у засіданнях Кабінету Міністрів України; прийняття актів, обов'язкових для Кабінету Міністрів; контроль за діяльністю органів виконавчої влади, вплив Кабінету Міністрів на Президента через інститути контрасигнації (частина 4 статті 106 Конституції України) та подання (пункт 10, пункт 15 частини 1 статті 106, частина 4 статті 118 Конституції України) [8, с. 107]. Однак, з нашої точки зору, виділення таких аспектів є досить загальним, тому, ґрунтуючись на положеннях чинного законодавства, ми пропонуємо виділяти наступні напрямки взаємодії Кабінету Міністрів України та Президента України.

І Організаційно-інформаційний напрямок, в рамках якого слід виділити такі положення Закону України "Про Кабінет Міністрів України", які визначають, що у засіданнях Кабінету Міністрів України може брати участь Президент України або уповноважений ним представник; керівник Секретаріату Кабінету Міністрів України відповідає на звернення консультативних, дорадчих та інших допоміжних органів і служб, що утворюються Президентом України, надає їм інформацію, необхідну для вико-

нання покладених на них завдань; члени Кабінету Міністрів України, керівники інших органів виконавчої влади можуть включатися до складу консультативних, дорадчих та інших допоміжних органів і служб, що утворюються Президентом України для здійснення своїх повноважень, та брати участь у роботі таких органів і служб на громадських засадах (статті 25, 26 Закону).

Аналіз підзаконних актів (Регламенту Кабінету Міністрів України, Положення про Секретаріат Кабінету Міністрів України, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 12. 08. 2009 р. № 850, зі змінами) свідчить про те, що регулювання взаємодії між Урядом та главою держави у частині інформаційно-організаційного напрямку побудоване виходячи із принципу зобов'язання Уряду надавати інформацію та співпрацювати із Президентом України та утворюваними ним органами. Водночас інший аспект, тобто забезпечення прав Уряду у такій взаємодії, не знайшов свого належного законодавчого врегулювання.

II Напрямок відносин відповідальності, який знаходить свій вияв через: відповідальність Уряду перед главою держави, що, передбачає, зокрема, забезпечення Кабінетом Міністрів України виконання актів Президента України; обов'язок Прем'єр-міністра України подати Президенту України заяву про відставку Кабінету Міністрів України за рішенням Президента України; припинення главою держави повноважень Прем'єр-міністра України та повноважень членів Кабінету Міністрів України; скасування актів Кабінету Міністрів України; скріплення актів Президента України, виданих в межах повноважень, передбачених пунктами 3, 4, 5, 8, 10, 14, 15, 17, 18, 21, 22, 23, 24 частини 1 статті 106 Конституції України підписами Прем'єр-міністра України і міністра, відповідального за акт та його виконання;

У першу чергу, слід відмітити, що відповідальність Кабінету Міністрів перед Президентом полягає у тому, що саме Президент України наділений за Конституцією правом призначати Прем'єр-міністра України, а також має право припинити його повноваження та приймати рішення про його відставку, наслідком чого є відставка всього складу уряду [5, с. 79]. Водночас слушною є думка щодо відсутності за Конституцією механізмів відповідальності Президента за політику, яку проводить Кабінет Міністрів [5, с. 83].

III Напрямок взаємодії у сфері нормотворчої діяльності полягає у таких аспектах:

- Кабінет Міністрів України з власної ініціативи чи на виконання указів Президента України вносить пропозиції та здійснює підготовку проектів відповідних законів, а також актів Президента України з питань, що належать до повноважень Президента України.

Відповідно до пункту 5 Положення про порядок підготовки та внесення проектів актів Президента України, затвердженого Указом Президента України від 15.11.2006 р., зі змінами, проекти актів Президента України можуть вноситися, зокрема, Кабінетом Міністрів України. Міністерства, інші центральні органи виконавчої влади України вносять проекти актів Президента України через Кабінет Міністрів України, крім випадків, передбачених законами України, актами і дорученнями Президента України. Слід відмітити, що відповідно до пункту 10 цього ж Положення проект акта Президента України, внесений Кабінетом Міністрів України, може бути відкликаний до його підписання Президентом України за письмовим зверненням Прем'єр-міністра України (у разі його відсутності – Першого віце-прем'єр-міністра України чи відповідного Віце-прем'єр-міністра України) із зазначенням причин відкликання. Проект акта Президента України, внесений Кабінетом Міністрів

України на виконання акта Президента України, може бути відкликаний лише за згодою Президента України.

Слід звернути увагу на те, що відповідно до пункту 13 зазначеного Положення, внесені Кабінетом Міністрів України проекти актів Президента України, що у процесі опрацювання в Адміністрації Президента України зазнали змін концептуального характеру, за рішенням Глави Адміністрації Президента України (у разі його відсутності – Першого заступника, заступника Глави Адміністрації Президента України) *можуть бути* (курсив наш. – О. С.) надіслані Кабінету Міністрів України для погодження в установленому порядку. Внесені іншими суб'єктами проекти актів Президента України, якими пропонується вирішити питання, що пов'язані з компетенцією Кабінету Міністрів України, також *можуть бути* (курсив наш. – О. С.) надіслані за рішенням Глави Адміністрації Президента України (у разі його відсутності – Першого заступника, заступника Глави Адміністрації Президента України) для погодження до Кабінету Міністрів України.

Тобто, після того, як Уряд виступив суб'єктом нормотворчої ініціативи щодо акта Президента України, він фактично втрачає вплив на запропонований акт, який може бути змінений без погодження із вищим органом виконавчої влади.

За Регламентом Кабінету Міністрів України Кабінет Міністрів України може звернутися до Президента України з клопотанням про визначення проекту закону, що вноситься до Верховної Ради України, як невідкладного. Лист Президенту України із зазначеного питання підписує Прем'єр-міністр;

- погодження розробленого іншим суб'єктом проекту акта Президента України, окремі положення якого належать до компетенції Кабінету Міністрів.

- проведення Кабінетом Міністрів за рішенням Президента України експертизи закону, що надійшов на підпис Президенту України.

Слід відмітити, що взаємодія між Урядом і Президентом у 2007-2008 рр. у частині внесення ними законодавчих ініціатив відзначалася практичною відсутністю конкуруючих (альтернативних) законопроектів, внесених зазначеними суб'єктами [7, с. 99].

IV Напрямок взаємодії у сфері суміжних повноважень (національної безпеки і оборони, зовнішньополітичних відносин).

У першу чергу, реалізація цього напрямку проявляється через участь членів Уряду в діяльності Ради національної безпеки і оборони України, що координує та контролює діяльність органів виконавчої влади у сфері національної безпеки і оборони. Крім того, Кабінет Міністрів України забезпечує виконання рішень Ради національної безпеки і оборони України, введених у дію указами Президента України.

Відповідно до Регламенту Кабінету Міністрів України члени Кабінету Міністрів беруть в установленому порядку участь у підготовці та прийнятті рішень Ради. За зверненням посадових осіб Апарату Ради національної безпеки і оборони, консультативних, дорадчих та інших допоміжних органів і служб, утворюваних Президентом України, Прем'єр-міністр погоджує їх участь у засіданні Кабінету Міністрів під час розгляду питань, що стосуються компетенції таких органів і служб. Секретаріат Кабінету Міністрів інформує в установленому порядку Апарат Ради національної безпеки і оборони про стан виконання рішень Ради з питань, що належать до компетенції Кабінету Міністрів.

У літературі висловлена думка про те, що поєднання Президента України зі сферою виконавчої влади забезпечується, зокрема, існуванням Ради національ-

ної безпеки і оборони [2, с. 155-156]. Висловлена позиція і про те, що очолювання Президентом Ради національної безпеки і оборони України, яка уповноважена здійснювати координацію і контроль діяльності органів виконавчої влади, включаючи Кабінет Міністрів у сфері національної безпеки й оборони (ст. 107 Конституції України), свідчить про фактичну наявність стану "підконтрольності" чи "підзвітності" Кабінету Міністрів України Президенту України [1, с. 32-35]. Однак, з нашої точки зору, така позиція є дискусійною, що обумовлено тим, що сфери діяльності Ради національної безпеки і оборони є набагато вужчими, ніж сфери діяльності Уряду.

Що стосується взаємодії Уряду та глави держави у сфері зовнішньої політики, то Кабінет Міністрів за рішенням Президента України подає на його затвердження проект директив делегації чи представників України на переговори, які проводяться від імені України. Проект директив готує та вносить в установленому порядку для попереднього розгляду на засіданні Кабінету Міністрів МЗС разом з іншими заінтересованими органами виконавчої влади. Схвалений на засіданні Кабінету Міністрів проект директив подається Президенту України разом із супровідним листом за підписом Прем'єр-міністра. Члени Кабінету Міністрів беруть участь у протокольних заходах за участю Президента України відповідно до Положення про Державний Протокол та Церемоніал України, затвердженого Указом Президента України від 22. 08. 2002 р. № 746, зі змінами.

Узагальнюючи проблеми взаємодії Уряду та глави держави у сферах суміжних відносин, слід погодитися із думкою Авер'янова В. Б. про те, що найголовніша проблема у розмежуванні повноважень між президентом і урядом полягає у недопущенні безпідставного розширення дискреційних повноважень глави держави, що може загрожувати, зрештою, втратою належної самостійності і дієвості уряду "як вищого органу у системі органів виконавчої влади". У свою чергу, слід пам'ятати про неприйнятність будь-якої гіперболізації значення конституційного визначення Кабінету Міністрів України як "як вищого органу у системі органів виконавчої влади". Зокрема, це стосується такого "блоку повноважень" уряду, як забезпечення "здійснення внутрішньої і зовнішньої політики держави" (п. 1 ст. 116 Конституції

України). Адже згідно з іншими приписами Конституції України Кабінет Міністрів не уповноважений вичерпним чином здійснювати державну політику. Ця функція поділяється між президентом і урядом. Нормативною підставою такого поділу є конституційно визначені повноваження Президента України "здійснювати керівництво у трьох сферах діяльності держави – зовнішньополітичній діяльності, національній безпеці та обороні" (пункти 3, 17 ч. 1 ст. 116 Конституції України). Певна річ, йдеться не просто про якийсь механічний поділ повноважень, а про те, що саме у згаданих трьох сферах преференції щодо вироблення і здійснення державної політики надані Президенту України. В усіх інших сферах подібні преференції мають бути за Кабінетом Міністрів, хоча він не тільки може, а й повинен залучатись Президентом до формування політичного курсу і у перелічених вище трьох сферах [1, с. 32-35].

Отже, на сьогодні питання щодо законодавчого врегулювання взаємодії Уряду та глави держави знаходиться у стадії становлення та потребує вирішення питань, окреслених у даній публікації. Практичні ж аспекти зазначеної взаємодії потребують не лише належного правового забезпечення, а і формування традицій правозастосування на засадах високої політичної культури.

1. Авер'янов В. Організація виконавчої влади: необхідність усунення внутрішніх суперечностей / В. Авер'янов // Право України. – 2009. – № 5. – С. 32–35.
2. Ермолін В. П. Конституційні засади виконавчої влади в Україні (проблеми теорії і практики): дис. ... кандидата юрид. наук : 12.00.02 / Ермолін Володимир Павлович. – К., 2002. – С. 155–156.
3. Жук Н. А. Парламент, Президент, уряд: через взаємостримання до рівноваги : [монографія] / Н. А. Жук. – Х.: Харків юридичний, 2007. – С. 165.
4. Маклаков В. В. Конституционное право зарубежных стран. Общая часть: [учеб. для студентов юрид. вузов и фак.] / В. В. Маклаков. – М.: Волтерс Клувер, 2006. – С. 711–712.
5. Особливості виконавчої влади в пострадянській Україні : [моногр.] / За заг. ред. О. О. Кордуна. – К.: МАУП, 2000. – С. 17.
6. Президент-правительство-исполнительная власть: российская модель / Под редакцией Ильи Шаблинского. Сборник подготовлен Центром конституционных исследований Московского общественного научного фонда. – М., 1997. – С. 68.
7. Розвиток публічного права в Україні (довідник за 2007-2008 роки) / [за заг. ред. Н. В. Александровой, І. Б. Коліушка]. – К.: Конус-Ю, 2009. – С. 99.
8. Чикурлій С. О. Конституційно-правовий статус органів виконавчої влади України: дис. ... кандидата юрид. наук : 12.00.02 / Чикурлій Сергій Олександрович. – К., 2008. – С. 107.

Надійшла до редколегії 12.10.12

УДК: 346.56:330.332

В. Поєдинок, канд. юрид. наук

КЛАСИФІКАЦІЯ ІНВЕСТИЦІЙ: КРИТЕРІЙ І МЕТОДОЛОГІЧНЕ ЗНАЧЕННЯ

У статті досліджуються основні критерії класифікації інвестицій та з'ясовується їх значення для цілей господарсько-правового регулювання.

Ключові слова: грошові, негрошові, державні, іноземні, реальні, фінансові, довгострокові, короткострокові, прямі, портфельні інвестиції.

В статье исследуются основные критерии классификации инвестиций и определяется их значение для целей хозяйственно-правового регулирования.

Ключевые слова: денежные, неденежные, государственные, иностранные, реальные, финансовые, долгосрочные, краткосрочные, прямые, портфельные инвестиции.

Main criteria of the categorization of investment are examined in the article and their significance for the economic law regulation objectives is defined.

Key words: monetary, non-monetary, state, foreign, real, financial, long-term, short-term, direct, portfolio investment.

Загальновізвано, що інвестиції є складною й багатоплановою категорією. В економічній літературі застосовується понад сто термінів, що характеризують різні види інвестицій [1, 22], хоч не всі економічні критерії їх класифікації мають правове значення. Змістом юридичної класифікації інвестицій є розподіл їх на види за системою ознак (критеріїв) таким чином, щоб кожен вид характеризувався певними особливостями

правового режиму порівняно з іншим видом, виділенням за тією самою ознакою.

У господарсько-правовій літературі загалом напрацьована система критеріїв класифікації інвестицій [2, 10-12; 3, 27-29]. Разом з тим, класифікація інвестицій потребує подальшої розробки в частині як системи критеріїв та відповідних їм видів інвестицій, так і правових імплікацій виділення таких критеріїв та видів. Автори існуючих класифікацій інвестицій виходять з єдиного

розуміння інвестицій як майнових цінностей, які вкладаються в об'єкт інвестування. Однак у цьому разі класифікаційні критерії можуть ґрунтуватися лише на характеристиках відповідних майнових (матеріальних або нематеріальних) об'єктів. Критерії, які стосуються об'єкта інвестування, мети інвестора, строку вкладення тощо не мають жодного відношення до майнових цінностей, що вкладаються, – вони характеризують інвестиції як *операції* (передусім, господарські) інвестора. Відтак всеохоплююча і внутрішньо несуперечлива класифікація інвестицій повинна складатися з двох частин: класифікація інвестицій як майнових цінностей і як операцій, пов'язаних з рухом капіталу.

Завданнями цієї статті є дослідження основних критеріїв класифікації інвестицій та з'ясування їх значення для цілей господарсько-правового регулювання.

Класифікація інвестицій як майнових цінностей передбачає, насамперед, їх категоризацію: залежно від предмета (виду майнових цінностей); залежно від форми власності; залежно від державної належності інвестора. Необхідною умовою використання певних характеристик для класифікації інвестицій як майнових цінностей є існування цих характеристик до моменту вкладення (тобто, вони не повинні визначатися особливостями акту вкладення або подальшого господарського використання капіталу).

Залежно від предмета (виду цінностей, що вкладаються) інвестиції поділяються насамперед на грошові і негрошові (хоч останні, у свою чергу, є різноманітними). Можливість здійснення інвестицій як у грошовій, так і у негрошовій формі обумовлює потенційний конфлікт інтересів інвестора та отримувача інвестицій (реципієнта): хоч за нормальних умов обидві сторони прагнуть досягти взаємовигідного господарського результату, грошові інвестиції більшою мірою вигідні для реципієнта, аніж для інвестора, негрошові – навпаки. Це випливає з економічного феномену *уподобання ліквідності* (*liquidity preference*). У найбільш загальному плані Дж. Кейнс визначав уподобання ліквідності як попит на найбільш ліквідний актив в економіці – гроші [4, 158]. Для інвестора інвестиції у грошовій формі означають витрачання грошових коштів на придбання майна, що характеризується значно меншою ліквідністю – нерухомості, обладнання, об'єктів інтелектуальної власності, фінансових активів тощо. Окрім того, можливості альтернативного використання капіталу в грошовій формі незрівнянно вищі, ніж у негрошовій. Для реципієнта грошові інвестиції підвищують його ліквідність, а відтак є найбільш бажаними з точки зору як його власних інтересів, так і інтересів його кредиторів. Законом або установчими документами суб'єктів господарювання можуть встановлюватися обмеження щодо форм інвестицій, які можуть ними прийматися (як правило, з метою формування статутних капіталів), однак грошова форма або називається першою місце серед дозволених форм, або є єдиною дозволеною формою (абз. 3 ч.1 ст. 23 Закону України від 17 вересня 2008 р. "Про акціонерні товариства" [5], ч. 3 ст. 42 Закону України від 15 березня 2001 р. "Про інститути спільного інвестування (пайові та корпоративні інвестиційні фонди)" [6]).

Залежно від форми власності інвестиції як майнові цінності можуть бути державними, комунальними, приватними. Спільні особливості державних та комунальних інвестицій пов'язані з належністю відповідних форм власності до публічних форм. Такими особливостями є: здійснення у публічних інтересах; зв'язок з бюджетним процесом; переважно конкурентні засади вибору інвестиційних проектів; спеціальні механізми конт-

ролю за цільовим використанням; спеціальні обмеження напрямів вкладення цих інвестицій.

Державні інвестиції слід відрізнити від надання суб'єктам господарювання фінансової підтримки за рахунок коштів державного бюджету. Перші є проявом державного господарювання; останні – проявом державного регулювання економіки. Критерієм розмежування є, на нашу думку, участь держави в особі уповноважених органів в розподілі доходів і витрат від реалізації інвестиційного проекту, несення інвестиційного ризику та здійснення контролю за цільовим та ефективним використанням вкладених інвестицій (у разі корпоративної форми інвестування – з використанням механізмів корпоративного управління). У зв'язку з цим викликає заперечення положення абз. 3 ч.2 ст. 2 Закону України "Про інвестиційну діяльність" [7], згідно з яким *державне інвестування* передбачає, зокрема, *державну підтримку* реалізації інвестиційних проектів.

Залежно від державної належності інвестора традиційно розрізняють вітчизняні (національні) та іноземні інвестиції. Згідно зі ст.1 Закону України "Про режим іноземного інвестування" [8] державна належність інвестора є єдиним критерієм кваліфікації інвестицій як іноземних, походження ж капіталу не береться до уваги. У зв'язку з цим можуть виникнути сумніви, чи можуть бути класифіковані інвестиції за цим критерієм саме як майнові цінності. Однак історично іноземні інвестиції розумілися саме як іноземна власність. Звичаєве міжнародне право та ранні міжнародні інвестиційні угоди вживали поняття не інвестицій, а іноземної власності, однаковим чином регулюючи випадки імпортованого капіталу та випадки власності постійно проживаючих іноземних громадян, коли передача капіталу не мала місця або була втрачена в історії. Пізніше статичне поняття власності було замінено більш динамічним поняттям інвестицій, яке передбачає певну тривалість і рух [9, 47].

У світовій практиці головну проблему кваліфікації іноземних інвестицій вбачають у зловживанні державною належністю компанії як іноземного інвестора, особливо в контексті транснаціональних груп компаній. Наприклад, особи, що належать до однієї договірної сторони згідно з деякою міжнародною інвестиційною угодою (зазвичай двосторонньою угодою про взаємне сприяння та захист інвестицій), можуть створити компанію в іншій договірній стороні для того, щоб скористатися правилами цієї угоди проти власної держави. З очевидністю, це несумісно зі справжніми цілями угоди, які полягають у наданні захисту правам та інтересам іноземних інвесторів іншої договірної сторони, а не вітчизняних інвесторів, які оперують через іноземну "поштову скриньку". Аналогічно, інвестори, що належать до певної країни, можуть заснувати компанію в третій країні для отримання переваг, які надаються міжнародною інвестиційною угодою третьої країни з країною-реципієнтом інвестицій. Це явище відоме як "договірний шопінг" (*treaty shopping*) і полягає у створенні фактичними капіталовласниками формальної підстави для поширення на їхні інвестиції найбільш вигідної угоди з країною-реципієнтом.

Описані ситуації піднімають питання про припустимість "підняття корпоративної завіси" органом, що розглядає інвестиційний спір на підставі міжнародної інвестиційної угоди, з метою встановлення фактичних контрольних інтересів і визначення на цій підставі "справжньої" державної належності сторін у спорі. Це питання отримало неоднозначне вирішення в практиці міжнародних інвестиційних арбітражів.

У справі *Tokios Tokelés v. Ukraine* арбітраж Міжнародного центру з вирішення інвестиційних спорів

(МЦВІС) визначив, що компанія, інкорпорована в Литві, мала право подати позов проти України на підставі литовсько-української угоди про взаємне сприяння та захист інвестицій попри те, що її капітал на 99 відсотків належав громадянам України. Tokios Tokelés, компанія-позивач, була кваліфікована як інвестор у розумінні згаданої угоди, оскільки остання визначає корпоративну державну належність за критерієм інкорпорації. У свою чергу, Україна стверджувала, що арбітраж повинен відмовити у компетенції на тій підставі, що українські засновники зареєстрували компанію в Литві з єдиною метою забезпечити собі захист згідно з литовсько-українською угодою.

Попри визнання арбітражем того, що певна кількість двосторонніх інвестиційних угод передбачають відмову у привілеях компаніям, які контролюються особами, що належать до країни-реципієнта, він відзначив, що литовсько-українська угода цього не передбачає: "арбітражі не повноважні визначати межі дії ДІУ, які не встановлені в їх текст". Арбітраж вказав, що обхід буквального тексту угоди і застосування доктрини підняття корпоративної завіси можливі тільки за наявності свідчень зловживань або шахрайства. Заснування Tokios Tokelés не становило зловживань або шахрайства, оскільки передувало появі литовсько-української угоди [10]. Це рішення було прийняте більшістю голосів арбітрів. Президент арбітражу проф. П. Вейл виклав окрему думку про те, що механізми і засоби МЦВІС не призначені для захисту інвестицій, здійснених у державі її власними громадянами з використанням домашнього капіталу шляхом заснування іноземної організації: "Коли йдеться про механізми і процедури, які стосуються держав і передбачають питання публічного міжнародного права, економічна і політична реальність повинна превалювати над правовою структурою для того, щоб застосування основних принципів публічного міжнародного права не перешкоджало правові концепції і правила, превалюючи у відносинах між приватними господарствами та юридичними гравцями" (п.24) [11].

Поширення інтегрованих міжнародних виробничих систем, заснованих транснаціональними компаніями, вимагає посиленої уваги до визначення критеріїв іноземного інвестора як в міжнародних інвестиційних угодах, так і в національному законодавстві. У новітніх МІУ спостерігається така тенденція: хоч критерій інкорпорації для визначення державної належності інвестора використовується частіше, ніж у минулому, він часто супроводжується застереженням, що дозволяє приймаючій країні відмовляти у привілеях, пов'язаних з МІУ, інвестор-компанії, яка створена відповідно до законодавства іншої договірної сторони, однак не здійснює господарської діяльності на території "домашньої" країни [12, 23].

Мінімалістичний підхід Закону України "Про режим іноземного інвестування" до кваліфікації іноземного інвестора (іноземними інвесторами є "юридичні особи, створені відповідно до законодавства іншого, ніж законодавство України") вказує на те, законодавець поки що не усвідомлює пов'язаних з такою кваліфікацією проблем. У зв'язку з цим пропонується викласти абзац 2 ч.1 ст.1 Закону України "Про режим іноземного інвестування" у такій редакції: "юридичні особи, створені відповідно до законодавства іноземної держави, які здійснюють господарську або іншу діяльність на території цієї іноземної держави".

Основними критеріями **класифікації інвестицій як операцій**, на нашу думку, є: об'єкт інвестування; строк вкладення; мета вкладення.

Залежно від об'єкта інвестування в економічній та юридичній літературі традиційно розрізняють реальні

(синоніми – капітальні, капіталоутворюючі) та фінансові інвестиції. *Реальними інвестиціями* є вкладення капіталу у відтворення основних засобів, в інноваційні нематеріальні активи та інші об'єкти інвестування, пов'язані зі здійсненням операційної діяльності або покращенням умов праці та побуту персоналу. *Фінансові інвестиції* характеризують вкладення капіталу в різноманітні фінансові інструменти інвестування, головним чином в цінні папери, з метою отримання доходу [1, 24].

Впливовою економічною теорією, яка розкриває взаємозв'язок між реальними та фінансовими інвестиціями, є теорія нобелівського лауреата Дж. Тобіна, відповідно до якої фірми приймають рішення про інвестування на основі відношення ринкової вартості існуючих акцій фірми (акціонерного капіталу) до заміщувальної вартості фізичних активів фірми ("коефіцієнт q "). Дж. Тобін вважав, що обсяг реальних інвестицій фірми залежить від того, більше q (репрезентує рівновагу) одиниці, чи менше. Якщо q більше одиниці, то ринок цінних паперів оцінює акціонерний капітал у суму більшу, ніж вартість його заміщення. У цьому разі додаткові інвестиції фірми матимуть сенс, оскільки отримуватимуть прибутки перевищуватимуть вартість фізичних активів фірми. І навпаки, якщо q менше одиниці, то ринок цінних паперів оцінює акціонерний капітал в суму меншу, ніж вартість його заміщення. У цьому разі фірмі вигідніше позбутися активів, аніж намагатися їх використати [13].

Інші економісти наголошують не на взаємозв'язку і взаємообумовленості, а на протилежних рисах реальних та фінансових інвестицій. Протиставлення реальних та фінансових інвестицій ілюструє підхід до інвестицій у системі національних рахунків: реальні інвестиції є компонентом валового внутрішнього продукту (ВВП), платежі ж за придбання фінансових інструментів виключаються з суми ВВП, оскільки таке придбання становить лише обмін документами (титулами), а не частину реальної економіки [14].

Як правило, непродуктивні активи є більш ліквідними, ніж продуктивні, тож на вибір між реальними та фінансовими інвестиціями впливає згадуване вище явище уподобання ліквідності. Бажання економічних агентів отримати ліквідні активи визначається трьома основними чинниками. По-перше, ліквідні активи дозволяють відкласти прийняття стратегічних рішень, "зачекати слушної нагоди". По-друге, володіння ліквідними активами дозволяє виконувати контрактні зобов'язання в умовах зменшення поточних та очікуваних у найближчому майбутньому фінансових надходжень. По-третє, володіння ліквідними активами дає можливість "зірвати куш" на ринку (спекулятивний мотив) [15, 44]. Зсув у бік непродуктивних активів означає недоінвестування у фізичний капітал, що пригнічує економічну активність, призводить до безробіття та інших негативних явищ в економіці.

Поділ інвестицій **залежно від строку вкладення** на довгострокові і короткострокові викликає наукову дискусію. У той час як одні автори вважають цей класифікаційний критерій традиційним і беззаперечним [2, 11-12], інші визнають довгостроковий характер кваліфікуючою ознакою інвестицій [16, 9; 17, 11]. Уявляється, що межі та значення поділу інвестицій на довго- та короткострокові можуть бути окреслені наступним чином:

1) довгостроковий характер є розмежувальною ознакою інвестицій в контексті іншого їх поділу – на прямі й портфельні, який розглядатиметься нижче. Прямі інвестиції є довгостроковими за визначенням (відображають мету інвестора отримати тривалий інтерес в підприємстві-реципієнті інвестицій). Інший вид інвестицій – портфельні, які передбачають придбання фінансових інструментів з метою одержання прибутку,

взагалі некоректно поділяти на довго- і короткострокові. Ці інвестиції відзначаються високою волатильністю – незалежно від існування і конкретного значення строку погашення фінансового інструмента, портфельний інвестор може здійснити його відчуження у будь-який момент, коли його вартість досягне максимуму або у разі виникнення ризику. Це свідчить про неприйнятність позиції щодо довгострокового характеру інвестицій як кваліфікуючої їх ознаки;

2) строк вкладення як самостійний класифікаційний критерій відіграє обмежену роль. Міжнародний валютний фонд вказує, що початковий строк погашення фінансового інструмента (більше одного року або один рік чи менше) зберігає своє значення лише для спеціальних цілей, як-от аналіз зовнішнього боргу, і застосовується щодо категорії *інших інвестицій* (капіталовкладень в боргові інструменти, які не охоплюються поняттями прямих та портфельних інвестицій) [18, 41];

3) строк вкладення має більше значення не як критерій дихотомічного поділу інвестицій (оскільки не має загального характеру), а як якісна характеристика частини інвестицій в економіці. Очевидним є те, що, поперше, для реалізації завдань економічної системи інвестиції в певних галузях/сферах, в межах певних інвестиційних проектів повинні здійснюватися на довгостроковій основі; по-друге, створення умов для залучення довгострокових інвестицій потребує цілеспрямованих зусиль держави двох видів:

а) пряме позитивне або негативне стимулювання до здійснення довгострокових інвестицій. Прикладом негативного стимулювання є ч.5 ст. 18 Закону України "Про режим іноземного інвестування", згідно з якою якщо протягом трьох років з часу зарахування іноземної інвестиції на баланс підприємства з іноземними інвестиціями майно, що було ввезене в Україну як внесок іноземного інвестора до статутного капіталу зазначеного підприємства, відчужується, у тому числі у зв'язку з припиненням діяльності цього підприємства (крім вивезення іноземної інвестиції за кордон), підприємство з іноземними інвестиціями сплачує ввізне мито (аналогічні приписи встановлені ч.4 ст. 24 цього ж Закону щодо внеску іноземного інвестора у спільну інвестиційну діяльність без створення юридичної особи);

б) створення інституційних передумов для формування довгострокових інвестиційних очікувань. В економічній науці обґрунтоване поняття "*короткозорості інвестора*", яка має місце, коли в силу інституційних обмежень інвестори інвестують або, принаймні, оцінюють продуктивність інвестицій у порівняно короткостроковій перспективі [19, 2]. Короткозорість інвесторів завжди виявляє себе як зсув у бік активів, що приносять швидкий дохід, по усьому спектру активів тривалого використання. Відтак короткозорість інвесторів впливає не тільки на структуру фондового ринку та вибір між відновленням або скороченням активів. Це явище може визначати відношення між виробничою і посередницькою діяльністю, формуванням і ерозією знань, високотехнологічними та іншими галузями, правомірною і неправомірною поведінкою тощо [15, 46].

Залежно від мети вкладення інвестиції поділяються на прямі й портфельні. Поділ інвестицій на прямі та портфельні є традиційним для міжнародного інвестиційного права, в рамках якого склалося усталене значення цих понять. Поняття *прямой інвестиції* (*direct investment*) відображає мету резидента однієї країни набутти тривалий інтерес у підприємстві-резиденті іншої країни. У свою чергу, тривалий інтерес передбачає існування довгострокових відносин між прямим інвестором та підприємством прямого інвестування, а також

істотний вплив інвестора на управління підприємством. При цьому категорія прямих інвестицій охоплює не лише початкову операцію, спрямовану на встановлення відносин між інвестором та підприємством, а й усі наступні капітальні операції між ними та афілійованими підприємствами, як інкорпорованими, так і неінкорпорованими. Головною рисою прямих інвестицій є *суттєвий вплив*, який надає інвестору реальний голос в управлінні підприємством [20]. Ця риса відрізняє прямі інвестиції від *портфельних* (*portfolio investment*), єдиною метою яких вбачають в отриманні прибутку без наміру впливати на управління підприємством, що приймає інвестиції.

Точки зору науковців щодо правового значення поділу інвестицій на прямі й портфельні розходяться. Так, В.Н. Лисиця стверджує, що розгляд питання про визнання інвестиції прямою або портфельною більш характерний для економістів, аніж для юристів. Тому саме визначення прямої інвестиції, швидше за все, не може нести в праві будь-якого істотного смислового навантаження [21]. Іншої думки дотримується Д.Е. Федорчук, якому належить єдине у вітчизняній юридичній літературі спеціальне дослідження, де розмежуванню прямих і портфельних інвестицій відведена першочергова роль. Цей автор, пропонуючи закріпити в законодавстві України поняття прямих іноземних інвестицій, вказує, що на відміну від портфельних інвестицій, які регулюються загальними нормами щодо інвестиційної діяльності в даній країні, для прямих іноземних інвестицій законодавець, як правило, прагне створити особливі правові умови, спрямовані на заохочення притоку капіталовкладень, але водночас і обмежити ступінь впливу іноземного капіталу на економіку [22, 40]. Втім, він не уточнює, які конкретно спеціальні законодавчі положення повинні стосуватися інвестицій у зв'язку з визнанням їх прямими.

На нашу думку, доцільним є формування компромісної позиції. Безперечно, поділ інвестицій на прямі і портфельні має економічне підґрунтя. Зокрема, поняття прямих та портфельних інвестицій виступають категоріями економічної статистики. Однак статистичні дані, згруповані в рамках цих категорій, слугують емпіричною основою для вироблення відмінних за конкретними завданнями і сферою застосування заходів економічної політики, реалізація якої опосередковується правовими засобами. Так, статистичні дані щодо прямих інвестицій є індикаторами впливу іноземного капіталу на національну економіку. Що ж до статистичних даних про портфельні інвестиції, то вони є передусім показником рівня розвитку національного фінансового ринку, зокрема, ринку цінних паперів.

Поділ інвестицій на прямі і портфельні добре ілюструє правове значення класифікації інвестицій загалом. У порядку *висновків* слід зазначити, що більшість критеріїв класифікації інвестицій є економіко-правовими або суто економічними за своїм характером (з-поміж розглянутих нами критеріїв суто правовим критерієм є лише державна належність інвестора, оскільки ця ознака цілком є виводом юридичної науки). Економічні критерії навряд чи можуть претендувати на закріплення їх у законодавстві (зокрема, в Законі України "Про інвестиційну діяльність"), однак це не означає, що вони не мають правового значення. Такі критерії повинні в обов'язковому порядку методологічно враховуватися розробниками політики і законодавцем, оскільки різні види інвестицій з огляду на специфіку мотивації та інтересів інвесторів потребують різних інституційних умов для їх залучення, ефективного використання та мінімізації пов'язаних з ними негативних наслідків, що у кожному випадку опосередковуватиметься особливим комплексом правових засобів. У цьому

полягають і перспективи подальших наукових досліджень проблематики класифікації інвестицій.

1. Бланк І.А. Інвестиційний менеджмент: Учебний курс / І.А. Бланк. — К.: Эльга-Н, Ника-Центр, 2001. — 448 с. 2. Вінник О.М. Інвестиційне право. Навчальний посібник / О.М. Вінник. — К., Правова єдність, 2009. — 616 с. 3. Полатай В.Ю. Правове регулювання інвестиційної діяльності: Автор. дис... канд. юрид. наук: 12.00.04 / В.Ю. Полатай. — Донецьк, 2000. — 18 с. 4. Кейнс Дж. Общая теория занятости, процента и денег / Дж. Кейнс. — М., 1999. — 352 с. 5. Про акціонерні товариства: Закон України від 17 вересня 2008 р. №514-VI // ВР України. — 2008. — №50-51. — Ст. 384. 6. Про інститути спільного інвестування (пайові та корпоративні інвестиційні фонди): Закон України від 15 березня 2001 р. №5080-VI // ВР України. — 2001. — №21. — Ст.103. 7. Про інвестиційну діяльність: Закон України від 18 вересня 1991 р. №1560-XII // ВР України. — 1991. — №47. — Ст. 646. 8. Про режим іноземного інвестування: Закон України від 19 березня 1996 р. №93/96-ВР // ВР України. — 1996. — №19. — Ст. 80. 9. International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations / OECD. — OECD, 2008. — 340 p. 10. Tokios Tokelés v. Ukraine: ISCID Case No. ARB/02/18: Decision on Jurisdiction of 29 April 2004 [Electronic resource]. — Mode of access: http://italaw.com/.../Tokios-Jurisdiction_000.pdf. 11. Tokios Tokelés v. Ukraine: ISCID Case No. ARB/02/18: Dissenting Opinion [Electronic resource]. — Mode of access: <http://italaw.com/.../ita0864.pdf>. 12. International Investment Arrangements: Trends and Emerging Issues / UNCTAD // UNCTAD Series on Issues in International Investment

Agreements. — United Nations: New York and Geneva, 2006. — 110 p. 13. Tobin's q theory [Electronic resource]. — Mode of access: <http://www.businessdictionary.com/definition/Tobin-s-q-theory.html>. 14. Investment [Electronic resource]. — Mode of access: <http://en.wikipedia.org/.../Investment>. 15. Rozmainsky I.V. Investor Myopia and Liquidity Preference as the Complementary Concepts / I.V. Rozmainsky // Economic Herald of the Donbas. — 2011. — No. 4 (26). — P.44-51. 16. Кафарський В.В. Інвестиційні договори в Україні: поняття, види, зміст, правове регулювання: Автор. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / В.В. Кафарський. — К., 2006. — 20 с. 17. Сімсон О.Е. Правові особливості договорів інвестиційного характеру: Автор. дис. канд. юрид. наук: 12.00.03 / О.Е. Сімсон. — Х., 2001. — 20 с. 18. Balance of Payments Manual, 5th ed. [Electronic resource] / International Monetary Fund. — Mode of access: www.imf.org/.../bopman.pdf. — 188 p. 19. Juniper, J. A Genealogy of Short-termism in Capital Markets [Electronic resource] / J. Juniper. — Mode of access: <http://business.unisa.edu.au/.../2000-03.pdf> — 17 p. 20. OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment, 4th edition [Electronic resource]. — Mode of access: <http://www.oecd.org/.../40193734.pdf>. 21. Лисица В.Н. Виды инвестиций в международном и российском праве / В.Н. Лисица [Электронный ресурс] // Недвижимость и инвестиции. Правовое регулирование. — 2006. — № 3(2). — Режим доступа: http://www.dpr.ru/.../journal_29_23.htm. 22. Федорчук Д.Э. Режим прямого иностранного инвестирования (сравнительно-правовое исследование): Дис... канд. юрид. наук: 12.00.04 / Д.Э. Федорчук. — Донецк, 2003. — 229 л.

Надійшла до редколегії 17.09.12

УДК 347.788

І. Кривошеїна, канд. юрид. наук

ПРОБЛЕМИ ЗАХИСТУ ПРАВ НА КАРТОГРАФІЧНІ ТВОРИ, ЯК ОСОБЛИВІ ОБ'ЄКТИ АВТОРСЬКОГО ПРАВА

У статті розглянуті проблеми визначення та правового регулювання такого специфічного об'єкту права інтелектуальної власності як картографічні твори. Проведено аналіз чинного законодавства в сфері охорони та захисту авторських прав.

Ключові слова: авторське право, карти, атласи в сфері картографії, майнові права.

В статье рассмотрены проблемы определения и правового регулирования такого специфического объекта права интеллектуальной собственности как картографические произведения. Произведен анализ действующего законодательства в сфере охраны и защиты авторских прав.

Ключевые слова: авторское право, карты, атласы в сфере картографии, имущественные права.

Article is devoted to the problems of legal definition and regulation of such specific object of intellectual property as cartography maps. Detail analysis of Ukrainian legislation in sphere of regulation and protection of copyright rights was made.

Key words: copyright law, maps, atlases, cartography, intellectual property rights.

З розвитком технологій та інформаційних мереж гостро постають питання правової охорони об'єктів інтелектуальної власності. Для оптимального захисту кожного об'єкту необхідно чітко розуміти їх правову природу. Однак, незважаючи на великий масив законодавчої бази в сфері інтелектуальної власності, існують об'єкти щодо яких виникає ряд не вирішених питань.

Розвиток інформаційної сфери призводить до появи нових видів порушень прав на об'єкти інтелектуальної власності, а недостатнє законодавче регулювання окремих із них — до ускладнення процедури захисту порушень прав. Одним із об'єктів, проблеми охорони та захисту якого актуалізувались останнім часом є картографічний твір. Основним нормативно-правовим актом в сфері охорони зазначених творів є Цивільний кодекс України, який у ст. 433 до об'єктів авторського права відносить ілюстрації, карти, плани, ескізи і пластичні твори, що стосуються географії, топографії, архітектури або науки. Даний об'єкт віднесений і Законом України "Про авторське право та суміжні права" до об'єктів авторського права. Зазначений закон є спеціальним нормативним актом в сфері охорони об'єктів авторського права. Так, відповідно до ст. 8 вказаного Закону об'єктами авторського права є ілюстрації, карти, плани, креслення, ескізи, пластичні твори, що стосуються географії, геології, топографії, техніки архітектури та інших сфер діяльності. В той же час слід відмітити, що чіткого визначення поняття "карта" наше законодавство не містить. В найбільш загальному розумінні картою є зменшене зображення Землі на площині за допомогою

умовних позначень, що показує розміщення певних явищ. Також згідно із Бернською конвенцією про охорону літературних та художніх творів в поняття літературний і художній твір включається і поняття географічної карти.

Актуальність проблеми захисту картографічних творів пов'язана із легкістю їх копіювання, загальнодоступністю та незаконним розміщенням в інформаційних мережах. У відповідності до діючого законодавства України забороняється будь-яке відтворення, тиражування, публікація чи інше використання картографічних творів без відповідного дозволу особи, що має авторське право на ці твори, крім випадків їх вільного використання для наукових, архівних, особистих ті інших цілей передбачених законодавством особами, діяльність яких не спрямована на отримання доходу. Виникає ціла низка питань. Як захистити права творців картографічних творів? Одним із основних питань, безумовно є можливість доведення копіювання і розміщення карти без згоди особи, що має авторське право.

Наукові дослідження в сфері права інтелектуальної власності приділяють недостатньо уваги саме такому специфічному об'єкту як картографічні твори. Здебільшого проблемами охорони та захисту карт та атласів переймається картограф, доктор географічних наук Сосса Р.І. Загальним питанням захисту авторських прав присвячено публікації Андрощук Г., сучасним тенденціям гармонізації авторського права ЄС присвячено роботи Комзюк Л.Т.

Основними цілями даної статті є дослідження стану національного законодавства в сфері авторського пра-

ва в розрізі питань, що стосуються регулювання та захисту картографічних творів, визначення основних прогалин законодавства та можливості його вдосконалення.

Відомо, що авторське право охороняє твори з моменту їх створення і без обов'язкової реєстрації. Відповідно до ст. 11 Закону України "Про авторське право і суміжні права" авторське право на твір виникає внаслідок його створення. Для виникнення і здійснення авторського права не вимагається реєстрація твору чи будь-яке інше спеціальне його оформлення, а також виконання будь-яких інших формальностей. Крім того, закон не вимагає підтвердження наявності основних критеріїв охороноздатності твору, тобто необхідності будь-якої кваліфікації твору як такого для визнання його об'єктом авторського права. Однак Закон передбачає, що для сповіщення про свої авторські права особа, яка має таке право, може проставляти знак охорони авторського права. Такий знак складається із латинської літери "С" обведеної колом, імені особи, яка має авторське право та року першої публікації твору. Такий знак проставляється на оригіналі і кожному примірнику твору. Застосування зазначеного знаку охорони залежить від волі володільця виключних прав. Слід зазначити, що правовій охороні будуть підлягати як твори із нанесеним знаком так і твори, на яких знак не проставлено. Знак охорони авторського права виконує основну функцію сповіщення третіх осіб про те, що даний твір охороняється нормами авторського права, а також полегшує доказування наявності виключних авторських прав у випадку виникнення спору. Для реєстрації авторських прав на картографічний твір, або інший об'єкт авторського права, зацікавлена особа подає заяву до складу якої входить заява, примірник твору у матеріальній формі, документ який підтверджує факт і дату оприлюднення твору, документи про сплату відповідних зборів, та інші документи при необхідності. У разі прийняття рішення про можливість реєстрації авторського права на картографічний твір та за наявності документа про сплату державного мита за видачу свідоцтва, відомості про реєстрацію вносять до Державного реєстру свідоцтв про реєстрацію авторського права на твір. Видача авторських свідоцтв здійснюється у місячний строк від дати реєстрації. Таке свідоцтво видається автору або особі, яка має авторське право.

Створення картографічних творів є багатоступеневою процедурою і вимагає великих зусиль, і безумовно має творчий характер. Всі картографічні твори можна поділити на дві групи: загальногеографічні та тематичні картографічні твори. В процесі створення карти виникає ціла низка об'єктів інтелектуальної власності.

Слід відмітити, що правова охорона авторського права в сфері картографічної діяльності ускладнена відсутністю підзаконних нормативних актів, правозастосовчої практики. Дана проблема виникає у зв'язку із орієнтованістю правового регулювання в сфері авторського права на музичні та літературні твори. Поява цифрових та електронних карт, а також можливість їх легкого копіювання, призвела до зростання контрафактної продукції в даній сфері.

У зв'язку із відсутністю ґрунтовних досліджень в сфері захисту авторського права на картографічні твори виникає потреба в системному дослідженні таких об'єктів як географічні карти та атласи. Під географічною картою слід розуміти зображення у певному масштабі території земної поверхні на площині, виконане за допомогою умовних знаків із застосуванням картографічної проекції. Вона показує розміщення, властивості і зв'язки різних природних і соціально-економічних об'єктів та явищ. Під атласом слід розуміти тематичну, де-

тально опрацьовану збірку карт, ілюстрацій, таблиць. При цьому атлас з позицій авторського права буде складеним твором. Такі твори відповідно до законодавства про авторське право мають певні особливості. Так, авторів збірника та інших складених творів (упорядників) належить авторське право на здійснений ним підбір і розташування творів та інших даних, що є результатом творчої праці. Автори складених творів користуються своїми авторськими правами за умови дотримання ними прав авторів кожного з творів, що включені до складеного твору. Дане положення законодавства означає, що кожен із авторів твору, які увійшли складовою частиною до складеного твору, мають право використовувати свої твори незалежно від складеного твору, якщо інша умова про передачу виключних майнових прав не передбачена авторським договором між автором частини твору та упорядником збірника. Крім того, упорядник здійснюючи свої майнові авторські права повинен не порушувати права авторів окремих частин, що означає, що при використанні складеного твору повинно обов'язково зазначатися ім'я тих авторів, які готували відповідні складові частини складеного твору. Слід зазначити, в той же час частина картографічного твору, яка може бути використана самостійно, також виступає об'єктом авторського права.

Основним об'єктом захисту авторським правом у картографії є картографічні твори, які відповідно до законодавства України про авторське право входять до переліку творів, що охороняються. До картографічних творів належать твори в будь-якій матеріальній формі, основою яких є картографічне зображення. Картографічні твори охороняються нормами авторського права незалежно від їх призначення, тематики, змісту, достовірності, обсягу, а також способу їх відтворення в графічній, цифровій чи будь-якій іншій формі. До картографічних творів, що охороняються авторським правом слід віднести: всі види атласів, планів, картосхем незалежно від їх форми та виду носія інформації; аерокомофотокарти, аерокомофотоплани, аерокомофотосхеми, їх подібні продукція; цифрові карти і плани, інша картографічна інформація на машинних носіях; рельєфні карти і плани, похідні пластичні твори; рекламна картографічна продукція; схеми, ескізи, ілюстрації, що стосуються географії, топографії, картографії тощо. Підлягають охороні також літературні, наукові, художні та інші твори картографічної тематики, тобто нормативно-технічна література, наукові публікації, періодичні видання, монографії, каталоги, довідники, газетири картографічного змісту тощо.

У найзагальнішому розумінні під картографічним твором слід розуміти твір у галузі відображення об'єктів природи і суспільства у певній картографічній проекції із застосуванням картографічних умовних знаків (креслення, карта, атлас, ескіз, макет тощо). Таким чином, картою є картографічний твір, що створений в картографічній проекції, зменшене, узагальнене зображення поверхні землі, поверхні іншого небесного тіла чи позаземного простору, що показує розташовані на них об'єкти (предмети і явища) в певній системі умовних знаків [3. с.51]. Всі картографічні твори можна поділити, як вже зазначалось, на дві основні групи: загальногеографічні та тематичні картографічні твори. Загальногеографічні карти відображають географічні явища, в тому числі рельєф, гідрографію, населені пункти, господарські об'єкти, комунікації тощо. Тематичні карти в свою чергу відображають розташування, взаємозв'язок та динаміку природних явищ, населення, економіки, соціальної сфери. Кожний картографічний твір має дизайнерську розробку, яка відповідно буде розглядатись як об'

ект авторського права – твір образотворчого мистецтва, а видавничі зразки картографічного твору можуть отримати охорону в якості промислових зразків.

Всі об'єкти авторського права для отримання відповідної правової охорони повинні відповідати двом основним критеріям: мати творчий характер та бути вираженими в об'єктивній формі, яка дозволяє їх відтворення.

Нормативні акти не містять визначення критерію творчості, тому думки науковців з цього приводу мають різний характер. Так, на думку О.С. Іоффе творчість є інтелектуальною діяльністю, що завершується виробничим актом, в результаті якого з'являються нові поняття, образи та форми їх втілення, що являють собою ідеальне відображення об'єктивної дійсності [2, с.5]. В свою чергу Гаврилов Е.П. під творчістю розуміє діяльність людини, що породжує щось якісно нове і вирізняється неповторністю, оригінальністю та унікальністю [1, с.83]. Слід відмітити, що будь-який твір, що носить творчий характер вирізняється оригінальністю, новизною, унікальністю та неповторністю. Однак в сфері картографічної діяльності існують певні особливості пов'язані із зазначеними критеріями. Основне питання яке виникає у зв'язку із правовою охороною картографічних творів – чи є такі твори результатом творчої діяльності. На думку О.П. Сергєєва не будь-яка карта чи план можуть бути віднесені до об'єктів авторського права. Так, напевно чи можна визнати карту чи план, що створені виключно за допомогою технічних засобів, наприклад шляхом аерокосмічної зйомки, результати якої оброблені комп'ютером, твором, що відповідає критерію творчості і відповідно охороняється авторським правом [5, с.152]. Однак, безумовно у більшості випадків створення картографічного твору є складним процесом, і вимагає застосування не лише технічних зусиль, але і творчого вкладу великої кількості спеціалістів.

Будь-який твір для того, щоб стати об'єктом авторського права повинен бути виражений в певній об'єктивній формі, що є другою обов'язковою умовою охороноздатності об'єктів авторського права, оскільки до того часу поки ідеї та образи автора не отримують певну матеріальну форму, вони не можуть сприйматися третіми особами і відповідно не є можливим порушення прав на такі задуми, саме тому не виникає необхідності в наданні ним правової охорони. Отже, для того, щоб картографічний твір отримав охорону в якості об'єкту авторського права він повинен бути об'єктивований або в письмовій формі, або в якості зображення чи об'ємно-просторовий. До картографічних творів не можна застосовувати усну форму їх виконання. Таким чином, картографічний твір повинен існувати як незалежний елемент від особи автора, якою він створений. Слід відмітити, що відповідно до ст. 8 ч.2 Закону України "Про авторське право і суміжні права" охороні підлягають як завершені, так і не завершені твори, незалежно від їх призначення, жанру, обсягу та мети. Таким чином, об'єктом авторського права є як весь картографічний твір, так і його частина. Безумовно, дана ознака охороноздатності тісно пов'язана із можливістю відтворення картографічних творів. Наявність самої об'єктивної форми означає можливість відтворення такого твору.

Слід відмітити, що першочерговим суб'єктом, якому належить авторське право є автор картографічного твору, творчою працею якого цей твір створено. За відсутності доказів іншого автором твору вважається особа, зазначена як автор на оригіналі або примірнику твору, в даному випадку діє презумпція авторства.

Сучасний інформаційний розвиток призводить до появи таких видів карт як цифрові та електронні карти, які одночасно можна розглядати і як бази даних, які

охороняються авторським правом. Створення таких електронних та цифрових карт необхідно розглядати як переробку першопочаткового картографічного твору і, відповідно, створення похідного твору. Така цифрова карта буде похідним твором, щодо основного картографічного твору. Для створення похідного твору необхідно отримати дозвіл від володільця прав на основний картографічний твір. Під цифровою картою слід розуміти карту зміст якої представлено в цифровій формі. Тобто представлення об'єктів карти в цифровій формі, яка дозволяє комп'ютеру зберігати та виводити значення цих атрибутів. Цифрова карта являє собою базу даних чи файл, які стають картою, коли створюється тверда копія чи зображення на екрані [6, с.96]. Відповідно до Закону України "Про авторське право і суміжні права" під базою даних слід розуміти сукупність творів, даних або будь-якої іншої незалежної інформації у довільній формі, в тому числі – електронній, підбір і розташування складових частин якої та її упорядкування є результатом творчої праці, і складові частини якої є доступними індивідуально і можуть бути знайдені за допомогою спеціальної пошукової системи на основі електронних засобів (комп'ютера) чи інших засобів.

Розглядаючи картографічні твори, як об'єкти авторського права, необхідно відмітити, що більшість з них створюються в порядку виконання службового завдання. Так, відповідно до ст. 429 ЦКУ особисті немайнові права на такий твір належать працівникові, творчою працею якого створено твір. Крім того Цивільний кодекс України надає можливість відповідно до якої окремі особисті немайнові права інтелектуальної власності на службовий твір можуть належати юридичній або фізичній особі, де або у якій працює працівник. В даному випадку таким особистим немайновим правом може виступати право перешкоджати будь-якому посягання на право інтелектуальної власності, здатному завдати шкоди честі чи репутації творця. В той же час Постановою Пленуму Верховного суду України від 4 червня 2010 року №5 "Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав" в п. 24[4. с.9] визначає, що особисті немайнові права автора службового твору є невідчужуваними. Що ж стосується майнових прав авторів картографічних творів, то ЦКУ визначає, що такі права належать спільно працівникові та юридичній або фізичній особі, в якій він працює, якщо інше не встановлено договором. В той час Закон України "Про авторське право та суміжні права" в ст. 16 надає всі майнові права автора службового твору саме роботодавцю, якщо інше не передбачено трудовим договором або іншим цивільно-правовим договором. Вищезазначена Постанова Пленуму також відносить майнові права до можливості їх спільної реалізації працівником та роботодавцем. Вважаємо, що позиція Закону України "Про авторське право та суміжні права" більше спрямована на захист особи за службовим завданням якої створюється картографічний твір. На рівні ЦКУ також слід було б залишити позицію, що передбачена в спеціальному Законі.

Підводячи підсумок, необхідно зазначити, що незважаючи на схожість основних ознак картографічних творів та інших об'єктів авторського права, вони мають ряд особливостей та потребують удосконалення захисту таких специфічних об'єктів. А це викликає нагальну потребу прийняття спеціального нормативно-правового акта для регулювання відносин інтелектуальної власності в сфері створення і реалізації прав на картографічні твори, із чітким закріпленням визначень такого твору, понять карт, атласів, карт створених в електронному виді. Крім того, існує потреба в деталізації порушень

прав інтелектуальної власності на картографічні твори. Також, необхідно внести зміни до ЦКУ залишаючи майнові права на створений картографічний твір за роботодавцем, якщо останній та працівник не домовляться про інше, що призведе до зменшення непорозумінь, що виникають на практиці у зв'язку із реалізацією майнових прав суб'єктів картографічної діяльності.

1. Гаврилов Э.П. Советское авторское право. Основные положения. Тенденции развития. — М., 1984. — С. 83. 2. Иоффе О.С. Советское гражданское право: В 3 т. — Т.3, Л., — 1965. — С.5. 3. Максимова Л. Карто-

графические произведения как объекты авторского права. Защита прав на эти объекты в суде // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. — №7, 2003. — С. 51. 4. Постановка Пленуму Верховного суда Украины "Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав від 4 червня 2010 року №5/Вісник Верховного суду України. — №6 (118), 2010р. — с. 9. 5. Сергеев А.П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: ТК Велби, 2004. — С. 152. 6. Цифровая картография и геоинформатика. Краткий терминологический словарь / Под общ. ред. Е.А. Жалковского. — М.: Картео-центр-Геодиздат, 1999. — с.96.

Надійшла до редколегії 17.09.12

УДК 347.9 (477)

Т. Кучер, канд. юрид. наук

ЗМІСТ ПРОЦЕДУРИ ДОСЛІДЖЕННЯ ДОКАЗІВ У ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ

Розглядається процес дослідження доказів, як один із найважливіших елементів процесу доведення при розгляді справ у порядку цивільного судочинства України з урахуванням процесуального становища суб'єктів доказування та окремих видів засобів доказування з притаманними їм особливостями. Завдяки комплексному підходу до вивчення та аналізу даного правового інституту сформульовано власне визначення наведеної процедури, а також здійснено і інші висновки в ході розгляду суміжних елементів.

Ключові слова: доказ, доказування, доведення, дослідження, особа.

Рассматривается процесс исследования доказательств как один из важнейших элементов процесса доведения при рассмотрении дел в порядке гражданского судопроизводства Украины с учетом процессуального положения субъектов доказывания и отдельных видов средств доказывания с надлежащими им особенностями.

Ключевые слова: доказательство, доказывание, доведение, исследование, лицо.

The process of research of proofs is examined as one of major elements of process of leading to at consideration of businesses in order of the civil legal proceeding of Ukraine taking into account judicial position of subjects of proving and separate types of facilities of proving with the proper them features. Due to complex approach own determination of the resulted procedure is formulated in a study and analysis of this legal institute, and also other conclusions are done during consideration of contiguous elements.

Key words: proof, proving, leading to, research, person.

Елементи процедур доказування та доведення завжди цікавили наукову доктрину, оскільки саме завдяки якісному використанню особами, які беруть участь у справі, нормативно закріплених правил і вірного формування своєї правової позиції можна досягти мети звернення до органів правосуддя. Особливо слід виділити таких вчених як, А. В. Агутін, А. О. Александров, В. І. Басков, С. В. Корнакова, В. В. Комаров, Ю. К. Орлов, І. Л. Петрухін, І. Г. Суботіна, Т. В. Цюра, С. Я. Фурса, Є. І. Фурса, М. Й. Штефан. Проте, і досі залишаються спірними питання змістовного навантаження складових елементів при здійсненні доказових процесів, в тому числі і при дослідженні доказів. Як невідірену частину загальної проблеми можна визначити розгляд досліджуваного механізму наряду з його змістовними компонентами, що надасть можливість сягнути основ такої процедури.

Мета дослідження полягає у проведенні комплексного аналізу теоретичного змісту процесу дослідження доказів як одного з важливих елементів процесу доведення під час здійснення цивільного судочинства України та сформулювати на цій підставі власне визначення такої процедури і запропонувати конкретні висновки по розгляданому питанню.

Наряду з цим проведення будь-якого аналізу неможливе без формування уяви про первинну матерію такого явища, його поняття. В семантичному значенні слова "дослідження" його зміст полягає у науковому процесі вироблення нових знань, один з видів пізнавальної діяльності, який характеризується об'єктивністю, відтворенням, доказаністю, точністю та має два рівні — емпіричний й теоретичний. По своїй суті у процесі розгляду справи завжди виникає необхідність відтворювати певні обставини, що обґрунтовують правові позиції осіб, які беруть участь у справі, завдяки яким всі учасники процесу не тільки дізнаються про певні явища, події, ситуації, що мали чи мають місце у дійсності, а й отри-

мують нові знання на підставі одержаної та проаналізованої інформації. Саме такий процес у науковій філософії та логіці називається пізнанням. Між тим, застосування такої гносеологічної категорії не обмежується лише природничими науками, а є невід'ємним у будь-якому процесі, що пов'язаний з людською свідомістю, його мисленнєвою діяльністю. Отже, виступаючи ключовими елементами в процесі дослідження мислення та свідомість і зумовлюють віднесення такої процесуальної діяльності саме до процесу доведення. Як вірно відмічає С.Я. Фурса, останнім слід вважати розумову діяльність осіб, які беруть участь у справі, орієнтована на досягнення позитивного результату у захисті власних прав та інтересів у суді, яка виражається у юридично грамотному обґрунтуванні позиції у справі [5, с. 392]. Наряду з цим такі логічні категорії, як мислення, свідомість та пізнання є невіддільними від суб'єкта, що їх містить. Мисленням вважається активний процес діяльності людського мозку, свідомість в свою чергу є процесом ідеального відображення дійсності, реалізація яких здійснюється через ступені пізнання [2, с. 17]. Іншими словами, без здійснення відповідної ментальної діяльності особами, що беруть участь у справі не під силу досягти ні судового захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів, ні завдань цивільного судочинства щодо вирішення цивільних справ. Стаття 60 ЦПК України покладає на сторін та інших осіб, які беруть участь у справі зобов'язання щодо доведення тих обставин, на які вони посилаються як на підставу своїх вимог і заперечень та обмежує коло таких обставин лише тими, що мають значення для ухвалення рішення у справі і щодо яких у суб'єктів доказування виникає спір. Проте, зовсім не вірно вести мову лише про діяльність зазначеної групи осіб, адже в процесі розкриття та вивчення зібраних доказів обов'язкову участь бере суд, який в силу імперативних вказівок статті 177 ЦПК України саме і встановлює порядок з'я-

© Кучер Т., 2012

сування тих обставин, на які сторони посилаються як на підставу своїх вимог і заперечень, та порядок дослідження доказів, якими вони обґрунтовуються, а відповідно головуючий, як суб'єкт, що уособлює в собі державний орган правосуддя при розгляді справ в суді першої інстанції зобов'язаний забезпечити додержання послідовності і порядку вчинення процесуальних дій, здійснення учасниками цивільного процесу їх процесуальних прав і виконання ними обов'язків, спрямовує судовий розгляд на забезпечення повного, всебічного та об'єктивного з'ясування обставин справи, усуваючи із судового розгляду все, що не має істотного значення для вирішення справи (ч.2 статті 160 ЦПК України). Проте, навіть з урахуванням суду, як обов'язкового суб'єкта цивільних процесуальних правовідносин коло осіб, що прямо пов'язані з ходом дослідження доказів є свідки, що не є сторонами у справі та експерти, в разі роз'яснень та доповнень висновку. Аргументами на користь такого твердження, насамперед будуть виступати дві характеризуючі ознаки: 1) притаманність лише людині абстрактного мислення; 2) процесуальним статусом та завданням участі у справі. По-перше, ні у кого не виникає сумнівів, що свідком при здійсненні цивільного судочинства може бути лише людина. Саме остання, як розумна істота володіє можливістю активного відтворення у свідомості об'єктивної реальності, що полягає у безпосередньому, опосередкованому та узагальненому пізнанні суб'єктом істотних зв'язків і відносин між предметами і явищами, у творчому створенні нових ідей, у прогнозуванні подій та дій [4, с. 858-859]. Власне, такий процес мисленнєвої діяльності можливий в результаті взаємодії механізмів пізнання – чуттєвого та логічного. Чуттєвий включає в себе такі елементи як відчуття – ідеальні образи окремих властивостей, рис, ознак об'єктів за допомогою органів чуття людини; сприйняття – цілісне відображення у свідомості людини предметів, явищ і подій у результаті безпосереднього впливу об'єктів реального світу на її органи чуття; уявлення – чуттєвий образ об'єкта, який сприймався раніше, чуттєве пригадування явища, які в певний момент не діють на органи чуття людини, але діяли колись [4, с.475 – 476]. В свою чергу логічний складається з поняття, судження – та умовиводу [4, с. 477-478].

З урахуванням статті 179 ЦПК України процес дослідження доказів під час судового розгляду справи включає в себе виявлення та аналіз фактів, які обґрунтовують заявлені вимоги чи заперечення або мають інше значення для вирішення справи (причини пропуску строку позовної давності тощо) і підлягають встановленню при ухваленні судового рішення. При цьому для встановлення у судовому засіданні таких фактів досліджуються показання свідків, письмові та речові докази, висновки експертів.

Хоча процес аналізу зібраних даних і називається дослідження доказів фактично така процедура зводиться до вивчення засобів доказування. Однак, як лексично так і змістовно дослідженням є не просто зачитування зібраних матеріалів та описування у них подій, а процедура їх вивчення, можливість з'ясування їх автентичності, тобто цілий комплекс заходів по всебічному аналізу наявних у справі доказових матеріалів. Це процес вироблення нових знань, один з видів пізнавальної діяльності, який характеризується об'єктивністю, відтворюваністю, доказуваністю, точністю та має два рівні – емпіричний і теоретичний [3]. При цьому якщо розглядати окремо показання свідків, як засіб доказування то такий визначається однаково як для сторонніх осіб так і для осіб, які беруть участь у справі, але були допитані в якості свідків. Наряду з цим безпосередньою

метою такого дослідження засобів доказування буде відшукування даних, що можуть підтвердити чи спростувати вимоги сторін та третіх осіб. Такий цілісний механізм дозволяє одночасно виконувати декілька задач, насамперед, виявляти дотримання правил належності доказів та допустимості засобів доказування, можливість застосування автоматичних підстав для відмови у позові (застосування позовної давності судом відповідно до статті 267 ЦК України здійснюється судом лише за заявою сторони у спорі, зробленою до ухвалення рішення), а також попередньо представити, які обставини підтверджені, а які не знайшли такого завдяки зібраним засобам доказування.

В юридичній доктрині під процесом дослідження доказів Фурса С.Я. визначає процесуальну діяльність суду та осіб, які беруть участь у справі, яка спрямована на перевірку та встановлення належності та допустимості доказів, які подані сторонами на підтвердження їх вимог та заперечень, їх достатності та достовірності [5, с. 393]. Іншими словами у даному визначенні основним критерієм виступають правила, що висуваються при оцінці доказів (належність, допустимість, достовірність та достатність). Комаров В.В. та Радченко П.І. під такою процедурою розуміє безпосереднє сприйняття, вивчення доказів, яке проводиться у судовому засіданні з дотриманням принципів усності та безпосередності, яке здійснюється за участю сторін та інших суб'єктів доказової діяльності, у ході якого здійснюється їх перевірка, зіставлення одного доказу з іншим, усуваються противірчя тощо [1, с. 481-482]. Як бачимо з наведених визначень, ключовою дією при здійсненні дослідження є перевірка зібраних засобів доказування на наявність в них доказів, оскільки за ч. 1 ст. 57 ЦПК України доказами є будь-які фактичні дані, на підставі яких суд встановлює наявність або відсутність обставин, що обґрунтовують вимоги і заперечення сторін, та інших обставин, які мають значення для вирішення справи. Встановлення же таких даних здійснюється на підставі пояснень сторін, третіх осіб, їхніх представників, допитаних як свідків, показань свідків, письмових доказів, речових доказів, зокрема звуко- і відеозаписів, висновків експертів.

Наприклад, доказом за стадії дослідження показань свідків відповідно до статей 57, 63, 180-183 ЦПК України будуть відомості, про відомі йому обставини, які мають значення для справи, джерело обізнаності яких встановлено, вони є виявленими у встановленому ЦПК України порядку шляхом застосування способів дослідження показань свідків. Проте, основну увагу в процесі їх дослідження для сприйняття даних, отриманих на підставі показань свідків в якості доказу слід приділити відмежуванню розповіді про реальні обставини, що були отримані в результаті їх сприйняття органами почуттів від викладу обставин через свідомість людини. Застосування останнього показника в процесі викладення певних дій чи подій унеможливорює визнання таких відомостей доказами в юридичному значенні, оскільки їх реальність та відповідність дійсності є спотвореною особистісним усвідомленням її володільця такої інформації, інтелектуальними властивостями. Отже, основним завданням при дослідженні такого виду доказів є вірогідність повідомлення відомих особі обставин, а не викладення власного їх сприйняття через застосування пізнавальних якостей індивіда: відчуття, сприйняття, пам'ять, уявлення, мислення, уява.

Отже, процес дослідження доказів можна визначити як комплекс дій суду та осіб, які беруть участь у справі із ознайомлення, вивчення та перевірки засобів доказування задля пізнання їх змісту та форми, достовірності та достатності відносно підтвердження або спростуван-

ня вимог чи заперечень осіб, які беруть участь у справі, або набуття іншого значення для вирішення справи.

1. Комаров, В.В., Радченко, П.І. // Курс цивільного процесу: підручник [Текст] // В.В. Комаров, В.А. Бігун, В.В. Баранкова та ін.; за ред. В.В. Комарова. – Х.: Право, 2011. – 1352 с. 2. Конверський, А. Є. Логіка: підручн. для студ. юрид. фак-тів [Текст] / А. Є. Конверський. – К.: Центр учбової літератури, 2008. – 304 с. 3. Современный толковый словарь изд. "Большая Советская Энциклопедия" [Електронний ресурс] // Ре-

жим доступу: <http://www.classes.ru/all-russian/russian-dictionary-encycl-term-23154.htm>. 4. Філософія: підручник [Текст] / за ред. О.П. Сидоренка. – К.: Знання, 2008. – 891 с. – (Вища освіта XXI століття). 5. Цивільний процес України: академічний курс [Текст]: [підручн. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл.] / [Фурса С. Я., Фурса Є. І., Гетманцев О. В. та ін.]; за ред. С. Я. Фурси. – К.: Видавець Фурса С. Я.: КНТ, 2009. – 848 с. – (Серія "Процесуальні науки").

Надійшла до редколегії 18.09.12

В. Гринюк, канд. юрид. наук

ДОТРИМАННЯ ПРИНЦИПУ РОЗУМНОГО СТРОКУ КРИМІНАЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА ПРИ ПРОДОВЖЕННІ ДОСУДОВОГО СЛІДСТВА

Стаття присвячена проблемам дотримання розумних строків досудового слідства в кримінальному судочинстві України. Автор аналізує чинне і перспективне кримінально-процесуальне законодавство з питань дотримання і гарантування розумних строків при продовженні досудового слідства.

Ключові слова: принцип розумності строків, досудове слідство, розумний строк досудового слідства, продовження строків досудового слідства.

Статья посвящена проблемам соблюдения разумных сроков досудебного следствия в уголовном судопроизводстве Украины. Автор анализирует действующее и перспективное уголовно-процессуальное законодательство по вопросам соблюдения и гарантирования разумных сроков при продлении досудебного следствия.

Ключевые слова: принцип разумности сроков, досудебное следствие, разумный срок досудебного следствия, продление сроков досудебного следствия.

The article is devoted to the problems of observance of reasonable terms of prejudicial investigation in criminal procedure of Ukraine. The author analyses the acting and perspective criminal procedural legislation in questions of observance and guarantee of reasonable terms in prolongation of terms of prejudicial investigation.

Key words: principle of reasonable terms, prejudicial investigation, reasonable terms of prejudicial investigation, prolongation of terms of prejudicial investigation.

Постановка проблеми у загальному вигляді та її зв'язок із важливим науковим чи практичним завданнями. Кримінальний процес України потребує подальшого реформування з метою приведення Кримінально-процесуального кодексу України у відповідність із вимогами часу та потребами суспільного життя. Тому, на наш погляд, принципового значення набуває питання пошуку, обговорення тих чи інших підходів та новел із тим, щоб мінімізувати ризики виникнення труднощів, які можуть мати місце під час правозастосування. Прийняття проекту Кримінального процесуального кодексу України (рег. №9700 від 12 січня 2012 року) [1] зумовило необхідність виокремити серед принципів процесу такий принцип як розумність строків кримінального судочинства. Принцип розумного строку кримінального судочинства як і сама проблема дотримання строків провадження у кримінальній справі, була та продовжує залишатись актуальною в науці і практиці кримінального процесу. Недотримання цього принципу на досудових стадіях процесу зумовлює подальшу значну тривалість самого судового розгляду кримінальної справи, а в деяких випадках приводить до втрати доказів і неможливості прийняття законного і справедливого судового рішення. Крім того, надмірна тривалість кримінального процесу має негативні наслідки для його учасників, громадянського суспільства та держави.

Аналіз останніх досліджень і публікацій та виділення проблем, котрим присвячується означена стаття. Науково-теоретичною основою дослідження стали праці О.Р. Михайленка [2], К.Б. Калиновського [3], І.В. Маслова [4], А.П. Гуляєва [5], С.Б. Фоміна [6] та інших вітчизняних і зарубіжних дослідників. Віддаючи належне науковим доробкам названих вчених, слід зазначити, що вони здебільшого спеціально не зосереджували свою увагу на реалізації принципу розумності строків кримінального судочинства саме при продовженні строків досудового слідства.

Формулювання цілей статті. Нашою метою є проведення дослідження принципу розумного строку кримінального судочинства при продовженні досудового слідства та внесення на цій основі рекомендацій з

вдосконалення чинного і перспективного кримінально-процесуального законодавства.

Виклад основного матеріалу дослідження. Розгляд і вирішення кримінальної справи в розумний строк є принципом кримінального процесу, а також одним із структурних елементів права на справедливий судовий розгляд. Зазначений принцип закріплений у ряді міжнародно-правових актів: ч.3 ст. 14 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права [7, с.12]; ч.1 ст. 6 Європейської конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (далі Європейська Конвенція) [8, с.523-524], Висновок № 6 (2004) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи щодо справедливого суду в розумний строк та ролі судді в судових процесах з урахуванням альтернативних способів вирішення спорів [9, с.319-374].

Законом України "Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р., Першого протоколу та протоколів 2, 4, 7, 11 до Конвенції" від 17.07.1997 р. № 475/97-ВР [10] було ратифіковано вищезазначену Європейську Конвенцію. Для забезпечення реалізації її положень було створено Європейський суд з прав людини, рішення якого є обов'язковими для України згідно Закону України "Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини" від 23 лютого 2006 року № 3477-IV [11]. Аналіз зазначених міжнародних актів та національного законодавства дозволяє зробити висновок про обов'язковість для національних судів та правоохоронних органів положень не тільки Конвенції, але і практики Європейського суду з прав людини. Причому, обов'язковими є рішення, які винесені не тільки щодо України, але й ті рішення, які стосуються інших країн.

Європейська Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод закріпила право на справедливий суд, одним з елементів якого є право на розумний строк досудового слідства і судового розгляду кримінальної справи. Стаття 6 Європейської Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод проголошує: "кожен при вирішенні питання щодо його цивільних прав та обов'язків або при пред'явленні йому будь-

якого кримінального обвинувачення має право на справедливий і відкритий розгляд справи у розумний строк незалежним і безстороннім судом, створеним на підставі закону". Аналіз зазначеної статті дозволяє зробити висновок про те, що вимога розумності строків, що закріплена в Європейській Конвенції, пов'язана з дотриманням строків провадження в стадіях судового процесу. Такий висновок також випливає з аналізу практики Європейського суду з прав людини, який у своїх рішеннях виходить з того, що розумний строк судового розгляду повинен оцінюватися з урахуванням обставин і особливостей справи, її складності, поведінки заявника, державних органів і посадових осіб, які ведуть процес, важливості предмета розгляду для особи, особливості політичної та соціальної ситуації в державі, тощо. Під розумним строком слід розуміти не тільки строк розгляду кримінальної справи судом, але і досудову стадію кримінального судочинства, а саме стадію досудового розслідування, яка в Україні здійснюється у двох формах: дізнання і досудове слідство. Вважаємо, що зазначені критерії розумності строків можуть бути використані на досудових стадіях процесу. Таким чином принцип розумності строків кримінального судочинства поширює свою дію як на судові, так і на досудові стадії кримінального судочинства.

Згідно даної норми Європейської Конвенції на Україну покладається обов'язок забезпечення розумних строків досудового розслідування кримінальних справ, в яких встановлено особу, яка підлягає кримінальному переслідуванню. І навпаки, вимогу про обмеження процесуальних строків досудового слідства при невстановленні особи, яка підлягає притягненню до кримінальної відповідальності, міжнародні правові акти не містять. Це пояснюється відсутністю обмеження конституційних прав і свобод особи, яка не наділена процесуальним статусом підозрюваного та обвинуваченого.

На сьогодні чинне законодавство України нормативно не закріплює принцип розумних строків досудового слідства і не встановлює механізм запобігання порушення зазначеного права. Крім того, обчислення строків у національному кримінальному процесі відрізняється від практики Європейського суду з прав людини.

З реалізацією учасниками кримінального судочинства права на розгляд справи в розумний строк пов'язані процесуальні норми, що регламентують строк досудового слідства. За загальним правилом, відповідно до ч.1 ст.120 Кримінально-процесуального кодексу України (далі КПК України), досудове слідство повинно бути закінчено в строк, що не перевищує двох місяців з дня порушення кримінальної справи. В цей строк включається час з моменту порушення кримінальної справи до направлення її прокурором з обвинувальним висновком чи постановою про передачу справи до суду для розгляду питання про застосування примусових заходів медичного характеру або до закриття чи зупинення провадження у справі.

Зазначені строки досудового слідства є умовними, оскільки можуть бути продовжені відповідно до встановленого порядку. Двомісячний строк може бути продовжений: 1) районним, міським прокурором, військовим прокурором армії, флотилії, з'єднання, гарнізону та прирівняним до них прокурором у разі неможливості закінчити розслідування – до трьох місяців (ч.1 ст. 120 КПК України), 2) прокурором Автономної Республіки Крим, прокурором області, прокурором міста Києва, військовим прокурором округу, флоту і прирівняним до них прокурором або їх заступниками в особливо складних справах – до шести місяців (ч. 2 ст. 120 КПК України), 3) на невизначений строк у виняткових випадках

Генеральним прокурором України або його заступниками (ч.3 ст.120 КПК України).

Зазначені правила не поширюються на кримінальні справи, по яких не встановлено особу, яка вчинила злочин. У такому випадку початок перебігу строку досудового слідства починається з дня встановлення особи, яка вчинила злочин. Чинне правове регулювання строків досудового слідства та їх продовження не дозволяє говорити про їх розумність. По-перше, двомісячний строк для деяких складів злочинів, які іменуються в зарубіжних країнах проступками, є досить тривалим. По-друге, на законодавчому рівні має бути встановлений максимально допустимий строк досудового слідства (на сьогоднішній день згідно ст. 120 КПК України такий строк досудового слідства є необмеженим). По-третє, в основу диференціації максимальних строків досудового слідства має бути покладено такий критерій як ступінь тяжкості злочинів (злочини невеликої або середньої тяжкості, тяжкі або особливо тяжкі). По-четверте, якщо на момент порушення справи встановлено особу, яка вчинила злочин, кримінальна справа має бути порушена щодо такої особи і з цього моменту необхідно обчислювати строк досудового слідства. Саме тому, коли порушується кримінальна справа по факту вчинення злочину, а у слідчого є достатні дані, які вказують на вчинення такого злочину конкретною особою, доречно в такому випадку вважати початок перебігу строку досудового слідства з моменту порушення такої кримінальної справи.

Якщо кримінальну справу порушено за фактом скоєння злочину і не встановлено особу, яка його вчинила, початком перебігу строку досудового слідства по таких справах буде вважатися момент з дня встановлення особи, яка вчинила злочин. Таким моментом в кримінальному процесі України на сьогоднішній день є поява особи підозрюваного (з моменту затримання особи за підозрою у скоєнні злочину або застосування щодо особи запобіжного заходу до винесення постанови про притягнення як обвинуваченого) або самого обвинуваченого. Проблемним моментом у зв'язку з цим є дотримання гарантій від запобігання навмисного затягування слідчим надання особі процесуального статусу підозрюваного та обвинуваченого [4, с.66].

Порушуючи кримінальну справу, слідчий не зацікавлений в її порушенні щодо особи, оскільки це тягне за собою перебіг строків досудового слідства. Практика Європейського суду з прав людини свідчить про те, що значення критерію "розумного строку" досудового слідства полягає в тому, щоб встановити межі стану правової невизначеності, в якому знаходиться та чи інша особа у зв'язку з початком кримінального провадження. Тому гарантією своєчасного надання процесуального статусу обвинуваченого або підозрюваного може бути судовий контроль і прокурорський нагляд за правильністю порушення кримінальної справи.

Регламентуючи порядок продовження строків досудового слідства, КПК України не містить вказівку на обов'язок слідчого повідомляти підозрюваного, обвинуваченого і їхніх захисників, потерпілого та його представника про продовження строку досудового слідства. Завдяки такому повідомленню зазначені особи могли б отримати реальну можливість дізнатися про сам факт продовження строку досудового слідства. В проекті Кримінального процесуального кодексу України [1] вперше в ст. 29 закріплено принцип розумного строку кримінального судочинства. На реалізацію цієї норми проекту передбачено обов'язок слідчого або прокурора вручити тільки підозрюваному і його захисникові копію клопотання про продовження строку досудового слідства.

ва не пізніше п'яти днів до дня подання клопотання прокурору, який і буде приймати рішення по його суті. Підозрюваний і його захисник мають право надати слідчому письмові заперечення про продовження строків досудового слідства, яке обов'язково долучається до клопотання і разом з ним подаються прокурору, який уповноважений виносити постанову про продовження строку досудового слідства. Зазначені положення проекту КПК України в частині забезпечення права на розумні строки досудового слідства підлягають уточненню та деталізації. Адже, крім підозрюваного і його захисника, постанова про продовження строку досудового слідства має суттєве значення для інших суб'єктів кримінального процесу (наприклад, потерпілого і його представника).

Продовження строку досудового слідства віддаляє розгляд кримінальної справи судом і обмежує учасникам кримінального судочинства доступ до правосуддя. З метою гарантування їм такого права доцільно зацікавлених учасників кримінального судочинства ознайомлювати не тільки з клопотанням слідчого про продовження строку досудового слідства, але і з самою постановою про продовження (відмову у продовженні) строків досудового слідства.

Відповідно до ст.ст. 234, 236 КПК України зацікавлені особи можуть оскаржити дії (бездіяльність) слідчого і прокурора в суді. Зазначені скарги розглядаються судом першої інстанції при попередньому розгляді кримінальної справи суддею або по суті за місцем провадження досудового слідства. Очевидно, що рішення, дії (бездіяльність) слідчого, прокурора, які здатні завдати шкоди конституційним правам і свободам учасників кримінального судочинства можуть бути оскаржені в судовому порядку. Таким чином, підозрюваний, обвинувачений, їх захисники, потерпілий і його представник мають право оскаржити рішення прокурора про продовження строку досудового слідства в суді.

Висновки. Відсутність в кримінально-процесуальному законодавстві норми про обов'язок слідчого ознайомити зацікавлених осіб з постановою про продовження строку досудового слідства буде використовув-

ватися останнім як підстава для відмови у наданні зацікавленим особам зазначеного процесуального документу. У такій ситуації учасники процесу, які не ознайомилися з постановою про продовження строків досудового слідства, позбавлені можливості не тільки належним чином обґрунтувати свою скаргу про продовження строку досудового слідства, а й правильно визначити, чи буде скарга, яка подана до суду, відповідати їх інтересам. У зв'язку з цим, доцільно доповнити ст. 120 КПК України положенням про обов'язок слідчого ознайомити підозрюваного, обвинуваченого і їх захисників, а також потерпілого і його представника із змістом самої постанови про продовження строків досудового слідства, а також положенням про обов'язок слідчого роз'яснити вказаним учасникам процесу їх право на ознайомлення зі змістом постанови про продовження строку досудового слідства. Таким чином, пропонується варіант вдосконалення ст. 120 КПК України та ст. 296 проекту Кримінального процесуального кодексу України може сприяти вирішенню проблеми дотримання розумних строків досудового слідства, а також гарантувати можливість зацікавленим особам скористатися правом на оскарження постанови про їх продовження.

1. Офіційна Інтернет сторінка Верховної Ради України // http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_2?id=&pf3516=9700&skl=7.
2. Михайленко О.Р. Строки та інші часові параметри в кримінальному процесі України. – К.: Юрінком Інтер, 2000. – 40 с.
3. Калиновский К.Б. Процессуальные сроки в уголовном судопроизводстве и их регламентация по Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации // Ленинградский юридический журнал. – 2005. – №2(3). – С.139 – 145.
4. Маслов И.В. Правовая регламентация уголовно-процессуальных сроков (досудебное производство). – М.: Юрлитинформ. – 2004. – 160 с.
5. Гуляев А.П. Процессуальные сроки в стадиях возбуждения уголовного дела и предварительного расследования. – М.: Юрид. лит. – 1976. – 144 с.
6. Фомін С.Б. Строки у кримінальному судочинстві: Дис... канд. юрид. наук. – К. – 2002. – 207 с.
7. Міжнародні стандарти незалежності суддів: Збірка документів. – К.: Поліграф-Експрес, 2008. – 184 с.
8. М. Дженіс, Р. Кей, Е. Бредлі. Європейське право у галузі прав людини: джерела і практика застосування. Пер. з англ. – К.: АртЕк, 1997. – 624 с.
9. Міжнародні стандарти у сфері судочинства. – К.: Істіна, 2010. – 488 с.
10. Відомості Верховної Ради України. 1997. № 40. ст. 263.
11. Відомості Верховної Ради України. 2006. № 30. ст. 260.

Надійшла до редколегії 18.09.12

Т. Третьяк, канд. юрид. наук, ас.

ПРАВОВА ПРИРОДА ГРОМАДСЬКИХ СЛУХАНЬ, ЯК ЕЛЕМЕНТУ ПРОЦЕДУРИ УЧАСТІ ГРОМАДСЬКОСТІ У ПРОЦЕСІ ОЦІНКИ ВПЛИВУ НА НАВКОЛИШНЄ СЕРЕДОВИЩЕ

Статтю присвячено дослідженню правової природи громадських слухань, як елементу процедури оцінки впливу на навколишнє середовище. Запропоновано шляхи вдосконалення процедури громадських слухань.

Ключові слова: екологічне право, екологічні права людини, громадські слухання, оцінка впливу на навколишнє середовище.

Статья посвящена исследованию правовой природы общественных слушаний, как элемента процедуры оценки влияния на окружающую среду. Статья содержит предложения по совершенствованию процедуры общественных слушаний.

Ключевые слова: экологическое право, экологические права человека, общественные слушания, оценка влияния на окружающую среду.

The article devoted to the analysis of the legal nature of the public hearings as a part of the public participation procedure in the process of environmental impact assessment. The ways of improvement of the public hearings procedure are proposed.

Key words: environmental law, environmental human rights, public hearings, environmental impact assessment.

1. Пунктом 1(с) Рішення II/5b Наради Сторін Конвенції про доступ до екологічної інформації, участь громадськості та доступ до правосуддя з питань, що стосуються довкілля (далі – Орхуська конвенція) (2005 рік) було констатовано порушення Україною вимог параграфу 1 ст. 3 Орхуської конвенції, яке полягало, поряд з іншим, у відсутності в Україні чіткої, прозорості та позбавленої внутрішніх суперечностей процедури участі громадськості у процедурі оцінки впливу на навколишнє середовище (далі – ОВНС). Пунктом 6 Рішення IV/9h

Наради Сторін Орхуської конвенції (2011 рік) уряду України було оголошено попередження про невиконання цієї конвенції у зв'язку з відсутністю в Україні належної процедури участі громадськості у процесі прийняття екологічно значимих рішень. Пунктом 9 цього ж рішення Нарада Сторін Орхуської конвенції просила Комітет з дотримання цієї конвенції звітувати наступній Нараді Сторін про те, чи виконано Україною вимоги рішення II/5b Наради Сторін Орхуської конвенції з тим, аби Нарада Сторін прийняла рішення про те, чи потрібно об-

межувати Україну в спеціальних правах та привілеях, наданих їй згідно з Орхуською конвенцією.

Вищевикладене свідчить про нагальну необхідність у створенні дієвої та позбавленої внутрішніх суперечностей процедури участі громадськості у процедурі ОВНС. З метою виконання цього завдання в Україні триває процес розробки проектів нормативно-правових актів, спрямованих на усунення цього недоліку. Однією із форм участі громадськості у процедурі ОВНС є громадські слухання. Останні являють собою збори громадян, на яких їм надається можливість висловити свою думку органам, уповноваженим приймати остаточне рішення стосовно планованої діяльності. Побудова ефективної процедури участі громадськості у процесі прийняття екологічно значимих рішень вимагає встановлення місця громадських слухань у процедурі ОВНС. Виконання цих завдань неможливе без вивчення правової природи громадських слухань.

З метою окреслення стану правового регулювання та стану дослідження питання громадських слухань як елементу процедури участі громадськості у процесі ОВНС звернемося до аналізу літературних джерел з цього питання.

2. С.В. Калиновський звертає увагу на роль процедури ОВНС як засобу "забезпечення відкритості і зрозумілості для громадськості процесу збирання та аналізу інформації зацікавленою у здійсненні господарської діяльності стороною" [1]. Також на думку С.В. Калиновського процедура ОВНС здійснюється з метою "забезпечення безконфліктного (тією мірою, в якій це можливо) і успішного здійснення запланованої діяльності та досягнення відповідної господарської чи іншої мети" [2]. Ці та інші положення, висловлені С.В. Калиновським, істотно поглибили розуміння правової природи процедури ОВНС, проте у наведеній вище роботі увагу зверталось на організаційні питання процедури ОВНС. Правові аспекти, а саме те, якими мають бути правові норми для забезпечення ефективного виконання процедурою ОВНС своїх функцій, не були предметом дослідження у наведеній роботі.

М.В. Краснова пропонує прийняти нормативно-правовий акт урядового рівня, який повинен встановити наступний порядок проведення громадського обговорення. Представники громадськості повинні бути наділені правом подавати письмові коментарі та брати участь у громадських слуханнях [3]. Поряд з цим, громадськість повинна мати право звернутися до органу, уповноваженого приймати рішення у сфері довкілля, з обґрунтуванням необхідності проведення громадських слухань. Зазначений орган повинен розглянути заяву громадськості протягом 20 днів і прийняти рішення про те, чи доцільно проводити громадське слухання. При цьому, відмова у проведенні громадських слухань має бути мотивована в письмовій формі органом, відповідальним за прийняття рішення [4]. У своїй більш ранній роботі, М.В. Краснова висловила думку про те, що Орхуською конвенцією "на міжнародному рівні визначені: ... право на участь у прийнятті екологічно значимих рішень, що включає в себе можливість брати участь у громадських слуханнях, відкритих засіданнях з обговорення рішень, які приймаються ... " [5]. На жаль, необхідність саме такого порядку проведення громадських слухань у аналізованій роботі не обґрунтовується. Тому, пропрана наявність значного матеріалу у роботах М.В. Краснової, питання про те, який порядок громадських слухань є найбільш доцільним, потребує подальшого дослідження. Окрім того, теза про те, що право на участь у прийнятті екологічно значимих рішень, передбачене ст. 6 Орхуської конвенції, включає право на

участь у громадських слуханнях, є спірною. Зокрема, частина 7 ст. 6 Орхуської конвенції встановлює, що "[п]роцедури участі громадськості повинні надавати їй можливість подавати в письмовій формі **або, у разі потреби**, під час громадських слухань або розгляду питання за участю заявника будь-які зауваження, інформацію, аналіз або міркування, які, на її думку, стосуються запланованої діяльності". Словосполучення "у разі потреби" свідчить про те, що можуть бути випадки, коли такої потреби може і не бути, і тоді громадськість матиме право лише на письмове коментування, оскільки словосполучення "у разі потреби" вжито стосовно громадських слухань, а не стосовно права на участь у прийнятті екологічно значимого рішення. Проте які це випадки, коли громадське слухання повинно бути обов'язковим і чи повинно воно бути обов'язковим взагалі – на ці питання Орхуська конвенція прямої відповіді не дає. У зв'язку з цим, ми не можемо погодитися з тезою про те, що Орхуська конвенція встановлює обов'язковість проведення громадських слухань. Вона закріплює лише право громадськості на участь у прийнятті екологічно значимих рішень стосовно окремих видів планованої діяльності.

На думку О.І. Красова, критерієм для прийняття рішення про форму проведення громадських обговорень, в тому числі і громадських слухань, є ступінь екологічної небезпеки планованої господарської та іншої діяльності [6]. Проте на питання, чи може ступінь екологічної небезпеки бути таким, який взагалі робить недоцільним проведення громадських слухань, чи екологічний ризик лише впливає на форму проведення громадських обговорень, і як їх обов'язкового елемента – громадських слухань, у своїх роботах О.І. Красов відповіді не дає.

Е.В. Позняк розглядає громадські слухання стосовно матеріалів ОВНС, якщо останні містять висновки незалежної громадської експертизи, однією із заключних стадій організаційного процесу громадської екологічної експертизи [7]. Однак, питання про те, яке місце мають посідати громадські слухання в процедурі ОВНС, не було предметом дослідження в наведеній роботі.

Останніми роками було надруковано значну кількість робіт, присвячених організаційним аспектам проведення громадських слухань [8]. Ці роботи містять багато матеріалу необхідного для дослідження властивостей громадських слухань та їх правової природи. Проте в зазначених роботах не розглядаються питання про те, яким повинно бути правове регулювання для того, аби громадські слухання відігравали роль ефективної форми участі громадськості у прийнятті екологічно значимих рішень.

Окремі положення стосовно громадських слухань як елементу процедури ОВНС були висловлені в роботах П.А. Калініченка [9] та Д.Н. Рациборинської [10], А. Походзяєва, [11] Л.В. Струтинської-Струк [12].

3. Іноземне законодавство закріплює різні підходи до організації громадських слухань. Диференційований підхід до проведення громадських слухань закріплено у законодавстві Грузії. Всі види діяльності, для здійснення яких необхідно отримати екологічний дозвіл, поділено на чотири групи. Для перших двох груп передбачено обов'язковість як створення можливості для подання письмових коментарів, так і проведення громадського слухання. Зокрема, відповідно до підпункту "b" ч. 4 ст. 7 Закону Грузії "Про екологічний дозвіл" від 15.10.1996 Міністерство охорони навколишнього середовища та природних ресурсів Грузії повинно "прийняти та розглянути надіслані письмові коментарі представників громадськості протягом 45 днів після того, як інформацію (інформація включає в себе заяву та коротку анотацію проекту – вставка наша – ТТ) буде опубліковано". По-

ряд з цією нормою положення ч. 5 ст. 7 цього закону встановлює правило, згідно з яким "не пізніше двох місяців з дня отримання заяви Міністерство охорони навколишнього середовища та природних ресурсів Грузії зобов'язане провести громадські слухання стосовно відповідності пропонованого виду діяльності вимогам, що до нього ставляться".

Аналогічний підхід закріплено стосовно другої групи видів діяльності частинами 2 та 4 ст. 8 Закону Грузії "Про екологічний дозвіл". Стосовно 3 групи об'єктів передбачено лише письмове коментування. Такий висновок дозволяє зробити положення ч. 2 ст. 9 Закону Грузії "Про екологічний дозвіл", згідно з яким "з метою інформування громадськості регіональні підрозділи Міністерства охорони навколишнього середовища та природних ресурсів Грузії, ... зобов'язані забезпечити протягом 10 днів після отримання заяви публікацію в пресі короткої анотації, поданої разом з заявою". Частина 4 ст. 9 Закону Грузії "Про екологічний дозвіл", яка регламентує подальші дії регіональних підрозділів Міністерства охорони навколишнього середовища та природних ресурсів Грузії, не містить обов'язку забезпечувати проведення громадських слухань.

Для видів діяльності 4 групи не передбачено ні письмового коментування, ні громадських слухань (ст. 10 Закону Грузії "Про екологічний дозвіл").

Законодавством Німеччини також передбачено обов'язковість проведення громадських слухань. Частина 1 ст. 9 Закону Німеччини "Про оцінку впливу на навколишнє середовище" (*Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung*) у частині порядку проведення громадського обговорення відсилає до положень частин 3 та 4-7 ст. 73 Адміністративно процесуального закону Німеччини від 25.05.1976 (*Verwaltungsverfahrensgesetz*). Частина 6 ст. 73 Адміністративно процесуального закону Німеччини встановлює наступне правило: "Після закінчення строку для подачі зауважень, орган, відповідальний за проведення громадських обговорень, повинен обговорити ці зауваження ... в належний час та думку органів влади стосовно плану з замовником проекту, органами влади, особами, на яких може бути спричинено вплив цим планом та тими, хто подав зауваження до нього". У цій статті мова йде про обговорення планів, тому що вся ця стаття присвячена обговоренню планів, проте положення частин 3 та ч. 4-7 ст. 73 Адміністративно процесуального закону Німеччини поширюються *mutatis mutandis* також і на види діяльності, які підлягають процедурі ОВНС та які не є планами.

Положення про обов'язковість громадських слухань після встановлення строку для подання коментарів містяться також в законодавстві: Естонії (ч. 1 § 16 Закону Естонії "Про оцінку впливу на навколишнє середовище та систему управління в сфері охорони довкілля" від 22.02.2005), Австрії (ч. 1 ст. 16 Закону Австрії "Про оцінку впливу на навколишнє середовище").

Законодавство Великої Британії передбачає декілька процедур участі громадськості. Однією з них є участь громадськості у процедурі прийняття рішень стосовно інфраструктурних проектів державного значення. Перелік таких об'єктів передбачений частиною 1 ст. 14 Закону Великої Британії "Про планування" від 26.11.2008 (*Planning Act*). Статтею 90 Закону Великої Британії "Про планування" передбачено як обов'язкова процедура подання письмових коментарів (*written representation*). Поряд з цим, спеціально уповноваженому органу надається право прийняти рішення про спосіб дослідження відповідного проекту. Одним із способів такого дослідження можуть бути громадські слухання (ст. 91 Закону Великої

Британії "Про планування"). Статтею 92 Закону Великої Британії "Про планування" заінтересованим особам надано право вимагати проведення громадських слухань.

Пункт 5 Регламенту Англії та Уельсу "Про дозвільну систему у сфері охорони довкілля" від 21.07.2000 № 1973 зобов'язує заявника подавати оголошення про подання заяви стосовно отримання дозволу. Згідно з підпунктом "f" пункту 6 цього регламенту зазначене оголошення повинно містити "пояснення про те, що будь-яка особа може подати письмові коментарі до регуляторного органу протягом 28 днів, починаючи з дня опублікування цього оголошення та адреси регуляторного органу, на яку можна надсилати коментарі".

Наведене вище дає підстави стверджувати про існування різних підходів до питання про необхідність існування обов'язку проводити громадські слухання поряд з письмовим коментуванням. При цьому домінує підхід про необхідність паралельного проведення письмового коментування та громадських слухань.

4. Законодавство України містить наступні положення стосовно громадських слухань. Статтею 21 Закону України "Про регулювання містобудівної діяльності" від 17.02.2011 № 3038-VI [13] передбачено проведення громадських слухань стосовно проектів містобудівної документації. Цим законом не встановлено можливості для участі громадськості стосовно конкретних проектів будівництва, тому наявність цього Закону не забезпечує виконання положень ст. 6 Орхуської конвенції, яка вимагає забезпечити участь громадськості стосовно конкретних видів діяльності, передбачених додатком I до Орхуської конвенції.

5. Постановою Кабінету Міністрів України 29.06.2011 № 771 [14] було затверджено Порядок залучення громадськості до обговорення питань щодо прийняття рішень, які можуть впливати на стан довкілля (далі – Порядок 771). Згаданий порядок практично не застосовується у зв'язку з тим, що положенням ч. 5 ст. 31 Закону України "Про регулювання містобудівної діяльності" (у розумінні Мінрегіону) практично унеможливлено проведення державної екологічної експертизи. Порядок 771, значною мірою, саме з державною екологічною експертизою пов'язує застосування процедури громадського обговорення, включаючи громадське слухання.

Пунктом 12 Порядку 771 встановлено обов'язковість проведення громадських слухань стосовно видів діяльності та об'єктів, які становлять підвищену екологічну небезпеку, під якими можна розуміти об'єкти, передбачені Переліком видів діяльності та об'єктів, які становлять підвищену екологічну небезпеку, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 27.07.1995 № 554 (далі – Перелік 554). Перелік 554 містить ті об'єкти та види діяльності, які передбачені додатком I до Орхуської конвенції, або ж об'єкти, необхідні для здійснення діяльності, передбаченої додатком I до Орхуської конвенції. Наведене вище дозволяє зробити висновок, що за задумом авторів Порядку 771 громадські слухання є обов'язковими у випадку, коли особа планує здійснювати діяльність стосовно якої, статтею 6 Орхуської конвенції передбачено участь громадськості.

Згідно з п. 19 Порядку 771 проведення громадських слухань не виключає можливості подання пропозицій (зауважень). Це означає, що подання письмових коментарів повинно відбуватися поряд з громадськими слуханнями.

Останнім часом в Україні розроблено низку проектів нормативно-правових актів в сфері ОВНС. Звернемося до аналізу деяких з них на предмет того, яка правова модель громадських слухань ними пропонується. Проект Закону України "Про оцінку впливу на довкілля" [15] було розроблено А.О. Андрусевичем. У частині 3 ст. 12

цього проекту міститься наступне правило: "[г]ромадське обговорення матеріалів ОВНС проводиться у формі громадських слухань та письмових звернень. Громадське обговорення може передбачати кілька громадських слухань". З особистих розмов з автором нам відомо, що А.О. Андрусевич вважає, що громадські слухання обов'язково повинні проводитися стосовно всіх видів діяльності, які підлягають процедурі ОВНС поряд з письмовими зверненнями. Проте наведений текст проекту закону не виключає і іншого його тлумачення. Зокрема, частина 3 ст. 12 наведеного вище проекту закону може тлумачитися як така, що встановлює різні форми громадського обговорення, у зв'язку з чим, останнє може проводитися або у формі письмових звернень, або ж у формі громадських слухань. Не виключає такого тлумачення і положення частини 4 ст. 12 цього проекту, згідно з якою "[с]пеціально уповноважений орган виконавчої влади з питань екології та природних ресурсів забезпечує проведення громадських слухань та отримує письмові звернення зацікавленої громадськості". Це положення можна розуміти так, що у випадку, коли громадське обговорення буде проводитися у формі громадських слухань, спеціально уповноважений орган повинен проводити ці слухання. У випадку ж, коли громадське обговорення буде проводитися у формі письмових звернень, спеціально уповноважений орган повинен приймати ці звернення.

Дещо інша позиція відображена у проекті Закону України "Про оцінку впливу на навколишнє середовище" [16] розробленого Д.В. Скрильніковим. Частиною 3 ст. 13 цього проекту встановлено обов'язковість проведення громадських слухань стосовно видів діяльності та об'єктів, що становлять підвищену екологічну небезпеку.

До Верховної Ради України внесено проект закону України "Про внесення змін до деяких законів України щодо реалізації положень Конвенції про оцінку впливу на навколишнє середовище у трансграничному контексті" [17]. Цим проектом пропонується внести зміни до Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища", доповнивши його статтями 25-1 – 25-15, які будуть закріплювати процедуру ОВНС (в тому числі і певну модель громадських слухань). Згідно з частиною 5 ст. 25-4, якою пропонується доповнити Закон України "Про охорону навколишнього природного середовища", після закінчення строку для ознайомлення з матеріалами ОВНС та іншою інформацією уповноважені органи "приймають рішення про час та місце проведення громадського слухання (громадських слухань) щодо матеріалів оцінки впливів на навколишнє середовище". Таким чином, і в цьому проекті громадські слухання закріплені в якості обов'язкового елементу процедури ОВНС.

6. Питання про місце громадських слухань у процедурі ОВНС залежить від правової природи цієї процедури. В юридичній літературі стверджується про існування двох підходів до розуміння правової природи процедури ОВНС: інформаційна теорія та теорія культури прийняття рішення [18]. Згідно з першою теорією, процедура ОВНС покликана лише забезпечити надходження до органу, який приймає рішення, інформації, розумно необхідної для прийняття рішення. Одним із джерел такої інформації є процедура участі громадськості. При цьому прийняття рішення віднесено на розсуд органу, який його приймає.

Згідно з теоріями, які належать до групи "теорії культури прийняття рішень", процедура ОВНС спонукає осіб, які приймають екологічно значимі рішення, до врахування цінностей у сфері охорони довкілля, при прийнятті рішення [19]. Коментарі та зауваження громадськості за такого розуміння значення процедури

ОВНС набувають ознак форм участі у прийнятті рішення, адже відкинути ці коментарі уповноважений орган має право лише за умови їх необґрунтованості. Таким чином, громадськість приймає рішення разом з уповноваженими органами.

Ратифіковані Україною міжнародні договори закріплюють другий підхід. Зокрема, згідно з ч. 8 ст. 6 Орхуської конвенції "кожна зі Сторін забезпечує, щоб у відповідному рішенні належним чином було враховано результати участі громадськості". У висновках Комітету з дотримання Орхуської конвенції у справі про дотримання вимог Орхуської конвенції Іспанією комітет звернув увагу на те, що "... система, за якої звичайною є ситуація, коли коментарі громадськості ігноруються чи не приймаються на підставі того, що вони є лише коментарями громадськості без будь-яких пояснень, не відповідає вимогам Конвенції" [20]. Таким чином, правило частини 8 ст. 6 Орхуської конвенції означає право особи, яка належить до заінтересованої громадськості, подавати коментарі, які орган, який приймає рішення, повинен або прийняти та керуватися ними, або ж обґрунтувати неможливість їх прийняття. У цьому і полягає значення права на участь у прийнятті еколого-значимих рішень як способу реалізації права на екологічну безпеку.

На наш погляд, подання письмових коментарів здатне повністю забезпечити виконання громадським обговоренням функції процедури спільного прийняття рішення органами влади та заінтересованою громадськістю. Розглянемо інші функції громадського слухання, з метою з'ясувати їх правову природу.

7. Громадські слухання дають можливість уповноваженому органу, який приймає екологічно значиме рішення, краще зрозуміти суть письмових коментарів громадськості у разі, якщо їх зміст уповноваженому органу не до кінця зрозумілий, чи переконати громадськість відкликати коментарі, які, на думку уповноваженого органу є результатом нерозуміння з боку громадськості.

Громадські слухання можуть бути засобом загладжування конфліктів між різними групами осіб, а також можуть дати громадськості можливість краще відслідкувати послідовність міркувань уповноваженого органу при прийнятті екологічно значимого рішення. До функцій громадських слухань в літературі відносять також отримання замовником додаткової інформації про плановану діяльність за рахунок участі заінтересованої громадськості [21] та інші.

Характер функцій громадського слухання зумовлює залежність його ефективності від органу, який приймає екологічно значиме рішення чи замовника планованої діяльності. Якщо орган, який приймає екологічно значиме рішення, не бажає належним чином проводити громадські слухання, останні втрачають будь-яке значення. Вони будуть проведені на низькому рівні і нічого не привнесуть до процесу прийняття цього рішення. виправити цю ситуацію за рахунок встановлення жорстких процедурних рамок неможливо. Недобросовісний орган виконавчої влади завжди може знайти спосіб, яким чином звести нанівець ефективність громадських слухань. У такій ситуації єдиним ефективним засобом реалізації і захисту права громадськості на участь у прийнятті екологічно значимих рішень є подання письмових зауважень і пропозицій та подальше звернення до суду у разі неврахування чи неналежного врахування думки громадськості, вираженої у письмових зауваженнях.

На наш погляд, для створення працюючої системи громадського обговорення (включаючи і громадські слухання) в Україні бракує процедури доведення інформації про плановану діяльність до відома громадськості [22]. Закон України "Про регулювання містобудівної

діяльності" не передбачає проведення громадського обговорення стосовно конкретних видів діяльності, тому і не містить процедури оприлюднення матеріалів ОВНС щодо конкретних видів діяльності. Це призводить до того, що громадськість просто не може дізнатися про плановану діяльність та подати письмові обґрунтовані коментарі. Така ситуація призводить до того, що орган виконавчої влади або не отримує жодних коментарів, або отримує необґрунтовані коментарі. Необґрунтованими коментарями орган виконавчої не зобов'язаний керуватися.

Таким чином, відсутність належного доведення до відома населення інформації про плановану діяльність не дозволяє використати судові процедури оскарження рішень органів виконавчої влади, у яких належним чином не враховано думку заінтересованої громадськості. Самі ж судові процедури в Україні існують. Зокрема, згідно з пунктами 3 та 8 ч. 3 ст. 2 Кодексу адміністративного судочинства від 06.07.2012, у справах про оскарження рішень дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень суди зобов'язано перевіряти чи прийняті вони обґрунтовано, тобто з урахуванням усіх обставин, що мають значення для прийняття рішення (вчинення дії) та 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). Невраховання органом виконавчої влади обґрунтованого зауваження представника громадськості означатиме порушення однієї з цих вимог, що є підставою для скасування такого рішення [23].

Вище було здійснено аналіз ситуації, коли орган, який проводить громадське слухання, є недобросовісним. У випадку, якщо ж цей орган є добросовісним і бажає належним чином залучити громадськість до обговорення планованої діяльності, він має таку можливість без жодних змін до чинного законодавства. Добросовісному органу детальна процедура проведення громадського слухання непотрібна.

До сказаного варто також додати те, що закріпленням обов'язковості проведення громадських слухань буде створено умови для виникнення колізій між актом, який буде регулювати проведення громадських слухань, та Законом України "Про звернення громадян" від 02.10.1996. Для ілюстрації наведемо приклад. Відповідно до п. 16 Порядку 711 "[о]рганізатор громадського обговорення надає відповіді на запитання громадськості в усній формі під час громадських слухань або в **письмовій формі після їх закінчення**". Виникає питання: в який строк організатор громадського обговорення повинен надати відповідь на питання громадськості, поставлене на громадському слуханні? Статтею 20 Закону України "Про звернення громадян" встановлено обов'язок невідкладного, проте у строк не більше 15 днів розгляду звернень, які не потребують додаткового вивчення та 30 днів для звернень, які потребують такого вивчення. Є підстави припустити, що ці правила можуть бути застосованими і до відповідей організатора громадського обговорення, передбаченого пунктом 16 Порядку 771. У такому разі виникає непотрібне дублювання положення акта вищої юридичної сили у акті нижчої юридичної сили. Проте, співвідношення пункту 16 Порядку 771 та ст. 20 Закону України "Про звернення громадян" можна тлумачити також і у спосіб, за якого стаття 20 Закону України "Про звернення громадян" не поширюється на письмові відповіді передбачені пунктом 16 Порядку 771. За такого тлумачення наявність пункту 16 Порядку 771 призведе до послаблення гарантій прав громадян, передбачених ст. 20 Закону України

"Про звернення громадян", нічого не вносячи до ефективності процедури самого громадського обговорення.

Окрім того, детальне врегулювання процедури громадського слухання, яке при цьому є обов'язковим елементом громадського обговорення, робить увесь порядок прийняття рішення надзвичайно вразливим для оскарження через порушення численних вимог до нього [24]. Сказане можна проілюструвати наступним прикладом. Абзац 2 пункту 14 Порядку 771 вимагає, щоб організатор громадського обговорення забезпечив здійснення реєстрації учасників громадських слухань. Таким чином, навіть у разі, якщо організатор надасть можливість усім учасникам висловитися, збере і належним чином врахує їх зауваження, проте не здійснить реєстрації учасників громадських слухань, це може бути використано як привід для визнання громадських слухань такими, що проведені з порушенням чинного законодавства, та скасування рішення, елементом процедури прийняття якого було це громадське слухання. У цьому випадку правило про необхідність реєстрації учасників громадського слухання, не підвищуючи ефективності громадського слухання, закладає небезпеку його оскарження через порушення дрібязкових, формалістичних вимог.

8. Підводячи підсумок проведеному дослідженню, необхідно звернути увагу на наступні висновки.

Однією з особливостей правової природи громадських слухань є залежність їх ефективності від бажання чи небажання органу, який проводить громадське слухання їх проводити у належний спосіб.

Для підвищення ефективності проведення громадських слухань необхідно стимулювати орган, уповноважений проводити громадські слухання, чи замовника проекту проводити їх ефективно.

Залежність процедури громадських слухань від рішення органу виконавчої влади свідчить про недоцільність встановлення в законі обов'язку зазначеного органу проводити громадські слухання. Натомість, доцільно лише створити умови для ефективного проведення громадських слухань, надавши органу, який приймає рішення, достатньо часу для прийняття цього рішення, а громадськості – достатньо часу для ознайомлення з матеріалами ОВНС та іншою необхідною інформацією.

1. Калиновський С.В. Оцінка впливу і екологічна експертиза – сьогодні і завтра / Калиновський С.В. // Рідна природа. – 2000. – № 1. – С. 23.
2. Калиновський С.В. Оцінка впливу і екологічна експертиза – сьогодні і завтра / Калиновський С.В. // Рідна природа. – 2000. – № 1. – С. 22.
3. Краснова М.В. Правове забезпечення участі громадськості в процесі прийняття рішень з питань, що стосуються довкілля // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. – Юридичні науки. 2002. – Випуск 48. – С. 271.
4. Краснова М.В. Правове забезпечення участі громадськості в процесі прийняття рішень з питань, що стосуються довкілля // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. – Юридичні науки. 2002. – Випуск 48. – С. 272; Краснова М. В. Проблеми імплементації в Україні положень Орхуської конвенції // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. – Юридичні науки. – 2000. – Випуск 40. – С. 34.
5. Краснова М.В. Правові аспекти захисту екологічних прав громадян // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. – Юридичні науки. 2002. – Випуск 46. – С. 91.
6. Краснов О.И. Экологическое право: [учебник] / Краснов О.И. – [2- изд., пересмотр.]. – М.: Норма, 2008. – С. 171.
7. Позняк Е. В. Організація громадської екологічної експертизи як функція управління в галузі екології (соціально-правовий аспект) // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки. – 2001. – Випуск 44. – С. 34.
8. Almer H. L., Koontz T. M. Public hearings for EIAs in post-communist Bulgaria: Do they work? // Environmental Impact Assessment Review. 2004. – Vol. 24, no. 5: 473-495; Hughes R. Environmental Impact Assessment and Stakeholder Involvement // Environmental Planning Issues. – 1998. – No. 11. // [Electronic recours] – https://www.agentschap.nl/sites/default/files/bijlagen/56%20SEIA%20IIE-DIA_and_stakeholder_involvement.pdf 24.10.2012; Sharma B. Public Hearing in the EIA Process of Hydropower Development // [Electronic recours] – <http://nepjol.info/index.php/HN/article/view/4242/3601> – 29.10.2012. та інші.
9. Калиниченко П.А. Совершенствование механизмов защиты экологических прав в Европейском Союзе // "Европа". – 2004. – № 2(36). – [Електронний ресурс]. – Режим доступа по состоя-

нию на 29.10.2012. — http://eulaw.edu.ru/documents/articles/eco_rights.htm. 10. Калиниченко П.А. и др. Защита экологических прав в законодательстве Европейского Сообщества / Калиниченко П.А., Рацборинская Д.Н. // Экологическое право. — 2003. — № 2. — С. 57. 11. Походзяев А. Глава 4 Засоби впливу громадськості на прийняття рішень / А. Походзяев // Екологічні права громадян: як їх захистити за допомогою закону / С. Стек, К. Звен, М. Боумен, С. Кравченко та ін. — К.: Інформаційне агентство "Ехо-Восток", 1997. — С. 124 — 130. 12. Струтинська-Струк Л.В. Право на екологічну інформацію та участь громадськості у прийнятті екологічно значущих рішень як гарантія забезпечення біобезпеки // Держава і право: Збірник наукових праць. Юридичні і політичні науки. Випуск 19. — К.: Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2003. — С. 412-416. 13. Офіційний вісник України. — 2011. — № 18. — Ст. 735. 14. Офіційний вісник України. — 2011. — № 55. — Ст. 2210. 15. Проект Закону України "Про оцінку впливу на довкілля". — Поточний архів Мінприроди за 2012 рік. 16. Проект Закону України "Про оцінку впливу на навколишнє середовище". — Поточний архів Мінпри-

роди за 2012 рік. 17. Проект закону України "Про внесення змін до деяких законів України щодо реалізації положень Конвенції про оцінку впливу на навколишнє середовище у трансграничному контексті" // [Електронний ресурс]. — Режим доступу. — http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=8pf3511=43793. 18. Holder J. Environmental Assessment. The Regulation of decision Making. — Oxford: Oxford Scholarship Online. — P. 23 — 24. 19. Holder J. Environmental Assessment. The Regulation of decision Making. — Oxford: Oxford Scholarship Online. — P. 24, 27-29. 20. Report of the Compliance Committee on its Twenty-sixth meeting. — Geneva, 15-18 December 2009 (ECE/MP.PP/C.1/2009/8/Add.1.). 21. Almer H. L., Koontz T. M. Public hearings for EIAs in post-communist Bulgaria: Do they work? // Environmental Impact Assessment Review. 2004. — Vol. 24, no. 5. — P. 475. 22. Думка висловлена А.М. Мірошничком у приватній розмові. 23. Думка висловлена А.М. Мірошничком у приватній розмові. 24. Думка висловлена А.М. Мірошничком у приватній розмові.

Надійшла до редколегії 20.09.12

К. Николина, канд. юрид. наук

НАЛЕЖНА ЮРИДИЧНА ПРОЦЕДУРА: ТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ ВИЗНАЧЕННЯ.

В статті досліджуються теоретичні проблеми визначення поняття та змісту належної правової процедури, її співвідношення з правовою процедурою та процесом.

Ключові слова: юридична процедура, процесуальна форма, належна правова процедура.

В статье исследуются теоретические проблемы определения понятия и содержания надлежащей правовой процедуры, её соотношение с правовой процедурой и процессом.

Ключевые слова: юридическая процедура, процессуальная форма, надлежащая правовая процедура.

The article investigates the theoretical problems of definition and content of due process of law; its correlation with the law procedure and the process of law.

Key words: law procedure, procedural form, due process of law.

Існування підвищеного інтересу до проблематики юридичної (правової) процедури фіксується в юридичній науці не одне десятиліття. Беззаперечно роль в цьому відіграє важливе соціальне значення процедури в праві як гарантії ефективного процесу правотворення, право-реалізації, а також захисту прав і свобод громадян.

І. М. Зайцев стверджує, що "роль юридичної процедури в сучасній державі суттєво зростає, оскільки правовий режим в державі має, насамперед, визначитися технологією реалізації юридичних приписів. Найважливіше визначитись не в тому, що потрібно робити, а в тому яким чином це робити. Відповідь на це питання має надати конструкцію юридичного процесу, що поєднує різноманітні правові процедури та судочинство [6, с. 448]. Безумовно обґрунтування зазначеної конструкції потребує відповідного наукового підґрунтя, тобто здійснення наукового дослідження теоретико-прикладних основ юридичної процедури.

І тут важливо наголосити на тому, що традиційно процедурно-процесуальний порядок створення чи реалізації права сприймається суспільством як своєрідна гарантія уникнення сваволі держави, засіб забезпечення режиму законності та демократизму. В зв'язку з цим, все частіше в науковому обігу та юридичній практиці можливо зустріти конструкції "належна правова (юридична) процедура", крім цього, вказана категорія міститься і в ст.2 Кримінально-процесуального кодексу України, очевидно уособлюючи комплекс певних процесуальних гарантій прав учасників кримінального процесу.

Загалом до дослідження проблем юридичної (правової) процедури звертались такі вчені як В. М. Горшенев, Д. А. Керімов, Ю. І. Мельников, А. С. Піголкин, В. Н. Протасов, В. О. Тарасова. На сучасному етапі проблематика процедурно-процесуальної основи юридичної діяльності знаходить відображення в наукових роботах С. Д. Гусарева, О. П. Євсєєва, О. В. Зайчука, А. М. Колодія, О. С. Лагоди, В. Г. Лукьянкової, Н. М. Оніщенко, Л. Н. Распутіної, М. М. Рассолова, О. О. Середи, О. Д. Тихомирова, О. В. Фатхутдінової, А. А. Юсупова, О. В. Яковенко.

Не дивлячись на те, що у вітчизняній правовій науці існує декілька наукових робіт, що мають комплексний

характер і торкаються досліджень юридичної процедури як самостійної категорії права, на сьогодні відсутнє теоретико-правове обґрунтування поняття юридичної процедури та критеріїв її належності.

Саме тому, метою даної статті є аналіз наявних підходів до розуміння категорії "належна юридична процедура", з'ясування теоретичних проблем визначення вказаного поняття, а також обґрунтування необхідності формулювання критеріїв належної юридичної процедури.

Логічним, на нашу думку, буде розпочати дослідження з висвітлення основних підходів до визначення юридичної процедури, а також з'ясування її основних особливостей.

В правознавчій літературі юридична процедура визначається як "особливий нормативно встановлений порядок здійснення юридичної діяльності, що забезпечує реалізацію норм матеріального права й матеріальних правовідносин, який охороняється від порушення правовими санкціями" [4, с. 22]. Інший підхід визначає юридичну процедуру як "особливий нормативний порядок здійснення юридичної діяльності, тобто визначену юридичну форму, а також організуючий засіб забезпечення непримусової реалізації права" [9, с. 671]. Поєднуючи зазначені підходи, можливо зробити висновок про те, що процедура, в тому числі і в правовому розумінні, визначається як особливий порядок вчинення певних дій (або їх не вчинення), які мають юридичне значення і наслідки, причому зазначений порядок має чітко визначену форму та зміст.

Вченими також обґрунтовується думка щодо вузького розуміння правової процедури, згідно з яким під правовою процедурою розуміється законодавчо встановлені засоби реалізації норм права, які забезпечують досягнення цілей правового регулювання в будь якій сфері суспільних відносин [10, с. 408]. В даному випадку правовий характер процедури пов'язується із необхідністю правового закріплення суспільних відносин у вигляді норм права та їх подальшої реалізації.

В. М. Протасов вважає, що юридична процедура є тожним поняттям із правовою процедурою та являє собою особливий порядок правовідносин, що здійснюється відповідно заздалегідь установленій моделі. З позиції автора

юридична процедура має всі властивості соціальної процедури, а її специфічні риси обумовлені тим, що вона діє в правовому середовищі, врегульована правовими нормами, структурована правовими відносинами, спрямована на правовий результат тощо [11, с. 6-7].

В сучасних періодичних юридичних виданнях до особливих характеристик юридичної процедури відносять: певну діяльність, що надає змогу перейти від одного юридичного стану до іншого в ході правового регулювання [5, с. 119]; її офіційний характер, встановлену послідовність дій, що передбачає наявність чіткої урегульованості дій суб'єктів права [1, с. 24]; сукупність послідовних актів поведінки, кожний з яких може викликати відповідні локальні наслідки, що впливає на хід та реальність всієї процедури [7, с. 11].

За таких різновекторних та досить неузгаєнених поглядів вчених щодо особливостей юридичної процедури, на нашу думку, доцільно виокремити характерні ознаки юридичної процедури. До ознак юридичної процедури можливо віднести наступні:

- 1) являє собою особливий різновид правовідносин, що мають процедурний характер та визначають особливості юридичної практичної діяльності;
- 2) має цілісний характер, оскільки складається із певної послідовності дій суб'єктів юридичної процедури, в результаті чого досягається певний результат;
- 3) виникає на підставі норм права, тобто має офіційний правовий характер;
- 4) порядок здійснення юридичної процедури регламентується відповідними процедурними нормами права;
- 5) має власну націленість, що полягає у зміні правової дійсності;
- 6) має інтелектуальний та волевий характер, оскільки залежить від свідомості та волевиявлення суб'єкта юридичної процедури;
- 7) визначає послідовність діяльності суб'єктів юридичної процедури;
- 8) результатом здійснення юридичної процедури є реалізація прав, свобод, законних інтересів суб'єкта права або виконання юридичних обов'язків;
- 9) виявляється у юридичній діяльності;
- 10) являє собою сукупність послідовних актів поведінки, кожний з яких викликає відповідні локальні наслідки, що впливає на зміст та результативність всієї юридичної процедури.

На нашу думку, юридичну процедуру варто визначати як самостійний різновид соціальної процедури, що регламентується відповідними процедурними нормами права, має офіційний правовий характер, складається із певної послідовності дій суб'єктів юридичної процедури, в результаті чого досягається певний результат у вигляді зміни правової дійсності.

Аналіз юридичної літератури дозволяє стверджувати, що значна увага при дослідженні процедури в праві приділяється встановленню послідовності етапів, стадій вчинення окремих юридично значимих дій, тобто дотриманню формально закріпленого порядку здійснення відповідного виду юридичної діяльності. Натомість, вважаємо, що принципово важливим є відповідність конкретної юридичної процедури визначеним вимогам, які б засвідчували її відповідність критеріям належності, що в свою чергу забезпечило б ефективне досягнення бажаного правового результату.

В даному контексті заслуговує на увагу те, що в юридичній літературі вживаються такі категорії як "правова процедура" та "юридична процедура".

Зазначимо, що особливого розмежування між цими поняттями в літературі майже не проводиться і зазначені терміни використовуються як синоніми. На зазна-

ченому наголошує і О. О. Середя [13, с. 117], проте вчена зазначає, що між зазначеними поняттями є все ж таки різниця, яка полягає в тому, що юридична процедура є явищем ширшим, оскільки юридична процедура може бути і неправовою у випадку "порушення норм права, тобто вчинення правопорушення, за умови, що процедура виконується неграмотно в самому процесі її здійснення, а результат фіксується правильним документом" [14, с. 120]. Проте, за змістом автором розмежування цих категорій не проводиться.

Цілком погоджуючись з позицією О. О. Середи, можемо розглядати зазначену теоретичну можливість існування "неправової" процедури поряд з правовою як спробу визначити загальні критерії правомірності, а отже, в певному сенсі і належності юридичної процедури.

Оскільки юридична процедура виникає на підставі норм права, тобто має офіційний правовий характер, спрямована на досягнення певного правового результату, то відповідно, на нашу думку, критерієм її правомірності буде дотримання тих формальних вимог, які передбачені конкретними правовими нормами. Що ж стосується "належності" правової процедури, вважаємо, що вказана категорія має більш широкий зміст.

Як ми вже зазначали, вітчизняна юридична наука не обґрунтовує чітких теоретичних поглядів стосовно розуміння належної юридичної процедури. Натомість, звертаючись до зарубіжного досвіду, констатуємо існування цілої концепції належної правової процедури, що має тривалу історію розвитку та вдосконалення.

Перші уявлення про належну процедуру в праві та практика її реалізації виникли ще у XIII ст. у Великій Британії, та розвиваються переважно в країнах англосаксонської правової системи [8, с. 628].

Варто зазначити, що першочергово ідея "належної правової процедури" пов'язувалась з судовим процесом розгляду юридичних справ. Зокрема, дослідники конституційного права США зазначають, що до належної правової процедури відносяться конституційні положення, пов'язані з гарантією прав особи у кримінальному процесі [3, с. 246]. Так, відповідно до V та XIV поправок до Конституції США "жодна особа не може бути позбавлена свободи чи власності без належної правової процедури".

Отже, належна правова процедура (з англ. – *due process of law*) – це застосування права органами правосуддя (судами) відповідно до встановлених і санкціонованих державою юридичних принципів і процедур для гарантування і захисту конституційних та індивідуальних прав людини і громадянина, у тому числі й юридичної особи [16, с. 62].

Важливим є той факт, що на сучасному етапі розвитку означеної концепції в зарубіжних країнах досить чітко простежується тенденція до розширення її змісту, а саме сфер дії належної правової процедури.

В другій половині XX ст. в США формується концепція "адміністративної належної правової процедури", що формально знайшло свій прояв в створенні адміністративного процедурного законодавства.

Пізніше в американській юриспруденції з'являється концепція "матеріальної належної процедури", критерієм належності якої виступають не процесуальні права, а безпосередньо основні права і свободи людини. Як зазначає У. Бернам, "матеріальна належна процедура" передбачає існування визначених прав, що включаються до поняття "свобода", які держава не може порушувати незалежно від того, яку б процедуру вона не встановлювала [2, с. 588].

Узагальнюючи вищезазначене, можливо зробити висновок, що основним призначенням належної право-

вої процедури в доктрині американського права є встановлення таких процедурних обмежень, які б не надавали можливості перевищувати повноваження органів публічної влади і забезпечували захист прав і свобод особистості від свавільного втручання держави в процесі здійснення ними юридично значимих дій.

Питання належної правової процедури в сучасній українській юриспруденції досить фрагментарно досліджуються в межах галузевих наук і, як правило, пов'язуються з відповідним судовим процесом. Безперечно, судовий процес є найбільш дієвим та ефективним засобом захисту прав і свобод людини, що вимагає чіткої деталізації пов'язаних з ним процедур, а також їх неухильного дотримання. Однак, процедурно-процесуальний порядок характеризує не лише правозастосовну діяльність, саме тому, вважаємо, що розгляд належної правової процедури лише в аспекті юрисдикційного порядку розгляду юридичних справ штучно звужує зміст зазначеної категорії.

В цьому зв'язку цілком обґрунтовано, на нашу думку, є позиція Н.Ю. Сакари, яка в своїй монографії окремий підрозділ присвячує характеристиці належної судової процедури, як поняттю, що має більш вузький зміст і відображає специфіку вимог та принципів процедури саме в межах відповідного судового процесу [12, с. 123].

Іншу точку зору висловлює М.С. Смольянов, фактично отожднюючи поняття належної правової процедури з процесуальною формою в її традиційному розумінні. На його думку, про процесуальну форму ("належну" правову процедуру) як про юридичний феномен можна говорити лише тоді, коли законодавством послідовно, всебічно, в єдиному плані регулюються весь рух та умови розгляду справи, починаючи від її порушення та завершуючи виконавчим провадженням [15, с. 32].

Відзначаючи суперечливість та неоднозначність поглядів стосовно розуміння належної правової процедури, вважаємо доцільним розглядати її в широкому розумінні як юридичну процедуру, що відповідає комплексу чітко визначених вимог та принципів, які є обов'язковими для дотримання в процесі вчинення тих чи інших юридично значимих дій.

Одним з найважливіших призначень процедурного порядку в праві є забезпечення та захист прав, свобод та законних інтересів людини, гарантування уникнення необґрунтованого свавілля державно-владних структур. Саме тому визначення чітких критеріїв "належності" юридичної процедури має надзвичайно важливе значення для практичної реалізації нормативно-правових приписів.

Підводячи загальний підсумок, можемо констатувати необхідність ґрунтовного теоретико-правового дослідження вказаної категорії, формулювання загальних вимог та принципів юридичної процедури для характеристики її "належності", а також виокремлення специфічних критеріїв належної правової процедури в окремих сферах юридично значимої діяльності.

1. Баширова С. Г. К вопросу о соотношении правовой процедуры и юридического процесса / С. Г. Баширова // Вестник Волжского ун-та им. В. Н. Татищева. – Вып. 67. – 2005. – С. 24-27.
2. Бернам У. Правовая система США. Выпуск 3. М., 2007. С.588.
3. Боботов С. Я., Жигачев И. Ю. Введение в правовую систему США. – М.: Норма, 1997. – С. 246.
4. Васильев А. М. О правоприменении в процессуальной сфере. Проблемы соотношения материального и процессуального права. – М.: Юрид. лит., 1980. – 256 с.
5. Гадыльшина З. И. О некоторых актуальных проблемах административно-процессуального права / З. И. Гадыльшина // Актуальные проблемы юридической науки и образования на современном этапе. – Казань: Казан. гос. ун-т, 2003. – С. 119-125.
6. Зайцев И. М. Правовые процедуры и судебные процессы // Теория государства и права: [Курс лекций] / Под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Юрист, 2001. – 776 с.
7. Копина А. А. К вопросу о соотношении понятий "налоговый процесс" и "налоговая процедура" / А. А. Копина // Финансовое право. – № 10. – 2005. – С. 8-16.
8. Марченко М.Н. Курс сравнительного правоведения. М., 2002. С.628.
9. Матузов, Н.И., Малько, А.В. Теория государства и права: Учебник [Текст] / Н.И. Матузов, А.В. Малько. – М.: Юрист, 2004. – 541 с.
10. Мордовец А. С. Демократия, право, процедура // Теория государства и права: [Курс лекций] / Под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Юрист, 2001. – 776 с.
11. Протасов В. Н. Юридическая процедура / В. Н. Протасов. – М.: Юрид. лит., 1991. – 79 с.
12. Сакара Н. Ю. Проблема доступности правосудия у гражданских делах: монография / Н. Ю. Сакара. – Х.: Право, 2010. – 256 с.
13. Середа О. О. Деякі аспекти співвідношення понять "правова процедура" та "юридична процедура" у контексті сучасної юридичної науки / О. О. Середа // Держава і право. – 2003. – Вип. 34. – С. 117-121.
14. Середа О. О. Там само.
15. Смольянов М.С. Понятие и признаки юридической процедуры // Труды Института государства и права Российской академии наук. Статьи аспирантов и стажеров Института государства и права. – М., 2010. № 6. – 279 с.
16. Шевчук Станіслав. Основи конституційної юриспруденції. – Харків: Консум, 2002. – 296 с.

Надійшла до редколегії 20.09.12

В. Бажанов, ас.

ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ДОГОВОРУ ПРО ПЕРЕДАННЯ ВИКЛЮЧНИХ МАЙНОВИХ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ В АВТОРСЬКОМУ ПРАВІ

Публікація присвячена загальній характеристиці договору про передавання виключних майнових прав інтелектуальної власності в авторському праві; аналізу істотних умов та змісту даного договору.

Ключові слова: договір; виключне майнове право; авторське право.

Публикация посвящена общей характеристике договора об отчуждении исключительных имущественных прав интеллектуальной собственности в авторском праве; анализу существенных условий и содержания данного договора.

Ключевые слова: договор; исключительное имущественное право; авторское право.

The article scrutinizes the general description of the agreement on the transfer of exclusive property intellectual rights in copyright law and essential conditions, and content of this agreement.

Keywords: agreement; exclusive property right; copyright law.

Актуальність даної теми обумовлена надзвичайно широким практичним застосуванням договору про передавання виключних майнових прав інтелектуальної власності в авторському праві. Важливим з точки зору практичного застосування є також відмежування договору про передавання виключних майнових прав інтелектуальної власності від інших суміжних авторських договорів. Аналіз правової природи зазначеного виду авторських договорів надасть змогу підвищити ефективність законодавчого регулювання даного договору. Отже,

надання загальної характеристики договору про передавання виключних майнових прав інтелектуальної власності в авторському праві є важливим завданням. Вважаємо, що сучасний стан наукової розробленості даної проблематики обумовлений недостатністю ґрунтовних теоретичних праць, що також свідчить про актуальність даного дослідження.

Теоретичну основу проведеного дослідження склали праці з права інтелектуальної власності наступних вчених: А.А. Амангельди, І.О. Зеніна, А.О. Кординця,

О.В. Кохановської, В.Є. Макоди, О.А. Підпригори, О.П. Сергєєва, Р.Б. Шишки, а також, спеціалістів у сфері договірної права: М.І. Брагінського, В.В. Вітрянського, О.С. Іоффе, та ін.

Нормативною базою дослідження є: Цивільний Кодекс України від 16 січня 2003 року, Закон України "Про авторське право і суміжні права" від 23 грудня 1993 року, Ч. 4 Цивільного Кодексу Російської Федерації від 24 листопада 2006 року, Бернська конвенція про охорону літературних і художніх творів 1886 року, Всесвітня конвенція про авторське право 1952 року та ряд інших нормативних актів.

Метою даного дослідження є дослідження правової природи договору про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності, аналіз істотних умов даного договору та вдосконалення діючого законодавства.

Об'єктом дослідження є договірні правовідносини з приводу передачі виключних майнових прав інтелектуальної власності.

Предметом дослідження є міжнародні акти, нормативно-правові акти України, зарубіжних держав та практика їх застосування, наукові погляди, ідеї, концепції вітчизняних та іноземних вчених у сфері даної проблематики.

Методологічну основу дослідження склали наступні методи: діалектичний, порівняльно-правовий, формально-логічний, системно-структурний та інші. Діалектичний метод застосовувався під час дослідження розвитку договірних правовідносин щодо передачі виключних майнових прав інтелектуальної власності. Порівняльно-правовий метод був застосований при дослідженні норм національного, зарубіжного та міжнародного права. Для виявлення суперечностей у понятійному апараті у сфері договірних правовідносин з приводу передачі виключних майнових прав інтелектуальної власності застосовувався формально-логічний метод. За допомогою системно-структурного аналізу були досліджені норми законодавства України та зарубіжних країн у сфері передачі виключних майнових прав інтелектуальної власності.

У ч.1 ст. 1113 ЦК України наводиться наступне визначення договору про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності: "За договором про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності одна сторона (особа, що має виключні майнові права) передає другій стороні частково або у повному складі ці права відповідно до закону та на визначених договором умовах" [7].

Аналізуючи наведене легальне визначення, можна зробити висновок, що даний договір є двостороннім та реальним. Необхідно зазначити, що автор або інший правоволоділець може мати бажання передати своє виключне майнове право не в момент укладання договору, а через певний період часу після укладання авторського договору. На нашу думку, дане волевиявлення автора або іншого правоволодільца не суперечить змісту договору про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності. Отже, з нашої точки зору, більш вдалою є конструкція даного виду договору, що закріплена у ЦК РФ, яка передбачає як реальність, так і консенсуальність договору про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності (у статті 1285 ЦК РФ зазначено: "За договором про відчуження виключного права на твір автор або інший правоволоділець передає або зобов'язується передати належне йому виключне право на твір в повному обсязі набувачеві такого права" [1]).

Керуючись презумпцією оплатності авторських договорів (з нашої точки зору, абсолютна більшість авторських договорів є оплатними, адже вони укладаються з метою отримання прибутку), можна припустити, що даний договір є оплатним. На нашу думку, якщо автор (або інший правоволоділець) передає виключні майнові права інтелектуальної власності на безоплатній основі, необхідно вести мову про договір дарування виключних майнових прав.

Отже, предметом даного договору є виключні майнові права автора. У ч. 1 ст. 440 ЦК України зазначається, що майновими правами інтелектуальної власності на твір є: 1) право на використання твору; 2) виключне право дозволяти використання твору; 3) право перешкоджати неправомірному використанню твору, в тому числі забороняти таке використання; 4) інші майнові права інтелектуальної власності, встановлені законом [7]. Під використанням мається на увазі: 1) опублікування (випуск у світ); 2) відтворення будь-яким способом та у будь-якій формі; 3) переклад; 4) переробка, адаптація, аранжування та інші подібні зміни; 5) включення складовою частиною до збірників, баз даних, антологій, енциклопедій тощо; 6) публічне виконання; 7) продаж, передання в найм (оренду) тощо; 8) імпорт його примірників, примірників його перекладів, переробок тощо (ч. 1 ст. 441 ЦК України [7]). У той же час, у Законі міститься дещо інший перелік майнових прав автора. Зокрема, Відповідно до ч.1 ст. 15 Закону про майнові права автора слід розуміти виключне право на використання твору та виключне право на дозвіл або заборону використання твору іншими особами. У ч. 3 ст. 15 Закону зазначається: "Виключне право автора (чи іншої особи, яка має авторське право) на дозвіл чи заборону використання твору іншими особами дає йому право дозволяти або забороняти: 1) відтворення творів; 2) публічне виконання і публічне сповіщення творів; 3) публічне демонстрацію і публічний показ; 4) будь-яке повторне оприлюднення творів, якщо воно здійснюється іншою організацією ніж та, що здійснила перше оприлюднення; 5) переклади творів; 6) переробки, адаптації, аранжування та інші подібні зміни творів; 7) включення творів як складових частин до збірників, антологій, енциклопедій тощо; 8) розповсюдження творів шляхом першого продажу, відчуження іншим способом або шляхом здавання в майновий найм чи у прокат та шляхом іншої передачі до першого продажу примірників твору; 9) подання своїх творів до загального відома публіки таким чином, що її представники можуть здійснити доступ до творів з будь-якого місця і у будь-який час за їх власним вибором; 10) здавання в майновий найм і (або) комерційний прокат після першого продажу, відчуження іншим способом оригіналу або примірників аудіовізуальних творів, комп'ютерних програм, баз даних, музичних творів у нотній формі, а також творів, зафіксованих у фонограмі чи відеограмі або у формі, яку зчитує комп'ютер; 11) імпорт примірників творів" [5]. Також у ч.3 ст. 15 Закону вказано, що даний перелік не є вичерпним.

Варто також зазначити, що предметом договору про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності можуть бути тільки виключні майнові права, які існують на момент укладання договору. Майнові права, не зазначені у даному договорі, вважаються такими, що не передані (ч. 8 ст. 33 Закону).

Необхідно наголосити на тому, що відповідно до договору, що закріплений у ст. 1113 ЦК України мова йде саме про виключні майнові права. Існує точка зору, оскільки у цивільному законодавстві міститься постійно діюча направлена іншим особам заборона використо-

увати відповідний результат інтелектуальної діяльності, то і виключне право, наділене такою заборонаю, є абсолютним правом [6, с. 87]. На нашу думку, дана позиція заслуговує на увагу, оскільки, дійсно, виключному майновому авторському праву протистоїть невизначене коло зобов'язаних осіб. У той же час, вважаємо, що виключне майнове авторське право може мати і відносний характер (наприклад, у випадку укладення консенсуального договору виключних майнових прав інтелектуальної власності).

Під виключними майновими правами інтелектуальної власності у науці пропонується розуміти монопольне право на використання твору у будь-якій формі та будь-яким способом, що не суперечать закону [4, с. 71]. У ст. 1 Закону зазначено, що виключне право – це майнове право особи, яка має щодо твору, виконання, постановки, передачі організації мовлення, фонограми чи відеограми авторське право і (або) суміжні права, на використання цих об'єктів авторського права і (або) суміжних прав лише нею і на видачу лише цієї особою дозволу чи заборону їх використання іншим особам у межах строку, встановленого цим Законом [5]. Можна зробити висновок, що виключне майнове право означає, що тільки суб'єкт цього права може дозволяти використання об'єкта авторського права чи перешкоджати неправомірному використанню об'єкта авторського права, у тому числі забороняти таке використання [2, с. 709]. З нашої точки зору, виключність майнових прав також полягає у тому, що відповідно до даного договору сам автор (або інший праволоділець) безповоротно втрачає відповідне виключне майнове право, яке він передає за договором.

Варто зазначити, що стороною даного договору, як і більшості авторських договорів може бути автор твору, або інша особа, яка володіє авторськими правами (у тому числі, і правонаступники). Наголошуємо також на тому, що володільцем виключних майнових прав може бути не тільки фізична, а й юридична особа, яка набула дані права за договором або іншим способом. Іншою стороною за даним договором може бути будь-яка фізична (з відповідною цивільною дієздатністю) або юридична особа. Можемо припустити, що особою, якій передаються виключні майнові права на твір може бути і держава.

Зміст авторського договору, як і будь-якого цивільно-правового договору складають права та обов'язки сторін.

Обов'язком автора (або іншої особи, яка володіє виключними майновими правами) є передача виключних майнових прав. Автор (або інший праволоділець) зобов'язаний передати у повному обсязі або частково свої виключні майнові права. У свою чергу, керуючись презумпцією оплатності авторських договорів, можна стверджувати, що основним обов'язком іншої сторони за договором є сплата винагороди авторів за передачу відповідних виключних майнових прав. Отже, автор (або інший праволоділець) має право вимагати від іншої сторони здійснення оплати, а інша сторона за договором має право вимагати від автора передачі тих виключних майнових прав, які зазначені у договорі.

З нашої точки зору, надзвичайно важливим є питання строку дії договору про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності. Автор (або інший праволоділець) передає виключні майнові права іншій стороні за договором, отже, він передає дані права остаточно та безповоротно. Отже, можна припустити, що даний договір є безстроковим. Проте, виникає питання про строк чинності виключних майнових прав, що були передані за даним договором. Видається, що цей

строк має встановлюватися відповідно до закону, тобто його слід визначати за особою автора [8, с. 731]. Можемо навести наступний приклад: автор передав іншій особі свої виключні майнові права на твір; після укладення договору автор прожив ще 50 років; отже у іншій стороні договору (набувача виключних майнових прав) дані виключні майнові права зберігають чинність протягом усього життя автора (у даному випадку, 50 років) та 70 років після його смерті.

З нашої точки зору важливим є також питання співвідношення договору про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності та передачею (відчуженням) майнових прав суб'єктів авторського права, що закріплена у ст. 31 Закону. Відповідно до ч.1 ст. 31 Закону: "Автор (чи інша особа, яка має авторське право) може передати свої майнові права, зазначені у статті 15 цього Закону, будь-якій іншій особі повністю чи частково, передача майнових прав автора (чи іншої особи, яка має авторське право) оформляється авторським договором" [5]. Отже, проаналізувавши норми ЦК України та Закону з приводу даних видів договорів, можна дійти висновку, що вказані положення нормативно-правових актів (ст. 1113 ЦК України та ст. 31 Закону) є досить схожими, хоча і містять різні назви даного договору ("договір про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності" та "авторський договір" відповідно). Проте, необхідно зазначити, що положення Закону не вказують на реальність даного договору та не оперують поняттям "виключні майнові права". З нашої точки зору, аналізуючи ст. 31 Закону необхідно мати на увазі передачу виключних майнових прав, керуючись назвою даної статті "передача (відчуження) майнових прав суб'єктів авторського права", оскільки йде мова про безповоротну "відмову" від авторських прав, що є, власне, передачею виключних майнових прав автора.

Істотними умовами договору про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності є умова про предмет та, враховуючи презумпцію оплатності даного договору, розмір винагороди, яку отримує автор або інший право володілець [3, с. 164]. З нашої точки зору, строк не є істотною умовою даного договору, оскільки він визначається відповідно до законодавства України.

У ч.2 ст. 1113 ЦК України зазначено, що укладення договору про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності не впливає на ліцензійні договори, які були укладені раніше [7]. З нашої точки зору, необхідно підтримати дану позицію законодавця, оскільки ліцензійні договори та договір про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності є абсолютно різними за своєю природою. На нашу думку, дані договори можна розмежувати за їх предметом. Зокрема, предметом договору, що закріплений в ст. 1113 ЦК України, є виключні майнові права автора або іншого праволоділця, а предметом ліцензійного договору є невиключні майнові права автора або іншого праволоділця. Отже, цілком логічним є те, що укладення договору про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності не впливає на ліцензійні договори за умови, що дані ліцензійні договори були укладені до укладення договору, передбаченого ст. 1113 ЦК України (в іншому випадку, автор не має права на укладання ліцензійних договорів, адже його виключні майнові права були відчужені за договором про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності).

Необхідно також зазначити, що законодавець встановлює деякі обмеження щодо умов договору про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності. Відповідно до ч. 3 ст. 1113 ЦК України: "Умови договору про передання виключних майнових прав

інтелектуальної власності, що погіршують становище творця відповідного об'єкта або його спадкоємців порівняно з становищем, передбаченим цим Кодексом та іншим законом, а також обмежують право творця на створення інших об'єктів, є нікчемними" [7].

Отже, на основі проведеного дослідження можна зробити наступні **висновки**:

1) згідно із законодавством України договір про передачу виключних майнових прав інтелектуальної власності – це двостороння та реальна угода, яка може бути як оплатною, так і безоплатною, на основі якої відбувається відчуження виключних майнових прав автора або іншого правоволодільця. Проте, з нашої точки зору, необхідно на законодавчому рівні закріпити можливість укладати як реальний, так і консенсуальний договір про передачу виключних майнових прав інтелектуальної власності; а також закріпити обов'язок набувача виключних майнових прав сплатити автору (або іншому правоволодільцю) винагороду, сума якої повинна визначатися сторонами договору.

2) пропонуємо внести зміни до ч.1 ст. 1113 ЦК України та викласти її у наступній редакції: "За договором про передачу виключних майнових прав інтелектуальної власності одна сторона (особа, якій належать ви-

ключні майнові права) передає або зобов'язується передати другій стороні частково або у повному складі ці права відповідно до закону та за відповідну винагороду, розмір якої встановлюється у договорі".

1. "Гражданский кодекс Российской Федерации часть четвертая", подписан 18 декабря 2006 года. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://base.garant.ru/10164072/70/> 2. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. / За відповід. ред. О.В. Дзери (кер. авт. кол.), Н.С. Кузнецової, В.В. Луця. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – Т. I. – 832 с. 3. Права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации: Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный) / Е.А. Моргунова, В.В. Погуляев, Н.П. Корчагина / Под общ. ред. Е.А. Моргуновой. – М.: Юстицинформ, 2010. – 656 с. 4. Право интеллектуальной собственности: учебник / И.А. Зенин. – М.: Издательство Юрайт, 2011. – 567 с. 5. "Про авторське право і суміжні права". Закон України від 23 грудня 1993 року, у редакції від 06 січня 2004 року. Відомості Верховної Ради України від 29.03.1994 – 1994 р., № 13, стаття 64. 6. Т.С. Шевчук. Распоряжение исключительным правом на произведение (проблемные аспекты) // Перспективы развития частного права: Материалы I научной конференции (17-18 марта 2011 года) / Отв. ред. М.В. Гончаров. – Екатеринбург: Издательский дом "Уральская государственная юридическая академия", 2011. – 225 с. 7. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року. Відомості Верховної Ради України від 03.10.2003 – 2003 р., № 40, стаття 356. 8. Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар / За ред. розробників проекту Цивільного кодексу України. – К.: Істина. – 928 с.

Надійшла до редколегії 21.09.12

Б. Воєводін, ас.

СУБ'ЄКТНИЙ СКЛАД ПРАВОВІДНОСИН У СФЕРІ РЕКЛАМИ (ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ)

Публікація присвячена аналізу суб'єктного складу правовідносин у сфері реклами з точки зору дій норм цивільного права.

Ключові слова: реклама, суб'єкти правовідносин.

Публикация посвящена анализу субъектного состава правоотношений в сфере рекламы с точки зрения действий норм гражданского права.

Ключевые слова: реклама, субъекты правоотношений.

Article analyzes the subject composition of relationships in advertising in terms of actions of the civil rights.

Key words: advertising, subjects of relationship.

Актуальність теми дослідження обумовлена відсутністю чіткого розуміння місця реклами у системі права України. Детальна характеристика суб'єктів правовідносин у сфері реклами є одним з аргументів цивільно-правової природи правовідносин, що виникають з приводу замовлення, створення, виробництва та розповсюдження реклами. Отже, дослідження вищезазначеного питання є важливим та актуальним.

Теоретичну основу даного дослідження склали праці наступних вчених: Ю.І. Зоріної, О.В. Кохановської, Л.В. Мамчур, Н. М. Медведєвої, А. В. Мінбалаєва, А.В. Стрельникова, Г.О. Ульянової, О.Р. Шишки та ін.

Нормативною базою дослідження є: Цивільний Кодекс України від 16 січня 2003 року, Закон України "Про рекламу" від 03.07.1996, Закон України "Про інформацію", Закон України "Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності" від 06.09.2005 р., Закон України "Про ліцензування певних видів господарської діяльності" від 01.06.2000 року та ін.

Метою даного дослідження є аналіз суб'єктного складу правовідносин, що виникають у сфері реклами з точки зору цивільного права.

Об'єктом дослідження є цивільні правовідносини у сфері реклами.

Предметом дослідження є нормативно-правові акти України, практика їх застосування та тлумачення, наукові погляди, ідеї, концепції вітчизняних та іноземних вчених у сфері даної проблематики.

Методологічну основу дослідження склали наступні методи: діалектичний, історичний, порівняльно-правовий, формально-логічний, системно-структурний та інші.

Сучасні процеси розвитку та конвергенції правових інститутів мають своїм результатом виникнення "некласичних" правовідносин та об'єктів, одним з яких є реклама.

Як зазначає О.В. Кохановська, в умовах розвитку ринкових відносин в Україні з'явилася і продовжує розвиватися тенденція відокремлення інформаційних суспільних відносин, які на теперішньому етапі потребують детального правового регулювання [5, с. 109].

Реклама виступає саме одним із об'єктів таких правовідносин, а, відповідно, потребує детального вивчення та удосконалення правового регулювання. Всебічний розгляд цивільних правовідносин у сфері реклами неможливий без чіткого відмежування реклами від інших галузей права.

Ст. 1 Закону України "Про рекламу" [4] визначає рекламу як інформацію про особу чи товар, розповсюджену в будь-якій формі та в будь-який спосіб і призначену сформувати або підтримати обізнаність споживачів реклами та їх інтерес щодо таких особи чи товару. Це будь-яка оплачувана певним суб'єктом форма безособистих презентацій та просування ідей, товарів чи послуг. Кортленд Л. Бове та Вільям Ф. Аренс визначають рекламу як неперсоніфіковану передачу інформації, за загальним правилом оплачувану, і таку, що звичайно має характер переконання, про продукцію, послуги чи ідеї відомими рекламодавцям засобами та з використанням різноманітних носіїв [6, с. 32].

У сфері реклами виникають особисті немайнові та майнові відносини, засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленню, майновій самостійності їх учасників. Ці відносини у повній мірі підпадають під регулювання нормами цивільного права.

Реклама – це насамперед інформація, і як об'єкт цивільних прав, така інформація характеризується наступними ознаками. По-перше, вона є нематеріальним благом, хоча і закріплюється на матеріальних об'єктах (записи на папері, відео- та аудіоплівки тощо). По-друге, вона є неспоживчим благом, яке піддається тільки моральному, але не фізичному старінню. По-третє, така інформація характеризується можливістю її тиражування та розповсюдження. І, нарешті, законом не закріплено за будь-ким виключного права на володіння та використання інформації, крім інформації, яка одночасно є об'єктом інтелектуальної власності (наприклад, комерційна таємниця).

Цивільним кодексом регулюються відносини, об'єктами яких є інформація. По-перше, це відносини щодо використання інформації. Відповідно до ст. 34 Конституції України кожен має право вільно збирати, зберігати, використовувати і поширювати інформацію усно, письмово або в інший спосіб – на свій вибір. Гарантованість права на інформацію, відкритість та доступність інформації є основними принципами інформаційних відносин, закріпленими в Законі України "Про інформацію" [1]. Виключенням із загального принципу відкритості та доступності інформації є відносини щодо використання інформації, яка має реальну чи потенційну комерційну чи іншу цінність та невідома третім особам (державна, комерційна таємниця тощо). Другою групою є відносини щодо захисту права на інформацію. Суб'єкт відносин у сфері інформації може вимагати усунення порушень його права і відшкодування майнової та моральної шкоди, завданої такими правопорушеннями [7, с.250].

Вищезазначене дозволяє зробити висновок, що реклама у повній мірі є об'єктом цивільних правовідносин. Відповідно ми можемо перейти до аналізу саме суб'єктного складу цивільних правовідносин, що виникають у сфері реклами.

Суб'єктний склад цивільних правовідносин у сфері реклами слід аналізувати різнобічно: і з точки зору класичної диференціації суб'єктів, яка притаманна цивільному праву, і з точки зору специфічного поділу на учасників, що застосовується саме у сфері реклами.

Ст. 2 ЦК України закріплює коло учасників цивільних відносин, до якого входять два види учасників: приватні особи (фізичні та юридичні), та суб'єкти публічного права (державна Україна, Автономна Республіка Крим, територіальні громади, іноземні держави, інші суб'єкти публічного права). Фізичні та юридичні особи мають цивільну правосуб'єктність, що обумовлює їх здатність виступати учасниками цивільних відносин. Фізичною особою вважається людина, яка виступає як учасник цивільних відносин (ст. 24 ЦК). Залежно від приналежності певної держави фізичні особи можуть бути громадянами України, іноземними громадянами та особами без громадянства. Всі вони рівні в здатності мати громадянські права та обов'язки – цивільну правоздатність (ч. 1 ст. 25, ч. 1 ст. 26). Юридичні особи – це організації, створені і зареєстровані у встановленому законом порядку, які наділені цивільною правоздатністю і дієздатністю, можуть бути позивачем і відповідачем у суді (ст. 80 ЦК). Юридичні особи можуть мати такі самі права та обов'язки, як і фізична особа, за винятком тих, передумовою володіння якими є природні властивості людини (ст. 91 ЦК) [7, с.35].

Звертаючись до класичної доктрини цивільного права, бачимо тотожне трактування статусу суб'єктів. В ній сформована стала концепція, що елементами цивільного правовідношення є суб'єкти і об'єкти, а також суб'єктивне цивільне право і суб'єктивний цивільний обов'язок. У цивільних правовідносинах завжди беруть участь дві і більше особи – учасники відносин, яких називають суб'єктами. Суб'єктом цивільного правовідношення визнається особа, що бере участь у врегульованому правовими нормами відношенні, поведінка яких трактується правом як юридично можлива або необхідна. До суб'єктів цивільного правовідношення закон відносить фізичних та юридичних осіб, державу, а також Автономну Республіку Крим та територіальні громади.

Фізичні особи є учасниками цивільних правовідносин у випадку, якщо вони мають обсяг повної цивільної дієздатності.

Юридичні особи як приватного, так і публічного права у цивільно-правових відносинах є рівноправними як між собою, так і у стосунках з іншими суб'єктами цивільного права – фізичними особами та державою [16, с.71].

Говорячи про відносини у сфері реклами, варто пам'ятати, що реклама, як було сказано вище, – це, насамперед, інформація. А отже, всі положення щодо правовідносин у сфері інформаційних правовідносин справедливі і в сфері реклами. Звернемося до розробленої теорії даних правовідносин, а саме аналізу суб'єктного складу цих відносин, що був проведений О.В. Кохановською.

Аналізуючи місце інформаційних правовідносин у системі цивільного права, автор зазначає, що цивільним правовідносинам притаманний ряд особливостей: широке коло суб'єктів та їх юридична рівність, множинність об'єктів, можливість встановлення змісту ряду правовідносин за згодою сторін, розмаїттям підстав виникнення, зміни і припинення правовідносин, специфіка способів здійснення і захисту суб'єктивних цивільних прав, засобів цивільно-правової відповідальності і т.ін. [5, с.99].

Аналізуючи обсяг правоздатності/дієздатності суб'єктів у сфері реклами, необхідно детальніше зупинитись на цих характеристиках саме відносно юридичної особи.

Правоздатність юридичної особи може бути як універсальною, так і спеціальною. При універсальній правоздатності юридична особа не обмежується у своїх діях – вона може брати участь у будь-яких передбачених законом правовідносинах. Спеціальна правоздатність передбачає участь юридичної особи лише у певних правовідносинах, коло яких визначене статутом [16, с.72].

Відповідно виникає питання – чи необхідний спеціальний обсяг правоздатності юридичній особі у сфері реклами.

Згідно ст.16 ЗУ "Про рекламу", розміщення зовнішньої реклами у населених пунктах проводиться на підставі дозволів, що надаються виконавчими органами сільських, селищних, міських рад, а поза межами населених пунктів – на підставі дозволів, що надаються обласними державними адміністраціями, а на території Автономної Республіки Крим – Радою міністрів Автономної Республіки Крим, в порядку, встановленому цими органами на підставі типових правил, що затверджуються Кабінетом Міністрів України.

За загальним правилом, зайняття рекламною діяльністю проводиться без отримання спеціальної ліцензії. Але ліцензуванню підлягають побічні види діяльності, що супроводжують виготовлення, розміщення та розповсюдження реклами. Дане питання регулюється ст.7 Закону України "Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності" від 06.09.2005 р. № 2806-ІУ, ч. 6 ст. 16 Закону України "Про рекламу" від 03.07.1996 р. № 270/96-ВР та Постановою Кабінету Міністрів України

"Про затвердження Типових правил розміщення зовнішньої реклами" від 29.12.2003 р. № 2067. Так, наприклад, юридична особа чи фізична особа-підприємець, що виготовляє зовнішню рекламу методом будівництва та встановлення громіздких конструкцій, повинна мати будівельну ліцензію (п.11 ч.1 ст.9 Закону України "Про ліцензування певних видів господарської діяльності" [3]), та узгоджувати спеціальну проектну документацію на спорудження такої конструкції.

У разі, якщо реклама розповсюджується шляхом теле- чи радіомовлення, розповсюджувач такої реклами повинен мати відповідну ліцензію на провадження даного виду мовлення (п.5 ч.1 ст.9 ЗУ "Про ліцензування певних видів господарської діяльності").

Також, п.7 ч.1 ст.8 Закону України "Про рекламу" прямо передбачає необхідність вказання ліцензій самого замовника (при рекламуванні товарів, які підлягають обов'язковій сертифікації або виробництво чи реалізація яких вимагає наявності спеціального дозволу, ліцензії, у разі відсутності відповідного сертифіката, дозволу, ліцензії).

Аналізуючи цивільні правовідносини у сфері реклами, варто також детально проаналізувати їх з точки зору специфічного поділу на учасників, що беруть участь безпосередньо у процесі замовлення, створення, виготовлення та розповсюдження рекламного продукту.

Для початку, звертаючись до досвіду Російської Федерації, можна наступним чином описати класифікацію суб'єктів у сфері реклами.

За законодавством РФ, рекламні правовідносини представляють собою урегульовані нормами права відносини, що виникають з приводу створення та розповсюдження реклами. Структуру правовідносин у сфері реклами традиційно складають об'єкти, суб'єкти та зміст.

Як зазначає Н.М. Медведєва, суб'єкти рекламної діяльності – це ті юридичні і фізичні особи, що надають вихідні дані, виробляють, розповсюджують і споживають рекламну інформацію, здійснюють регулювання рекламних правовідносин [8, с.17].

Рекламодавець – це виробник чи продавець товару або інша особа, що визначила об'єкт рекламування та (або) зміст реклами. При цьому виробником визнається особа, незалежно від її організаційно-правової форми, що виробляє певні товари для реалізації споживачам, або проводить певні роботи чи надає таким споживачам послуги на основі оплатного договору. Продавцем, у свою чергу, визнається особа, що реалізує товари споживачам на основі договору купівлі-продажу.

Виробник реклами – це особа, що здійснює повне чи часткове вираження інформації в готову для розповсюдження у вигляді реклами форму.

Розповсюджувач реклами – це особа, що здійснює розповсюдження реклами у будь-який спосіб, у будь-якій формі та з використанням будь-яких засобів.

Відповідно до усталеної російської доктрини та законодавства, особливе місце в структурі суб'єктів цивільних правовідносин у сфері реклами займають саморегулювні організації. У відповідності до ст. 31 Закону РФ "Про рекламу", саморегулювною організацією у сфері реклами визнається об'єднання рекламодавців, рекламовиробників, розповсюджувачів реклами та інших осіб, що створене у формі асоціації, союзу чи некомерційного партнерства в цілях представництва та захисту інтересів своїх членів, вироблення вимог дотримання етичних норм в рекламі і забезпечення контролю за їх дотриманням [9, с.42-43].

Говорячи про наявність у суб'єктів на території РФ спеціальних прав та обов'язків, що виникають у процесі надання рекламних послуг, можна навести наступний

приклад. Для розповсюджувача реклами – це обов'язок розповсюджувати соціальну рекламу.

Крім того, поза межами цивільно-правових відносин у сфері реклами виділяють також органи, що здійснюють контроль та нагляд за дотриманням законодавства про рекламу, але їхній статус та особливості впливу на учасників рекламного ринку виходять за рамки предмета даної публікації.

Повертаючись до українського законодавства, не можна не відмітити, що однією з характерних особливостей правовідносин у сфері реклами також є складний суб'єктний склад. При цьому суб'єктами правовідносин є їх учасники (відповідно до ст.1 Закону України "Про рекламу"):

- замовник (рекламодавець) – особа, яка є замовником реклами для її виробництва та/або розповсюдження;
- виробник – особа, яка повністю або частково здійснює виробництво реклами;
- розповсюджувач (розміщувач) – особа, яка здійснює розповсюдження реклами.

Окремо законодавець виділяє споживачів реклами – невизначене коло осіб, на яких спрямовується реклама, та державу – в особі контролюючих органів.

Варто детальніше проаналізувати окремі категорії учасників цивільно-правових відносин у сфері реклами.

Найбільш дискусійним є статус виробника реклами. З приводу даного учасника можна сказати наступне. Так як виробництво реклами процес комплексний, то категорію "виробник" необхідно диференціювати. З огляду на це, варто розділяти творця або автора реклами та безпосередньо виробника, тобто особу, що бере на себе технічне виконання та/або фізичне відтворення об'єкта реклами. При цьому виробник і творець(автор) реклами можуть у разі випадків співпадати, так само як і розповсюджувач/виробник.

Дане розділення вимагає чіткого розуміння категорії творець/автор. Даний статус є предметом регулювання права інтелектуальної власності, яке у свою чергу є складовою цивільних інформаційних правовідносин. Відповідно, варто знову звернутись до теорії суб'єктів інформаційних відносин. Так, до першої категорії суб'єктів інформаційних відносин, О.В. Кохановська відносить автора чи творця (особу, творчою працею якої створюються твори, автори результату творчої праці). При цьому відмічається, що суб'єктом творчої діяльності може бути тільки людина або група (колектив) людей за умови їх персонального творчого внеску, а суб'єктом авторських відносин – можуть бути як автор твору, так й інші фізичні та юридичні особи, для яких право може виникати в силу закону, договору або спадкування. Для визнання особи суб'єктом авторського права в сфері інформаційних відносин непотрібна будь-яка реєстрація твору. На визнання творця суб'єктом не впливає й те, що твір створено ним у порядку виконання службового завдання. В цьому випадку може бути встановлений інший порядок використання твору й обмежені права автора на винагороду [5, с.101]. Відповідно у ряді випадків ми можемо виділити:

- творця/автора реклами – особу, що є автором концептуальної ідеї реклами та реалізувала її в оригінальному макеті, кресленні чи детальному технічному завданні.
- технічного виробника реклами – технічного спеціаліста, чи групу осіб, що на основі матеріалів творця/автора виготовляє кінцевий рекламний продукт.

В даному випадку у ролі творця може виступати і замовник, але, за загальним правилом творець та виробник представляють одну юридичну особу – виробника реклами.

Також поширеними є випадки поєднання статусу виробника та розповсюджувача у одній особі – у разі надання комплексних рекламних послуг "під ключ".

Практичне значення вищевказаного поділу суб'єктів на учасників полягає у спрощенні визначення особи, яка відповідальна за порушення рекламного законодавства, завдання шкоди та порушення прав інших суб'єктів цивільно-правових відносин у сфері реклами.

Закон України "Про рекламу" наступним чином розмежовує відповідальність по суб'єктам рекламних правовідносин.

Основною особою, що несе відповідальність за належну рекламу є рекламодавець (замовник реклами). На нього покладається відповідальність за:

- замовлення реклами продукції, виробництво та/або обіг якої заборонено законом;
- надання недостовірної інформації виробнику реклами, необхідної для виробництва реклами;
- замовлення розповсюдження реклами, забороненої законом;
- недотримання встановлених законом вимог щодо змісту реклами;
- порушення порядку розповсюдження реклами, якщо реклама розповсюджується ними самостійно, тощо (абзац 1 п.2 ст.27 Закону України "Про рекламу").

За загальним правилом на виробника реклами (який може бути її творцем), покладається вина за порушення прав третіх осіб при виготовленні реклами. При цьому, автор реклами, її творець, інші особи, можуть нести додаткову відповідальність за порушення права інтелектуальної власності. Розповсюджувачі реклами несуть відповідальність за порушення встановленого законодавством порядку розповсюдження та розміщення реклами.

Також можливі випадки покладення солідарної відповідальності на осіб, що винні у скоєнні правопорушення, у тих випадках, коли особи не доклали зусиль щодо відвернення шкоди, не виконали усіх необхідних дій щодо виконання зобов'язання або сукупністю своїх дій порушили закон, і при цьому неможливо окремо відокремлено визначити розмір відповідальності кожної особи, що потребує окремого аналізу.

Відповідальність особи, що розміщує рекламу, за зміст можлива у тому разі, коли цей зміст явно порушує правила моралі, містить матеріали, що очевидно принижують честь та гідність інших осіб. При цьому може бути встановлена солідарна відповідальність замовника та розповсюджувача таких рекламних матеріалів. В інших випадках розповсюджувач не повинен нести відповідальність за зміст реклами, оскільки не зобов'язаний перевіряти достовірність даних, їх точність та чи не порушують вони права третіх осіб. У цьому випадку відповідальність буде покладена повністю на замовника. І навпаки – замовник реклами (рекламодавець) не може нести відповідальність за недотримання розповсюджувачем реклами норм її розміщення та виготовлення.

Так, абзац 2 пункту 1 ст. 8 Закону України "Про рекламу" встановлює заборону на розміщення в рекламі тверджень, які є дискримінаційними за ознаками походження людини, її соціального і майнового стану, расової та національної належності, статі, освіти, політичних поглядів, ставлення до релігії, за мовними ознаками, родом і характером занять, місцем проживання, а також такі, що дискредитують товари інших осіб. Але, безумовно, розміщувач реклами зобов'язаний дотримуватись даної норми, навіть якщо замовник вимагає оприлюднення такої реклами.

Щодо визначення особи, на яку буде покладено відповідальність за скоєння правопорушення, то практика іде наступним чином. При настанні адміністративної

відповідальності, застосовується критерій вибору особи, що базується на нормі ст. 27 Закону України "Про рекламу". Питання про вибір відповідача, який скоїв рекламне правопорушення, при застосуванні цивільно-правової відповідальності, вирішує потерпіла сторона за принципом диспозитивності, а суд в подальшому з'ясовує хто є належним відповідачем. При цьому йдеться фактично про множинність відповідальності, коли особа, що вчинила правопорушення у сфері реклами, може нести відповідальність: а) адміністративну, перед державою, за порушення норм щодо виготовлення та розміщення реклами; б) перед контрагентом (замовником, виробником, розповсюджувачем); в) перед третіми особами, зокрема споживачами. Аналіз складів порушень законодавства про рекламу дає підстави стверджувати спеціалістам у сфері адміністративного права, що суб'єктом відповідальності за проступки у сфері рекламної діяльності у переважній більшості є юридична особа, з цим можна в цілому погодитись [10, с.175].

Необхідно обумовити ситуації, при яких особа звільняється від відповідальності за невиконання чи неналежне виконання умов договору. У сфері реклами до таких підстав частіше всього відносять вину кредитора та форс-мажор [12, с.185]. Так, порушення з боку виробника реклами або особи, що її розміщує може бути викликане виною замовника (помилки чи неточності у виконанні завдання та інших вихідних для виготовлення реклами матеріалів, що надані рекламодавцем рекламісту, невиконання обов'язку з передоплати тощо). З іншого боку, необхідно враховувати статус виробника/розповсюджувача як професійного суб'єкта ринку. Тобто певні очевидні речі повинні ним перевірятися, а, отже, не можуть бути підставою для звільнення його від відповідальності. Застосування поняття форс-мажору тотожне загальним правилам. Варто відмітити, що на практиці воно застосовується при пошкодженні рекламних конструкцій і самої реклами в результаті впливу погодних умов. У даному випадку виробник/розміщувач повинен довести, що об'єкт зовнішньої реклами відповідав встановленим нормам по міцності та стійкості до погодних умов.

Окреме місце у цивільно-правових відносинах у сфері реклами займає **споживач**. Проведемо паралелі з інформаційними правовідносинами. О.В.Кохановська відводить особливе місце серед учасників відносин у інформаційній сфері саме користувачу (або споживачу) інформації, який звертається до інформаційної системи чи до посередника з метою отримання необхідної йому інформації і користується нею, а також користувачу інформаційною системою, технології та засобів її забезпечення. Користувачами можуть виступати фізичні та юридичні особи, держава [5, с.109].

Тобто споживач у інформаційних правовідносинах – це особа активна, що своїми діями набуває прав та обов'язків. У свою чергу, споживач у сфері реклами (невизначене коло осіб, на яких спрямовується реклама) загалом являється пасивним суб'єктом, який отримує інформацію за допомогою реклами без своєї прямої згоди на це. Відбувається дане інформування побічно від основної діяльності (перегляду телепередачі з рекламним блоком, читання журналу, що містить певну кількість реклами). Також різниця у статусі держави – вона, за загальним правилом, споживачем реклами не виступає, і її статус у правовідносинах в сфері реклами буде розглянуто далі. У всьому іншому, сукупність прав та обов'язків у суб'єктів інформаційних правовідносин та правовідносин у сфері реклами, а також способи захисту порушених прав, є тотожними.

Необхідно особливу увагу приділити саме відповідальності за порушення прав споживачів реклами. Застосування у сфері реклами норм законодавства про захист прав споживачів обумовлене визначенням критеріїв належності інформації, яка подається у рекламі і базується на ст. 18 Закону України "Про захист прав споживачів" [2]. Пункт 12 Постанови Пленуму ВСУ № 5 від 12.04.96 "Про практику розгляду цивільних справ за позовами про захист прав споживачів" [11] дає перелік вимог до такої інформації. Інформація, використана в рекламі, повинна бути необхідною, доступною, достовірною та своєчасною, оскільки вважається, що споживач не володіє спеціальними знаннями про властивості та характеристики предмету реклами. Дослідження критеріїв належності інформації, яка подається у рекламі провадиться нами за межами предмета даної публікації.

Основними порушеннями прав споживачів є: приниження, дискредитація осіб, що не використовують об'єкт реклами; порівняння з товаром конкурентів, що не відповідають дійсності; наслідування зовнішнього вигляду та оформлення загальновідомої реклами конкурентів; приховання інформації, що має істотне значення і могла б утримати споживача від купування певного товару чи послуги; надання неправдивих відомостей про товар тощо. Всі ці порушення можуть спричинити введення споживача в оману.

Неналежна реклама може мати наступні наслідки. Якщо споживач придбав товар, що не має необхідних йому якостей та властивостей внаслідок введення в оману, то він має право звернутися до суду про визнання договору на придбання такого товару недійсним з відшкодуванням збитків у подвійному розмірі, а також відшкодувати можливу моральну шкоду. На подібні випадки повною мірою розповсюджується дія норм ЦК України про правові наслідки вчинення правочину під впливом обману (ст.230). Якщо наслідком недобросовісної реклами стало заподіяння шкоди життю, здоров'ю чи майну, споживач має право вимагати відшкодування цієї шкоди. При цьому збитки, що були завдані придбаними товарами чи послугами, відшкодовуються у повному обсязі.

Аналізуючи момент саме виникнення права звернення споживача реклами за захистом свого порушеного права, можна зробити висновок, що воно виникає або з моменту візуального чи фонетичного сприйняття реклами (при порушенні немайнових прав), або з моменту придбання рекламованого товару чи отримання послуги (якщо шкода була завдана безпосередньо даним товаром чи послугою).

Говорячи про специфічного суб'єкта правовідносин у сфері реклами, яким є держава, варто відмітити наступне.

В коментарі до ч.2 ст.2 ЦК України зазначається, що учасниками цивільних відносин можуть бути також публічно-правові утворення: держава Україна, Автономна Республіка Крим, територіальні утворення, іноземні держави, інші суб'єкти публічного права. За вітчизняним законодавством такі утворення визнаються учасниками цивільних відносин, хоч і не є особами. Вітчизняний законодавець закріпив ідею, згідно з якою публічно-правові утворення не потребують наділення їх статусом юридичної особи, оскільки участь в цивільних відносинах для них не є основною функцією, а лише обумовлена потребами здійснення публічних інтересів.

Вважається, що зазначені публічно-правові утворення є суб'єктами публічних правовідносин і носіями публічних повноважень, юридично відокремлених внаслідок наділення їх власною, відмінною від інших суб'єктів публічного права, компетенцією. У зв'язку з цим такі суб'єкти в принципі не потребують наділення їх правами юридичної особи.

Однак, в цивільних відносинах на публічно-правові утворення багато в чому фактично поширюються положення про юридичні особи.

При цьому особи і публічно-правові утворення в цивільних відносинах знаходяться в рівному становищі. Це означає, що в цивільно-правових відносинах публічно-правові утворення не здійснюють владних повноважень; тут вони підкоряються загальним принципам цивільного права, виступають на рівних засадах з іншими їх учасниками – фізичними та юридичними особами, не мають права використовувати ніяких своїх владних повноважень щодо інших учасників (контрагентів) і не мають будь-яких переваг та пільг порівняно з іншими учасниками цивільних відносин.

У зв'язку з цим варто відмітити, що держава може брати участь у цивільних правовідносинах, що виникають у сфері реклами. Для цього вона повинна виступати замовником або виробником реклами. За приклад можна взяти діяльність КП "Київреклама", або розміщення центральними і місцевими органами виконавчої влади певних типів соціально-орієнтованої реклами на площах, що належать приватним власникам.

Також держава може вступати у правовідносини в сфері реклами в особі контролюючих органів, але виконання державними органами контролюючої функції не підпадає під предмет регулювання цивільного права і виходить за межі цього дослідження.

Підсумовуючи вищесказане, можемо дійти наступних висновків:

- фізичні дієздатні та юридичні особи можуть виступати суб'єктами правовідносин, що виникають у сфері реклами;
- за загальним правилом, суб'єктами цивільних правовідносин у цій сфері є юридичні особи. У свою чергу, фізичні особи, діють, в основному, у статусі споживача реклами або її замовника;
- спеціальна правосуб'єктність не характерна для суб'єктів у сфері реклами (виключення – наявність ліцензій на певні види діяльності при їх рекламуванні, та ліцензії при певних видах спорудження реклами);
- практичне значення визначення окремих учасників полягає у чіткому визначенні особи, що відповідає за цивільно-правове порушення у сфері реклами;
- суб'єктний склад інформаційних правовідносин та цивільних правовідносин у сфері реклами, за загальним правилом, тотожний;
- для правовідносин у сфері реклами характерний поділ на учасників, причому статус певних учасників може поєднуватись в одній особі – суб'єкті цих правовідносин;
- держава може виступати суб'єктом, але її участь у цивільно-правових відносинах у сфері реклами є обмеженою.

1. Закон України "Про інформацію" від 02.10.1992 № 2657-XII // Відомості Верховної Ради України від 01.12.1992 – 1992 р., № 48, стаття 650. 2. Закон України "Про захист прав споживачів" від 12.05.91р., із зм. і доп. // Відомості Верховної Ради України, 1991, N 30, ст.379. 3. Закон України "Про ліцензування певних видів господарської діяльності" від 01.06.2000 № 1775-III // Відомості Верховної Ради України від 08.09.2000 – 2000 р., № 36, стаття 299. 4. Закон України "Про рекламу" від 03.07.1996 № 270/96-ВР // Відомості Верховної Ради України, 1996, N 39, ст. 181. 5. Кохановська О.В. Правове регулювання у сфері інформаційних відносин: Монографія. – К.: Національна академія внутрішніх справ України, 2001. – 212 с. 6. Кортланд Л. Бове, Уильям Ф. Арнс. Современная реклама: Пер. с англ. – Тольятти: Издательский дом "Довгань", 1995. – 704 с. 7. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. – 3-є вид., перероб. і доп. / За ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – Т. I. – 1088 с. 8. Медведєва Н. М. Рекламная деятельность в системе правовых объектов науки управления: автореферат дисс. ... канд. юрид. наук. – 22 с. 9. Минбалаев А. В. Правовое регулирование рекламной деятельности: учебное пособие / А.В. Минбалаев / под ред. д.ю.н.

В.В.Кваниной. – М.: ИД "Юриспруденция", 2010. – 224 с. 10. Стрельников А.В. Административная ответственность за нарушения законодательства про рекламу: дис... канд. юрид. наук: 12.00.07 / Одесская национальная юридическая академия. – О., 2004. – 198 с. 11. Постановка Пленума ВСУ № 5 від 12.04.96 "Про практику розгляду цивільних справ за позовами про захист прав споживачів" // Вісник Верховного Суду України. – 2004. – №1. – 28.01.2004. 12. Шишка О. Р. Договір на створення та розповсюдження реклами: дис. канд. юрид. наук: 12.00.03 / Національний ун-т внутрішніх справ. – Х., 2005. – 216 с. 13. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року. Відомості Верховної Ради України від 03.10.2003 –

2003 р., № 40, стаття 356. 14. Цивільне право України: Підручник: У 2-х кн. / Ц58 Д.В. Боброва, О.В. Дзера, А.С. Довгерт та ін.; За ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової. – К.: Юрінком Інтер, 1999. – 864 с. 15. Цивільне право України. Загальна частина: підручник / за ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової, Р.А. Майданика. – 3-тє вид., перероб. і допов. – К.: Юрінком Інтер, 2010. – 1176 с. 16. Цивільне право України: Академічний курс: Підруч.: у 2т./ За заг. ред. Я. М. Шевченко. – Вид. 2-ге, доп. і перероб. – К.: Видавничий Дім "Ін Юре", 2006. – Т.1. Загальна частина. – 696 с.

Надійшла до редколегії 24.09.12

УДК 340.12

М. Кравченко, здобувач

ЗНАЧЕННЯ ЗАКОНОМІРНОСТЕЙ РЕАЛІЗАЦІЇ ЗАКОНУ ДЛЯ ПОКРАЩЕННЯ ПРОЦЕСУ РЕАЛІЗАЦІЇ ЗАКОНІВ В УКРАЇНІ

Стаття присвячена питанню про застосування знання про закономірності реалізації закону для покращення процесу реалізації законів в Україні.

Ключові слова: закономірності реалізації закону, процес реалізації закону, ефективність закону, результати реалізації закону.

Статья посвящена вопросу о применении знаний о закономерностях реализации закона для улучшения процесса реализации законов в Украине.

Ключевые слова: закономерности реализации закона, процесс реализации закона, эффективность закона, результаты реализации закона.

The article is devoted to a question about application of knowledge about conformities to law of realization of law for the improvement of process of realization of laws in Ukraine.

Keywords: conformities to law of realization of law, process of realization of law, efficiency of law, results of realization of law.

Процес реалізації кожного закону обумовлюється багатьма чинниками. Серед них особливе місце займають закономірності процесу реалізації закону. Вони виражають об'єктивні, необхідні, суттєві, сталі і систематичні зв'язки державно-правових явищ та процесів під час процесу реалізації закону. Виявлення та дослідження цих закономірностей має надзвичайно важливе значення для теорії та практики. Це пов'язано у першу чергу із тим, що знання про закономірності процесу реалізації закону сприятимуть вдосконаленню практики реалізації законів в Україні. Це допоможе подолати негативні явища, до яких призводить не реалізація законів, а зокрема: правовий нігілізм, негативні процеси та явища у суспільстві та економіці України, кризи державної влади тощо. Крім того знання про загальні закономірності реалізації закону можуть бути корисними при виробленні методів подолання надмірної бюрократизації процесу реалізації законів, корупції та інших негативних явищ, які негативно впливають на даний процес.

Незважаючи на таке величезне значення закономірностей реалізації закону для вдосконалення практики реалізації законів в Україні, ця категорія не досліджувалась у вітчизняній науці. Мало досліджувалися також загальні закономірності виникнення, функціонування та розвитку державно-правових явищ та процесів. Хоча, нині загальновизнаним у теорії держава і права є те, що саме закономірності виникнення, функціонування та розвитку держави і права складають основну частину предмету теорії держави і права, як науки. Так, відомий російський дослідник В.М. Сиріх в своїй роботі звертає увагу на те, що у юристів відсутнє чітке уявлення про те, чим є власне об'єктивна закономірність, які її критерії та які компоненти права можуть бути співвіднесені із цієї частиною предмета теорії права [1]. Така низька увага до наукової розробки закономірностей реалізації закону пояснюється декількома причинами.

По-перше, закономірність вважається категорією, яка штучно нав'язано юридичною наукою радянської доби. При цьому варто звернути увагу на те, що перші дослідження закономірностей державно-правових явищ та процесів, як більш загальної категорії по відношенню до закономірностей реалізації закону, були проведені ще в дореволюційний період. Проте, ці дослідження, на

думку спеціалістів, мало враховували: методологічні аспекти та принципи дослідження закономірностей, їх поняття та види, а також застосування отриманих знань про закономірності на практиці [2]. Основні розробки закономірностей державно-правових явищ та процесів були зроблені радянськими дослідниками. Так, тут варто згадати дисертаційні дослідження Г.Н. Овчиннікова та П.М. Рабіновича [3]. Серед радянських вчених, які досліджували закономірності державно-правових явищ та процесів, можна назвати: С.С. Алексєєва, А.М. Васильєва, Ю.Ю. Ветютнева, Д.А. Керімова, В.М. Кудрявцева, П.О. Недбайло, Л.С. Явіча та багато інших. Разом із тим, ці дослідження мають певну специфіку. Вона полягає у тому, що юридична наука у той період була суттєво обмежена марксистсько-ленінською ідеологією, яка тоді визнавалася єдиною правильною і якій не було жодної альтернативи. Наукові праці у галузі теорії права видавалися лише за умови їх відповідності офіційній ідеології та відображення у них тих завдань, які ставила комуністична партія перед радянським народом. Крім того, такі наукові праці були в певній мірі відірваними від об'єктивного стану речей. Саме тому, вони нині є до певної міри застарілими. Після здобуття незалежності Україною комплексних досліджень закономірностей державно-правових явищ та процесів і закономірностей реалізації закону зокрема українськими дослідниками не проводилося. Це було пов'язано із тим, що основним завданням юриспруденції і теорії держави та права, як науки, зокрема стало пристосування держави та права незалежної України до нових соціальних та економічних умов. Після тривалої перерви, у дослідженнях цього питання першим комплексним дослідженням закономірностей державно-правових явищ та процесів стало монографічне дослідження Ю.Ю. Ветютнева [4].

По-друге, в юридичній науці досить скептично ставляться до самої категорії закономірності реалізації закону. Це в значній мірі обумовлене тим, що закономірність вважається категорією філософії, яка використовується для дослідження зв'язків між явищами та процесами у філософії, історії, соціології. Часто цю категорію використовують для пояснення біологічних, хімічних, фізичних явищ та процесів. Що ж стосується юриспруденції, то ця категорія не застосовується через

складність виявлення та дослідження закономірностей державно-правових явищ та процесів. Іншим чинником, який впливає на незначне їх використання у наукових розробках є не розробленість самої категорії закономірності ознак, які їй властиві, методів її дослідження тощо. І дійсно, для виявлення та дослідження закономірностей реалізації законів необхідний аналіз значного об'єму, як наукової літератури так і безперечно матеріалів юридичної практики.

Незважаючи на вище наведені аргументи, ми все ж таки переконані у тому, що процесу реалізації законів властиві закономірності. Така позиція обумовлюється, по-перше, тим, що хоча процес реалізації кожного закону є унікальним і неповторним, проте існують певні елементи, які властиві для реалізації будь-якого закону. Наприклад, Цивільний кодекс України є індивідуальним, унікальним нормативно-правовим актом. Ця унікальність виявляється у змісті тих норм, які він містить, обставинах, за яких він приймався та вводився у дію тощо. Разом із тим, цей кодекс не є першим цивільним кодексом, який діє на території сучасної України. Більшість його норм були створені із врахуванням тих норм, які діяли в попередніх кодексах. Також при створенні цього кодексу була врахована позитивна практика правового регулювання подібних суспільних відносин в зарубіжних країнах. Крім того, найважливішим є те, що норми цього кодексу реалізуються із використанням тих самих правил, які застосовуються при реалізації норм Господарського кодексу України, Земельного кодексу України та інших кодексів. По-друге, існує об'єктивна повторюваність, системність взаємодії державно-правових явищ та процесів підчас реалізації законів. Ця повторюваність має об'єктивний, системний, цілеспрямований характер. Так, наприклад, усі закони України приймаються в одному чітко регламентованому порядку. Звичайно, різними можуть бути суб'єкти, яким належить право законодавчої ініціативи, питання, які знаходять свого законодавчого регулювання в тексті закону. Проте, існує загальна процедура, яка повторюється щоразу, коли є необхідність у прийнятті нового закону. Можна спостерігати також і інші аналогічні об'єктивні, системні взаємозв'язки підчас процесу реалізації закону. Так, наприклад, єдиними є правила для оформлення офіційних документів досудового слідства. Тобто слідчий кожен раз коли буде виникати необхідність у оформленні офіційного документа буде їх оформлювати порядку і згідно із вимогами визначеними в чинному законодавстві. Аналогічні правила можна спостерігати по відношенню до вимог, яким має відповідати позовна заява. Крім того, існують єдині правила, щодо процедури подання позовної заяви до суду. Безперечно можна назвати і інші приклади. Все вище наведене вказує на наявність об'єктивної повторюваності взаємодії державно-правових явищ та процесів підчас реалізації закону, а отже і про наявність закономірностей даного процесу.

На нашу думку, закономірності реалізації закону є видом закономірностей державно-правових явищ та процесів, а зокрема, закономірностей права. Такий висновок пов'язаний із тим, що закон є формою зовнішнього оформлення права. Саме право складає зміст норм закону і цьому немає альтернативи. Тому враховуючи такий природний, нерозривний зв'язок права і закону можна зробити висновок про те, що закономірності реалізації закону є одночасно закономірностями реалізації права.

Разом із тим, виникає питання про те, що таке закономірність? Це питання є не випадковим, адже в науці і досі ця категорія не має свого вичерпного змісту. Тому, на нашу думку, варто звернутися до напрацювань з

даного питання в галузі філософії. З позиції філософії під закономірністю розуміють необхідний, істотний, такий який постійно повторюється зв'язок між явищами об'єктивної реальності. Він визначає етапи та форми процесу виникнення та розвитку явищ: природи, суспільства та духовної культури [5].

Варто звернути увагу на те, що таке поняття закономірності не є спеціально-юридичним. Воно скоріше належить до філософії, ніж до юриспруденції. Із цього деякі спеціалісти роблять висновок про те, що в межах юриспруденції немає необхідності займатися створенням своєї спеціальної закономірності. Таким чином, пропонується взяти ті напрацювання з даного питання, які вже існують в межах філософії та використати їх у юриспруденції [6].

Разом із тим, варто звернути увагу на те, що для теорії держави і права необхідним є існування власного поняття закономірностей, яке не повинне бути тотожним тому поняттю закономірності, яке розроблене в межах філософії. Насамперед це пов'язане із тим, що предметно-об'єктна сфера юриспруденції набагато вужче, ніж у філософії. Філософія узагальнює значно більшу кількість явищ. Внаслідок цього категорії, які розроблені в її межах є занадто широкими для їх безпосереднього використання в юриспруденції. Так, наприклад, філософська категорія "закон" охоплює також і фізичні, біологічні, хімічні закони, які докорінно відрізняються від законів та закономірностей державно-правових явищ та процесів, і зокрема, закономірностей реалізації закону. Тому, беззастережне використання філософських категорій в межах юриспруденції є неможливим. Таким чином, було б невірним отождествлення закономірностей державно-правових явищ та процесів і закономірностей взагалі. Хоча, безперечно, вони мають спільні ознаки.

Крім того, важливою передумовою для повного та беззастережного запозичення філософської категорії в ту або іншу науку необхідно, щоб в межах філософії було однакове розуміння даної категорії. Однак, в межах філософії відсутній єдиний підхід до розуміння закономірностей. Це виявляється навіть у питанні, що стосується загальних рис даної категорії. Так, одні фахівці пропонують розуміти під закономірністю "універсальний зв'язок законів", "єдність законів у певній сфері", "спільну дію законів у певній сфері явищ" [7]. Інші спеціалісти виступають проти розмежування закономірностей і законів [8]. Деякі спеціалісти у сфері філософії вважають, що "відмінність між поняттями "закономірність" і "закон" – полягає лише у певних відтінках" [9]. Існує наукова позиція у відповідності до якої закономірність варто розуміти "як "пійману" наукою тенденцію в розвитку дійсності, що являє собою прояв закону" [10]. Але в науковій літературі можна зустріти й протилежні наукові позиції. Так, як зазначає Т.Г. Грушевицька: "Прийнято вважати, що в природі діють об'єктивні закономірності – стійкі, такі, які повторюються зв'язки між предметами та явищами. Ми ж можемо пізнати закони тобто відбиття цих об'єктивних закономірностей у нашій свідомості" [11].

Не менш важливим у контексті дослідження даного питання є визначення співвідношення закономірностей реалізації закону із іншими чинниками, які впливають на даний процес. Безперечно визначити всі чинники, які впливають на процес реалізації законів надзвичайно важко. Однак серед вже відомих чинників, які обумовлюють процес реалізації закону поряд із закономірностями реалізації закону можна виділити: тенденції та фактори, які впливають на даний процес. При цьому варто зазначити наступне: по-перше, з позиції філософії фактор і тенденція є початковим етапом закономірності. Тобто об'єктивний, необхідний, суттєвий зв'язок

явищ та процесів між собою, а також з іншими соціальними явищами і процесами, який набуває сталого та систематичного характеру, перетворюється у закономірність. Таким чином, саме тривалість впливу певного чинника на державно-правове явище або процес визначає чи є він закономірністю або ні. По-друге, як в теорії так і на практиці надзвичайно важко відокремити закономірність від тенденції або фактора оскільки існує така категорія як тимчасова закономірність. Таким чином, на нашу думку, не є закономірностями процесу реалізації закону всі ті чинники, які ситуативно, випадково, одноразово вплинули на процес реалізації закону. Так, наприклад такі закономірності процесу реалізації закону, як підвищення ефективності процесу правореалізації або послідовна інтенсифікація законодавства можна було б розглядати, як певні тенденції в розвитку законодавства, проте нині вони є об'єктивними вимогами, закономірностями подальшої діяльності із вдосконалення діючого законодавства.

Цікавим є питання про випадкові чинники, які обумовлюють процес реалізації закону. Як правило при аналізі чинників, які обумовлюють процес реалізації закону, розглядалися ті з них, які властиві для реалізації більшості законів. Проте поза увагою залишилися чинники, які є ситуативними. Такі чинники є ситуативними, випадковими. Прикладом цього може бути світова економічна криза 2008 року, яка істотно вплинула на реалізацію положень Закону України "Про державний бюджет на 2009 рік", або введення воєнного чи надзвичайного стану, який може суттєво впливати на реалізацію прав і обов'язків закріплених в чинному законодавстві, наприклад, права власності ч.5 ст. 41 Конституції України [12]. Звідси можна вивести таку загальну закономірність процесу реалізації закону – випадковий чинник може істотно впливати на процес реалізації закону.

На нашу думку варто також зважати на те, що процес реалізації законів обумовлюється різними видами закономірностей реалізації законів. Такий висновок є необхідним тому, що як правило закономірності реалізації закону і взагалі всі закономірності державно-правових явищ та процесів розглядаються, як категорії одного порядку. Вважається, що між закономірностями реалізації закону немає ніякої різниці та ієрархічного взаємозв'язку. Однак така позиція не відповідає дійсності. Варто зазначити те, що закономірності процесу реалізації закону не є тотожними ні за своїм змістом, ні за своєю роллю в процесі реалізації закону. Такі закономірності можуть бути: а) за часом дії: постійними або тимчасовими; б) за масштабом дії: глобальними або локальними; в) за сферою дії: загальними або спеціальними; г) за соціальним значенням: позитивними або негативними тощо. Наприклад до глобальних закономірностей, які в тому числі впливають на процес реалізації законів можна віднести таку закономірність, як неминучість регулювання суспільних відносин за допомогою права. Також до цього виду закономірностей можна віднести таку закономірність, як обумовленість змісту права рівнем соціального розвитку суспільства або таку закономірність, як забезпечення права можливістю застосування примусу зі сторони держави у випадку його порушення. Варто зазначити, що ці закономірності властиві праву на всьому шляху його історичного розвитку. До закономірностей нижчого рівня проте, які також впливають на процес реалізації закону можна віднести таку закономірність, як подолання прогалин у законодавстві шляхом аналогії закону. Також до цього виду закономірностей можна віднести таку закономірність, як наявність, як правило, взаємних прав та обов'язків у

сторін правовідносин або таку закономірність, як шкідливий характер будь-якого правопорушення тощо.

Щоб більш конкретно розкрити вплив закономірностей реалізації закону на процес реалізації закону розглянемо цей вплив на конкретних прикладах. В якості прикладів ми пропонуємо взяти окремі види закономірностей реалізації закону.

По-перше, закономірності реалізації закону відображають стійкі, систематичні взаємодії державно-правових явищ та процесів під час реалізації закону. Маючи знання про ці закономірності можна спрямувати процес реалізації конкретного закону або їх певної групи у потрібне для суспільства та держави русло. Також можна істотно підвищити ефективність процедури реалізації законів. Знизити або подолати негативні явища, які ускладнюють процес реалізації законів. Мова тут йде про: корупцію, надмірну бюрократизацію процесу реалізації закону та інші явища. Для того щоб найповніше застосувати знання про вже виявлені закономірності процесу реалізації закону їх необхідно класифікувати. В наслідок класифікації ми зможемо чітко визначити їх функціональне призначення та роль в процесі реалізації закону. В якості критерію класифікації закономірностей реалізації закону ми пропонуємо взяти їх зміст. За цим критерієм такі закономірності можна поділити на: закономірності виникнення, функціонування і розвитку процесу реалізації закону.

До першого підвиду можна віднести наступні закономірності реалізації закону: 1) будь-який юридичний закон має бути реалізованим; 2) результати реалізації закону залежать від його якості; 3) якість закону обумовлюється юридичними, економічними, політичними та іншими чинниками. Варто зазначити те, що цей підвид закономірностей реалізації закону відображає ті важливі передумови, які об'єктивно необхідні для початку та нормального перебігу процесу реалізації закону. Якщо перша закономірність реалізації закону на, яку ми звернули увагу у вище наведеному прикладі, є до певної міри зрозумілою та однозначною у трактуванні то наступні дві ми б хотіли розкрити трохи ширше. Ми переконані у тому, що весь процес реалізації закону та результати, які отримуються в наслідок даного процесу в значній мірі залежить від рівня його якості. Об'єктивна необхідність високого рівня якості закону, на нашу думку, має не просто рекомендаційний характер або характер науково обґрунтованої вимоги адресованої до законодавця. На нашу думку неспростовною істиною є те, що лише якісний закон може бути реалізований в повній мірі. Лише такий закон може досягнути тих результатів за для досягнення яких він власне і створювався. Отже, це є закономірністю процесу реалізації закону, який немає альтернативи.

Закономірним є також те, що якість закону є надзвичайно складним поняттям, яке має комплексну природу та обумовлюється багатьма чинниками. Такі чинники можуть мати, як юридичний так і економічний, політичний, або соціальний характер тощо. Проте, законодавець має їх неодмінно враховувати при створенні закону, якщо він бажає створити, якісний закон. Адже, не врахування цих чинників при створенні закону може бути причиною нереалізації закону. З іншої сторони варто зазначити те, що нині в Україні в більшій мірі звертається увага на саме політичні чинники. Закони створюються і приймаються, як результат домовленостей між політичними силами, які часто представляють інтерес не всього населення, а переважно інтереси представників великого бізнесу. Таким чином, чином поза увагою залишаються інтереси і прагнення більшості населення відносно законодавчого регулювання певно-

го питання. Отже, на нашу думку, на законодавця, за таких умов, покладається функція узгодження інтересів різних верств населення, пошуку компромісних рішень, які б задовольнили всі сторони, а не тільки заможні верстви населення.

До другого підвиду належать закономірності, які відображають основні зв'язки між державно-правовими явищами та процесами підчас процесу реалізації закону. Це власне кажучи ті основні правила та орієнтири, які має враховувати і на, які має зважати суб'єкт, який реалізує закон для правильного його застосування. До таких закономірностей належать наступні закономірності реалізації закону: 1) реалізація закону відбувається у відповідних формах правомірної поведінки та діяльності; 2) реалізація закону обумовлюється межами його дії; 3) реалізація закону, як правило, вимагає прийняття відповідних підзаконних нормативно-правових актів, які конкретизують відповідні приписи закону; 4) реалізація закону, як правило, вимагає використання відповідних економічних, організаційних, інформаційних, юридичних заходів; 5) у разі виникнення колізій в процесі реалізації закону застосовуються єдині правила для їх вирішення; 6) однакові правила щодо реалізації окремих компонентів закону: преамбули, статей, кінцевих і перехідних положень; 7) залежність реалізації закону від узгодженості між окремими частинами закону та всієї правової системи в цілому; 8) застосування різних видів юридичної відповідальності до суб'єкта у разі порушення приписів закону; 9) залежність реалізації закону від рівня правосвідомості та правової культури людини, від рівня її освіти, індивідуальних цінностей, орієнтирів, досвіду, тощо; 10) залежність реалізації закону від поінформованості адресатів щодо змісту та мети правової норми; 11) залежність реалізації закону від якості і рівня професійної діяльності державних службовців.

До третього підвиду належать закономірності реалізації закону, які визначають основні напрямки вдосконалення процесу реалізації закону, переходу його на новий, більш високий рівень якості. До таких закономірностей можна віднести наступні: 1) подальше вдосконалення вже діючого законодавства; 2) послідовна інтенсифікація законодавства; 3) підвищення якості процесу правореалізації; 4) удосконалення механізму правового регулювання суспільних відносин. Можуть бути й інші закономірності.

По-друге, закономірності реалізації закону впливають на процес реалізації закону в певному масштабі. Так, існують закономірності, які властиві для реалізації будь-якого закону. Даний підвид закономірностей процесу реалізації закону характеризується найбільшим масштабом їх дії в просторі. Вони поширюють свою дію на процес реалізації закону незалежно від того, де відбувається процес його реалізації. Так, до таких закономірностей реалізації закону належать, на нашу думку, наступні закономірності реалізації закону: будь-який юридичний закон має бути реалізованим; реалізація закону відбувається у відповідних формах правомірної поведінки та діяльності. Розглянемо більш конкретно ці закономірності. До закономірностей, які властиві для реалізації будь-якого закону, належить така закономірність, як будь-який юридичний закон має бути реалізованим. Звичайно, на практиці можна зустріти випадки, коли юридичний закон не реалізується з тих або інших причин. Разом із тим, не варто забувати про те, що реалізація закону є єдиним шляхом його дії, за допомогою якого його приписи перетворюються у реальну поведінку та діяльність суб'єктів суспільних відносин. Крім того, не варто забувати про те, що юридичний закон є цікавим не сам по собі, а лише як засіб, як інструмент, який по-

кликаний регулювати суспільні відносини у відповідній сфері життєдіяльності держави та суспільства. Без реалізації юридичний закон перетворюється у формально закріплену сукупність ідей. Таким чином, зникає необхідність у існуванні такого закону в якості регулятора суспільних відносин. До закономірностей, які властиві для реалізації будь-якого закону, належить також така закономірність, як реалізація закону відбувається у відповідних формах правомірної поведінки та діяльності. Безперечно, реалізація закону не може відбуватися будь-яким чином. В основі даного процесу знаходяться правомірна поведінка та діяльність. Це є невід'ємним фундаментом процесу реалізації закону, його серцевиною. Без цього жодна реалізація закону в демократичній, правовій державі є неможливою. Тому цей об'єктивний стан речей є також закономірністю процесу реалізації закону.

Також можна виділити закономірності, які властиві для реалізації певної групи законів. До закономірностей, які властиві для реалізації певної групи законів можна віднести таку закономірність, як обумовленість специфіки процесу реалізації законів, які належать до певної галузі права методом правового регулювання та принципами, які властиві цій галузі права. Безперечно, метод правового регулювання є тим чинником, який істотно впливає на процес реалізації закону та визначає специфіку реалізації законів, які належать до певної галузі права. Це пов'язано із тим, що він визначає те за допомогою яких прийомів та способів правового впливу держава регулює суспільні відносини, які складають предмет відповідної галузі права. Ці прийоми і способи, як правило опосередковано, знаходять свого законодавчого закріплення в тексті закону, а також визначають специфіку, особливості правовідносин, які регулюються відповідним законодавством. Це безпосередньо знаходить свого відображення у характері взаємодії учасників правовідносин, а також у розподілі прав та обов'язків між учасниками правовідносин. Так, для кримінального права характерним є імперативний метод правового регулювання. Звичайно імперативний метод правового регулювання характерний не лише для кримінального права, а також для інших галузей, які відносяться до галузей публічного права. Тут зокрема мова йде про: адміністративне право, кримінально-виконавче право, міжнародне публічне право, кримінально-процесуальне право тощо. Цей метод на думку Ю.О. Тихомірова є родовим методом правового регулювання, який властивий для галузей, які належать до групи галузей публічного права [13]. Для цього методу правового регулювання характерними є певні риси, які в тому числі визначають специфіку реалізації норм кримінального законодавства. Серед таких рис можна назвати наступні. По-перше, формування владних відносин за принципом "наказ-виконання". Цей принцип визначає специфіку реалізації нормативно-правових актів в галузях публічного права і кримінального права зокрема. Ця специфіка виявляється також у тому, що суб'єкт, який приймає відповідне обов'язкове до виконання рішення немає необхідності узгоджувати таке рішення із адресатом, який буде виконувати це рішення. По-друге, чітка відповідність дій суб'єктів публічного права нормам діючого законодавства за принципом "дозволено все, що прямо передбачено законом". Тобто суб'єкти публічного права діють та реалізують закони лише в межах наданих їм повноважень діючим законодавством. Варто також зазначити, що такі суб'єкти публічного права, як: держава, якщо вона виступає суб'єктом міжнародних або внутрішньодержавних правовідносин, органи державної влади, посадові особи, державні установи та організації реалізуючи свої повноваження одночасно виконують

завдання, які покладені на державу. По-третє, імперативний метод правового регулювання може виражатися у забороні вчиняти певні дії. Таким чином, норми законодавства спрямовують поведінку суб'єкта суспільних відносин у бажане для суспільства та держави русло. По-четверте, для імперативного методу правового регулювання властивим є поєднання і переконання та примусу для досягнення цілей необхідних для держави і суспільства. Варто в даному контексті звернути увагу на те, що для імперативного методу правового регулювання характерним є прямий вплив на свідомість та волю суб'єкта суспільних відносин. Це виявляється у наказовому характері приписів норм, обмеженому впливі адресатів цих норм на суб'єкта, який їх видає тощо. Очевидно, можна говорити і про інші риси імперативного методу правового регулювання. Проте все вище наведене засвідчує те, що метод правового регулювання істотно впливає на реалізацію закону. Він визначає специфіку законодавчого регулювання суспільних відносин у певній сфері життєдіяльності суспільства. Також метод правового регулювання визначає характер взаємодії учасників правовідносин, впливає на зміст прав та обов'язків, які чинне законодавство надає відповідним учасникам тощо.

Безперечно специфіку реалізації норм законів визначають також галузеві принципи, які лежать в основі тієї або іншої галузі права. Так, для кримінального права властиві наступні галузеві принципи: законність; рівність громадян перед законом; принцип особистої відповідальності; принцип вини; принцип невідворотності відповідальності; справедливості; гуманізму; принцип демократизму [14]. Ці принципи визначають не тільки зміст норм кримінального законодавства. Вони виражають основні ідеї, які лежать в основі кримінального права. Ці ідеї неможливо не враховувати під час реалізації закону. Саме тому суб'єкт, який реалізує норми кримінального права, має не тільки механічно застосовувати норми діючого законодавства. Він має виважено та об'єктивно оцінити всі обставини справи, усі наявні докази та факти, і, спираючись на норми діючого законодавства України та принципи кримінального права, прийняти законне та справедливе рішення. В іншому випадку рішення може відповідати вимогам закону, проте бути за своєю суттю несправедливим. Таким чином, усе вище наведене дає нам підставу стверджувати те, що закономірністю реалізації закону є те, що метод правового регулювання та принципи відповідної галузі права визначають специфіку реалізації законів, які належать до відповідних галузей права.

По-третє, важливим аспектом впливу закономірностей реалізації закону на процес реалізації закону є тривалість їх дії. За цим критерієм закономірності реалізації закону можна поділити на постійні та тимчасові. До першої підгрупи належать закономірності, які властиві для процесу реалізації закону незалежно від історичного періоду, в якому відбувається процес реалізації закону. Так, до таких закономірностей реалізації закону можна віднести таку закономірність, як настання юридичної відповідальності за порушення припису юридичного закону. І дійсно, в будь-який історичний період порушення приписів юридичного закону тягло за собою різні види юридичної відповідальності. Це було властиве як для законів стародавнього світу, зокрема, тут мова йде про: Закони Хаммурапі, царя Вавилону; Закони Ману; Закони XII таблиць. Застосування юридичної відповідальності за порушення законів було характерним і для середньовіччя. Зокрема, юридична відповідальність наставляла за порушення Саксонського зеркала; Кароліни тощо [15]. Ця закономірність також проявля-

лась за часів буржуазного законодавства, законодавства нового та новітнього періодів.

Що ж стосується тимчасових закономірностей реалізації закону, то такі закономірності властиві для процесу реалізації законів лише в певний історичний період. Так, закономірністю процесу реалізації закону в стародавні часи було застосування принципу таліону при визначенні покарання. Суть даного принципу зводилась до того, що у винуватой стороні відбиралися цінності, аналогічна тій, яку вона протиправно відібрала у потерпілої сторони (око за око, зуб за зуб, перелом кістки за перелом кістки) [16]. Варто зазначити, що принцип таліону застосовувався до рівних у правовому відношенні осіб. Цей принцип виражав суть розуміння справедливості у стародавньому світі. Аналогічний підхід до розуміння справедливості можна було зустріти також у Стародавній Греції, Стародавньому Римі тощо. Разом із тим, розвиток суспільства та його підходів до визначення покарання призвів до зникнення даної закономірності.

По-четверте, закономірності можуть відображати позитивний або негативний вплив певних процесів та явищ на процес реалізації закону. При цьому варто зазначити те, що самі закономірності за своєю суттю є не є позитивними або негативними. Вони лише відображають об'єктивні зв'язки, які мають місце в процесі реалізації закону. За характером впливу на процес реалізації закону закономірності можна поділити на закономірності, які позитивно впливають на процес реалізації закону, і закономірності, які негативно впливають на процес реалізації закону.

До першого підвиду варто віднести закономірності, які сприяють вдосконаленню процесу реалізації законів, підіймають цей процес на якісно новий рівень. До таких закономірностей можна віднести наступні закономірності реалізації закону: об'єктивна необхідність подальшого вдосконалення процесу реалізації закону; підвищення якості процесу реалізації закону; удосконалення механізму правового регулювання суспільних відносин; підвищення рівня професійних знань державних службовців та посадових осіб, які безпосередньо задіяні у процесі реалізації законів тощо.

До другого підвиду варто віднести закономірності, які відображають явища і процеси, що негативно впливають на процес реалізації закону. Такі явища і процеси стримують, уповільнюють даний процес, надають можливості в повній мірі реалізувати весь потенціал законів. До таких закономірностей можна віднести наступні: надмірна бюрократизація процесу реалізації закону; надмірна корумпованість органів державної влади та посадових осіб, які безпосередньо задіяні у процесі реалізації законів; правовий нігілізм у населення України, його невіра у систему діючого законодавства тощо. Безперечно, всі ці та деякі інші явища і процеси, які стали закономірними для практики реалізації законів в Україні, негативно впливають на процес реалізації законів. Їх подолання змогло б удосконалити практику реалізації законів в Україні, пришвидшити досягнення тих результатів, які ставилися при створенні законів.

Таким чином, в результаті проведеного дослідження ми прийшли до наступних висновків:

1. Процесу реалізації закону властиві закономірності. Вони виражають об'єктивні, необхідні, суттєві, сталі і систематичні зв'язки державно-правових явищ та процесів під час процесу реалізації закону. Виявлення та дослідження цих закономірностей має надзвичайно важливе значення для теорії та практики. Це допоможе подолати негативні явища, до яких призводить не реалізація законів, а також виробити методи подолання надмірної бюрократизації процесу реалізації законів,

корупції та інших негативних явищ, які негативно впливають на даний процес.

2. Вплив закономірностей реалізації закону на процес реалізації закону можна розглядати з декількох позицій. В першу чергу варто звернути увагу на те, що закономірності реалізації закону відображають стійкі, систематичні взаємодії державно-правових явищ та процесів підчас реалізації закону. Маючи знання про ці закономірності можна спрямувати процес реалізації конкретного закону або їх певної групи у потрібне для суспільства та держави русло.

3. По-друге, закономірності реалізації закону впливають на процес реалізації закону в певному масштабі. Так, існують закономірності, які властиві для реалізації будь-якого закону. Поряд із ними можна виділити закономірності, які властиві для реалізації певної групи законів.

4. По-третє, важливим аспектом впливу закономірностей реалізації закону на процес реалізації закону є тривалість їх дії. Існують закономірності, які властиві для процесу реалізації закону незалежно від історичного періоду, в якому відбувається процес реалізації закону. Також можна виділити закономірності властиві для процесу реалізації законів лише в певний історичний період.

5. По-четверте, закономірності можуть відображати позитивний або негативний вплив певних процесів та явищ на процес реалізації закону. При цьому варто зазначити те, що самі закономірності за своєю суттю є не є позитивними або негативними. Вони лише відображають об'єктивні зв'язки, які мають місце в процесі реалізації закону. Таким чином, можна виділити закономір-

ності, які позитивно впливають на процес реалізації закону, і закономірності, які негативно впливають на процес реалізації закону.

1. Сырых В.М. Логические основания общей теории права. Т.1. – М., 2000. – С.40 2. Ветютнев Ю.Ю. Государственно-правовые закономерности (Введение в теорию) / Под ред. А.Я. Рыженкова. – Элиста : ЗАО "НПП "Джангар", 2006. – 204 с. 3. Овчинников Г.Н. Закономерности развития и функционирования права. – Автореф канд. дисс. – Л., 1979, с. 12; Рабинович П.М. Упрочение законности – закономерность развития социализма (теоретико-методологические проблемы). Автореф. дисс. ... докт. юрид. наук. – М., 1979. С.10 4. Ветютнев Ю.Ю. Государственно-правовые закономерности (Введение в теорию) / Под ред. А.Я. Рыженкова. – Элиста : ЗАО "НПП "Джангар", 2006. – 204 с. 5. Керимов Д.А. Философские проблемы права. – М., 1972. – С. 412. 6. Актуальные проблемы реформирования правовой системы Российской Федерации. Ч.I. – Белгород, 2002. – 376 с. 7. Марксистско-ленинская философия. – М., 1964. – С.143; Уледов А.К. Социологические законы. – М., 1975. – С.59; Тугаринов В.П. Законы объективного мира, их познание и использование. – Л., 1954. – С.25. 8. Ветютнев Ю.Ю. Государственно-правовые закономерности (Введение в теорию) / Под ред. А.Я. Рыженкова. – Элиста : ЗАО "НПП "Джангар", 2006. – 204 с. 9. Глезерман Г.Е. Законы общественного развития: их характер и использование. – М., 1979. – С.20. 10. Дружанов Л.А. Место закона в системе категорий материалистической диалектики. – М., 1981. – С.10 11. Грушевицкая Т.Г., Садохин А.П. Концепции современного естествознания. М., 1998. – С.34 12. Конституція України від 28.06.1996 року // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1996, N 30, ст. 141 13. Тихомиров Ю.А. Публичное право. Учебник. – М.: БЕК, 1995. – 496 с. 14. Келина С.Г., Кудрявцев В.Н. Принципы советского уголовного права. – М., 1988. – С.64. 15. Шевченко О.О. Історія держави і права зарубіжних країн: Хрестоматія для студентів юрид. вузів та факультетів. – К.: Вентурі, 1998. – 176 с. 16. Шевченко О.О. Історія держави і права зарубіжних країн. Навч. посіб. для студентів юрид. вузів та факультетів. – К.: Олан, 2001. – 307.

Надійшла до редколегії 25.09.12

I. Боднар, асп.

ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ ФОРМИ ЯК ЗАСОБУ РОЗВ'ЯЗАННЯ ЗАВДАНЬ КРИМІНАЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА

На основі критичного аналізу спеціальної літератури запропоновано авторський підхід до розкриття сутності кримінально-процесуальної форми, охарактеризовані її загальні та окремі ознаки, методологічне значення.

Ключові слова: кримінальний процес, форма, процесуальна форма, кримінально-процесуальна форма.

На основании критического анализа специальной литературы предложен авторский подход к раскрытию сущности уголовно-процессуальной формы, охарактеризованы ее общие и отдельные признаки, методологическое значение.

Ключевые слова: уголовный процесс, форма, процессуальная форма, уголовно-процессуальная форма.

Based on critical analysis of special literature the authorized approach to the essence of the criminal-procedural form has been made. The author characterized its general and particular characteristics, methodological value.

Key words: criminal procedure, form, procedural form, criminal-procedural form.

Процесуальна форма є однією з фундаментальних правових категорій, а тому вже була предметом наукового аналізу таких вчених як Ю.М. Грошевий, П.С. Елькінд, П.А. Лупинська, П.І. Люблінський, В.Т. Нор, М.С. Мельник, М.М. Михеєнко, А.А. Павлишин, П.Ф. Пашкевич, Н.Н. Полянський, Р.Д. Рахунов, Х.У. Рустамов, М.С. Строгович, Т.В. Трубінова, І.Я. Фойницький, В.М. Хотенець, Ю.К. Якимович та ін.

Безумовно, їхні дослідження є значним внеском у розвиток вчення про процесуальну форму, однак не вичерпують глибини цієї багатоаспектної проблеми. На сьогоднішній день залишається навіть питання її поняття, загальних та окремих ознак, методологічного значення, що свідчить про актуальність продовження досліджень у цьому напрямі.

Насамперед, при визначенні кримінально-процесуальної форми необхідно враховувати принципів методологічні настанови. Зокрема, слід брати до уваги, що поняття формуються на основі узагальнення істотних (з лат. "nota") ознак об'єктів, тобто властивостей, що відрізняють один об'єкт від іншого [1, с. 240], а стисле логічне визначення, яке містить найістотніші ознаки поняття є дефініцією (з лат. "definition") [2, с. 209]. Отже, дати визначення означає розкрити зміст, сутність та харак-

теристики чого-небудь. Тому, наукове поняття повинне відображати істотні й необхідні ознаки, на основі яких і формується наукове визначення.

Крім того, слід враховувати і діалектичний характер кожного явища. Він проявляється в тому, що і сам об'єкт, і знання про нього, постійно змінюються. Відповідно, як слушно зазначає І.І. Котюк, змінюється та розвивається також визначення поняття [3, с. 114].

З огляду на це, перш ніж перейти до розгляду поняття "кримінально-процесуальна форма", слід зупинитись на аналізі таких категорій як: "явище", "сутність", "форма" та "зміст". Зокрема, явище – це філософська категорія, що відображає зовнішні властивості, процеси, зв'язки предмета, які даються пізнанню безпосередньо в формі живого споглядання [4]. Що ж до сутності, то вона виражає головне, основне, визначальне в предметі, таке що зумовлене глибинними, необхідними, внутрішніми зв'язками й тенденціями розвитку і пізнається на рівні теоретичного мислення. При цьому, слід враховувати, що сутність і явище нерозривно пов'язані: сутність завжди виступає як внутрішній зміст, прихований за явищами, що безпосередньо сприймаються [5].

Що ж до терміну "форма" (з лат. "forma"), то у довідковій літературі він визначається як тип, будова, спосіб

© Боднар І., 2012

організації чого-небудь; зовнішній вияв якого-небудь явища, пов'язаний з його сутністю, змістом [2, с. 1543]. При цьому, під змістом мається на увазі сукупність властивостей, процесів, зв'язків та відносин, тобто те, з чого складається предмет чи явище [6, с.78]. Однак, варто пам'ятати, що зміст завжди оформлений, а форма змістовна [7].

У діалектичній єдності змісту та форми, визначальним є зміст. Як відносно усталена сторона, форма протистоїть безперервним змінам змісту, водночас втілюючи в собі ці зміни. Вичерпавши можливості відображення змін у змісті, форма перестає йому відповідати, починає гальмувати розвиток змісту, що в підсумку призводить до заміни старої форми новою. При цьому істотна зміна форми спричиняє зміну змісту.

Що ж до поняття "процесуальна форма", то вона визначається як сукупність однорідних процедурних вимог, що ставляться до дій учасників процесу та спрямовані на досягнення певного матеріально-правового результату [8, с. 13]. Таке визначення охоплює характеристики процесуальної діяльності не тільки органів правосуддя, а й інших державних органів.

Кримінально-процесуальна форма є видовим поняттям по відношенню до родового – процесуальної форми, і розглядається як: встановлений законом порядок провадження окремих процесуальних дій (чи їх сукупності) [9, с. 33; 10, с. 28]; порядок усієї кримінально-процесуальної діяльності органів досудового розслідування, прокуратури і суду, а також громадян та юридичних осіб, залучених до сфери цієї діяльності, а також порядок проведення окремих процесуальних дій, прийняття, оформлення та звернення до виконання процесуальних рішень [11, с. 30]; сукупність встановлених законом умов здійснення процесуальних дій [12, с. 107; 13, с. 51]; умови і послідовність провадження окремих процесуальних дій та прийняття рішень, умови провадження у справі в цілому, тобто всі форми судочинства в їх сукупності, системі, як єдине ціле [14, с. 9]; система відносин, що виникають в результаті діяльності суб'єктів процесу в певній послідовності та врегульованих кримінальним законом при реалізації норм матеріального права [15, с. 13]; вимоги до підстав, порядку, послідовності, умов та строків прийняття процесуальних рішень та вчинення процесуальних дій [16, с. 139].

Однак, наведені визначення не безспірні, оскільки:

1) з визначення М.А. Чельцова та К.Ф. Гуценко випливає, що у процесуальній формі здійснюються окремі процесуальні дії (наприклад, допит або обшук) або їх сукупність (наприклад, окрема стадія процесу). Однак, слід розрізняти кримінально-процесуальну форму проведення як окремої процесуальної дії, так і судочинства в цілому;

2) сутність процесуальної категорії не розкривається, якщо її дію поширювати тільки на форми діяльності осіб, уповноважених вести процес, не враховуючи інших учасників кримінального провадження;

3) не слід ототожнювати кримінально-процесуальну форму з процесуальними відносинами, оскільки не процесуальна форма є системою правовідносин, а правовідносини відбуваються в певній процесуальній формі;

4) не безспірним є підхід Ю. І. Стецовського та М.С. Строговича, які у зміст процесуальної форми включають тільки умови здійснення процесуальних дій. Адже, його елементами є також і підстави, послідовність їх вчинення, умови та строки прийняття процесуальних рішень;

5) у жодному з наведених визначень не згадується і така ознака кримінально-процесуальної форми як

спрямованість на досягнення певного правового результату, передбаченого ст. 2 КПК України.

Як бачимо, традиційні підходи щодо визначення кримінально-процесуальної форми не повністю розкривають її сутність. Водночас, очевидним є те, що при визначенні її поняття, слід враховувати наступне:

1) кримінально-процесуальна форма є специфічним різновидом правової форми державної діяльності;

2) кримінально-процесуальна форма, це не що інше, як процедура (з лат. "procedere" – просуватися), тобто порядок, наступність, послідовність у вчиненні відповідних дій для досягнення певного результату [17, с. 185-186];

3) кримінально-процесуальний закон установлює як процедуру провадження окремих процесуальних дій, так і процедуру всієї процесуальної діяльності;

4) у законодавстві містяться вимоги не тільки до умов проведення кримінально-процесуальної діяльності, а й до підстав, послідовності вчинення процесуальних дій, умов і строків прийняття процесуальних рішень;

5) вимоги процесуальної форми поширюються як на органи досудового розслідування, прокуратури та суду, так і на інших учасників кримінального провадження;

6) кримінально-процесуальна форма є засобом розв'язання завдань кримінального процесу, передбачених в ст. 2 КПК України.

З урахування цього, кримінально-процесуальна форма – це передбачена та визначена кримінально-процесуальним законом процедура провадження у справі в цілому та здійснення учасниками процесу окремих процесуальних дій, спрямована на розв'язання завдань кримінального судочинства.

Кримінально-процесуальну форму слід розглядати в діалектичній єдності того загального, що характеризує правові форми будь-якої діяльності, і того особливого, що пов'язане з специфікою судочинства. Саме це дає підстави розрізняти її загальні та окремі ознаки.

Зокрема, однією з загальних ознак кримінально-процесуальної форми є доцільність. Адже, доцільний – це відповідний поставленій меті, практично корисний, розумний [18, с. 245]. Доцільна процесуальна форма покликана створити правовий режим діяльності учасників процесу, і таким чином максимально сприяти виконанню завдань кримінального судочинства.

Рациональність процесуальної форми в спеціальній літературі ще називають "процесуальною економією" або "економічністю" [19, с. 66-67], хоча термін "раціональність" стосовно порядку кримінального судочинства є точнішим. Адже, раціональний означає спрямований до кращого, розумнішого застосування чого-небудь; який ґрунтується на вимогах розуму, логіки [18, с. 1017]. Рациональна процесуальна форма повинна забезпечувати досягнення завдань кримінального судочинства з найменшою затратою сил, засобів і часу зі сторони державних органів, їх посадових і службових осіб, громадян.

Простота процесуальної форми означає відсутність непотрібних бюрократичних формальностей, що перешкоджають здійсненню громадянами свого конституційного права на звернення до суду, швидкому та справедливому розгляду справи.

Ефективна процесуальна форма встановлює засади найбільш доцільної процедури здійснення повноважень учасниками процесу, створює належний правовий режим провадження в справі і гарантує всім особам можливість реалізації їхніх прав та законних інтересів.

Обов'язковість процесуальної форми полягає в тому, і неухильному виконанні учасниками кримінального судочинства приписів закону, порушення яких позбавляє отримані таким чином результати юридичної сили.

Для забезпечення отримання об'єктивних і достовірних результатів процедура кримінального провадження повинна базуватися не тільки на основі кримінально-процесуальної науки, а й на основі даних інших наук. На положеннях логіки і психології вирішуються основні питання побудови кримінального провадження, послідовність стадій та провадження окремих процесуальних дій, розподіл процесуальних функцій, процес доказування, підстави та порядок прийняття рішень та ін.

Правильне вирішення кримінальних справ сприяє закріпленню моральних основ суспільства, а прийоми та методи, що застосовуються в кримінальному судочинстві повинні відповідати його моральним нормам і принципам.

Кримінально-процесуальну форму не можна розглядати як сталу категорію. Загальною тенденцією в її розвитку є подальша диференціація, демократизація та посилення правових гарантій всіх учасників процесу.

Ритуальність сприяє виховному впливу кримінально-процесуальної діяльності, посиленню її авторитетності в суспільстві. Наприклад, всі учасники судового розгляду звертаються до суду, дають свої показання і роблять заяви стоячи [20, ст. 270].

Таким чином, загальними ознаками кримінально-процесуальної форми є доцільність, раціональність, простота, ефективність, обов'язковість, науковість, логічність, психологічність, моральність, змінність, ритуальність, етичність, надійність та ін.

Однак, кримінально-процесуальній формі крім наведених загальних, притаманні й окремі ознаки:

1) порядок та послідовність розслідування, судового розгляду та вирішення кримінальних справ точно встановлений законом і регулюється самостійною галуззю – кримінально-процесуальним правом;

2) чітка, законодавчо визначена компетенція органів, уповноважених вести процес у справі, яка випливає з розмежування процесуальних обов'язків між судом, прокуратурою, органами дізнання та слідства, а також з встановлення законом правил підсудності та підслідності, розмежування компетенції між органами, які виконують аналогічні обов'язки;

3) основоположними засадами, на яких ґрунтується процесуальна форма кримінального судочинства є: незалежність суддів і народних засідателів, підкорення їх тільки закону, гласність судового процесу, право на захист та інші демократичні принципи правосуддя, закріплені в Конституції України;

4) єдність кримінально-процесуальної форми, що означає побудову її на єдиних принципах, єдиних процесуальних засобах встановлення фактичних обставин справи, єдності форм прийняття рішень, спрямованості на досягнення одних і тих же завдань у всіх кримінальних справах, однакового об'єму та характеру процесуальних гарантій для учасників процесу, єдиному законодавстві та єдиній системі судів. Однак, це не означає одноманітності, застосування однакового порядку провадження у всіх категоріях справ, навпаки, процесуальні форми кримінального судочинства повинні будуватися диференційовано;

5) рішення в справі повинні ґрунтуватися на фактах встановлених в процесі провадження, відповідати вимогам закону, бути обґрунтовані та мотивовані;

6) точне і неухильне дотримання кримінально-процесуальної форми є необхідною умовою правильного розслідування, розгляду та вирішення справи по суті, встановлення істини, забезпечує права та законні інтереси учасників процесу, сприяє розв'язанню завдань кримінального судочинства.

Таким чином, специфіка процесуальної форми кримінального судочинства виражається в діалектичній

єдності загальних та окремих ознак. Адже, загальне виражається через особливе, а в особливому, в кожній окремій ознаці процесуальної форми так чи інакше проявляється загальне.

В умовах правової держави, роль і цінність процесуальної форми, яка містить в собі гарантії охорони прав громадян, все більше зростає. Верховний Суд України в своїх постановах постійно звертає увагу судів на необхідність суворого дотримання процесуальної форми, що є неодмінною умовою всебічного, повного й об'єктивного дослідження обставин справи, встановлення істини та прийняття законного, обґрунтованого та справедливого рішення [21, п. 1].

Водночас, процесуальну форму не слід ототожнювати з формалізмом. Формалізм (з лат. "formalis" – складений за формою) в теорії права розуміється як беззастережне дотримання правил, букви закону, надання переваги їхній зовнішній формі, нерідко за рахунок внутрішнього змісту, відрив форми від змісту [22, с. 298].

Формалізм у кримінальному процесі полягає зовсім не в чіткому та неухильному дотриманні встановлених законом процесуальних форм, а в бюрократичному ставленні до справи, в ігноруванні її суті та інтересів учасників.

Значення кримінально-процесуальної форми полягає в тому, що вона створює стабільний, стійкий, юридично визначений режим провадження у справі, містить гарантії прав і законних інтересів громадян, створює умови, що забезпечують повноту, всебічність і об'єктивність дослідження обставин справи, має важливе значення для здійснення виховного та загальнозапобіжного впливу кримінального судочинства.

Отже, викладене дає підстави для висновку, що:

1) кримінально-процесуальна форма – це передбачена та визначена кримінально-процесуальним законом процедура провадження у справі в цілому та здійснення учасниками процесу окремих процесуальних дій, спрямована на розв'язання завдань кримінального судочинства;

2) загальними ознаками кримінально-процесуальної форми є її доцільність, раціональність, простота, ефективність, обов'язковість, науковість, логічність, психологічність, моральність, етичність та ін.;

3) кримінально-процесуальній формі судочинства притаманні й окремі ознаки, що виділяють її серед інших правових форм державної діяльності;

4) значення кримінально-процесуальної форми полягає в тому, що невиконання вимог, які ставляться до учасників кримінального процесу є істотним порушенням закону, за наявності яких вирок підлягає безумовному скасуванню. Крім того, кримінально-процесуальна форма сприяє всебічному, повному та об'єктивному розслідуванню, розгляду та вирішенню кримінальних справ, є важливою гарантією реалізації прав і свобод учасників процесу та засобом забезпечення досягнення завдань кримінального судочинства.

1. Котюк І.І. Теорія судового пізнання: Монографія. – К.: ВПЦ "Київський університет", 2006. – 435 с. 2. Великий тлумачний словник сучасної української мови / Уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. – К.: Ірпін: ВТФ "Перун", 2009. – 1736 с. 3. Котюк І.І. Основи теорії судового пізнання. Ч.1. Загальнотеоретичні аспекти: навчальний посібник для студентів юридичних факультетів. – К.: ВПЦ "Київський університет", 2012. – 423 с. 4. Явище // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://uk.wikipedia.org/wiki/Явище> 5. Сутність // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://uk.wikipedia.org/wiki/Сутність> 6. Бобров В.К. Процесуальна форма в уголовном процессе // Правоведение, 1974. – №2. – С.77 – 84. 7. Категорії форми та змісту у філософії // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://diiim.blox.ua/html/1310721,262146,21.html?13803> 8. Недбайло Е.О. Юридическая процессуальная форма: теория и практика. – М.: Юрид. лит., 1976. – 280 с. 9. Советский уголовный процесс. Учебник / Чельцов М.А. – 2-е изд., перераб. – М.: Госюриздат, 1951. – 511 с. 10. Уголовный процесс. Учебник для студентов юридических вузов и факультетов / Под ред. К.Ф. Гуцко. М.: Зерцало, 2005. – 736 с. 11. Кримінальний процес Украї-

ни: Підручник. – 2-ге вид., перероб. і доп. – К.: Либідь, 1999. – 536 с. 12. Стецовский Ю.И. К вопросу о процессуальной форме советского уголовного судопроизводства // Вопросы борьбы с преступностью, 1975, Вып. 23. – С. 107 – 119. 13. Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. Т.1. Основные положения науки советского уголовного процесса. – М.: Наука, 1968. – 470 с. 14. Якуб М.Л. Процессуальная форма в советском уголовном судопроизводстве. – М.: Юрид. лит., 1981. – 151с. 15. Рустамов Х.У. Уголовный процесс. Формы. Учебн. пособие для вузов. – М.: Закон и право, ЮНИТИ, 1998. – 304 с. 16. Гевко В. В. Кримінально-процесуальна форма: структура та елементи // Право України, 2002. – №6. – С. 138 – 139. 17. Юридична енциклопедія: В 6 т. / редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) [та ін.]. – К.: Т. 5: П – С. – 2003. – 736 с. 18. Великий тлумачний словник сучасної

української мови / Уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. – К., Ірпінь: ВТФ "Перун", 2002. – 1440 с. 19. Элькин П.С. Цели и средства их достижения в советском уголовно-процессуальном праве. – Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1976. – 144 с. 20. Кримінально-процесуальний кодекс від 28. 12. 1960 р. зі змінами і доповненнями // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1001-05> 21. Постанова Пленуму Верховного Суду України № 5 від 29. 06. 1990 р. "Про виконання судами України законодавства і постанов Пленуму Верховного Суду України з питань судового розгляду кримінальних справ і постановлення вироків" // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0005700-90> 22. Юридична енциклопедія: В 6 т. / редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) [та ін.]. – К.: Т. 6: Т–Я. – 2004. – 768 с.

Надійшла до редколегії 25.09.12

УДК 347.919

М. Доманська, здобувач

ПІДСТАВИ ЗМІНИ ПРАВОВОГО СТАТУСУ ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ У СПРАВАХ ПРО ОБМЕЖЕННЯ ДІЄЗДАТНОСТІ ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ

У статті проводиться аналіз підстав обмеження дієздатності фізичної особи з урахуванням останніх законодавчих змін. Обґрунтовується недосконалість існуючої правової конструкції щодо визначення підстав обмеження дієздатності фізичної особи через її неоднозначне тлумачення та неповноту регулювання. Викладені пропозиції вдосконалення норм матеріального та процесуального права стосовно розгляданого питання.

Ключові слова: суб'єктивне право, дієздатність фізичної особи, обмежена дієздатність, психічний розлад.

В статті проводиться аналіз оснований обмеження дееспособности физического лица с учетом последних законодательных изменений. Обосновывается несовершенство существующей правовой конструкции по определению оснований ограничения дееспособности вследствие ее неоднозначного толкования и неполноты регулирования. Изложены предложения усовершенствования норм материального и процессуального права по рассматриваемому вопросу.

Ключевые слова: субъективное право, дееспособность физического лица, ограниченная дееспособность, психическое расстройство.

The article analyzes the grounds for limiting legal capacity of individual according with the latest legislation changes. The article justifies imperfection of the existing legal structures for determination of grounds for limiting legal capacity of individual due to its ambiguous interpretations and incomplete regulation. Author has outlined proposals to improve the rules of substantive and procedural law on the subject.

Key words: subjective right, legal capacity of individual, diminished legal capacity, mental disorder.

Інститут обмеження дієздатності фізичної особи спрямований на забезпечення охорони прав та інтересів особи та суспільства в цілому. Ухвалюючи рішення про обмеження дієздатності фізичної особи, суд має встановити наявність достатніх даних для такого обмеження прав та інтересів особи, керуючись ч. 1 ст. 238 ЦПК України. На практиці наявні випадки порушення судами норм матеріального та процесуального права при розгляді даних справ. В більшості випадках це обумовлено недосконалістю законодавчого визначення підстав обмеження дієздатності фізичної особи, що і є предметом аналізу даної статті.

За юридичною природою, дієздатність є суб'єктивним правом, яким фізична особа володіє постійно як певним (визначеним) юридичним станом, однак, з тією відмінністю, що дієздатність можуть володіти не всі особи і не в однаковому об'ємі. Такому "суб'єктивному праву" відповідає обов'язок кожного утримуватись від його порушення.

Нормами ст. ст. 12, 13 Цивільного кодексу України [1] закріплюються принципи та межі здійснення цивільних прав. Одним з принципів здійснення цивільних прав є недопустимість зловживання правом та утримання від дій, які могли б порушити права інших осіб, завдати шкоди довіллі або культурній спадщині. У випадку недопустимого здійснення своїх прав фізичною особою до неї можуть бути застосовані заходи впливу зі сторони держави або осіб, яким заподіяна шкода. Основна ціль даних заходів є запобігання можливих майбутніх порушень, а також створення умов для відновлення первісного положення. Оскільки правовий статус фізичних осіб підлягає особливому контролю та захисту зі сторони держави, законодавець встановлює додаткові гарантії захисту належних особі суб'єктивних прав.

Об'єм дієздатності залежить від здатності конкретної особи розумно мислити, розуміти зміст норм права, усвідомлювати наслідки своїх дій, наявність життєвого

досвіду. Залежно від наявності або відсутності цих характеристик судом може бути встановлено факт обмеження дієздатності, тобто зменшення її об'єму [2, с. 132]. В той час, обмеження дієздатності є значним обмеженням правового статусу фізичної особи, тому рішення суду про визнання особи обмежено дієздатною має ґрунтуватись на вагомих підставах.

Судова процедура покликана гарантувати правомірність правообмежень, які вживаються до громадянина, особливо якщо судовий розгляд ініційовано особами, що претендують на роль опікунів або піклувальників [3, с. 57].

Нормою ст. 36 ЦК України передбачено дві підстави обмеження судом цивільної дієздатності фізичної особи: 1) якщо вона страждає на психічний розлад, який істотно впливає на її здатність усвідомлювати значення своїх дій та (або) керувати ними; 2) якщо вона зловживає спиртними напоями, наркотичними засобами, токсичними речовинами, азартними іграми тощо і тим ставить себе чи свою сім'ю, а також інших осіб, яких вона за законом зобов'язана утримувати, у скрутне матеріальне становище.

Виходячи з підстав зазначених у статті, основними критеріями для обмеження дієздатності фізичної особи є медичний та психологічний. Під медичним критерієм розуміють психічний розлад, що свідчить про нездатність фізичної особи контролювати свої дії внаслідок втрати волевиявлення, тобто відсутність як такого волевого аспекту. Підстави, що зазначені у ч. 2 ст. 36 ЦК України навпаки залежать від волевиявлення самої особи, тобто неспроможність контролювати свої дії у зв'язку з психологічною нестабільністю, що призводить до майнового дисбалансу.

Порівняно з попереднім Цивільним кодексом УРСР 1963 року, визначаючи підстави для обмеження дієздатності, новий Цивільний кодекс України значно просунувся у законодавчому врегулюванні зазначеного питання. Законодавець врахував нормативний та практичний до-

свід зарубіжних країн та ввів таку підставу визнання особи обмежено дієздатною, як психічний розлад.

Але існують деякі особливості, що мають враховуватись судом при ухваленні рішення по даній категорії справ. Так, при визнанні особи обмежено дієздатною на підставі ч. 1 ст. 36 ЦК, суд має враховувати не тільки юридичний критерій – здатність усвідомлювати свої дії та (або) керувати ними, а і медичний критерій – наявність психічного розладу. Тобто суттєвим значенням буде не тільки встановлення психічного розладу, а і визначення ступеню (глибини) зміни особистості внаслідок душевної хвороби, тобто визначити яким чином хвороба впливає (або може вплинути) на здатність особи усвідомлювати значення своїх дій і можливість керувати ними.

Якщо звернутись до медичного критерію, то до підстав для визнання особи обмежено дієздатною відносяться психічні розлади неспсихотичного рівня, тобто неможливість вчиняти юридичні дії під впливом психічних розладів саме в інтелектуальній (тобто і у вольовій) частині або тільки у вольовій частині психологічного критерію.

Під час вирішення питання про здатність особи з наявними психічними розладами, які не досягають рівня психозу або слабоумства, усвідомлювати свої дії і керувати ними, експерти повинні вирішити й аргументовано обґрунтувати висновок про те, чи вплинули, а якщо вплинули, то наскільки істотно (або можуть вплинути) ці розлади на її здатність усвідомлювати свої дії та (або) керувати ними у визначений відрізок часу, при укладанні визначеного кола договірних відношень, з висловленням рекомендаційної думки про необхідність призначення для цієї особи піклувальника [4, с. 55].

Законодавство України встановлює презумпцію психічного здоров'я людини, якщо інше не буде встановлено в законному порядку. Відповідно до ст. 3 Закону "Про психіатричну допомогу" кожна особа вважається такою, що не має психічного розладу, доки наявність такого розладу не буде встановлено на підставах і в порядку, передбачених цим Законом та іншими законами України [5].

Відповідно до ч. 1 ст. 239 ЦПК України [6], суд за наявності достатніх даних про психічний розлад здоров'я фізичної особи призначає для встановлення її психічного стану судово-психіатричну експертизу. Але лише встановлення експертизою факту психічного розладу для прийняття рішення про обмеження громадянина дієздатності недостатньо. Крім суто медичного критерію – психічного розладу, під яким закон розуміє душевну хворобу або недоумство, суд має встановити, що саме внаслідок зазначеного психічного розладу громадянин не може розуміти значення своїх дій та (або) керувати ними.

У ч. 2 ст. 36 ЦК України законодавець вказує на такі підстави обмеження дієздатності фізичної особи, як факт зловживання спиртними напоями, наркотичними засобами, токсичними речовинами, азартними іграми тощо, внаслідок чого особа ставить себе чи свою сім'ю, а також інших осіб, яких вона за законом зобов'язана утримувати, у скрутне матеріальне становище.

Саме по собі поодинокі вживання алкогольних напоїв, наркотичних засобів, токсичних речовин, гра в азартні ігри не може бути підставою для обмеження дієздатності. В тлумачному словнику С.І. Ожегова та Н.Ю. Шведовій під зловживанням зазначається "проступок, провина, що полягає в незаконному, злочинному використанні своїх прав і можливостей" [7]. Суд має враховувати, що під встановленням факту зловживання слід розуміти систематичне та надмірне вживання напоїв, засобів та речовин, гру в азартні ігри, враховуючи

при цьому особливості кожної окремо взятої особи, її фізичний стан та інтелектуальні властивості.

Аналізуючи правову природу, спільні характеристики та ознаки притаманні підставам, визначеним ч. 2 ст. 36 ЦК України, можна дати єдине визначення для цієї категорії підстав – систематична асоціальна поведінка громадян, що наносить шкоду інтересам учасників цивільного обороту, визначених законом або всьому суспільству в цілому.

Судове рішення у справах про визнання особи обмежено дієздатною внаслідок зловживання алкогольними напоями, наркотичними засобами, токсичними речовинами, азартними іграми тощо має ґрунтуватись на встановленні наступних обов'язкових фактів: по – перше, це встановлення факту зловживання зазначеними напоями, засобами, речовинами або діяльністю; по – друге, внаслідок даних дій поставлення себе чи свою сім'ю, а також інших осіб, яких вона за законом зобов'язана утримувати, у скрутне матеріальне становище.

Новелою є доповнення ст. 36 ЦК України такою підставою, як зловживання азартними іграми. Законом України "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо обмеження цивільної дієздатності осіб, які зловживають азартними іграми" від 21 лютого 2012 року, № 4416-VI було доповнено ч. 2 ст. 36, ч. 2 ст. 38 ЦК України та ч. 1 ст. 238 ЦПК України в частині деталізації підстав для обмеження фізичної особи дієздатності такою підставою, як зловживання азартними іграми. У пояснювальній записці до даного закону зазначається, що актуальність даного законопроекту зумовлена тим, що в Україні є надзвичайно поширеним участь фізичних осіб в азартних іграх на гроші (преферанс, покер, "двадцять-одно", гральні автомати та інші). Особи, що грають в такі ігри, часто не здатні самостійно припинити гру, незалежно від сум, які при цьому витрачаються, внаслідок чого страждають не лише такі особи, але і члени їх сімей, що залишаються без засобів до існування [8]. Тобто вказані зміни спрямовані на необхідність розширення підстав для обмеження цивільної дієздатності фізичної особи.

У 1980 році Американською психіатричною асоціацією була визнана така хвороба під назвою лудоманія (гемблінг) та включено до списку захворювань Всесвітньою організацією охорони здоров'я під міжнародним кодом F63.0. В той же час патологічну залежність від азартних ігор слід відрізняти від звичайної схильності та укладенням парі, що у списку захворювань стоїть під окремим кодом в Міжнародній класифікації хвороб – код Z72.6. [9]

Розширення законодавчих підстав обмеження дієздатності необхідне та не можна не погодитись із намаганням законодавця покращення життєвого рівня в Україні та зменшенню впливу негативних соціальних явищ. Ще 25 червня 2009 року набрав чинності Закон України "Про заборону грального бізнесу в Україні", де ст. 2 в Україні встановлюється заборона грального бізнесу та участь в азартних іграх [10]. Головною мотивацією прийняття Закону було масове поширення ігрових автоматів, що були доступні для кожної категорії населення, залучаючи як підлітків, молодь та інших верств населення, які замість пошуку роботи займались пошуком легкого та швидкого збагачення. Але прийняття закону не дало бажаних результатів, про що свідчать постійні спроби законодавця відрегулювати сферу, на яку діє мораторій вже більше трьох років.

У судовій практиці та навчальних посібниках, як правило, в якості підстав для обмеження дієздатності розглядаються лише положення ст. 26 ЦК України та

ст. 238 ЦПК України. Однак в реальному житті це не єдині випадки асоціальної поведінки осіб, що можуть призвести до порушення інтересів як конкретних учасників цивільного обороту, так і суспільства в цілому. Виходячи з приписів статей 26 ЦК України та ст. 238 ЦПК України, перелік підстав для обмеження дієздатності фізичної особи не є вичерпним, що дозволяє суду на власний розсуд визначати альтернативні підстави обмеження дієздатності фізичної особи. Законодавець доповнив діючі підстави для обмеження дієздатності такою категорією як "тощо". На жаль не розтлумачено, які характеристики та ознаки мають відноситись до даної категорії. Проаналізувавши загальні властивості, характерні для групи підстав обмеження дієздатності, можна сказати, що кожна підстава обумовлена неможливістю або небажанням особи оцінювати свої дії. Це залежить від виду адиктивної поведінки особи – чи то органічної (зловживання речовинами, що змінюють психічний стан), чи психологічної (втягнення у певні види діяльності).

Вважаю, що до розширеного тлумачення "тощо" законодавець намагається все ж таки віднести психологічну залежність – зловживання певними видами діяльності, що не схвалюються суспільством та мають вольовий дефект, наприклад як неконтрольоване колекціонування речей, укладання ризикованих угод або втягнення у в економічно невідповідну діяльність, благодійництво, комп'ютерні ігри, шопінг та інші можливі прояви нерозумної трати коштів.

Узагальнюючи, розгляді справи про обмеження дієздатності фізичної особи судом слід відносити до категорії "тощо" діяльність, яка внаслідок постійно повторюваних однотипних дій призводить не тільки до стійкої психологічної або органічної залежності та стає першочерговою потребою від якої особа не може відмовитись, а і стає підставою скрутного матеріального становища особи. Скрутне матеріальне становище є оціночною категорією та має визначатися судом у кожному випадку окремо.

Якщо узагальнити вищенаведене, дані підстави можна виокремити в поняття марнотратство, що характеризується неконтрольованим витрачанням майна особою, що призводить до скрутного матеріального становища. На думку багатьох цивілістів, ч. 2 ст. 36 ЦК слід доповнити таким критерієм як марнотратство.

Марнотратство, як підстава для обмеження дієздатності містилась у Статуті цивільного законодавства. В якості підстав обмеження дієздатності зазначались душевна хвороба, глухота, німота, марнотратство та звичайне пияцтво. В законодавстві XX століття в якості підстав для обмеження дієздатності зазначалось марнотратство також. Таке обмеження дієздатності встановлювалось в інтересах кредиторів та близьких людей марнотратця [11, с. 89].

В юридичній літературі марнотратство визначається як будь – яке витрачання власного майна особою, яке призводить до скрутного матеріального становища, тобто без коштів на існування [12, с. 60].

Тобто основними характеристиками марнотратства є: 1) надмірне та нерозумне витрачання коштів або іншого майна; 2) тяжке економічне становище особи – марнотратця та його сім'ї внаслідок адиктивної поведінки. Фактично, за своїми ознаками підстава, визначена у ч. 2 ст. 36 ЦК України – "скрутне матеріальне становище особи чи її сім'ї, а також інших осіб, яких вона за законом зобов'язана утримувати" повністю підпадає під визначення поняття марнотратства. А тому є недоцільним вносити марнотратство як окрему підставу для обмеження дієздатності фізичної особи, оскільки це призведе до повторення однієї і тієї ж правової конструкції.

Зрозуміло, що законодавець намагається визначити більш повний перелік підстав для обмеження дієздатності, але це намагання по факту є неповним та призводить до неоднозначного тлумачення. Вважаю, що проблема визначення підстав для обмеження дієздатності фізичної особи навіть з урахуванням останніх законодавчих змін підлягає уточненню та більш детальному аналізу.

Проаналізувавши правові та соціальні аспекти використання такої міри, як обмеження дієздатності фізичних осіб, можна зробити наступні висновки. Вважається, що необхідно ввести наступні підстави обмеження дієздатності фізичних осіб, а саме: 1) психічний розлад, який істотно впливає на її здатність усвідомлювати значення своїх дій та (або) керувати ними; 2) зловживання спиртними напоями, наркотичними засобами, токсичними речовинами; 3) ставлення особою себе чи свою сім'ю, а також інших осіб, яких вона за законом зобов'язана утримувати, у скрутне матеріальне становище.

1. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003р. N 435-IV // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2003. – NN 40-44, ст.356.
2. Орлова О.Б. Дееспособность физических лиц в российском гражданском праве: Диссертация канд. юрид. наук. – М., – 2009. – 201 с.
3. Комаров В.В. Окреме провадження: монографія/ В. В. Комаров, Г.О. Світлична, І.В. Удальцова / За ред. В.В. Комарова. – Х.: Право, 2011. – 312 с.
4. Ілейко В. Р., Первомайський В. Б. Обмежена дієздатність: проблеми і перспективи // Архів психіатрії. – 2001. – № 4. – С. 53–56.
5. Закон України "Про психіатричну допомогу" від 22 лютого 2000 р. N 1489-III // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2000, N 19, ст.143.
6. Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 року N 1618-IV // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2004, N 40-41, 42, ст.492.
7. Ожегов С.И. Словарь русского языка // Под ред. Н.Ю.Шведовой.- М.: Русский язык,1991.- С.234.
8. Проект Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо обмеження цивільної дієздатності осіб, які зловживають азартними іграми– [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=39950
9. Международная классификация болезней МКБ-10. – [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.mkb10.ru/>.
10. Закон України "Про заборону грального бізнесу в Україні" від 15 травня 2009 року N 1334-VII//Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2009, N 38, ст.536.
11. Шодонова М.Э. Ограничение гражданской дееспособности физических лиц по законодательству Российской Федерации: Диссертация канд. юрид. наук. – М. – 2004. – 180 с.

Надійшла до редколегії 27.09.12

УДК 349.41

М. Максименко, асп.

НОРМУВАННЯ ЯК ЗАСІБ ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ОПТИМІЗАЦІЇ СТРУКТУРИ ЗЕМЛЕКОРИСТУВАННЯ В УКРАЇНІ

У статті вказується на неможливість вдосконалення існуючої системи поділу земель на категорії за допомогою земельно-правового нормування та піддається сумніву реальність впровадження у правове регулювання земельних відносин нормативів оптимального співвідношення земельних угідь.

Ключові слова: нормування, оптимізація структури землекористування.

В статье указывается на невозможность усовершенствования существующей системы деления земель на категории с помощью земельно-правового нормирования и поддается сомнению реальность внедрения в правовое регулирование земельных отношений нормативов оптимального соотношения земельных угодий.

Ключевые слова: нормирование, оптимизация структуры землепользования.

The impossibility of improving of the existing system of dividing lands into categories by means of land norm setting as well as an equivocacy of realness of implementation in the land relations legal regulation norms of the optimal balance of land are pointed out in the article.

Key words: norm setting, optimization of land use structure.

Одним із основних завдань правового регулювання земельних відносин в Україні є забезпечення раціонального використання та охорони земель, що виділяється у правовій доктрині як найважливіший принцип земельного права [1, с. 35].

Раціональне використання та охорона земель спрямовані на досягнення стану земельних ресурсів, який в максимальній мірі забезпечує реалізацію соціально-економічних потреб у використанні земель при мінімальних екологічних збитках. Досягнення зазначеного стану земельних ресурсів можливе за оптимальної структури землекористування – найкращого з екологічної, економічної та соціальної точок зору співвідношення та взаєморозташування різних видів земельних угідь в межах ландшафту.

Правове забезпечення досягнення оптимального співвідношення та взаєморозташування різних видів земельних угідь в межах ландшафту ("**оптимізації структури землекористування**") вимагає існування низки показників, у співвіднесенні з якими діяльність із використання земель, їх охорони оцінюватиметься на предмет раціональності використання земельних ресурсів, а структура землекористування – на предмет її оптимальності, а також показників, спрямованих на раціональне використання та охорону земель. Наявність усіх зазначених показників забезпечується нормуванням.

Втім, існуючий на сьогоднішній день рівень земельно-правового нормування та правові механізми, спрямовані на реалізацію земельно-правових нормативів, формують неоптимальну структуру землекористування, що позначається на незадовільності стану земельних ресурсів [2, с. 7-11]. Вищезазначене вимагає аналізу земельно-правового нормування і таких механізмів в контексті можливості забезпечення оптимізації структури землекористування.

Дослідженням нормування як засобу правового регулювання екологічних та земельних відносин займалися В.І. Андрейцев, В.Л. Мунтян, А.М. Мірошніченко та інші вчені. Водночас, питанням правового забезпечення оптимізації структури землекористування в Україні за допомогою нормування належна увага не приділялась.

Метою даної статті є аналіз ефективності окремих аспектів земельно-правового нормування та правових механізмів, спрямованих на дотримання земельно-правових нормативів у контексті забезпечення оптимізації структури землекористування в Україні.

У правовій доктрині нормування розглядається як врегульована правовими нормами процесуальна діяльність уповноважених суб'єктів із розробки якісних та кількісних показників (нормативів) властивостей об'єктів права у складі проектів правових актів, а також діяль-

ність щодо узгодження та експертизи таких правових актів, їх затвердження та оприлюднення у встановленому порядку [3, с. 17].

Об'єктами земельно-правового нормування виділяються: (i) земля як природний ресурс, (ii) діяльність людини у відносинах з приводу землі, (iii) інші об'єкти, нормування яких сприяє забезпеченню раціонального використання, охорони та відтворення земель [3, с. 18-27]. Для цілей даної статті, та, з огляду на її обсяг, ми спробуємо розглянути окремі аспекти перших двох із перелічених груп об'єктів.

Одним із основних земельно-правових інститутів, на якому побудована сучасна система земельного права і законодавства України, є інститут поділу земель на категорії за цільовим призначенням (ч.ч. 1, 2 ст. 18, ст.ст. 19-21, глави 5-13 Земельного кодексу України від 25 жовтня 2001 року № 2768-III (далі – "**ЗК України**"). Враховуючи те, що інститут поділу земель на категорії за цільовим призначенням має встановлювати якісні характеристики земель та земельних ділянок в межах кордонів України – їх специфічний правовий режим (ч. 2 ст. 18 ЗК України), якого зобов'язані дотримуватися землевласники і землекористувачі (п. "а" ч. 1 ст. 91, п. "а" ч. 1 ст. 96 ЗК України), відповідні положення цього інституту є земельно-правовими нормативами (об'єктами земельно-правового нормування в даному випадку виступають як земля, так і діяльність людини у відносинах з приводу землі).

На нашу думку, саме через можливість науково-обґрунтованого встановлення специфічних вимог по використанню різних видів земель інститут поділу земель на категорії за цільовим призначенням мав би вирішувати задачу формування оптимальної структури землекористування, яка, як вже зазначалося вище, розглядається нами як таке співвідношення та взаєморозташування різних видів земельних угідь в межах ландшафту, що за конкретних історичних умов відповідає балансу економічних, екологічних та соціальних інтересів.

Однак, система поділу земель на категорії за цільовим призначенням в існуючому вигляді не створює та не може створити оптимальної структури землекористування з огляду на наступні недоліки.

Згідно із ч.1 ст. 19 ЗК України, поділ земель на категорії здійснюється "за основним цільовим призначенням", проте невідповідність поділу земель на категорії критерію цільового призначення визнана в земельно-правовій науці [1, с. 29; 4, с. 38].

Відповідно до ч. 1 ст. 20 ЗК України віднесення земель до тієї чи іншої категорії здійснюється на підставі рішень органів державної влади, Верховної Ради Автономної Республіки Крим, Ради міністрів Автономної

Республіки Крим та органів місцевого самоврядування відповідно до їх повноважень. Проте, законодавство України не містить формальних критеріїв із віднесення земельних ділянок до певної категорії земель [5, с. 47].

Законодавством України не визначаються критерії, з урахуванням яких уповноважені органи повинні встановлювати цільове призначення конкретної земельної ділянки, а існуюче формулювання положень статті 20 ЗК України дозволяє відповідним органам довільно встановлювати будь-яке цільове призначення для певних земель без необхідності обґрунтування [4, с. 41-42].

Відповідно до ч. 3 ст. 20 ЗК України постановою Кабінету Міністрів України (далі – **"КМ України"**) "Про затвердження Порядку зміни цільового призначення земель, які перебувають у власності громадян або юридичних осіб" від 11 квітня 2002 року затверджений досить бюрократизований порядок зміни цільового призначення земель приватної власності, проте, **за наявності складної процедури зміни цільового призначення земельної ділянки, уповноважені органи фактично нічим не обмежені при прийнятті рішення про зміну цільового призначення відповідної земельної ділянки.**

Отже, за існуючої системи поділу земель на категорії за цільовим призначенням відсутні науково обґрунтовані правила, якими мають керуватися уповноважені органи державної влади та місцевого самоврядування при прийнятті рішень про встановлення або зміну того чи іншого цільового призначення земельної ділянки, при визначенні правового режиму земельних ділянок. Тобто, вищезгадані органи можуть встановлювати правовий режим земельних ділянок безсистемно, внаслідок чого формується неоптимальна структура землекористування.

Також, система поділу земель на категорії не відповідає принципам сталого розвитку, оскільки призводить при визначенні цільового призначення земельних ділянок до необґрунтованих перекосів на користь задоволення економічних інтересів перед екологічними та соціальними, внаслідок чого формується неоптимальна структура землекористування.

Система поділу земель на категорії за цільовим призначенням в існуючому вигляді не встановлює чітких вимог стосовно можливості, необхідності та правомірності використання конкретної земельної ділянки. Належність земельної ділянки до певної категорії земель за цільовим призначенням недостатньо конкретно визначає правовий режим такої ділянки [6, с. 59; 1, с. 128], що безпосередньо впливає на способи її використання землевласниками та землекористувачами. Таким чином через нечіткість правового режиму категорій земель та конкретних земельних ділянок система поділу земель за цільовим призначенням має наслідком безсистемне використання земельних ділянок землевласниками та землекористувачами, за якого формується неоптимальна структура землекористування.

Враховуючи те, що існуюча система поділу земель на категорії за цільовим призначенням не містить **науково обґрунтованих правил, якими мають керуватися уповноважені органи при віднесенні земельних ділянок до певного виду цільового призначення, а також нечіткості та незрозумілості правового режиму категорій земель та конкретних земельних ділянок, ми вважаємо, що ця система сприяє формуванню неоптимальної структури землекористування та підтримуємо висловлені в**

доктрині земельного права пропозиції зі скасування системи поділу земель на категорії за цільовим призначенням [4, с. 44] та її заміни на механізм планування територій [1, с. 128, 327].

Окрім правового режиму (цільового призначення) земель, предметом нормування землі в контексті забезпечення оптимізації структури землекористування виступає така її властивість, як співвідношення земельних угідь. Законодавством України передбачається нормування співвідношення земельних угідь для запобігання надмірному антропогенному впливу на них, у тому числі надмірній розораності сільськогосподарських угідь.

Так, відповідно до ч.ч. 2, 3 ст. 165 ЗК України, ч.ч. 1, 2 ст. 30, ст. 33 Закону України "Про охорону земель" від 19.06.2003 р. № 962-IV (далі – **"ЗУ "Про охорону земель"**) КМ України мають встановлюватися нормативи оптимального співвідношення земельних угідь, зокрема, нормативи: (i) оптимального співвідношення земель сільськогосподарського, природно-заповідного та іншого природоохоронного, оздоровчого, історико-культурного, рекреаційного призначення, а також земель лісового та водного фондів; та (ii) оптимального співвідношення ріллі та багаторічних насаджень, сіножатей, пасовищ, а також земель під полезахисними лісосмугами в агроландшафтах.

На сьогодні зазначені вище групи нормативів КМ України не затверджені. Не встановлення передбачених законодавством нормативів оптимального співвідношення земельних угідь зумовлює необхідність аналізу відповідних нормативів, що існують у вигляді наукових розробок та методичних рекомендацій, і які не отримали правового закріплення [3, с. 20-21].

У 2000 році спеціалістами Міністерства аграрної політики України, Української академії аграрних наук (далі – **"УААН"**), Інституту землеробства та Інституту землеробства УААН були спільно підготовлені та опубліковані Методичні рекомендації "Вилучення з інтенсивного обробітку малопродуктивних земель та їх раціональне використання" [7] (далі – **"Методичні рекомендації"**). Згідно із Методичними рекомендаціями оптимальним співвідношенням земельних угідь вважається таке, коли відношення дестабільних чинників (рілля, сади) до стабільних (природні кормові угіддя, ліси, лісосмуги) не перевищує одиниці. До цього розрахунку не належать урбанізовані і техногенно змінені території. Це означає, що розораність території України не може перевищувати 40 %, а частка ріллі від площі сільськогосподарських угідь – 50 % [7, с. 10-11].

Представниками сільськогосподарської та економічної науки – О.П. Канашем та А.Г. Мартином, на основі експериментального визначення оптимального співвідношення сільськогосподарських угідь у розрізі природно-сільськогосподарських провінцій було розроблено нормативи оптимального співвідношення ріллі та багаторічних насаджень, сіножатей, пасовищ, а також земель під полезахисними смугами в агроландшафтах та нормативи оптимального співвідношення земельних угідь в межах господарюючих сільськогосподарських підприємств [8, с. 22-24]. Затвердження вказаних нормативів передбачається проектом постанови КМ України "Про затвердження нормативів оптимального співвідношення земельних угідь" від 21 січня 2009 року [9].

Ці нормативи розраховані як питома вага видів угідь у відсотках для кожної із 19-ти природно-сільськогосподарських провінцій. Втім, автори нормативів застерігають – такі показники повинні мати медіанне значення, адже єдине співвідношення, стандартне для всіх без винятку територій, особливо з урахуванням

величезного різноманіття природних умов України, позбавлено фізичного змісту [8, с. 19].

Масивніша за своїм обсягом група нормативів оптимального співвідношення земельних угідь – нормативи оптимального співвідношення земель сільськогосподарського, природно-заповідного та іншого природоохоронного, оздоровчого, історико-культурного, рекреаційного призначення, а також земель лісового та водного фондів на сьогоднішній день відсутня навіть на рівні наукових розробок. Що дивує, адже ще у 2007 році держава витратила близько 250 тисяч гривень на відповідні науково-дослідні роботи [10, с. 11].

Восени цього року виповнюється 12 років з дати прийняття норми ЗК України (ч. 2 ст. 165) про встановлення нормативів оптимального співвідношення земельних угідь в галузі охорони земель, а влітку – 9 років з дати прийняття норми ЗУ "Про охорону земель" (ст. 33) про різновиди вказаних нормативів. Вказані норми також є надзвичайно стабільними – вони не лише не реалізуються, але й з моменту свого прийняття жодного разу не зазнавали змін.

Проведений на сьогоднішній день аналіз зарубіжного досвіду у сфері співвідношення земельних угідь, з однієї сторони показав, що в інших країнах приділяється увага пошуку оптимального співвідношення земельних угідь, у тому числі між сільськогосподарськими та несільськогосподарськими угіддями [11], сільськогосподарськими землями та землями природоохоронного призначення [12, с. 53], а з іншої, не надав прикладів існування дієвих уніфікованих нормативів таких співвідношень. Враховуючи наведене, на сьогодні актуальним залишається питання реальності та форми впровадження у правове регулювання земельних відносин показників оптимального співвідношення земельних угідь.

На нашу думку, показники оптимального співвідношення земельних угідь мають виступити науково-обґрунтованою основою встановлення дозволеного використання земельних ділянок і обмежень на їх використання – планування територій, що має замінити інститут поділу земель на категорії за цільовим призначенням, існуючий в українському законодавстві.

Предметом нормування землі в контексті оптимізації структури землекористування є розміри земельних ділянок.

Корисним в плані вивчення та застосування в сучасному земельному законодавстві видається досвід нормування розмірів земельних ділянок, що мав місце на території сучасної України у часи "аграрної реформи Столипіна" (1905-1915 роки). Так, передбачалося встановлення максимальних розмірів земельних наділів, які могли бути придбані в одні руки в межах одного повіту [13, с. 155; 14, с. 121-122], що було спрямовано на обмеження монополізації земельної власності, і, в той же час, передбачалася неможливість надмірного подрібнення земельних ділянок, що "укріплювалися" (закріплювалися у приватну власність із общинної землі) особи під час її виходу із общини – неприпустимим було часткове укріплення землі [13, с. 151], що сприяло запобіганню формуванню земельних ділянок використання яких не було ефективним, у порівнянні із використанням аналогічних ділянок більшого розміру.

В науці звертається увага на доцільність закріплення нормативів неподільності окремих земельних ділянок, що повинні застосовуватися при формуванні нових земельних ділянок. Пропонується розроблення таких нормативів по кожному виду сільськогосподарських угідь, передбачивши необхідну гнучкість нормування – встановлення нормативів на регіональному та локаль-

ному рівнях, а в певних випадках – і нормативів для конкретних ситуацій [15, с. 29].

У спеціальній літературі вказується, що на мінімально допустимий розмір земельної ділянки повинні впливати вид сільськогосподарських угідь, тип ландшафту, кліматичні зони (що не збігаються із кордонами областей), рельєф місцевості тощо [3, с. 85], та пропонуються нормативи мінімального розміру земель, що обробляються окремо [16, с. 50-51], оптимальні розміри господарств сільськогосподарської спеціалізації [17, с. 29].

Ми підтримуємо, висловлювані в науці думки з приводу необхідності запровадження відповідних нормативів, тому що за існуючого рівня парцеляції земельного фонду України, зокрема – сільськогосподарських земель, вести мову про оптимальну структуру землекористування складно, якщо взагалі можливо.

Також, предметом нормування землі в контексті оптимізації структури землекористування є стан земель, ґрунтового покриття.

Відповідно до ст. 30-32 ЗУ "Про охорону земель" у галузі охорони земель та відтворення родючості ґрунтів встановлюються нормативи гранично допустимого забруднення ґрунтів (з метою встановлення критеріїв придатності земель для використання їх за цільовим призначенням) та нормативи якісного стану ґрунтів (з метою запобігання їх виснаженню).

Згаданими вище Методичними рекомендаціями (що не набули правового закріплення) передбачаються нормативи забруднення ґрунтів важкими металами та іншими канцерогенами, біологічного забруднення ґрунтів тощо [7, с. 19-24], а також нормативи земель та ґрунтів, що мають бути вилучені з категорії орних (найбільш адекватним використання останніх вважається їх трансформація в луко-пасовищні угіддя або заліснення) [7, с. 5, 7].

Нормативи стану ґрунтів, які зумовлюють необхідність консервації сільськогосподарських угідь, передбачаються додатком до п. 3 Порядку консервації земель, затвердженого Наказом Державного комітету України по земельних ресурсах від 17 жовтня 2002 року № 175, зареєстрованим в Міністерстві юстиції України 14 лютого 2003 року за № 117/7438.

На нашу думку, використання нормативів стану ґрунтового покриття для встановлення необхідності вилучення відповідних ґрунтів з інтенсивного сільськогосподарського обробітку або зі складу сільськогосподарських угідь, сприятиме формуванню оптимальної структури землекористування.

Предметом нормування діяльності людини у контексті оптимізації структури землекористування є антропогенне навантаження на земельні ділянки.

Відповідно до ч. 1 ст. 3 ЗУ "Про охорону земель" одним з основних принципів державної політики у сфері охорони земель є нормування і планомірне обмеження впливу господарської діяльності на земельні ресурси.

Згадувані вище нормативи оптимального співвідношення земельних угідь мають бути встановлені саме для запобігання надмірному антропогенному впливу на них, у тому числі надмірній розораності сільськогосподарських угідь (ч. 1 ст. 33 ЗУ "Про охорону земель").

Аналіз виробничого досвіду, положень спеціальних наук та стану ведення сільського господарства в Україні приводять до висновку про необхідність здійснення заходів із упорядкування і стабілізації землекористування, метою яких є зменшення загальної площі земель в інтенсивному обробітку мінімум на 8,6 млн. га (а то і 13,6 млн. га) і їх трансформація у природні кормові угіддя, під заліснення, заповідники та рекреаційні об'єкти [7, с. 3-4, 15].

Необхідність зменшення обсягів ріллі в Україні (8,0 – 8,5 млн. га), в тому числі вилучення з активного обробітку еродованих та інших малопродуктивних земель та створення на них громадських луків і пасовищ, а найбільш ерозійно небезпечних – заліснення визначні у Програмах "Зерно України 2001 – 2004", прийнятої до виконання спільним наказом Міністерства аграрної політики України та Української академії аграрних наук від 22 січня 2001 року № 4/6, схваленим постановою КМ України від 27 листопада 2000 року № 1739 та "Зерно України 2005 – 2010", затвердженої наказом Міністерства аграрної політики України від 28 липня 2004 року № 271.

Відповідно до ч. 1 ст. 30 та ст. 34 ЗУ "Про охорону земель" у галузі охорони земель та відтворення родючості ґрунтів встановлюються нормативи показників деградації земель з метою запобігання погіршенню їх стану.

Нормування антропогенного навантаження на земельні ділянки, зокрема, шляхом зменшення площі ріллі, в тому числі – вилучення деградованих та малопродуктивних земель з інтенсивного обробітку та їх заліснення і залуження, є одним з основних напрямів оптимізації структури землекористування.

Предметом нормування діяльності людини у контексті оптимізації структури землекористування є діяльність із здійснення протиерозійних заходів, оскільки формування оптимальної структури землекористування вимагає формування екологічно-стабільних ландшафтів.

Відповідно до ч. 3 ст. 47 ЗУ "Про охорону земель" забороняється розорювання схилів крутизною понад 7 градусів (крім ділянок для залуження, заліснення та здійснення ґрунтозахисних заходів). На схилах крутизною від 3 до 7 градусів обмежується розміщення просапних культур, чорного пару тощо.

У спеціальній літературі вказується на потребу більш детального нормування у відносинах з використання земель схилів, з огляду на те, що, хоча до схилів зазвичай відносять поверхні з крутизною понад 3 градуси, вже починаючи з 1 градусу спостерігаються процеси вимивання родючого шару ґрунту, подекуди досить інтенсивні [3, с. 89-90].

На нашу думку, предметом нормування діяльності людини у контексті оптимізації структури землекористування також є діяльність із впровадження певної системи землеробства, сівозміни, оскільки саме за раціонального впливу на землі, при їх використанні, можна сформувати та підтримувати оптимальну структуру землекористування.

У науці земельного права система землеробства визначається як головна, відносно самостійна частина системи ведення сільськогосподарства, що являє собою комплекс взаємопов'язаних науково обґрунтованих агротехнічних та організаційних заходів із ведення і освоєння сівозмін, застосування належних систем обробітку ґрунтів і систем добрив, із меліорації земель та охорони ґрунтів від ерозії, спрямованих на раціональне використання землі, відновлення і підвищення родючості ґрунтів. При чому підкреслюється, що всі вищевказані заходи повинні здійснюватися саме системно, тобто у взаємозв'язку та взаємодії [18, с. 16].

У правовій доктрині вказується на такий недолік законодавства, як відсутність конкретних вимог щодо ефективного і раціонального використання земель сільськогосподарського призначення: застосування травосіяння, внесення добрив, влаштування і підтримання лісосмуг тощо [3, с. 90].

Відповідно до ч. 1 ст.33¹ ЗУ "Про охорону земель" для досягнення високих і стабільних урожаїв та запобігання виснаженню і втраті родючості ґрунтів внаслідок ґрунтовими встановлюються нормативи оптимального

співвідношення культур у сівозмінах у різних природно-сільськогосподарських регіонах. Нормативи оптимального співвідношення культур у сівозмінах визначають структуру посівних площ для різних природно-сільськогосподарських регіонів та перелік установлених культур для вирощування у цих регіонах.

Методичні рекомендації щодо оптимального співвідношення сільськогосподарських культур у сівозмінах різних ґрунтово-кліматичних зон України були затверджені спільним наказом Міністерства аграрної політики України та Української академії аграрних наук від 18.07.2008 р. № 440/71, а Нормативи оптимального співвідношення культур у сівозмінах в різних природно-сільськогосподарських регіонах – постановою КМ України від 11 лютого 2010 року 164.

Проведений аналіз окремих земельно-правових нормативів, які здатні забезпечувати оптимізацію структури землекористування та правових механізмів, спрямованих на реалізацію земельно-правових нормативів дозволяє прийти до наступних висновків:

1) істотні недоліки системи поділу земель на категорії за цільовим призначенням, що сприяє формуванню неоптимальної структури землекористування, вказують на неможливість її вдосконалення за допомогою земельно-правового нормування. Така система має бути замінена механізмом планування територій, що у взаємодії із земельно-правовим нормуванням зможе виконувати задачі оптимізації структури землекористування;

2) серйозні сумніви викликає реальність впровадження у правове регулювання земельних відносин показників оптимального співвідношення земельних угідь у вигляді земельно-правових нормативів;

3) застосування нормування у правовому регулюванні відносин з оптимізації структури землекористування не має бути всеохоплюючим. Через велику кількість змінних, що підлягають врахуванню у конкретній ситуації, навряд чи доцільним є нормування, наприклад, такої властивості землі як співвідношення земельних угідь. Доцільнішим вбачається встановлення оціночних критеріїв, що мають враховуватися при прийнятті певного рішення у відносинах з охорони, використання та відтворення земель. При формулюванні відповідних критеріїв необхідно взяти до уваги змінність з плином часу самої мети їх встановлення – змінність розуміння оптимальної структури землекористування;

4) забезпеченню оптимізації структури землекористування може і повинно сприяти нормування таких об'єктів права як: (i) земля (предметом даного нормування в контексті оптимізації структури землекористування можуть бути розміри земельних ділянок, стан земель, ґрунтового покриву тощо), (ii) нормування діяльності людини у відносинах з приводу землі (предметом даного нормування в контексті оптимізації структури землекористування може бути антропогенне навантаження на земельні ділянки, діяльність зі здійснення протиерозійних заходів, діяльність із впровадження певної системи землеробства тощо).

1. Мірошніченко А.М. Земельне право України: Підручник. 2-ге видання, допов. і перероб. – К.: Алерта; КНТ; ЦУЛ, 2011. – 678 с. 2. Кулинич П.Ф. Правові проблеми охорони і використання земель сільськогосподарського призначення в Україні: Монографія. – К.: Логос, 2011. – 688 с. 3. Мірошніченко А.М. Нормування як засіб правового регулювання земельних відносин. – Дис. ... к.ю.н. ... 12.00.06. – К.: Київський національний університет імені Тараса Шевченка, 2004. – 206 с. 4. Марусенко Р.І. Деякі аспекти реалізації принципу використання земель за цільовим призначенням // Земельне право України: Теорія і практика. – 2007. – № 1. – С. 37-46. 5. Мірошніченко А.М. Проблемні правові питання поділу земель на категорії // Бюлетень міністерства юстиції України. – 2005. – № 12. – С. 42-51. 6. Андрейцев В. І. Суверенній Україні – нову "Земельну Конституцію" (концептуальні підходи до підготовки проекту Кодексу законів України про землю) // Право Украї-

ни. – 1999. – № 9. – С. 58-65. 7. Вилучення з інтенсивного обробітку малопродуктивних земель та їхнє раціональне використання. Методичні рекомендації. Ред. В. Ф. Сайко. – К.: Аграрна наука, 2000. – 39 с. 8. Канаш О.П., Мартин А.Г. Принципові аспекти визначення оптимальних співвідношень земельних угідь // Землеустрій і кадастр. – 2009. – № 1. – С. 18-25. 9. Проект постанови Кабінету Міністрів України "Про затвердження нормативів оптимального співвідношення земельних угідь" від 21.01.2009 р. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.dazru.gov.ua/terra/control/uk/publish/article?art_id=97922&cat_id=97888. 10. Галузева наука у занепаді. Чому? // Землепорядний вісник. – 2010. – № 4. – С. 10-11. 11. Current biodiversity and conservation research // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://wisconsinpotatoes.com/sustainable-potatoes/news/>. 12. Gemmill B. Managing Agricultural Resources for Biodiversity Conservation: A Guide to Best Practices / Produced with the support of the UNEP/UNDP GEF Biodiversity Planning Support Programme. – 2002. – 78 p. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ukabc.org/agbioguide.pdf>. 13. Заха-

рченко П.П. Розвиток права власності на землю в Україні (середина XIX – перша чверть XX ст.) : [монографія] / Захарченко П.П. – К. : Атіка, 2008. – 295 с. 14. Сидельников С.М. Аграрная реформа Столыпина (учеб. пособие). – М.: Издательство Московского университета. – 1973. – 336 с. 15. Мірошніченко А.М., Юрченко А.Д. Загрози парцеляції земельного фонду в аграрній сфері // Земельне право України. – 2006. – № 8. – С. 27-29. 16. Яцухно В. М. Регламентация землепользования как критерий нормирования нагрузок на ландшафты / Нормирование антропогенных нагрузок. Тезисы докладов Всесоюзного совещания "Устойчивость и изменчивость геосистем как научная основа нормирования антропогенных нагрузок". – М., 1988. – С. 50-52. 17. Юрченко А.Д. Економіко-правове забезпечення розвитку земельних відносин у ринковому економічному середовищі // Економіка АПК. – 2003. – № 4. – С. 28-31. 18. Тайсаев М.Т. Правовые основы зональных систем земледелия. – Автореф. дис. ... к.ю.н. ... 12.00.06. – М., 1991. – 28 с.

Надійшла до редколегії 27.09.12

О. Задосенко, здобувач

ДЕЯКІ ПИТАННЯ НОРМОТВОРЧОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В ГАЛУЗІ ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУ ПІД ЧАС ВЕЛИКОЇ ВІТЧИЗНЯНОЇ ВІЙНИ В УКРАЇНІ

В статті досліджуються проблеми та особливості нормотворчості в цивільній процесуальній галузі законодавства під час Великої Вітчизняної війни.

Ключові слова: нормотворчість, цивільний процес, Велика Вітчизняна війна, цивільне судочинство, кодифікація.

В статье исследуются проблемы и особенности нормотворчества в гражданской процессуальной отрасли законодательства во время Великой Отечественной войны.

Ключевые слова: нормотворчество, гражданский процесс, Великая Отечественная война, гражданское судопроизводство, кодификация.

The article analyses some problems and features of the creation of regulatory acts in civil procedure legislation sphere during the Great Patriotic War.

Keywords: lawmaking, creation of regulatory acts, civil procedure, Great Patriotic War, legal procedure in civil cases, codification.

Актуальність проблеми. Досліджуючи історію кодифікаційного процесу в галузі цивільного процесуального права, навряд чи можливо обійти один з найважливіших періодів історії нашої держави – Велику Вітчизняну Війну, оскільки саме в цей час перед суспільством стояло питання, з одного боку, приведення норм чинного законодавства у відповідність до потреб воєнного стану, а з іншого – збереження діючих принципів законодавства.

Стан наукової розробки. Проблеми правотворчості в цивільній процесуальній галузі законодавства частково розглядалися радянськими та зарубіжними дослідниками, такими як Мельников А.А. [1], Нематов А.Р. [2], Шамілов М.Ш. [3] та інших. Разом з тим, питання аналізу проблем нормотворчості в цивільному процесуальному праві України під час ВВВ з точки зору кодифікації досліджено ще не було.

Отже, **метою** даної статті є дослідження процесів нормотворчості в галузі цивільного процесу під час Великої Вітчизняної Війни.

Війна зажадала перебудови всього життя країни. Тому було прийнято низку законодавчих актів, обумовлених військовою часом. Що примітно, навіть у цей надважкий для країни час не забувалися цивільні процесуальні засоби захисту прав і законних інтересів радянських громадян.

Основним законодавчим актом, що спрямував особливості функціонування судових органів і порядок здійснення судочинства на всій території СРСР, став Указ Президії Верховної Ради СРСР від 22 червня 1941 року "Про воєнний стан" [4]. В той же день приймається Указ Президії Верховної Ради СРСР "Про оголошення в окремих місцевостях СРСР воєнного стану", що встановлював перелік із 26 територій, на які поширювалась його дія [5]. Безумовно, Українська РСР була в переліку даних територій.

В умовах воєнного часу в судах збільшилась кількість справ, розглянутих за Постановою ЦВК і РНК СРСР від 11 квітня 1937 р "Про скасування адміністративного по-

рядку і встановлення судового порядку вилучення майна для покриття недоїмок по державних і місцевих податках, обов'язковому окладному страхуванню, обов'язковим натуральним поставкам і штрафів з колгоспів, кустарно-промислових артілей та окремих громадян", а також певних категорій справ окремого провадження, і особливо справ про встановлення юридичних фактів [6].

У зв'язку з раптовим початком війни багато документів були знищені або втрачені і це також стало причиною продовження правотворчої діяльності у воєнний період. Таким чином, 22 квітня 1942 НКЮ СРСР видав Інструкцію, що визначали порядок видачі дублікатів виконавчих листів у разі втрати їх за обставинами воєнного часу [7]. Наказом НКЮ СРСР від 23 травня 1942 р. був визначений порядок відновлення зупиненого провадження у зв'язку з обставинами воєнного часу.

Всесоюзна мобілізація у воєнний час стала причиною прийняття Указу Президії Верховної Ради СРСР "Про державне мито" від 10 квітня 1942 року [8]. Постановою РНК СРСР від 29 квітня 1942 року були встановлені нові ставки єдиного державного мита, а багато категорій позивачів взагалі звільнені від сплати будь-яких зборів. У зв'язку з прийняттям цих загальносоюзних правових актів були внесені окремі зміни до процесуального законодавства, що діяло в Українській РСР.

9 січня 1943 р. був виданий Указ Президії Верховної Ради СРСР "Про скасування податку з майна, що переходить у порядку спадкування і дарування, і надання пільг по державному миту спадкоємцям осіб, які загинули при захисті Батьківщини" [9, с.98].

Таким чином, перед органами правосуддя поряд з традиційними постали нові завдання, обумовлені надзвичайними обставинами воєнного часу.

Під час війни, у зв'язку з падінням торгового обороту, різко скоротилося і число цивільних позовних справ. Війна подіяла на цивільну процесуальну сферу і нашої Республіки.

Судова практика у час війни була безпосередньо пов'язана з постачанням фронту всім необхідним і ор-

ганізацією роботи евакуйованих. В умовах воєнного часу судді були наділені повноваженнями жорстко застосовувати заходи майнового впливу.

Важливу роль в цивільному судочинстві грали постанови Пленумів Верховного Суду СРСР і Української РСР. Судам давалися вказівки про зупинення провадження нерозглянутих цивільних справ, відповідачами по яких були фронтовики, які перебували в діючих частинах Червоної Армії. На період військових дій підлягало зупиненню виконання судових рішень, які вступили в законну силу, щодо цих осіб, крім рішень про стягнення аліментів на дітей з офіцерів начальницького складу і солдатів.

Так, 23 червня 1941 р. Пленум Верховного Суду СРСР прийняв постанову, в якій вказав судам, що відповідно до п. "г" ст. 113 ЦПК РРФСР і відповідними статтями ЦПК інших союзних республік припиняються провадження всіх незакінчених судових справ за позовами про виселення з житлових приміщень осіб, які перебувають за призовом та мобілізації в рядах Червоної Армії і Військово-Морського Флоту, а так само справи за позовами про виселення наймачів, члени сімей яких покликані і мобілізовані до лав Червоної Армії і Військово-Морського Флоту. Пленум вказав, що так само призупиняється виконання рішень про виселення цих осіб з житлових приміщень [10, с. 19].

30 серпня 1941 Пленум Верховного Суду СРСР прийняв постанову, в якій вказав судам, що відповідно до ст. 113 ЦПК РРФСР і відповідними статтями ЦПК інших союзних республік нерозглянуті цивільні справи, відповідачами по яких є особи, які перебувають в діючих частинах Червоної Армії і Військово-Морського Флоту, підлягають зупиненню провадження на весь час перебування цих осіб у діючих армії і флоті. Відносно даних осіб призупиняється також і виконання судових рішень у цивільних справах, які вступили в законну силу, за винятком справ про стягнення аліментів [10, с. 19-20].

Згідно з постановою Пленуму Верховного Суду СРСР від 11 жовтня 1941 підлягали припиненню всі нерозглянуті судами справи про стягнення адміністративних штрафів з осіб, що були призвані у Червону Армію і Військово-Морський Флот, а також вступили в народне ополчення та винищувальні батальйони (з відривом від виробництва).

Як показує аналіз подій і документів того часу, Радянська держава намагалася максимально піклуватися про радянських воїнів та членів їх сімей, що знайшло відображення і в судовій діяльності. Безумовно, турбота про воїнів і особливо про їх сім'ї піднімає моральний дух військовослужбовців, надає їм сил, що неухильно веде до перемоги. Більше того, радянська влада проявляла турботу про матерів і дітей військовослужбовців, про зміцнення їх сімей. Про це свідчать нормативно-правові акти, що встановлюють порядок надання державної допомоги вагітним жінкам, багатодітним і одиноким матерям, посилення охорони материнства і дитинства. Тоді ж були, засновані почесні звання ордену і медалі материнської слави. Вони вручалися багатодітним матерям в залежності від кількості народжених та вихованих ними дітей.

Проте, слід зазначити, що спірні процесуальні питання все ж виникали і вимагали вирішення. Зокрема, актуальними були проблеми в сфері шлюбно-сімейних відносин, пов'язані з опікою і піклуванням. Відповідно до Указу Президії Верховної Ради СРСР від 8 липня 1944 р. правову силу мав лише шлюб, зареєстрований в органах РАЦС, розлучення відбувалося тільки на підставі судового рішення про розірвання шлюбу і т.д. Особам, що фактично перебували в шлюбних відносинах, надавалася можливість їх оформити шляхом реєстрації шлюбу, вказавши термін фактичного спільного життя.

Питання процесуального характеру, що виникали у зв'язку з вищевказаними проблемами, були вирішені в наступних нормативно-правових актах. Наприклад, у тих випадках, коли фактичні шлюбні відносини, що існували до видання Указу від 8 липня 1944 р., не могли бути зареєстровані внаслідок смерті або безвісної пропажі однієї з осіб, які перебувають в таких відносинах, іншій стороні згідно з Указом Президії Верховної Ради СРСР від 10 листопада 1944 р. надавалося право звернутися до суду із заявою про визнання її (його) чоловіком (дружиною) померлої або безвісно відсутньої [11, с.242].

У роки війни в судовій практиці виникло питання про те, чи припиняється на підставі п. 3 ст. 48 ЦК РРФСР і відповідних статей ЦК інших союзних республік перебіг позовної давності тільки щодо зобов'язань, за якими особи, що знаходяться в армії, є кредиторами, або ж перебіг позовної давності зупиняється і за тими зобов'язаннями, за якими зазначені особи виступають боржниками.

У зв'язку з цим Пленум Верховного Суду СРСР прийняв 10 червня 1943 р. спеціальну постанову, в якій вказав судам, що на підставі п. 3 ст. 48 ГК РРФСР і відповідних статей ЦК інших союзних республік перебіг позовної давності зупиняється за всіма зобов'язаннями, що випливають із цивільних правовідносин, незалежно від того, чи є особа, що перебуває в складі Червоної Армії і Військово-Морського Флоту, кредитором або боржником [12, с. 124.].

З метою забезпечення правильної і однакової судової практики з розгляду справ, віднесених до компетенції судових органів постановою ЦВК РНК СРСР від 11 квітня 1937 р., НКЮ СРСР 1 лютого 1945 р. прийняв Інструкцію №7 "Про порядок розгляду судами справ про стягнення недоїмок по обов'язковим натуральним поставкам, податках, обов'язковому окладному страхуванню, самооподаткуванню і не внесених у строк штрафів" [13, с. 467-475].

Інструкцією встановлено, що на підставі постанови ЦВК і РНК СРСР від 11 квітня 1937 р. суди розглядають справи: 1) про стягнення з колгоспів недоїмок по обов'язковим поставкам сільськогосподарських продуктів державі, 2) про стягнення недоїмок по державних і місцевих податках та обов'язкового окладного страхування; 3) про стягнення не внесених у строк платежів по самооподаткуванню, 4) про стягнення не внесених у строк штрафів, накладених в адміністративному порядку; 5) про стягнення не внесених у строк грошових внесків за ухилення від трудової участі в дорожньому будівництві; 6) про лісопорушення [11, с. 64].

Перший розділ Інструкції передбачав загальні положення, якими суди повинні були керуватися при розгляді всіх зазначених вище справ.

Такі справи могли порушуватися лише за письмовими заявами керівників відповідних органів стягнення, що містять відомості і мають додатки, зазначені в Інструкції. Якщо заяви не задовольняли вимогам або до них не були включені всі зазначені в Інструкції документи, суддя повинен був повідомити про це стягувача і надати йому строк для усунення недоліків. Якщо у встановлений судом строк недоліки не усувалися, суд залишав заяву без руху і вона вважалася неподаною, про що суддя сповіщав керівника вищого органу стягувача.

Інструкція визначила п'ятиденний термін розгляду цих справ, держмитю за них не стягувалося. У разі задоволення позову з відповідача стягувалися судові витрати в сумі від 3 до 10 руб.

Справи про стягнення недоїмок і штрафів повинні були розглядатися судом за участю стягувача та відповідача. Однак у разі їх неявки суд розглядав справу за їх відсутності, якщо вони були сповіщені про день слухання справи. Якщо ж суд не мав відомостей про вручення сторонам повісток, розгляд справи відкладався.

Якщо до розгляду справи відповідач представляв суду документ про погашення недоїмок або сплату накладеного на нього штрафу, суд припиняв справу.

Інструкцією були певною мірою обмежені повноваження судів при розгляді цих справ. Так, було встановлено, що суд не повинен обговорювати питання про складання недоїмки та накладеного в адміністративному порядку штрафу, а також про надання відповідачу відстрочки або розстрочки в погашенні недоїмки або штрафу (ст. 8).

Інструкцією встановлено, що у справах про стягнення недоїмок по обов'язкових поставках сільськогосподарських продуктів, по податках, обов'язковому вкладному страхуванню, самооподаткуванню і грошовим внескам за ухилення від трудової участі в дорожньому будівництві позовна давність не застосовується.

Рішення з усіх цих справ, крім справ про стягнення штрафів, повинні були приводитися у виконання негайно, хоча і могли бути оскаржені в касаційному порядку протягом десяти днів. Подання скарги не зупиняло виконання рішення.

Зазначені вище правила розгляду справ, віднесених до судової компетенції постановою ЦВК і РНК СРСР від 11 квітня 1937 р., змінювали порядок розгляду цивільних справ, встановлений у ЦПК союзних республік. Ці зміни були обумовлені специфікою матеріально-правових відносин, з яких виникали дані справи. Інструкція детально регламентувала процесуальні особливості судового розгляду окремих категорій цих справ.

Крім того, у воєнні роки були внесені деякі зміни та доповнення до ЦПК союзних республік.

Як вже згадувалось, на підставі Указу Президії Верховної Ради ЦРПР від 10 квітня 1942 р. "Про державне мито" Президія Верховної Ради РРФСР Указом від 19 червня 1942 змінив редакцію ст. 11 ЦПК, привів у відповідність з союзним законом ст. 35 ЦПК, що визначає ставки державного мита, і ст. 43 ЦПК, що вказує, з кого і за якими справами мито та витрати по справі не стягуються. Ст. 200 ЦПК була скасована.

Указом Президії Верховної Ради РРФСР "Про внесення змін до Кодексу про шлюб, сім'ю та опіку і Цивільного процесуального кодексу РРФСР" від 16 квітня 1945 ст. 2-а, 26, 53-6, 101-а і 291 ЦПК РРФСР були приведені у відповідність з Указом Президії Верховної Ради СРСР від 8 липня 1944 р.

Таким чином, незважаючи на вкрай тяжкі умови воєнного стану, особливо під час початкового етапу Великої Вітчизняної війни, законодавчі та судові органи виявилися готовими до відповідно прийняття і впровадження в дію ряду нормативних актів, що були просто

необхідними для здійснення судочинства. Крім того, серед позитивних висновків варто відмітити збереження важливих принципів цивільного судочинства: безпосередність, усність, гласність, незалежність суддів і підкорення їх лише закону.

Військові часи вплинули на співвідношення справ, що розглядалися в судах. Так, значно впала частка справ позовного провадження (хоча це не стосувалося, наприклад, житлових справ), а кількість справ окремого провадження, навпаки, зросла. Відповідно до цих реалій здійснювалася і нормотворча діяльність: з'являлися норми про заборону розгляду певних категорій справ, про спрощення деяких процедур тощо.

В роки війни в основному продовжувало діяти кодифіковане законодавство, прийняте в довоєнні роки, але все ж Друга світова війна в певній мірі поставила перед необхідністю держави розвивати цивільне, цивільне процесуальне законодавство та судову практику. Разом з тим, прийняття чималої кількості нормативних актів, в тому числі підзаконних, переконливо свідчило про необхідність продовження кодифікаційного процесу, особливо в галузі цивільного процесу.

1. Курс советского гражданского процессуального права: Судопроизводство по гражданским делам. В 2-х томах. Т. 2 // Мельников А.А. и др., Москва, 1981 г. – 510 с. 2. Нематов А.Р. Кодификация законодательства Республики Таджикистан (исторический и практический аспект). Автореф. дис. ... канд. юрид. наук / А.Р. Нематов – М., 2007. – 25 с. 3. Шамилов М. Ш. Становление и развитие гражданского судопроизводства Кыргызской Республики. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук / М. Ш. Шамилов – М., 2007. – 26 с. 4. Указ Президиума Верховного Совета СССР от 22 июня 1941 года "О военном положении" // Ведомости Верховного Совета СССР. – 1941, №29. 5. Указ Президиума Верховного Совета СССР 22 июня 1941 года "Об объявлении в отдельных местностях СССР военного положения" // Ведомости Верховного Совета СССР. – 1941, №29. 6. Орловский П. Е. Практика Верховного Суда СССР по гражданским делам в условиях Отечественной войны / П. Е. Орловский. – М.: Юриздат, 1944 – 132 с. 7. Инструкция Народного Комиссариата юстиции СССР от 22 апреля 1942 года "О порядке выдачи дубликатов исполнительных листов в случае утраты по обстоятельствам военного времени, судебного или исполнительного производства" // Сборник приказов и инструкций Министерства юстиции СССР 1936-1948 гг. – М., 1949. – С. 246. 8. Указ Президиума Верховного Совета СССР от 10 апреля 1942 г. "О государственной пошлине" // Ведомости Верховного Совета СССР. – 1942, № 13. 9. Нотариат. Сборник официальных материалов / Сост.: Буднев Н.С. – М.: Госюриздат, 1950. – 191 с. 10. Сборник постановлений Пленума и определенной коллегий Верховного Суда СССР, 1941 г. – М.: Юриздат, 1947. – 352 с. 11. Дела особого производства. Справочник для народных судей / Сост.: Карганова В.В., Свирская Н.Б.; Под ред.: Кудрявцев П.И. – М.: Госюриздат, 1951. – 319 с. 12. Сборник действующих постановлений Пленума Верховного Суда СССР, 1924–1957 гг. М.: Госюриздат, 1958 – 280 с. 13. Гражданское процессуальное законодательство СССР и союзных республик / Сост.: Борисов Г.Я., Зубов П.В., Сахарова И.М.; Отв. ред.: Чапурский В.П. – М.: Госюриздат, 1957. – 539 с.

Надійшла до редколегії 27.09.12

УДК 342.518

3. Макарова, асп.

ВПЛИВ ТИПОЛОГІЇ ФОРМИ ДЕРЖАВНОГО ПРАВЛІННЯ НА СТАТУС ГЛАВИ УРЯДУ

Стаття присвячена визначенню одного із факторів впливу на статус глави уряду

Ключові слова: форма державного правління; типологізація форми державного правління; президентська республіка; парламентська республіка; напівпрезидентська республіка; глава уряду.

Статья посвящена определению одного из факторов влияния на статус главы правительства.

Ключевые слова: форма государственного правления; типологизация формы государственного правления; президентская республика; парламентская республика; полупрезидентская республика; глава правительства.

The article is devoted to the determination of one of the factors influencing the status of head of government.

Keywords: form of government; typology of forms of government; a presidential republic; the parliamentary republic; semi-republic; the prime minister.

Неоднозначність процесів демократизації, які відбуваються останнім часом, відкривають перед конституціоналістами нові дослідницькі напрямки. Одним з таких напрямків, який на сьогоднішній день набуває суттєвого значення і є безперечно актуальним є пошук оптималь-

ної форми державного правління за умови всеохоплюючого врахування особливостей і специфіки функціонування даного явища.

Найважливішим завданням в цьому напрямку є необхідність визначення впливу типології форми держа-

вного правління на статус глави уряду, враховуючи при цьому специфіку побудови державної влади в межах кожної форми.

Особливої уваги в рамках нашого дослідження заслуговує питання класифікації (типологізації) форми державного правління. На сьогоднішній день в найбільш складний період становлення України відсутнє чітке бачення державотворців на проблемне питання реформування верховної влади в Україні, визначення якісної, оптимальної форми державного правління. Актуальність даного питання змушує подивитись нас на проблему через призму зарубіжного досвіду, використовуючи при цьому метод дослідження від загального до конкретного, оскільки визначення класифікаційних (типологічних) критеріїв має не лише теоретичне, а й важливе практичне значення. Це допоможе прослідкувати вплив форми державного правління на статус такої посадової особи як глава уряду. Так, при визначенні впливу одного з факторів, можливо вже спрогнозувати вплив іншого фактора, який з ним безпосередньо пов'язаний.

Проблемне питання класифікації (типологізації) неодноразово підіймалося в працях древньогрецьких та древньоримських мислителів, науковців дореволюційного, радянського періоду, і безумовно сучасних авторів. Безперечно даній темі присвячені публікації: Зазнаєва О., Рожкової Л., Чиркіна В., Арбузкіна А., Витченко В., Бостанова С., Кулькова М., Іванова В., Сухоноса В. та деяких інших.

Будь-які теоретичні дослідження передбачають їх подальше впровадження в практичну діяльність, тому необхідно визначитися з критеріями, за якими буде проводитися відбір "першочергових" факторів, вивчення яких дозволить створити різні системи класифікації (типологізації).

Отже, постає питання, що ж являють собою класифікаційні критерії, їх особливості?

Проведений пошук критеріїв класифікації різними науковцями призвів до оформлення такого класифікаційного критерію як розгляд форми державного правління через призму правового становища вищих державних органів. З цього приводу висловлюється Кістяківський Ф.: "юридичне розходження між монархією і республікою, потрібно шукати саме в юридичному становищі носія цієї влади" [14, с. 289]. Враховуючи політичні реалії здійснення верховної влади, для зарубіжних науковців прийнято поєднувати поняття форми державного правління й політичного режиму, адже для даної класифікації характерні не тільки правові, а й політичні ознаки.

Важливим для нашого дослідження є зазначення про класифікацію Дюверже М., який поділяє форми державного правління на безпосередню демократію, за якою глава виконавчої влади (він же глава держави) обирається безпосередньо громадянами, і представницьку демократію, за якою глава виконавчої влади безпосередньо не обирається громадянами [19, с. 21].

Слід звернути увагу на думку Бостана С., який зауважує, що слабким місцем поділу на вихідні (основні) види форм державного правління монархію та республіку є обраний для цього відповідний класифікаційний критерій. Ним, як відомо, є або "традиція", або ж "порядок заміщення посади глави держави" [2, с. 154]. "Традиція" як критерій викликає багато питань, оскільки його науковий зміст не піддається алгоритмізації і є досить сумнівним. Також малоприслужним для визначення основних форм правління сучасних держав, на його думку, є і другий із згаданих критеріїв. Його використання в сьогоднішніх умовах дає суперечливі результати [3]. Протасова В. підтримує думку автора, і підкреслює те, що визначаль-

ним стали принципи побудови владних органів та їх система, яка здійснює правління в державі [19, с. 24].

Спробували вдосконалити традиційну класифікацію і пострадянські державознавці у спеціальних наукових публікаціях. Так, Зазнаєв О. [9] поділяє сучасні форми державного правління на чотири чисті "типи" систем правління: президентська, парламентська, напівпрезидентська та напівпарламентська. Продовжуючи наведену класифікацію Іванов В. зазначає, що необхідно виділяти вісім: 1) деспотична; 2) парламентсько-урядова; 3) парламентська; 4) президентська; 5) президентсько-парламентська; 6) централістська; 7) богословська; 8) "народна" ("державна маса") [8]. Сухонос В. класифікує сучасні форми державного правління на такі головні типи: монархія (абсолютна монархія і президентська республіка) та колегіально-представницька (парламентська монархія та парламентська республіка). В основі класифікації лежить критерій такий як спосіб формування установ виконавчої влади [22, с. 57].

Гомеров І. називає 7 форм державного правління: парламентарна, президентська, напівпрезидентська, суперпрезидентська, військово-поліцейська, псевдопарламентарна й монархічна [6, с. 738].

Пропозиції пострадянських державознавців щодо вдосконалення традиційної класифікації форми державного правління започаткували вирішення зазначеної проблеми, але аналізуючи дані положення варто підкреслити, що так чи інакше відбувається вкладення нового змісту вже в класичні, базові, загальноприйняті поняття юридичної науки. З врахуванням політико-правових реалій сьогодення варто підкреслити потребу вдосконалення вже існуючих класифікаційних схем.

Відійти від традиційного підходу щодо визначення поняття форми держави, закономірностей її розвитку, місця і ролі кожного з її системних елементів спробував в спеціальному науковому дослідженні теоретичних проблем типологізації форми держави Кулькова М., який виверив власне бачення щодо типологізації форми держави та форми державного правління, їх термінологічної ідентифікації. Так, на його думку, об'єктивно можливим і життєздатним співставленням елементів є шість типів форми держави: 1) централізовано-монархичний тип – лідерська форма правління, унітарна форма державного устрою і тоталітарний політичний режим; 2) традиційно авторитарний тип – лідерське правління, унітарний устрій і авторитарний режим; 3) простий (конституційний) тип – лідерське правління, унітарний устрій, демократичний режим; 4) вертикально-розпорядницький тип – лідерське правління, федеративний устрій і демократичний режим; 5) горизонтально-розпорядницький тип – парламентське правління, унітарний устрій і демократичний режим; 6) складний-розпорядницький тип – парламентське правління, федеративний устрій і демократичний режим [16].

Безперечно спроби по-новому глянути та обґрунтувати слабкість традиційної класифікації, беручи за основу обсяг та співвідношення повноважень вищих органів влади, мають досить вагомим значенням вдосконалення існуючих, але все ж таки несуть дискусійний характер.

Отже, вивчаючи та аналізуючи думки зарубіжних правників-державознавців стосовно класифікації форми державного правління, варто зазначити, що на перше місце ставляться такі класифікаційні критерії як поділ влади, взаємовідносини парламенту, уряду, президента.

Традиційно прийнято розрізняти дві форми державного правління – монархію та республіку, але типологія форм правління у державах сучасного світу не обмежується названими, в рамках цих форм створюєть-

ся більш детальна класифікація, тобто кожна з них має свої різновиди.

У сучасній державі монархія, в основному, перестала бути вираженням влади одного. Більшість же країн стали республіками: президентськими або парламентськими [16]. Монархій у світі доволі багато. Але все ж таки "гібридні" форми монархії не становлять великої цікавості для дослідників: кількість варіантів через характер самої форми державного правління доволі обмежено. Набагато перспективнішими є змішані і "гібридні" форми республіки, які мають безліч різновидів [24, с. 6]. Тому вважаємо, що доцільним, в рамках нашого дослідження, буде приділення більшої уваги такій класифікаційній одиниці формі державного правління як республіка, визначення на основі певних типів розподілу влади, окремих різновидів республіканської форми правління.

Протасова В. у своєму дисертаційному дослідженні визначає 2 підходи до класифікації республіканської форми державного правління. У межах першого об'єкт дослідження становлять розвинені державно-правові системи, яким властиві ознаки сучасних демократичних правових держав [19, с. 27].

У межах другого підходу в об'єкт дослідження попадають не тільки реальні, але й ті, які позбавлені основних юридичних ознак республіки, – номінальні республіки [19, с. 35].

Для нас більш прогресивним є другий підхід, адже саме в його рамках можна визначити і проаналізувати нові "гібридні" форми республік, їх особливості, специфіку, не звужуючи своє сприйняття на класичній, загальноприйнятій класифікації.

У дійсності головним критерієм щодо виокремлення взагалі сучасних форм правління та різновидів республіканської форми правління є взаємовідносини парламенту, глави держави та уряду. Такий підхід обґрунтований не лише теоретико-історичними доводами, а й практично-політичними (інструментальними), що дає змогу визначитися щодо ефективності державного керівництва, дієвості державного механізму, оптимального співвідношення держави з громадянським суспільством, людиною, що особливо важливо в умовах визнання людини найвищою соціальною цінністю, та оцінки діяльності держави саме під таким кутом зору [18].

Класичною класифікацією республіканської форми правління, що найбільш характерна реаліям сьогодення для сучасних держав є виділення президентської, парламентської і змішаної (парламентсько-президентська, президентсько-парламентська) республік.

Ця класифікація відповідає політико-правовим реаліям і рівню розвитку правової науки за умови функціонування демократичного політичного режиму [19, с. 27].

Одні автори настоюють на існуванні трьох типів (президентський, парламентський, напівпрезидентський), інші – п'яти типів (президентський, парламентський, президентсько-парламентський, прем'єрсько-президентський, асамблейно-незалежний) [10].

Останнім часом все частіше відбувається поєднання елементів, які характерні для парламентарних та президентських республік. В ході цього поєднання з'являються нові, специфічні риси, які не були притаманні жодній з форм до цього часу. Тому ще раз варто підкреслити те, що об'єднання різних держав зі своєю специфікою за загальними рисами, під одним типом форми державного правління, який є класичним, в силу постійних змін в процесі державотворення є не правильним, цим самим уповільнює розвиток юридичної науки.

Сучасне конституційне право зарубіжних країн розрізняє такі різновиди президентської республіки: президентсько-монархічну, президентсько-партократичну,

президентсько-мілітарну. Дійсно, на думку Орзіха М., є така класифікація президентської форми правління, але ж її вади у відсутності єдиного критерію, підстави запропонованої класифікації. Тут є елемент, що орієнтований на роль політичних партій або засіб утворення форми правління, насамперед державного режиму. У літературі всі ці форми об'єднуються у суперпрезидентську республіку [18].

Суперпрезидентська форма правління передбачає великі повноваження президента, закріплені з текстів конституцій і реально здійснювані на практиці [20].

Для дослідників інституту президентства інтерес становить напівпрезидентська форма правління. Однак звернімо увагу, що нині в колах західних учених немає єдиного погляду на сутність напівпрезидентської (змішаної) республіки й відповідно немає чіткого розмежування держав із напівпрезидентською й парламентською формою правління.

Концепція напівпрезидентської форми правління була розроблена і впроваджена в простір політичної науки Дюверже М. для характеристики політичного режиму V Республіки у Франції.

Так, ним було виділено три види напівпрезидентства: режим з президентом – номінальним главою держави (Австрія, Ірландія та Ісландія); режим з всемогутнім президентом (Франція); режим, в якому існує баланс між президентом і урядом (Веймарська республіка, Фінляндія, Португалія) [12, с. 190].

Головними ознаками цієї форми правління Дюверже М. вважав: 1) обрання президента загальним голосуванням; 2) прем'єр-міністр і міністри мають виконавчу й урядову владу і залишаються на своїх посадах доти, доки парламент перебуває стосовно них в опозиції. Відповідно така система не є простим поєднанням, синтезом парламентської й президентської форм правління, а, як підкреслює Дюверже М., є чергуванням парламентської та президентської форм [27, с. 186].

Окрім того, позиція президента в системі взаємовідносин президент–парламент–прем'єр-міністр (уряд) залежить від форми правління, норм національної конституції та співвідношення політичних сил [15]. Ці думки підкреслюють те, що обрана та чи інша форма правління здійснює безпосередній, визначальний вплив на статус глави уряду. Адже, яка форма побудови взаємовідносин береться за основу, і є вирішальним при визначенні його місця в системі верховної влади.

Неоднозначно прийнятною в світі юридичної науки є класифікація ірландського дослідника Ілджі Р., який виходить з домінуючої моделі лідерства в напівпрезидентській системі і виділяє три варіанти: правління президента; правління прем'єр-міністра; правління, за якого ніхто з них не домінує один над одним. Цікавою є думка Зазнаєва О., який беручи за основу класифікацію Ілджі Р., але дещо її видозмінюючи, який спирався на класифікаційний критерій як сталість або мінливість протягом існування держави, визначає власні види: 1) модель домінування президента (Росія і багато країн колишнього СРСР); 2) модель домінування прем'єр-міністра і підтримка його парламентом (Австрія); 3) модель чергування, коли в один відрізок часу домінує президент, а в інший прем'єр-міністр і (альтернативно) парламент (Франція) [12, с. 190].

Коригуючи типологію Шугарта М. і Кері Дж., Зазнаєв О. напівпрезидентську форму правління поділяє на два типи – прем'єр-президентські і президентсько-парламентські. Відмінності між ними виявляє в тому, що в одному випадку кабінет відповідальний виключно перед парламентом, а в іншому – і перед парламентом, і перед президентом. Тому по підставі відповідальності

уряду класифікує напівпрезидентські системи так: системи з парламентською відповідальністю уряду і системи з подвійною відповідальністю уряду [14, с. 187].

Так, при дослідженні напівпрезидентської форми правління Зазнаєв О. згадує про нетипову і мало відому класифікацію Ропера С., який використовуючи метод вимірювання президентської влади Шугарта М. і Кері Дж., приходять до висновку, що існують два різновиди прем'єрсько-президентські системи – французька модель і "помірно-формальна" модель. У французькій моделі президент має обмежені не законодавчі повноваженнями (Австрія, Франція, Литва, Молдова, Польща, Румунія і Словенія). "Помірно-формальна" модель прем'єр-президентської системи відрізняється наявністю у президента значних не законодавчих повноважень (Ісландія, Фінляндія та Португалія). У цих країнах президент має більше влади з формування і зміщення кабінету. Однак, незважаючи на те, що тут президенти мають з формальної точки зору істотні не законодавчі повноваження, вони є більш слабкими серед всіх президентів у напівпрезидентських системах [12, с. 196]. Що ж до вітчизняних вчених, то вони досі не дійшли спільної думки щодо того, які ознаки слід передусім брати до уваги, визначаючи форму державного правління. Шаповал В. характеризує країни як такі, де функціонує напівпрезидентська, чи змішана, форма правління. Водночас Погорілко В. вважає, що вони є уособленням парламентської демократії.

Для нашого дослідження визначальним є положення президента по відношенню до системи виконавчої влади, яке має політичні особливості. Так, взаємовідносини між президентом, урядом та главою уряду за відповідних умов прийнято визначати як "дуалізм (виконавчої влади)" [20]. Глава держави у напівпрезидентській республіці не обов'язково є одноосібним носієм виконавчої влади, а здебільшого поділяє ці повноваження з прем'єр-міністром, який очолює уряд. Повноваження глави держави та глави уряду відзначаються системною та структурною взаємопов'язаністю, при цьому глава держави відповідає за вирішення загальних і стратегічних питань, контролює ключові сфери діяльності уряду [25, с. 37].

На нашу думку, напівпрезидентська форма правління є самостійним типом класифікації, який виділяється із "чистих" типів форм правління і є гібридним поняттям, що в своїй основі має ряд рис як таких, що характерні президентській і парламентській формам правління, але, в свою чергу, характеризується наявністю власних специфічних особливостей, рис, на основі яких її можна виділити в окремий тип, форму державного правління.

Отже, те, що називають президентством, може мати різні форми і зміст.

В структурно-інституціональній системі державної влади, побудованій на підставі "м'якого" ("гнучкого", "часткового") її поділу, над урядовою владою домінує парламент, форми державного правління таких держав зазвичай іменують парламентськими [17, с. 52].

Сарторі Дж. виділяє три різновиди парламентських систем: прем'єрська (або кабінетна) система англійського типу, при якій виконавча влада значно переважає над парламентом; асамблейне правління французького типу (часів Третьої і Четвертої республік), при якому, за словами Сарторі Дж., "управління практично неможливе"; "помірна" (middle-of-the-way) формула партійно-контрольованого парламентаризму [28].

Розглядаючи парламентарну форму правління, необхідно зупинитися на визначенні основних рис типів в межах цієї форми.

Для нас особливе значення має розгляд такого типу як прем'єрська система, яка отримала своє найбільш повне втілення у Великобританії. У такій системі прем'єр-міністр очолює не тільки уряд і всю систему виконавчої влади, але і повністю контролює прийняття рішень нижньою палатою парламенту, оскільки має там найчисленнішу фракцію. Колегіальний характер діяльності кабінету замінюється пануванням прем'єра. Голосування на засіданнях кабінету відбуваються не часто і, за словами одного з колишніх прем'єр-міністрів Клемент Етлі, "робота прем'єра полягає в тому, щоб, давши кожному висловитися, зрозуміти переважний настрій. І потім, коли все, що заслуговує уваги, сказано, знову повернутися до своїх обов'язків і сказати: "Отже, я вважаю, що Кабінет вирішив то-то, те-то і те-то. У кого є заперечення?". Як правило, таких не знаходиться" [1, с. 316].

Таким чином, фасад влади розширюється від монарха до кабінету: "кабінет царює, прем'єр-міністр править" [10, с. 205].

У рамках прем'єрської системи Сарторі Дж. виділяє "сильний" (Великобританія) і "слабкий" вид (т.зв. "канцлерська демократія" ФРН). Останній випадок є дещо згладжена версія прем'єрського правління в силу того, що: а) існує конструктивний вотум недовіри, б) парламент призначає тільки канцлера, а не весь склад уряду, як це зазвичай буває в парламентських системах [28, с. 101]. Однією із сучасних тенденцій розвитку системи взаємовідносин вищих органів держави у парламентарній республіці є підвищення ролі голови уряду, наділення його широкими повноваженнями. Прем'єр-міністр стає центральною посадовою особою, навколо якого і здійснюється вся державна влада. Важливим безпосередньо є також факт, що імена прем'єр-міністрів Індії Неру Д., Ганді І., Ганді Р., канцлера в ФРН Меркель А. знають у всьому світі, тоді як прізвища президентів, які були і є при урядах цих діячів, мало відомі.

Ще одним типом, який виділяє Сарторі Дж. в межах парламентарної форми правління є асамблейне правління. В основі лежить перебільшена роль парламенту і зниженням діяльної ролі кабінету.

Так, Зазнаєв О. [11] на основі класифікації Сарторі Дж. пропонує два варіанти – кабінетне і міністерське правління. На його думку, кабінетне правління існує тоді, коли уряд є центром влади. При цьому вплив прем'єр-міністра і окремих міністрів обмежується багатопартійними коаліціями. Прем'єр-міністр не більш ніж головуючий на засіданнях уряду, а тому не можна говорити про прем'єрське правління. Таким чином, кабінетне правління являє собою колегіальну форму діяльності виконавчої влади, при якій основні напрями політики визначає не парламент, а кабінет. Шайо А. таку ситуацію, коли "хвіст махає собакою" (тобто уряд диктує парламенту), назвав "тривожною" [26, с. 174].

У багатьох західних підручниках для опису парламентської системи використовується латинська формула: прем'єр-міністр – "перший серед рівних" (primus inter pares). Однак, як видно з попередніх міркувань, далеко не завжди парламентські системи функціонують відповідно до цього принципу. Модернізувати цю формулу стосовно до різновидів парламентаризму з домінуванням виконавчої влади можна, на думку Зазнаєва О., так: прем'єрська система – перший над рівними; кабінетна система – перший серед рівних; міністерська система – рівний під рівними [11, с. 199].

Проаналізувавши різні наукові позиції, пропонуємо власну класифікацію, беручи за основу такий класифікаційний критерій як статус глави уряду: 1) з сильним прем'єр-міністром (главою уряду) – домінуюча роль глави уряду при здійсненні верховної влади в державі, при

цьому він займає центральне положення по відношенню до інших органів і посадових осіб; 2) зі слабким прем'єр-міністром (главою уряду) – домінування парламенту безпосередньо над урядом; 3) збалансованість відносин між главою уряду, президентом, парламентом, але здебільшого при перенесенні такого виду на практику, існування таких відносин можливе тільки при ідеальному розмежуванні повноважень в конституції, законодавчих актах.

Глава уряду посідає важливе місце в державній владі будь-якої країни, його місце та роль у сфері державного управління визначається під впливом різних чинників. Одним з головних чинників науковці виділяють форму державного правління. Таким чином, визначається місце та роль глави уряду в президентській, парламентській та змішаній республіці. Наповнення статусу глави уряду багато в чому залежить від форми правління тієї чи іншої країни.

У цьому зв'язку науковцями висловлюються різні думки щодо існування глави уряду в президентській республіці. Так, Кашкін С. президента в президентській республіці характеризує не як главу держави і голову уряду, а як главу держави і голову виконавчої влади [13, с. 278].

У деяких президентських республіках створюється особлива посада адміністративного прем'єр-міністра (Єгипет, Перу, Турція). Такий прем'єр керує оперативною діяльністю уряду і головує на його неофіційних засіданнях [24, с. 114].

У країнах з парламентською формою правління саме уряду на чолі з прем'єр-міністром належить уся повнота виконавчої влади. Ця теорія служить подальшому зменшенню значення представницького правління й виправдовує посилення виконавчої влади. При цьому зростає роль не тільки самого уряду, а й його голови. Більше того, рівень зростання ролі прем'єра в багатьох випадках є вищим, аніж зростання значення уряду, що інколи дозволяє порушувати питання про існування в парламентських країнах так званого "уряду прем'єра" [4, с. 94–102]. На діяльність глави уряду впливає наявність такого фактору, як харизматичність.

Таким чином, можна стверджувати, що очолювання уряду сильним, харизматичним політиком суттєвим чином впливає на його статус саме як колегіального органу, де прем'єр-міністр посідає місце першого серед рівних. У цих ситуаціях слід вести мову про провідне місце в державному управлінні не уряду, а саме прем'єра, що перебирає на себе більшість повноважень уряду [11, с. 40]. Натомість більшу вагу набувають не міністри-члени уряду, а канцелярія прем'єр-міністра, де виробляються найбільш важливі державні рішення [23, с. 95].

Як слушно зауважує відомий вітчизняний фахівець у галузі конституційного права зарубіжних країн професор Шаповал В., сутність тієї чи іншої гібридної (змішаної) форми правління визначається не арифметичними підрахунками ознак, що відрізняють її від інших сучасних форм, а співвідношенням конституційних і реальних повноважень у сфері виконавчої влади, якими володіють президент і прем'єр-міністр. До того необхідно врахувати і те, що реальний їхній статус може змінюватися залежно від суспільно-політичних обставин і навіть від авторитету політиків, які займають відповідні посади [5].

Аналізуючи практику вибору "правильної" форми державного правління України, варто зазначити, що проведення конституційної реформи 2004 року призвело до переходу до парламентсько-президентської форми правління. Після оновлення персонального складу органів виконавчої влади глава держави зіткнувся з тим, що його компетенція не дає змоги самостійно вті-

лювати в життя власну програму дій. Пост прем'єра за повної конфігурації державного механізму та наявності у парламенті став відігравати не менше значення, ніж президент, а в економічній сфері навіть переважати його. На сьогоднішній день ми повернулися до Конституції 1996 року з "сильним" парламентом і "сильним" президентом, що забезпечується за допомогою слабого уряду, який залишаючись підзвітним і відповідальним перед обома політичними гравцями [21, с. 59]. Цим самим зумовило повернення до президентсько-парламентської форми державного правління.

Отже, проаналізувавши історичні та новітні тенденції світового розвитку конституціоналізму в межах питання класифікації(типологізації) форми державного правління необхідно зазначити, що в сучасних умовах градації, які склалися в історичні періоди розвитку держави, змінюються, удосконалюються, відбувається переплітання найрізноманітніших елементів форми, чим зумовлюють нове наукове бачення в юридичній науці на це проблемне питання і безперечно сприяє появі нових змішаних і гібридних форм правління. Формування форми державного правління залежить від багатьох факторів, насамперед це традиції країни, соціально-політичний вплив, правова культура, зарубіжний досвід, поділ верховної влади, національні особливості та інші суб'єктивні фактори, які притаманні саме цій державі. Якщо ж підтримувати позицію традиційного поділу форми державного правління на монархію і республіку, то цим самим ми обмежуємося, адже розвиток сучасних тенденцій не стоїть на місці, і вже відомі класичні складові набувають нових форм. Відштовхуючись від ідеального уявлення ми маємо змогу подальшого дослідження тих чи інших форм, що відхиляються від норми.

Так, для України при виборі форми державного правління надзвичайне значення має врахування зарубіжної практики, цим самим дозволяє приймати найбільш оптимальні рішення з цього приводу, враховуючи негативні помилки в створенні власної форми державного правління. Але варто пам'ятати, що запозичення тих чи інших елементів, має бути призвичаєне до наших реалій.

Держава приміряючи на себе ту чи іншу форму державного правління, змінює статус глави уряду, взаємовідносини між тріадою парламент – президент – уряд, перерозподіл повноважень між вищими органами влади, посадовими особами, що зумовлює внесення змін до конституції, законодавчих актів. Так, прослідковується визначальний вплив на становлення конституційно-правового статусу глави уряду. При цьому на ряд повноважень, що є однією з головних складових статусу, які то звужуються, то розширюються.

1. Алмонд Г., Пауэлл Дж., Стром К., Далтон Р. Сравнительная политология сегодня: Мировой обзор: Учебное пособие [Текст]. – М.: Аспект Пресс, 2002. – 316 с.
2. Бостан С. К. Форма правління сучасної держави: теоретико-правові засади [Текст]: Дис... д-ра наук: 12.00.01/ Бостан Сергій Костянтинович; Запоріж. юрид. ін-т Дніпропетр. держ. ун-ту внутр. справ. – Запоріжжя, 2008. – 490 с.
3. Бостан С. К. Класифікація сучасних форм державного правління [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.nbuv.gov.ua/portal/Soc_Gum/Dtr_pravo/2010_1/files/LA110_04.pdf
4. Бромхед П. Эволюция британской конституции [Текст] / П. Бромхед. – М.: Юрид. лит., 1978. – 336 с.
5. Георгіца А. З. Конституційне право зарубіжних країн: підручник [Текст] / А. З. Георгіца. – Тернопіль: Астон, 2003. – 483 с.
6. Гомеров И.Н. Государство и государственная власть: предпосылки, особенности, структура [Текст] / И.Н. Гомеров. – М.: ООО "Изд-во ЮКЭА", 2002. – 830 с.
7. Дахова І. І. Конституційно-правовий статус уряду в зарубіжних країнах: порівняльно-правовий аспект [Текст]: дис... канд. юрид. наук: 12.00.02 / Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2006. – 197 с.
8. Иванов В. О форме государственного правления [Электронный ресурс] / В. Иванов. – Режим доступа: http://www.russ.ru/stat_i/o_forme_gosudarstvennogo_pravleniya
9. Зазнаев О. И. Полупрезидентская система: теоретические и прикладные аспекты: монография [Текст] / О.И. Зазнаев. – Казань: Казанский государственный университет им. В.И. Ульянова-Ленина, 2006. – 374 с.
10. Зазнаев О. И. Дихото-

мья versus трихотомия: проблема типологии систем правления в политологии / О. И. Зазнаев. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.ksu.ru/infres/politology/zaznaev2.doc> 11. Зазнаев О. И. Смесанные формы правления, или Как масло соединяется с водой [Текст] // Полис. – 2005. – № 4. – С. 158-171. 12. Зазнаев О. И. Классификации президентской, парламентской и полупрезидентской систем [Текст] / О. И. Зазнаев // Динамика политических систем и международных отношений. Вып 1 / Науч. ред. М. Х. Фарукшин; редкол.: Я. Я. Гришин [и др.]. – Казань : Казан. гос. ун-т им. В. И. Ульянова-Ленина, 2006. – С.186–210. 13. Кашкин С. Ю. Правительство [Текст] // Конституционное (государственное) право зарубежных стран: Учебник: В 4-х т.: Т. 2 / Отв. ред. Б. А. Страшун. – М.: Изд-во БЕК. – С. 278-295. 14. Кистьяковский Б. Социальные науки и право. Очерки по методологии социальных наук и общей теории права [Текст] / Б. Кистьяковский. – М.: Изд-во М. и С.Сабашниковых, 1916. – 704 с. 15. Кулик Ю. Модели институту президентства [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.viche.info/journal/1509/> 16. Кульков М. О. Теоретические проблемы типологии форм государства : автореф. дис. на соискание учен. степени канд. юр. наук : спец. 12.00.01 "Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве" [Электронный ресурс] / Макар Олегович Кульков ; Волгоградский гос. ун-т. – Саратов, 2008. – 40 с. – Режим доступа : <http://www.sgar.ru/diss.shtml?all> 17. Линц Х. Дж. Достоинства парламентаризма [Текст] / Х.Дж Линц // Пределы власти. – 1994. – № 2. – С. 49; № 3. – С. 58. 18. Орзіх М. Президентська республіка – різновид республіканської форми правління [Текст] / М. Орзіх // Право України : Юридичний журнал. – 2009. – N 10. – С. 72-77. 19. Протасова Вікторія Євгенівна. Парламентсько-президентська рес-

публіка: сутність, особливості, різновиди [Текст]: дис... канд. наук: 12.00.01 – 2008.: / В.Є. Протасова ; Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2007. – 222 арк. 20. Сахарова А. С. Институт президентства: Сравнительно-правовой анализ [Текст] // Сибирский Юридический Вестник. – 1999. – № 4. – с. 9-10. 21. Серьогіна С., Петришин О. Змішана республіканська форма державного правління [Текст] / М. Орзіх // Право України : Юридичний журнал. – 2009. – N 10. – С. 57-61. 22. Сухонос В. Форма правління: термінологія, класифікація, характеристика (проблеми постіндустріальної епохи) [Текст] / В. Сухонос // Держава і право : збірник наукових праць. Юридичні і політичні науки. – К. : Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2003. – Вип. 21. – С. 57–63. 23. Эдвейн Чарльз Ф. Сравнительный анализ политических систем. – М.: Инфра-М, Весь Мир, 2000. – 320 с. 24. Чиркин В. Е. Нетипичные формы правления в современном государстве [Текст] / В. Е. Чиркин // Государство и право. – 1994. – № 1. – С.109–115. 25. Харченко О. В. Напівпрезидентська форма правління: становлення і розвиток. : Дис... канд. наук: 23.00.02 [Текст] / Харченко О. В. ; НАН України, Ін-т політичних і етнонац. дослідж. ім. І. Ф. Кураса. – К., 2008. – 210 с. 26. Шайо А. Самоограничение власти (краткий курс конституционализма). – М.: Юрист, 1999. Указ. соч. – 174 с. 27. Duverger M. (1980), A New Political System Model. Semi-Presidential Government, Euroafrican Journal of Political Research (8)2, pp. 166-167. 28. Sartori G. Comparative Constitutional Engineering: An Inquiry into Structures, Incentives and Outcomes. – 2nd edition. – London: Macmillan Press, 1997. – P.101.

Надійшла до редколегії 28.09.12

В. Бондарчук, асп.

ДЕЯКІ ПИТАННЯ ПРИЗНАЧЕННЯ ПОКАРАННЯ ЗА ЗЛОЧИН, ПЕРЕДБАЧЕНИЙ СТ. 205 КК УКРАЇНИ

Стаття присвячена дослідженню покарання за злочин, передбачений ст. 205 КК України, видів покарання та проблеми його застосування.

Ключові слова: гуманізація відповідальності та покарання, покарання, штраф проблема призначення покарання.

Данная статья посвящена исследованию наказания за преступление, предусмотренное ст. 205 УК Украины, видов наказания и проблем его применения.

Ключевые слова: гуманизация ответственности и наказания, наказания, штраф проблема назначения наказания.

Given article is devoted to the research of the punishment for a crime, which is provided for by Art. 205 of Criminal Code of Ukraine, its types and problems of its provided.

Key words: humanization of responsibility and punishment, penalty, penalty sentencing problem.

На сучасному етапі життєдіяльності українського суспільства особливе значення набувають негативні процеси в сфері економіки, господарської та підприємницької діяльності. Кримінальний кодекс України 2001р. (в подальшому – КК) своїм завданням передбачив правове забезпечення охорони прав і свобод людини і громадянина, в тому числі, в сфері господарської та підприємницької діяльності, реалізуючи положення Конституції України (ст.ст. 3, 42).

В КК України сформульовано поняття покарання, його завдання та цілі, досягнення яких залежить від якості тих нормативних засобів, які в ньому закріплені. На сучасному етапі державотворення вдосконалення чинного кримінального законодавства та практики його застосування, українська наука кримінального права визначає покарання не лише традиційно як кару, в тому числі, за фіктивне підприємництво, а в більшій мірі як захід протидії та запобігання злочинам у сфері господарської діяльності.

Проблемі покарання, в тому числі й за злочини в сфері господарської діяльності, в науці кримінального права постійно приділяли увагу Ю.В. Баулін, Н.О. Гуторова, О.О. Дудоров, І.І.Митрофанов, В.В. Полтавець, Ю.А. Пономаренко, В.І. Тютюгін та ін. [1]

Призначення покарання за фіктивне підприємництво (ст. 205 КК України), як передбачена законодавством реакція держави на вчинений, злочин вимагає визначення юридичних підстав та фактичних обставин, які адекватно виражали б відповідність вчинення злочину та призначення за нього покарання, постійно залишається актуальною.

Закон України №4025-VI від 15 листопада 2011 р. "Про внесення змін до деяких законодавчих актів Укра-

їни щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності" [2], як зазначає С.М. Міщенко, "містить низку нових та прогресивних положень, спрямованих на реалізацію демократичних засад кримінального судочинства, здатних гарантувати демократичні і гуманістичні засади його здійснення, та забезпечити реалізацію конституційних положень та міжнародних стандартів" [3]. Зазначимо, що при проведенні у 2008 році гуманізації покарання за деякі злочини, в тому числі й в сфері господарської діяльності, санкція статті 205 КК залишилась без змін.

За КК України 2001 р. було встановлено такі види і розміри покарання за вчинення злочину, передбаченого ст. 205: за ч. 1 – штраф від 300 до 500 нмдг; а за ч. 2 ст. 205 – позбавлення волі на строк від трьох до п'яти років. У відповідності до Закону №4025-VI від 15 листопада 2011р., санкції ст. 205 КК були уніфіковані шляхом встановлення одного виду покарання – штрафу (ч. 1 – від п'ятисот до двох тисяч нмдг; за ч. 2 – від трьох тисяч до п'яти тисяч нмдг), та із врахуванням положень ст. 53 КК – діяння набуло іншого ступеню тяжкості, а покарання суттєво збільшилось.

Покарання за своєю суттю є наслідком вчиненого злочину. За таких обставин покарання є відплатою, помстою, заходом примусу, що застосовується від імені держави, тобто є реакцією на порушення правопорядку шляхом обмеження прав і свобод засудженого. З іншого боку, покарання відносяться і до майбутнього, оскільки, воно є засобом досягнення певної мети – виправлення засудженого, а також запобігання вчиненню нових порушень правопорядку (ст. 50 КК).

Слід відмітити, що увага українських науковців при аналізі юридичних ознак злочину, передбаченого

© Бондарчук В., 2012

ст. 205 КК України, акцентується на його об'єктивних та суб'єктивних ознаках. Тобто аналізується склад (простий та кваліфікований) цього злочину. Це дає можливість правозастосувачам зрозуміти сутнісні ознаки цього діяння. В той же час його друга сутнісна ознака – покарання не розглядається. На наш погляд, це є суттєвим недоліком, оскільки фактично така важлива ознака діяння, як заподіяння шкоди людині, суспільству, державі (ч. 2 ст. 11 КК) не досліджуються, а тому характер і тяжкість діяння чітко не визначаються, тим самим залишаючи поза увагою питання мети покарання – в чому ж полягає вид і розмір обмежень або позбавлень прав, свобод та законних інтересів особи, до якої покарання може бути застосованим.

Кримінальне покарання за своєю сутністю є індивідуально визначене і має бути у межах вказаних санкцій, відповідно до положень Загальної частини КК України (ст. 65 КК). При цьому має бути враховано ступінь тяжкості вчиненого злочину, особу винного та обставини, які пом'якшують та обтяжують покарання. Такий підхід ґрунтується на теорії суб'єктивного ставлення у вину, яка є конституційно визначеною і домінуючою в науці кримінального права України (ст.ст. 61 – 64 Конституції України).

Призначення покарання за фіктивне підприємництво (ст. 205 КК України), як передбачена законодавством реакція держави на вчинений злочин вимагає визначення юридичних підстав та фактичних обставин, які адекватно виражали б відповідність злочину та призначення за нього покарання.

Українські науковці зазначають, що економічні злочини – це доволі складна сукупність декількох десятків складів злочинів, передбачених КК, до яких Департамент інформаційних технологій МВС України відносить злочини, передбачені розділами VI ("Злочини проти власності"), VII ("Злочини в сфері господарської діяльності"), XVII ("Злочини в сфері службової діяльності"), які, власне, й характеризують структуру злочинності у вказаній сфері [4].

Разом з тим, заслуговує на увагу структура норм Кримінального кодексу Російської Федерації, що передбачають відповідальність за аналогічні діяння (у Розділі VIII "Злочини у сфері економіки" передбачена відповідальність за злочини проти власності (Глава 21), Злочини у сфері економічної діяльності (Глава 22), Злочини проти інтересів служби в комерційних та інших організаціях (Глава 23) [5].

Злочин і покарання перебувають в органічному юридичному зв'язку, хоча і мають суттєві правові відмінності. Злочин – це прояв негативних мотивів, цілей, мети людини (фізичної особи), групи людей (в тому числі юридично об'єднаних – юридичної особи). Покарання – це оцінка, суспільно реалізована законодавцем як виразником державно-владних повноважень у певний спосіб, за відповідною формою і забезпечена відповідним державним механізмом.

В юридичній літературі сформульовано два підходи щодо призначення покарання за фіктивне підприємництво (ст. 205 КК): 1) вид і розмір покарання залежить від суспільної небезпеки вчиненого злочину; 2) вид і розмір покарання залежить від характеру (якісна визначеність) і ступені тяжкості (кількісна визначеність), вчиненого злочину. Розглядаючи проблему адекватності виду і розміру покарання за злочин, що досліджуємо, слід наголосити на тому, що покарання, його вид і розмір слід розглядати не через призму "суспільної небезпечності діяння", а враховуючи законодавчі положення, відповідно до яких покарання призначається "враховуючи ступінь тяжкості вчиненого злочину, особу винного

та обставини, що пом'якшують та обтяжують покарання" (п.3 ч.1 ст.65 КК).

Аналізуючи ступінь тяжкості як кримінально-правову категорію в науці кримінального права відмічається нетотожність понять "типовий ступінь тяжкості злочину" і "ступінь тяжкості вчиненого злочину". Вивчення змісту ст. 12 КК України, де закріплюється класифікація злочинів залежно від ступенів тяжкості, дозволяє зробити певні висновки: а) зміст типового ступеня тяжкості злочину становить оцінка сукупності найбільш істотних, закономірних і типових об'єктивних і суб'єктивних ознак певного виду діяння і діяча; б) законодавча оцінка сукупності цих ознак, по-перше, дає можливість законодавцеві класифікувати злочини на певні категорії; по-друге, обумовлює можливість визначення меж санкцій конкретної статті з врахуванням ознак злочину певної категорії; по-третє, надає можливість установити для кожної категорії злочинів залежно від ступенів тяжкості співвідносні з нею юридичні наслідки. На думку В.В. Полтавця, "ступінь тяжкості вчиненого злочину" (п.3 ч.1 ст.65 КК), більш широке поняття, ніж типова ступінь тяжкості злочину", оскільки включає не тільки конкретне значення визначених у диспозиції найбільш загальних і типових ознак складу злочину, а й містить індивідуальні ознаки вчиненого, які знаходяться поза ознаками складу злочину [6].

Зусилля держави, спрямовані на удосконалення механізму протидії злочинам у сфері господарської діяльності, в тому числі і за допомогою гуманізації відповідальності за ці злочини на цей час не можуть бути визнані ефективними. За даними МВС України у 2011р. у сфері господарської діяльності зареєстровано 10 246 злочинів (зростання у порівнянні з 2010 р. складає +19,1%). Це свідчить про те, що політика держави щодо протидії та запобігання злочинності, в тому числі в сфері господарської діяльності спрямовувалася не на охорону та захист законної діяльності, зокрема, підприємців, а на посилення заходів карального спрямування шляхом призначення покарання.

Положення Закону України №4025-VI від 15 листопада 2011 р. в юридичній літературі сприйняті в цілому позитивно, але зверталась увага й на його суттєві вади. Виключення ряду діянь з числа господарських злочинів (всього 16 статей), які переведені до норм Кодексу про адміністративні правопорушення та заміна позбавлення волі штрафом навіть тоді, коли засуджений до штрафу в силу об'єктивних причин не в змозі такий штраф сплатити, сприйнято критично. В санкціях статей Розділу VII розмір штрафу підвищено дець в 4-6 разів. Декриміналізовано такі види покарань: виправні роботи (ст. 57), арешт (ст. 60), обмеження волі (ст. 61) та позбавлення волі (ст. 63).

Як обґрунтовано відмічалось в юридичній літературі, у період з 2004 року одиниця неоподаткованого мінімуму доходів громадян (далі – нмдг), яка є за КК розрахунковою одиницею для обчислення розміру заподіяної шкоди або вартості предмету злочину збільшилась майже в 32 рази (з 17 грн. в період з 2001 року по 1 січня 2004 року до 536,5 грн. у 2012р.) Вважаємо, що проблема призначення адекватного покарання у випадку неможливості сплати особою призначеного вироком суду штрафу дійсно існує.

Н.О. Гуророва серед законодавчих змін Загальної частини КК виділяє в якості проблемних значне посилення карального впливу штрафу (ст. 53 КК) без чіткого визначення його місця в системі покарань (ст. 51 КК) при класифікації злочинів (ст. 12 КК) та диференціації кримінальної відповідальності співучасників (ч. 2 ст. 53 КК), а також встановлені в ст.ст. 69, 69-1 КК законодавчі обмеження щодо призначення більш м'якого покарання,

ніж передбачено законом. Зазначені положення є проблемними внаслідок недостатнього врахування при визначенні системності норм КК, а також безпідставності розповсюдження окремих частин Загальної частини КК виключно на злочини, за які встановлено кримінальне покарання у виді штрафу.

Також провідний науковець звертає увагу на те, що виключені з КК статті були спеціальними нормами з відносно невеликими санкціями, які своїм існуванням стримували застосування інших, більш суворих норм КК. Той факт, що відповідальність за виключені із КК порушення у сфері господарської діяльності встановлена в Кодексі про адміністративні правопорушення не є належним обмеженням застосування в цих випадках інших (загальних) статей КК. Проблема у тому, що згідно ч. 2 ст. 9 КпАП адміністративна відповідальність за правопорушення, передбачені цим Кодексом, настає, якщо ці порушення за своїм характером не тягнуть за собою відповідно до закону кримінальної відповідальності. З цього випливає, що при правозастосуванні породжені законодавцем сумніви щодо вибору юридичної відповідальності за вчинення правопорушення мають вирішуватись на користь застосування найбільш суворого виду відповідальності – кримінальної [7].

Підтримуючи наведену аргументацію, вважаємо не послідовною позицію законодавця щодо встановлення та призначення штрафу за вчинення злочинів у сфері господарської та службової діяльності, який не повинен бути менший від розміру заподіяної шкоди. На наш погляд, автори законопроекту не врахували, що при визначенні розміру штрафу неоподатковуваний мінімум доходів громадян рівний 17 грн., а при кваліфікації злочинів – половині від прожиткового мінімуму для працюючих, встановленого на 1 січня поточного року, тобто в 2012 році – 536,5 грн., при цьому не розповсюджується положення ч. 2 ст. 53 КК щодо призначення розміру штрафу не менше за розмір майнової шкоди, завданої злочиним.

Вважаємо, що принцип гуманізації має бути двоєдиним: 1) ефективний правовий захист осіб, які зазнали кримінально-правового посягання шляхом застосування відновно-компенсаційних заходів; 2) чітке і всебічне виконання державою своїх функцій на підставі та у відповідності до Конституції та чинного законодавства України шляхом призначення адекватного покарання.

Також, у зв'язку із прийняттям законодавства про кримінальні проступки, набуває значення проблема девальвації сили кримінально-правового покарання при застосовуванні до таких осіб адміністративної або фінансової відповідальності взамін кримінально-правової.

При дослідженні проблеми призначення покарання за фіктивне підприємництво, нами було проаналізовано 105 кримінальних справ цієї категорії, розглянутих судами за період 2009 – 2011 рр. відносно 108 осіб. З них звільнено в порядку ст. 49 КК – 2 особи, із застосуванням Закону "Про амністію" – 7 осіб.

За ч. 1 ст. 205 КК було порушено 32 справи. За ч. 2 ст. 205 – 73 справи, в тому числі за сукупністю злочинів, передбачених ч. 2 ст. 358, ч. 3 ст. 212, ч. 3 ст. 366 КК – 14 справ.

Покарання за ч. 1 ст. 205 КК було призначено: 1) у виді штрафу на суму 300 нмдг до 17 осіб; 2) до обмеження волі на строк 1 рік – 43 особи.

За ч. 2 ст. 205 КК особи були засуджені: до обмеження волі – 23%; до позбавлення волі на строк 3-4 роки – 77%. У відповідності до ст. 75 КК 96% з них було звільнено від відбування покарання з покладенням на них обов'язків, передбачених ст. 76 КК.

Характерним при цьому є те, що лише по декількох справах (2,5%) були заявлені цивільні позови, які зали-

шилися без розгляду. Лише по одній справі стосовно Р.О.В. були вилучені кошти в сумі 700 000 гривень, які були здані на депозитний рахунок ДПА у м. Києві та перераховані до Державного бюджету України [8].

При аналізі кваліфікованого (ч. 2) складу злочину, передбаченого статтею 205 КК, звертають на себе увагу такі обставини, які обтяжують покарання: вчинення злочину повторно; заподіяння великої матеріальної шкоди державі, банкові, кредитним установам, юридичним установам, іншим юридичним особам або громадянам.

Ми вважаємо, що при застосуванні покарання за ч. 1 та ч. 2 ст. 205 КК у виді штрафу виникнуть серйозні недоліки, однією з причин яких є недосконалість як конструкції кримінально-правової норми, так і відсутності альтернативних видів покарання.

С.Д. Шапченко, розглядаючи закон щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності, критично оцінює як текст проекту Закону №9221, так і процедуру його прийняття, та відзначив, що явні недоліки законопроекту так і залишились в тексті Закону. Науковець наголосив, що Закон № 9221, вочевидь, виходить за межі заявленої в його назві гуманізації правопорушень в сфері господарської діяльності.

Як слушно зазначають українські науковці, низка значущих для особи кримінально-правових наслідків (зокрема, визначення категорії злочину за ступенем тяжкості, строки погашення судимості) у теперішній час пов'язується з розмірами штрафу. За такою логікою, наприклад, штраф, призначений у розмірі 26 тис. неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (нмдг), зумовлює більш несприятливі для особи кримінально-правові наслідки, ніж позбавлення волі, призначене на строк десять років (підкреслено – В. Бондарчук). Такий підхід законодавця, аргументовано доводить С.Д. Шапченко, утворює невинуваті колізії з іншими його статтями, а в деяких випадках суперечить принципу справедливості в кримінальному праві [9].

Щодо ч. 2 ст. 205 КК, ми підтримуємо позицію українських науковців про необхідність передбачити альтернативні види покарань (громадські роботи, виправні роботи, обмеження волі та позбавлення волі) з пропорційним підвищенням розміру покарання з урахуванням кваліфікуючих ознак цього злочину [10].

Практика застосування санкцій, передбачених ч. 1 ст. 4 ст. 205 КК України в редакції 2001р. засвідчує про їх адекватність вчиненому діянню. Майже 95% осіб, що були засуджені за ч. 1 ст. 205 КК та 82% – за ч. 2 ст. 205 КК – особи, які виконували посібницькі дії на пропозицію "невстановлених слідством осіб", які організували і скеровували створення фіктивного підприємництва або фактично такі підприємства – юридичні особи придбавали, а також використовували їх для заняття забороненими видами діяльності (видами діяльності, щодо яких є заборона).

Введені Законом №9221 новації щодо неможливості замінити штраф у виді громадських або виправних робіт тепер слід розглядати в разі неможливості в силу економічних чинників, які мають місце в житті нашої держави, як підставу притягнення таких осіб до відповідальності за ст. 389 КК. Ухилення від покарання, не пов'язаного з позбавленням волі, а відповідно до ч. 1 цієї статті – за ухилення від сплати штрафу особою, засудженою до цього виду покарання до виправних робіт на строк до двох років або обмеженням волі на той же строк. Неконституційність такого підходу підтверджується ще й таким. Відповідно до ч. 5 ст. 53 КК в редакції Закону №9221 передбачається заміна штрафу у розмірі понад 3 тис. нмдг, призначеного як основне покарання, та відсутності підстав для розстрочки його

виплати суд змінює несплачену суму штрафу покаранням у виді позбавлення волі (підкреслено – В. Бондарчук) із розрахунку один день позбавлення волі за вісім неоподатковуваних мінімумів доходів громадян на строк від одного (п. 1) до дванадцяти років позбавлення волі (п. 3), або навіть на максимальний строк, тобто п'ятнадцять років не за вчинений нею злочин (підкреслено – В. Бондарчук), а за несплату штрафу, що само по собі злочином не є. Все це є підставою для законодавця терміново внести відповідні зміни та доповнення до чинного КК.

Наявність таких недоліків у законодавчій діяльності нашої Верховної Ради, а разом з тим і науки кримінального права, як слушно наголосив А.А. Музика, у великій мірі обумовлено відсутністю досконалої правової політики нашої держави [11].

Це підтверджується зокрема тим, що законодавець у санкції ст. 205 КК передбачив лише один вид покарання – штраф (ст. 53), який відповідно до ст. 51 КК "Види покарань" та ч. 2 ст. 52 КК може застосовуватись як основний, так і додатковий вид покарання. В силу чого та виходячи із класифікації видів покарань однозначно визначався як самий м'який різновид покарання.

Більш того, в редакції КК 2001 року штраф, як вид покарання за фіктивне підприємництво (ст. 205 КК) був передбачений як альтернативний вид покарання стосовно обмеження волі (ст. 61 КК), як виду покарання строком до трьох років, а тому штраф як вид покарання визначався як найбільш м'який вид покарання.

Ми приєднуємось до думки тих науковців, які враховуючи історію виникнення та запровадження відповідальності за проступки, пропонують наступне: По-перше, ввести інститут кримінальних проступків шляхом поділу Особливої частини КК на дві Книги: Книга I "Злочини". Книга II "Кримінальні проступки"[12]. Для цього провести копітку роботу по чіткому визначенню юридичних (кримінально-правових ознак), які б на законодавчому рівні "зафіксували" як об'єктивні і суб'єктивні ознаки, що утворюють злочинні діяння, а також відповідні альтернативні санкції кримінальних правопорушень, їх види та юридичні ознаки, а також відповідні санкції виправного та комплексного характеру, їх види та розміри. По-друге, не приймати Кодексу України про кримінальні проступки як окремого законодавчого акту [13].

При дослідженні проблеми призначення покарання, в тому числі й за злочини невеликої тяжкості, у виді "громадських робіт" (п. 4), "виправних робіт" (п. 4), "арешту" (п. 8) та "обмеження волі" (п. 9) автори виказують такі пропозиції: "доповнити ч. 1 ст. 56 КК таким положенням: "Суд може зобов'язати засудженого відбувати покарання у виді громадських робіт за місцем роботи", що дозволить застосувати це покарання також з урахуванням професійної діяльності засудженого" [14]. Вважаємо, що за сучасного економічного і фінансового стану в нашій державі такі пропозиції є не своєчасними.

На наш погляд, Закон №4025-VI від 15 листопада 2011 р. суттєво порушив систему кримінально-правових норм, зокрема в сфері економічної і господарської діяльності, став дерегулятивним фактором, що потягнув за собою криміналізацію відповідальності та посилення покарання. У зв'язку із законодавчою ідеєю прийняття Кодексу про кримінальні проступки, вважаємо за необхідне діяння, передбачене ч. 1 ст. 205 КК в її сучасній редакції, віднести до числа кримінальних проступків.

Враховуючи окреслені проблеми, вважаємо за доцільне при побудові санкції кримінально-правової норми, в тому числі й передбаченої ст. 205 КК, надати наукове

обґрунтування наступного кола питань: 1) із врахуванням юридичної природи кримінально-правового діяння визначити цінності, які мають охоронятися цією нормою; 2) встановити обставини, які посилюють або пом'якшують небезпечність (тяжкість) діяння: основні, кваліфікуючі, особливо кваліфікуючі ознаки (зокрема, повторність, рецидив, заподіяння шкоди тощо); 3) визначити вид та розмір покарання (ув'язнення, примусу), основні та додаткові види покарання; 4) встановити підстави та умови звільнення від покарання або його відбування, заміну його на інший вид і розмір тощо.

Відносно злочину, передбаченого ст. 205 КК нами пропонується удосконалити юридичне визначення як назви ст. 205 КК, так і її загального та кваліфікованого складу. З урахуванням цього на законодавчому рівні вирішити питання щодо віднесення такого діяння до злочину чи до кримінального проступку.

Щодо діяння, передбаченого ч. 2 ст. 205 КК, то слід більш чітко передбачити кваліфікуючі та особливо кваліфікуючі склади, та визначити види і розміри покарання. Також передбачити заохочувальну норму щодо підстав, умов та наслідків звільнення від кримінальної відповідальності осіб, які таке діяння вчинили.

1. Пономаренко Ю.А. Види наказаний по уголовному праву Украины: Монография. – Харьков: Издат. "ФИНН", 2009. – 344 с.; Полтавець В.В. Загальні засади призначення покарання та їх кримінально-правове значення / Автореф. дисс... канд. юрид. наук. – К., 2005. – 20 с. 2. Голос України 17 грудня 2011. – №4025-VI. 3. Міщенко С.М. Деякі питання призначення покарання за злочини у сфері господарської діяльності в аспекті нещодавніх законодавчих змін / Теоретичні та прикладні проблеми кримінального права України: матеріали II міжнар. наук.-практ. конф., м. Луганськ, 19-20 квітн. 2012р. / Упорядники: Є.О.Письменський, Ю.Г. Старовойтова; МВС України, Луган. держ. ун-т внутр. справ ім. Є.О. Дідоренка. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Є.О.Дідоренка, 2012. – С. 321 (С. 321-324). 4. Музика А.А., Горюх О.П. Система покарань та її підсистеми за Кримінальним кодексом України. / Альманах кримінального права: збірник статей. Вип. 1. / Відповід. ред. П.П. Андрушко, П.С. Берзін. К.: Правова єдність, 2009. – С.368-390 (-424с.) 5. Уголовный кодекс Российской Федерации. – М.: Издат. "Омега-Л", 2012. 175 с. 6. Полтавець В.В. Загальні засади призначення покарання та їх кримінально-правове значення / Автореф. дисс... канд. юрид. наук. – К., 2005. – С. 10-11 (-20с.). 7. Гуророва Н.О. Щодо гуманізації відповідальності за злочини у сфері господарської діяльності. // Теоретичні та прикладні проблеми сучасного кримінального права / Матеріали міжнародної науково-практичної конференції. – С. 143. 8. Архів Шевченківського районного суду м. Києва. Матеріали кримінальної справи №1п-329/11. 9. Більш детально див.: Шапченко С.Д. Зроби краще, щоб не вийшло як завжди / "Дзеркало тижня". 22 жовтня 2011 р. 10. Гуророва Н.О. Злочини проти державних фінансів: механізм побудови кримінально-правових санкцій // Вісник НУВС, 2003. – Вип. 23. – С. 11-14; Філей Ю.В. Побудова кримінально-правових санкцій з урахуванням повторності злочинів / Теоретичні та прикладні проблеми кримінального права України: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., м. Луганськ, 20-21 травня 2011 р. / редкол.: Г.Є. Бондарь, А.О. Данилевський, О.О. Дудоров та ін.; МВС України, Луган. держ. ун-т внутр. справ ім. Є.О.Дідоренка. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Є.О.Дідоренка, 2011. – С. 512 (С. 512-515). 11. Музика А.А. Про пошук росіян оптимальної моделі кримінальної політики / основні напрями ... С. 403-408; Андрушко П.П. Тенденції (особенности) уголовно-правовой политики в Украине на современном этапе // Современная уголовная политика: поиск оптимальной модели: материалы VII Российского конгресса уголовного права [31 мая – 1 июня 2012 года]. – М.: Проспект, 2012. – С. 540-557. 12. Хавронюк М.І. Настав час розмежовувати /Основні напрями розвитку кримінального права та шляхи вдосконалення законодавства України про кримінальну відповідальність: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 11-12 жовтня 2012 р. / Редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред.), В.І. Борисов (заст. гол. Ред.) та ін. – Х.: Право, 2012. – С. 182-186 (-632 с.) 13. Борисов В.І. Проблеми запровадження у законодавство України інституту кримінального проступку / Основні напрями розвитку кримінального права та шляхи вдосконалення законодавства України про кримінальну відповідальність: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 11-12 жовтня 2012 р. / Редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред.), В.І. Борисов (заст. гол. Ред.) та ін. – Х.: Право, 2012. – С. 178-182. 14. Павленко В.Г. Кримінально-правова та кримінологічна характеристика громадських робіт, як виду покарання // Автореф. дисс... канд.юрид.наук. – К., 2007. – С. 16 (-20 с.).

Надійшла до редколегії 28.09.12

ПІДВІДОМЧІСТЬ СПРАВ, ЩО ВИНИКАЮТЬ ІЗ КРЕДИТНИХ ПРАВОВІДНОСИН

Аналізуються останні законодавчі зміни, судова практика та правові позиції вищих судових інстанцій, спрямовані на врегулювання підвідомчості третейським судам справ, що виникають із кредитних правовідносин, з позиції їх можливого практичного застосування.

Ключові слова: кредитні правовідносини, підвідомчість, третейський суд, захист прав споживачів.

Анализируются последние законодательные изменения, судебная практика и правовые позиции высших судебных инстанций, направленные на урегулирование подведомственности третейским судам дел, которые возникают из кредитных правоотношений, с позиции их возможного практического применения.

Ключевые слова: кредитные правоотношения, подведомственность, третейский суд, защита прав потребителей.

The recent legislative changes, the judicial practice and the legal clarifications of the higher courts, aimed at the settlement of the jurisdiction of courts of arbitration to consider cases that arise from credit relationships, from the standpoint of their possible practical applications, are analyzed.

Keywords: credit relationship, jurisdiction, court of arbitration, protection of consumer rights.

Спори, що виникають із кредитних правовідносин, а також процесуальний порядок їх розгляду вже протягом декількох років є предметом обговорення як теоретиків, так і практиків цивільного процесуального права. Така увага до даної категорії справ обумовлюється їхньою численністю (на теперішній час вони складають основну частину всіх цивільних справ, що розглядаються судами загальної юрисдикції), тенденцією до збільшення, а головне – відсутністю єдиної судової практики їх вирішення.

Так, розглядаючи справи, що виникають із кредитних правовідносин, суди по різному застосовують не лише норми матеріального права, а й процесуального. Зокрема, **актуальним** є питання підвідомчості справ даної категорії, дослідження якого є важливими для вдосконалення цивільного процесуального законодавства України, оскільки відповідає потребам практики та є нагальними завданнями розвитку теорії цивільного процесуального права.

У чинному Цивільному процесуальному кодексі України (далі – ЦПК) [1] не вживається термін "підвідомчість". Але деякі науковці і нині все-таки аналізують його у своїх працях [2, с. 189-227], інші – розкривають сутність інституту "юрисдикція суду" [3, с. 43-48].

Зміст інституту підвідомчості складає розмежування компетенції різних юрисдикційних органів щодо розгляду й вирішення спорів та інших правових питань. Підвідомчість ще можна розглядати як певну властивість конкретних правовідносин у разі виникнення спору потрапляти під відання (входити до юрисдикції) того чи іншого органу; або ж її визначають як коло справ, вирішення яких віднесено законом до компетенції певного державного чи громадського органу [4, с. 194-198].

На сьогоднішній день визначальною стає проблема не стільки розподілу компетенції між різними юрисдикційними органами щодо вирішення цивільних справ, скільки між самими судами: цивільними, кримінальними, господарськими й адміністративними судами, а також Конституційним Судом України [5, с. 178].

Крім того існує проблема підвідомчості справ третейським судам, звернення до яких є альтернативним способом вирішення спорів.

Окремі аспекти підвідомчості справ третейським судам досліджували Ю.Д. Притика [6], П.М. Тимченко [7], П.В. Куфтирєв [8], С.А. Курочкін [9] та інші.

Однак, незважаючи на широкий спектр досліджень проблем підвідомчості справ третейським судам, низка питань залишилися поза увагою дослідників або видаються дискусійними. Це стосується, насамперед, питання підвідомчості третейським судам справ, що виникають із кредитних правовідносин. Тема, обрана для дослідження, є досить вузькою але маловивченою, та не була предметом самостійного наукового дослідження.

Крім того, слід визнати, що достатньої уваги даному питанню з врахуванням останніх внесених законодавчих змін та правових позицій Верховного Суду України та Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ у вітчизняній правовій науці на теперішній час не приділено.

Метою даного дослідження є визначення концептуальних засад удосконалення законодавства в частині визначення підвідомчості справ, що виникають із кредитних правовідносин.

Відповідно **завданнями** даної статті є аналіз останніх законодавчих змін, судової практики та правових позицій вищих судових інстанцій, спрямованих на врегулювання підвідомчості справ даної категорії, з позиції їх можливого практичного застосування.

Гарантуючи право кожного на судовий захист з боку держави, Конституція України водночас визнає право кожного будь-якими не забороненими законом засобами захистити свої права і свободи від порушень і протиправних посягань (ч. 5 ст. 55 Конституції України). Це конституційне право не може бути скасоване або обмежене (ч. 2 ст. 22, ст. 64 Конституції України) [10].

Відповідно до Рішення Конституційного Суду України № 1-рп/2008 від 10 січня 2008 року [11], ст. 17 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України), ст. 5 Закону України "Про третейські суди" [12] юридичні та/або фізичні особи мають право передати на розгляд третейського суду будь-який спір, який виникає з цивільних чи господарських правовідносин, крім випадків, передбачених законом. Спір може бути переданий на розгляд третейського суду за наявності між сторонами третейської угоди.

Реалізуючи таке право, банки України в зміст кредитних договорів включали третейське застереження про розгляд спору у третейському суді (як правило, Третейський суд при Асоціації українських банків) у разі неможливості його вирішення шляхом переговорів між сторонами.

Згідно з п. 6 ч. 1 ст. 207 ЦПК якщо між сторонами укладено договір про передачу спору на вирішення до третейського суду і від відповідача надійшло до початку з'ясування обставин у справі та перевірки їх доказами заперечення проти вирішення спору в суді, суд постановляє ухвалу про залишення заяви без розгляду.

Така судова практика існувала до прийняття Закону України № 2983-VI від 03 лютого 2011 року [13], яким ст. 6 Закону України "Про третейські суди" було доповнено пунктом 14, згідно з яким справи із захисту прав споживачів, у тому числі споживачів послуг банків і кредитних спілок, не підлягають розгляду третейськими судами.

Після прийняття даної норми виникли розбіжності в судовій практиці, щодо вирішення питання про прийняття позовних заяв від споживачів послуг банків, які

включили третейське застереження в кредитний договір до 11 березня 2011 року (до набрання чинності Законом України № 2983-VI від 03 лютого 2011 року).

Деякі суди продовжували залишати такі заяви без розгляду на підставі п. 6 ч. 1 ст. 207 ЦПК, інші відкривали провадження по справі та задовольняли позовні вимоги громадян-споживачів про визнання договорів в частині третейського застереження щодо вирішення спорів третейським судом незаконними.

Так, Рішенням Тернопільського міськрайонного суду Тернопільської області від 22 червня 2010 року позов громадянина-споживача до Акціонерно-комерційного банку соціального розвитку "Укрсоцбанк" про визнання дій неправомірними, умов договору незаконними, відшкодування моральної шкоди задоволено частково. Зокрема було визнано п. 6.3 договору у вигляді третейського застереження щодо вирішення спорів третейським судом незаконним.

Рішенням апеляційного суду Тернопільської області від 9 вересня 2010 року рішення суду першої інстанції скасовано та в частині позовної вимоги про визнання незаконним п. 6.3 договору ухвалено нове рішення, яким в задоволенні цієї вимоги відмовлено. Позовну заяву в частині інших позовних вимог залишено без розгляду з підстав, передбачених п. 6 ч. 1 ст. 207 ЦПК.

Ухвалою Верховного Суду України від 24 березня 2011 року рішення апеляційного суду Тернопільської області було залишено без змін [14].

Свої рішення про залишення таких заяв без розгляду суди мотивували тим, що відповідно до ст. 5 Цивільного кодексу України акти цивільного законодавства регулюють відносини, які виникли з дня набрання ними чинності. Акт цивільного законодавства не має зворотної дії у часі, крім випадків, коли він пом'якшує або скасовує цивільну відповідальність особи.

Отже, з огляду на зазначені положення вважати недійсним третейське застереження укладене до набрання чинності змінами до ст. 6 Закону України "Про третейські суди" немає підстав, а тому за наявності між сторонами третейського застереження громадяни-споживачі, які вважають свої права порушеними, повинні звертатися саме до третейського суду.

Проте, деякі практики встановлені в договорі застереження про розгляд спорів між сторонами кредитного договору остаточно третейським судом взагалі вважали порушенням конституційних прав і свобод позивача на його захист в судовому порядку.

Згідно з роз'ясненнями, викладеними в абз. 5 п. 2 постанови Пленуму Верховного Суду України від 12 червня 2009 року № 2 "Про застосування норм цивільного процесуального законодавства при розгляді справ у суді першої інстанції" [15] та в п. 3 постанови пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ № 5 від 30 березня 2012 року "Про практику застосування судами законодавства при вирішенні спорів, що виникають із кредитних правовідносин" [16] *договір сторін про передачу спору на розгляд третейського суду, не є відмовою від права на звернення до суду за захистом, а є одним із способів реалізації права на захист своїх прав та інтересів*. А тому третейська угода не може бути визнана недійсною.

Так, у березні 2012 року до ВСУ звернулося ПАТ "Укрсоцбанк" із заявою про перегляд рішення Єнакіївського міського суду Донецької області від 22 червня 2011 року, рішення апеляційного суду Донецької області від 13 вересня 2011 року та ухвали колегії суддів судової палати у цивільних справах ВССУ від 1 грудня 2011 року, посилаючись на неоднакове застосування судами касаційної інстанції одних і тих самих норм ма-

теріального права, унаслідок чого ухвалено різні за змістом судові рішення щодо визнання недійсною умови кредитного договору про третейський розгляд спорів.

Постановою ВСУ від 06 червня 2012 року ухвалу колегії суддів судової палати у цивільних справах ВССУ від 1 грудня 2011 року було скасовано, справу направлено на новий розгляд до суду касаційної інстанції. ВСУ не погодився з висновками ВССУ щодо задоволення позовних вимог та визнання недійсним пункту 6.2 кредитного договору, який містить умову про третейський розгляд спорів [17].

Така правова позиція була сформульована ВСУ за наслідками розгляду заяв про перегляд судових рішень з мотивів неоднакового застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм матеріального права у подібних правовідносинах. Вона була доведена до відома апеляційних судів областей, міст Києва та Севастополя, апеляційного суду Автономної Республіки Крим, як обов'язкова для всіх судів України, інформаційним листом ВССУ № 10-1393/04-12 від 27 вересня 2012 року [18].

У зв'язку із цим, суди не мають передбачених законом підстав при наявності третейського застереження в кредитному договорі визнавати його недійсним.

Одночасно відповідно до роз'яснень постанови пленуму ВССУ № 5 від 30 березня 2012 року за наявності у кредитному договорі третейського застереження (окремої третейської угоди) при вирішенні спору суд має враховувати положення п. 14 ч. 1 ст. 6 Закону України від 11 травня 2004 року № 1701-IV "Про третейські суди" про те, що справи щодо захисту прав споживачів, у тому числі споживачів послуг банку (кредитної спілки), не підлягають розгляду третейськими судами. Тому *за наявності вказаного третейського застереження (окремої третейської угоди) залишення позовної заяви споживача без розгляду на підставі п. 6 ч. 1 ст. 207 ЦПК є неприпустимим*. Незважаючи на третейське застереження, такі заяви підлягають розгляду та вирішенню, в тому числі – при наявності відповідного рішення третейського суду, прийнятого за межами його компетенції.

Аналізуючи вищенаведені правові позиції вищих судових інстанцій, приходимо до наступних висновків:

1) договір сторін про передачу спору на розгляд третейського суду, не є відмовою від права на звернення до суду за захистом, а є одним із способів реалізації права на захист своїх прав та інтересів.

Якщо дане роз'яснення тлумачити прямо, його можна зрозуміти так, що за наявності третейського застереження у сторін існує виключно правова можливість, а не обов'язок на звернення до третейського суду і для такого звернення потрібна наявність волі обох сторін. У такому випадку, не зважаючи на наявність третейського застереження у договорі, сторона може звернутися до державного суду, а її позовна заява не може бути залишена без розгляду на підставі п. 6 ч. 1 ст. 207 ЦПК. Тоді втрачається сутність самої третейської угоди, а п. 6 ч. 1 ст. 207 ЦПК взагалі не може бути застосовано.

Очевидно, ВССУ, даючи таке роз'яснення, мав на увазі інше. Особа наділена конституційним правом обирати спосіб захисту своїх порушених прав та інтересів. Він може бути як судовий, так і альтернативний судовому. Підписуючи третейську угоду, особа виражає власну згоду на вирішення спору саме третейським судом, тому говорити про порушення конституційних прав і свобод позивача на його захист в судовому порядку не можна. *Реалізація права на альтернативний судовому захист порушених прав не є відмовою від права на судовий захист, хоча і перешкоджає подальшому зверненню до державного суду, оскільки тре-*

тейська угода передбачає обов'язок звернення саме до третейського суду у разі виникнення спору.

2) суди не мають передбачених законом підстав при наявності в кредитному договорі третейського застереження, яке було включене до 11 березня 2011 року (до набрання чинності Законом України № 2983-VI від 03 лютого 2011 року) визнавати його недійсним.

Отже, таке третейське застереження є дійсним, а як наслідок обов'язковим до виконання (Див. п. 1 висновків). Особа зобов'язана звернутися спочатку до третейського суду, яким відповідно до вимог ст. 27 Закону України "Про третейські суди" буде розглядатися питання про його компетенцію розглядати поданий до суду конкретний позов громадянина-споживача, а саме: чи є переданий на розгляд третейського суду спір за поданим позовом спором щодо захисту прав споживачів чи ні. Лише у випадку, коли третейський суд прийде до висновку, що спір стосується захисту прав споживачів, цей спір не підлягає розгляду у третейському суді, а позивач може звернутися з позовом до державного суду.

Таке вирішення ситуації, яка сьогодні склалась з третейськими угодами громадян-споживачів послуг банків, випливає з норм законодавства. Проте його не можна назвати логічним. Споживачу для захисту свого порушеного права обов'язково потрібно звернутись до третейського суду для визнання спору непідвідомчим останньому, не зважаючи на те, що це вже встановлено законом.

Враховуючи зазначене, а також те, що спір все одно буде розглядатись державним судом, з метою економії часу споживача, ВССУ дав наступне роз'яснення.

3) за наявності третейського застереження (окремої третейської угоди) залишення позовної заяви споживача без розгляду на підставі п. 6 ч. 1 ст. 207 ЦПК є неприпустимим.

Позиція ВССУ є цілком обґрунтованою, проте, на наш погляд, вона суперечить змісту ст. 207 ЦПК, яка передбачає вичерпний перелік обов'язкових підстав залишення позовної заяви без розгляду та не передбачає виключень із нього.

Тому для узгодження судової практики з нормами процесуального законодавства пропонуємо п. 6 ч. 1 ст. 207 ЦПК викласти у наступній редакції: *"6) між сторонами укладено договір про передачу спору на вирішення до третейського суду і від відповідача надійшло до початку з'ясування обставин у справі та перевірки їх доказами заперечення проти вирішення спору в суді (крім справ про захист прав споживачів)"*.

Таким чином, на сьогоднішній день спори про захист прав споживачів послуг банків (кредитних спілок) третейським судам не підвідомчі. Проте вони складають лише частину всіх спорів, що виникають із кредитних правовідносин.

Спочатку ВСУ зайняв позицію, що застосування Закону України "Про захист прав споживачів" [19] до спорів, які виникають з кредитних правовідносин, можливе лише в тому разі, якщо предметом і підставою позову є питання надання інформації споживачеві про умови отримання кредиту, типи відсоткової ставки, валютні ризики, процедура виконання договору тощо, які передують укладенню договору. Після укладення договору між сторонами виникають кредитні правовідносини, тому до спорів щодо виконання цього договору цей закон не може застосовуватись, а застосуванню підлягає спеціальне законодавство в системі кредитування. Таке роз'яснення було надане в Узагальненні судової практики розгляду цивільних справ, які виникають з кредитних правовідносин (2009-2010 роки) ВСУ від 7 жовтня 2010 року [20]. Тобто, спором про захист прав споживачів

послуг банків вважався лише спір, який виник на стадії укладання договору про надання фінансових послуг.

На сьогоднішній день, відповідно до Рішення КСУ № 15-рп/2011 від 10 листопада 2011 року [21] дія Закону України "Про захист прав споживачів" поширюється на правовідносини між кредитором та позичальником (споживачем) за договором про надання споживчого кредиту, що виникають як під час укладення, так і виконання такого договору, а попередня правова позиція ВСУ була виключена з вищезгаданого узагальнення.

Крім того, слід враховувати, що позивачем у справі про захист прав споживачів може бути лише сам споживач, тобто фізична особа (п. 22 ч. 1 ст. 1 Закону України "Про захист прав споживачів").

Сторонами по спору, що виник із кредитних правовідносин, та підлягає вирішенню в порядку цивільного судочинства, можуть бути банк (кредитна спілка) з однієї сторони та як фізичні, так і юридичні особи з іншої. При цьому варто зауважити, що юридичні особи можуть бути стороною спору з кредитних правовідносин, що підлягає вирішенню в порядку цивільного судочинства, лише коли у справі присутня фізична особа-поручитель.

Враховуючи те, що банки та юридичні особи не є споживачами відповідно до положень вищенаведеного Закону України, *позови банків до фізичних осіб, а також кредитні спори між банками та юридичними особами підвідомчі третейським судам, а отже повинні бути передані на розгляд третейського суду за умови наявності третейського застереження.*

Враховуючи останні законодавчі зміни, судову практику та правові позиції вищих судових інстанцій, спрямовані на врегулювання підвідомчості третейським судам справ, що виникають із кредитних правовідносин, приходимо до висновку, що, у разі наявності третейської угоди, справи даної категорії підвідомчі третейським судам, крім справ про захист прав споживачів послуг банків (кредитних спілок). Проте, положення ЦПК потребують внесення змін для узгодження судової практики з нормами процесуального законодавства.

1. Цивільний процесуальний кодекс України: Закон Верховної Ради України від 18.03.2004 № 1618-IV // Офіційний вісник України. – 2004. – № 16. – Ст. 1088 (з подальшими змінами та доповненнями).
2. Штефан М.І. Цивільне процесуальне право України: Підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. – К.: Концерн "Видавничий Дім "Ін Юре", 2005. – 624 с.
3. Цивільний процес: навчальний посібник. / А.В. Андрушко, Ю.В. Білоусов, Р.О. Стефанчук, О.І. Угриновська та ін. / За ред. Ю.В. Білоусова. – К.: Прецедент, 2005. – 172 с.
4. Вихованський К. В. Юрисдикція та підсудність цивільних справ / К. В. Вихованський // Університетські наукові записки. Часопис Івано-Франківського університету права імені Короля Данила Галицького. – 2009. – № 1. – с. 194-198.
5. Проблеми теорії та практики цивільного судочинства: Монографія / В.В. Комаров, В.І. Тертишніков, В.В. Баранкова та ін.; За заг. ред. професора В.В. Комарова. – Х.: Харків юридичний, 2008. – 928 с.
6. Притика Ю. Д. Проблеми захисту цивільних прав та інтересів у третейському суді: Монографія. – К.: Видавничий Дім "Ін Юре", 2006. – 636 с.
7. Тимченко П. М. Проблеми судової підвідомчості: автореф. дис... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 "цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право" / П. М. Тимченко; Нац. юрид. академія ім. Я. Мудрого. – Х., 2000. – 20 с.
8. Закон України "Про третейські суди": науково-практичний коментар / [П. В. Куфтирєв, В. І. Нагнибіда, Р. О. Стефанчук та ін.]; За заг. ред. Ю. В. Білоусова та П. В. Куфтирєва. – К.: Правова єдність, 2008. – 432 с.
9. Курочкин С. А. Теоретико-правовые основы третейского разбирательства в Российской Федерации: дисс. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.15 "гражданский процесс; арбитражный процесс" / С. А. Курочкин; Уральская государственная юридическая академия. – Екатеринбург, 2004. – 216 с.
10. Конституція України: Закон Верховної Ради України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР // Офіційний вісник України. – 2010. – № 72/1. – Ст. 2598.
11. Рішення Конституційного Суду України у справі про завдання третейського суду від 10.01.2008 р. № 1-рп/2008 // Вісник Конституційного суду України. – 2008. – № 1 – стор. 37.
12. Про третейські суди: Закон Верховної Ради України від 11.05.2004 р. № 1701-IV // Офіційний вісник України. – 2004. – № 23. – Ст. 1540 (з подальшими змінами та доповненнями).
13. Про внесення змін до статті 6 Закону України "Про третейські суди" щодо підвідомчості справ у сфері захисту прав споживачів третейським судам: Закон Верховної Ради України від 03.02.2011 р. № 2983-VI // Офіційний вісник України. – 2011. – № 16. – Ст. 647. 14.

Ухвала Верховного Суду України від 24.03.2011 р. — Справа № 6-58738св10 // Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/15090106> 15. Про застосування норм цивільного процесуального законодавства при розгляді справ у суді першої інстанції: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 12.06.2009 р. № 2 // Вісник Верховного суду України. — 2009. — № 8, стор. 3. 16. Про практику застосування судами законодавства при вирішенні спорів, що виникають із кредитних правовідносин: Постанова пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 30.03.2012 р. № 5 // Закон і Бізнес. — 2012. — № 18. 17. Постанова Верховного Суду України від 06.06.2012 р. — Справа № 6-50цс12 // Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/24976431> 18. Про практику застосування судами законодавства при вирішенні спорів, що виникають із кредитних правовідносин: Інформаційний лист Вищого спеціалізованого

суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 17.09.2012 р. № 10-1393/04-12 // Режим доступу: <http://sc.gov.ua/ua/informacijni-listi.html> 19. Про захист прав споживачів: Закон Верховної Ради УРСР від 12.05.1991 р. № 1023-XII // Відомості Верховної Ради УРСР. — 1991. — № 30. — Ст. 379 (з подальшими змінами та доповненнями). 20. Судова практика розгляду цивільних справ, що виникають з кредитних правовідносин (2009-2010 роки): Узагальнення Верховного Суду України від 07.10. 2010 р. // Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/VSS00014.html 21. Рішення Конституційного Суду України у справі про захист прав споживачів кредитних послуг від 10.11.2011 р. № 15-рп/2011 // Вісник Конституційного суду України. — 2012. — № 1 — стор. 23.

Надійшла до редколегії 28.09.12

УДК 347.122

А. Сороченко, здобувач

ПІДСТАВИ НАБУТТЯ КОРПОРАТИВНИХ ПРАВ ТА МОМЕНТ ВИНИКНЕННЯ КОРПОРАТИВНИХ ПРАВОВІДНОСИН ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Дана стаття присвячена дослідженню особливостей підстав набуття корпоративних прав в Україні та питанням визначення моменту виникнення корпоративних правовідносин в Україні.

Ключові слова: підстави набуття, момент виникнення, корпоративні відносини, корпоративні права.

Даная статья посвящена исследованию особенностей оснований для приобретения корпоративных прав в Украине и вопросам определения момента возникновения корпоративных правоотношений в Украине.

Ключевые слова: основания для приобретения, момент возникновения, корпоративные правоотношения, корпоративные права.

This article is devoted to the research of particularities of the basis of corporate rights' acquisition and to the matters of definition of corporate relationships' appearance in Ukraine.

Key words: the basis of corporate rights' acquisition, the definition of corporate relationships' appearance, corporate rights, corporate relationships.

Проблема підстав набуття корпоративних прав є однією з найбільш нагальних проблем сучасного корпоративного права України, оскільки породжує чимало корпоративних конфліктів на практиці. Із наведеним питанням нерозривно пов'язана проблема визначення моменту виникнення корпоративних відносин, що обумовлена наявністю прогалин і колізій у нормативно-правових актах загального і спеціального правового регулювання. Вважаємо, що окремі питання є дещо недостатньо висвітленими у науковій літературі та потребують більш детального дослідження.

Таким чином, метою написання даної статті є дослідження підстав набуття корпоративних прав та визначення моменту виникнення корпоративних відносин за законодавством України, вивчення точок зору різних науковців із зазначених питань, напрацювання та обґрунтування власної наукової позиції із досліджуваної проблематики.

Науково-теоретичну основу дослідження складають праці українських та зарубіжних вчених, зокрема С. В. Батрина, В. Васильєвої, О. М. Вінник, О. А. Воловик, Е. Голодницького, О. Р. Кібенко, В. М. Кравчука, В. П. Мозоліна, І. Б. Саракун, І. Т. Тарасова, О. С. Швиденко та багатьох інших.

В. М. Кравчук [1, с. 263] та І. Б. Саракун [2, с. 7] поділяють підстави виникнення корпоративних правовідносин на первісні і похідні. На думку вченого, створення товариства є головною первинною підставою виникнення корпоративних правовідносин, а похідними підставами є всі інші способи набуття участі у господарських товариствах, зокрема, на підставі договору. Причому право участі виникає виключно первісним способом, оскільки воно є особистим, а тому не переходить до інших осіб. Натомість право на частку є майновим, а тому може виникати як первісним, так і похідним способами.

Подібної точки зору дотримується Е. Голодницький [3]. До первинних підстав набуття учасником корпоративних прав вчений відносить, зокрема, створення засновником господарської організації або підписку на акції при створенні акціонерного товариства; прийняття

нового учасника в корпорацію за умови збільшення установчого капіталу; внесення існуючим учасником додаткових вкладів при збільшенні установчого капіталу та інші. В даному випадку правовідносини виникають з моменту державної реєстрації товариства. До похідних підстав вчений відносить відчуження (відступлення) корпоративних прав на підставі договорів, надання відповідей прав у довірче управління на праві довірчої власності за договором управління майном, набуття корпоративних прав за рішенням суду тощо.

Погодимося з точкою зору Е. Голодницького щодо того, що у разі набуття корпоративних прав за цивільно-правовими угодами купівлі-продажу, міни, дарування моментом набуття корпоративних прав є момент укладення договору або момент, визначений у договорі, але не раніше нотаріального посвідчення або державної реєстрації договору, якщо вони є обов'язковими за законом.

З точки зору С. В. Батрина, корпоративні правовідносини, залежно від встановлення моменту їх виникнення розглядаються як такі, що: а) виникають з моменту державної реєстрації корпорації; б) виникають до моменту державної реєстрації корпорації та продовжують своє існування після утворення нового суб'єкта права [4, с. 9].

На думку В. Васильєвої, моментом виникнення корпоративного правовідношення є особливий юридичний факт — реєстрація юридичної особи. На підставі вищевикладеного можна дійти висновку, що ключовим у виникненні корпоративних відносин є момент інкорпорації юридичної особи. Однак при цьому треба мати на увазі, що мова йде про правовий зв'язок, який виникає між засновниками (учасниками юридичної особи) та самою юридичною особою як похідним суб'єктом [5].

О. М. Вінник стверджує, що корпоративними відносинами слід вважати велику групу різноманітних відносин, що виникають за участю: 1) засновників та учасників господарських організацій будь-якого типу у процесі набуття ними цього статусу, реалізації наданих останнім правомочностей та припинення участі у такій організації; 2) самої організації, яка діє в особі органів

управління та контролю, їх посадових осіб, уповноважених учасників у процесі прийняття юридично значущих рішень, виконання дій або навіть бездіяльності тощо [6, с. 297].

Ми погоджуємося з вищенаведеними науковими позиціями. В той же час, зазначимо, що і первісні, і похідні підстави набуття корпоративних прав нерозривно пов'язані з належним виконанням учасниками своїх обов'язків, встановлених законодавством. Відповідно до ч.3 ст.167 Господарського кодексу України (ГКУ) корпоративними є відносини, які виникають, змінюються чи припиняються стосовно корпоративних прав [7].

З точки зору В. М. Кравчука, про будь-яку участь у товаристві може йтися лише після створення товариства, адже українське законодавство не визнає правосуб'єктності за незареєстрованими товариствами, як, наприклад, у німецькому законодавстві [8, с. 11]. Однак на практиці виникають проблеми при реалізації обов'язку щодо внесення майна до статутного капіталу господарського товариства. Принциповим питанням у даному разі є момент виникнення корпоративних відносин. Якщо вважати, що нові особи стали учасниками з моменту внесення змін до статуту та затвердження їх у ЄДР, то, відповідно, у них виникає право на захист своїх корпоративних прав у разі прийняття "первинним" засновником рішення про виключення їх з товариства.

Якщо ж визначати момент виникнення корпоративних відносин як момент повного внесення вкладу до статутного фонду, то виходить, що засновники ТОВ, таким чином, на момент державної реєстрації не є учасниками товариства в дійсному розумінні цього поняття, а є саме його **засновниками**. **Учасниками** вони стануть після виконання свого безпосереднього обов'язку, передбаченого Законом та статутними документами – моменту внесення до статутного капіталу своєї частки.

Відповідно до статті 60 Закону "Про господарські товариства" загальні збори учасників товариства з обмеженою відповідальністю вважаються повноважними, якщо на них присутні учасники (представники учасників), що володіють у сукупності більш як 60 відсотками голосів [9]. З іншого боку, кількість голосів розраховується відповідно до майна, яке внесене учасниками до статутного капіталу товариства. Таким чином, Законом "Про господарські товариства" презюмується, що учасники внесли свої вклади належним чином. Тобто сукупність голосів слід відраховувати не від задекларованого в статуті розміру статутного капіталу, а від фактично внесених (сплачених) часток, від яких розраховуються наявні голоси.

Деякі місцеві господарські суди відстоюють подібну правову позицію в конкретних справах. Так, наприклад, господарський суд у справі про захист корпоративного права визначив, що рішенням загальних зборів учасників ТОВ про виключення позивача з товариства його права не порушено, оскільки позивач, який відповідно до статуту був засновником (учасником) товариства, не вніс своєї частки до статутного капіталу, не набув корпоративних прав. Суд, відмовляючи у позові, вказав, що корпоративні права мають похідний характер від прав учасника товариства [10].

У той же час, іншим судом у ситуації, коли учасники не внесли своїх часток до статутного капіталу, зроблено протилежні висновки. Так, суд вважає, що оскільки статутний фонд товариства на час прийняття нових учасників було майже повністю сформовано, то зміна складу учасників товариства вказує, що статутний капітал було перерозподілено між ними на вказані у статуті частки, а тому особи, які стали новими учасниками товариства, набули корпоративних прав та мають право вирішального голосу, вказаного у статуті. Суд прийняв

рішення лише на підставі статуту та відхилив доводи товариства про те, що частки новими учасниками не сплачувалися [11].

Вважаємо останнє рішення дещо спірним, оскільки фактично воно означає, що необхідно скликати загальні збори ТОВ, на яких учасники, які не повністю сплатили свої частки, будуть мати право вирішального голосу. На нашу думку, зазначені ситуації будуть провокувати корпоративні конфлікти, а корпоративний спір як остаточно стадія корпоративного конфлікту та одночасно окремих правових конфліктів може загрожувати організаційній спроможності господарського товариства застосуванням забезпечувальних заходів щодо обмеження його функціонування [12, с. 9].

Окремі науковці по-різному визначають правову природу статуту. Відповідно до пункту 14 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 24.10.2008 р. № 13 [13] статут юридичної особи за змістом ч.2 ст. 20 ГКУ є актом, який визначає правовий статус юридичної особи, оскільки він містить норми обов'язкові для учасників товариства, його посадових осіб та інших працівників, а також визначає порядок затвердження та внесення змін до статуту. Статут не є одностороннім правочиним, оскільки затверджується (змінюється) загальними зборами учасників (засновників, акціонерів), які не є ні суб'єктом права, ні органом, який здійснює представництво товариства. Не є статут і договором, оскільки змінюється не згодою всіх учасників, а більшістю у $\frac{3}{4}$ голосів акціонерів чи простою більшістю голосів учасників. Тому видається дещо спірною позиція Татюкова В. І. щодо того, що установчий договір є нормативним договором двох і більше суб'єктів про встановлення прав і обов'язків як загальних правил поведінки [14, с. 8].

Відповідно до ч. 3 ст. 9 Закону "Про акціонерні товариства" (далі – Закон "Про АТ") засновниками може укладатися засновницький договір, у якому визначаються, зокрема, строк і форма оплати вартості акцій. Крім того, засновницький договір акціонерного товариства (на відміну від його статуту) не є установчим документом товариства і має діяти до дати реєстрації НКЦПФР звіту про результати закритого/приватного розміщення акцій [15]. Погодимося з думкою О. М. Вінник, що із цього правила можливі винятки (наприклад, у разі несхвалення загальними зборами акціонерів пов'язаних з його заснуванням дій засновників, останні мають відповідати на підставі ст. 12 Закон "Про АТ" як особи, які прийняли рішення про заснування акціонерного товариства і уклали засновницький договір) [16, с. 48-49].

Погодимося із висновком ВСУ, зазначивши однак, що своєрідною "передумовою" кожного статуту є установчий договір – тобто правочин, метою укладення якого є створення господарської організації. Як вірно стверджує В. П. Мозолін, установчі договори є юридичними фактами, які породжують корпоративні відносини, є початковою стадією їх існування [17, с. 31]. Крім того, відповідно до статті 24 Закону "Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців" для проведення державної реєстрації юридичної особи державному реєстратору потрібно подавати не лише установчі документи, але й примірник оригіналу або нотаріально посвідчену копію рішення засновників або уповноваженого ними органу про створення юридичної особи у випадках, передбачених законом [18]. При цьому відповідно до статті 87 Цивільного кодексу України (ЦКУ) для створення юридичної особи її учасники (засновники) розробляють установчі документи, які викладаються письмово і підписуються всіма учасниками (засновниками) [19].

На підставі викладеного, дозволимо собі сформулювати власне визначення статуту як локального нормативно-правового акту, який розробляється і затверджується внаслідок волевиявлення засновників (учасників) господарського товариства (що знаходить свій вираз у засновницькому договорі учасників), та метою якого є урегулювання питань діяльності товариства шляхом закріплення у ньому загальнообов'язкових правил поведінки для всіх учасників корпоративних відносин.

На користь викладеного свідчить також і законодавство зарубіжних країн. У Республіці Польща договір товариства вимагається в усіх випадках створення товариств. Статут акціонерного товариства поряд зі згодою засновників на утворення товариства та прийняття його акцій є частиною установчого договору. Разом з тим, статут, незважаючи на те, що він є складовою частиною установчого договору, не може з ним ототожнюватися [20, с. 145]. В англійському праві основним документом, який регулює відносини між пайовиками та компанією, а також пайовиків між собою, є внутрішній регламент [21, с. 52]. О. Р. Кібенко для позначення цього документа використовує термін "статут" [22, с. 127]. У прецедентній справі Wood v. Odessa Water Works суд відзначив, що внутрішній регламент є контрактом між пайовиками та самою компанією, а також між пайовиками [21, с. 54]. Таке ж розуміння статуту (внутрішнього регламенту) було висловлене Судом ЄС у справі Powell Duffryn v. Petereit (1992). О. Р. Кібенко відзначає, що такий підхід застосовується для можливості застосування цивільно-правових засобів для спонукання товариства та учасників до виконання обов'язків, закріплених у статуті [23, с. 15-16].

У науковій літературі залишається дискусійним питання про правовий статус акціонерів у проміжку між створенням товариства і набуття права власності на акції. На думку І. Т. Тарасова, не можна називати акціонерами власників акцій. "Акціонером називається особа, яка користується акціонерним правом на підставі участі її у створенні акціонерного капіталу, тобто в поняття про акціонера включений як суттєвий елемент не володіння акцією, якого може і не бути (коли акції не повністю оплачені), а користування акціонерним правом" [24, с. 406]. З точки зору О. С. Швиденко, законодавство України не надає можливості акціонерам здійснювати свої права раніше, ніж вони набудуть право власності на акції та будуть зараховані на рахунок їх власника (у реєстроутримувача чи зберігача) [25, 95-99].

У ст. 9 Закону "Про АТ" визначено етапи створення акціонерного товариства. Вважаємо, що у даному випадку момент виникнення корпоративних правовідносин має комплексний характер – тобто необхідна і державна реєстрація АТ, і видача засновникам документів, що підтверджують право власності на акції (13-й етап). На нашу погляд, це узгоджується з визначенням корпоративних прав, наведеному у статті 167 ГКУ, згідно з яким це права особи, частка якої визначається у статутному фонді (майні) господарської організації. Таким чином, законодавець для виникнення у особи корпоративних прав встановлює мінімум 2 підстави:

- 1) наявність господарської організації, створеної і зареєстрованої в установленому законодавством порядку;
- 2) наявність частки особи у статутному капіталі такої організації.

Співвідношення зазначених понять щодо учасників акціонерних відносин закріплено ЗУ "Про АТ": акціонерне товариство – господарське товариство, статутний капітал якого поділено на визначену кількість часток однакової номінальної вартості, корпоративні права за якими посвідчуються акціями (ст. 3); корпоративні пра-

ва – сукупність майнових і немайнових прав акціонера – власника акцій товариства, які випливають з права власності на акції (пункт 8 ст. 2); акціонерами товариства визнаються фізичні і юридичні особи, а також держава в особі органу, уповноваженого управляти державним майном, або територіальна громада в особі органу, уповноваженого управляти комунальним майном, які є власниками акцій товариства (ч.1 ст.4).

Водночас слід зауважити один момент, на який не звертає увагу законодавець: акціонер як власник акції не завжди має відповідні корпоративні права, оскільки останні стосуються певного АТ як емітента таких акцій. Якщо товариство припинилося в процесі ліквідації або реорганізації (і виключено з відповідного реєстру), то акціонер, який не реалізував з певних причин своє право на участь в розподілі майна товариства у разі його ліквідації або свої права, що виникають у зв'язку з реорганізацією товариства та пов'язаною з цим конвертацією акцій (п. 1 ч. 1 ст. 68, ч. 2 і ч. 4 ст.80 Закону "Про акціонерні товариства", втрачає корпоративні права щодо АТ, яке припинилося як юридична особа.

У зв'язку з цим принагідно згадати відповідно положення Закону "Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом" (далі – Закон "Про банкрутство") [26], відповідно до якого господарський суд відмовляє у прийнятті заяви про порушення провадження у справі про банкрутство, якщо боржник не включений до Єдиного державного реєстру підприємств та організацій України (абз. 1 ч. 2 ст. 8). Тобто законодавець визначає підставою для відмови у порушенні провадження у справі про банкрутство не відсутність факту державної реєстрації боржника, а саме факт відсутності його (боржника) у відповідному реєстрі, що може мати місце у разі ліквідації боржника чи його припинення в процесі реорганізації (поділу, приєднання, злиття, перетворення). На практиці можлива також ситуація, коли придбаваються акції товариства банкрута, яке за результатами ліквідаційної процедури зазнає ліквідації (ч. 2 ст. 42).

Таким чином, виходячи з буквального тлумачення норм наведеного законодавства, дозволимо собі стверджувати, що акціонером (власником корпоративних прав, які посвідчені акціями) особа може вважатися при наявності наступних умов:

- 1) внесення акціонерного товариства до Єдиного державного реєстру підприємств та організацій України в порядку, встановленому законодавством, із дотриманням вимог ч.5 ст.9 ЗУ "Про АТ" та наявності товариства в такому реєстрі на момент набуття емітованих акцій;

- 2) набуття права власності на акції у встановленому законодавством порядку, що нерозривно пов'язано із виконанням майбутніми акціонерами своїх обов'язків по відношенню до товариства.

Вважаємо, що при відсутності/недотриманні хоча б однієї із вищезазначених умов, особа не може вважатися акціонером (власником корпоративних прав) у розумінні ст. 4 ЗУ "Про АТ". Тому, на нашу думку, не можна вважати акціонерами (власниками корпоративних прав) осіб, які не повністю оплатили акції (абз. 3 ч. 2 ст. 3 ЗУ "Про АТ"), оскільки вони не виконали у повному обсязі свій обов'язок щодо оплати акцій перед товариством, встановлений, зокрема, статтею 117 ЦКУ, ч. 3 ст. 88 ГКУ.

Таким чином, ми дослідили підстави виникнення корпоративних прав за законодавством України та вивчили точки зору вчених-правознавців у даній сфері. Основні результати дослідження полягають у наступному:

- 1) підстави набуття корпоративних прав поділяються на первісні і похідні, крім того, вони нерозривно по-

в'язані з належним виконанням учасниками своїх обов'язків, визначених законодавством;

2) статут – це локальний нормативно-правовий акт, який розробляється і затверджується внаслідок волевиявлення засновників (учасників) господарського товариства (яке знаходить свій вираз у засновницькому договорі учасників), та метою якого є урегулювання питань діяльності товариства шляхом закріплення у ньому (статуті) загальнообов'язкових правил поведінки для всіх учасників корпоративних відносин;

3) для визнання особи акціонером – власником корпоративних прав необхідно: а) внесення акціонерного товариства до Єдиного державного реєстру підприємств та організацій України в порядку, встановленому законодавством, із дотриманням вимог ч.5 ст.9 ЗУ "Про АТ" та його (товариства) наявність в такому реєстрі на момент набуття емітованих ним акцій; б) набуття права власності на акції у встановленому законодавством порядку.

Акціонери, які не повністю оплатили акції, у випадках, визначених статутом товариства, відповідають за зобов'язаннями товариства у межах неоплаченої частини вартості належних їм акцій.

1. Кравчук В. М. Корпоративне право. Науково-практичний коментар законодавства та судової практики. – К.: Істина, 2008. – 720 с. 2. Саракун І. Б. Здійснення корпоративних прав учасниками (засновниками) господарських товариств. Автореферат дис. канд. юрид. наук. – К., 2008. – 20 с. 3. Е. Голодницький. Проект Корпоративного кодексу України (<http://www.corporatecode.org.ua/Chapter.aspx?id=17&Page=1>). 4. С. В. Батрин. Корпоративні правовідносини у господарському праві. Автореферат дис. канд. юрид. наук. – К., 2012. – 20 с. 5. В. Васильєва. До питання про поняття корпоративного права. <http://www.lawyer.org.ua/?w=r&i=99&d=421>. 6. Науково-практичний коментар Господарського кодексу України: 2-е видання, переробл. і доповн. / За заг. ред. Знаменського Г. Л., Щербини В. С.; Кол. авт.: О. А. Беляневич, О. М. Вінник, В. С. Щербина та ін. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – 720 с. 7. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 року № 436-IV / ВВР, 2003,

- №18-20, 21-22, с. 144. 8. В. М. Кравчук. Припинення корпоративних правовідносин в господарських товариствах. Автореф. дис. д.ю.н. – Харків, 2010. – 38 с. 9. Закон України "Про господарські товариства" від 19 вересня 1991 року № 1576-XII / ВВР, 1991, № 43, С. 682. 10. Господарський суд Закарпатської області. Справа № 3/65 від 30.04.2010 за позовом ОСОБИ_1 до ТОВ "Стефанія" про визнання недійсними рішення загальних зборів товариства від 20.01.2008. – <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/10004429> 11. Господарський суд Херсонської області. Справа № 5024/1735/2011 від 08.11.2011 за позовом ОСОБИ_1 та ОСОБИ_2 до ТОВ "Фот-Сервіс" про визнання недійсним рішення загальних зборів. <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/19335033>. 12. Воловик О. А. Господарсько-правове забезпечення корпоративних інтересів. – Автореферат дис. канд. юрид. наук. – Донецьк, 2005. – 20 с. 13. Постанова Пленуму Верховного Суду України від 24.10.2008 № 13 "Про практику розгляду судами корпоративних спорів". – <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/81b1c5a59140111fc2256bf7004f9cd3/171a4023aa56be9fc22574fd0051dd86?OpenDocument> 14. Татков В. І. Правова природа, склад та зміст установчих документів акціонерного товариства. Автореферат дис. канд. юрид. наук. – Донецьк, 2003. – 20 с. 15. Закон України "Про акціонерні товариства" від 17 вересня 2008 року № 514-VI / Урядовий кур'єр. – 2008. – 29 жовтня (№ 202). 16. О. М. Вінник. Науково-практичний коментар до Закону України "Про акціонерні товариства". – К., Юрінком Інтер, 2009. – 312 с. 17. В. П. Монолін. О юридической природе внутрикорпоративных отношений // Государство и право. – 2008. – № 3. – 95 с. 18. Закон України "Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців" від 15.05.2003 № 755-IV / ВВР, 2003, № 31-32, с. 263. 19. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року № 435-IV / ВВР, 2003, №№ 40-44, с. 356. 20. Яценко С. І. Корпоративне право Республіки Польща: Науково-практичний посібник. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – 874 с. 21. Половников Г. В. Английское право о компаниях: закон и практика: Учебное пособие. – М.: Издательство "НИМП", 1999. – 171 с. 22. Кибенко Е. Р. Корпоративное право Великобритании. Законодательство. Прецеденты. Комментарии. – 2003. – 632 с. 23. Кибенко О. Р. Сучасний стан та перспективи правового регулювання корпоративних відносин: порівняльно-правовий аналіз права ЄС, Великобританії та України. – Автореферат дис. докт. юрид. наук. – Харків, 2006. – 40 с. 24. Тарасов І. Т. Учение об акционерных компаниях. – М.: Статут, 2000. – 893 с. 25. Швиденко О. С. Акція як об'єкт права власності: дис. канд. юрид. наук. – Київ, 2006. – 210 с. 26. Закон України "Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом" від 14.05.1992 № 2343-XII / ВВР, 1992, № 31, с. 440.

Надійшла до редколегії 28.09.12

УДК 340.11: 32

О. Назаренко, асп.

ПОЛІТИЧНА СИСТЕМА СУСПІЛЬСТВА: СУТНІСТЬ, ОСНОВНІ РИСИ, ФУНКЦІЇ

У статті досліджено різноманітні наукові підходи, щодо поняття політичної системи, розглянуто структуру, визначено властиві їй ознаки та представлено перелік здійснюваних функцій.

Ключові слова: політична система, структура, основні риси, функції.

В статье исследованы различные научные подходы к понятию политическая система, рассмотрено структуру, определены свойственные ей признаки и представлен перечень выполняемых функций.

Ключевые слова: политическая система, структура, основные черты, функции.

In the article different scientific approaches concerning notion of political system are studied, the structure is examined, its peculiar features are defined and enumeration of the performed functions are presented.

Key words: political system, structure, basic feature, functions.

На сьогоднішній день в Україні відбуваються постійні зміни, які пов'язуються з розвитком та направленням українського суспільства і держави на укріплення демократичних, а також правових засад функціонування політичної системи. Розглядаючи її сучасний стан, перспективи подальшого розвитку, слід приділити безпосередню увагу саме особливостям її внутрішньої організації, притаманних для неї властивостям взаємодії структурних елементів між собою, завдяки яким вона утворюється. Наявність політичної системи дає можливість розкрити цілісність, динамізм і структуру політичного життя, характерних йому ознак, які визначаються роллю і місцем самої політики у суспільстві. Позитивна організація суспільного політичного життя пов'язується з побудовою високих моральних якостей та приділенням більшої уваги вихованню духовної та соціальної єдності народу, нейтралізації негативних течій та тенденцій в розвитку суспільства.

Вивченням такої категорії, як "політична система суспільства" займається сучасна політологія і набирає

обертів поглиблена увага з точки зору сучасної теорії держави і права, але об'єктивно можна зазначити про те, що вона посідає вагоме місце серед зазначених наукових дисциплін. Поряд з цим її важливість відображається не тільки у суто теоретичному значенні, але і особливо завдяки властивості реалізації на практиці.

Метою даної статті є дослідження сутності "політичної системи суспільства", шляхом розкриття її структури, притаманних їй основних рис та функцій. Для досягнення поставленої мети, перш за все, необхідне висвітлення наукових підходів для того щоб визначити, що слід розуміти під політичною системою, зазначити про властиві їй ознаки та надати перелік здійснюваних нею функцій.

Значущість політичної системи обумовлена важливістю її, як суспільно – політичного феномену, що є складовою частиною або як її ще називають підсистемою сукупної суспільної системи. Важливе місце при аналізі її значимості також відіграє те, як визначається саме поняття "політичної системи", так і те, як вона вза-

емодіє з іншими підсистемами: правовою, економічною, соціальною, культурною, етичною та ідеологічною. Проблемою становлення та розвитку політичної системи, а також розробленням різних теоретико – правових підходів її визначення займаються такі провідні вчені: В.Журавський, І.Курас, Ф.Рудич, Р. Балабан, М. Кельман, О.Мурашин, В.Бебик, А.Француз, П.Горбатенко, О.Скрипнюк, О.Демидов, А.Юсов, Л.Селезньова, С.Андрєєв, А.Мазіна, П.Шляхтун, Ю. Аверьяновим, В.Погорілко та багато інших.

На думку таких вчених, як М. Кельман та О. Мурашин політична система – це "інтегрована сукупність державних і недержавних соціальних інститутів, які здійснюють владу, управління справами суспільства, регулюють взаємовідносини між громадянами, соціальними групами, націями, державами, що забезпечують стабільність суспільства, певний соціальний порядок" [5, с.145] У визначенні П.Шляхтуна політична система – це "інтегрована сукупність політичних інститутів, що здійснює владне керівництво та управління суспільством" [11, с.236]. Досить обґрунтованим є визначення К.Волинка відповідно до якого політична система – "це сукупність політичних інститутів та організацій, політичної діяльності, політичних відносин, політичних норм, принципів і традицій, політичної свідомості, культури та ЗМІ у їх взаємодії, які відображають інтереси і волю соціальних об'єднань, що реалізують політичну владу, борються за її здійснення у рамках права через державу" [2, с.23]. Для В.Погорілко політична система України являє собою "сукупність передбачених Конституцією і законами політичних спільностей, політичних організацій та інших політичних інститутів, що забезпечують функціонування і розвиток суспільства завдяки політичній владі" [9, с.9]. А.Юсов характеризує політичну систему так, що це "цілісна, впорядкована сукупність політичних інститутів, політичних відносин, процесів, принципів політичної організації суспільства, підпорядкованих певним політичним, соціальним, правовим, ідеологічним, культурним нормам, історичним традиціям і засадам політичного режиму даного конкретного суспільства" [12, с.113-114].

Безперечно на сьогоднішній день існує велика кількість різних запропонованих визначень того, що слід розуміти під політичною системою і вище зазначений перелік не є вичерпним. Притаманним для кожного з представлених понять є їх направленість на об'єднання державних і недержавних соціальних інститутів з метою управління, забезпечення розвитку, функціонування суспільства здійснюючи свої завдання в межах та у відповідності до законодавства.

Підводячи своєрідну межу, можна зазначити про те, що політична система суспільства – це цілісно організована та впорядкована сукупність політичних інститутів, які покликані здійснювати свою діяльність на нормативно – правовій основі та сприяти утвердженню легітимності політичної влади в державі, а також забезпечувати соціальні та духовні гарантії розвитку суспільства.

З'ясування сутності такого досить складного явища, як політична система не може обійтись без дослідження її структури. Адже саме структура в цілому має забезпечувати не тільки стабільність кожної з підсистем, а й стабільність їх взаємодії. З цього випливає, що структура політичної системи утворюється з принципів та способів організації її підсистем та принципів і способів їх взаємодії. Головним завданням, яке ставиться перед політичною структурою є сприяння функціонуванню політичної системи. При цьому гранично підвищується роль права, оскільки в ньому офіційно встановлюються та задається структура політичної системи, а також

покликаність запобігати виникненню можливих колізій у процесі взаємодії різноманітних елементів політичної системи між собою [10, с.140-141]. Сучасні погляди щодо вивчення безпосередньо структури, надають нам можливість прослідкувати різні точки зору щодо того з яких саме складових частин утворюється політична система.

Наприклад В.Ф. Погорілко розкриває складові політичної системи через три взаємодіючі підсистеми: інституціональна, інформаційно – комунікативна та нормативно – регулятивна [9, с.10]. А.Мазіна вважає, що елементами політичної системи, тобто її складовими, є: суб'єкти (носії) політики, політичні норми та принципи, політичні відносини (стосунки), політичні погляди, політична свідомість та політична культура, зв'язки, що об'єднують зазначені компоненти [7, с.60]. Політологічна та правова наука виокремлюють неоднакову кількість складових такої категорії, як політична система. Найбільш повним та ґрунтовним є відображення п'яти складових частин (підсистем) або блоків політичної системи суспільства. До яких належать: інституціональний, нормативний, функціональний, ідеологічний, комунікативний. Сучасні дослідження щодо політичної системи суспільства дозволяють зробити висновок про виділення додаткової підсистеми політичної системи суспільства – особистісної [8, с.502]. Така складова не може бути позбавлена сенсу оскільки саме права та інтереси людини займають центральне місце в політичній системі.

Для досягнення поставленої мети розкриття сутності політичної системи через її структуру необхідно перейти безпосередньо до розгляду її основних складових частин (блоків) першим з яких є:

1. Інституційний – суб'єкти політики: громадяни, політичні партії, громадські організації і рухи, профспілки, держава [12, с.114]. Її можна визначити, як найбільш значимую складову тому, що саме через зазначених суб'єктів окреслюються напрямки політичного розвитку держави. Створюється підґрунтя для утвердження та розвитку правової та політичної культури в країні.

2. Нормативний – на нього покладається обов'язок за допомогою системи політичних та правових норм здійснювати регулювання відносин між всіма суб'єктами політичних відносин. Центральне місце посідають саме правові норми, які містяться у положеннях чинного законодавства. Дотримання правових норм є обов'язковим для того, щоб не виходити за встановлені законом правові межі та здійснювати свої функції у відповідних рамках. Саме на нормативній основі засновується діяльність всіх елементів політичної системи.

3. Функціональний – знаходить своє вираження у політичному процесі, політичних відносинах, політичній діяльності, політичному режимі, що визначають ступінь участі суб'єктів політичної системи у формуванні і функціонуванні політичної влади [12, с.114].

4. Ідеологічний – складається з політичної ідеології, політичної свідомості, правової та політичної культури. Політична свідомість є відображенням політичного буття, насамперед, політичних відносин і інтересів. Політична культура є надзвичайно важливим елементом політичної системи, вона значною мірою впливає на ефективність функціонування, подальший розвиток та вдосконалення політичної системи суспільства [1, с.381]. Правова культура є відображенням загальної культури, представляє собою сукупність цінностей через яку проявляються такі феномени, як демократія і правопорядок. Вона сприяє гармонійному розвитку людини, завдяки якому досягається загальносоціальний прогрес.

5. Комунікативний – інтеграційні зв'язки між усіма елементами політичної системи суспільства, а також між парті-

ями, суспільством і державою, між політичною та іншими системами – економічною, правовою тощо [6, с.88].

Представлені складові частини однієї системи перебувають в досить органічному та тісному взаємозв'язку. Основу таких взаємовідносин складає досягнення суспільної мети, яка полягає у максимально швидкому розвитку. Проте незважаючи на таку єдність кожна з них вирішує власні покладені тільки на неї завдання і спрямовує свої зусилля на їх виконання.

Дослідивши сутність політичної системи за допомогою наданого визначення та структури необхідно зазначити про властиві їй ознаки, які розкривають її характер. Саме вони дозволяють відрізнити її від економічної, соціологічної, ідеологічної, культурної та інших видів систем, які існують паралельно з нею і мають своє власне призначення.

До притаманних рис і особливостей політичної системи належать:

1. Безпосередньо впливає на політичне життя суспільства, а саме завдяки функціонуванню політичних інститутів.

2. Нормативно – правова основа діяльності, яка здійснює керування всіма суб'єктами політичних відносин. Поряд з цим вона підтримує впевненість, що їх діяльність відповідає політичним прагненням народу.

3. Наявність легітимної політичної влади, яка є головною ознакою політичної системи, робить її самостійною та незалежною від інших соціальних систем. Вона здійснюється державою, політичними партіями та громадськими об'єднаннями, а також органами місцевого самоврядування. Здійснення влади є їх безпосередньою функцією.

4. Самодостатність, яка проявляється у тому, що завдяки своїй внутрішній організації та наявним ресурсам може функціонувати незалежно від інших та реалізовувати на практиці свої поставлені цілі.

5. Здатність вступати у взаємовідносини з іншими системами такими, як моральна, ідеологічна, культурна та інші.

6. Організованим взаємозв'язком всіх структурних елементів між собою та спільною метою не тільки збереження, а й також утвердження власної стабільності і прагненням до самовдосконалення.

7. Є важливим компонентом по забезпеченню життєдіяльності суспільства та сприянню позитивного впливу на його всебічний розвиток.

Представлений перелік ознак відображає властивості, які притаманні політичній системі і надають можливість охарактеризувати її як цілісне явище та отримати уявлення про сутність. На сьогоднішній день Україна продовжує поступову розбудову своєї політичної системи у якій відбувається демократичний напрямок розвитку відносин, надання правових гарантій, а також виховання у суб'єктів демократичного процесу культури політичної відповідальності за вчинені дії.

Окрім розглянутої структури політичної системи та її ознак необхідно вивчити перелік здійснюваних нею функцій. Виконуючи свої функції, політична система забезпечує цілісний керівний вплив на суспільство як комплексний єдиний організм, що ефективно управляється політичною владою.

Функції політичної системи з точки зору І.В. Гладуна як головним чином полягають у: об'єднанні та політичній інтеграції всіх елементів суспільства; визначенні пріоритетних цілей та завдань розвитку суспільства; забезпеченні відповідності політичного життя офіційно встановленим політичним і правовим нормам; захисті інтересів суспільства і його безпеки в міждержавних відносинах [3, с.25]. Поряд з цим власний перелік на-

дає і А.Юсов з точки зору якого функціями політичної системи є:

1. Управління суспільством, що припускає визначення цілей, завдань розвитку суспільства, вироблення і реалізацію політичного курсу, забезпечення контролю за діяльністю всіх елементів системи в її ідеологічному та інформаційному забезпеченні.

2. Інтеграція елементів політичної системи в єдине ціле для досягнення поставлених цілей досягається організацією консолідації суспільства за допомогою врегулювання конфліктів.

3. Регулювання і розподіл матеріальних і духовних ресурсів, політичних відносин, політичної поведінки, нормотворчість, вироблення еталонів суспільної поведінки здійснюється через узгодження інтересів суб'єктів політичного процесу.

4. Політична комунікація забезпечує зв'язок між елементами політичної системи, а також між системою і зовнішнім та внутрішнім середовищем. Інформація дає можливість владним структурам ухвалювати оптимальні рішення, мобілізувати підтримку системи управління з боку населення, формувати громадську думку для забезпечення стабільності та безпеки суспільства. Її життєдіяльність визначається тим, наскільки у ній переважає згода і співпраця між окремими елементами [12, с.115].

На думку вченого В. Погорілко проблема функцій політичної системи є однією з найменш досліджених. Це стосується як їх визначення і класифікації, так і форм та механізму здійснення [9, с.12]. Так, він розрізняє функції політичної системи за суб'єктами діяльності, які поділяють на загальні функції і функції її складових: функції держави, політичних партій, суб'єктів місцевого самоврядування тощо.

Загальними суб'єктними функціями є визначення основних напрямів розвитку суспільства і відповідно головних напрямів діяльності, політики у вигляді програм, декларацій, доктрин, концепцій; здійснення, забезпечення здійснення політики, програм, доктрин, стратегій та їх гарантування. Ці функції, як правило, об'єднують в одну "стратегічну", яка визначає мету, завдання, шляхи розвитку суспільства.

За об'єктами діяльності політичної системи функції доцільно поділяти на внутрішні та зовнішні. Таким чином, серед внутрішніх об'єктних функцій слід розрізняти: політичну, економічну, соціальну, культурну та інші функції відповідно до сфер діяльності політичної системи. До зовнішніх функцій переважно аналогічно зовнішнім функціям держави слід розрізняти, зокрема зовнішньополітичну, зовнішньоекономічну, зовнішньогуманітарну та оборонну функцію.

За способами і засобами діяльності політичної системи слід розрізняти власне "владні" функції політичної системи. До таких функцій відносяться, зокрема, нормотворча, установча, державотворча, управлінська, контрольна, охоронна функції [9, с.13-14]. На відміну від попереднього поділу надана автором класифікація функцій політичної системи намагається більш поглиблено їх розкрити, шляхом поділу на зовнішні та внутрішні. Таким чином розкриваючи цілий комплекс здійснюваних нею дій. Позицію щодо поділу функцій політичної системи на зовнішні та внутрішні підтримує також В. Журавський, який класифікує їх саме, як загальні та особливі.

При розгляді загальних функцій, які виконує політична система до них слід віднести наступні: владно – інтеграційна (полягає в інтеграції, об'єднанні в єдине ціле всіх елементів соціальної структури на основі певних ідеалів і цінностей), цілевизначальна (розкривається у визначенні цілей і завдань політичного, економічного, соціального і культурного розвитку суспільства),

організаційна (проявляється у мобілізації людських, матеріальних і духовних ресурсів на досягнення цілей, які ставить перед собою суспільство) та регулятивна (відображається у забезпеченні суспільного визнання політики і влади, доцільності політичних рішень, діяльності політичних інститутів).

Особливі функції, які виконують окремі суб'єкти та інститути політичної системи є більш конкретними. Так, функціями політичної системи – є функції держави, її владних органів, органів місцевого самоврядування, політичних партій (громадських організацій), функції, які виконують такі інститути політичної системи, як вибори і референдуми. Що стосується держави, то її функціями є соціально – економічні, культурні, суто правові, пов'язані з державним примусом та підтриманням громадського порядку. Щодо органів самоврядування, то це, по суті, також державні функції місцевого (регіонального) значення, але делеговані для виконання територіальним громадам та їх самоврядним органам. Що стосується політичних партій, то це функції виявлення політичної волі громадян, залучення їх до політичної діяльності, участі у формуванні державних органів (політичної влади). Стосовно виборів і референдумів, то ця функція політичного волевиявлення громадян у процесі формування органів влади і прийняття загальнодержавних чи регіональних рішень через референдум [4, с.31-32].

Надаючи перелік та описуючи функції політичної системи слід підтримати позицію тих науковців, які розкривають їх саме через дві складові частини, а саме внутрішні або (особливі) та зовнішні. Якщо підходити з позиції надання одного цілісного переліку функцій, тобто тільки загального без поглибленого вивчення внутрішніх складових, то він буде відображати більш філософський аспект розуміння функцій політичної системи. Вивчення функцій за допомогою розкладу на дві складові допоможе більш повно та ґрунтовно розкрити їх сутність. У даному випадку при розгляді внутрішньої складової відповідно до представлені нами структури політичної системи тут робиться наголос на найголовнішу з її підсистем – інституційну, яка і складає її основу. Тому, що на прикладі держави, політичних партій, громадських організацій надається практична можливість розгляду внутрішніх функцій та спостерігається належність їх діяльності на нормативно – правовій основі. Саме такий підхід більшою мірою має правовий характер функціонування політичної системи тому, що при розгляді не тільки зовнішніх функцій, але й внутрішніх можна більш практично прослідкувати за діяльністю кожного з суб'єктів політичної системи. Вивчення зазначених функцій демонструє нам перш за все, що кожна з них має своє призначення і повинна спрямовувати свою діяльність на поліпшення політичного життя суспільства.

Функціонування політичної системи в Україні базується на принципах: демократизму, правового характеру суспільства, суверенітету та соціальної спрямованості функціонування і розвитку суспільства.

Політична система суспільства в цілому є комплексним явищем, яке має слідкувати за кожним своїм струк-

турним елементом, який складає його цілісність. Повинна відбуватись гармонізація взаємодії всіх складових політичної системи, а також розроблятися безпосередньо програма по сприянню щодо забезпечення політичного, правового, духовного розвитку сучасної української особистості, яка б могла розширювати свою освіченість в обумовлених сферах суспільного життя.

Отже, підсумовуючи вище викладені положення стосовно політичної системи суспільства слід зробити висновок, що вона являє собою досить сильний та потужний механізм, який своєю діяльністю здійснює вплив на політичне життя всього суспільства.

Для розкриття та розуміння сутності, а також того, що входить до політичної системи було надано її визначення, а також висвітлений перелік ознак, розгорнута структура та перераховані здійснювані нею функції. Політична система представляється, як цілісна та організована сукупність політичних інститутів. Інституційною складовою якою є держава, політичні партії, громадські організації, які беруть безпосередню участь у політичному житті країни, а також здійснюють цілу низку функцій, які мають великий вплив на життя суспільства, складають фундамент організованої її діяльності. Перебуваючи, при цьому, у тісному взаємозв'язку з нормативно – правовою базою, функціональними та комунікативними процесами, правовою та політичною культурою.

Динамічність життя сучасного українського суспільства вимагає стрімкого розвитку сучасної політичної системи, яка б могла працювати на користь та благо кожної людини та сприяти реалізації наданих їй Конституцією прав. Приділяти безпосередню увагу утвердженню демократичних, моральних, духовних, правових та культурних засад подальшого соціального та політичного розвитку.

1. Беляєва М.В. Політична система суспільства як основа функціонування держави в політичній сфері // Актуальні проблеми політики – Одеса, 2006 – Вип. 29. – с.378 – 383. 2. Волинік К.Г. Теорія держави і права: Навчальний посібник. – Київ: МАУП, 2003 – с.240. 3. Гладуняк В.І. Правові проблеми формування політичної системи в Україні на сучасному етапі: дис. ... к.ю.н: 12.00.13/Одеська національна юридична академія. – О., 2001. – с. 199. 4. Журавський В.С. Політична система України: проблеми становлення і розвитку (правовий аспект): дис. ... к.ю.н 12.00.01/Університет внутрішніх справ – Харків, 2000 с. 169. 5. Кельман М.С., Мурашин О. Г., Хома Н.М. Загальна теорія держави та права: підручник "Новий світ – 2000" Львів, 2003. – с.413. 6. Крестовская Н.Н., Матвеева Н.Г. Теория государства и права: Элементарный курс – Харьков, 2007 – с.88. 7. Мазіна А.В. Політична система як наукова категорія та суспільно – політичний феномен // Стратегічні пріоритети: науковий – аналітичний щоквартальник/ Національний інститут стратегічного дослідження – Київ, 2007 – № 4(5). – с. 56 – 60. 8. Общая теория государства и права. Академический курс в 3 – х томах. Издание 2-е, перераб. и доп. Отв. ред. проф. М.Н. Марченко. Том 1 – М.: ИКД "Зерцало – Москва" 2002, с.528. 9. Погорілко В.Ф. Політична система України і проблеми її реформування// Вісник/Запорізький держ. ун-т. Юридичні науки – Запоріжжя, 2004 – №1. – с. 7 – 18. 10. Француз А.И. Співвідношення понять "політична система" та "політична структура" (правовий аспект) // Держава і право – Київ, 2004 – Вип. 25. – с.136 – 142. 11. Шляхтун П.П. Політологія (теорія та історія політичної науки). – Київ: Либідь, 2002 – с.576. 12. Юсов А.В. Політична система сучасного суспільства: поняття, структура, функції // Держава і право: збірник наукових праць: юридичні і політичні науки/ Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України – Київ, 2008. – Вип. 41. – с. 112 – 116.

Надійшла до редколегії 28.09.12

УДК 347.464(477)

О. Горяєва, ас.

ПРАВОВІ ЗАСАДИ ЗДІЙСНЕННЯ СТРАХУВАННЯ ПРОФЕСІЙНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ АУДИТОРІВ

Стаття присвячена дослідженню передумов та порядку страхування професійної відповідальності аудиторів в Україні.

Ключові слова: аудиторська діяльність, страхування професійної відповідальності.

Статья посвящена исследованию предпосылок и порядка страхования профессиональной ответственности аудиторов в Украине.

Ключевые слова: аудиторская деятельность, страхование аудиторской деятельности.

The article is devoted to researching the procedure and preconditions for insurance of auditor's responsibility in Ukraine.

Keywords: auditing, insurance of auditor's responsibility.

Постановка проблеми. Відомо, що будь-яка професійна діяльність, до якої належить, зокрема, і аудиторська, пов'язана з ризиком завдання шкоди третім особам. Так, ненавмисні упущення, помилки, які були допущені під час виконання професійних обов'язків лікаря, юриста, бухгалтера, аудитора чи будь-кого іншого спеціаліста, можуть завдати шкоди клієнтам, тобто особам, які замовляють надання професійних послуг. Будь-яка особа, яка отримує послугу, розраховує на компетентність і сумлінність професіонала. Якщо клієнтові заподіяно шкоди, він має право притягти до відповідальності фахівця у судовому порядку. Страхування професійної відповідальності покликане захистити майнові інтереси страхувальника, пов'язані з його обов'язком відшкодувати шкоду, заподіяну третім особам під час здійснення професійної діяльності, й водночас захищає інтереси третіх осіб [9; 164-165; 1, 57-58].

І з огляду на те, що аудитори у інших країнах витрачають до 10% свого прибутку на страхування аудиторських ризиків [7; 47], дослідження відносин, що виникають у зв'язку із здійсненням такого страхування не втрачає своєї актуальності і сьогодні.

Ступінь наукової розробки проблеми. Комплексне дослідження правових засад здійснення страхування професійної відповідальності аудиторів в науковій літературі не здійснювалось. Так, питання страхування професійної діяльності в цілому досліджувались такими вченими як В.Д. Базилевичем, П.Д. Біленчуком, В.В. Мачульським, Т.В. Степановою і деякими іншими. Водночас на необхідність запровадження обов'язкового страхування професійної відповідальності аудиторів звертали увагу такі дослідники, як О. Редько, О. Макеева, Т. Микитенко тощо.

Стверджується, що у випадку страхування професійної відповідальності повинна бути врахована індивідуальна специфіка діяльності кожної категорії осіб; немає загальних умов страхування професійної відповідальності для всіх категорій професійної діяльності [9; 165]. Отже, метою цієї статті є дослідження правової природи відносин, що складаються у процесі здійснення страхування професійної відповідальності в Україні, визначення доцільності запровадження обов'язкового страхування професійної відповідальності аудиторів в Україні, а також виокремлення особливостей страхування професійної відповідальності саме в сфері надання аудиторських послуг.

Викладення основного матеріалу дослідження. Не зважаючи на те, що у деяких країнах встановлюється обов'язковість здійснення страхування професійної відповідальності аудиторів, а також те, що фактично в Україні існують аудитори, що добровільно здійснюють страхування своєї відповідальності перед замовниками, це питання є предметом дослідження в окремих статтях і невеличких дослідженнях, що, втім, не отримало жод-

ного практичного продовження та відповідного закріплення у Законі України "Про аудиторську діяльність" [2].

В цілому, правові засади страхування професійної відповідальності в Україні закладені у Законі України "Про страхування" [4]. Так, відповідно до п. 27 ч. 1 ст. 7 вказаного закону в Україні запроваджуються зокрема, такий вид страхування як страхування професійної відповідальності осіб, діяльність яких може заподіяти шкоду третім особам, за переліком, встановленим Кабінетом Міністрів України, який на момент написання цієї статті останнім не затверджений. Інші ж згадування про страхування професійної відповідальності в українському законодавстві відсутні, а тому, варто відмітити, що поняття "страхування професійної відповідальності", яке віднесене до переліку обов'язкових, не визначено в українському законодавстві. Така невизначеність зумовила, зокрема, те, що 25.02.2003 року у ВР України було зареєстровано Проект Закону України "Про внесення зміни до Закону України "Про страхування" (щодо фактів заподіяної шкоди третій особі) № 3161, суть якого полягає у виключенні наведеного п. 27 із ч. 1 ст. 7 Закону України "Про страхування". Автори документа наголошують на тому, що поняття "страхування професійної відповідальності" не визначено в українському законодавстві. Більше того, враховуючи велику кількість професій, однозначно це поняття визначити проблематично, тому його пропонується вилучити із законодавства. Враховуючи те, що на час підготовки цієї статті зазначена норма у Законі України "Про страхування" присутня, її доцільність ми визнаємо, а відтак і аналізуватимемо у цьому дослідженні.

Таким чином, на сьогодні у практиці діяльності страхових компаній і аудиторських фірм (приватних аудиторів) страхування професійної діяльності аудиторів відбувається на підставі п. 15 ч. 4 ст. 6 Закону України "Про страхування", якою серед видів добровільного страхування визначено такий вид як страхування відповідальності перед третіми особами. Водночас на нашу думку, специфіка здійснення страхування професійної відповідності і відповідальності перед третіми особами як різновидів страхування відповідальності дещо відрізняється.

Так, при здійсненні страхування професійної відповідальності мова повинна йти про відповідальність сторони договору про надання професійних послуг (тобто фактично мова йде про договірну відповідальність), а при здійсненні страхування відповідальності перед третіми особами мова йде про можливість відшкодування шкоди нестороні договору про надання професійних послуг (тобто фактично мова йде про позадоговірну відповідальність). Оскільки питання про можливість завдання аудиторськими фірмами (приватними аудиторами) шкоди особам, що не виступали замовниками аудиторських послуг, на нашу думку, є дискусійним,

вважаємо за доцільне застосовувати термін "страхування професійної відповідальності аудиторів".

Власне через відсутність визначення у законодавстві поняття "страхування професійної відповідальності" виявлення його сутності потребує звернення до загальних засад здійснення страхування в Україні. Так, за Цивільним кодексом України (ст. 980) [12], а також Законом України "Про страхування" (ст. 4) встановлюються 3 основні види страхування, а саме особисте страхування, майнове страхування та страхування відповідальності. В свою чергу науковці до страхування відповідальності відносять страхування цивільної відповідальності власників автотранспортних засобів; підприємств, що експлуатують шкідливі виробничі об'єкти, за якість продукції; роботодавців перед працівниками; персональної відповідальності (власників траурин, домовласників, за забруднення вод, замовника при будівництві, мисливців); страхування відповідальності за договором [10; 76; 6, 76].

Таким чином, під страхуванням відповідальності розуміють галузь страхування, в якій об'єктом виступає відповідальність перед третіми особами, життям, здоров'ям чи майну яких було завдано шкоду внаслідок якої-небудь дії чи бездіяльності страхувальника [8; 61]. Тому під страхуванням професійної відповідальності ми розумітимемо інститут страхування, у якому об'єктом виступатиме відповідальність осіб, що надають професійні послуги, яка виникає у зв'язку із здійсненням діяльності по наданню таких послуг.

Водночас у зв'язку із здійсненням аудиторської діяльності можуть виникати різні види відповідальності, а відтак, виникає необхідність більш детального аналізу можливих видів відповідальності аудиторів, тобто фактично, маємо дослідити ризики, що можуть бути застраховані при здійсненні аудиторської діяльності.

Відповідно до ч. 1 ст. 8 Закону України "Про страхування" під страховим ризиком розуміється певна подія, на випадок якої проводиться страхування і яка має ознаки ймовірності та випадковості настання.

Відомо, що залежно від характеру правопорушення розрізняють страхування договірної й позадоговірної відповідальності (практичне значення такого поділу полягає у тому, що у випадку договірної відповідальності сторони можуть установити відповідальність за порушення навіть таких прав і обов'язків, відповідальність за які законом не передбачена) [6; 165]. Як ми вже зазначали вище, питання існування позадоговірної майнової відповідальності аудиторів є, на наш погляд, таким, що потребує більш детального дослідження, а відтак для чистоти цього дослідження в рамках останнього не буде здійснюватись аналіз правовідносин, що може складатись в результаті реалізації позадоговірної майнової відповідальності аудиторів.

Т. Степанова в галузі страхування відповідальності виділяє 2 підгалузі: страхування заборгованості і страхування на випадок нанесення шкоди [9; 62]. До того ж варто зважити і на те, що у науці виділяють таке поняття, як страхування відповідальності за договором [10; 222] (у Російській Федерації є відповідна стаття у Цивільному кодексі).

Не варто нехтувати тим, що аудиторські фірми і приватні аудитори є підприємствами, а тому при провадженні аудиторської діяльності вони можуть бути притягнені до відповідальності як підприємці, тобто несуть так звані підприємницькі ризики. Дійсно, в літературі зустрічається таке поняття як "страхування підприємницьких ризиків" [11; 274-277] поруч із "страхуванням ризиків підприємств" [9; 137], "страхуванням економічних (фінансових) ризиків" [8; 68], серед яких найбільш

поширеними є майнове страхування, страхування відповідальності, страхування фінансово-кредитної діяльності та особисте страхування. Хоча при цьому деякі автори, наприклад, Т. Степанова, виділяючи такі окремі види страхування як страхування відповідальності і страхування економічних (фінансових) ризиків, саме до системи останніх відносять страхування професійної відповідності [8; 62, 70]. Вважаємо такий підхід хибним і визначаємо місце страхування професійної відповідальності в системі страхування відповідальності.

Дійсно, проваджуючи аудиторську діяльність як підприємницьку, аудиторські фірми і приватні аудитори несуть ризик і пошкодження майна, на основі якого вони діють, і неотримання прибутку, і невиконання взятих ними кредитних зобов'язань, і ризик невиконання перед ними зобов'язань залучених до конкретної дії сторонніх спеціалістів. Водночас вважаємо, що серед усіх цих ризиків, які в літературі визначаються як підприємницькі [11; 277-278], у роботі аудиторських фірм і приватних аудиторів варто виділити "ризик професійної некомпетентності" (термін – наш), оскільки саме у такому випадку може понести збитки саме замовник аудиторських послуг, а не аудиторські фірми чи приватні аудитори, як у інших випадках. Тобто ми вважаємо, що серед усіх підприємницьких ризиків, що мають місце при здійсненні аудиторської діяльності, необхідно виділити ті, що впливають на замовника у зв'язку із замовленням ним аудиторських послуг, і ті, що впливають на аудиторські фірми (приватних аудиторів).

Таким чином, при здійсненні аудиторської діяльності може виникати потреба у страхуванні наступних видів відповідальності: 1) аудиторських фірм (приватних аудиторів), що виникатиме в результаті невиконання ними умов договору про надання аудиторських послуг; 2) аудиторських фірм (приватних аудиторів), що виникатиме в результаті надання неправдивого аудиторського висновку, використання якого призвело до виникнення у замовника аудиторських послуг збитків; 3) замовника аудиторських послуг, що виникатиме в результаті невиконання обов'язків останнього щодо оплати аудиторських послуг/інших платежів за договором, а також невиконання умов договору про надання аудиторських послуг; 4) третіх осіб, винних у нанесенні збитків аудиторським фірмам (приватним аудиторам) шляхом пошкодження їх майна, що використовується при здійсненні ними аудиторської діяльності; 5) аудиторських фірм (приватних аудиторів), що виникає в результаті невиконання ними господарсько-правових зобов'язань, не пов'язаних із наданням аудиторських послуг.

Із наведених нами п'яти видів відповідальності лише перший і другий можна віднести до поняття "професійної відповідальності аудиторів", інші ж види відповідальності є характерними для здійснення будь-якого іншого виду підприємницької діяльності.

Водночас Т. Микитенко у страхуванні професійної відповідальності аудиторів виділяє 2 групи ризиків [7; 48]:

1. Ризики, пов'язані із можливістю нанесення збитків третім особам – користувачам інформації, і передусім тим, хто входить в так звані партнерські групи підприємства, тобто безпосередньо бере участь у його фінансово-господарській діяльності, робить свій внесок у цю діяльність, вимагає компенсації за свій вклад і виходячи зі своїх інтересів аналізує інформацію про підприємство чи банк. До них належать власники, постачальники, покупці, позикодавці та ін.

2. Ризики, пов'язані із можливістю нанесення матеріальних збитків замовнику аудиту в результаті висловлення неналежної аудиторської думки, коли в фінансовій звітності містяться суттєві перекручення.

Дійсно, зазначені вище ризики мають важливе значення при здійсненні аудиторської діяльності, однак, по-перше, факт нанесення збитків третім особам, що не виступають замовниками аудиту, на наш погляд, є питанням дискусійним, а по-друге, перелік наведених вище ризиків не є повним.

Тому у страхуванні професійної відповідальності аудиторів ми пропонуємо виділяти наступні ризики:

1) ризик пошкодження майна замовника, переданого аудиторській фірмі (приватному аудитору) для надання аудиторських послуг (в першу чергу мова йде про оригінали документів чи надання нотаріальних копій, за умови що у договорі чи акті приймання таких документів відзначалось, що у замовника оригінал відсутній, а нотаріальна копія існує у замовника в одиничному варіанті);

2) ризик порушення строків надання аудиторських послуг (таке може мати велике значення для замовника, якщо мова йде, наприклад, про необхідність надання аудиторського висновку до державних органів і порушення строків тягне за собою застосування штрафів до відповідного суб'єкта господарювання) та обсягів їх надання;

3) ризик встановлення професійної некомпетентності (під цим ризиком ми розуміємо ризик надання неправдивого висновку, тобто складеного без проведення аудиту або при складанні якого мали місце грубі порушення стандартів аудиту).

У науці страхового права виділяють особливості страхування відповідальності [8; 62], які проявляються і при здійсненні страхування професійної відповідальності аудиторів:

1) особа, ризик відповідальності якої застрахований, має бути зазначене у договорі страхування;

2) договір страхування відповідальності вважається укладеним на користь осіб, яким може бути нанесена шкода (вигодонабувачі), навіть якщо договір укладений на користь страхувальника або у договорі не вказано, на чью користь він укладений;

3) страхова сума у таких договорах не встановлюється, оскільки заздалегідь передбачити розмір збитків неможливо. Договором визначається лише гранична сума відшкодування – ліміт відповідальності.

Проголошується, що страхування професійної відповідальності аудитора переслідує 3 мети [7; 48]: 1) захист інтересів споживачів послуг, замовників аудиту; 2) захист інтересів самих виконавців (забезпечення їх фінансової стабільності, попередження банкрутств, втрата професійного статусу або іміджу); 3) захист інтересів третіх осіб (власники, банки, інвестори, кредитори).

З огляду на дискусійність питання отримання третіми особами, що не є замовниками аудиту, збитків від використання завідомо неправдивого висновку, вважаємо, що метою страхування професійної відповідальності аудитора є захист майнових інтересів аудиторських фірм (приватних аудиторів), пов'язаних із відшкодуванням останніми збитків замовнику аудиторських послуг, що виникли в результаті невиконання чи неналежного виконання умов договору про надання аудиторських послуг.

Не можна не звернути увагу і на те, що вживаючи поняття "страхування професійної відповідальності" і наполягаючи на її важливості, на жаль, науковці не акцентують увагу на тому, а хто ж має виступати страхувальником? Адже відомо, що аудиторська діяльність здійснюється як аудиторськими фірмами (юридичними особами), так і приватними аудиторами – фізичними особами, що мають кваліфікаційний сертифікат про право на заняття аудиторською діяльністю і зареєстровані як фізичні особи-підприємці.

Поверхнево стверджується, що договором страхування професійної відповідальності може бути застрахована лише відповідальність фізичної особи – аудитора, що має кваліфікаційний сертифікат, право здійснювати аудиторську діяльність та зареєстрований як індивідуальний підприємець [7; 48]. Так, авторка наполягає, що юридична особа страхувати свою професійну відповідальність не має права, оскільки не володіє професією. Водночас вона зобов'язана відшкодувати збитки, нанесені аудитором юридичної особи (аудиторської фірми) при виконанні ним професійних обов'язків.

Дійсно, ризик встановлення професійної некомпетентності фактично залежить від фізичної особи – аудитора, який або перебуваючи у штаті аудиторської фірми (чи працюючи за цивільно-правовим договором із нею), або маючи статус фізичної особи-підприємця, підписав неправдивий аудиторський висновок. Однак не можна забувати і про те, що надання неправдивого висновку аудиторською фірмою (за підписом сертифікованого аудитора) може мати наслідком спричинення збитків замовнику в рамках договору про надання аудиторських послуг, стороною у якому виступатиме власне аудиторська фірма і замовник. Тому обмежувати можливість страхування професійної відповідальності аудитора лише приватними аудиторами є, на наш погляд, невиннованим.

Крім того, не можна нехтувати і положеннями ст. 3 Закону України "Про страхування", відповідно до якого юридичні особи можуть виступати страхувальниками за договорами страхування, а також можуть укладати договори страхування про страхування третіх осіб.

Таким чином, вважаємо, що страхуванню має підлягати відповідальність сторони у договорі про надання аудиторських послуг, що може проявлятися у таких формах:

1) укладання договору страхування приватними аудиторами, в яких останні і виступатимуть страхувальниками (у випадку, якщо договір про надання аудиторських послуг укладається між замовником і приватним аудитором);

2) укладання договору страхування аудиторськими фірмами (в яких останні виступатимуть страхувальниками) із визначенням застрахованих осіб – аудиторів, які працюють у такій аудиторській фірмі або залучаються останньою для надання конкретного виду аудиторських послуг (у випадку, якщо договір про надання аудиторських послуг укладається між замовником і аудиторською фірмою).

Наступною основною категорією, що має важливе значення у відносинах страхування, виступає страховий випадок, під яким за ч. 2 ст. 8 Закону України "Про страхування" розуміється подія, передбачена договором страхування або законодавством, яка відбулася і з настанням якої виникає обов'язок страховика здійснити виплату страхової суми (страхового відшкодування) страхувальнику, застрахованій або іншій третій особі.

Ми приєднуємось до цієї точки зору, що страховим випадком при страхуванні професійної відповідальності аудитора повинен визнаватися факт виникнення відповідальності страхувальника за завданням майнової шкоди третім особам внаслідок здійснення ним аудиту [9; 169]. Тобто мова має йти про рішення суду, яким встановлюється майнова відповідальність аудиторської фірми (приватного аудитора) за нанесення збитків замовнику в результаті надання замовленої останнім аудиторської послуги. Крім того, пропонується страховим випадком визнавати і наявність обґрунтованої претензії замовника, але за умови безперечних доказів нанесення останньому збитків замовнику [7; 49].

При здійсненні виплати за ризиком встановлення професійної некомпетентності може постати питання

про необхідність з'ясування наявності вини у діях аудитора, що склав неправдивий аудиторський висновок. В контексті цього питання варто звернути увагу на Лист Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг України від 03.09.2003 р. № 954/07/3-2-11 [5], в якому досліджувалось питання можливості страхування професійної відповідальності бухгалтерів-підприємців. Так, Держфінпослуг встановила, що відшкодуванню за договором страхування професійної відповідальності бухгалтера-підприємця мають підлягати лише збитки, заподіяні ним своїм клієнтам ненавмисно, тобто з незалежних від нього причин, що має бути підтверджено документально; у випадку ж відшкодування збитків, завданих умисними (в тому числі і злочинними) діями бухгалтера-підприємця, підстав для здійснення страхування не вбачається. За аналогією таке твердження можна застосувати і до питання страхування професійної відповідальності аудиторів (тобто визначити, що не підлягають страхуванню умисні дії аудиторів, що призвели до встановлення професійної некомпетентності). Однак із наведеним підходом Держфінпослуг ми погодитись не можемо з огляду на наступне.

По-перше, некоректно говорити про можливість страхування тих чи інших ризиків і ставити їх у залежність від вини будь-кого із учасників відносин страхування. Скоріше за все необхідно говорити про випадки відмови у здійсненні страхового відшкодування чи страхових виплат.

По-друге, вважаємо, що можливість отримання замовником страхового відшкодування в результаті використання ним неправдивого аудиторського висновку, не повинна залежати від того, професійна некомпетентність виникла в результаті умисних чи неумисних дій аудитора, що підписав такий неправдивий аудиторський висновок. Хоча дійсно, відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 26 Закону України "Про страхування" підставою для відмови страховика у здійсненні страхових виплат або страхового відшкодування є навмисні дії страхувальника або особи, на користь якої укладено договір страхування, спрямовані на настання страхового випадку. Однак на нашу думку, така норма закону потребує конкретизації, оскільки в ній не враховані ні особливості здійснення страхування професійної відповідальності як в цілому, так і здійснення страхування професійної відповідальності аудиторів зокрема.

Так, замовляючи аудиторській фірмі (приватному аудитору) ту чи іншу аудиторську послугу, її замовник не має права втручатись у процес здійснення аудиторської діяльності, більше того, під час здійснення своєї діяльності аудиторські фірми (приватні аудитори) самостійно визначають форми і методи проведення аудиту та надання інших аудиторських послуг (ст. 18 Закону України "Про аудиторську діяльність"). Таким чином, у замовника немає навіть можливості перевірити, умисно чи неумисно аудитор порушує порядок складання аудиторського висновку, а відтак, навіть умисність дій аудитора при наданні неправдивого висновку, не повинна впливати на можливість відшкодування завданих таким висновком збитків замовнику.

Саме тому ми вважаємо, що при здійсненні страхування професійної відповідальності аудиторів підлягають як страхуванню, так і страховому відшкодуванню і умисні, і неумисні дії страхувальників чи застрахованих осіб (крім випадків встановлення змови замовника і страхувальника/застрахованих осіб у настанні страхового випадку).

І на останнє, хотілось би зупинитись на питанні запровадження обов'язкового страхування професійної відповідальності аудиторів. В Україні вже відомі випадки

запровадження обов'язкового страхування відповідальності деяких видів професій, зокрема, нотаріусів (ст. 28 Закону України "Про нотаріат" [3]), хоча в переліку обов'язкових видів страхування, що визначені у ст. 7 Закону України "Про страхування" такий вид не передбачено.

У спеціальній літературі часто піднімається питання про необхідність запровадження обов'язкового страхування професійної відповідальності аудиторів. Для вирішення питання щодо доцільності такого запровадження, звернемося до поняття обов'язкового страхування взагалі. Так, стверджується, що обов'язкове страхування зумовлене ризиками, пов'язаними із життям, втратою працездатності або з виникненням таких збитків, які не можуть бути відшкодовані окремою особою [11; 95].

Дійсно, використання аудиторських висновків при здійсненні підприємницької діяльності може завдати доволі значних збитків замовнику. Однак до аудиторських фірм (приватних аудиторів) не встановлюються вимоги щодо забезпечення формування фінансових фондів для забезпечення відшкодування збитків замовникам аудиторських послуг (хоча б шляхом встановлення підвищених вимог до мінімального розміру статутного капіталу аудиторських фірм). Відтак, можливість виникнення ситуації, за якої замовнику аудиторської фірмою (приватним аудитором) буде завдано значних збитків, відшкодувати які останні не зможуть через відсутність належної фінансової бази, є доволі високою.

Водночас аудиторська діяльність є діяльністю підприємницькою, а вибір аудиторських фірм (приватних аудиторів) замовником здійснюється самостійно і на власний розсуд. Більше того, аудиторські фірми можуть надавати різноманітні аудиторські послуги, змістом яких може бути не лише проведення аудиторської перевірки, а й надання інших аудиторських послуг, які переважно носять консультативний характер. Тому запроваджувати обов'язкове страхування професійної відповідальності аудиторів у кожному випадку здійснення ними діяльності, на наш погляд, було б не виправдано.

Однак потрібно зважити на те, що існують випадки обов'язкового проведення аудиту, які визначаються як у Законі України "Про аудиторську діяльність", так і в інших нормативно-правових актах. Існування обов'язкового аудиту в першу чергу викликано тим, що аудит (що становить основу діяльності аудиторських фірм (приватних аудиторів) по своїй суті є формою фінансового контролю, який виокремився із державного фінансового контролю: держава, визнаючи можливість проведення незалежного контролю, визначає ті сфери, що становлять підвищений інтерес для неї, а відтак зобов'язує суб'єктів господарювання проводити аудиторські перевірки. Тобто такі аудиторські перевірки становлять так би мовити підвищену соціальну вагомість і значення для суспільства.

Таким чином, серед всього спектру аудиторських послуг необхідно розрізняти аудит і надання інших аудиторських послуг, і зважати на те, що існують такі види аудиторських перевірок, від проведення яких суб'єкт господарювання (в силу дії відповідних приписів держави) відмовитись не може. Відтак, цілком логічним було б запровадження механізму відшкодування збитків, що виникатимуть у замовника таких обов'язкових перевірок в результаті неправомірних дій аудиторських фірм (приватних аудиторів), до якого віднести обов'язкове страхування професійної відповідальності аудиторів.

Висновки. Отже, за результатами проведеного дослідження, слід сказати, що:

1. Під страхуванням професійної відповідальності аудиторів слід розуміти систему правовідносин щодо захисту майнових інтересів аудиторських фірм (приватних аудиторів) стосовно відшкодування збитків замов-

нику аудиторських послуг, нанесених в результаті невиконання чи неналежного виконання умов договору про надання аудиторських послуг.

2. Об'єктами страхування професійної відповідальності аудиторів повинні виступати ризики пошкодження майна замовника, переданого аудиторській фірмі (приватному аудитору); порушення строків надання аудиторських послуг і встановлення професійної некомпетентності.

3. За правовою природою страхування професійної відповідальності аудиторів є видом страхування договірної відповідальності, тобто такої, що виникає у аудиторських фірм (приватних аудиторів) як сторін договорів про надання аудиторських послуг. Страхувальниками за договорами страхування професійної відповідальності аудиторів можуть виступати аудиторські фірми чи приватні аудитори (залежно від суб'єктного складу сторін договору про надання аудиторських послуг), однак вигодонабувачами – лише замовники аудиторських послуг, які можуть і не вказуватись у самому договорі страхування.

4. Факт здійснення виплат за договорами страхування професійної відповідальності аудитора не повинен залежати від існування відповідної аудиторської фірми (приватного аудитора) серед суб'єктів господарської діяльності, а залежати від періоду часу, в якій така послуга була надана. Крім того, факт виплати страхового відшкодування не повинен залежати від умисності дій аудиторів при наданні аудиторських послуг (що потребує внесення змін до ч. 1 ст. 1 ст. 26 Закону України "Про страхування").

5. Доцільним вважається запровадження обов'язкового страхування професійної відповідальності аудиторів лише у випадку проведення обов'язкового аудиту (шляхом прийняття відповідної Постанови Кабінету Міністрів України); в усіх інших випадках таке страхування повинно відбуватись на добровільних засадах і визначатись як окремий вид добровільного страхування у ст. 6 Закону України "Про страхування".

Водночас такі питання, як визначення розміру страхової суми за договорами обов'язкового страхування професійної відповідальності аудиторів, так само як і об'єктів страхування при здійсненні такого виду страхування можуть бути покладені в основу подальших досліджень.

1. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 року № 435-IV // Офіційний вісник України. – 2003. № 11. – 28.03.2003. – ст. 461. 2. Закон України "Про аудиторську діяльність" від 22 квітня 1993 року № 3125-XII // Голос України. – 1993. – 05. – 29.05.93. – № 99. 3. Закон України "Про нотаріат" від 02.09.1993 № 3425-XII // Голос України. – 1993. – 10. – 05.10.93. № 188. 4. Закон України "Про страхування" від 07.03.1996 року № 85/96-ВР // Голос України. – 1996. – 04. – 11.04.96. – № 68. 5. Лист Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг України від 03.09.2003 р. № 954/07/3-2-11 // Експрес-аналіз законодавчих і нормативних актів. – 2003. – 12. – № 50. 6. Біленчук Д.П., Біленчук П.Д., Залетів О.М., Клименко Н.І. Страхове право України: Підручник для вищих навчальних закладів. За ред. проф. П.Д. Біленчука і президента Ліги страхових організацій України О.Ф. Філонюка. – Київ: Атака, 1999. – 368 с. 7. Мачульський В.В. Правові основи страхування: Навч. посіб. – К.: КНЕУ, 2003. – 302 с. 8. Микитенко Т. Страхування професійної відповідальності аудиторів / Т. Микитенко // Бухгалтерський облік і аудит: Науково-практичний журнал. – 2008. – № 8. – с. 46-50. 9. Степанова Т.В. Страхове право України: Конспект лекцій. – 3-е изд., перераб. и доп. – Одесса: Студия "Негоциант", 2007. – 82 с. 10. Страхові послуги: Підручник / С.С. Осадець, Т.М. Артур, О.О. Гаманкова та ін.; Кер. вт. кол. й наук. ред. проф. С.С. Осадець і доц. Т.М. Артур. – К.: КНЕУ, 2007. – 464 с. 11. Страхование право: учебник для студентов вузов, обучающихся по специальности 021100 "Юриспруденция" / Под ред. В.В. Шахова, В.Н. Григорьева, А.П. Архипова. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2011. – 335 с. – (Серия "Учебники МВД Российской Федерации"). 12. Страхування: Підручник / За ред. В.Д. Базилевича. – К.: Знання, 2011. – 1019 с. – (Київському національному університету імені Тараса Шевченка 175 років).

Надійшла до редколегії 01.10.12

УДК 342.51 (477)

С. Любімова, здобувач

ІНСТИТУТ АДМІНІСТРАТИВНИХ ПОСЛУГ ЯК СПОСІБ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВ І ЗАКОННИХ ІНТЕРЕСІВ ПРИВАТНИХ ПІДПРИЄМСТВ

У статті на основі аналізу чинного адміністративного законодавства розкрито сутність адміністративних послуг. Визначено значення таких послуг для приватного підприємництва. Аналізуються види адміністративних послуг.

Ключові слова: адміністративні послуги, влада, законодавство, публічна адміністрація, органи виконавчої влади, органи місцевого самоврядування, акт, управління.

В статье на основе анализа действующего административного законодательства раскрыто сущность административных услуг. Определено значение таких услуг для частного предпринимательства. Анализируются виды административных услуг.

Ключевые слова: административные услуги, власть, законодательство, публичная администрация, органы исполнительной власти, органы местного самоуправления, акт, управление.

On the basis of analysis of administrative law the essence of administrative services. Determined the value of such services to private enterprise. Analyzes the types of administrative services.

Keywords: administrative Services, authority, legislation, public administration, executive authorities, local governments, act, administration.

Адміністративні послуги є особливим видом послуг, що надаються державою в особі її уповноважених органів. Водночас, на сьогоднішній день правове регулювання адміністративних послуг в Україні знаходиться на стадії розвитку. Це пояснюється тим, що наша країна все ще знаходиться на перехідному етапі від радянської адміністративно-командної системи управління, де будь-які питання вирішувались державою в особі її уповноважених органів, до управління європейського зразка, де певним підприємствам, установам, організаціям надані повноваження по врегулюванню власних господарських відносин, а держава в особі органів державної влади та місцевого самоврядування лише упорядковує відповідні відносини, пов'язані з реєстрацією підприємств, наданням ліцензій, дозволів на викорис-

тання природних ресурсів для здійснення господарської діяльності, тощо. Даний процес переходу супроводжується скасуванням застарілих нормативно-правових актів, які вже не відповідають сучасним умовам економічного розвитку в процесі регулювання певного кола суспільних відносин, та прийняттям нових, що адаптують наше законодавство України до європейських та світових стандартів [1, с. 25].

Зміни в економічному секторі держави супроводжуються прийняттям нових нормативно-правових актів, які встановлюють певне коло адміністративних послуг, що надаються органами державної влади та місцевого самоврядування приватним особам та підприємствам. На жаль, на сьогоднішній день правове регулювання інституту адміністративних послуг в Україні загалом та

адміністративних послуг для приватних підприємств зокрема не є досконалим, оскільки нормативно-правові акти, що врегульовують окремі питання надання адміністративних послуг, інколи містять колізійні норми, а деякі аспекти та особливості надання адміністративних послуг в них взагалі не врегульовані. На науковому рівні особливості надання адміністративних послуг залишаються також недостатньо дослідженими, що й говорить про актуальність зазначеного питання.

На важливості дослідження адміністративних послуг наголошували у своїх працях такі відомі вчені у галузі адміністративного права як В. Авер'янов, Б. Борисов, В. Гаращук, Н. Гнидюк, І. Голосніченко, Р. Калюжний, В. Кампо, В. Кудря, І. Коліушко, Є. Куріний, Р. Куйбіда, А. Ластовецький, М. Лесечко, Н. Нижник, О. Пастух, Г. Писаренко, О. Харитонова, Г. Чміленко, А. Шастико, Х. Ярмачі та інші. Їхні праці є вагомим внеском у розвиток науки адміністративного права, однак, вони торкалися лише окремих аспектів адміністративних послуг.

Таким чином, актуальність дослідження адміністративних послуг не викликає сумніву. Ще більше це підтверджує прийняття упродовж останніх років низки правових актів, положення яких були спрямовані на поліпшення якості управління, а також ухвалення у вересні 2012 року Верховною Радою України Закону "Про адміністративні послуги". На сьогоднішній день одним із основних нормативних актів, який визначає особливості надання адміністративних послуг державними органами, є також Концепція розвитку системи надання адміністративних послуг органами виконавчої влади, затверджена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 15 лютого 2006 р. № 90–р (далі – концепція). Саме її положення визначають адміністративну послугу як результат здійснення владних повноважень уповноваженим суб'єктом, що відповідно до закону забезпечує юридичне оформлення умов реалізації фізичними та юридичними особами прав, свобод і законних інтересів за їх заявою (видача дозволів (ліцензій), сертифікатів, посвідчень, проведення реєстрації, тощо) [2].

Щодо самого поняття адміністративних послуг, то законодавство України та вітчизняна наука адміністративного права поки що єдиної загальноприйнятої позиції з цього питання не сформували. Більше того, сам термін "адміністративні послуги" не сприйнятий усіма вітчизняними вченими та практичними працівниками. Тому для формулювання поняття адміністративних послуг в Україні необхідним є проведення ґрунтовних наукових досліджень з метою вироблення єдиного змістовного визначення адміністративної послуги. Безумовно, в цьому аспекті важливе значення належить аналізу думок вчених, провідних фахівців в галузі адміністративного права щодо поняття "адміністративна послуга" та її основних ознак [3, с. 73].

Так, В. Авер'янов відзначав: "Виконання органами виконавчої влади (це однаковою мірою стосується і органів місцевого самоврядування) значної частини обов'язків перед приватними особами пов'язане з такою поки що нетрадиційною для вітчизняного досвіду функцією держави, як надання адміністративних (або управлінських) послуг. Ця нова функція була вперше передбачена Концепцією адміністративної реформи в Україні (1998 р.), а самі управлінські послуги визначені в ній як послуги з боку органів виконавчої влади, що є необхідною умовою реалізації прав і свобод громадян – зокрема, реєстрація, ліцензування, сертифікація" [4, с. 25].

На думку К. Афанасьєва, адміністративні послуги – це публічні (тобто державні та муніципальні) послуги, що надаються органами виконавчої влади, виконавчими органами місцевого самоврядування й іншими упов-

новаженими суб'єктами, надання яких пов'язане з реалізацією владних повноважень [5, с. 35]. Подібної точки зору дотримується І. Коліушко, який вважає, що надання адміністративної послуги є публічно-службовою діяльністю адміністративного органу, що спрямована на забезпечення (шляхом юридичного оформлення) умов, необхідних для реалізації суб'єктивних прав фізичної або юридичної особи, яка здійснюється за заявою цієї особи [6, с. 247].

В. Долечек під адміністративними послугами розуміє діяльність органів виконавчої влади (а також місцевого самоврядування), їх посадових осіб з виконання обов'язків держави перед громадянами щодо створення умов для повноцінної реалізації громадянами своїх прав і свобод. В контексті цієї думки, необхідно відмітити, що деякі фахівці в галузі адміністративного права певним чином це визначення розкритикували, наголосивши на тому, що воно є неповним, оскільки адміністративні послуги надаються не лише громадянам, адже, як відзначив В. Ковальов, одним зі споживачів адміністративних послуг є також і юридичні особи. Тому дослідник пропонує власне визначення адміністративної послуги як індивідуального акту розпорядчо-владних повноважень, що видається посадовими особами органів державної виконавчої влади та органів місцевого самоврядування за заявою фізичних або юридичних осіб, що спрямований на виникнення, зміну або припинення їхніх прав та обов'язків [7, с. 42].

І. Голосніченко визначає адміністративну послугу як діяльність уповноважених органів державної влади щодо створення організаційних умов для реалізації свого права громадянином або іншим суб'єктом адміністративно-правових відносин [8, с. 63]. Дещо іншої думки щодо цього питання дотримується Т. Коломоєць, взагалі не вживає термін адміністративні послуги, а ці послуги зазначає як публічні. Публічні послуги дослідник визначає як послуги, що надаються фізичним та юридичним особам державними органами щодо реалізації прав, свобод та законних інтересів у публічній сфері [9, с. 179].

Заслуговує на увагу також поняття адміністративної послуги, що наводиться в Аналітичному звіті щодо корупційних ризиків у сферах надання адміністративних послуг і контрольно-наглядової діяльності публічної адміністрації України, підготовленому у квітні 2009 року відділом проблем економічної злочинності Директорату з питань співробітництва Генерального директорату прав людини і правових питань. Під адміністративною послугою в цьому дослідженні розуміється здійснювана за заявою приватної (фізичної або юридичної) особи діяльність адміністративного органу та її результат щодо юридичного оформлення прав, свобод і законних інтересів особи (наприклад, видача дозволів, ліцензій, сертифікатів, посвідчень, проведення реєстрації, тощо), а також виконання обов'язків особи [10].

Отже, аналізуючи праці та наукові статті окремих вчених щодо адміністративних послуг, можна відзначити, що адміністративні послуги розглядаються в двох аспектах:

1) як публічно-владна діяльність адміністративного органу, спрямована на забезпечення умов для реалізації прав фізичної або юридичної особи, яка здійснюється за заявою цієї особи;

2) як результат публічно-владної діяльності адміністративного органу, спрямованої на забезпечення умов для реалізації суб'єктивних прав фізичної або юридичної особи, яка здійснювалась за заявою особи.

Дослідивши поняття "адміністративна послуга", можемо перейти до вивчення питання адміністративних послуг, які надаються приватним підприємствам. Так, О. Стрельченко з цього приводу зазначає, що адмініст-

ративна послуга для приватних підприємств – це адміністративний акт індивідуального характеру, що видається за заявою підприємства органом державної влади або місцевого самоврядування, спрямований на встановлення, зміну або припинення прав та обов'язків для певного підприємства [11, с. 46]. З наведеного автором визначення можемо виокремити основні ознаки адміністративної послуги для приватних підприємств:

- 1) адміністративна послуга надається за зверненням юридичної особи, що діє на основі приватної власності;
- 2) надання адміністративних послуг пов'язане із забезпеченням юридично значущих умов для реалізації прав приватними підприємствами;
- 3) адміністративні послуги надаються виключно адміністративними органами через реалізацію владних повноважень;
- 4) право на отримання приватним підприємством конкретної адміністративної послуги та відповідне повноваження адміністративного органу має визначатися лише законом;
- 5) результатом адміністративної послуги є адміністративний акт, яким задовольняється звернення приватного підприємства.

Дослідивши поняття адміністративної послуги та її ознаки, нас цікавить питання: які саме дії схожі за певними рисами до адміністративних послуг, але не є такими. Так, до адміністративних послуг не належать: контрольна діяльність адміністративних органів ревізії, інспектування, перевірки, відносини, що виникають між суб'єктами господарювання та органами державної влади за ініціативою останніх (наприклад, притягнення до адміністративної відповідальності), діяльність органів державної влади, не пов'язана з реалізацією владних повноважень (консультування), акт уповноваженого органу, який не стосується прав особи, проміжні акти державних органів, які не є остаточними рішеннями (наприклад, довідки, висновки, погодження, необхідні для отримання основного документа) [12, с. 272]. Отже, можемо сказати, що ознаки характеризують адміністративні послуги зсередини та розкривають їхню сутність, але для того, щоб здійснити класифікацію адміністративних послуг для приватних підприємств, необхідно виокремити їх види.

Звернемося до класифікації адміністративних послуг для приватних підприємств, яку наводить В. Каверін [13, с. 142]:

1. За рівнем обов'язковості:

а) обов'язкові – послуги, без яких взагалі неможливе функціонування підприємств приватного сектору економіки. До таких належать: видача виписки про реєстрацію юридичної особи, взяття на облік в органи статистики, видача ліцензії;

б) додаткові – такі послуги, що надаються певним підприємствам, проте, не є обов'язковими, тобто в разі ненадання таких послуг підприємство може функціонувати. До таких послуг слід віднести відведення земельної ділянки, надання дозволу на проведення геологорозвідувальних робіт, тощо;

в) спеціалізовані послуги, тобто це такі послуги, що є обов'язковими для певного виду підприємств приватного сектору економіки. До таких послуг, наприклад, належить реєстрація емісії акцій при створенні акціонерного товариства.

2. За галузями господарства:

- а) господарські;
- б) будівельні;
- в) сільськогосподарські;
- г) послуги щодо використання природних ресурсів.

Таким чином, існує розгалужена система адміністративних послуг, які надаються приватним підприємствам, але потрібно пам'ятати, що дії органів виконавчої влади, які надають відповідні послуги, не можуть виходити за межі їхніх повноважень та повинні відповідати нормам чинного законодавства, що регламентує порядок надання таких послуг. Тому відносини, які виникають в процесі використання права приватних підприємств на отримання адміністративних послуг від органів виконавчої влади, становлять інститут адміністративних послуг, який врегульований відповідними нормативно-правовими актами українського законодавства.

Одним з найважливіших нормативних актів, який регулює порядок надання адміністративних послуг, є Закон України "Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців" від 15 травня 2003 року № 755-І. Його важливість, як зазначили вчені-фахівці адміністративного права, такі як І. Коліушко, В. Авер'янов, полягає в тому, що лише цей закон легалізує створення підприємства. З їх думкою варто погодитись, адже неможливо говорити про інші адміністративні послуги доти, доки підприємство ще не створене. Хоча інші вчені, такі як М. Тищенко, не визначають надважливості цього закону в регулюванні порядку надання адміністративних послуг, говорячи про те, що він регулює лише порядок реєстрації підприємств, а інші аспекти діяльності врегульовані іншими нормативними актами.

Як відомо з визначення, закріпленого в нормах чинного законодавства України, метою створення підприємства є отримання прибутку шляхом здійснення певного виду діяльності, але для того, щоб підприємство мало можливість здійснювати той або інший вид господарської діяльності, необхідно отримати певний дозвіл, тобто ліцензію. Нормативно-правовим актом, який регулює порядок надання ліцензій, є Закон України "Про ліцензування певних видів господарської діяльності" від 1 червня 2000 року № 1775-ІІІ. Він більш детально врегулював таку адміністративну послугу як надання ліцензій, визначив поняття ліцензування. Ним врегульовано особливості ліцензування окремих видів діяльності. Крім того, розширено перелік видів господарської діяльності, які потребують отримання ліцензії [14, с. 512].

Доволі важливе значення в системі нормативно-правового регулювання адміністративних послуг має Закон України "Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності" від 6 вересня 2005 року № 2806-ІV. Важливість цього закону полягає в тому, що він визначає поняття дозвільної системи, встановлює перелік органів, які становлять цю дозвільну систему, та визначає їх повноваження по наданню дозвільних документів для здійснення певного виду господарської діяльності, оскільки, як відомо, без дозволу підприємство не має можливості здійснювати той або інший вид господарської діяльності.

Необхідно також звернути увагу на Закон України "Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні" від 30 жовтня 1996 року № 448/96-ВР [15], який визначив систему та повноваження органів державної влади, що здійснюють регулювання на ринку цінних паперів, встановив основні вимоги для учасника ринку цінних паперів, зазначив порядок надання дозволу на проведення емісії цінних паперів та врегулював інші аспекти їх розміщення та реалізації.

Відзначимо, що 17 травня 2012 року Верховна Рада України ухвалила Закон України "Про адміністративні послуги", який надає визначення адміністративних послуг та виокремлює види й порядок їх надання [16].

Вважаємо, що цей закон відіграє значну роль серед інших нормативно-правових актів, які регламентують порядок надання адміністративних послуг приватним

підприємствам, адже він є системоузагальнюючим законом, який більш конкретно врегулює відносини, що виникають в процесі надання послуг.

1. Гончаров В. М. Адміністративне право України / В. М. Гончаров. – К. : Вентурі, 2007. – 258 с. 2. Про схвалення Концепції розвитку системи надання адміністративних послуг органами виконавчої влади : Розпорядження Кабінету Міністрів України : від 15.02.2006 р., № 90-р // Офіційний вісник України. – 2006. – № 7. – Ст. 376. 3. Демський Е. Ф. Адміністративні послуги та їх юридична природа / Е. Ф. Демський // Юридична наука. – 2011. – № 1. – С. 79–87. 4. Авер'янов В. Б. Предмет адміністративного права: нова доктринальна оцінка / В. Б. Авер'янов // Право України. – 2004. – № 10. – С. 25–30. 5. Афанасьєв К. М. Розвиток інституту адміністративних послуг, як умова побудови правової держави / К. М. Афанасьєв // Юридична Україна. – 2011. – № 3. – С. 32–39. 6. Права громадян у сфері виконавчої влади: адміністративно-правове забезпечення реалізації та захисту / за заг. ред. В. Б. Авер'янова. – К. : Наук. думка, 2007. – 356 с. 7. Каченко В. І. Підвищення квіти адміністративних послуг питання теорії і практики / В. І. Каченко // Вісник Луганськ. держ. ун-ту внутр. справ імені Е. О. Дідоренка. – 2010. – № 1. – С. 41–46. 8. Голосніченко І. П. Доктринальні визначення поняття адміністративних послуг / І. П. Голосніченко // Право України. – 2009. – № 2. –

С. 62–70. 9. Коломоєць Т. Управлінські послуги в контексті взаємодії носин особи й органів місцевої влади в Україні: концептуальний і нормативний аспекти / Т. Коломоєць // Актуальні проблеми державного управління. – 2002. – Вип. 7. – С. 178–182. 10. Аналітичний звіт щодо корупційних ризиків у сферах надання адміністративних послуг та контролю–наглядової діяльності публічної адміністрації України від 12.05.2009 року // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.minjust.gov.ua/0/21894>. 11. Стрельченко О. Г. Правове підґрунтя надання адміністративних послуг / О. Г. Стрельченко // Митна справа. – 2011. – № 2. – С. 43–50. 12. Ніколаєнко К. В. Адміністративні послуги як різновид публічних послуг / К. В. Ніколаєнко // Держава і право. – 2010. – № 47. – С. 269–274. 13. Каверін В. В. Адміністративне право України / В. В. Каверін. – К. : Либідь, 2008. – 465 с. 14. Туманов В. В. Ліцензування господарської діяльності з випуску та проведення лотерей / В. В. Туманов // Форум права. – 2010. – № 2. – С. 513–518 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2010-2/10tvvtpl.pdf>. 15. Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні : Закон України : від 30.10.1996 р., № 448/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 51. – Ст. 292. 16. Про адміністративні послуги : Закон України від 6 вересня 2012 року № 5203-VI // Офіційний вісник України. – 2012. – № 76. – Ст. 44.

Надійшла до редколегії 01.10.12

О. Дьяконова, канд. юрид. наук,
доц. кафедри гражданско-правовых дисциплин
Тулского филиала Российской правовой академии Минюста РФ

ПРИМИРИТЕЛЬНЫЕ ПРОЦЕДУРЫ В РОССИЙСКОМ АРБИТРАЖНОМ ПРОЦЕССЕ

У статті аналізуються питання примирних процедур в арбітражному процесі починаючи з кінця XIX століття і до наших днів. Робиться висновок про відмінність процедур мирової угоди та медіації, а також про необхідність введення обов'язкової медіації.

Ключові слова: примирні процедури, арбітражний процес, третейський суд, медіація, мирова угода.

В статье анализируются вопросы примирительных процедур в арбитражном процессе начиная с конца XIX века и до наших дней. Делается вывод о различии процедур мирового соглашения и медиации, а также о необходимости введения обязательной медиации.

Ключевые слова: примирительные процедуры, арбитражный процесс, третейский суд, медиация, мировое соглашение.

In article author analyzes the issues of reconciliation procedures in the arbitration process from the end of XIX century to the present day. The author concludes the difference between settlement proceedings and mediation, on the need for mandatory mediation.

Keywords: conciliation, arbitration process, arbitration, mediation, settlement agreement.

Защита действительно или воображаемо нарушенных прав и законных интересов граждан и организаций осуществляется различными способами. В ч.2 ст.45 Конституции РФ [1] признается возможность защиты любыми способами, не запрещенными законом. В свое время государство встало на позицию расширения судебной защиты нарушенных и оспариваемых прав, это явилось одним из направлений судебной реформы. Так, принятый 27 апреля 1993 г. Закон "Об обжаловании в суд действий и решений, нарушающих права и свободы граждан" [2] включал положения о возможности обжалования в суд решений и действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления, общественных и иных организаций и их объединений, а также должностных лиц. Отечественная наука также поддерживала распространение судебного порядка разрешения споров, так, как отмечала М. С. Шакарян, расширение судебной формы защиты субъективных прав и законных интересов граждан, установление приоритета судебной защиты в порядке гражданского судопроизводства – одно из непеременимых условий существования демократического правового государства [3]. Увы, такой своеобразный "крен" в одну сторону не мог не иметь отрицательных последствий, одним из которых стала чрезмерная загруженность судов практически всех инстанций, в связи с чем можно признать судебную защиту в нашей стране одним из самых распространенных способов.

Следует согласиться с мнением многих практиков, полагающих, что самым действенным инструментом снижения нагрузки на судей является разрешение конфликтов на досудебных стадиях, альтернативные судебным способы урегулирования споров [4], что приво-

дит и к разгрузке судей, и к разрешению конфликта с учетом интересов обеих сторон.

Несмотря на то, что в Концепции судебной реформы имелось положение о необходимости введения в качестве важнейшей составляющей гражданского и арбитражного процесса "альтернативных государственному форм правосудия, расширение возможностей договорной подсудности" [5], в принятом позже Гражданском процессуальном кодексе [6] данное положение не нашло отражения. В Арбитражный процессуальный кодекс была включена ст. 138 [7], которая долгое время оставалась практически недействующей из-за отсутствия механизма применения каких-либо процедур, помимо мирового соглашения.

В этом смысле представляется интересной позиция законодателя периода империи. В Устав гражданского судопроизводства 1864 года [8] была включена глава "О примирительном разбирательстве". В нее включались две главы, посвященные мировым сделкам (соглашениям) и третейскому суду. В соответствии с положениями Устава примирение могло осуществляться в нескольких формах: 1) посредством записи, предъявленной для утверждения нотариусу или мировому судье; 2) посредством подачи подписанного мирового соглашения ли составлением мирового протокола. Под "мировым протоколом" понималась форма примирения в судебном порядке – "в присутствии суда". Устанавливалось, что данный протокол приравнивался к судебному решению, при этом, важно отметить, считался вступившим в законную силу с момента подписания и не подлежал обжалованию.

Подобное определяющее положение содержала ст. 1366 Устава, указывающая, что дело, завершнное

мировым соглашением, заключенным в любой из указанных форм, является "навсегда окончанным, как спорящие стороны, заключившие мировое соглашение, так и их наследники не могут возобновлять производство по делу". Данное положение представляется достаточно перспективным, несмотря на свою жесткость, поскольку обязывало стороны с большим вниманием подходить к примирительной процедуре, рассчитывая вероятность неисполнения заключенного соглашения, а, следовательно, формулирование условий и требований таким образом, чтобы каждая сторона могла их исполнить, обсудить возможность их выполнения еще на этапе формулировки требований.

Изложенные в Уставе положения, касающиеся разбирательства в третейских судах, распространились и на дела торговые, подводомственные коммерческим судам. Ст.1371 определяла сведения, необходимость указания которых в третейском соглашении была очевидна. Так, стороны должны были указать свои ФИО и звания, а также ФИО и звания посредников (третейских судей), предмет спора, место проведения третейского заседания, о заведении дела производством и хранении документов, определить порядок выступления с объяснениями, сроки третейского разбирательства, вопросы обеспечения иска, о неустойке и другие, которые стороны сочли нужным включить в третейское соглашение. По смыслу ст.1374 третейское соглашение должны быть удостоверено у нотариуса или мирового судьи, подлинник передается третейским судьям, а копии – сторонам его заключившим.

При осуществлении третейского разбирательства посредники не обязаны были соблюдать "формальности производства", но должны подчиняться оговоренным в соглашении условиям, т.е. стороны самостоятельно определяли возможный ход процесса. Так, например, стороны должны были передать все необходимые для рассмотрения их спора документы и сведения напрямую посредникам, в случае, если одна из сторон затягивала с представлением – третейский суд мог назначить срок для представления, не затягивая при этом сроки третейского разбирательства (ст.1382 Устава). Нарушение такого срока влекло принятие третейским судом решения без учета этих доказательств.

Ст. 1372 устанавливала возможность определения срока сторонами, заключившими третейское соглашение, если же они этот вопрос не решали, то срок не мог превышать 4 месяца. В случае незавершения третейского производства в установленный сторонами срок, они могли заключить дополнительное соглашение, назначив в нем новый срок. Такая возможность продления срока у сторон существовала один раз, в дальнейшем третейское разбирательство считалось закрытым и несостоявшимся (ст.1386 Устава).

Статья 1387 Устава определяла главное требование к вынесению решения третейским судом – решение выносится "по совести". В комментарии к этой статье указано, что по своду 1837 года, жалоба на решение третейского суда допускалась единственно в силу закона, хотя бы в третейской записи (соглашении) о том и ничего не было сказано. Это правило указывалось в качестве одной из причин тормозящих развитие третейского суда в то время. Поскольку основной идеей вынесения решения третейским судом было и есть вынесение решения по совести, т.е. "естественному чувству справедливости", а не по букве закона, с правом или без права обжалования. Как верно указывал автор-составитель комментария к Уставу Гражданского Судопроизводства И.М. Тютрюмов, такое разделение "по закону" и "по совести" не является корректным, по-

скольку противопоставляет закон и совесть. Речь идет о возможности третейского суда не использовать тех мер к раскрытию истины, которые устанавливались законом, что в целом представляется правильным. Эта возможность использовалась третейским судом по необходимости, также как и обращение к процессуальным средствам доказывания, указанным в законе, например, к вызову сведущих лиц, осмотрах и пр.

Самое главное, чтобы стороны остались довольны решением третейского суда. Действительно, обжалование противоречит самой цели третейского разбирательства. В связи с этим, ст.1393 Устава не позволяет приносить апелляцию на решение третейского суда.

Дело рассмотрением в третейском суде оканчивалось объявлением решения, которое должно быть объявляться не позднее последнего дня срока, установленного для разрешения дела в третейском суде.

Решение приводилось к исполнению на общем основании, посредством выдачи мировым судьей или судом, которому решение представлено, исполнительного листа (ст.1395 Устава). Отмена решения третейского суда целиком или в части возможна только в нескольких случаях: если оно было вынесено с нарушением срока, установленного соглашением или дополнительным соглашением стороны о сроке третейского разбирательства, если решение вынесено без соблюдения условий, указанных в третейском соглашении, отсутствуют подписи посредников и сторон, либо был рассмотрен спор, неподведомственный третейскому суду.

Фактически, действовавший Устав гражданского судопроизводства 1864 г. позволял применять зарекомендовавшие себя в то время в большинстве стран некоторые примирительные процедуры, такие как заключение мирового соглашения и третейский суд. Рассматриваемый Устав, что показательно, называл посредниками именно лиц, разрешающих спор в порядке третейского разбирательства.

В Федеральной целевой программе "Развитие судебной системы" [9] не были оставлены без внимания примирительные процедуры, при помощи которых можно урегулировать спор на основе добровольного волеизъявления самих сторон. Распространены следующие виды примирительных процедур: переговоры, претензионный порядок разрешения споров, посредничество, мировое соглашение. В Программе говорится, что "внедрение примирительных процедур (восстановительной юстиции), внесудебных и досудебных способов урегулирования споров, в том числе вытекающих из административных правоотношений, будет способствовать снижению нагрузки на судей и, как следствие, экономии бюджетных ресурсов и повышению качества осуществления правосудия. При этом предполагается широкое внедрение процедур медиации в качестве механизмов реализации положений законов Российской Федерации, предусматривающих возможность примирения сторон".

Современное регулирование законодателем примирительных процедур оставляет ощущение незавершенности. Как уже отмечалось, ст.138 АПК РФ, указывающая на возможность применения примирительных процедур, фактически не действовала. Законодатель отделил в названии главы 15 АПК РФ "Примирительные процедуры. Мировое соглашение" заключение мирового соглашения от иных форм примирительных процедур, несмотря на то, что в ч. 1 ст.138 АПК определяет, что стороны могут урегулировать спор, заключив мировое соглашение или применяя другие примирительные процедуры, в том числе процедуру медиации, если это не противоречит федеральному закону.

Однако при этом в остальных статьях главы 15 АПК РФ речь идет только о форме и содержании мирового соглашения и процедуре его утверждения судом.

В первую очередь о возможности обратиться на любой стадии арбитражного процесса к посреднику, в том числе к медиатору указывается в п.2 ч.1 ст.135 АПК РФ. На этом нормативное регулирование каких-либо примирительных процедур, за исключением норм, касающихся третейского разбирательства, в АПК РФ заканчивается. Фактически действующее арбитражное законодательство предусматривает возможность использования только трех видов примирительных процедур, одна из которых (третейский суд) остается за рамками арбитражного процесса.

Оценивая АПК РФ в целом как достаточно перспективный и отвечающий реалиям современности закон, нельзя не отметить, что в вопросе, касающемся примирительных процедур он "недалеко ушел" от других процессуальных законов, также ограниченно регулирующих возможности сторон по достижению мира без судебного вмешательства.

Одной из примирительных процедур, которую называет АПК РФ, является заключение мирового соглашения. Само по себе мировое соглашение представляет собой сделку, заключаемую сторонами, пришедшими к согласию по определенным спорным вопросам. С.Ю. Колясникова предлагает следующее определение мирового соглашения в арбитражном процессе – это добровольная примирительная процедура, урегулированная процессуальным законодательством и осуществляемая сторонами в рамках возбужденного дела под контролем суда [10]. Действительно, совершение мирового соглашения и подконтрольность заключения являются отличительными особенностями данной примирительной процедуры.

Основным отличительным моментом является тот факт, что заключение мирового соглашения возможно на стадии судебного разбирательства вплоть до удаления суда в совещательную комнату самостоятельно сторонами, либо сторонами с участием своих представителей, но данное соглашение всегда проходит процедуру утверждения судом. Так, ст.141 АПК РФ указывает, что оно утверждается судом, в производстве которого находится дело либо по месту исполнения судебного акта (в случае заключения соглашения в процессе принудительного исполнения решения суда).

Вызывает вопрос столь длительный срок, в течение которого арбитражный суд должен утвердить мировое соглашение, по действующему закону он составляет один месяц (ч. 4 ст.141 АПК РФ). Для сравнения ГПК РФ не устанавливает специальный срок для рассмотрения заявления об утверждении мирового соглашения, определяя лишь то, что суд выносит определение об утверждении мирового соглашения, выступающее одновременно и основанием прекращения производства по делу. Указанный в ч.4 ст.141 АПК РФ срок вызывает сомнение, поскольку удостовериться в добровольности заключения соглашения и осознании сторонами его условий возможно и за более короткое время, что позволит не затягивать процесс.

Основания для неутверждения мирового соглашения в обоих законах идентичны – наличие в нем условий противоречащих закону или нарушающих права и законные интересы других лиц (ч.5 ст. 141 АПК РФ, ч. 2 ст.39 ГПК РФ). Процедура утверждения мирового соглашения арбитражным судом частично описана в ст.141 АПК РФ и представляет собой установление судом условий его противоречия закону. При этом способы установления в АПК РФ четко не обозначены, что предполагает возмож-

ность использования доказательств, перечисленных в ст.64 АПК РФ. Как указывалось в ст.1362 Устава гражданского судопроизводства для удостоверения судом в добровольности заключенного сторонами мирового соглашения могли быть использованы допросы сторон, помимо этого при направлении мирового соглашения на утверждение в суд, стороны должны были заверить их у нотариуса, что позволяло оканчивать производство "тотчас же по их получении" [11].

Помимо указанного существуют и иные проблемы в правовом регулировании института мирового соглашения в арбитражном процессе. Как справедливо указывает Д.Л. Давыденко, в АПК РФ имеется противоречие между положениями п. 6 ст. 141 и п. 2 ст. 140. Согласно п. 2 ст. 140 АПК РФ 2002 г. в мировом соглашении могут содержаться любые условия, не противоречащие федеральному закону, тогда как п. 6 ст. 141 указывает на то, что арбитражный суд не утверждает мировое соглашение, если оно противоречит закону. Поэтому не совсем ясно, как будет действовать суд, если оно будет противоречить закону субъекта Федерации. Автор предполагает, что преимущество будет отдано п. 6 ст. 141 АПК РФ [12].

Медиация в соответствии с действующим Федеральным законом "Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)" [13] представляет собой способ урегулирования споров при содействии медиатора на основе добровольного согласия сторон в целях достижения ими взаимоприемлемого решения. Среди примирительных процедур, которые могут эффективно использоваться при урегулировании экономических споров, следует, по мнению Д.Л. Давыденко, прежде всего выделить посредничество как примирительную процедуру, направленную на урегулирование правового спора и выработку взаимоприемлемого решения самими сторонами с участием третьей стороны (посредника) [14]. К преимуществам посредничества следует отнести также его универсальный характер, т.е. применимость ко всем спорам с участием как граждан, так и организаций. Кроме того, стороны имеют возможность самостоятельно выбрать судью (посредника) и активно участвовать в урегулировании конфликта. Они сами приходят к компромиссному решению, а не получают его в качестве императива. Ответственность как за принятие решения, так и за его выполнение лежит на самих сторонах. Примирение путем посредничества выгодно для участников спора и с материальной стороны [15].

Не вдаваясь в дискуссию о понятии медиации как способа альтернативного разрешения споров, отметим, что в современном мире медиация занимает одно из первых мест по популярности среди несудебных (альтернативных) способов урегулирования споров и, кроме того, в определенной степени составляет серьезную конкуренцию и судебному разрешению. Так, хозяйственные споры в Австрии рассматриваются с помощью медиации чаще, чем в России. Этому способствуют отработанность процедуры медиации в законодательстве, быстрота разбирательства (по сравнению с рассмотрением дела в государственных судах), относительная дешевизна медиативного процесса [16]. Посредством медиации в США завершаются, не доходя до суда, порядка 85 % споров гражданско-правового характера. Во многих странах, включая Германию, Швейцарию, Италию, Голландию, существует и развивается судебная медиация.

В связи с принятием указанного Закона о медиации, в соответствующие процессуальные кодексы были внесены дополнения, позволяющие, по мысли законода-

теля, развивать процедуры альтернативного разрешения споров [17]. Этим законом в обязанность судьи арбитражного суда при проведении действий по подготовке судебного разбирательства было введено положение, согласно которому он должен разъяснить сторонам их право на рассмотрение дела с участием арбитражных заседателей, право передать спор на разрешение третейского суда, право обратиться на любой стадии арбитражного процесса в целях урегулирования спора за содействием к посреднику, в том числе к медиатору, в порядке, установленном федеральным законом, и последствия совершения таких действий, принимает меры для заключения сторонами мирового соглашения, содействует примирению сторон. Подобное положение внесено в ГПК РФ (п.5 ч. 1 ст.150). Однако, данное нововведение позволяет лишь говорить о том, что у суда появилась обязанность разъяснить сторонам возможность обращения к медиатору (посреднику), но эта обязанность по отношению к сторонам носит рекомендательный характер, т.е. их отказ обратиться к посреднику не влечет никаких отрицательных последствий, в результате чего судебное разбирательство продолжится.

Тем не менее, возникает вопрос, по какому пути будет развиваться медиация в России, станет ли обращение к медиатору после подачи заявления в суд обязательным или останется рекомендацией судьи, осуществляемой на основе принципа добровольности. Во многих зарубежных странах решение этого вопроса в зависимости от того, кем иницируется медиативная процедура после подачи заявления в суд и в каком порядке, оставлено на усмотрение суда (Финляндия). США и Великобритания стоят на позиции применения как принудительной, так и добровольной медиации, Франция и Италия по некоторым категориям дел также определяют обязательную медиацию. В Беларуси установлен обязательный досудебный порядок урегулирования споров. Литва занимает более жесткую позицию, указывая, что по всем делам, рассматриваемым в суде, необходимо проведение медиативных процедур.

Анализ, проведенный Е.А. Борисовой позволяет утверждать, что ГПК Швейцарии, вступивший в действие с 1 января 2011 г. и заменивший все законодательные акты о медиации, принятые ранее в кантонах, ввел процедуру гражданской медиации в соответствии с которой судьям предоставлено право на всех этапах судебного разбирательства рекомендовать сторонам использование медиации, если они согласны на это. Особенностью Кодекса является то, что теперь стороны смогут избрать медиацию вместо предусмотренной ранее обязательной процедуры примирения [18]. Многие зарубежные теоретики и практики-медиаторы настроены решительно против обязательной медиации, полагая при этом, что подобная практика отталкивает стороны от этого способа урегулирования спора.

В АПК РФ фактически закреплена обязанность суда рекомендовать сторонам процедуру медиации, обязанность суда принимать меры, направленные на примирение сторон (ч.1 ст.138). Как верно указывает Е.Г. Стрельцова, исходя из действующего АПК, можно сказать, что примирение сторон является обязанностью суда, которая не должна выполняться в ущерб основной задаче – осуществлению правосудия [19]. Причем, по мнению указанного автора, дополнительной обязанностью после осуществления правосудия. Развивая свою мысль, Е.Г. Стрельцова отмечает, что не существует правовых и логических препятствий для возвращения исковых заявлений тем, кто заключил между собой договор о посредничестве как обязательном условии обращения в суд. В связи с этим, она

предлагает вернуться к раннему варианту АПК (п. 6 ч. 1 ст. 108 АПК 1995 г. [20]), в том числе и в целях стимулирования сторон к внесудебному разрешению спора. Понуждения в этом случае фактически не осуществляется – суд лишь предлагает сторонам исполнить установленное договором [21]. Представляется, что нет необходимости включить данное положение в нормы действующего АПК РФ, поскольку оно фактически существует в п. 2 ч.1 ст.148 АПК РФ в качестве основания для оставления заявления без рассмотрения.

Еще одним актуальным вопросом является определение сферы применения медиативных процедур в арбитражном процессе. По нашему мнению, медиация может применяться по всем категориям дел, за исключением тех, в которых одной из сторон является государство. Медиация практически невозможна в тех случаях, когда одной из сторон является государство. Несмотря на то, что некоторые страны (Германия, Голландия, США, Италия и др.) позволяют при разрешении некоторых категорий дел, например, налоговых споров, обращаться к медиатору, во многих других странах такая возможность либо отсутствует, либо серьезно ограничена, либо не имеет актуальности. Более того, медиаторам по таким делам в указанных выше странах выступают судьи соответствующих судов.

Представляется, что медиация в таких случаях невозможна исходя из нескольких посылок, во-первых, признак публичности фактически нивелирует принцип конфиденциальности, во-вторых, государственный орган, его представитель не наделены полномочиями изменять под каждую конкретно взятую ситуацию правила, сформулированные и распространяемые на всех субъектов, он фактически не может поступиться своими обязанностями в нарушение этих правил, кроме того, представитель государственного органа, в отличие от представителя юридического лица, наделен полномочиями от лица государства, но при этом не вправе изменять их по собственной воле. Иными словами действует императив в отношении волеизъявления представителя государственного органа. Не исключено, однако, в дальнейшем развитие возможностей использования медиативных процедур и по рассматриваемым категориям дел, с учетом корректировки действующего законодательства.

Дискуссионным является и вопрос о возможности проведения процедуры медиации с участием представителей сторон. В целом закон не препятствует проведению медиации с их участием, но, необходимо учитывать, что по своей сути медиация направлена на построение такой системы взаимодействия сторон, при которой они лично приходят к взаимовыгодному решению, что, в некоторых случаях невозможно достичь через институт представительства. Таким образом, участвовать в медиации спорящие стороны должны самостоятельно, не превращая ее в переговорный процесс с участием посредников, несмотря на схожесть некоторых элементов. В медиации должно участвовать то лицо (в том числе представитель юридического лица), которое способно принимать значимые решения, нести за них ответственность. При этом отметим, что участие в медиации наряду со сторонами их представителей, в том числе и юристов, может оказать положительное воздействие на принимаемое соглашение, повысить степень его исполнимости.

В том, что касается медиативного соглашения, следует отметить, что законодатель не случайно не указал, в отличие от мирового соглашения, на необходимость утверждения медиативного соглашения судом. Медиативное соглашение заключается как результат

конструктивных переговоров между сторонами, как правило, выходящих за рамки конкретного спора, охватывающих всю конфликтную ситуацию, возникшую между сторонами, результатом которой и стал конкретный спор, по поводу которого подано заявление в суд. В связи с этим представляется неточным мнением В.О. Аболонина, полагающего возможным обращение по просьбе сторон в суд для утверждения медиативного соглашения судом в качестве мирового соглашения, если медиация была проведена после подачи иска в суд или арбитраж [22]. Арбитражный суд вправе проконтролировать добровольность волеизъявления сторон при подписании медиативного соглашения. Но при этом, следует помнить, что суд его утверждать не может. Медиативное соглашение, являясь по правовой природе гражданско-правовой сделкой, не подлежит утверждению судом, поскольку может включать в себя вопросы, выходящие за рамки предмета спора, по поводу которого было подано заявление в суд.

Подводя итог, можно указать на одно из основных отличий медиации от мирового соглашения, заключаемого в рамках судопроизводства – ограниченные рамки разрешаемых вопросов, т.е. предметом мирового соглашения будет являться то, по поводу чего спорят стороны в суд, предметом медиативного соглашения могут быть совершенно не относящиеся к спору вопросы, по поводу которых стороны решили прийти к соглашению. Следует помнить, что процедура медиации неформальна. Медиация от многих других процедур отличается большей вариативностью, стороны имеют возможность выбрать посредника, а также самостоятельно под руководством посредника определяют процедуру, в которой будет проходить урегулирование спора. фактически участие в процедуре независимого и беспристрастного третьего лица – посредника (медиатора) облегчает сторонам путь к достижению соглашения, а гражданско-правовая природа медиативного соглашения не ограничивает стороны в формулировании условий, выходящих за предмет спора, охватывающих всю конфликтную ситуацию.

Как справедливо отмечает Е.И. Носырева: альтернативное разрешение споров не заменяет и не может заменить правосудие, не преграждает и не должно преграждать доступ к нему, не конкурирует с ним, в то же время становление развитой системы альтернативного разрешения споров в конечном итоге отвечает интересам любого правового государства, ибо способствует созданию эффективной судебной системы и снижению объема судебных дел и затрат, связанных с их рассмотрением [23].

Анализируя предусмотренные действующим законодательством примирительные процедуры, отметим, что их применение зависит, прежде всего, от волеизъявления сторон, в связи с чем введение обязательного характера той или иной процедуры не будет способствовать ускорению и упрощению судопроизводства и снижению нагрузки на судей. Кроме того, следует учитывать и предмет спора, характер правоотношения, из которого возник спор. И основное условие, на которое следует сделать упор при направлении на медиативную процедуру сторон, подавших заявление в арбитраж

суд – сохранение партнерских отношений посредством принятия взаимовыгодного решения.

1. Конституция Российской Федерации. Принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г. (с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 № 6-ФКЗ, от 30.12.2008 № 7-ФКЗ) //Российская газета. 2009. – № 7. 2. Об обжаловании в суд действий и решений, нарушающих права и свободы граждан. Закон РФ от 27 апреля 1993 № 4866-1 (ред. от 09.02.2009) // Российская газета. 1993. № 89. 3. Шакарян М. С. Защита прав человека и гражданина в порядке гражданского судопроизводства // Общая теория прав человека. – М., 1996. – С. 228. 4. 5 лет АПК РФ (на вопросы редакции отвечают судьи арбитражных судов) //Законодательство. 2007. № 9. 5.О Концепции судебной реформы в РСФСР. Постановление ВС РСФСР от 24.10.1991 № 1801-1 // Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1991. № 44. Ст. 1435. 6. Гражданский процессуальный кодекс РФ. Федеральный закон от 14.11.2002 № 138-ФЗ (в ред. 23.04.2012) // СЗРФ. 18.11.2002. № 46. – Ст. 4532. Далее сокращенно – ГПК РФ. 7. Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации. Федеральный закон от 24.07.2002. № 95-ФЗ (в ред. 8.12.2011) // СЗРФ. 29.07.2002. № 30. Ст. 3012. Далее сокращенно – АПК РФ. 8. Устав Гражданского Судопроизводства. Свод Законов Т. XVI. Часть I. Изд.1892 г. по Прод.1906. с законодательными мотивами, разъяснениями Правительствующего Сената и комментариями русских юристов, извлеченными из научных и практических трудов по гражданскому праву и судопроизводству (по 1 ноября 1907 г.). В 2-х томах. Том второй / Сост. И.М. Тютрюмов. СПб, 1908. // Классика российской цивилистики. Доступ из СПС "КонсультантПлюс". 9. О федеральной целевой программе "Развитие судебной системы России" на 2007 – 2012 годы. Постановление Правительства РФ от 21 сентября 2006 г. № 583 // СЗРФ. 2006 г. № 41. Ст. 4248. Далее – Программа. 10. Колясникова Ю. С. Примирительные процедуры в арбитражном процессе: автореф. дисс. к.ю.н. Екатеринбург, 2009. С.11. 11. Устав Гражданского Судопроизводства. Свод Законов Т. XVI. Часть I. Изд.1892 г. по Прод.1906. с законодательными мотивами, разъяснениями Правительствующего Сената и комментариями русских юристов, извлеченными из научных и практических трудов по гражданскому праву и судопроизводству (по 1 ноября 1907 г.). В 2-х томах. Том второй / Сост. И.М. Тютрюмов. СПб, 1908. // Классика российской цивилистики. Доступ из СПС "КонсультантПлюс". С.632. 12. Давыденко Д.Л. Мировое соглашение и примирительные процедуры в арбитражном, гражданском и третейском процессе // Арбитражный и гражданский процесс. 2003. № 10. 13. Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации). Федеральный закон от 27.07.2010 № 193-ФЗ //СЗРФ. 2010. № 31. Ст. 4162. Далее сокр. – Закон о медиации. 14. Давыденко Д.М. Из истории примирительных процедур в Западной Европе и США // Вестн. ВАС РФ. 2004. № 1. С. 163-176. 15. Зайцев А.М., Кузнецов Н.В., Савельева Т.А. Негосударственные процедуры урегулирования правовых споров. Саратов, 2000. – С. 38. 16. Бирюков П.Н., Пронин А.В. Процедура медиации в Австрии //Арбитражный и гражданский процесс. 2011. № 10. 17. О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона "Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)". Федеральный закон от 27.07.2010 № 194-ФЗ // СЗРФ. 2010. № 31. – Ст.4163. 18. Мириманов Ж. Медиация и суд могут действовать вместе // Медиация и право. 2010. № 4. – С. 68 – 69; см. также: Лак Д. Чем раньше мы обращаемся к медиации, тем лучше // Медиация и право. 2009. № 4. – С. 62 – 63. Цит.по: Борисова Е.А. Российская процедура медиации: концепция развития // Вестник гражданского процесса. 2011. № 1. – С. 66 – 78. 19. Стрельцова Е.Г. Примирительные процедуры: проблемы законотворчества и правоприменения // Законы России: опыт, анализ, практика. 2011. № 10. – С. 42. 20. Пункт 6 ч. 1 ст. 108 АПК: "если истец не представил документы, подтверждающие соблюдение досудебного (претензионного) порядка урегулирования спора с ответчиком, когда это предусмотрено федеральным законом для данной категории споров или договором". Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации. Федеральный закон от 05 мая 1995 № 70-ФЗ (с изм. от 14.01.2000) // СЗРФ. 1995. № 19. Ст.1709. 21. Стрельцова Е.Г. Указ.соч. – С.42. 22. Аболонин В.О. К вопросу о коммерческой медиации в России // Арбитражный и гражданский процесс. 2011. № 4. – С. 35. 23. Носырева Е.И. Перспективы развития альтернативного разрешения споров в Российской Федерации //Законодательство. 2000. № 10. – С.50.

Надійшла до редколегії 02.10.12

УДК 347.79

Е. Хачатуров, здобувач, І. Підпала, здобувач

ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ ТА ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ МОРСЬКОЇ ГАЛУЗІ

Стаття, присвячена актуальним питанням правового регулювання активної участі України в освоєнні морських просторів і ресурсів. Викладено результати аналізу нормативно – правового забезпечення морської галузі нашої країни та запропоновані варіанти його удосконалення для більш ефективного використання наявного промислово – організаційного потенціалу галузевих комплексів.

Ключові слова. Морська галузь, морський і річковий транспорт, суднобудування, порти, гідротехнічні споруди, національне законодавство, континентальний шельф, правовий статус.

Статья, посвященная актуальным вопросам правового регулирования активного участия Украины в освоении морских пространств и ресурсов. Изложены результаты анализа нормативно – правового обеспечения морской отрасли нашей страны и предложены варианты его усовершенствования для более эффективного использования имеющегося промышленно – организационного потенциала отраслевых комплексов.

Ключевые слова. Морская отрасль, морской и речной транспорт, судостроение, порты, гидротехнические сооружения, национальное законодательство, континентальный шельф, правовой статус.

The article on the topical issues of legal regulation active Ukraine's participation in the development of maritime areas and resource. Presentation analysis of normative – legal support of the maritime industry of our country and provide suggestions to improve it to make better use of existing industrial and institutional capacity-building industrial complexes.

Keywords. Maritime industry, maritime and river transport, shipbuilding, ports, waterworks, national legislation, the continental shelf, the legal status.

В даний час на морських просторах розширюється міжнародне суперництво і протиборство прибережних морських держав в освоєнні континентального шельфу з метою максимального використання його ресурсів. Для цього необхідне створення відповідних національних законодавчих актів – правових інструментів для захисту і розвитку зовнішньоекономічних інтересів України на світових сировинних і енергетичних ринках, з урахуванням транспортної складової.

По даній темі сьогодні практично відсутні нормативно – правові акти у національному законодавстві для розвитку вітчизняного суднобудування, морських і річкових портів, освоєння континентального шельфу з будівництвом гідротехнічних споруд, морських і стаціонарних бурових платформ.

Завдання статті полягає у вивченні існуючої нормативно – правової бази для забезпечення діяльності промислових підприємств, організацій та установ морегосподарського комплексу. Проведення порівняльного аналізу чинного в цьому напрямку вітчизняного та зарубіжного законодавства.

Метою статті є удосконалення вітчизняного законодавства для вирішення довгострокової стратегічної задачі – освоєння морських просторів і ресурсів, використовуючи наявний морегосподарський потенціал України.

Морська галузь багато в чому визначає і вносить істотний вклад у розвиток економіки нашої країни. Тому, Україна, як морська держава, має можливість активної участі в освоєнні морських просторів і ресурсів. Це має стати метою довгострокової стратегічної задачі. З метою забезпечення економічної безпеки держави важливо, щоб національна морська політика була, націлена на ефективний захист морських ресурсів, дієву охорону екології морського середовища, забезпечення довготривалого користування морськими ресурсами, досягнення координованості в розвитку морегосподарського комплексу. Пора нам всім не тільки зрозуміти суть початку епохи "ресурсного суперництва і протиборства", але і переосмислити методи, якими треба діяти на світових сировинних і енергетичних ринках, з урахуванням транспортної складової, а також створити відповідне законодавче забезпечення. Знайти адекватні правові інструменти для їх вирішення – одна з пріоритетних задач законодавця в цьому напрямку [7, 11].

Реальна морська політика України сьогодні відстає від часу. Якість її нормативно-правового забезпечення не відповідає реальним потребам. Законотворча діяльність, спрямована на вирішення проблем і розвиток

морської галузі, очікуваних результатів поки не дає. Аналіз законодавчого забезпечення національної морської політики дає привід для серйозних роздумів. У наявності позитивні тенденції в організації взаємодії органів конституційного партнерства у стратегічному плануванні розвитку галузі, поворот уряду до актуальних проблем національної морської політики і перехід виконавчої влади до програмних методів своєї діяльності на середньострокову перспективу. Як результат, законодавство стає більш цілеспрямованим і узгодженим з політичними установками [10].

Разом з тим, аналіз показує, що істотного просування в реалізації пріоритетів національної морської політики не відбулося. Законотворчість в значній мірі зберегла недоліки, які істотно знижують ефективність. У зв'язку з цим необхідно відзначити, що рекомендації Асоціації суднобудівників України "Укрсудпром" з національної морської політики в суднобудівному напрямку в значній частині, поки, залишаються не реалізованими [4]. Наслідком невирішеності, зазначених вище проблем є відсутність необхідних законів, невідповідність спрямованості прийнятих законодавчих актів стратегічним цілям розвитку галузі, неможливість їх ефективного застосування.

Необхідно повернутися до цілей і завдань, поставлених Морською доктриною держави і маючи їх в якості орієнтира, вжити всіх заходів до своєчасного створення повноцінного законодавчого забезпечення, направлено на їх досягнення. Діяльність морського транспорту майже завжди має міжнародний характер і знаходиться в числі першочергових завдань реалізації функціональних напрямів національної морської політики. Тому, Морська доктрина першою визначає завдання формування нормативної правової бази морської діяльності, що відповідає нормам Міжнародного права та інтересам України, яка бере участь у більшості міжнародних договорів у галузі торговельного мореплавства. Однак, відомо, що не завжди взяті на себе за цими договорами міжнародно – правові зобов'язання Україна здійснює не в повній мірі і не завжди національне законодавство відповідає цим договорам [7].

Пріоритетними напрямками законотворчості є морегосподарські комплекси, які знаходяться у вкрай важкому стані. До них відносять суднобудування і судноремонт, морський і річковий транспорт разом з портами та гідротехнічними спорудами, рибпромисловий комплекс. Для нормального функціонування цих галузевих комплексів недостатньо законодавчого рішення, тобто технічних аспектів. У першу чергу потрібно вдоскона-

лення існуючого бюджетного, податкового, митного, земельного та водного законодавства. У цей процес необхідно залучити тих, хто безпосередньо бере участь в цьому бізнесі та до тонкощів знають всі його проблеми, які повинні бути вирішені і забезпечити нормальну, конкурентоспроможну роботу. Ініціаторами законотворчості мають бути професіонали, яких, на жаль, стає менше і менше [1].

Першість у законодавчому процесі має належати, перш за все, регіональним органам України, тобто ініціатива повинна йти від місцевого рівня і підтримуватися нагорі. Роботу з ініціювання та просування таких змін в законодавство необхідно проводити з урахуванням того, що вони забезпечать гарантії її правової, фінансової та адміністративної незалежності від органів державного управління. Законодавчі ініціативи необхідно піддавати експертно-аналітичному опрацюванню регіональними фахівцями спільно із законодавцями в умовах повної відкритості. Не можна допускати порушення принципів сумлінного управління та обмежувати права господарюючих суб'єктів. В нашому законодавстві, яке сформувалося в історично короткий термін, в умовах масштабних соціально-економічних змін, об'єктивно накопичився масив невизначених, посилкових норм, які виявилися здатні провокувати, при їх реалізації, корупційні прояви [3]. Як приклад можна вказати:

- наявність в законодавстві широких дискреційних повноважень чиновників (тобто права діяти на власний розсуд), що створює можливості для зловживань;
- часте використання посилкових норм: залишаючи більш детальне регулювання тих чи інших відносин (як правило, порядку і термінів здійснення конкретних повноважень) на розсуд органу виконавчої влади, законодавець провокує відомства на створення умов діяльності, зручних тільки для чиновників, на шкоду інтересам і зручності громадян;
- наявність у нормативних актах колізійних норм, які перешкоджають правильному застосуванню законів і створюють можливість для застосування чиновником, на його розсуд, тієї норми, яка більш вигідна в конкретному випадку.

На теперішній час назріла ситуація, в якій необхідна суттєва ревізія законодавства. Не тільки діючі, а й новоприйняті нормативно – правові акти необхідно піддати експертному аналізу на предмет виявлення і вилучення корупційогених норм і створити всі умови для поетапного переходу і повернення суден під український прапор.

Крім того, слід пам'ятати, аксіому – розвиток морської галузі неможливий без наявності сучасних портів і цьому треба приділяти відповідну увагу. Наші порти, поки, не відповідають сучасним вимогам і потребам економіки. Необхідно створювати всі умови, щоб вантажі доставлялися в строк і без завдання збитку їх якості. І хоча прогрес в частині наливних вантажів очевидний, але як і раніше значна частина вантажів іде через порти інших держав. Тому, наші порти повинні конкурувати не між собою, а з портами сусідніх держав. Вітчизняні порти не завжди можуть запропонувати клієнтам якісні та адекватні за ціною послуги в потрібному обсязі. Ряд причин носять об'єктивний характер – географічне положення портів, малі глибини, наявність льодової обстановки, наявність протяжних підхідних каналів, а також віддаленість від головних океанських торгових шляхів. Ці фактори призводять до додаткових витрат судновласників і вантажовідправників, подорожчання портових послуг. У той же час ряд причин недостатньої конкурентоспроможності галузі можна віднести до таких, що корегуються [12].

Отже, стає очевидним своєчасність і актуальність Наказу Мінінфраструктури України № 339 від 25.08.2011 г. "Про затвердження Інструкції Положення про Службу морської безпеки порту (портового засобу)" в частині забезпечення безпеки мореплавання в портах і на підходах до них, а також проведення моніторингу безпеки мореплавання, як єдиної системи, включаючи нормативно-правове регулювання, з метою виходу на законодавчі ініціативи.

До цих пір залишаються невирішеними проблеми, пов'язані із землекористуванням, управлінням майном, більшість портів не мають зареєстрованих кордонів. Все це створює серйозні проблеми для здійснення капіталовкладень в їх розвиток. В Україні, на відміну від деяких сусідніх держав – прямих конкурентів, відсутня послідовна й адекватна політика з надання пільг для подібної діяльності.

Однією з неврегульованих проблем на морському транспорті є відсутність пунктів пропуску в деяких морських портах, недосконалий правовий режим об'єктів транспорту, відсутність ясності з місцями розташування і кордонами більшості наявних пунктів пропуску. Якщо немає пунктів пропуску – то пропуск через державний кордон, буде здійснюється з порушенням існуючого законодавства [5].

Стримування надходження іноземних інвестицій в морську сферу діяльності обумовлюється існуючим у нас низьким організаційним рівнем, що призводить до повної неможливості прогнозування виробництва. Непродуктивні втрати на оформлення формальностей прикордонними, митними та іншими службами можуть займати більше 50% часу вантажних операцій, що призводить до подорожчання вартості заходу судна в порт від 500 до кількох тисяч євро. Контейнери простоюють в портах по 9-12 діб. Пора ввести систему оформлення приходу – відходу суден в рамках вантажних операцій, як це робиться в найбільших портах світу. При цьому, необхідна розробка схем спрощеного оформлення внутрішнього митного транзиту з переважанням огляду в митних постах пунктів призначення. Детального опрацювання потребує питання створення портових особливих економічних зон в частині дозволених видів господарської діяльності в них. До кінця не врегульовано питання переміщення матеріальних запасів, під митний режим, необхідних для забезпечення нормальної експлуатації та технічного обслуговування морських (річкових) суден у дорозі їх прямування або в пунктах проміжної зупинки або стоянки.

В останні роки фінансові вкладення в морську галузь збільшуються і можна очікувати позитивних змін в суднобудуванні, у стані судноплавних гідропоруд та водних шляхів. Однак, незважаючи на те, що з'явилися позитивні тенденції розвитку, морегосподарський комплекс продовжує залишатися в кризовому стані.

Найбільш значимими проблемами, крім перерахованих вище, що перешкоджають його розвитку і вимагають невідкладних рішень є:

- високий рівень оподаткування, який знижує можливість капітальних вкладень та розвитку і веде до зростання залежності від позикового, переважно іноземного капіталу;
- недостатній рівень державно-приватного партнерства в ініціюванні та підтримці найважливіших для галузі інвестиційних програм;
- відсутність підтримки вітчизняного виробника заходами митного та тарифного регулювання, пільгового кредитування та ін.

Для вирішення перерахованих проблем, необхідно створити ефективну правову базу та забезпечити впро-

вадження заходів економічного стимулювання. Аналіз реалізації завдань, поставлених Морською доктриною, в галузі вивчення та освоєння мінеральних та енергетичних водних ресурсів, показує, що геолого-геофізична вивченість континентального шельфу України залишається вкрай неоднорідною і в цілому дуже низькою. Необхідно розробити проект Концепції геологічного вивчення та освоєння ресурсів нафти і газу на континентальному шельфі України на період до 2020 року. Враховуючи початок освоєння шельфу в частині розробки родовищ і видобутку вуглеводневої сировини, необхідно вирішити проблеми визначення його зовнішнього кордону. Існуюче законодавство і нормативно-правова база не забезпечують повною мірою проведення ефективної державної політики щодо освоєння континентального шельфу. Тому, діяльність по його освоєнню також потребує правової, організаційної, технічної та технологічної підтримки з боку держави. Крім того, при освоєнні шельфових родовищ слід передбачити будівництво відвантажувальних терміналів, але їх статус національним законодавством не визначений. Це створює додаткові проблеми для всіх учасників видобутку і транспортування вуглеводневої сировини, у тому числі в питаннях відкриття пунктів пропуску на перевантажувальних комплексах в районах розробки, відвантаження видобутої сировини та організації на них державного нагляду за екологічною безпекою та охороною навколишнього середовища при веденні робіт з її пошуку і видобутку [9, 15].

Для цього необхідно, визначити правовий статус морських платформ, відвантажувальних терміналів і інших споруд у територіальному морі та прилеглий зоні, континентальному шельфі, а також у виключній економічній зоні України. Стаціонарні бурові платформи не підпадають під застосування вимог Міжнародного Кодексу з охорони суден і портових засобів (ОСПС).

Не визначена і не розмежована відповідальність регіональних органів державної влади в частині узгоджувальних, дозвільних і контрольних функцій діяльності на континентальному шельфі. Разом з тим в освоєнні шельфових територій існує комплекс проблем в питаннях навігаційно-гідрографічного забезпечення районів видобутку і підходів до них. Враховуючи, важливість для України освоєння вуглеводневих родовищ, доцільно розробити і затвердити зацікавленими органами виконавчої влади державну програму у сфері вивчення та освоєння нафтогазового потенціалу континентального шельфу та комплексного плану дій щодо її реалізації. При цьому, чинне законодавство не в повній мірі вирішує питання щодо упорядкування та забезпечення безпеки судноплавства. До того ж, для впевненого здійснення супутніх заходів освоєння шельфу, необхідні судна різного класу і промислового призначення, будівництво яких обумовлено вирішенням складних технічних і фінансово – організаційних завдань.

Після утворення незалежної держави суднобудівна промисловість України, успадкувала могутній потенціал чудово оснащених, високоприбуткових суднобудівних заводів, які повністю задовольняли потреби країни. На цих заводах в попередні роки, за рахунок механізації технологічних процесів, підвищувалася продуктивність праці, знижувалася собівартість продукції, зростає чистий прибуток. Заводи мали оборотні кошти, що дозволяло їм забезпечувати сплату податків і заробітної плати, розширювати і технічно переоснащувати виробництво, розвивати соціальну сферу, включаючи будівництво житла. Проте, необхідно відзначити, що біля 65% продукції суднобудівних підприємств складали військові кораблі, які будувалися за держзамовленням. Тому питання фінансування будівництва суден перед суднобудівними заводами не стояли взагалі.

В нинішньому році відродженню вітчизняного суднобудування керівництвом країни приділяється пильна увага. Проблеми розвитку суднобудівної промисловості повинні вирішуватися системно з урахуванням того, що суднове комплекуюче устаткування і матеріали, необхідні для створення перспективних об'єктів морської техніки, проводяться не тільки в суднобудівній галузі, а й в інших. Розроблена "Стратегія розвитку суднобудівної промисловості до 2020 року" і на подальшу перспективу. Урядом України прийнято рішення "Про заходи щодо забезпечення розвитку України, як морської держави", що передбачає комплекс заходів виведення суднобудування в передову високотехнологічну та конкурентоспроможну галузь [13, 8].

Також, при розгляді проблемних питань морської індустрії треба враховувати людський фактор. За змістом і важністю він не поступається вище перерахованим. Основними діючими особами при цьому є – моряки, працівники портів (каботажки), здавальних команд, морських платформ, стаціонарних бурових платформ та інших споруд, що відносяться до моря. Так, моряк – з одного боку, особа, яка працює на борту і занесена в судову роль (ст.2 Конвенції № 22 "Про трудові договори моряків", 1926 р.), з іншого – означає будь-яку особу, зайняту на будь – якій посаді і працює за наймом на борту судна (ст. 2 Конвенції "Про працю в морського судноплавстві" 2006 р.). Якщо статус моряка на експлуатуємому судні більш – менш визначено національними та Міжнародними правовими актами то про здавальні команди суднобудівних заводів, для проведення ходових випробувань і передачі судна Замовнику або Власнику, оповідає лише один нормативний акт – наказ директора заводу "Про виробничу необхідність тимчасової зміни умов праці". У той же час, здавальна команда – це спеціально скомплектована група робітників і майстрів суднобудівного заводу для проведення швартовних, ходових і державних випробувань судна, після яких підписується приймально – здавальний акт. Фахівці екіпажу судна, в період випробувань виконують роль дублерів [14]. Крім цього, необхідно визначити статус працівників морських платформ, відвантажувальних терміналів і інших споруд, що знаходяться в територіальному морі. Найближчим часом, очікується поява стаціонарних бурових платформ, діяльність яких, а також їх працівників, не регламентується Міжнародним Кодексом по ОСПС. Таке положення може стримувати темпи освоєння морських ресурсів або підштовхувати до порушення норм Міжнародного права.

Рішення основних задач, що забезпечують розвиток вітчизняного суднобудування, повинно здійснюватися за такими напрямками:

- структурні перетворення й оптимізація потенціалу галузі;
- законодавче забезпечення розвитку суднобудування;
- розвиток науково-технічного і виробничого потенціалу.

Найважливішим фактором успішного розвитку суднобудування є якість і повнота нормативно – правової бази його функціонування. Існуюче законодавство не забезпечує проведення ефективної державної політики щодо розвитку вітчизняного суднобудування. Важкий стан в суднобудуванні сьогодні викликано відсутністю стимулів для інвестування будівництва суден на вітчизняних верфях, нерівними з суднобудуванням зарубіжних країн економіко-правовими умовами роботи і вимагає невідкладного прийняття на державному рівні рішень, що сприяють зміні цього становища. Існуючі фінансово-економічні умови свідомо ставлять наших суднобудівників в програшне становище порівняно з їх зарубіжними конкурентами [2].

Разом з тим, якщо в частині структурних перетворень, розвитку науково – виробничої бази проводяться певні дії, то в частині розвитку нормативно – правового забезпечення спостерігається значне відставання. Законопроекти повинні бути спрямовані, насамперед, на створення сприятливих економічних умов для розвитку вітчизняної суднобудівної промисловості та передбачати внесення змін до Бюджетного, Податкового кодексів, Закону про митний тариф і Кодексу торговельного мореплавства. Необхідно змінити ситуацію, коли українські транспортні та риболовецькі компанії віддають перевагу закордонним верфям і щорічно замовляють за кордоном будівництво суден на суму понад 1 млрд. доларів США, а на частку українських верфей залишається всього біля 5 відсотків замовлень. Потрібно усунути нерівні фінансово-економічні умови роботи вітчизняних суднобудівників в порівнянні із зарубіжними [6].

Висновки. Таким чином, в якості першочергових заходів, спрямованих на створення умов розвитку вітчизняного суднобудування, в частині створення нормативно-правової бази, необхідно вирішити наступні питання:

- зниження до 0 відсотків ставки ПДВ на судна усіх типів, що будуються на верфях України;
 - звільнення від ПДВ та імпортного мита при введенні суднового комплектуючого і технологічного обладнання, яке не виробляється в Україні;
 - звільнення від податків на майно та земельні ділянки спеціальних споруд і будівельних місць підприємств суднобудування – за переліком, що затверджується Кабінетом Міністрів України;
 - видача пільгових кредитів на будівництво суден.
- Підводячи підсумки узагальненого аналізу стану правового забезпечення морської галузі та напрямки його розвитку, слід зазначити про необхідність:
- продовження робіт по систематизації і підвищенню якості нормативно – правової бази, що регламентує діяльність морської галузі, з метою підвищення її ефективності управління і стимулювання розвитку;
 - об'єднання зусиль законодавчих і виконавчих органів влади, громадських організацій та підприємств

морської сфери діяльності з поглибленого моніторингу законодавства та підготовки законодавчих ініціатив;

- вдосконалення бюджетної, фінансово-кредитної політики і розширення практики використання державно-приватного партнерства для реалізації інвестиційних проектів при створенні основних морських виробничих суб'єктів: суден, бурових платформ і портів України;
- посилення контролю за реалізацією положень Морської доктрини на період до 2035 року в діючих цільових програмах.

1. Горчаков С. Богатство Украины обеспечит морская индустрия: [Электронный ресурс] – Режим доступа к сайту: www.transportinform.com/shipping/67-morskaya-industriya.html 2. Гриневецкий С. Тенденции развития морской отрасли // Газета "Зеркало недели", – 2010, № 2: [Электронный ресурс] – Режим доступа к сайту: www.zn.ua/economics/morskaya-otrasl 3. Иванов В. Морской отрасли нужен эффективный орган управления // Журнал "Порты Украины", – 2010, № 3: [Электронный ресурс] – Режим доступа к сайту: www.portsukraine.com/node/1758 4. Концепція Закону України "Про державну підтримку суднобудування" // Електронний ресурс: www.maritimebusinessnews.com.ua/showact/64 5. Митний кодекс України від 11.07.2002р. № 92- IV // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – №38-39. – С. 288. 6. Пашко Д.В. Проблеми фінансового забезпечення суднобудівних підприємств // Журнал "Економічні науки". – 2010. – № 4. – С.53 – 55. 7. Письменна К.С. Законодавчі аспекти реалізації морської доктрини в Україні // Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого. – 2010, № 2. – С. 166 – 174. 8. Покотілов І.П. Умови підвищення конкурентоспроможності суднобудівної галузі України // Таврійський науковий вісник: Науковий журнал. – Херсон: Атлант, 2009. № 66. – С.298-300. 9. Правовий статус континентального шельфу: [Електронний ресурс] – Режим доступа к сайту: www.center.uct.ua/distsants/courses/puol/html/p03-help/h34.html 10. Прусова Е. Морская отрасль: позитивные моменты и проблемы // Журнал "Порты Украины", – 2011, № 9: [Электронный ресурс] – Режим доступа к сайту: www.portsukraine.com/node/2365 11. Рижков С.С., Хачатуров Е.Б. Эколого – правові аспекти будівництва суден під наглядом різних класифікаційних товариств // Науково – аналітичний журнал "Митна справа". – 2010. № 6. – С. 48-53. 12. Севрюков В. Морская отрасль нуждается в новом законе о портах, регулирующем отношения государства и инвестора: [Электронный ресурс] – Режим доступа к сайту: www.pravda.tis.ua/pravda/p/7639 13. Суднобудівна галузь України. Її конкурентоспроможність // Електронний ресурс: www.br.com.ua 14. Толковый Военно – морской словарь, 2010: [Электронный ресурс] – Режим доступа к сайту: http://dic.academic.ru/dic.nsf/eng_rus/314290 15. Шемшученко Ю.С. Континентальный шельф та виключна (морська) економічна зона України, як об'єкт правової охорони та використання: [Электронный ресурс] – Режим доступа к сайту: www.zaochka.net/books-p-114.html

Надійшла до редколегії 02.10.12

УДК 347.218.2

О. Шемшур, асп.

ПОНЯТТЯ ТА ПРАВОВА ПРИРОДА РИЗИКУ У ПРИВАТНОМУ ПРАВІ

Автором в статті робиться спроба узагальнити існуючі підходи до розуміння поняття "ризик" у праві. На підставі аналізу особливостей прояву ризику у приватному праві визначаються основні характерні риси цього поняття та наводиться його визначення.

Ключові слова: *ризик, юридичний ризик, невизначеність, ймовірність (можливість) настання несприятливих наслідків.*

Автором в статье делается попытка обобщить существующие подходы к пониманию понятия "риск" в праве. На основании анализа особенностей проявления риска в частном праве определяются основные характерные черты этого понятия и дается его определение.

Ключевые слова: *риск, юридический риск, неопределенность, вероятность (возможность) наступления неблагоприятных последствий.*

The article, that named "The concept and legal nature of risk in private law", is devoted to the developing of the concept of legal risk in the civil law of Ukraine. The author has developed the scientific status of the concept, nature, signs of risk in private law and provided a definition of this term

Key words: *risk, legal risk, uncertainty, probability (chance).*

В умовах переходу України до розвитку на засадах ринкової економіки беззаперечним є факт зростання ролі ризиковості у цивільному обороті, яку більшість науковців і практиків пов'язують не лише із ймовірністю (можливістю) настання несприятливих наслідків, а й з підставою виникнення, зміни чи припинення окремих видів договорів.

Дослідженням поняття "ризик" в цивільному праві займалися багато вчених-цивілістів, проте єдиного однозначного підходу до визначення даного поняття, встановлення його співвідношення з суміжними цивіль-

но-правовими конструкціями розроблено так і не було. Серед вчених, які в тій чи іншій мірі торкалися поняття "ризик" у цивільному праві у своїх наукових дослідженнях, варто виділити: М.М. Агарькова, С.С. Алексеева, Б. С. Антимонова, М.І. Брагінського, С.М. Братуся, В.В. Вітрянського, Ф.О. Вячеславова, В.П. Грибанова, О.В. Дзеру, О.О. Красавчикова, Н.С. Кузнецову, Х. Кьотца, Я.М. Магазінера, Р.А. Майданика, Н.І. Майданик, Г.К. Матвеева, В.А. Ойгензихта, Г.Л. Пендягу, Р.Б. Сабодаша, В.І. Серебровського, А.О. Собчака, І.С. Тімуш,

© Шемшур О., 2012

Н.В. Терещенко, В.М. Танаєва, Є.О. Харитонova, К. Цвайгерта та інших вчених.

Метою статті: є здійснення системного наукового аналізу правової природи категорії ризику в аспекті його прояву у приватно-правових відносинах, окреслення основних ознак ризику з метою правильного застосування цієї конструкції у теорії права та правозастосуванні.

Конструкція ризиковості у цивільному праві належить до числа малодосліджених, що пов'язано із невиваженістю негативним, а в деяких випадках нігілістичним, ставленням, яке склалося також і до всіх інших проявів аномальних конструкцій цивільного права в радянський період. Категорія юридичного ризику наукою цивільного права розглядалася фрагментарно, виключно у зв'язку із окремими цивільно-правовими інститутами, що заважало формуванню єдиного загального наукового підходу до її розуміння та практичного застосування.

Незважаючи на певну суперечливість у використанні поняття "ризик", відсутність єдиного підходу до його тлумачення, ця категорія широко використовується як у цивільному законодавстві, так і у правозастосуванні.

До питання ризику повернулися лише тоді, коли знадобилось вирішити ряд актуальних питань розвитку цивільного законодавства. Так, М.М. Агарков стверджував, що ідея ризику проходить через все цивільне право, лежить в основі цивільних правовідносин і навіть, не будучи помітною ззовні, все одно в ряді норм досить легко виявляється [1, 26]. Дещо абсолютизованими виглядають погляди Я.М. Магазінера щодо категорії ризику, зокрема, на його думку, все право являє собою не що інше, як систему розподілу ризиків, котра змінює і скеровує стихійно складений їх розподіл на основі природних законів економіки [20, 44]. Таким чином, Я.М. Магазінер вважав ризик настільки важливим для права, що визначав саме право через це поняття.

Категорія ризику у доктрині приватного права розкривається через різні за своєю сутністю поняття. Зокрема, А.Г. Зейц визначав категорію договірному ризику через поняття обтяження однієї із сторін договірних зобов'язань господарсько-невигідними наслідками у разі зміни обставин, які існували при укладенні договору [6, 37]. М. С. Грінберг розуміє під ризиком небезпечне діяння, вказуючи, що цивільне право пов'язує дане поняття з певною, більш-менш значною небезпечкою, ймовірністю шкоди [5, 13]. Б. Л. Хаскельберг, розглядаючи поняття "ризик" в зв'язку з переходом права власності за договором купівлі-продажу, зазначав, що під ризиком варто розуміти небезпечку загибелі або погіршення якості речі та виникнення пов'язаних з цим матеріальних збитків не в результаті яких-небудь недоліків речі, а внаслідок впливу на неї зовнішніх сил або в результаті, хоча і властивих їй певних специфічних внутрішніх властивостей, проте їх, не можна віднести до недоліків речі у цивілістичному розумінні [18, 41]. В. Рассудовський пропонує позначати терміном "ризик" певні явища, настання яких призводить до матеріальних втрат [14, 11]. М.С. Малєїн визначав поняття "ризик" як можливу небезпечку або як правомірне створення такої небезпечки [10, 33].

Заслуговує на увагу і той факт, що ризик в цивільному праві практично завжди розглядався в негативному значенні, як загроза настання певних несприятливих наслідків, у зв'язку із прийняттям рішення суб'єктом цивільних правовідносин в умовах нестачі та/або відсутності інформації, її невизначеності, проте правова наука перебуває в активному розвитку, тим самим задовольняючи потреби практики, і, на сьогоднішній день, ми маємо вже більш розширений погляд на проблему ризику. Зокрема, необхідно погодитись з позицією Волосенко І.В., яка пропонує розглядати поняття юридичного ризику в широкому та вузькому (власному) розумінні.

Юридичний ризик у цивільному праві у широкому розумінні є різновидом юридичної презумпції, що полягає в можливості настання збитків або набуття благ від дійсної небезпечки або в надії на дію випадку, включену до умов цивільного зобов'язання чи професійної діяльності як юридичний факт (їх сукупність), що може настати або не настати.

Юридичний ризик у цивільному праві у власному розумінні розглядається як можливе заподіяння шкоди приватній особі в результаті настання певної небезпечки, з урахуванням ймовірності заподіяння шкоди в результаті впливу небезпечки для немайнової шкоди або розподілу ймовірностей заподіяння збитків майнової шкоди [2, 6-7].

Конструкцію юридичного ризику цілком виправдано відносять до одного із найважливіших рушійних елементів розвитку відносин, врегульованих нормами цивільного права. Недаремно, М.М. Агарков стверджував, що ідея ризику проходить через все цивільне право і впливає із самої його природи, що передбачає спосіб регулювання господарювання з багатьма господарюючими суб'єктами [1, 52]. І хоча з даним твердженням погоджуються багато науковців, проте в чинному українському цивільному законодавстві ця точка зору не знаходить свого достатнього підтвердження.

Категорія юридичного ризику більш широко застосовується у країнах англо-американського права. Зокрема в сучасному праві зарубіжних країн згадуються такі види ризиків, як: ризик заподіяння шкоди [19, 460], страховий ризик [19, 478], ризик наслідків технічного прогресу [19, 444], ризики як негативні економічні наслідки [19, 473] тощо. І хоча всі зазначені прояви ризику властиві і сучасному українському приватному праву, проте дана категорія недостатньо досліджена наукою цивільного права, що перешкоджає широкому її застосуванню практично.

З метою визначення особливостей прояву категорії юридичного ризику у цивільному праві необхідно проаналізувати підходи до розуміння даної правової конструкції науковцями-правниками. Проблема правової природи ризику в теорії цивільного права сприймається неоднозначно і є предметом багатьох наукових дискусій.

На початку 70-х років минулого століття в науці цивільного права сформувалася і отримала подальший розвиток **концепція суб'єктивного ризику**.

Переважає більшість вчених розглядає ризик як прояв суб'єктивного права, що формується у специфічних обставинах, як психологічне ставлення суб'єкта до результату власних дій чи дій інших осіб [9, 75].

До основних представників даної концепції варто віднести В.А. Ойгензихта та С.М. Братуся, Ф.Г. Нінідзе, О.О. Красавчикова, В.О. Копилова, Р.Б. Сабодаша.

В.А. Ойгензихт та С.М. Братусь в рамках цієї концепції розглядали категорію юридичного ризику, прив'язуючи її до поняття безвинної відповідальності. Зокрема, В.А. Ойгензихт стверджував, що ризик існує паралельно з виною, але може існувати і разом з нею: як психічне ставлення суб'єкта до результату власних дій чи дій інших людей, а також до результату об'єктивно випадкових чи випадково неможливих дій, які виражаються в усвідомленому припущенні негативних майнових наслідків [11, 77-78]. Здійснивши аналіз формулювання поняття "ризик", запропоноване В.А. Ойгензихтом, можна вказати на ряд його недоліків: по-перше, воно є досить громіздким та навряд чи придатним для правозастосовчої практики, по-друге, ризик, за його визначенням, по суті стає мінімальним ступенем вини, а сама вина стає окремим випадком ризику [17, 453], і по-третє, на думку багатьох вчених, ця концепція ризику була створена під впливом науки кримінального права, котра здійснила значний вплив на загальноправове розуміння поняття відповідальності. В кримінальному

праві обов'язковою умовою настання негативних наслідків у вигляді відповідальності є вина. В той же час цивільне право допускає і відповідальність і без вини, наприклад, за шкоду завдану джерелом підвищеної небезпеки. Тому навіть за відсутності вини було необхідно обґрунтувати відповідальність в цивільному праві, виходячи із обов'язкової наявності суб'єктивної умови, в якості якої був запропонований ризик.

Суб'єктивну концепцію ризику поділяє також Н.С. Кузнецова, на думку, якої ризик полягає у технічному регулюванні, однак не зводиться до одного із елементів волі, оскільки центральним у цьому процесі регулювання є вибір. Особливість полягає у тому, що виключається абсолютна визначеність, тобто певність у позитивному результаті, зусилля спрямовуються на досягнення позитивного результату. Але специфічним для вольового процесу при ризикі є вибір і прийняття рішення з урахуванням наявності ризикованих альтернатив: можливої невдачі, негативних, небажаних наслідків; лише імовірність досягнення необхідного результату, причому невизначеність не зупиняє регулятивний процес [8, 120].

Прихильником концепції суб'єктивного ризику є й Р.Б. Сабодаш, який вважає, що ризик – це юридична категорія, що передбачає суб'єктивне ставлення особи до результатів об'єктивних явищ, які виникають, тривають та припиняються незалежно від волі суб'єкта, що виражається у свідомому розумінні ймовірності настання негативних наслідків і (або) бажанні отримання позитивного результату. Ризик є завжди суб'єктивним ставленням до результату, адже ризик, який не стосується суб'єкта, перестає бути для нього ризиком [15, 8].

Критикує суб'єктивну концепцію ризику Вячеслав Ф.О., говорячи про те, що таке розуміння ризику іде врозріз з традиціями як римської, так і вітчизняної цивілістики, оскільки в класичному тлумаченні категорія "ризик" розглядається як об'єктивна, у вигляді загрози настання певних наслідків. Причину виникнення суб'єктивної концепції розуміння ризику вчений бачить в першу чергу, в тому, що в основу такого розуміння було покладено не універсальне визначення ризику як можливості певної шкоди, а звичайний повсякденний вираз "йти на ризик" [3, 15].

Суб'єктивна концепція ризику піддана критиці Т.І. Ілларионовою, яка, зокрема, вказує на те, що у нормах права ризик пов'язується з випадковістю, а це, на думку автора, виключає психічне ставлення [9, 79]. Проте це твердження є дещо застарілим, оскільки, не всі норми чинного ЦК України, що містять термін "ризик", оперують виключно об'єктивним його розумінням, пов'язуючи ризик з випадковістю, а по-друге, включаючи у ЦК України норми, пов'язані із випадковістю, у учасника цивільних відносин в деяких випадках все ж таки існує вибір щодо вжиття (чи не вжиття) всіх необхідних заходів щодо зменшення негативних наслідків від реалізації такого ризику.

На підставі аналізу позицій науковців щодо суб'єктивної концепції ризику, варто зробити висновок, що у цій концепції на перше місце виходить критерій психічного ставлення індивіда до власних дій (якщо ризик пов'язаний безпосередньо з діяльністю учасника цивільних відносин), або до певних незалежних від волі індивіда обставин (в т. ч. і до дій інших осіб). Сама по собі загроза настання певних несприятливих наслідків не вважається ризиком, оскільки при настанні такої загрози індивід повинен здійснити власний вибір своєї поведінки, в межах певної альтернативи, отже, здійснити вибір з кількох можливих варіантів такої поведінки, оцінивши їх на предмет доцільності та ефективності.

Діаметральною протилежною суб'єктивній концепції є концепція об'єктивного ризику. До основних її предста-

вників варто віднести М.С. Малєїна, А.О. Собчака, О.А. Кабышева, Д.Ф. Кастрюліна.

На думку А.О. Собчака, ризик – це завжди небезпека настання несприятливих наслідків (майнового чи особистого немайнового характеру), відносно яких невідомо, настануть вони чи ні [16, 55]. В.П. Грибанов отожднював термін "ризик" із "несприятливими наслідками" [4, 33]. Д.Ф. Кастрюлін розглядає ризик з позицій договору міжнародної купівлі-продажу. На його думку, юридичний ризик в цьому виді договору є загрозою настання збитків, подією з негативними чи невідповідними економічними наслідками, яка може настати в майбутньому в якийсь момент, у невідомих розмірах, в ході виконання договору міжнародної купівлі-продажу [7, 12].

Сутність концепції об'єктивного ризику полягає у тому, що ризиком визнається об'єктивна і невідворотна небезпека у вигляді нормативно закріпленої ймовірності настання певних негативних наслідків і заподіяння шкоди благам та інтересам. Ризик існує незалежно від волі людини та психічного ставлення її до можливого настання несприятливих наслідків, до своїх дій чи дій інших осіб.

Саме з цих позицій у юридичній літературі обґрунтовано компромісну за своїм характером концепцію двоаспектного (двосекторного) ризику. До основних представників даної концепції варто віднести: А.П. Альгіна, М.Ф. Озріха, Є.О. Харитонов. Концепція двоаспектного ризику увібрала в себе основні характеристики згаданих вище підходів, що виключило можливість одностороннього тлумачення такої складної юридичної категорії як юридичний ризик. Дуалістична концепція ризику об'єднує у собі суб'єктивний і об'єктивний підходи щодо його розуміння. Ризик пов'язаний із вибором альтернативи, розрахунком ймовірності зробленого вибору – в цьому проявляється його суб'єктивна сторона. Разом з тим ризик можна розглядати і як об'єктивну категорію, оскільки він може породжуватися і такими процесами, які не залежать від волі людини і мають зовнішній щодо її діяльності характер.

Об'єктивний ризик знаходиться в одній площині з відповідальністю, а суб'єктивний – явище, однопорядкове з виною. Об'єктивний ризик слід визначити як можливі збитки або витрати, які покладені законодавцем на певну особу. Суб'єктивний ризик – це передбачення особою можливих негативних наслідків своїх правомірних дій, спрямованих на досягнення суспільно корисної мети.

Одним із перших дану концепцію почав розвивати Є.О. Харитонов, який, поділяючи теорію суб'єктивного ризику, посилається на цілий ряд випадків, коли її треба розглядати поряд з концепцією об'єктивного його розуміння і вважає, що ці концепції мають доповнювати одна одну.

Є.О. Харитонов справедливо вважає, що введення В.А. Ойгензіхтом диференціації ризику на "активний" і "пасивний" є фактичним визнанням неприпустимості розуміння ризику лише в одному аспекті. При цьому вчений не виключає можливості користування і такою термінологією, але вважає, що "пасивний" ризик – це вже ризик об'єктивний, який знаходиться в одній площині з відповідальністю. У зв'язку з цим В.А. Ойгензіхт звертає увагу на те, що безумовна істотна відмінність "пасивного" ризику від "активного" багато в чому наближає його до об'єктивного розуміння ризику. Крім того, цей ризик не є підставою відповідальності, він лише передбачає можливість настання негативних наслідків [13, 141-142].

Активний (суб'єктивний) ризик є можливістю настання небажаних результатів у невизначених умовах. Пасивний ризик полягає у нормативно-визначеній моделі зв'язку негативних (чи інших небажаних) наслідків, що не залежать від будь-яких суб'єктивних підстав. Зміст пасивного ризику становить можливість виникнення

обов'язку боржника повернути борг з підстав, які виникли незалежно від волі сторін. Наприклад, об'єктивно є можливість виникнення зобов'язання виконавця повернути отриманий аванс за договором у випадку неможливості надання послуг або коли відпала потреба в їх отриманні [9, 81-83].

Концепція об'єктивно-суб'єктивного ризику є найприйнятнішим підходом щодо висвітлення поняття юридичного ризику у науці цивільного права та введення його до ряду нормативних актів.

Здійснивши аналіз підходів до розуміння поняття "ризик" у праві, варто визначити основні характерні риси цього поняття.

Першою з них є **невизначеність**, яка вважається фундаментальною характеристикою недостатньої забезпеченості процесу прийняття певних рішень та знаннями стосовно певної проблемної ситуації. Поява та існування невизначеності у суспільних відносинах пояснюється різноманітними причинами (а саме відсутність вичерпної інформації, наявність впливу суб'єктивних чинників на результати аналізу ризикованої ситуації, нестабільність зовнішнього середовища діяльності суб'єкта (яка включає в себе чинники як правового, так і поза правового характеру) тощо).

Другою з цих рис є **альтернативність**. Альтернативність — це така властивість ризику, що висуває як необхідну умову потребу в оцінюванні, управлінні чи виборі з кількох найбільш вигідних стратегій (альтернатив, варіантів). Відсутність можливості вибору означає відсутність ризику. Там, де немає вибору, не виникає ризикована ситуація, а отже, і не буде ризику. Альтернативність має різний ступінь складності і вимірюється різними способами [9, 64].

Третьою характеристикою ризику є **можливість оцінити ймовірність здійснення вибору альтернативних рішень** з точки зору їх необхідності, важливості, безпосередньої заінтересованості учасника відносин у їх прийнятті тощо.

З огляду на все вищевикладене, нами буде здійснено спроба сформулювати найбільш узагальнене визначення поняття ризик у приватному праві.

Отже, юридичний ризик — можливість (ймовірність) настання певних наслідків (результатів), які суб'єкт цивільних правовідносин міг передбачити (або повинен був передбачити) та вчинити (або не вчинити) дії, що направлені на зменшення негативного впливу цих на-

слідків або взагалі на уникнення їх шляхом дотримання правил обґрунтованого ризику (це правила, за яких позитивний результат від здійснення певної діяльності значно перевищує можливість (ймовірність) настання негативних наслідків).

1. Агарков М.М. Очерки кредитного права. / М.М. Агарков. — М.: Юридат, — 1938. — 167 с.
2. Волосенко І.В. Ризик у цивільному праві (поняття, природа, види): автореф. дис. на здоб. наук.ст. канд.юр.наук за спец: 12.00.03 "Цивільне право і цивільний процес; міжнародне приватне право" / І.В. Волосенко. — К., 2011. — 19 с.
3. Вячеславов Ф.А. Распределение рисков: понятие и значение в гражданском праве // Вестник Московского университета им. М.В. Ломоносова. Серия 11 / Московский университет им.М.В.Ломоносова. — Москва, 2007. — С. 74-91. — (Право ; № 4).
4. Грибанов В.П. Договор купли-продажи по советскому гражданскому праву. / В.П. Грибанов. — М., 1956. — 68 с.
5. Гринберг М.С. Значение производственно-хозяйственного риска по советскому уголовному праву: дисерт. на соис. уч. степ. канд. юр. наук. / М.С. Гринберг. — М., 1957.
6. Зейц А.Г. Влияние изменившихся обстоятельств на силу договоров / А.Г. Зейц. — Иркутск, 1928.
7. Кастриулин Д.Ф. Переход риска случайной гибели или повреждения товара по договору международной купли-продажи: дисерт. на соис. уч. степ. канд. юр. наук "Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право" / Д.Ф. Кастриулин. — Саратов, 2003. — 190 с.
8. Кузнецова Н.С. Подрядные договоры в инвестиционной деятельности в строительстве / Н.С. Кузнецова. — К.: Наукова думка, 1993. — 160 с.
9. Майданик Р.А. Аномалии в гражданском праве Украины: Навч.-практ. Посібник / Відп.ред. Р.А. Майданик. — К.: Юстініан, 2007. — 912 с.
10. Малеин Н.С. Вина — необходимое условие имущественной ответственности // Н.С. Малеин. — "Советское государство и право", 1971, № 2.
11. Ойгензихт В.А. Проблема риска в гражданском праве (часть общая) / В. Ойгензихт. — Душанбе: Изд-во "Ирфон", 1972. — 228 с.
12. Ойгензихт, В. А. Категория "риска" в советском гражданском праве / В. А. Ойгензихт. // Правоведение. — 1971. — № 5. — С. 64 — 70.
13. Ойгензихт В.А. Воля и волеизъявление. (Очерки теории, философии и психологии права). — Душанбе: Изд-во "Дониш", 1983. — 256 с.
14. Рассудовский В. В. Вопрос об имущественном риске в гражданском праве // В. В. Рассудовский. — "Советская юстиция", 1963, № 18.
15. Сабодаш Р. Б. Страхование кредитных рисков: гражданско-правовые аспекты: автореф. дис. на здоб. наук. степ. канд. юрид. наук: 12.00.03 "Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право" / Р.Б. Сабодаш. — К., 2007. — 19 с.
16. Собчак А.А. О некоторых спорных вопросах общей теории правовой ответственности / А. А. Собчак // Правоведение. — 1968. — № 1. — С. 49-57.
17. Суханов Г.А. Гражданское право в 2 томах. Том 1: Учебник / Отв. ред. проф. Г.А. Суханов. — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: Изд-во: БЕК, 1998. — 816 с.
18. Хаскельберг Б. Л. Переход права собственности по договору купли-продажи в советском гражданском праве. дисерт. на соис. уч. степ. канд. юр. наук / Б.Л. Хаскельберг. — Л.: 1950.
19. Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. В 2-х т. / К. Цвайгерт, Х. Кетц. — М.: Международные правоотношения. — 1998. — Т.2. Договор. Неосновательное обогащение. Деликт. — 512 с.
20. Е.В. Шуплецова "Риск" в экономической теории и гражданском праве / Е.В. Шуплецова. / Вестник Челябинского государственного университета. Серия Экономика, вып. 18. — Челябинск. — 2009. — № 2 (140). — С. 43-45.

Надійшло до редколегії 02.10.12

УДК 94 (4) "313/1453"; 347. 237

Л. Дячук, докторант

ФОРМИ РОЗЛУЧЕННЯ У РИМСЬКОМУ ТА РАННЬОВІЗАНТИЙСЬКОМУ ПРАВІ: ТЕРМІНОЛОГІЧНІ АСПЕКТИ

*В статті досліджуються дискусійні проблеми походження та застосування понять *divortium* і *repudium* в контексті споріднених юридичних термінів та в умовах античної (римської) і християнської (греко-римської) правових парадигм.*

Ключові слова: розлучення, розрив шлюбу, походження, застосування термінів, епоха, античність, християнство, парадигма, періоди.

*В статье исследуются дискуссионные проблемы происхождения и использования понятий *divortium* и *repudium* в контексте родственных юридических терминов, в условиях античной и христианской правовых парадигм.*

Ключевые слова: развод, расторжение брака, происхождение, применение терминов, античность, христианство, парадигма, периоды.

*In the article the debatable problems of origin and application of concepts of *divortium* and *repudium* are investigated in the context of family legal terms and in the conditions of ancient (Roman) and Christian (Greco-Roman) legal paradigms.*

Key words: divorce, divorcement, origin, application of terms, epoch, antiquity, christianity, paradigm, periods.

Дослідження будь-якої проблематики з історії права, як правило, починається з усвідомлення в контексті історичного процесу, а при необхідності, з дослідження основних понять і категорій відповідної правової проблематики. При цьому необхідно враховувати, що одна і та ж лексема в різні періоди історії та історії права мог-

ла набувати дещо зміненого або й іншого змісту. Окремі поняття, окрім традиційного їх значення, поширювались в процесі еволюції на інші явища, а деякі зазнавали певного звуження означеного правового явища.

Наше завдання полягає передусім у тому, щоб з'ясувати правовий зміст та співвідношення ключових по-

© Дячук Л., 2012

нять, які лежать в основі юридичних механізмів врегулювання в римському та ранньовізантійському суспільстві проблем припинення шлюбу за суб'єктивними підставами. Йдеться, перш за все, про такі юридичні терміни як *divortium* та *repudium*. Суть проблеми полягає в тому, що як в науковій літературі та підручниках, так і в правових першоджерелах, обидва терміни та їх співвідношення тлумачаться неоднозначно. Частина дослідників римського права (Г. Дернбург [1, с. 23], Д. Грім [2, с. 422-423], Ф. Шулін [3, 226-235], В. Хвостов [4, с. 94-95, 256, 395-396] та інші) вважає, що названі лексеми означають два різновиди або шляхи (і т.ін.) розлучень: односторонній – *repudium* та двосторонній – *divortium*. Щоправда, у більшості з них не використовується вираз *два види розлучення* чи припинення шлюбу, але це чітко проглядається за їх моделями співвідношення основних понять регулятивно-правових механізмів розлучення. Наприклад, Г. Дернбург використовує в контексті названих понять наступну модель: 1) *розлучення* як загальне поняття, що визначає стан особи щодо шлюбу; 2) *росторгнення* шлюбу як дія для досягнення стану розлученої особи; 3) шляхи (методи) досягнення мети: шляхом узгодження (*divortium*) та методом (шляхом) одностороннього відречення (*repudium*) [1, с. 23]. Таким чином, *divortium* та *repudium* являються у дослідника методами (тобто поняттями одного рівня) для досягнення мети – розлучення. Натомість у Ф. Шуліна спостерігається наступна модель: 1) припинення шлюбу (загальне поняття, яке має як явище три підстави); 2) розлучення як одна з підстав припинення шлюбу (після смерті і зміни статусу (*deminutio capitis min., med., max*) суб'єкта шлюбу); 3) розлучення здійснюється через, тобто шляхом одностороннього розторгнення шлюбу, *repudium*, або через обопільне узгодження, *divortium*. Обидва поняття, *divortium* та *repudium*, виступають тут в якості різновидів розлучення як однієї з підстав (Шулін) чи шляхів/форм юридичного скасування шлюбу [3, 226-235]. Не дивлячись на певні термінологічні відмінності конструкцій, для обох дослідників *repudium* та *divortium* являються поняттями одного рівня, що відрізняються формою та змістом, але обидва передбачають у різний спосіб скасування юридичної чинності законного шлюбу.

Відмінності в конструкціях дослідників часто полягали в різному тлумаченні даних понять. Наприклад, якщо в Дернбурга та Шуліна *divortium* та *repudium* – це методи розлучення, то в Хвостова таким чином позначаються самі явища одностороннього та двохстороннього розлучення [4, с. 256]. Практично така ж, з незначними відмінностями, модель співвідношення основних понять у такого дослідника як Д. Грім, який, щоправда, ближче до першоджерел визначив поняття *repudium*, як "односторонню заяву (про розлучення) одного із подружжя" [3, с. 422]. Натомість харківський професор Л. Загурський, не визнає фактично загального поняття розлучення, а вважає, що воно існує в двох конкретних формах – розлучення за волею обох одружених (*divortium*) та за волею одного (*repudium*) – які, на його думку, мають виключно технічне значення [5, с. 59]. В контексті законодавства Юстиніана обидва терміни неначе подвоюються: використовується *repudium ex iustis causis* і *repudium sine ulla causis*, а також *divortium communi consensu* і *divortium bona gratia* [5, с. 64-65].

Іншу позицію зайняв Н. Боголепов, який на відміну від попередніх авторів, визначає спочатку загальне поняття *divortium*, а потім уже йдеться, про те, що розлучення можливе і по обопільній згоді (*communi consensu*), і по односторонньому бажанню чоловіка чи дружини (саме поняття *repudium* чи інший латинський

термін ним не вживається) [6, с. 507]. Натомість німецький професор К. Чіларж, застосовуючи тотожну модель, загальне поняття розлучення (в німецькому оригіналі очевидно лексема *scheidung*) подає без латинського перекладу, а далі все, як у Боголепова, але кожний спосіб розлучення позначається відповідним терміном *repudium*, а інший, *divortium* [7, с. 285].

Слід зазначити, що низка дослідників, яких можна умовно віднести до другої категорії, вирізняються більш частотним застосуванням поняття *divortium* та близьким або й тотожним тлумаченням обох названих термінів до їх інтерпретації римськими юристами. Прикладом може бути позиція проф. С.-Петербурзького університету В. Єфимова, який вважав загальним поняттям розлучення латинський термін *divortium*, а припинення шлюбу по заяві одного з подружжя – *repudium* [8, с. 280]. Останній, в тексті дослідника виглядає як конкретна форма загальної категорії *розлучення*. В контексті імператорського періоду, як підкреслює дослідник, було сформувано три різновиди *divortium*, а саме: *divortium communi consensu*; *divortium bona gratia*; *divortium ex iusta causa* [ibid, с. 280-281].

Сучасні дослідники часто використовують інший, порівняно з класичними працями європейських романистів, але синонімічний за змістом ряд лексем, залишаючи, наприклад, лише загальне поняття *припинення шлюбу* (О. Підпригора [9], Є. Харитонов [10, с. 78] та ін.). Наприклад, в підручнику з римського приватного права під редакцією І. Новицького та І. Перетерського зазначено, що "шлюб припиняється... за волею чоловіка чи його *paterfamilias* в шлюбі *cum manu*; за волею чоловіка чи дружини, або за їх узгодженням в шлюбі *sine manu*" [11, с. 137-138]. Це цілком відповідає лаконічним положенням проф. Казанського університету А. Колотінського (поч. XX ст.), який використовує лише як загальне поняття не *припинення*, а "расторжение брака" [12, с. 267].

Однак, такі сучасні романисти як Д. Дождєв [13, с. 292] та В. Макачук [14, с. 84], а також частково Ч. Санфіліппо (в кінцевому зауваженні про *repudium*) [15, с. 137 – 139], висловили свої позиції цілком у відповідності з термінологією римських класичних юристів; передусім, з відомим положенням знаменитого Гая (D. 24.2.2). Такий підхід, загалом, відповідає положенням відомого романиста, професора Університету Св. Володимира Й. Покровського [16, с. 430] та (уже згаданого) професора Петербурзького університету В. Єфимова [8, с. 280].

Отже, усі згадані дослідники використовували у різний спосіб поняття *divortium* та *repudium*, що не завжди, навіть на перший погляд, корелювалось з відомими підходами римських юристів класичного періоду. З огляду на таке термінологічне різнобарв'я та специфіку двох категорій залученої літератури (історія та система права), особливий інтерес викликає, у даному сенсі, монографія проф. Університету Св. Володимира Л. Н. Казанцева "О разводе по римскому праву в связи с историческими формами римского брака. Период языческий" (рос.) [17]. Так, уже на початку дослідження професор Казанцев зазначає, що римське право знало *обидва види розлучення*: *одностороннє* та *двостороннє*; і для кожного з них передбачався особливий термін. Одностороння відмова (від шлюбу) називалась *repudium*, а розлучення за згодою – *divortium* [17, с. 137]. Звичайно, монографія проф. Л. Н. Казанцева являється оригінальним дослідженням, яке характеризується такими ознаками як широка палітра стародавніх джерел дослідження, специфіка гносеологічних засобів, оригінальність наукового дискурсу та відповідна концептуальність: усе це (попри окремі позиції автора, що виклика-

ють певні питання) – лише загальні оцінки його дослідження, яке займає значиме місце в контексті усвідомлення правової природи інститутів римського та греко-римського (візантійського) права.

Уже зазначене засвідчує, що Л. Казанцев в своїх оціночних судженнях був не поодиноким. Його позиції в значній мірі поділяла частина романістів (*переважно фахівців з догми, але й частково з історії римського права*) XIX ст. та XX ст. (*перша категорія дослідників*), а також сприйняла когорта сучасних дослідників римського права. Безперечно, що наявність розбіжностей в численних дослідженнях з оцінками римських юристів класичного періоду викликає особливий пізнавальний інтерес до юридичних понять *divortium* та *repudium*. Звичайно, дослідження такої проблематики зумовлює залучення, окрім специфічного теоретико-методологічного інструментарію історії права, загальних гносеологічних підходів та специфічних наукових засобів догми, філософії та соціології права.

Отже, Л. Казанцев для підтвердження своєї позиції посиляється на відповідний фрагмент Дигест Юстиніана, в якому йдеться про наступне: *Divortium autem vel a diversitate mentium dictum est, vel in diversas partes eunt, qui distrahunt matrimonium. Repudium... autem id renuntiatio* (D. 24.3.1). Перш ніж перейти до аналізу позиції дослідника і відповідного тексту слід зауважити, що у цитований текст потрапила, очевидно, технічна помилка: в Дигестах, даний уривок книги Гая розміщений під іншою сигнатурою, а саме D. 24.2.2, а не D. 24.3.1 [17, с. 137]. Однак, більш принципове значення має у даному колізійному випадку зміст цитованого вченим тексту. У сучасному виданні Дигест (відп. ред. Л.Л. Кофанов) в перекладі з латини на російську мову фрагмент Гая звучить так: слово "развод" (*divortium*) происходит от *различия* (*diversitate*) или от, того, что прекращающие брак разходятся в *разные стороны* (*diversas partes*) (D. 24.2.2). В примітці (69) перекладач (Д.А. Літвінов) до вказаного фрагменту розкриває етимологію слова *divortium* (*розлучення*), яка корелюється з *diversitate* (*відмінність*) та *diversas partes* (*різні сторони*) [18, с.445 прим. 69]. Все це свідчить, що в часи Гая, так і потому, слово *divortium* мало загальний характер для різних видів розлучення. Натомість, *repudium* означає *заяву про припинення (розторгнення) шлюбу* (D. 24.2.2.1). Юрист Гай, який не тільки в контексті шлюбно-сімейних відносин скурпульозно класифікує форми та види відомих правових явищ, подає *divortium* як ціле, а *repudium*, як одну з його частин. Таким чином, даний фрагмент не тільки не підтверджує тезу проф. Казанцева, а свідчить про цілком протилежне.

Втім, слід зазначити, що тут виявились, окрім іншого, особливості методики викладення матеріалу Л. Казанцевим, а не його однозначне тлумачення: спочатку викладається генералізуюче положення і основний принцип тематики, а потім уже подається низка виключень. Так, після визначення обох понять він робить відповідні доповнення та уточнення, що свідчать про більш об'єктивне бачення проблеми, яка не відповідає однозначному тлумаченню *divortium* та *repudium* на різних етапах еволюції римського права. Наприклад, дослідник акцентує увагу на тому, що: 1) обидва терміни виникли неодноразово; 2) вказані відмінності між *repudium* і *divortium* "не видержувались строго"; 3) "в Дигестах оба термина употребляются безразлично для обозначения развода", тобто як загальні поняття.

Разом з тим, професор Казанцев цілком вірно підмітив, що обидва терміни виникли неодноразово, але дискусійним являється його думка про те, що оскільки при шлюбі *cum manu* допускалось розлучення (тобто ініціа-

тива) тільки для чоловіка, то "з достоверностью можна предположить, что *repudium* существовал издавна; *divortium* же явился в то время, когда вследствие изменившихся обстоятельств была допущена возможность разрывать брачный союз и жене, и когда, следовательно, явилась возможность для супругов добровольно развестись" (рос.) [17, с.138]. На перший погляд, дедуктивний метод дослідника приводить до цілком логічних висновків, але спроба підтвердити це джерелами, викликає певне сум'яття. Спочатку він посиляється на Феста, римського історика IV ст., помітивши в його тексті поняття *repudium*, яке в той час було уже досить поширеним, оскільки його до імператора Валентиніана (364 – 375 pp.), в часи правління якого проживав Фест (Амм. Марц. *Римская история*), використовували римські юристи від часів Юліана та Гая (сучасників Адріана, який міг застосовувати дане поняття: про це нижче) до Модестіна (сер. III ст.), а також активно обговорювалось в едиктах Діоклетіана та Феодосія Великого (співправителя Валентиніана). Таким чином, праця Феста не може свідчити про давність *repudium*, а лише як про загальнопоширене поняттям в IV ст.

Зразу ж після Феста, якого необізнаний читач може віднести до більш ранніх часів, цитується Ціцерон, з фрагментів якого дослідник робить дещо суперечливі висновки. В текстах Ціцерона (три фрагменти: *De Oratore* (III, 40); *Ad Atticum* (V, 20), *Топики* (IV. 19.20), на які він постійно посиляється, в якості поняття розлучення використано лексему *divortium*, а не *repudium*.

З першого уривку Ціцерона проф. Казанцев робить висновок, що слово *divortium* використано для означення поняття про розлучення порівняно у пізні часи, коли з'явилась можливість розлучення за узгодженням між подружжям. Натомість, в тексті Ціцерона йдеться про таке: *Nam si res suum nomen et, vocabulum proprium non habet ut in uxore divortium, necessitas cogit, quod non habeas, aliunde sume divortium* (Cic. *De Oratore*, III.40). Основна ідея сентенції Ціцерона полягає в тому, що поняття терміну *divortium* об'єктивно відповідає розумінню одностороннього розлучення, як щодо дружини, так, очевидно, і за ініціативою дружини (*persona sui juris*). Тобто дане поняття, у ті часи, охоплювало усі варіанти розлучення. Разом з тим, визначення одностороннього розриву шлюбу, в часи Ціцерона (і надалі) окремим терміном мало відомі онтологічні підстави: зловживання з боку чоловіка або жінки в умовах одностороннього припинення шлюбу. Особливо актуальним це стало після появи *Lex Julia adulterii*, коли розлучення за взаємною згодою залишилось без змін, а одностороннє – ускладнювалось, тобто ставало більш формалізованим (7 свідків та відповідна вербальна формула) і передбачало, при недотриманні такої форми, матеріальну юридичну відповідальність (5, с. 61). Однак, Ціцерон слово *repudium* не вживає навіть там, де воно пізніше застосовувалось.

У другому випадку, названа лексема використана в контексті розлучення, як підкреслює Л. Казанцев, в переносному розумінні, виходячи з іншого використання в літературі даного поняття. У третьому ж випадку, дослідник вважає, що Ціцерон використав *divortium* замість (!) *repudium*. Натомість текст Ціцерона показує звичайність і правову нормативність даного поняття [17, с.138] *Ab antecedentibus autem et consequentibus et repugnantibus hoc modo; ab antecedentibus: Si viri culpa factum est divortium, etsi mulier nuntium remisit, tamen pro liberis manere nihil oportet. 20. A consequentibus: Si mulier, cum fuisset nupta cum eo quicum conubium non esset, nuntium remisit; quoniam qui nati sunt patrem non sequuntur, pro liberis manere nihil oportet* [Тепер о дока-

зательствах из предшествующего, последующего и *противоборствующего*. Из предшествующего: "Если **развод** происходит по вине мужа, то, хотя расторгает брак жена, ничего мужу на детей не оставляется". 20. Из последующего: "Если жена была замужем за тем, на законное супружество с кем она не имела права, то, когда она расторгает брак, ничего мужу на детей не оставляется, поскольку дети за отцом следовать не смогут".] Тобто, в обох контекстах до одностороннього скасування шлюбу використовуються поняття **divortium** та **nuntium remisit**, а не **repudium**.

Таким чином, проф. Казанцеву не вдалося з'ясувати походження і час появи обох термінів, а наведені фрагменти лиш засвідчують про те, що в часи Ціцерона термін **divortium** означав **розлучення**, незалежно від двостороннього чи одностороннього волевиявлення до скасування шлюбу. Разом з тим, наведені і проаналізовані Л. Казанцевим джерела про термін **repudium** мовчать: і в розумінні форми чи виду розлучення, і в якості заяви (листа) про одностороннє припинення шлюбу. Натомість Ціцерон, там де пізніше юрист Модестин *пропонує застосовувати* слово **repudium** (*расторжнние* – рос. переклад) (D. 50.16.101.1), використовує словосполучення **nuntium remisit** (Cic. Top. IV. 19.20). Це свідчить про те, що термін **repudium** не використовувався в даному значенні, оскільки такий знавець філології як *Cicero* залюбки б використав одну лексему (неологізм у відомому сенсі) замість двох. Втім, він вживає таке **поняття repugnantis** (противоборствующего) яке споріднене з *repudio* і можливо, в контексті з іншими філологічними аспектами та юридичними обставинами спонукало до **розширення** змісту поняття **repudium** (див. нижче).

Слід нагадати, що проф. Казанцев вважав, що термін **repudium**, як одностороннє припинення шлюбу, існував з давніх часів, а **divortium**, з часів, коли почали з'являтися взаємно узгоджені розлучення [17, с. 138]. Перше розлучення такого типу, що викликало скандал у Римі, відбулось у 235 р. до н.е. [3, с. 229]. Однак, якщо остання теза дослідника, виглядає до певної міри більш обнадійливо, то попередня являється додатковим доказом того, що дедуктивна логіка може не відповідати історичним реаліям – специфіці суспільства та його сакральній традиції. Лещата останньої в давні часи були, як відомо, більш валідними, ніж норми позитивного права. Отже, дуже сумнівно, що **repudium**, в якості *заяви про розлучення* існував в архаїчний період римського права (753 – 367 pp.), коли питання про розлучення розглядав **judicio domesticus** (Plut. Rom. 22), а дружині не потрібно було передавати *заяву про розлучення* (**repudium**) особисто чи через представника, оскільки вона, як *personae alienae juris*, знаходилась під *manus pater familias* (чоловіка чи його домовладки) і проживала з ним в одному помешканні.

До речі, ігнорування позиції **judicio domesticus** та розрив шлюбу без достатніх підстав, могли позначитись на публічному становищі римського громадянина: так сенатор Л. Антоній в 307 р. до н.е був виключений цензором з числа сенаторів (Gell. 4. 3. 17, 21, Val. Max. 2. 1. 4 [3, с. 229]). Тобто, хто нехтував цим судом і легковажно розлучався з дружиною, зауважував римський письменник, часів імператора Тіберія (14 – 37 pp.), Валерій Максим (*Valerius Maximus*), того осягала *nota censoris* (Val. Max. 2, 9, 2.). Така ситуація стала можливою ще з часів появи магістратури цензора (443 р. до н.е), який, окрім іншого, був уповноважений слідкувати за дотримання моральних засад у внутрішньо-сімейних відносинах [16, с.98; 7, с. 60].

В архаїчний період, як відомо, розлучення було явищем рідкісним, а кожна форма шлюбу (*confarreatio*,

coemptio, usus) мала відповідну ритуальну форму розлучення [6, с. 245-246; 5, с.59-60], окрім останньої; тому потреби в *заяві про розрив шлюбу* (**repudium**) не існувало.

Стосовно шлюбу *usus*, який дослідники небезпідставно називали перехідною формою до шлюбу *sine manu*, дехто вважає, що застосовувалась форма розлучення як у шлюбі *coemptio*. Однак, це маловірогідно, оскільки кожна форма шлюбу мала особливі риси та специфічну природу походження. Опираючись на метод дедукції, щодо розлучення осіб одружених за спрощеною формою *usus*, можна висунути гіпотезу, що тут могла спонтанно виникнути дзеркальна від *usus* форма розлучення: як жінка вільно прийшла в дім чоловіка, так і могла його залишити. Тим більше, що вона мала досвід триденної відсутності в будинку чоловіка кожного року (що б не потрапити під його *manus* за терміном давності), яка могла перетворити в постійну [6, с. 244-245]. Таким же чином, як чоловік без формальностей *вводив дружину* у свій дім, так і міг її вигнати. Наша гіпотеза цілком корелюється з принципом, про який йдеться в фрагменті Ульпіана з його *Коментарів Ad Sabinum*: *Nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere* (припиняти), *quo colligatum est* [Нема нічого більш натурального, чим припинення чогонебудь таким же чином, яким воно було укладено].

У випадку, коли через *usus* за терміном давності дружина потрапила під *manus* чоловіка, останній міг очевидно розірвати шлюб виразивши свою позицію, як засвідчують Ціцерон та Гай таким чином: *tuas res tibi habeto* або *tuas res tibi habeto* ("визьми з собою свої (мої) речі") (Cic. Philip. II.28.69; D. 24.2.2.1). До речі, Ціцерон, цитуючи норму Законів XII Таблиць, писав про сучасну йому ситуацію розлучення відомого персонажу антично-римської історії, однієї із символічних особистостей епохи, Марка Антонія: *Своїй знаменитій актрисі, зауважує знаменитий юрист-оратор, він наказав забрати її речі, на підставах законів Дванадцяти таблиць, відібрав у неї ключі*, випровадив її – Cic. Philip. II.28.69). Тому, можна сказати, що дана норма-цитата була символікою розлучення до часів Октавіана Августа і навіть до Гая (сер.II ст.). Позиція останнього звичайно опирається на традиційне положення в Законах XII таблиць, відтворене за фрагментом Ціцерона, за яким чоловік міг "наказати своїй дружині взяти належні їй речі і, віднявши в неї ключі, вигнати її" (Lex. XII tab. IV.3). Тому, в умовах всіх наведених обставин, та при відповідному розвитку юридичної думки, в архаїчний період і до часів становлення римської юриспруденції, не могло виникнути абстрактне поняття *reducium* і, очевидно, **divortium**.

Щоправда, через два з половиною століття (після Lex. XII tab.) в Римській державі народилась людина, письмовий вжиток слова **repudium** якою, виявився і залишається понині найдавнішим. Йдеться про знаменитого римського комедіографа Плавта (256 – 182 pp. до н.е). та одну з його комедій – *Aularia* (*Шкатулка*). Кульмінацією комедії являється небезпека *розірвання* (**repudium**) *заручин*, про, що має повідомити батька нареченої *посланець* нареченого: *Is me nunc renuntiare repudium iussit tibi*. – **Repudium rebus paratis, exornatis nuptiis?** (Plaut. Aul. 4.10.53) [Він відрікається і посилає тобі відмову. – Як відмова, коли для весілля все готово].

Використання терміну **repudium** в контексті *заручин*, нагадує юридичну ситуацію відтворену в конституціях імператорів початку домінанту та окремих фрагментах творів римських класиків стосовно шлюбу. Тобто, сам термін **repudium** ще не набрав відповідного для цих часів юридичного змісту і означав **письмову відмову** від *майбутнього* укладення шлюбу (*заручин*). Причому,

ініціатор такої дії не ніс жодної відповідальності. Ніхто нічого не втрачав і все поверталось до попереднього стану (*restitutio*). В зв'язку з цим, виникає низка питань: чи мали такі попередні домовленості, що не гарантувалися необхідними зобов'язаннями та небезпекою юридичної відповідальності, правовий смисл? Чи мав в часи Плавта термін *gerudium* юридичне значення? Очевидно так, оскільки все здійснювалось неначе в контексті *bona fide*, а ініціатор *gerudium*, якщо не було об'єктивних підстав для останнього, очевидно вважався порушником свого слова, що в архаїчно-патріархальному суспільстві (де правові дії в контексті взаємин з чужими сприймалися як явища сакрального порядку [13, с. 14], а усі правові угоди укладалися у вербальній формі) вважалось неприйнятним. Зрештою, попередню домовленість про шлюб можна розглядати в контексті римської правової доктрини як так звану "голу" угоду про заручини, яка могла бути скасована через *gerudium*.

Повертаючись до Плавта, слід зазначити, що він використовує свого роду синонім *gerudium*, термін *remittere* (залишати, вивергати, відмовлятися) (Plaut. *Aul.* 4.10.69), який очевидно, як свідчать словники, існує з давніх часів і виражає біля 10-ти варіантів лексичних груп. Ще в архаїчний період, принаймні в часи Плавта, його застосовували як термін, що виражав поняття відмови від заручин, а вже пізніше і шлюб.

Про це ж йде мова також у комедії знаменитого Теренція Афра (195 – 159 рр. до н.е.), який практично повторив позиції Плавта, щодо застосування обох термінів: *gerudium* та *remittere* (Ter. *Phorm.* 4.3.72). Однак, лише римський історик Светоній (*Gaius Suetonius Tranquillus*, приблизно 85 – 160 рр.) поширив останнє поняття (*remittere*) у формі словосполучення "*remittere uxori*" в контексті припинення шлюбу. Таким чином Светоній у випадку одностороннього розлучення використав поняття *remittere*, а не *gerudium*, яким, щоправда, вже почали тоді ж користуватися римські юристи (див. нижче). Сам зміст поняття *remittere* в контексті розлучення, як в часи Ціцерона, так і Светонія, цілком відповідає тій практиці, яка була ще зафіксована в Законах дванадцяти таблиць (IV, 3).

Необхідно підкреслити, що навіть в цілком нових юридичних обставинах для одностороннього розірвання шлюбу, які обумовлювалися нормами "шлюбного законодавства" першого імператора-принцепса – Юлія Октавіана Августа, стародавній термін *gerudium* не застосовувався; при чому саме при тих змінах, в яких значно пізніше, цей термін знайшов остаточно свою юридичну нішу. Нагадаємо, що в контексті боротьби з спекуляціями щодо свободи розлучень та зловживаннями правом була створена нова юридична формула одностороннього шлюбу, яка полягала за *Lex Julia de adulteriis* у наступному: 1) одностороннє розлучення (також *divortium*) дозволялось при семи свідках; 2) таке законне рішення чоловіка виражалось ритуальною фразою – *tuas res tibi habe* (D. 38.4.1.1; D. 24.2.9). Таким чином, були створені об'єктивні обставини для застосування терміну *gerudium*, але такі підстави щодо даного терміну були використані пізніше, а Юлій Октавіан Август, який створив відповідну юридичний механізм врегулювання одностороннього розлучення використовував як в *Lex Julia de adulteriis*, так і в *Lex Julia et Papia Poppaea* (як у свій час Ціцерон), термін *divortium* (D. 24.2.9; D. 24.2.11).

Тому, після відомого акту Юлія виникла потреба відобразити на рівні термінології факт набуття нових ознак в односторонньому розлученні, яке суттєво відрізнялось від *divortium*. Таке завдання на початку класичного періоду було під силу представникам римської

юриспруденції та імператорам-принцепсам. Дійсно, перші згадки про поняття *gerudium* як заяви про припинення шлюбу (в контексті концепції одностороннього припинення шлюбу Юлія Октавіана Августа), збереглися у фрагментах праць Юліана (D. 24.2.6) та Гая (D. 24.2.6). Однак, є певні підстави вважати, що це відбулось ще раніше.

Щоправда, при відсутності відповідних джерел, які б безпосередньо вказували б на такі історично-правові факти, мусимо опертися на джерело, що гіпотетично підтверджують таку можливість. Отже, існує непрямий, а опосередкований факт-аргумент, щодо застосування терміну *gerudium*, в часи заснування двох наукових шкіл – сабініанців та прокуліанців – на початку принципату та класичного римського права, який випливає з вище цитованої праці Ульпіана (D. 24.2.4). Суть в тому, що Ульпіан обговорює дану проблематику в *Коментарях до Сабіна*, що свідчить про те, що останній і сам її досліджував, ймовірно, застосовуючи відповідну термінологію, пов'язавши поняття *gerudium* з одностороннім розторгненням шлюбу чи заявою про розлучення. Така думка надихається тим, що в своїх коментарях до праць попередників, римські юристи наступних поколінь, зокрема, кінця класичного періоду, звичайно користувались їх термінологією, і в своїх працях часто відтворюючи їх дослівно або шляхом переказу, аргументували свої позиції, опираючись на понятійно-категоріальний апарат попередників. Тому, дуже часто нормативно-правові акти, які не дійшли до нас або збереглися з значними купюрами, відтворюються за працями наступних римських юристів. Прикладом може бути не тільки такі творіння як Закони XII таблиць, але й інші акти, що мали важливе значення для сучасників, а також наступних поколінь. Яскравим прикладом являються відомі *Lex Julia de adulterum* та *Lex Julia et Papia Poppaea*, що дослідники відносять до так званого *шлюбного законодавства* Юлія Октавіана Августа [16, с.428-430], які реконструюються за фрагментами праць римських юристів класичного періоду, присвяченим різноманітним проблемам шлюбного (D. 23.2.27-33; D. 23.2.43-50, 61; D. 24.2.11 та ін.) і кримінального права (D. 48.5.1-45).

Разом з тим, можна запропонувати гіпотезу, що одним із римських імператорів на початку принципату було ухвалено відповідне рішення, можливо в формі рескрипту, який лиш розширив рамки застосування давнього поняття *gerudium* (про *відмову* від заручин), або видав такий акт щодо конкретного випадку, який став для інших правовим прецедентом. Принаймні, в часи імператора Адріана (76 -138 рр, імп. з 117 р.) термін *gerudium*, в якості *посланої заяви про розірвання шлюбу*, як засвідчує Папініан, було явищем цілком відомим (D. 24.2.8). Не випадково, що його також активно обговорює один з найталановитіших римських юристів, автор систематизації преторського права – *Perpetum Edictum* (130 р.), представник давнього патриціанського роду Сальвій Юліан, який був консулом, претором, *urbanis prefectum* та членом *consilium* імператора Адріана [3, с.111]. Про науковий інтерес вченого до проблем розлучення і застосування терміну *gerudium* свідчить фрагмент з 62-ї книги його власних *Дигест* (... *causam nisi mallent ipsae mulieres repudii praestare* [хіба, що самі жінки вважали за краще дати причину для *заяви про припинення шлюбу*]) (D. 24.2.6), а також сентенція Ульпіана, в якій він цитує Юліана в контексті відомого на той час розуміння *gerudium*: чи може божевілля послати *заяву про припинення шлюбу (repudium mittere)* або чи може їй бути заявлено про це? (*repudari possit*) (D. 24.2.4). Таким чином, в часи Адріана-Юліана

зміст лексеми *repudium* був поширений окрім *sponsa* (домовленість про одруження) на розрив шлюбу.

Абсолютну ясність в співвідношення термінів *divortium* та *repudium* вніс сучасник Юліана, автор знаменитих Інституцій, римський юрист Гай. За юридичним змістом фрагменту з його праці "Коментар до провінційного едикту" можна зробити такий висновок: слово *divortium* мало загальний характер для різних видів розлучення, а *repudium* означає **заяву про припинення шлюбу** (D. 24.2.2. 1).

Звичайно (як зауважувалось вище), використання терміну *repudium* можливо було започатковано юрконсультутом Сабіном, але більш вірогідно, що наповнення його новим змістом і адаптація в юриспруденції й законодавстві пов'язано з юристами Юліаном та Гаєм, а також, ймовірно, з імператором Адріаном. Втім, в імператорських конституціях, що збереглися, поняття *repudium* з'являється лише на початку домінанту (C. 5.17.3.1; 5.17.6).

Тим часом, після Юліана та Гая оновлений термін *repudium* активно обговорюється такими пізньоримськими юристами як Папініан, Павло, Ульпіан та Модестин. В кожній з їх праць помічаються певні смислові відтінки щодо вказаних термінів, а в окремих випадках вони взагалі замінюються іншими словами.

Так у праці Папініна "De adulteriis" стосовно *одностороннього розлучення*, використовується загальне поняття *divortium* (розлучення), а там, де навіть в Гая йдеться про *repudium* (**заява про припинення шлюбу**), Папініан обмежується терміном *libellum* (лист), який "необхідний при розлученнях (*divortium*)", а одностороннє *розторгнення* шлюбу пов'язується з традиційним поняттям *dissolvere* (D. 24.2.7). Таким чином, Емілій Папініан (150 – 212 pp.) продемонстрував, що одностороннє припинення шлюбу з відповідним листом про його розторгнення може бути відтворено без поняття *repudium*.

Його наступник Ульпіан, цитуючи *Lex Julia et Papia Poppea* Октавіана Августа, використовує термін *divortium* як розлучення, яке за цивільним правом ***dissolvere solet matrimonium*** (припиняє шлюб) (D. 24.2.11). Натомість Павло, використовуючи слово *divortium* як загальне поняття розлучення (D. 24. 2.1; 3; 7; 9), а *repudium* як заяву про відмову від шлюбу (D. 24. 2. 3; 9). Отже, він визначив корелят відповідних понять в контексті концепції Гая, яку, окрім вище сказаного слід розуміти так, що поняття *divortium* означило правове явище, а *matrimonium dissolvere* чи *repudium* (як у Гая та ін.) юридичну дію, при односторонньому розлученні.

Натомість, за змістом іншого фрагмента різниця між *divortium* та *repudium*, на думку Павла, полягає в тому, що останній може розірвати і майбутній шлюб (*futurum matrimonium*), тобто попередню домовленість чи шлюбний зговір (*sponsa*) про майбутній шлюб (D. 50.16.191). В цілому, з відповідної граматично-юридичної форми випливає наступний правовий зміст: розлучення (*divortium*) торкається тільки шлюбу, а *розірванню* (*repudiari*) окрім шлюбу (*matrimonium*) може бути і **майбутній шлюб** (шлюбний зговір, заручини). Таким чином, Павло, у даному випадку, вважає, що обидва поняття не тільки одного рівня, але й являються **майже** тотожними, за виключенням того, що *repudium*, окрім шлюбу, розриває заручини (*sponsa*). Складається враження, що він неначе відходить в даному фрагменті від концепції Гая, зокрема, репрезентуючи тут *repudium*, з однієї сторони як однопорядкове явище з *divortium*, а з іншої як розірвання шлюбу без традиційного процесуального наповнення (**заява про розлучення передана через вісника**). Тим не менше, такий підхід встановлює замість ієрархічного співвідношення між лексемами *divortium* та

repudium, сурядно-горизонтальний зв'язок двох самостійних понять. Однак, в тій же 35 книзі "Коментарів до едикту", як підкреслювалось, він розглядає *divortium* в обох фрагментах (D. 4.2.1 та D. 4.2.1) як загальне поняття розлучення поруч з іншими причинами припинення шлюбу (смерть, полон, рабство) (24.2.1). Тут, очевидно, не стільки колізія між окремими положеннями Павла, як швидше проблема їх корелятивного співвідношення на рівні систематизації в Дигестах Юстиніана. А можливо тут суперечність між бажаним, яке має підстави для існування, та дійсним, що починаючи з Юліана і Гая стало нормою.

Тим не менше, в такому ж дусі висловлюється останній юрист класичного періоду, учень Ульпіана Модестин: **Кажуть, що розлучення (*divortium*) здійснюється *inter virum et uxorem*, а *repudium* вважається відміною заручин. Воно відповідно відбувається і у відношенні дружини** (D. 50.16.101.1). Отже, позиції Павла та Модестина у вказаних фрагментах були кроком до можливого визначення *repudium* як цілком самостійного виду розлучення. Однак, імператор Олександр Север, сучасник обох юристів, при якому особливе становище займав Ульпіан), в своїй конституції 229 р., яка першою подається у титулі *De repudiis et iudicio de moribus sublato* Кодексу Юстиніана, обійшов обидва терміни, сформулювавши свою позицію таким чином: *Matrimonium quidem deportatione vel aqua et igni interdictione non solvitur, si casus, in quem maritus incidit, non mutet uxoris adfectionem*. [Шлюб не розривається ні засланням, ні вигнанням, якщо становище, в яке потрапив чоловік, не змінює (*non mutet*) ставлення (*adfectionem*)] (до нього з боку) дружини] (C. 5.17.1). Подібний підхід до термінології розлучень відобразився в конституції Валеріана, який управляв імперією в так-звану "добу солдатських імператорів". У випадку, де можна б було використати поняття *repudium*, він застосовує традиційний термін *nuntium remittere* (C. 5.17.2).

Таким чином, до кінця класичного періоду позиція Гая стосовно співвідношення термінів *divortium* та *repudium* не була спростована. Підтвердженням цього, окрім юридичного змісту попереднього матеріалу (D. 24.2.1-11), є те, що систематизатори Дигест розмістили фрагмент Гая (D.24.2.2) та споріднені уривки інших юристів (Юліана, Папініана, Ульпіана, Павла та Модестина) про розлучення в межах титулу *De divortiis et repudiis* в контексті положень про шлюбно-сімейні відносини (книги 23 -25), а останні фрагменти Павла (D. 50.16.191) та Модестина (D. 50.16.101.1), що були кроком до спростування чи певної зміни зв'язку між *divortium* та *repudium*, подаються лише в 50-й (останній) книзі Дигест, а саме в 16 титулі *De verborum significatione* [Про значення слів].

В цілому, зваживши на юридичний досвід від Октавіана Августа до пізньокласичних римських юристів вимальовується така схема кореляції відомих понять: **припинення шлюбу** через **розлучення**, де заява про перше є частиною другого. Ієрархія цих понять наступна: генералізуюче поняття *dissolvere* (припинення шлюбу) – загальне поняття *divortium* (розлучення) – особливе поняття *repudium* (заява про розірвання шлюбу). Тому слід зазначити, що сучасне бачення співвідношення термінів *divortium* та *repudium* як двох видів розлучення) ближче уже не стільки до римського, як греко-римське права ранньої Візантії, логіка праворозуміння якого ближча до сучасного.

З початком домінанту, коли імператорські конституції у формі едикту в системі правових джерел були визначені Константином I у 321 р. як *Lex generalis*, можна було чекати остаточного встановлення кореляту між

обом поняттями в напрямку описаному юристами Павлом та Модестіном, але радикальних законодавчих дій у цьому напрямку не відбулось. Певні домінуючі зміни звичайно з'явилися, але вони скоріше мали юридично-формальний характер і законодавчо закріплювали те, що уже існувало раніше.

Проф. Загурський описував дану ситуацію наступним чином: після реформи Октавіана Августа, який встановив форму одностороннього розлучення, Діоклетіан змінив його закон (тобто відповідні норми *Lex Julia adulterii*) у тому відношенні, що особа, яка домагається розлучення, зобов'язана іншому з подружжя послати "розводне письмо" (*libellus repudii*), в якому визначались підстави розлучення (С. 5.17.6) [5, с.62-63]. Слід віддати належне досліднику, за те що він звернув увагу на принципове значення дотримання юридичної процедури, оскільки вона визначало дату розлучення, від якої підраховувалися різні терміни, наприклад привілей чоловіка звинувачувати дружину впродовж 60 днів в "перелюбі" [5, с.62-63]. Втім, про обов'язковість такого листа (*libellum tradendum divortii*) писав ще Папініан (D. 24.2.7). Отже, Діоклетіан узаконив норму про *libellus repudii*, яка відома була з часів Юліана і роз'яснена на філологічно-юридичному рівні Гаєм (D. 24.2.2). Однак, важливість згаданих норм Діоклетіана, окрім сказаного, полягала також в тому, на думку дослідника, що імператор вперше роз'яснив значимість самого *libellus repudii*, який окрім фіксації правового явища – розлучення, чітко визначає час його здійснення завдяки *libellus*, що має для можливих наслідків подібного явища, як зазначав Л. Загурський, принципове значення. Однак, слід зауважити, що такі роз'яснення розміщені в Новелі від 449 року, яка, звісно, належить не Діоклетіану, а імператору Феодосію II (402 – 450 pp.) (С. 5.17.8).

В цілому, в 4-х конституціях імператора Діоклетіана (284 – 306 pp.), що увійшли в Кодекс Юстиніана, термін *repudio* (*adj.*) *matrimonium* розглядається як *розривати шлюб* (С. 5.17.3), *повідомлення про розлучення* (С. 5.17.6) чи *розлучення листом* (С. 5.17.8), а *divortium*, – як загальне поняття *розлучення* (С. 5.17.4 та С. 5.17.5). Натомість Константин I, намагаючись захистити права жінки на повторний шлюб, якщо про чоловіка впродовж чотирьох років вона не мала жодної інформації, унікнув у конституції 337 року як поняття *repudium*, так і *divortium* (С. 5.17.7).

Найбільш об'ємною серед відповідних імператорських нормативно-правових актів (С. 5.17.1-12) являється конституція Феодосія II 449 р., яка окрім преамбули складається з восьми розділів. Значення даної конституції, як підкреслювалось, полягає у тому, що окрім врегулювання окремих аспектів відносин при розлученні, законодавець роз'яснює їх особливості та наслідки. Для нашої теми важливо, що автор нормативно-правового акту, вирішуючи проблему розлучення у різних контекстах, стосовно поняття *repudium* залишається на традиційному рівні, тобто як *надсилання (misso) заяви про розлучення (repudio)* (С. 5.17.8).

Пізніше імператори Анастасій (посилаючись на Феодосія II) (С. 5.17.9) та Юстиніан (С. 5.17.9-10) розглядають *repudium* як особливу форму розлучення (тобто *divortium*), також шляхом *посилання заяви про розлучення*. У даних випадках поняття *repudium* прив'язано до таких відомих лексем як *missum* (*відправлений*) у Анастасія та *mittuntur* (*надсилаються*), тобто *mittuntur repudia* – надсилаються заяви про розлучення. Таким чином, застосування обох відомих термінів в названих конституціях імператорів не змінило відомої класифікації Гая. Більше того, дані конституції, зафіксовані в 17 титулі 5-ї книги Кодексу Юстиніана, залишилися на

рівні Гая, не дійшовши до поліваріантного тлумачення Павла та Модестіна. В назві 24-го титулу 5-ї книги Кодексу *Про долю дітей після розлучення* та в єдиній конституції (294 р.), що увійшла до нього, поняття *divortium* розглядається імператором Діоклетіаном не як двостороннє припинення шлюбу за згодою, а як загальне поняття розлучення (С. 5.24.1).

В добу Юстиніана, у його Новелах, з'являється декілька різновидів розлучення, що цілком корелюються із загальним поняттям *divortium* (див. нижче). Так, Новела 535 р. розкриває регулятивний механізм розлучення при таких об'єктивних обставинах як імпотенція чоловіка (Nov. 22. 6). Ініціативу розлучення законодавець покладає на сторону дружини: *Licet enim mulieri aut eius patribus, marito etiam invito, soluere matrimonium, et repudium mittere* [*Розв'язання шлюбу навіть проти волі чоловіка допустимо для жінки та її батьків відправленням заяви про розлучення*] (Nov. 22. 6). В Новелі Юстиніана від 542 року подаються причини розлучень через низку кримінальних злочинів, що давали підставу на те, що той з подружжя, який був поза кримінальною відповідальністю надіслав іншому заяву про розлучення б чоловік чи дружина надіслала (*sive vir sive mulier repudium mittere*) (Nov. 117.8 pr). В наступній Новелі від 556 року йшлося **про заборону** розлучень за взаємною згодою, окрім того, коли один чи обидва з подружжя вступали до чернецького чину. Вступ у монастир, зауважує законодавець, вів до розриву (розламування) шлюбу **без розлучення** (*Si ... aut vir solus uxor sola intraverit in monasterium, solvatur matrimonium et citra repudium, postquam tamen persona pergens ad monasterium schema perceperit*) (Nov. 134.11).

Якщо в обох попередніх новелах вживається традиційне словосполучення *repudium mittere*, яке не може інакше перекладатись як посилання заяви про розлучення, оскільки посилається не односторонній шлюб, а відповідна заява, то в останньому випадку *repudium* застосовується без *mittere* чи близької за змістом лексеми. Тобто законодавець підкреслював, що в даному випадку, жодні процедури являються зайвими. Тлумачення *repudium*, в даному контексті, як одностороннє розлучення неможливо, оскільки шлюб зникав, за текстом новели, *citra repudium*. Таким чином, вчення про два види розлучення має, очевидно, науково-конвенційне, а не історично – законодавче чи правотворче походження. Ті дослідники, які керуються перш за все індуктивним методом, залишаються стосовно відповідної термінології на позиціях представників римської юриспруденції.

До речі, частина зарубіжних та вітчизняних дослідників як в XIX ст., так і нині, класифікують поняття розлучення виключно застосовуючи термін *divortium* у різних варіаціях. Так в статті *El matrimonio* з електронного довідника *Derecho Romano* поняття розлучення класифікується іспанськими романістами таким чином: a) *Divortium ex iusta causa*. b) *Divortium bona gratia*. *Por causa que no deriva de culpa de ninguno de los cónyuges*. c) *Divortium sine causa*. *Divorcio arbitrario que arranca de uno de los cónyuges sin base una justa causa*. d) *Divortium communi consensu*. Натомість поняття *repudium* дослідники розглядають в контексті права жінки, навіть проти волі чоловіка **надіслати йому листа (заяву) про розлучення** [*Licet enim mulieri aut eius patribus, marito etiam invito, soluere matrimonium, et repudium mittere*] [19]. Очевидно, укладачі названого видання опирались на монографію іспанської дослідниці Марії-Еви Фернандес "Repudium – Divortium (origen y configuracion juridica hasta la legislacion matrimonial de Augusto)" [20]

P.S. Окрім іншого, слід зазначити, що в німецькій правовій думці склалось дещо інше розуміння даних понять на основі досвіду класичного та посткласичного періодів римського права. Загальним поняттям розлучення для будь-яких видів вважається поняття *divortium*. Розлучення за взаємної згоди являється лексема *divortium*, що походить в граматично-етимологічному та, власне, й історичному сенсі від від поняття *divortium* [21]. Очевидно, при цьому бралась до уваги конституція 223 року імператора Олександра Севера: *Libera matrimonia esse antiquitus placuit. Ideoque pacta, ne liceret divertere, non valere et stipulationes, quibus poenae inrogarentur ei qui divortium fecisset, ratas non haberi constat* (С. 8. 38.2). Натомість, поняття *repudium*, в протилежність *divortium*, виражає одностороннє розлучення (*divortium*) через листа (заяву) про розрив шлюбу за ініціативою однієї із сторін подружжя. Таким чином, сучасна романістика у різний спосіб намагається відтворити та зберегти традиційний термінологічно-поняттєвий апарат доби класичної римської юриспруденції та імператорського законодавства.

1. Дербург, Генрих. Пандекты. Т. III (книги IV и V). Семейственное и наследственное право. Перевод с последнего (7) издания А.Г. Гойхбарга и Б.И. Элькина. Под редакцией проф. А.С. Кривцова. – С.Петербург, Издание юридического склада "ПРАВО", 1911. – 123 с. 2. Грим Д.Д. Лекции по догме римского права. – М., Зерцало, 2002. – 495 с. 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. Хвостов В. М. История римского права. – Пятое изд., исправл. и

дополн. – М., Изд. Т-ва И.Д. Сытина, 1910. – 464 с. 5. Загурский Л.Н. Элементарный учебник римского права. Особенная часть. Семейное право. Вып. I и II. Втор. испр. и доп. изд. – Х., Тип. Н.М. Варшавчика, 1898 – 201 с. 6. Боголепов Н. Учебник римского права. Пособие к лекциям. Изд. третье. – М., Университет. тип., 1907. – 633 с. 7. Чиларж К.В. Учебник институций римского права. Изд. 2-е. переработанное и согласовано с 7-ым и 8-ым немецким изданием. Под ред. проф. В.А. Юшквича. – М., Печатня А.И. Снегиревой, 1906. – 550 с. 8. [Ефимов В.В.] Лекции по истории римского права, профессора С.-Петербургского университета В.В. Ефимова. – С.-Петербург, Типография В.С. Балашова, 1898 – 491 с. 9. Підпригора А. О. Основы римского частного права. – К: Вентури, 1997. – 336 с. 10. Харитонов Е. О. Основы римского частного права. Конспект лекций. – Харків, Тов. "Одіссей", 2008. – 312 с. 11. Римское частное право: Учебник / Под ред. И.Б. Новицкого и И.С. Перетерского. – М.: Юристъ, 2003. – 544 с. 12. Колотинский А.Д. История римского права. Пособие к лекциям. – Казань, Издательство В.В. Воронкина, 1912. – 344 с. 13. Дождев Д.В. Римское частное право. – М., Издат. группа ИНФРА М – НОРМА, 1997. – 704 с. 14. Макачук В. С. Римское частное право. – К., Атика, 2007. – 256 с. 15. Санфилиппо, Чезаре. Курс римского частного права: Учебник / Под. ред. Д.В. Дождева. – М.: Издательство БЕК, 2000. – 400 с. 16. Покровский И. А. История римского права. – Минск: Харвест, 2002. – 528 с. 17. [Казанцев Л.Н.] О разводе по римскому праву в связи с историческими формами римского брака. Период языческий. Историко-юридическое исследование Л.Н. Казанцева. Профессора Университета Св. Владимира. – К, Университетские Известия, 1891 – 1892 – 245 с. 18. Дигесты Юстиниана / Перевод с латинского; Отв. ред. Кофанов. Т. IV. – М.: "Статут", 2004. – 780 с. 19. El matrimonio / Concepto y clases // Derecho Romano. – www.elergonomiste.com 20. Fernández Baquero, M.-Eva. Repudium – Divortium (origen y configuración jurídica hasta la legislación matrimonial de Augusto) // Facultad de derecho. Universidad de Granada. Departamento de derecho romano y derecho mercantile (Area de derecho romano). – Granada, 1987. – 155 s. 21. Divortium // Реальный словарь классических древностей. Под редакцией Й. Геффена, Э. Цибарта. – Тойбнер. Ф. Любкер. 1914.

Надійшла до редколегії 03.10.12

УДК 347.122

В. Боднар, здобувач

ДО ПИТАННЯ ЩОДО КЛАСИФІКАЦІЇ ПЕРЕВАЖНИХ ПРАВ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

В статті на основі аналізу положень цивільного законодавства здійснено класифікацію переважних прав у цивільному праві України та показано її значення для визначення механізмів здійснення та обрання способів захисту переважних прав.

Ключові слова: переважні права, види переважних прав, класифікація переважних прав.

В статье на основе анализа положений гражданского права осуществлена классификация преимущественных прав в гражданском праве Украины и показано ее значение для определения механизмов осуществления и выбора способов защиты преимущественных прав.

Ключевые слова: преимущественные права, виды преимущественных прав, классификация преимущественных прав.

In the article on the basis of analysis of positions of civil law classification of rights of priority is carried out in the civil law of Ukraine and its value is rotined for the decision of mechanisms of realization and choice of methods of defence of rights of priority.

Key words: rights of priority, types of rights of priority, classification of rights of priority.

Майже всіма дослідниками проблематики переважних прав у цивільному праві (Белов В.А., Волкова Є.В., Зубарева Н.В., Крат В.І., Леонова Л.Ю., Оніна А.О., Субботін М.В., Шимон С.І. та ін.) здійснювалася їх класифікація, повнота якої залежала як від предмету дослідження, його завдань та мети, критеріїв класифікації, так і від авторського розуміння і бачення всього спектру переважних прав. Це призвело до наявності у науці цивільного права різноманітних (як за обраними критеріями, так і за їх кількістю) класифікацій переважних прав, що не завжди враховують стан чинного законодавства, а, відтак, не охоплюють всіх, передбачених у цивільному законодавстві, переважних прав.

Відомо, що будь-яка класифікація має на меті систематизувати правове явище (інститут, підінститут). Але одночасно, класифікація покликана поєднати різноманітні прояви досліджуваних прав, об'єднувати їх у єдину, цілісну систему.

Метою цієї статті є виявлення закріплених у Цивільному кодексі України (далі – ЦК України) та інших актах цивільного законодавства України, визначення критеріїв та класифікація переважних прав учасників цивільних відносин.

Одним з перших в сучасній російській цивілістиці класифікацію переважних прав запропонував В.А. Белов, поділивши їх на три групи:

1) переважні права набуття (купівлі) майна, які належать приватним особам, тобто переважні права на укладення договору купівлі-продажу, головним чином прав (часток) участі;

2) переважні права набуття (купівлі) майна, які належать, передусім, і, навіть виключно, публічним утворенням (державним, самій державі);

3) переважне право на укладення договорів щодо використання чужого майна [1, с. 840-853].

Критикуючи цю класифікацію, М.К. Сулейменов зазначає, що, по-перше, виділення переважних прав не вписується в загальну систему поділу відносних суб'єктивних прав, оскільки переважні права можуть бути і зобов'язальними, і корпоративними, і товариськими тощо; по-друге, в класифікації переважних цивільних прав має місце змішання суб'єктивних цивільних прав і публічних прав, які не є цивільними правами [2, с. 25].

Поділяючи позицію М.К. Сулейменова щодо невдалої класифікації В.А. Беловим переважних прав, зазначимо, що головним недоліком запропонованої класифікації, на наш погляд, є одночасне застосування розріз-

нених критеріїв – суб'єктного (приватні і публічні особи) і об'єктного (на укладення договору), що у даному випадку є неприпустимим.

На думку Л.Ю. Леонової, встановлені цивільним законодавством переважні права поділяються на:

- 1) переважне право купівлі, що включає в себе:
 - переважне право купівлі при продажу частки в праві спільної власності;
 - переважне право купівлі частки вкладника в складеному капіталі товариства на вірі;
 - переважне право купівлі частки (її частини) в статутному капіталі товариства з обмеженою відповідальністю;
 - переважне право на набуття (купівлю) акцій, що продаються іншими акціонерами закритого акціонерного товариства;
 - переважні права членів виробничого кооперативу на набуття паю (його частини);
- 2) переважне право кредитора-заставодержателя за забезпеченням заставою зобов'язанням;
- 3) переважне право на набуття права власності поза договором (переважні права, надані при розділі спадкового майна);
- 4) переважне право на укладення договору:
 - переважне право орендаря на укладення договору оренди на новий строк;
 - переважне право наймача жилого приміщення на укладення договору найму жилого приміщення на новий строк;
 - переважне право користувача на укладення договору комерційної концесії на новий строк;
 - переважне право на укладення договору на використання твору [3, с. 8-9].

Незважаючи на досить широке коло переважних прав, що їх охоплює запропонована класифікація, воно все-таки є неповним, оскільки певні конкретні переважні права опинилися поза її межами. Крім того, Л.Ю. Леоновою не запропоновано чіткого критерію наведеної класифікації. Більш того, таких критеріїв і, відповідно, класифікацій може бути кілька.

Певною спробою подолати останній недолік можна вважати класифікацію, запропоновану Є.В. Волковою, на підставі обраного нею критерію – виду цивільно-правових відносин.

Так, Є.В. Волкова класифікує певні групи відносин, які на її думку, становлять цілісну систему переважних прав, виділяючи при цьому:

- 1) відносини, спрямовані на відчуження об'єктів переважних прав, які, у свою чергу, поділяються на:
 - а) відносини, пов'язані із здійсненням переважних прав зв'язку з наявністю права власності на певне майно і
 - б) відносини, пов'язані із здійсненням переважних прав зв'язку з відсутністю права власності на певне майно;
- 2) відносини, спрямовані на передання об'єктів переважних прав у тимчасове володіння і користування або в тимчасове користування;
- 3) відносини, спрямовані на успадкування об'єктів переважних прав [4, с. 8, 14-15].

Недоліком цієї класифікації є також далеко не повне охоплення всіх переважних прав, що існують в цивільному законодавстві. Так, поза межами запропонованого авторкою поділу залишилися відносини, спрямовані на переважне право укладання договору, переважне право вступу до товариства тощо.

Досліджуючи переважне право купівлі, Н.В. Зубарева виділяє такі види переважного права:

- 1) переважне право купівлі частки в спільній частковій власності;

2) переважне право купівлі у відносинах між учасниками простого товариства;

3) переважне право купівлі акцій ЗАТ;

4) переважне право купівлі частки в статутному капіталі товариства з обмеженою відповідальністю;

5) переважне право купівлі акцій, що додатково випускаються;

6) переважне право купівлі паю у виробничому кооперативі [5, с. 14-16].

Навіть незважаючи на більш вузький, ніж у Є.В. Волкової, предмет дослідження (переважні права купівлі), запропонований Н.В. Зубаревою перелік переважних прав не можна визнати ні класифікацією, ні повним переліком, оскільки він не містить критерію поділу чи об'єднання переважних прав на певні групи і не охоплює, наприклад, такі переважні права купівлі, як купівля права користування земельною ділянкою, купівля речі (орендарем майна, наймачем житла, земельної ділянки) тощо.

Аналіз чинного законодавства, здійснений М.В. Субботіним, дозволив йому виділити дві групи переважних прав, до яких автор включає біля 15 видів переважних прав:

- 1) права на набуття певних майнових благ, що реалізуються шляхом укладення договору;
- 2) права на набуття певних майнових благ у порядку правонаступництва [6, с. 175].

А.О. Оніна пропонує класифікувати переважні права за такими критеріями:

- 1) залежно від способу здійснення привілею:
 - група переважних прав, що реалізуються шляхом укладення договору;
 - група переважних прав, що здійснюються шляхом пред'явлення окремих вимог до зобов'язаної особи;
- 2) з урахуванням диспозитивності надання привілею суб'єктам відносин:
 - юридично забезпечені можливості, що виникають в силу прямої вказівки в законі;
 - переважні права, що виникають на підставі домовленості сторін за умови нормативної вказівки на можливість вчинення такого правочину [7, с. 8-9].

У першій в сучасній російській цивілістичній науці монографії, присвяченій дослідженню переважних прав в російському цивільному праві, її автор – Л.В. Кузнецова також запропонувала свою класифікацію переважних прав. Оскільки критичний аналіз цієї класифікації, з яким слід погодитися, було здійснено С.І. Шимон [8, с. 61-62], ми не вважаємо за доцільне зупинятися на цій класифікації більш докладно.

Зазначимо, що класифікація переважних прав проводилася в працях не лише російських, а й українських науковців, тому не відповідає дійсності твердження С.І. Шимон про те, що теоретична класифікація переважних прав у вітчизняній юридичній науці поки що не проводилася [8, с. 61].

Така класифікація була проведена В.І. Кратом в 2007 р. в його кандидатській дисертації. Здійснена з використанням низки критеріїв, зазначена класифікація, що ґрунтувалася на чинному на той час законодавстві, була досить повною і охоплювала різноманітні види переважних прав [9, с. 55-82].

Так, залежно від *сфери правовідносин, які вони супроводжують*, В.І. Крат поділяє переважні права на ті, які супроводжують:

- 1) речові правовідносини;
- 2) зобов'язальні правовідносини;
- 3) корпоративні правовідносини;
- 4) виключні правовідносини;
- 5) спадкові правовідносини;
- 6) сімейні правовідносини [9, с. 57].

Досить докладний поділ переважних прав, встановлених у цивільному законодавстві України, здійснила С.І. Шимон, яка виділяє чотири групи переважних прав:

- 1) переважні права набуття;
- 2) переважні права задоволення вимог;
- 3) переважні права на виділ майна в натурі;
- 4) переважні права вступу до товариства [8, с. 62-64].

Певний теоретичний інтерес становить і класифікація переважних прав, проведена С.І. Шимон. Так, вона виділяє:

- а) статусні (у тому числі – умовні) переважні права;
- б) ситуаційні переважні права;
- в) пріоритетні переважні права;

г) переважні права, які надають можливість вибору майнового об'єкта (його частини) визначених якісних характеристик.

Крім того, використовуючи дихотомію, авторка виділяє:

- а) переважні перед третіми особами права та
- б) переважні права в множині уповноважених суб'єктів (суб'єктивні пріоритетні правові (першочергові) можливості) [8, с. 64-65].

Складність у виділенні окремих видів переважних прав зумовлюється тим, що взагалі поділ цивільних правовідносин на окремі види (чи то традиційні, чи не традиційні) значною мірою має умовний характер, а види цивільних правовідносин, які виділяються в літературі, головним чином, співпадають з видами суб'єктивних цивільних прав [10, с. 124-125].

Для цілей подальшого дослідження у цій роботі особливостей здійснення і захисту переважних прав найбільш прийнятним вважаємо поділ зазначених прав за критерієм сфери цивільних правовідносин, в яких діють зазначені права. В свою чергу кожна із сфер цих правовідносин характеризується своїм об'єктом, що і дозволяє відділяти одні групи переважних прав від інших. Не торкаючись дискусії щодо об'єкта цивільного правовідношення, зазначимо, що ми поділяємо погляди тих вчених, хто вважає, що об'єктом цивільного правовідношення є поведінка, яка спрямована на різного роду блага [11, с. 95-96].

Таким чином, залежно від сфери цивільних правовідносин, у яких існують переважні права, останні можна поділити на 4 групи:

- 1) переважні права у речових правовідносинах;
- 2) переважні права у зобов'язальних правовідносинах;
- 3) переважні права у корпоративних і кооперативних правовідносинах;
- 4) переважні права у спадкових правовідносинах.

Залежно від способу здійснення переважного права можна виділити:

1) переважні права набуття (придбання, купівлі):

а) майна (речі):

- земельної ділянки (ч. 6 ст. 88 Земельного кодексу України (надалі – ЗК України);
- земельних ділянок сільськогосподарського призначення (ч. 2 ст. 130 ЗК України);
- пам'ятки (ст. 20 Закону України "Про охорону культурної спадщини");
- приміщень, споруд, інших об'єктів, розташованих на відповідній території (п. 2. ч. 9 ст. 60 Закону України "Про місцеве самоврядування в Україні");
- культових будівель із земельною ділянкою, необхідною для обслуговування цих будівель (ч. 6 ст. 17 Закону України від "Про свободу совісті та релігійні організації");
- документа Національного архівного фонду (ч. 2 ст. 10 Закону України "Про Національний архівний фонд та архівні установи");

- музейних предметів, музейних колекцій та музейних зібрань (ч. 2 ст. 10, ч. 2 ст. 15², Закону України "Про музеї та музейну справу");

- земель, будинків і споруд для містобудівних потреб (ч. 3 ст. 21 Закону України "Про основи містобудування");

- земельних ділянок у власність (ч. 4 ст. 13 Закону України "Про фермерське господарство");

- засобів комунікації (ч. 2 ст. 29 Закону України "Про інформаційні агентства");

- об'єктів нерухомості (ч. 3 ст. 44 Закону України від 14 травня 1992 р. № 2343-XII "Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом");

- речі, переданої у найм (ч. 2 ст. 777 ЦК України);

- житла, яке було предметом договору найму (ч. 2 ст. 822 ЦК України);

- орендованої земельної ділянки (ч. 1 ст. 9 Закону України "Про оренду землі");

- майна, що приватизується шляхом продажу на аукціоні чи за конкурсом (ч. 3 ст. 25 Закону України "Про приватизацію державного майна");

- майна, що приватизується шляхом продажу його на конкурсі (абз. 2 ч. 4 ст. 18 Закону України "Про приватизацію невеликих державних підприємств (малу приватизацію)");

- акцій приватного акціонерного товариства, що пропонуються їх власником до продажу третій особі (ч. 2 ст. 7 Закону України "Про акціонерні товариства" (далі – Закон про АТ);

- акцій публічного акціонерного товариства при їх додатковій емісії (ч. 1 ст. 27 Закону про АТ);

- акцій приватного акціонерного товариства при їх додатковій емісії (ч. 1 ст. 27 Закону про АТ);

- майнового внеску і земельної ділянки асоційованим членом сільськогосподарського кооперативу (ч. 5 ст. 12 Закону України "Про сільськогосподарську кооперацію");

- предметів звичайної домашньої обстановки та вжитку (ч. 1 ст. 1279 ЦК України);

- майна, співвласниками якого були спадкодавець і спадкоємці (ч. 2 ст. 1279 ЦК України);

б) майнового права (частки, паю):

- права землекористування, що продається (ч. 2 ст. 411 ЦК України);

- тимчасового користування надрами (п. 4 ч. 1 ст. 24 Кодексу України про надра);

- частки у праві спільної часткової власності (ст. 362 ЦК України);

- частки в статутному капіталі товариств з обмеженою відповідальністю і з додатковою відповідальністю та в майні командитного товариства (ч. 2 ст. 147, п. 3 ст. 137, ч. 2 ч. 139 ЦК України; ч. 3 ст. 53, ч. 1 ст. 79 Закону України "Про господарські товариства");

- паю членом виробничого кооперативу (ч. 2 ст. 14 Закону України "Про кооперацію");

2) переважні права на укладення договору:

а) вперше:

- створенням членами трудового колективу господарським товариством на укладення договору оренди цілісного майнового комплексу підприємства, його структурного підрозділу, де створене це товариство (ч. 4 ст. 8 Закону України "Про оренду державного та комунального майна");

- власниками приватизованих об'єктів на довгострокову оренду займаних ними земельних ділянок з наступним викупом цих ділянок (ч. 3 ст. 27 Закону України "Про приватизацію державного майна");

- трудовим колективом вимагати передачі йому цілісного майнового комплексу підприємства-боржника в оренду за умови взяття на себе грошових зобов'язань боржника і за наявності згоди на це кредиторів (ч. 14 ст. 17 Закону України "Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом");

- засновником конкурсу на укладення з переможцем конкурсу договору про використання предмета конкурсу. ч. 3 ст. 1156 ЦК України;

б) на новий строк:

- наймачем, який належно виконує свої обов'язки за договором найму (абз. 1 ч. 1 ст. 777 ЦК України);

- творчими спілками (ч. 9 Закону України "Про професійних творчих працівників та творчі спілки");

- орендарем, який належно виконував обов'язки за умовами договору оренди землі (ч. 1 ст. 33 Закону України "Про оренду землі");

- наймачем житла (ст. 822 ЦК України);

- сільськогосподарськими підприємствами (абз. 1 п. 8 Розділу X Земельного кодексу);

в) шляхом поновлення (продлонгації):

- орендаря на продовження строку дії договору оренди (ч. 1 ст. 285 ГК України);

3) переважні права задоволення вимог:

а) у разі застави (іпотеки):

- кредитора (заставодержателя) відповідно до ч. 2 ст. 1 Закону України "Про заставу"

- першого заставодержателя перед наступними заставодержателями (ч. 3 ст. 588 ЦК України);

- заставодержателя зареєстрованої застави перед заставодержателями незареєстрованих застав та застав, які зареєстровані пізніше (ч. 4 ст. 588 ЦК України, ч. 5 ст. 18 Закону України "Про заставу");

- іпотекодержателя перед іншими особами, права чи вимоги яких на передане в іпотеку нерухоме майно не зареєстровані у встановленому законом порядку або зареєстровані після державної реєстрації іпотеки (ч. 6 ст. 3 Закону України "Про іпотеку");

- іпотекодержателя у разі настання страхового випадку щодо предмета іпотеки (ч. 2 ст. 8 Закону України "Про іпотеку");

- особи, яка має зареєстровані права чи вимоги на предмет іпотеки, на придбання предмета іпотеки у іпотекодержателя (ч. 2 ст. 38 Закону України "Про іпотеку");

- іпотекодавця та всіх осіб, які мають зареєстровані у встановленому законом порядку обтяження на нерухомість та/або об'єкт незавершеного будівництва, що є предметом іпотеки (ч. 2 ст. 6 Закону України "Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати");

- обтяжувача з вищим пріоритетом (ч. 2 ст. 14 Закону України "Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень");

- обтяжувача з вищим пріоритетом (ч. 2 ст. 26 Закону України "Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень");

- іншого обтяжувача, на користь якого встановлено зареєстроване обтяження (ч. 2 ст. 30 Закону України "Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень");

- обтяжувача з вищим пріоритетом (ч. 2 ст. 40 Закону України "Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень");

- заставодержателів (ч. 4 ст. 367 Кодексу торгове-льного мореплавства України);

б) в інших випадках:

- на одержання речі, визначеної індивідуальними ознаками (ст. 620 ЦК України);

- власників сертифікатів з фіксованою дохідністю (ч. 1 ст. 23 Закону України "Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати");

- власників сертифікатів перед іншими кредиторами (ч. 4 ст. 42 Закону України "Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати").

Залежно від способів захисту переважних прав останні можна поділити на:

1) переважні права, що захищаються шляхом переведення прав і обов'язків покупця (наймача) на носія переважного права;

2) переважні права, що захищаються шляхом встановлення правовідносин (спонукання до укладення договору);

3) переважні права, що захищаються шляхом визнання правочину недійсним (у разі вчинення його з порушенням переважного права) і спонукання до укладення договору.

У межах цих груп виділяються окремі види переважних прав, механізм здійснення і захисту яких досліджується в подальших розділах дисертації.

Поділяючи погляди тих вчених, хто вважає сімейне право самостійною галуззю українського права [12, с. 37; 13, с. 17-36; 14, с. 36-37], ми, на відміну від В.І. Кра-та, не виділяємо в окрему групу переважних прав у цивільному праві переважні права у сімейних правовідносинах (йдеться про переважні права батьків на виховання своїх дітей, на те, щоб малолітня дитина проживала з ними, про переважне право громадян України на усиновлення дитини) і, відповідно, не включаємо їх до предмета дослідження у цій дисертації. Зазначені переважні права можуть бути предметом самостійного дослідження в науці сімейного права.

Проведене дослідження видів переважних прав у цивільному праві дозволяє дійти висновку про те, що значення класифікації, як результату групування переважних прав за їх спільними ознаками і їх поділу залежно від змісту і особливостей здійснення, полягає в тому, що класифікація переважних прав, на нашу думку, забезпечує розв'язання триєдиної задачі:

- *по-перше*, з використанням об'єктивних критеріїв з одного боку дозволяє об'єднати однорідні переважні права в одну групу, а з іншого – відмежувати різні переважні права;

- *по-друге*, з урахуванням віднесення тих або інших видів переважних прав до однієї чи різних груп дає змогу розробити відповідні механізми їх здійснення, закріпивши їх у законі;

- *по-третє*, з урахуванням виду переважних прав та специфіки їх здійснення сприяє визначенню адекватних способів їх захисту у разі порушення.

1. Белов В.А. Гражданское право. Общая и особенная части [Текст] : Учебник / В.А. Белов. – М.: ЦентрЮрИнфоР, 2003. 2. Сулейменов М.К. Субъективное гражданское право и средства его обеспечения в Республике Казахстан Сулейменов М.К. Субъективное гражданское право и средства его обеспечения в Республике Казахстан [Текст] / М.К. Сулейменов // Субъективное гражданское право и средства его обеспечения. Материалы Международной научно-практической конференции, посвященной памяти профессора Ю.Г. Басина (в рамках ежегодных цивилистических чтений). Алматы, 13-14 июня 2005 г. / Отв. ред. М.К. Сулейменов. – Алматы: НИИ частного права КазГЮУ, 2005. – С. 6-32. 3. Леонова Л. Ю. Преимущественные права в гражданском праве [Текст] : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Леонова Л.Ю. – М., 2005. – 194 с. 4. Волкова Е.В. Гражданско-правовое регулирование отношений,

связанных с осуществлением преимущественных прав : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 [Текст] / Е. В. Волкова. – Краснодар, 2010. – 27 с. 5. Зубарева Н.В. Преимущественное право покупки : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 [Текст] / Нина Вячеславовна Зубарева. – М., 2007. – 22 с. 6. Субботин М.В. Преимущественные права в российском гражданском законодательстве [Текст] : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / М.В. Субботин. – М., 2007. – 200 с. 7. Онина А.А. Преимущественное право покупки в гражданском праве Российской Федерации [Текст] : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / А.А. Онина. – Краснодар, 2009. – 209 с. 8. Шимон С. Сутність переважних прав та їх класифікація в цивільно-правовій теорії [Текст] / С. Шимон // Юридична Україна. – 2011. – № 12. – С. 61-66. 9. Крат В. І. Переважні права: цивільно-правовий аспект [Текст] : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / В.І. Крат. – Х., 2007. – 218 с. 10. Гражданское право: учеб.; в 3 т. Т. 1

[Текст] / Е.Н. Абрамова, Н.Н. Аверченко, Ю.В. Байгушева [и др.]; под ред. А.П. Сергеева. – М.: ТК Велби, 2008. – 1008 с. 11. Гражданское право: учеб.: в 3 т. Т. 1. – 6-е изд., перераб. и доп. [Текст] / под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. – М.: Проспект, 2006. 12. Матвеев Г.К. Советское семейное право: Учебник [Текст] / Г.К. Матвеев. – М.: Юрид. лит., 1985. – 208 с. 13. Кивалов С.В., Червоный Ю.С., Волосатый Г.С., Калитенко О.М. Семейное право Украины: Учебник [Текст] / под ред. Червоного Ю.С. – К.: Правова єдність, 2009. – 640 с. 14. Боднар Т.В. К вопросу о месте семейного права в системе права Украины [Текст] / Т.В. Боднар // Актуальні проблеми цивільного, сімейного та міжнародного приватного права (Матвеевські цивілістичні читання). Матеріали міжнародної науково-практичної конференції, Київ, 16 вересня 2011 р. – К.: КНТ, 2011. – С. 33-37.

Надійшла до редколегії 04.10.12

Т. Губанова, здобувач

ЕЛЕМЕНТИ КОНТРОЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН

У науковій статті досліджені елементи контрольних правовідносин, їх сутність та зміст. Проаналізовано особливості суб'єктного складу контрольних правовідносин, досліджено характерні риси актів-документів контрольних органів.

Ключові слова: фінансовий контроль, контрольне правовідношення, юридичні факти, об'єкт, суб'єкт.

В научной статье исследованы элементы контрольных правоотношений, их природа и содержание. Проанализированы особенности субъектного состава контрольных правоотношений, изучены характерные особенности актов-документов контрольных органов.

Ключевые слова: финансовый контроль, контрольное правоотношение, юридические факты, объект, субъект.

In the scientific article the elements of control pravovidnosin, their essence and maintenance, are explored. The features of subject composition of control pravovidnosin are analysed, the personal touches of acts-documents of supervisory bodies are explored.

Keywords: financial control, legal relationship, legal facts, object, subject.

Постановка проблеми. Необхідність побудови ефективної системи державного управління в Україні зумовлена загостренням кризових явищ в економіці, що характерне для сучасного етапу розвитку країни. Однією з головних функцій у державному управлінні економікою є контрольна, яка на основі розроблених державою методів та процедур дає змогу формувати інституційні засади економічних взаємовідносин між державою та суб'єктами господарювання.

Важливим шляхом створення ефективної системи державного фінансового контролю є вдосконалення адміністративно-правового регулювання діяльності форм і методів державного фінансового контролю, а серед них особливої уваги заслуговує контрольне правовідношення та його елементи.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Науково-теоретичним підґрунтям для написання наукової статті стали праці таких вітчизняних та зарубіжних учених: М. Білухи, Ф. Бутинця, Л. Воронової, О. Горбунової, Б. Кормича, Л. Крамаровського, А. Ковальчука, М. Кучерявенка, Є. Курінного, О.А. Монаєнка, П. Недбайла, Б. Усача, О. Фатхутдінової, Н. Хімічевої, Л. Царьової, М. Шакар'яна, В. Шамрая, І. Шахова, С. Шохіна та інших.

Вихідні передумови та мета дослідження. Отже, у даній статті вважаємо за потрібне дослідити теоретико-правові підходи до дослідження елементів контрольного правовідношення, розглянути його суб'єктний та об'єктний склад, проаналізувати юридичні факти та правові акти-документи контрольних органів.

Виклад основного матеріалу. Структура будь-якого правовідношення включає наступні елементи: суб'єкти, зміст і об'єкти. Важливе значення мають юридичні факти, які є підставами виникнення, зміни або припинення правовідносин.

Особливу роль в контрольних правовідносинах мають суб'єкти, оскільки саме вони виконують функцію генератора специфічних соціальних зв'язків, що складаються з приводу реалізації конкретної норми матеріального права і з метою встановлення об'єктивної істини та винесення рішення по справі. За допомогою су-

б'єкта визначаються задачі, характер, форми і обсяг контролю, відносно нього решта компонентів має допоміжний, похідний характер [7, 43].

Слід зазначити, що характер суб'єктів контрольного правовідношення досить різноманітний. З одного боку, до складу суб'єктів належить група, безпосередньо зацікавлена в результатах контрольного процесу, тобто така, чиї інтереси захищаються, а меті реалізації суб'єктивних прав, здійсненню юридичних обов'язків і юридичній відповідальності підпорядкований весь арсенал процесуальних способів, засобів і прийомів. З іншого боку, до суб'єктів належить група "лідуючих" суб'єктів, що виконують свої функції в "чужих" інтересах з метою оптимального вирішення контрольної справи і наділення певними владними повноваженнями.

Важливою особливістю контролю є те, що він здійснюється всіма без винятку органами держави і їх посадовими особами, проте це не виключає існування системи спеціальних контрольних органів. Множинність органів, що здійснюють контрольну діяльність, дозволяє виділити критерії їх систематизації: за характером владних повноважень; організаційно-правовою формою проведення контролю; спрямованістю контрольної діяльності, характером поєднання юрисдикційних і організаційних способів дії; юридичними наслідками контролю тощо.

Таким чином, державно-владна основа в контрольному правовідношенні неодмінно передбачає наявність обов'язкового спеціального суб'єкта, який є активним носієм функцій контролю. Законодавство визначає не лише суб'єктів, наділених повноваженнями здійснення фінансового контролю, але і визначає коло контрольованих суб'єктів.

Незважаючи на владний характер контрольного процесуальних правовідносин, їх суб'єкти пов'язані між собою корелятивними зв'язками. Наприклад, контрольний процесуальним повноваженням контролюючого суб'єкта кореспондує контрольний процесуальний обов'язок або юридична відповідальність підконтрольного суб'єкта. Однак для того, щоб специфічний соціальний зв'язок такого типу не залишився лише можливістю, передбаченою нормами процесуального характеру,

© Губанова Т., 2012

суб'єкти контрольних правовідносин повинні володіти в першу чергу правосуб'єктністю, яка сама виступає елементом правового статусу. Так, щоб посадова особа або орган набули статусу суб'єкта контрольних правовідносин, необхідна процесуальна регламентація їх діяльності в нормах процесуального права (визначення, в межах компетенції, повноважень для суб'єктів, що здійснюють контроль, та наділення процесуальними правами і обов'язками контрольованих суб'єктів) і відповідно здійснення передбачених процесуальними нормами контрольних дій.

Окрім обов'язкових суб'єктів контрольного правовідношення, між якими існує кореспондуючий зв'язок, можна виділити факультативні, тобто всі інші суб'єкти, чії процесуальні дії служать лише засобами доказування (свідки, експерти тощо).

Контроль – така правова форма діяльності, юридична природа якої визначається тим, що відповідний контрольний орган або його посадова особа повинні безпосередньо застосовувати норми права для вирішення конкретних юридичних завдань. Причому в даному випадку йдеться про застосування одночасно і норм матеріального, і норм процесуального права. Так, контрольний орган або його посадова особа, реалізуючи свою владну компетенцію, повинні оперувати нормами, які визначають власне характер юридичної справи, що вирішується, і одночасно оптимальний порядок досягнення юридичного результату.

Юридична природа контролю виявляється в тому, що він здійснюється уповноваженими суб'єктами. Дії щодо застосування норм права в контрольному процесі вчиняє конкретно визначене коло державних органів та посадових осіб. Конкретний склад та обсяг компетенції кожного з уповноважених учасників контрольного процесу закріплені у відповідному законодавстві, яке встановлює, хто може бути суб'єктом процесу, що він повинен робити і яким чином зобов'язаний здійснювати свої посадові функції.

Характеризуючи права та обов'язки органів контролю, ми виходимо з того, що права органів державного контролю є в той же час їх обов'язком, оскільки діяльність по здійсненню контролю завжди пов'язана з виконанням покладених на контролюючий орган обов'язків. В даному аспекті доцільно виділяти контрольні повноваження відповідного контролюючого суб'єкта процесу, а також кореспондуючі їм контрольні-процесуальні права, обов'язки і відповідальність підконтрольних суб'єктів процесу.

Питання про контрольні повноваження суб'єктів докладно розглянуте в юридичній літературі [1;3;5]. Традиційно виділяють чотири групи контрольних повноважень: 1) повноваження на здійснення контролю за своєю ініціативою безперешкодно, у будь-який час в межах своєї компетенції; 2) повноваження давати за потреби відповідним органам та посадовим особам приписи обов'язкового характеру по усуненню виявлених порушень та їх наслідків; 3) повноваження по притягненню до відповідальності винних посадових осіб; 4) повноваження по виробленню рекомендацій превентивного характеру, що особливо важливе для здійснення фінансового контролю у сфері фінансової діяльності.

Аналіз чинного законодавства та практики його застосування дозволяє дійти висновку, що дана класифікація має загальний характер, оскільки відображає особливості повноважень більшості органів контролю. Однак поряд із спільними рисами, зумовленими однаковою сутністю функції контролю, повноваження суб'єктів

контролю мають і відмінності, зумовлені природою самого суб'єкта і виду контрольного провадження.

До повноважень першої групи відноситься право проводити ревізії, перевірки і обстеження підконтрольних об'єктів за своєю ініціативою, безперешкодно, у будь-який час відвідувати їх і одержувати від підконтрольних суб'єктів необхідну документацію, статистичні звіти, довідки, інші матеріали, пояснення посадових осіб, що відображають зміст їх діяльності з питань, які перевіряються тощо. Цим повноваженням кореспондують обов'язки підконтрольних суб'єктів створювати контролюючим суб'єктам умови, необхідні для роботи.

Факт наявності у контролюючих суб'єктів повноважень на здійснення контролю дозволяє проводити його за першої необхідності незалежно від згоди і бажання керівників підконтрольних суб'єктів [6, 14].

До другої групи відносяться повноваження давати у разі потреби відповідним органам і посадовим особам приписи обов'язкового характеру щодо усунення виявлених порушень та їх наслідків. Ними наділені всі органи державного контролю.

Третю групу складають повноваження, пов'язані з можливістю притягнення до юридичної відповідальності посадових осіб, винних в недоліках та порушеннях, і застосування до них заходів державного впливу (наприклад, заходи адміністративної відповідальності).

Четверта група об'єднує повноваження по виробленню рекомендацій превентивного характеру. Ці повноваження реалізуються в процесі узагальнення результатів перевірок, виявлення і вивчення причин конкретних недоліків та порушень; умов, які їх викликали; розробки та втілення профілактичних заходів організаційного і виховного характеру, надання рекомендацій і обов'язкових приписів підконтрольним суб'єктам щодо застосування відповідних превентивних заходів.

В загальній теорії права традиційно об'єктами правовідносин визнаються різні матеріальні і нематеріальні блага, здатні задовольняти потреби суб'єктів, тобто інтерес уповноваженого суб'єкта. В роботах процесуалістів, а також в інших дослідженнях, де тією чи іншою мірою проаналізовані питання процесуальних правовідносин, висловлені думки, що об'єктом зазначеного правовідношення визнається матеріальне правовідношення, заради якого і склалося процесуальне правовідношення, або ж поняттям об'єкту охоплюють і те, і інше [4, 109-112; 2, 106].

Беручи до уваги специфіку суб'єктного складу контрольного правовідношення, можна говорити про два аспекти в дослідженні об'єкту контрольного правовідношення: щодо контролюючих суб'єктів та підконтрольних учасників процесу.

Деякі автори вважають, що найбільш правильним при розкритті процесуального правовідношення буде підхід, при якому правовідношення розглядається як специфічний соціальний зв'язок, і що його зміст найбільш контрастно виявляється не стільки наявністю у його суб'єктів правомочностей, юридичних обов'язків або юридичної відповідальності, скільки завдяки тому, що складові його компоненти в конкретних правовідносинах пов'язані між собою і завжди кореспондують один одному. Так, О.В.Шоріна зазначає, що в контрольному правовідношенні праву однієї сторони перевіряти законність і доцільність управлінської діяльності, фактичне виконання ухвалених рішень кореспондує обов'язок іншої – створювати потрібні для цього умови, виконувати вимоги контролюючого органу. Разом з тим керівник органу державного управління, що перевіряється, має

право вимагати, щоб контроль за їх роботою не виходив за межі повноважень, встановлених законодавством для перевіряючого органу [7, 43-44].

Об'єкт в контрольному правовідношенні, здатний задовольняти інтерес підконтрольних суб'єктів, безпосередньо зацікавлених в результатах процесу, можна умовно позначити як зовнішній об'єкт – те, з приводу чого складається дане правовідношення; фактично він відповідає об'єкту матеріально-правового відношення.

Інша сторона проблеми з'являється, коли йдеться про контролюючих суб'єктів, наділених владними повноваженнями в контрольному процесі. Тут вже не йдеться про особисту матеріальну або нематеріальну зацікавленість контролюючого суб'єкта в процесі здійснення наданих йому повноважень, він діє в "чужому" матеріальному інтересі, виконуючи свої службові функції. В даному випадку можна говорити про безпосередній об'єкт в контрольному правовідношенні, тобто про те, на що спрямоване правовідношення. Як цей безпосередній об'єкт виступає власне правова дія контролюючого суб'єкта щодо підконтрольного суб'єкта.

Якщо суб'єкти є генеруючим компонентом у складі процесуального правовідношення, об'єкти характеризують його з сутнісної сторони, то юридичні факти є динамічною основою процесуальних правовідносин. Причому юридичний факт – це не просто життєвий випадок, а факт, який певним чином трактується нормами права. Природно, що конкретна життєва обставина може бути представлена у вигляді юридичного факту, якщо вона передбачена нормою права (звичайно така вказівка міститься в гіпотезі правової норми). Це витікає з традиційного визначення юридичних фактів як конкретних життєвих обставин, з якими норми права пов'язують динаміку (рух) правовідносин (їх виникнення, зміну і припинення).

В контрольних правовідносинах спостерігається численність та різноманітність юридичних фактів. Особливістю є те, що вони виступають лише у вигляді фактичного (юридичного) складу – органічної сукупності декількох життєвих обставин.

Роль юридичного факту при виникненні контрольно-процесуального правовідношення виконує відповідне матеріальне правовідношення. По-перше, характером матеріально-правового відношення визначається підвідомчість контрольної справи відповідному суб'єкту контролю і, по-друге, однією з особливостей юридичних фактів контрольного правовідношення є, зокрема, те, що в їх сукупності, тобто в юридичному складі, визначального значення набувають такі факти, які формуються в матеріальних правовідносинах. Саме вони передають юридичну енергію норми матеріального права в динаміку контрольного провадження.

Юридичні події як вид юридичних фактів – це обставини, незалежні від волі людей. Існування даної правової категорії в структурі юридичних складів не викликає сумнівів, проте природа їх така, що події можуть служити лише приводом для вчинення дії або до бездіяльності осіб, що беруть участь в процесі.

Отже, динаміка змісту контрольних правовідносин завжди обумовлена наявністю не окремих юридичних фактів, а юридичних складів. По-друге, враховуючи специфіку контрольних правовідносин, їх юридичними складами охоплюють: а) відповідне матеріальне правовідношення; б) юридично значущі контрольно-

процесуальні дії; в) юридичні події; г) юридичні стани; д) процесуальні акти-документи.

Правові акти-документи контрольних органів належать до категорії правозастосовчих. Юридична природа таких актів полягає в тому, що вони є результатом реалізації державно-владних повноважень компетентних контрольних органів. Контрольні акти-документи відрізняються від нормативних актів, оскільки приймаються в порядку контролю за виконанням вже чинних актів. Державно-владні розпорядження, що містяться в них, спрямовані на забезпечення виконання законів та інших юридичних актів. Вказана специфіка має принципове значення, оскільки акти-документи контрольних органів не входять в загальну систему нормативних актів держави. Можна виділити наступні їх особливості: 1) акти-документи контрольних органів мають персоніфікований характер, вони стосуються конкретних організацій та певних посадових осіб і завжди вказують на певних суб'єктів виконання, яких персонально стосується правовий акт-документ, оскільки контроль передбачає перевірку роботи конкретних працівників; 2) розпорядження контрольних органів пов'язані з вирішенням конкретної юридичної справи, стосуються певних життєвих обставин. Всі акти-документи контрольних органів можна поділити на дві групи: що приймаються з питань зовнішнього контролю (за наслідками контрольної діяльності) і що приймаються з питань організаційної роботи самих контрольних органів; 3) вони є актами разової дії, як правило, вичерпують себе одноразовим застосуванням, не розраховані на багатократність і на тривалий термін дії.

Висновки. Таким чином, узагальнюючи вищевикладене, можемо стверджувати, що контрольним відносинам завжди властивий владно-вольовий момент. Це означає, що кожний суб'єкт контролю наділений відповідними владними повноваженнями, необхідними для виконання мети здійснення контролю. Державно-владна основа в контрольному правовідношенні неодмінно передбачає наявність обов'язкового спеціального суб'єкта, який є активним носієм функцій контролю. Законодавство визначає не лише суб'єктів, наділених повноваженнями здійснення фінансового контролю, але і визначає коло контрольованих суб'єктів.

1. Воронина Л.И., Шохин С.О. Бюджетно-финансовый контроль и аудит. Теория и практика применения в России / Л.И.Воронина, С.О.Шохин. – М: Финансы и статистика. -1997.-237 с. 2. Дюрюгин И.Я. Право и управление. – М., 1981. -158 с. 3. Каленський М.М., Стефанюк І.Б. Контрольно-ревізійна служба – суб'єкт державного фінансового контролю підприємницької діяльності. – К.: Ін-т рег. досл. НАН України, 2001. – 203 с. 4. Козлов Ю.М. Административные правоотношения. – М., 1976. – с.109-112. 5. Кузьменко О. Проблеми співвідношення компетенції парламенту і Рахункової палати у контрольно-бюджетній сфері / О. Кузьменко // Право України. – 2001. – № 4. – С. 101–105. 6. Савченко Л.А., Пашенко О.П. Деякі питання планування контрольних заходів // Вісник Запорізького юридичного інституту. – 2003. – №3. – С. 12 – 18. 7. Шорина Е.В. Контроль за деятельностью органов государственного управления в СССР. – М.: Наука, 1981. – 301 с.

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ОРГАНІЗАЦІЇ БУХГАЛТЕРСЬКОГО ОБЛІКУ СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ

У статті розглядаються питання правового регулювання організації бухгалтерського обліку суб'єктів господарювання. Визначено поняття "організації бухгалтерського обліку суб'єктів господарювання", "облікової політики суб'єкта господарювання". Висвітлено низку проблемних аспектів, що потребують вирішення шляхом удосконалення чинного облікового законодавства.

Ключові слова: бухгалтерський облік суб'єкта господарювання; організація бухгалтерського обліку; облікова політика суб'єкта господарювання.

В статье рассматриваются вопросы правового регулирования организации бухгалтерского учета субъектов хозяйствования. Определены понятия "организации бухгалтерского учета субъектов хозяйствования", "учетной политики субъекта хозяйствования". Освещен ряд проблемных аспектов, которые нуждаются в разрешении путем усовершенствования действующего учетного законодательства.

Ключевые слова: бухгалтерский учет субъекта хозяйствования; организация бухгалтерского учета; учетная политика субъекта хозяйствования.

The questions of the legal adjusting of organization of record-keeping of subjects of menage are examined in the article. Certainly concept "organizations of record-keeping of subjects of menage", "registration policy of subject of menage". The row of problem aspects which need decision by the improvement of current registration legislation is reflected.

Keywords: record-keeping of subject of menage; organization of record-keeping; registration policy of subject of menage.

Суб'єкти господарювання реалізують свої права щодо регулювання питань бухгалтерського обліку, його організації та ведення шляхом: самостійного визначення облікової політики в межах чинної нормативної бази; вибору організаційно-правової форми господарювання та форми облікової реєстрації; розробки системи внутрішньогосподарського обліку та контролю за діяльністю суб'єкта господарювання; налагодження схеми документообігу; вибору способу обробки та фіксації інформації на відповідних носіях; вибору програмного забезпечення бухгалтерського обліку; планування розвитку методики бухгалтерського обліку пристосовно до конкретних умов діяльності суб'єкта господарювання. Тому питання організації бухгалтерського обліку є надзвичайно важливими для кожного суб'єкта господарювання в його практичній господарській діяльності. Адже належним чином організований бухгалтерський облік забезпечує ефективність його ведення, належне та своєчасне забезпечення як внутрішніх, так і зовнішніх користувачів достовірною, повною та об'єктивною інформацією, що є необхідною для прийняття рішень у сфері господарювання.

Окремі питання організації бухгалтерського обліку вже раніше висвітлювалися в працях таких вчених, як: С. В. Івахненко, В. П. Завгородій, А. М. Кузьмінський, В. В. Сопко, Ф. Ф. Бутинець та ін. Однак, питання правового регулювання організації бухгалтерського обліку попри їх значущість для сфери господарювання ще не були предметом фахових господарсько-правових досліджень, чим власне і викликаний інтерес автора до відповідної тематики.

Метою цієї статті є висвітлення проблемних аспектів правового регулювання організації бухгалтерського обліку, визначення для потреб господарсько-правової науки понять організації бухгалтерського обліку, облікової політики суб'єкта господарювання.

Для забезпечення виконання бухгалтерським обліком своїх функцій суб'єкт господарювання самостійно обирає структуру бухгалтерії, форми, методи, технічні засоби, облікові процедури тощо. Законом України "Про бухгалтерський облік та фінансову звітність в Україні" (ст. 8) передбачена альтернативність у виборі форм організації ведення бухгалтерського обліку, складання фінансової звітності та її подання в установленому законом порядку. Суб'єкти господарювання можуть вводити до свого штату посаду бухгалтера або створювати бухгалтерську службу; укладати трудовий договір з фізичною особою – бухгалтером; користуватися послугами професійного бухгалтера, який здійснює підприємницьку діяльність без створення юридичної особи; до-

ручити вести бухгалтерський облік на договірних засадах бухгалтерській фірмі. Вести бухгалтерський облік та складати фінансову звітність може також безпосередньо власник або керівник юридичної особи.

Організаційна форма побудови обліку на підприємстві зумовлюється його особливостями, територіальною відокремленістю його структурних підрозділів, системою управління, рівнем самостійності структурних підрозділів, чинною системою контролю та звітності. У практиці господарювання склалися такі форми організації бухгалтерського обліку: централізована, децентралізована, комбінована [1, с. 304]. Із використанням централізованої форми організації бухгалтерського обліку всі первинні та зведені документи надходять до бухгалтерії суб'єкта господарювання, де здійснюється їх подальша обробка та складається фінансова звітність. При централізації облікового процесу утворюються великі масиви інформації, відокремлюються процеси складання та обробки інформації. У випадку децентралізації бухгалтерського обліку останній здійснюється в межах окремої галузі або підприємства від складання первинних документів до зведених робіт. У вищій ланці узагальнюються і складається фінансова звітність. Комбінована форма організації бухгалтерського обліку передбачає поєднання в собі елементів попередніх двох форм, як централізованої, так і децентралізованої. Побудова й належне функціонування бухгалтерського обліку передбачає органічне поєднання методологічних та організаційних принципів його здійснення.

Найважливішими передумовами організаційної організації бухгалтерського обліку, на нашу думку, є: вивчення особливостей діяльності суб'єкта господарювання, його організаційної структури, технології виробництва, матеріально-технічного постачання і збуту продукції, виробничо-фінансового плану й стратегії розвитку; з'ясування складу й обсягу періодичної та річної фінансової, оперативної-технічної, статистичної, податкової звітності, термінів її подання; вивчення нормативно-правових вимог щодо особливостей провадження господарської діяльності у відповідній сфері.

Бухгалтерський облік суб'єкта господарювання повинен бути організованим таким чином, аби, на виконання Програми реформування бухгалтерського обліку із застосуванням міжнародних стандартів, затвердженої постановою КМУ від 28.10.1998 р., відповідати ряду вимог: 1) раціональність та економічність побудови бухгалтерського обліку. Раціональний організований та добре налагоджений облік – основа правильного господарювання. Для виконання вимог бухгалтерського

обліку облікові працівники суб'єкта господарювання мають бути добре обізнані у своїй справі, набуваючи для цього необхідних теоретичних та практичних знань, постійно підвищуючи кваліфікацію. Облікові працівники мають бути вимогливими до якості виконуваної роботи, постійно здійснювати самоконтроль. Без цього неможливим є додержання вимог своєчасності, точності та ясності обліку, виконання програми реформування бухгалтерського обліку із застосування МСБО та впровадження національних П(С)БО; 2) ясність і зрозумілість обліку; 3) простота, чіткість, точність та повнота поточних і звітних даних, попередження різного роду спроб перекручування дійсності, усунення серйозних недоліків у організації бухгалтерського обліку і посилення його ролі в здійсненні контролю за господарською діяльністю; надання користувачам повної, правдивої та неупередженої інформації про доходи, витрати, прибутки і збитки від діяльності господарюючого суб'єкта за звітний період, відповідно до П(С)БО 3 "Звіт про фінансові результати", затвердженого наказом МФУ від 31.03.1999 р.; 4) дійсність і достовірність поточних та звітних даних; 5) порівнювання звітних даних останнього періоду з даними за минулі звітні періоди, планами, прогнозами, даними бізнес-планів господарюючого суб'єкта (при цьому необхідна єдина оцінка об'єктів, єдність показників за об'єктами обліку та фінансової звітності тощо).

Основним інструментом побудови облікової системи конкретного суб'єкта господарювання як у вітчизняній, так і міжнародній практиці, що враховує особливості його діяльності та врегульовує методичні питання, є облікова політика. Отже, організація роботи суб'єкта господарювання та облікового процесу починається з формування облікової політики. Формування облікової політики передбачає вибір методичних прийомів, процедур і способів організації та ведення бухгалтерського обліку із сукупності затверджених нормативно-правовими актами, відповідно до особливостей діяльності конкретного суб'єкта господарювання. Ретельно продумана облікова політика забезпечує ефективну фінансово-господарську діяльність відповідного суб'єкта, а також максимальний ефект від ведення обліку. Основою для прийняття рішень щодо облікової політики має бути формування повної, достовірної, правдивої інформації, яка максимально ефективно розкривала б відомості про діяльність суб'єкта господарювання для зацікавлених осіб – користувачів.

Поняття "облікова політика" увійшло до сучасної господарсько-правової науки та вітчизняної практики господарювання з прийняттям Закону України "Про бухгалтерський облік та фінансову звітність в Україні", пакета національних П(С)БО. Воно є ключовим у системі МСФЗ, що зумовлено самою ідеєю стандартизації обліку та звітності. Відповідно до національних П(С)БО, зокрема 1 "Загальні вимоги до фінансової звітності" (п.3), *облікова політика* – це сукупність принципів, методів і процедур, що використовуються підприємством для складання та подання фінансової звітності. За МСБО 8 "Облікові політики, зміни в облікових оцінках та помилки", *облікова політика* – це конкретні принципи, основи, домовленості, правила та практика, застосовані суб'єктом господарювання при складанні та поданні фінансових звітів. Проте, щоб уникнути невизначеності в питанні побудови та висвітлення основних положень облікової політики МФУ було видано Лист від 21.12.2005 р. "Про облікову політику", у якому визначено, що встановлення облікової політики належить до компетенції власника (власників) підприємства, органу, уповноваженого управляти державним майном та корпоративними правами держави. Крім того, доцільно відобразити ті методи оцінки, обліку та процедур, щодо яких нормативно-правова база передбачає більш ніж

один варіант та перелік питань щодо методів оцінки, які варто висвітлити у документі про облікову політику; можливі зміни облікової політики. Облікова політика застосовується з урахуванням принципу послідовності, що передбачає постійне (із року в рік) застосування прийнятої стабільної облікової політики. Також у згаданому листі зазначається, що зміни в обліковій політиці можуть відбуватися у випадках: якщо змінюється на підприємстві статут; якщо змінюються вимоги органу, який здійснює функції з державного регулювання методології бухгалтерського обліку та фінансової звітності; якщо зміни облікової політики забезпечать більш достовірне відображення господарських операцій у бухгалтерському обліку і фінансовій звітності.

Трактування поняття "облікова політика" передбачає, що як у МСФЗ, так і у національному законодавстві суб'єкт господарювання до початку звітного періоду обирає в межах, встановлених стандартами або іншими нормативними документами, певні методи, методики, способи оцінки, форми організації обліку тощо, які використовуються ним для ведення поточного обліку і складання фінансової звітності. З одного боку, це забезпечує однозначність тлумачення показників фінансової звітності, а з іншого – створює умови для здійснення фінансового аналізу з метою подальшого планування господарської діяльності, підведення її підсумків за результатами звітного періоду, визначення майнового та/або фінансово-економічного стану суб'єкта господарювання.

Таким чином, ефективна та раціональна організація бухгалтерського обліку розпочинається з формування облікової політики суб'єкта господарювання. Від облікової політики залежить і прибутковість господарської діяльності того чи іншого суб'єкта, оскільки вибір способу і форми ведення обліку забезпечує оптимізацію витрат і, як наслідок, – впливає на результативність господарської діяльності (йдеться про всі складові облікової політики, зокрема: способи нарахування амортизації основних засобів, нематеріальних активів, способи оцінки виробничих запасів, незавершеного виробництва, готової продукції, порядок обліку витрат виробництва, калькулювання собівартості продукції, визначення виходу від реалізації тощо).

Формування облікової політики проходить у декілька етапів: 1) визначення завдань щодо використання об'єктів бухгалтерського обліку по відношенню до яких має бути розроблена облікова політика (враховуючи, що кожен суб'єкт провадить господарську діяльність з тільки йому притаманною специфічною сукупністю об'єктів бухгалтерського обліку, на цьому етапі необхідним є встановлення предмету облікової політики); 2) виявлення, аналіз, оцінка та ранжування факторів під впливом яких здійснюється вибір принципів, процедур та методів ведення бухгалтерського обліку, складання фінансової звітності (залежно від складу об'єктів обліку на цьому етапі виявляються конкретні умови, явища і процеси, які безпосередньо впливають на розробку облікової політики); 3) ідентифікація можливих до застосування суб'єктом господарювання принципів, прийомів та методів ведення бухгалтерського обліку (на цьому етапі передбачається здійснення відбору потенційно придатних до використання господарюючим суб'єктом принципів, прийомів та методів бухгалтерського обліку); 4) вибір принципів, прийомів та методів ведення бухгалтерського обліку, а також складання фінансової звітності, які відповідають умовам діяльності суб'єкта господарювання та запитам користувачів звітної інформації; 5) оформлення обраної облікової політики відповідно до формальних вимог.

Загальні вимоги, які висувуються щодо облікової політики суб'єкта господарювання може бути, вважаємо, зведено до таких: (а) облікова політика повинна

бути єдиною для суб'єкта господарювання, що означає обов'язкове застосування обраних методів та прийомів ведення бухгалтерського обліку всіма структурними підрозділами, включаючи виділені на самостійний баланс, незалежно від здійснюваного виду діяльності і місця їх розташування (це необхідно для забезпечення співставності та зведення інформації); (б) щодо однотипних господарських процесів повинні використовуватись однакові принципи, методи та прийоми ведення обліку; (в) застосування облікової політики повинно бути послідовним (методика відображення господарських операцій, оцінки майна і зобов'язань на протязі року, а також від одного звітного періоду до іншого, як правило, не змінюється).

Відповідальними за розробку облікової політики є керівник та головний бухгалтер підприємства, які повинні затвердити основні її положення на новий фінансовий рік до кінця грудня року, що минає (ч.2 ст. 8 Закону України "Про бухгалтерський облік та фінансову звітність в Україні"). Новоствореним підприємством формувати облікову політику доцільно до їх державної реєстрації, бо з моменту реєстрації потрібно вже вести бухгалтерський облік (ч.1 ст.8). Формуючи облікову політику, підприємство повинно вибирати такі принципи, методи та процедури обліку, які дозволяють достовірно відобразити майновий стан підприємства, результати його господарської діяльності та забезпечити зіставність фінансових звітів. Тому під час розробки облікової політики необхідно враховувати вимоги щодо якісних характеристик бухгалтерського обліку та фінансової звітності, які викладені в п.п. 14-17 П(С)БО 1 "Загальні вимоги до фінансової звітності", затвердженого наказом МФУ від 31.03.1999 р.

Документальне оформлення облікової політики суб'єкта господарювання здійснюється у вигляді наказу про облікову політику, який після його затвердження набуває статусу локально-правового акта. Наказ про облікову політику є основним внутрішнім документом, яким регулюється організація облікового процесу суб'єкта господарювання та є обов'язковим для виконання всіма структурними підрозділами та працівниками підприємства. Зауважмо, що законодавством не визначено кількість наказів (один чи два), на основі яких формується облікова політика і організовується бухгалтерський облік суб'єкта господарювання. Тому суб'єктами великого підприємництва можуть видаватися два окремі накази, один з яких встановлює принципи формування облікової політики, а інший – порядок організації бухгалтерського обліку.

Вважаємо, що для потреб господарсько-правового регулювання, **організація бухгалтерського обліку суб'єкта господарювання** може бути визначена як *система правил, встановлених актами господарського законодавства (в тому числі, локально-правовими актами), що забезпечує процес збору, опрацювання, використання, аналізу та зберігання облікової інформації з метою внутрішньогосподарського оперативного контролю за правильним використанням майна суб'єкта господарювання, надання зовнішнім користувачам зрозумілої і достовірної фінансової звітності*.

Облікова політика суб'єкта господарювання – це, на нашу думку, *визначена та оформлена на локально-правовому рівні сукупність принципів, методів і процедур, що використовуються суб'єктом господарювання для ведення поточного бухгалтерського обліку, складання та подання фінансової звітності в межах, дозволених чинним законодавством*.

Формування облікової політики полягає в тому, що з усієї сукупності способів реалізації прийомів бухгалтерського обліку обирають ті, які прийнятні на даний час у конкретних умовах господарювання. Обрані способи

ведення бухгалтерського обліку мають забезпечувати обліковий процес, внаслідок чого формується повна і достовірна інформація щодо майнового стану суб'єкта господарювання.

Основна мета облікової політики – забезпечити одержання достовірної інформації (про майновий стан суб'єкта господарювання, результати його господарської діяльності), необхідної для всіх користувачів фінансової звітності з метою прийняття відповідних рішень. Позитивним аспектом формування облікової політики вважаємо є те, що у випадку, коли спосіб обліку певної господарської операції законодавчо не регламентований, то господарюючий суб'єкт може розробити свій варіант обліку і відобразити це в обліковій політиці. У випадку, коли нормативно-правові акти з питань бухгалтерського обліку не враховують специфіки діяльності господарюючого суб'єкта і не дозволяють достовірно відобразити ту чи іншу операцію, такий суб'єкт не повинен застосовувати правила обліку, встановлені чинним законодавством, але зобов'язаний розкрити і обґрунтувати факти відхилення від облікових правил спочатку в своїй обліковій політиці, а потім і в пояснювальній записці до бухгалтерської звітності.

Підсумовуючи викладене, особливу увагу хотілося б звернути також на низку проблемних аспектів, що потребують вирішення шляхом удосконалення чинного облікового законодавства:

- на сьогодні в Україні не існує єдиного нормативно-правового акта, яким би було врегульовано зміст облікової політики, порядок її оформлення, затвердження і внесення змін. Єдиним профільним документом з питань організації облікової політики до недавнього часу був лише Лист МФУ від 21.12.2005 р. "Про облікову політику", але серйозних методичних рекомендацій, окрім загальних положень та неповного переліку елементів облікової політики для стандартів чинних на момент видання згаданого листа, а також чітких рекомендацій він не містить. Не розв'язав існуючих проблем, на нашу думку, і Лист МФУ від 14.05.2012 р. "Щодо облікової політики", який вніс лише деяку ясність щодо поняття облікової оцінки, яка може переглядатися, якщо змінюються обставини, на яких базувалася ця оцінка, або отримана додаткова інформація, а також щодо зміни облікової політики та зміни облікових оцінок. До речі, єдиним нормативним обліковим документом, в якому міститься згадка про облікові оцінки та розкривається механізм їх зміни, є П(С)БО 6 "Виправлення помилок і зміни у фінансових звітах", що затверджене наказом МФУ від 28.05.1999 р., але прикладів таких оцінок він не містить, що погіршує його практичну значущість. Як наслідок такої неоднозначності, зміст облікових політик (не при формальному підході до їх розробки) на практиці охоплює крім сукупності принципів, методів і процедур, що дійсно використовуються для складання та подання фінансової звітності, цілий ряд організаційних питань, стачаючи більшою мірою положенням про організацію обліку на підприємстві;

- базове визначення категорії "облікова політика" наведено в Законі України "Про бухгалтерський облік та фінансову звітність в Україні", – "сукупність принципів, методів та процедур, що використовуються підприємством для складання та подання фінансової звітності", але жодним нормативним документом не встановлено, що має на увазі під його складовими законодавець. Жодним актом чинного законодавства (крім П(С)БО 1 "Загальні вимоги до фінансової звітності", затвердженого наказом МФУ від 31.03.1999 р., де згадуються принципи оцінки статей звітності, через які має розкриватися облікова політика) не конкретизовано сутність зазначених принципів, методів і процедур облікової політики. Відповідно, кожен суб'єкт господарювання встановлює

їх на власний розсуд. В даному випадку навіть саме формулювання є некоректним, бо слово "сукупність" – як загальна кількість, сума чогось, – не розкриває взаємозв'язку і супідрядності між складовими облікової політики, а подає їх к рівнозначні. Насправді ж існує чітка ієрархія взаємозв'язку принципів, методів і процедур, оскільки перші дотримуються застосуванням других і виконанням третіх. Тому замість "сукупності" тут доречним було б ужиття дефініції "система" з підкресленням взаємозв'язку в ній принципів – у Законі України "Про бухгалтерський облік та фінансову звітність в Україні", та деталізації дотримання за відповідними процедурами – у П(С)БО 1 "Загальні вимоги до фінансової звітності", затвердженого наказом МФУ від 31.03.1999 р., з одночасним коригуванням його назви, яка є екстраверсивною, адже в ній відсутній термін "бухгалтерський облік". Тимто навіть у формулюванні принципів за цими нормативно-правовими актами допускається еkleктичне змішування їх з методами, а останніх – з процедурами;

- назріла необхідність прийняття окремого нормативно-правового акта П(С)БО "Облікова політика". Прикладом може слугувати Положення з бухгалтерського обліку "Облікова політика організації", що затверджене МР РФ від 9.12.1998 р., – у ньому чітко окреслено як має визначатися облікова політика, порядок її розкриття та внесення змін. Стандартизація підходу до визначення, затвердження і розкриття облікової політики на підприємствах і в організаціях впорядковує, організовує ведення бухгалтерського обліку, не обмежуючи суб'єктів господарювання у виборі передбачених чинним законодавством способів, методів і форм бухгалтерського обліку. Діяльність будь-якого із суб'єктів господарювання потребує дотримання принципу ефективності, або економічності (раціональності) ведення обліку. Саме в цьому П(С)БО повинно бути зазначено, що облікова політика підприємства має забезпечувати раціональне ведення бухгалтерського обліку. Це означає, що витрати на ведення обліку не повинні бути надто великими порівняно з вигодами. Прийняття такого нормативного документа дозволить систематизувати всі питання, що стосуються облікової політики, значно зменшити витрати часу на її формування, що сприятиме чіткій організації бухгалтерського обліку на підприємствах;

- згідно з вимогою зрозумілості, облікова політика та її зміни повинні бути розкриті у Примітках шляхом опису принципів оцінки статей звітності та методів їх обліку, а під таке визначення підпадає лише частина положень практичної облікової політики, решта не підлягає розкриттю, а є інформацією, небажаною для розголошення, або взагалі комерційною таємницею;

- більшість господарюючих суб'єктів сприймають облікову політику як такий документ, що обов'язково повинен бути, але особливого значення як інструменту забезпечення облікового процесу йому не надають. Так, наприклад, найбільш типовими помилками, що

допускаються при його складанні, є наступні: відсутні посилання за текстом на норми чинного законодавства, що дозволяло б відслідковувати зміни в нормативно-правових актах та відповідним чином вносити зміни та корективи в облікову політику; облікова політика здебільшого являє собою абсолютно "типовий" документ, який жодним чином не враховує специфіки діяльності суб'єкта господарювання та включає лише перелік рахунків і субрахунків, які використовуються в бухгалтерському обліку; не оформляються належним чином зміни та доповнення до облікової політики; не визначені альтернативні елементи за окремими податками, зборами та обов'язковими платежами; елементи облікової політики формуються без належної оцінки наслідків для оподаткування відповідного суб'єкта тощо. Отже, даний документ здебільшого формується поверхнево, без врахування індивідуальних особливостей діяльності суб'єкта господарювання. Немає типової форми наказу про облікову політику, оскільки зміст, порядок його формування не регламентовані жодним нормативним документом;

- при формуванні облікової політики не враховуються взаємозв'язок та взаємообумовленість обліку бухгалтерського (фінансового та внутрішньогосподарського (управлінського)) та податкового. Не зважаючи на існуючі відмінності, іноді – досить суттєві, бухгалтерська облікова політика і облікова політика в цілях оподаткування – це дві сторони єдиного облікового процесу суб'єкта господарювання, які ґрунтуються на єдиних принципах. У зв'язку з цим, можна виділити сучасну облікову політику суб'єкта господарювання як сукупність принципів, методів і процедур ведення як бухгалтерського, так і податкового обліку. Сутність такого підходу та застосування принципу єдності облікової політики пояснюється наступним: як бухгалтерський, так і податковий облік організовується на підставі практично одних і тих самих первинних документів; об'єктами як бухгалтерського, так і податкового обліку виступають: активи, капітал, зобов'язання та господарські операції. Як вбачається з викладеного, повне розділення облікової політики на відокремлені самостійні частини – бухгалтерську і податкову, з одного боку неможливе, а з іншого – недоцільне, у зв'язку з чим, положення облікової політики для цілей оподаткування повинні стати складовою частиною загальної облікової політики суб'єкта господарювання;

- існує певна невизначеність у питанні співвідношення облікової політики суб'єкта господарювання та організації бухгалтерського обліку.

1. Попітich Т. Передумови раціональної організації бухгалтерського обліку в споживчій кооперації / Т. Попітich // Економічний аналіз. – 2010. – Випуск 6. – С. 303–305.

Наукове видання



ВІСНИК

КИЇВСЬКОГО НАЦІОНАЛЬНОГО УНІВЕРСИТЕТУ ІМЕНІ ТАРАСА ШЕВЧЕНКА

ЮРИДИЧНІ НАУКИ

Випуск 94

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. 14,64. Наклад 300. Зам. № 212-6299.
Гарнітура Arial. Папір офсетний. Друк офсетний. Вид. № Ю 5.
Підписано до друку 06.12.12

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