ПІДПРИЄМНИЦТВО, ГОСПОДАРСТВО І ПРАВО

11 2009 (167)

Щомісячний науково-практичний господарсько-правовий журнал видається з 1 січня 1996 р.

ІНСТИТУТ ПРИВАТНОГО ПРАВА І ПІДПРИЄМНИЦТВА АПрН УКРАЇНИ

СПІЛКА ЮРИСТІВ УКРАЇНИ
ІНСТИТУТ ДЕРЖАВИ І ПРАВА НАН УКРАЇНИ

Шеф-редактор
МАКАРОВА Алла Іванівна

Редакційна колегія:

ХАВРОНЮК Микола Іванович *головний науковий редактор*

МЕЛЬНИК Микола Іванович *заст. головного наукового редактора*

ГАЛЯНТИЧ М.
ДЕМЧЕНКО С.
ЗАКАЛЮК А.
ЗУБ І.
КРУПЧАН О.
КУБКО Е.
КУЗНЄЦОВА Н.
ЛУК'ЯНЕЦЬ Д.
ЛУЦЬ В.
МАЙДАНИК Р.
МАМУТОВ В.
МАХІНЧУК В.
НАВРОЦЬКИЙ В.
ПОГРІБНИЙ О.
СТЕЦЕНКО С.
ТОРГАШИН О.
ШАКУН В.

ФІЛОСОФІЯ ПРАВА

Тарас Гарасимів
Право як форма екзистенціального розвитку людини 3

Олеся Стащенко
До питання про зміст і напрями соціологічного праворозуміння 7

Олена Тімочко
Проблеми розвитку методології сучасного правознавства 10

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

Валентина Кравчук
Взаємовідносини профспілкових організацій з державою в умовах розвитку громадянського суспільства в Україні 14

Юлія Перерва
Еволюція законодавчого процесу: зарубіжний досвід 18

ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Альона Стащенко
Про науково-теоретичні проблеми якості закону як основи його ефективності 23

Андрій Пасічник
Щодо поняття правоздатності суб'єкта права 28

Сергій Гладкий
Правовий статус кооперативу як вияв особливої місії кооперації в УСРР 20-х років XX ст. 32

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО. ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС

Таміла Бєгова
Щодо питання про правове оформлення обороту ноу-хау 36

Олександр Кухарєв
Межі здійснення повноважень виконавцем заповіту 40

Марина Великанова
Співвідношення договору на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських і технологічних робіт із договором підряду 44

Аліна Гончарова
Розмежування понять «спадкова трансмісія» та «спадкове представлення» 48

Ельміра Мухамєдова
Право на мирні зібрання як особисте немайнове право фізичних осіб у цивільному праві 51

Ольга Шиманович
Вимоги, що пред'являються до судового рішення в цивільному процесуальному законодавстві 56

Юлія Рожик
Правова природа висновків органів місцевого самоврядування в цивільному процесі 61

ПРАВО СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

Сергій Сільченко
До питання про статус страхувальника як суб'єкта правовідносин загальнообов'язкового соціального страхування 65

ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО

Катерина Пісьменна
Шляхи розвитку господарського законодавства у суднобудівному секторі промисловості України 69

Вікторія Рєзнікова
Посередництво в економіці та господарському праві України 74

Юлія Хорт
Мінімальний розмір статутного капіталу акціонерних товариств 78
Ірина Лубенець
Контроль за діяльністю інститутів спільного інвестування в Україні та за кордоном 82
Валентин Туманов
Правове регулювання провадження господарської діяльності з випуску та проведення лотерей у країнах Європейського Союзу 86

ЗЕМЕЛЬНЕ, ПРИРОДОРЕСУРСОВЕ, ЕКОЛОГІЧНЕ ПРАВО

Олександр Браніцький, Андрій Тригуб
Державний акт на право приватної власності на землю як правопосвідчувальний документ: проблеми правозастосування 90
Ігор Мироненко
Поняття та зміст відносин добросусідства 95
Наталя Барабаш
Поняття та специфіка правового режиму земель, наданих для користування надрами 99
Володимир Кудінов
Правове регулювання охорони земель: стан та перспективи 104
Марина Черкашина
Актуальні питання співвідношення юридичних гарантій права на використання природних ресурсів 108
Катерина Сакаджи
Правові питання використання пестицидів за законодавством США 112
Віталій Кайдашов
Проблеми вдосконалення правового регулювання безпечності й якості сільськогосподарської продукції в умовах інтеграції України до міжнародних спільнот 116
Ярослав Скорик
Природоохоронні правовідносини та забезпечення екологічної безпеки в Україні 119

АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС. ТЕОРІЯ УПРАВЛІННЯ. ФІНАНСОВЕ ПРАВО. ІНФОРМАЦІЙНЕ ПРАВО

Андрій Благодарний
Особливості адміністративної відповідальності за правопорушення в інформаційній сфері 123
Олена Плетньова
Сутність спеціальних процесуальних засад діяльності антимонопольного комітету України й особливості їх правового регулювання 127
Андрій Детюк
Окремі питання визначення поняття «національна економічна безпека» 131
Вячеслав Пригоцький
Щодо прогалин права як детермінант виникнення адміністративно-господарського спору, їх виявлення та подолання 137
Віктор Гой
Удосконалення діяльності спеціалізованих державних податкових інспекцій по роботі з великими платниками податків 141
Олександр Ткаченко
Характеристика деяких аспектів адміністративного процесу та провадження у справах про незаконну передачу заборонених предметів особам, яких тримають у слідчих ізоляторах, установах виконання покарань 145
Олександр Собовий
Правовий статус судді в адміністративно-деліктному процесі: його сутність і проблеми визначення 149
Ігор Рижов
Проблемні питання визначення тероризму в контексті теорії соціального управління 153
Марія Пожидаєва
Локальні акти банків і небанківських фінансових установ: їх правова природа 157
Олексій Стоєцький
Суб'єкти забезпечення інформаційної безпеки України: адміністративно-правові засади 161

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО. КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧЕ ПРАВО

Леся Федорак
Конкуренція пом'якшуючих та обтяжуючих покарання обставин у ст. 69 Кримінального кодексу України 165
Світлана Нестеренко
Правова природа інституту видачі (екстрадиції) 167
Михайло Яцишин
Програмно-цільове забезпечення функціонування кримінально-виконавчої системи (теоретико-концептуальний аспект) 170

КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС. КРИМІНАЛІСТИКА

Ірина Лєшукова
Процесуальні особливості міжнародної співпраці слідчих органів внутрішніх справ України при розв'язанні питань про видачу (екстрадицію) 175
Олександр Рибалка
Начальник слідчого відділу як суб'єкт доказування 180
Назар Малярчук
Формування та розвиток інституту приватного обвинувачення 184
Владислав Негребецький
Роль психології підозрюваного при перевірці показань на місці 188

РЕЦЕНЗІЯ

Олександр Дудоров
Відмивання «брудних» доходів: погляд з України та Росії 192

ПРАВО ЯК ФОРМА ЕКЗИСТЕНЦІАЛЬНОГО РОЗВИТКУ ЛЮДИНИ

Тарас Гарасимів,
канд. юрид. наук, доцент,
начальник кафедри теорії та історії держави і права
Львівського державного університету внутрішніх справ

Стаття присвячена розкриттю екзистенції як права і права як екзистенції, що означає саморозвиток і дійсне буття людини, є джерелом саморозвитку та дійсного буття права.

Ключові слова: буття, ієрархічність буття, небуття, самореалізація, трансцедентність, екзистенція, право, норма права, автентичне право людини.

Чим є право для людини і ким є людина для права? Якщо право – умова свободи, то чому воно так неохоче виконується, а правовий нігілізм став чи не найбільш поширеним явищем нашого життя? Якщо право протистоїть людині, то як подолати його, щоб не втратити саму людину, а не тільки суспільство та цивілізацію? Що може людина без права і що є право людини? Право є сутністю людини чи воно нав'язане їй суспільством ззовні? Коли право – сутність, то як зрозуміти жахливі форми його існування? Коли право – існування, то чому без нього ми не можемо реалізувати свою сутність?

Проблеми, так чи інакше пов'язані з розкриттям місця філософії права в системі правових наук активно досліджували російські й українські вчені. Серед них чільне місце займають роботи Я. Козельського, Л. Петражицького, М. Коркунова, П. Лодія, К. Неволіна, М. Ренненкампфа, М. Ковалевського, Б. Кістяківського, М. Палієнко, С. Дністрянського, Ф. Тарановського, Є. Спекторського та ін.

Мета цієї статті полягає у дослідженні питання, що є первинним у праві – есенція чи екзистенція, адже ця проблема в різних її модифікаціях постійно турбує теоретиків і філософів права.

Людина з'являється з небуття і першим її станом є заціпеніння – їй протистоїть світ як загроза вигнання в небуття. Крик є першим виявом страху людини перед світом [1, с. 78–101]. Але буття зустрічає людину не просто як таке, що є саме собою. Буття постає перед людиною як право, право буття. Вони тотожні, нерозрізненні. Кожен предмет, кожна ситуація диктує, нав'язує суворо визначений спосіб поведінки, неприйняття якого загрожує небезпекою небуття. Той, хто не приймає правил цього світу, світом знищується. Тому світ – це право і правила цього світу. Буття – це право буття [2, с. 114, 128]. Буття – це право, а право і є буття. Неприйняття права тотожне збільшенню небуття. Неправо й є небуттям. Міцно влаштований у світі той, хто сповна прийняв право цього світу. Але є право і право. Буття, тотожне з правом, не відразу розкриває своє право. Спочатку воно постає як буття-в-собі [3, с. 239–263, 284–291], якому тотожне право-в-собі. Тому не будь-яке право, яке нам здається правом, є автентичним правом буття.

Часто-густо за право ми приймаємо неправо, і замість зростання буття ми збільшуємо своє ніщо. Ніщо-право завжди переслідує нас. Воно є формою довічної боротьби небуття з буттям. Полем цієї битви є людина. Ніщо-право – це ілюзія найкоротшого шляху до розширення буття, тому людина спокушається ним, насправді потрапляючи у пастку небуття. Досвід розчарування та неуспіху спонукає до висновку, що дійсне право не завжди відкрите людині, а буття не зовсім сприятливе для неї, більше того, протистоїть їй як щось масивне, нездоланне і визначальне. Первинне право цього буття зв'язує мене, перетворює в das Man, у річ, і я зможу стати вільним, якщо підкорюся цьому праву речей, якщо сам стану річчю і воно стане моїм правом. Злякавшись масивності буття, людина сама стає інертною масивністю і в такий спосіб, злившись із буттям, заспокоюється ілюзією дійсного буття. Однак ілюзія – це завжди тимчасове заспокоєння. Ілюзія постійно турбує свідомість своєю недійсністю. Тому саме турбота і страх є основним станом недійсної людини.

Право-das-Man не може не бути агресивним. Адже попереду беззахисність і ризик, здатні руйнувати те, що вже наявне та закріплене в бутті, позаду – загроза небуття та тотального ніщо. Людина das Man – це жахлива ситуація краю буття перед прірвою ніщо, це максимум ніщо та мінімум буття. Саме екзистенція періодично жахає людину ризиком і прірвою, піднімає завісу її реального місця в бутті, знову і знову повертає до первинного стану заціпеніння. Тому право das-Man протистоїть екзистенції. Це саме те право, яке пов'язують із недійсним існуванням людини. Екзистенція помирає в такому праві. Тут пересічність починає та перемагає. Але ця перемога тотожна смерті. Смерть і ніщо є стихією буття на рівні das Man. Небуття – це така ж хвороба буття, як і буття – своєрідна хвороба небуття. Вони постійно намагаються вилікуватись одне від одного. Небуття завжди ревниве до буття. Вислизнувши з небуття, люди-

© Т. Гарасимів, 2009

на не звільняється від нього повністю, небуття постійно переслідує людину, бореться з нею і, врешті-решт, все одно її перемагає та знову поглинає в собі. Право-das-Man так і не забезпечило дійсної свободи. Воно залишилося правом-у-собі. Людина, опинившись у світі речей, змушена була прийняти право цього світу і сама стати річчю. Але річ є завжди річ-у-собі, вона ніколи не може стати річчю-для-себе. Тому й людина, прийнявши право-das-Man, залишається людиною-в-собі, зливається з буттям-у-собі та перестає бути людиною, перетворюється на ніщо. Злиття з буттям-у-собі це зрада екзистенції. Право-das-Man є першим правом буття, яке лише відділяє його від небуття, але воно не є первинним правом, воно є а-, поза- і антиекзистенціальним правом. «А-» – тому що без, «поза-» – тому що уникає її, а «анти-» – тому що видає себе за основне та протистоїть екзистенції.

Буття ієрархічне, як і його право. Воно завжди тотожне саме собі тим, що воно є, але воно різне на різних своїх рівнях [4, с. 113]. Боротьба буття та ніщо результується в закріпленні позицій. Збільшення буття зменшує ніщо, демаркація невидима, але вона є і вона рухлива. Тому ніщо також ієрархічне, як і буття. Ієрархія ніщо починається в бутті, а ієрархія буття починається в ніщо. Ніщо починається як ніщо-буття, а закінчується як ніщо-Ніщо. Буття починається як буття-ніщо, а закінчується як буття-Буття.

Право лише тоді є правом, коли воно пов'язане з буттям, відсутність буття нівелює й право. Тому навіть у праві-das-Man, де панує стихія ніщо, є іскра буття-Буття, є можливість перетворення права-в-собі на право-для-себе. Сам факт існування людини свідчить, що буття-в-собі може перетворюватися на буття-для-себе. Людина стає річчю як спосіб самозахисту від світу речей. Але річ не протистоїть речі, лише людина протистоїть речі і тим фундаментально свідчить, що вона – не річ. Ставши річчю, людина ніби причаїлася, вичікуючи можливість стати людиною. Коли самозатаювання затягується, залякане масивністю das Man, воно або перетворюється в злобу на світ речей, що виявляється в періодичних вибухах їх знищення, або набуває форм активного самовиправдання, виправдання права речей, права-das-Man як свого права й як єдино істинного права. Так річ поглинає людину, перетворює її на ніщо. Річ не відпускає людину, навіть коли людина перестає бути річчю. Затаєність людини у світі речей є станом людини-у-собі, постійною напруженістю, готовою розрядитися в революцію людини-для-себе, чи ентропійне розсіяння в тотальному ніщо. Перетворення людини-у-собі на людину-для-себе передбачає зміну типів існування, отже, зміну типів права, котрим воно визначається. Право-буття-в-собі має бути замінене правом буття- для-себе.

Вільний саморозвиток людини є сутністю права-буття-для-себе. Цей саморозвиток не є прямим; він суперечливий і нелінійний, оскільки ніщо і на цьому рівні має свої права. Людина, стаючи людиною, завжди під загрозою провалу в ніщо. В бутті-для-себе це більш імовірно, ніж у бутті-в-собі, де ніщо є основою мого життя і провалитися можна тільки в людину. Буття-для-себе – це ризик і відчайдушність, а самореалізація – це основний закон права-буття-для-себе. Людина як буття-для-себе починає свою самореалізацію ще на рівні світу речей. Усвідомивши, що річ є умовою її розвитку, вона намагається опанувати нею і на це витрачає майже всі свої сили. Річ, завдяки своїй масивності та непіддатливості, із засобу перетворюється на мету, і людина, потрапляючи в цю пастку, з буття-для-себе провалюється на буття-в-собі. Право-буття-для-себе диктує свій закон, де річ не має визначального впливу. Це закон людини, а не речі. Він вказує як людині стати людиною, і коли на рівні буття-для-себе вживають закони буття-в-собі, вони починають знищувати в людині людину, стають ніщо людини і вона знову віддаляється сама від себе.

Буття-для-себе – це буття неповноти. Воно хоче бути саме для себе, оскільки йому мало самого себе таким, яким воно є. Для буття-в-собі достатньо того, що воно просто є. Недостатність себе заставляє бути для себе. Потреба самореалізації свідчить про голод нереалізованості. Буття-для-себе визначає умови реалізації, але не забезпечує самої реалізації. Право-буття-для-себе – це право свободи. Свобода ж має бути реалізованою. Нереалізована свобода перетворюється на муку, стає несвободою. Людина як буття-для-себе це неповнота і тому вона змушена бути для себе, щоб стати повнотою. Свобода – єдиний засіб, який надається їй для цього; іншого вибору немає, тому людина не вільна у своїй свободі, вона змушена бути вільною, як кажуть екзистенціалісти, приречена на свободу. Свобода людини передує її сутності та виступає умовою можливості останньої [5, с. 90; 6, с. 146–157]. Примусова свобода це наслідок присутності та втручання буття-в-собі в буття-для-себе. Тому право-буття-для-себе хоч і призначене забезпечити свободу, але шляхом її часткової обмеженості. Тут право балансує, вишуковуючи оптимальну межу мінімальної несвободи, яку людина має віддати буттю-в-собі, щоб забезпечити собі максимальну свободу буття-для-себе. В тенденції людина розглядає «буття-для-себе як нігілювання буття-в-собі» [5, с. 95].

Змушена свободою шукати своєї повноти, саме через примусову свободу людина сягає дійсної свободи. Тільки у свободі та через свободу людина стає вільною. Динаміка екзистенціалів складає внутрішній механізм свободи, тому свобода – це шлях її екзистенціального пізнання. Буття-для-себе – це пошук шляхів до себе, на яких завжди існує загроза загубитися. Право-буття-для-себе відкриває всі ці шляхи, але не гарантує правильного ви-

бору свого власного. Так само, як раніше на шляху до себе людина натикалася на річ, тепер їй на перешкоді стала інша людина [7, с. 28].

Якщо право-буття-в-собі – це право речей, право-буття-для-себе – це право людини, то право-буття-для-іншого – це право людей. Я на шляху до себе не можу обійтися не тільки без речей, а й без людей. Вони хвалять мене, оскільки я їм потрібен і цим перетворюють мене на річ; вони ненавидять мене, тому що я їх використовую і тим самим їх перетворюю на річ. Чим більше використовую, тим більше заздрять і ненавидять, чим більше використовують мене, тим більше я перетворююсь у напругу, заздрість і ненависть. Людина – це завжди конфлікт з іншою людиною. Взаємовигідне використання тимчасове, воно неминуче втрачає рівновагу, оскільки кожен все одно намагається швидше за іншого вислизнути до себе, а це неможливо інакше, як за рахунок іншого, а краще за його рахунок, аніж собою сплачувати чужі рахунки. Так право-буття-в-собі, право речей, проникає і в право-для-інших, право людей, і стає їх ніщо, перетворює кожного іншого на річ, засіб. Чи випадкова ситуація боротьби, в якій здійснюється становлення держави і права? Ні, ця боротьба не випадкова, це неминуча ситуація, що визначає сутність держави та права, в цій боротьбі я протистою іншому буттю вже тому, що я є [8, с. 233].

Категоричний імператив Канта – найвідоміша форма протесту проти перетворення людини на засіб: стався до іншого тільки як до мети. Парадокс у тому, що тоді я автоматично стаю засобом іншого. Хто дасть гарантію, що він так само і з таким же успіхом до мене поставиться як до мети? Хто краще за мене знає мої цілі, коли я їх ще сам до кінця добре не усвідомлюю. Чи не є будь-яка діяльність інших, спрямована на реалізацію моїх цілей, отже, мене як мети, шкодою для мене, як і моя діяльність для інших – перешкодою для їх цілей, цілеспрямованою шкодою? Буття-для-іншого – це в будь-якому випадку конфліктне буття, а екзистенціальна конфліктологія – основа права-буття-для-іншого.

Людина не тільки бореться з собою за самореалізацію, а й змушена боротися з іншими за саму себе. Тим не менше, якби кожен був ворогом для іншого, якби істинною була формула «всі люди – вороги», то суспільство давно б самознищилось. Є якась фундаментальна хибність у вказаній формулі й якась глибинна таємниця в існуванні суспільства. Вона постійно непокоїла філософів. Гоббс сформулював її в простих словах: «Як можливе суспільство?». Але що може бути складніше, ніж відповідь на так просто сформульовані питання?

Трансцендентність права полягає в тому, що воно не може залишатися дійсним автентичним правом, якщо воно не зав'язане на трансценденцію, якщо воно постійно не трансцендує. Право є правом не в горизонтальній своїй динаміці, а у вертикальній. Право є трансцендування. Це означає, що ідеали справедливості, добра, самореалізації людини (одвічні ідеали права) не можуть бути реалізовані на основі незмінних, статичних схем норм права, індиферентних до специфіки конкретної ситуації, особливостей особистості, її життя, її екзистенції. Єдиній, неповторній, живій людині протистоїть універсальна, типова, мертва норма і визначає життя людини. Мертве панує над живим. Норма – це ніщо людини. Екзистенція – анормативна. Людина поза екзистенцією нормативізується, поступово перетворюючись на буття-в-собі, а потім і в ніщо.

Як бути, коли соціум побудований на праві, право – на нормі, а людина, яка утворює суспільство, анормативна істота? Людина лише тією мірою погоджується на право, якою воно здатне трансцендувати, не тільки придушувати людину, а й робити людину людиною. Трансценденція – внутрішня властивість права. Без цієї властивості людина ніколи б не погодилася на право. Анархізм – це течія, яка не розгледіла в праві трансцендентного і тому вважає його перешкодою для людини на її шляху до себе. Порожня, мертва норма права – це тільки механізм права, який ще повинен бути запущений у роботу. Норма здатна трансцендувати. Право це є трансцендування норми. Справедливість так само не є щось постійне, незмінне й універсальне; вона, як і добро, суперечлива, навіть антиномічна. Суперечливість їх знімається в трансцендентному. Дійсне коріння ідеалів справедливості, рівності, добра – в трансцендентному. Тому трансцендування – єдиний спосіб права бути дійсно справедливим. Трансцендування права має різні рівні виходу в трансцендентне, яке тільки й може бути його критерієм. Право – це трансцендентальна динаміка права, трансцендентальна динаміка норми права. Рушієм, що забезпечує здатність механізму правової норми трансцендувати, є екзистенція.

Якщо право-буття-в-собі – це право речей, право-буття-для-себе – право людини, а право-буття-для-іншого – право людей, то право як екзистенція – це право духу. Дух є сутність людини, а екзистенція як дійсне буття людини є її духовна буттєвість. Буття в екзистенції – автентичне буття людини, а право як екзистенція – автентичне право людини. Без екзистенції право-буття-в-собі, право-буття-для-себе і право-буття-для-інших перетворюються на ніщо. Екзистенція є дійсне існування людини як трансцендентальне розгортання єдності в-собі-для-себе-і-для-інших-буття. Екзистенція як дух – її трансцендентальна інтенціональність. Існування людини й є постійна зустріч екзистенції з трансценденцією. Саме в трансценденції екзистенція стає екзистенцією, усвідомлює саму себе. Поза трансценденцією екзистенція втрачає себе, перетворюється на ніщо. Тому сутність екзистенції – в єдності іманентного й трансцендентного. Екзистенціальне ж право як право духу і як сутність права взагалі

має бути присутнім у будь-якій формі права, щоб воно виконувало функцію права. Це означає, що і в праві-бутті-в-собі, і в праві-бутті-для-себе, і в праві-бутті-для-іншого не просто має бути присутній елемент екзистенціального права, він повинен бути визначальним і виконувати функцію трансформації есенціальних правових форм, застиглих, статичних, масивних в екзистенціальні, рухливі, динамічні, духовні. Право, перетворене на заформалізовану, застиглу норму, з екзистенції переходить в есенцію, в субстанцію, в масивність. Есенція і є застигле, охолоджене буття [9, с. 69]. Але у той самий час свобода передбачає примат екзистенції над есенцією [9, с. 10]. Глибина Existenz є свобода [9, с. 10]. Сутність і призначення права теж є свобода. У своїй сутності право й екзистенція зливаються. Поза екзистенцією будь-яка форма права перестає бути правом.

Екзистенція як право і право як екзистенція означають, що саморозвиток і дійсне буття людини виступають джерелом саморозвитку та дійсного буття права. Саме таке право є формою й екзистенціального саморозвитку людини. В екзистенції знімається суперечливість між об'єктом і суб'єктом [10, с. 60], правами й обов'язками, сущим і належним. Норма права як есенціальна застиглість розігрівається екзистенцією та починає трансцендувати. Тому не можна стверджувати, що норми позитивного права суперечать екзистенціальності, що вони взаємовиключають одне одного. Онтологічно вони єдині та зливаються в добуттєвому Ungrund-і. Це видно з того, що екзистенція як анормативна свобода сама задає свободу як норму. Ні норма не повинна придушувати екзистенцію, ні екзистенція не повинна відкидати норму. Відомий німецький криміналіст Р. Ланде зазначав, що ми потребуємо права, яке не ставить норму над людиною та людину над нормою, але яке знає, що норма й суспільні інститути співвідносяться з екзистенціальним становленням людини [11, с. 56–57]. Правове рішення постає тут формою самореалізації людини, тому воно наскільки вільне, настільки ж і обов'язкове. Правове рішення у світлі екзистенціальної філософії не є свавіллям. Воно обов'язкове для нас у вищому розумінні, оскільки відмовившись від нього, ми відмовляємося від самих себе [12, с. 321]. Відмовившись від себе, ми перетворюємося на ніщо.

Право екзистенції – це право нас самих і тому екзистенціальне право є наше право. Воно вимагає перебування в екзистенції, що означає постійний пошук самих себе, свого права, форм своєї самореалізації. Пізнання – буттєвий спосіб буття-в-світі [13, с. 89; 14, с. 79–94, 312–326]. Постійне пізнання, гносеологічна інтенсивність виступає основним способом функціонування екзистенціального права, оскільки екзистенція завжди народжується в конкретній, індивідуальній ситуації, є неповторною й унікальною. Правове рішення тут постає як творче, ризиковане та напружене самопородження екзистенції в акті трансцендування. Екзистенціальне право може існувати тільки у формі трансцендування, тільки у формі пошуку істини та наближення до істини. Поза трансцендуванням екзистенція застигає в есенції, набуваючи форми абстрактної, мертвої, байдужої до людини норми права, яка поглинає людину, перетворює її на ніщо.

Висновки

Екзистенціальне право – це право дійсного існування людини, в якому вона реалізує свою екзистенцію як своє право. Право настільки право, наскільки воно екзистенціальне, екзистенція настільки екзистенція, наскільки вона трансцендентальна. Через трансцендентальну динаміку екзистенція стає правом, а право – екзистенціальною динамікою людини.

Література

1. *Гроф С.* За пределами мозга: Рождение, смерть и трансценденция в психотерапии. – М., 1992.
2. *Marcic R.* Rechtsphilosophie. – Freiburg i. Br., 1969.
3. *Лукач Д.* Своеобразие эстетического: В 4 т. – М., 1986. – Т. 3.
4. *Гегель.* Наука логики: В 3 т. – М., 1971. – Т. 2.
5. *Сартр Ж.-П.* Бытие и ничто // Философские науки. – 1989. – № 3. – С. 90–95.
6. *Аббаньяно Н.* Экзистенция как свобода // Вопросы философии. – 1992. – № 8. – С. 146–157.
7. *Рикер П.* Торжество языка над насилием: герменевтический подход к философии права // Вопросы философии. – 1996. – № 4.
8. *Jaspers K.* Philosophie. Bd. 2. – Berlin, 1956.
9. *Бердяев Н.* Трагедия и обыденность // Бердяев Н. Философия творчества, культуры и искусства: В 2 т. – М., 1994. – Т. 2.
10. *Хайдеггер М.* Бытие и время. – М., 1997.
11. *Желтова В. П.* Философия и буржуазное правосознание. – М., 1977.
12. *Fechner E.* Rechtsphilophie. – Tübingen, 1956.
13. *Хайдеггер М.* Введение в метафизику. – СПб., 1998.
14. *Бинсвангер Л.* Бытие-в-мире. – М., 1999.

The article is devoted to the revealing the existentia as a law and a law as an existentia that means self-realization and real human existence, and appears as the source of self-realization and real law existence.

Статья посвящена раскрытию экзистенции как права и права как экзистенции, что означает саморазвитие и истинное бытие человека, является источником саморазвития и действительного бытия права.

ДО ПИТАННЯ ПРО ЗМІСТ І НАПРЯМИ СОЦІОЛОГІЧНОГО ПРАВОРОЗУМІННЯ

Олеся Стащенко,
здобувачка кафедри загальноюридичних та кримінально-правових дисциплін Київського університету туризму, економіки і права

У статті розглянуті теоретичні засади праворозуміння соціально-політичних, психологічних, аксіологічних і логічних факторів правового мислення.

Ключові слова: соціологічне праворозуміння, юридичне праворозуміння, тлумачення права, сутність права.

Становлення та розвиток соціологічних напрямів у праві – нова наукова галузь у суспільствознавстві України. Вона розглядає правову систему у зв'язку з життям, соціальною практикою. Всебічний аналіз соціально-правових проблем необхідний для розкриття актуальних завдань і перспектив розвитку правової системи, її ролі в удосконаленні наукових підходів до здійснення правової реформи, забезпечення верховенства закону в усіх сферах життя суспільства, посилення механізму підтримання правопорядку на засадах народовладдя.

За загальним визначенням праворозуміння – це усвідомлення правової дійсності через призму правових теорій, доктрин, концепцій. Воно є формою пізнання сутності та ролі права у регулюванні суспільних відносин. Праворозуміння засноване на науковому обґрунтуванні правових явищ, належній правовій культурі та правосвідомості громадян. Формуванню праворозуміння сприяють також різні види тлумачення права. Праворозумінню як складному явищу властиві такі підходи до пізнання права: нормативний, генетичний, системний, соціологічний, психологічний тощо. Провідне місце серед них займає гуманістичне розуміння права як соціальної цінності й одного з найважливіших надбань цивілізації.

Праворозуміння передбачає усвідомлення не тільки фактичних прав дійсності, а й правових моделей майбутнього. Прогностична спрямованість праворозуміння є основою реформування правової системи суспільства [1, с. 48].

Метою цієї статті є аналіз теоретичних засад праворозуміння у динаміці соціально-політичних, психологічних, аксіологічних, логічних та інших чинників правового мислення, що дозволяє створити цілісну картину функціонування права як пізнання.

У дореволюційний період соціолого-юридичним аспектам пізнання права присвячувалися праці таких відомих вітчизняних учених і російських юристів того часу, як Ж. Гурвич, М. Духовський, Б. Кістяковський, М. Ковалевський, М. Коркунов, П. Новгородцев та ін.

У радянський період, насамперед у 70–80 роки минулого століття, соціолого-юридичному підходу до вивчення правових явищ приділялася значна увага у працях таких відомих теоретиків права, як С. Боботов, Г. Злобін, В. Казимирчук, Д. Керимов, В. Козлов, В. Марчук, Л. Явич та ін.

Сучасне уявлення соціологічного праворозуміння формується з ідей, висновків і міркувань прийдешнього покоління вчених – В. Бачіна, В. Глазиріна, Ю. Гревцова, В. Касьянова, В. Лапаєвої, В. Сирих та ін. Помітну роль у розвитку вітчизняного соціологічного праворозуміння в цьому плані відіграють теоретичні праці П. Біленчука, К. Жоля, А. Козловського, М. Козюбри, Ю. Шемшученка, Г. Юхновця, С. Яковенка та ін., які можна вважати спробою визначити деякі методологічні орієнтири розвитку цього інституту.

Розуміння сутності права або *праворозуміння*, є початковою, вихідною категорією юриспруденції. В межах розуміння сутності права перебуває пік проблемності юридичної науки, її проблемна напруженість [2, с. 73]. Тому засобом забезпечення розвитку юридичної науки, передусім, є вирішення проблеми праворозуміння.

Наукова проблема є системою питань, що групуються навколо основного питання, яке виражає зміст проблеми. У проблемі праворозумінння це питання *«що таке право?»*. Результат його з'ясування і відображає праворозуміння. Виходячи з цього, праворозуміння можна визначити як наукову категорію, що відображає результат процесу пізнання сутності права. *Сутністю права* є внутрішня цілісність усіх його багатоманітних якостей (властивостей); *пізнання права* – оволодіння ними, їх розкриття.

Праворозуміння відображає результат процесу дослідження, осмислення й оцінки витоків права, форм його буття, цінності, при-значення та ролі у житті окремої людини, суспільства, держави. У праворозумінні узагальнюється набуте знання про право, втілюються світоглядна, моральна, релігійна, соціально-політична й інші позиції його суб'єктів. Праворозуміння – категорія динамічна, яка постійно розвивається.

Формуючи ставлення до права, праворозуміння зумовлює значення всіх інших юридич-

© О. Стащенко, 2009

них категорій. Саме залежно від розуміння сутності права, що є свого роду *panctum saliens* у правознавстві, сприймаються та тлумачаться норми права, правотворчість, правовий статус особи і громадянина, держави, система права та система законодавства, форми реалізації норм права, правомірна поведінка, правопорушення й юридична відповідальність, законність і правопорядок, правова культура – механізм правового регулювання та правова система суспільства взагалі.

З розвитком правових систем утворилися такі протилежні типи праворозуміння, як *юридичний* (лат. «jus» – право) і *легістський* (лат. «lex» – закон). Згідно із легістським типом праворозуміння правом є сукупність законодавчо закріплених норм, тобто владних приписів держави. Відповідно до юридичного типу праворозуміння правом є складне соціальне явище (особливий соціальний регулятор), що має власну об'єктивну природу (сутність), яка не залежить від волі чи свавілля законовстановлюючої (державної) влади. Таким чином, юридичний тип праворозуміння базується на розмежуванні права та закону, а легістський – на ототожненні. В цьому і полягає їх принципова відмінність. По суті, саме для юридичного типу праворозуміння питання «що таке право?» є справжньою проблемою. Для легістського типу праворозуміння (легізму) такої проблеми не існує, адже право для нього – це офіційно встановлені, законодавчо закріплені правила поведінки.

Одним із поширених у сучасній юридичній науці є *соціологічний* підхід до розмежування права та закону. Згідно з таким підходом, сутність права полягає не в сумі законів, встановлених державою, а в більш глибоких пластах соціальної дійсності. Право (і генетично, і функціонально, і з точки зору розвитку) – це певна система суспільних відносин, природа яких має правовий характер, що об'єктивно запрограмовані як правові [3, с. 8]. Їх існування не залежить від законодавчого закріплення. Право є феноменом, що утворюється у процесі людського спілкування та діяльності. Таке визначення права не принижує ролі чинного законодавства, а лише вказує на те, що сукупність законів є одним із проявів права, а не тотожне йому поняття. Крім того, між правом та існуючим законодавством можуть виникати протиріччя – коли норми останнього не відповідають принципам (чи самій ідеї) першого. Справжнє життя права, відповідно до такого підходу, – в його динаміці, дії, реалізації, практичному втіленні в життя суспільства, а не у статично-номативному стані. Тому зрозуміти сутність права лише через його статичні догми, зовнішню форму виразу неможливо. Іншими словами, якщо право корениться у самому суспільному житті, а не у його формальному відображенні, то закони лише тоді є правовими, коли адекватно відображають динаміку об'єктивного суспільного розвитку. Отже, зміст права та закону полягає у тому, що закон, який приймається державною владою, повинен бути точним і в науковому відношенні бездоганним формулюванням права, що об'єктивно виникло, фактично існує та розвивається у суспільстві [4, с. 6]. Це означає, що законодавець повинен бачити право у самій дійсності, ретельно та всебічно вивчати суспільні відносини, що потребують законодавчої регламентації, створювати правові закони.

Як і соціологічний підхід, усі інші підходи до розмежування права та закону акцентують увагу на тому, що закон повинен бути правовим, інакше він є недієвим, «паперовим» або, взагалі, свавільним. Закон може бути інструментом реалізації права, а може суперечити йому, бути формою офіційно-владного визнання як права, так і неправових вимог, заборон, знаряддям обмеження чи придушення свободи людини. Тільки як форма виразу права закон є правовим явищем. Саме за такого закону принцип справедливої та рівної міри свободи отримує державно-владне, загальнообов'язкове визнання, відповідний захист – законну силу. Отже, *правовий закон* – це офіційна форма визнання, нормативної конкретизації та захисту права.

Згідно з широким праворозумінням необхідність зв'язку права та закону пов'язана з необхідністю зв'язку права і держави. Якщо закон має цінність лише як правове явище, то держава володіє цінністю тільки як правовий інститут – інститут, що покликаний втілювати право у закон (тим самим створюючи правовий закон), забороняючи поводитися з людьми як із «гвинтиками» соціально-політичного механізму, як із безмовними об'єктами адміністративного керування. Держава не вигадує право, вона покликана закріпити уявлення про справедливість, що склалась у суспільстві [5, с. 33].

Від розуміння права залежить визначення характеру, цілей і меж фінкціонування держави [6, с. 58–68], тобто праворозуміння впливає на розуміння сутності та призначення держави. Широке праворозуміння пов'язане з правовим розумінням держави, держави, що здійснює позитивацію (закріплення) наддержавного права в офіційних нормативних актах і тим самим забезпечує захист суб'єктивних прав кожної людини. Лібертарне праворозуміння формує лібертарне розуміння держави, держави, що є захисником свободи індивіда. Іншими словами, багатоаспектне праворозуміння є джерелом розуміння правової держави.

На думку А. Козловського, переважну більшість концепцій права з точки зору інтерпретації ними динамічної структури «право–суспільство» можна розділити на такі основні типи [7, с. 137–138]:

концепції, згідно з якими основною детермінантою правового розвитку є соціальні фактори. Це всі соціологічно-правові концепції, від суто редукціоністських до сучасних структурно-функціональних її різновидів. Сутність її полягає у тому, що очевидний факт прагматистського використання права як знаряддя соціальної самоорганізації вважається незаперечною демон-

страцією його соціального походження та соціальної сутності. Поза потребами соціуму немає і права як механізму їх реалізації. Право – функція соціуму, цим його природа вичерпується;

концепція, згідно з якою право є самодостатнім природним феноменом, а тому підкоряється власним закономірностям розвитку. Звідси випливає, що коли суспільство бажає зберегти свою цілісність і оптимальний характер розвитку, то воно повинно відповідати цим онтологічним законам права або, принаймні, враховувати їх. Крім того, у процесі використання суспільством права як інструменту соціальної організації воно постійно вдосконалювалося й ускладнювалося. Тому як духовний, культурний і теоретичний феномен уже давно досягло такого рівня, що його розвиток визначається передусім внутрішніми закономірностями, незалежними від будь-яких соціальних потрясінь. Усі бачення даного типу належать, звичайно, до природно-правових концепцій права. Їх розмаїття пояснюється тим, що саме природа права розуміється по-різному – як психологічна, теологічна, екзестенційна [8, с. 5–34]. Але спільним для них є те, що функціонування та розвиток права тут реалізується, власне, як його саморозвиток, а не як функція якихось зовнішніх факторів;

концепції, згідно з якими і право, і суспільство є самостійними феноменами, але їх розвиток можливий лише за умови постійної взаємодії права із суспільством. Як право неможливе без суспільства, так і суспільство неможливе без права. Разом із тим вони остаточно не визначають одне одного і мають свої власні онтології, субстанціонально не перетинаються. Концепції даного типу є проміжними між означеними вище, оскільки своєрідно уникають притаманних їм крайнощів редукціонізму та догматизму [9, с. 680–683; 10, с. 3– 13; 11, с. 21–27].

Історичний розвиток суспільства неминуче впливає на характер і форми правової практики, правового пізнання. Як зазначає М. Козюбра, із розвитком соціального знання ступінь правильності мотивації правових вимог зростає. Право більш високого історичного типу (якщо йдеться про нього в цілому), безумовно, має більше достовірного значення, втілюваного в «поясненні» своїх вимог, ніж право, що віджило. У той самий час було б неправильно вважати, що пізнавальний момент у праві безпосередньо залежить від розвитку соціального знання [12, с. 90].

Будь-яка держава пов'язана з правом у міру його цивілізованості. Для держави й її законів (у широкому праворозумінні) право є одночасно цінністю та метою. Це означає, що держава й її закони повинні бути орієнтовані на реалізацію та захист прав, оскільки їх значимість залежить від того, наскільки вони причетні до права, наскільки вони є цінними у правовому значенні, наскільки вони є правовими [13].

Тривалий час вітчизняна юриспруденція спиралася на легістський тип праворозуміння. Більше того, в історії розвитку юридичної науки були періоди домінування крайньої, навіть спотвореної, форми легізму, наслідками якого стала свавільна, насильницька юридична практика.

Висновки

Сучасному суспільству необхідна остаточна переорієнтація праворозуміння від тлумачення права як сукупності приписів держави до вивчення сутності права як складного багатоаспектного явища. Це свідчить про можливість і доцільність побудови сучасної доктрини праворозуміння на основі поєднання переваг і достоїнств традиційних типів праворозуміння. Такий підхід є гарантом можливості вирішення проблеми праворозуміння неупереджено та повноцінно, а не з псевдонаукових (заідеологізованих) позицій.

Література

1. *Юридична* енциклопедія: У 6 т. / За ред. Ю. С. Шемшученка. – К., 2003. – Т. 5. – 735 с.
2. *Сурілов О. В.* Основи загальної теорії держави і права. – О., 1995. – 126 с.
3. *Керимов Д. А.* Культура и техника законотворчества. – М., 1991. – 160 с.
4. *Керимов Д. А.* Законодательная техника. – М., 1998. – 127 с.
5. *Ливщиц Р. З.* Современная теория права. – М., 1992. – 93 с.
6. *Заєць А. П.* Правова держава в контексті новітнього українського досвіду. – К., 1999. – 248 с.
7. *Козловський А. А.* Право як пізнання: вступ до гносеології права. – Чернівці, 1999. – 295 с.
8. *Новгородцев П. И.* Психологическая теория права и философия естественного права // Юридический вестник. – 1913. – Кн. 3. – С. 5–34.
9. *Кистяковский Б. А.* Социальные науки и право: Очерки по методологии социальных наук и общей теории права. – М., 1916.
10. *Кудрявцев В. Н., Васильев А. Н.* Право: развитие общего понятия // Советское государство и право. – 1985. – № 7. – С. 3–13.
11. *Козлов В. А.* Правопонимание и общая теория права // Правоведение. – 1987. – № 6. – С. 21–27.
12. *Козюбра Н. И.* Социалистическое право и общественное сознание. – К., 1979.
13. *Алаіс С. І.* Проблема праворозуміння в основних школах права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2003. – 19 с.

The article analyses some theoretical foundations of understanding of law in the dynamics of social, political, psychological, axiological and logical factors of legal thinking that are necessary to create the entire image of law as cognition process.

В статье анализируются теоретические основы правопонимания в динамике социально-политических, психологических, аксиологических, логических факторов правового мышления, которые необходимы для создания целостной картины функционирования права как познания.

ПРОБЛЕМИ РОЗВИТКУ МЕТОДОЛОГІЇ СУЧАСНОГО ПРАВОЗНАВСТВА

Олена Тімочко,
ад'юнкт кафедри теорії та історії держави і права
Львівського державного університету внутрішніх справ

У сучасній юридичній літературі все помітнішим стає розширення спектру філософських підстав і методологічних підходів юридичних досліджень. Інтерпретація цих змін як тенденції в динаміці наукової правосвідомості дозволяє розглядати як основний процес, що визначає філософсько-методологічну ситуацію сучасного правознавства, його перехід від моністичної методології до філософсько-методологічного плюралізму [1, с. 4].

Ключові слова: методологія, теорія держави та права, філософія, пізнання, плюралізм, правосвідомість.

Суть методології полягає не лише в сукупності визначених методів, способів і прийомів пізнання. У широкому розумінні методологія визначає ефективність вирішення поставлених цілей і завдань залежно від правильно обраного методу. Саме від того, наскільки вдало будуть підібрані та застосовані методи наукового пізнання багато в чому залежить перспектива розвитку як науки теорії держави та права, так і української державності, а тому проблема, що розглядається, вимагає значної уваги та досліджень.

Сучасна юридична думка нерідко критично оцінюється західними правознавцями саме у зв'язку з її філософською та методологічною неготовністю до виклику часу. Досить показова в цьому плані позиція західного історика права Дж. Г. Бермана. Так, у західній правовій традиції дослідник з усією впевненістю фіксує системну кризу, що охопила, перш за все, сферу ідей і цінностей, та, відповідно, філософію й юридичну науку [1, с. 48]. У достатньо різкій формі оцінюють методологічну кризу сучасної юридичної науки такі авторитетні європейські правознавці, як К. Цвайгерт і Х. Кетц (автори дослідження, що давно стало для західних юристів класичним). Звертаючи увагу на необхідність для юридичної науки займатися власною методологією, вони зазначають, що хоча традиційний самовпевнений догматизм є, на подив, живучим, очевидно, що чіплятися за нього означає обдурювати самого себе [2, с. 49]. Розглядаючи методологічне майбутнє юридичної науки як порівняльне правознавство, автори визнають, що нові, реалістичніші методи, засновані на даних експериментальної соціології реально не відображають сучасне правове мислення. Однак в рамках даної статті немає сенсу дорікати К. Цвайгерту і Х. Кетцу за обмеження порівняльного правознавства соціологічним підходом. Слід зазначити, що таким шляхом автори прагнуть до адекватності глобальним процесам сучасної Європи. Логічно вважати, що наведені оцінки ситуації в сучасній західній науці права тією або іншою мірою можна екстраполювати і на сьогоднішню українську юриспруденцію [3, с. 17]. Питанню методології правознавства приділяли увагу, зокрема, такі вчені, як М. Кельман, В. Тацій, І. Ільїн, Б. Кістяківський, Дж. Г. Берман, П. Фейєрабенд, Р. Декарт, Ф. Бекон.

Метою цієї статті є висвітлення важливості акцентування уваги на розвитку методології сучасного правознавства для забезпечення продуктивного розвитку науки теорії держави і права та в подальшому її позитивного впливу на розвиток вітчизняної юридичної науки.

Слід зазначити, що проблеми методологічного плюралізму правознавства вже розглядались у філософській та юридичній літературі. Однак питання ставилося в основному дослідниками, які належать до «дорадянського» періоду розвитку вітчизняної методологічної думки. Залежно від належності конкретного автора до відповідної філософської традиції та наукової школи розрізнялись і варіанти відповідей на нього. Так, становлення методологічного плюралізму в правознавстві досліджував І. Ільїн. Проте, будучи за своїми філософськими поглядами

© О. Тімочко, 2009

«християнським моністом», він не поширював його на онтологію права та гносеологічні установки права, а визнавав методологічний плюралізм лише в «логічному ряду» як існування відособлених способів розгляду права, звернених до різних сторін і форм його буття і таких, що знаходяться в певному співвідношенні [4, с. 10].

Проблему методологічного плюралізму юридичної науки аналізував Б. Кістяківський. При цьому, виходячи з ідеї взаємної автономності філософії та науки, він веде мову про необхідність плюралізму в «соціально-науковому пізнанні» вже не тільки щодо конкретних методів наук, а наполягає на «рішучому» гносеологічному плюралізмі, відносно філософії [5, с. 13].

До своєрідного теоретичного плюралізму сучасного правознавства як умови його розвитку закликає західний історик права Гарольд Дж. Берман. На його думку, сьогодні необхідно подолати «помилку відносно виключно політичної й аналітичної юриспруденції («позитивізм»), або виключно філософської та моральної юриспруденції («теорія природного права»), або виключно історичної та соціально-економічної юриспруденції («історична школа»). Натомість, він пропонує інтегрувати всі три традиційні школи та вийти за їх межі.

З вивчення множинності методів права виходило і радянське правознавство. Ці уявлення отримали достатньо глибоке розроблення щодо підходів, загальнонаукових методів дослідження права. У сучасній науковій правосвідомості розгортається конкуренція філософських систем, звернення правознавців до різних світоглядних уявлень і гносеологічних ідей, що дозволяє вести мову про початок формування у вітчизняному правознавстві філософсько-методологічного плюралізму, що може трактуватись як процес переходу від моністичної методології до філософсько-методологічного плюралізму.

Для наукової думки, як відомо, не прийнято ставити під сумнів положення, визнані на конкретному етапі науки очевидними істинами. Стримане відношення до очевидних істин не нове, зокрема, і для вітчизняної наукової традиції.

У сучасній методологічній літературі ставиться під сумнів необхідність неухильного дотримання правил певного методу дослідження, наприклад з огляду на процес розвитку науки. Такий погляд на проблему аргументується, зокрема, тим, що в окремих випадках фундаментальні наукові відкриття здійснювалися завдяки не дотриманню, а порушенню деяких канонів пануючого методу. П. Фейєрабенд зазначає, що ідея методу, яка містить жорсткі, незмінні й абсолютно обов'язкові принципи наукової діяльності, стикається із значними труднощами при порівнянні з результатами історичного дослідження. При цьому з'ясовується, що не існує правила (наскільки б правдоподібним і епістомологічно обґрунтованим воно не здавалося), яке в той або інший час не було б порушене. Стає очевидним, що такі порушення не випадкові та не є результатом недостатнього знання або неуважності, яких можна було уникнути. Навпаки, ми бачимо, що вони необхідні для прогресу науки [6, с. 153]. Таким чином, можливість заперечення правил методу науки є фундаментальною умовою її розвитку.

Слід мати на увазі, що відступ від правил методу не завжди веде до великих наукових відкриттів; як правило, отримуються некоректні результати. У цьому сенсі конструктивні спростування правил існуючого методу науки трапляються не щодня і навряд чи можуть бути масовою практикою наукових досліджень. Пропорційне співвідношення, умовно кажучи, конструктивних і неконструктивних порушень методу науки, мабуть, різні в різні періоди розвитку науки. Якщо спробувати оцінити це співвідношення в рамках теорії наукових революцій Т. Куна, то логічно вважати, що «питома вага» конструктивних порушень методу науки значно вища саме в період наукової революції. При цьому можна стверджувати, що будь-які відступи від методу науки залишаються в рамках її методології. Справа в тому, що такі «порушення» стосуються заперечення не методології як умови науковості дослідження, а тільки конкретних правил методу і не можуть порушити саму ідею методологічного забезпечення наукової діяльності. Іншими словами, відступ від правил методу конкретної науки як гносеологічних установок, що історично склалися та загальноприйняті на певному етапі, або від вимог дослідження можливий. Проте заперечення одного методу можливе тільки через створення іншого, а це, знову ж таки, предмет і проблема методології, підтвердження її необхідності в науковому дослідженні. Таким чином, методологічний плюралізм нескладно побачити як в сучасній науці, так і в її історії.

Якщо вважати особливістю сучасної вітчизняної юридичної науки філософсько-ідеологічний плюралізм, то найбільш істотні труднощі в дослідженнях права слід співвідносити не стільки з філософсько-теоретич-

ною «чорною діркою», що утворилася у зв'язку з невикористанням марксистської школи пояснення політико-правових явищ, скільки із наслідками багаторічного панування в нашій науці єдино правильного вчення про право й єдино достовірної наукової теорії пізнання, тобто філософсько-методологічного монізму.

У радянський період наша теоретична свідомість була не просто догматичною, а догматично-методологічною в рамках могутнього соціального вчення – марксизму. Розвинута традиція юридичних досліджень у рамках моністичної, закритої філософсько-методологічної системи багато в чому зумовила іншу особливість – прагнення до заміни марксистської методології іншою, але не менш універсальною та загальною. Не важко відмітити низку недоліків такої тенденції. *По-перше,* це політико-ідеологічне виключення марксизму з «вільної конкуренції» за методологічні «пости» нашого сучасного правознавства. *По-друге,* це ризик втрати науковими дискусіями методологічних основ і переходу в план демонстрації історичних очікувань. Рано чи пізно альтернативні марксизму методології дослідження права все одно складуться й актуалізуються незалежно від зусиль юристів.

Замість розгортання масштабних планомірних методологічних досліджень, розроблення довготривалих дослідницьких програм, ми можемо зосередити увагу на питанні про те, яке з популярних сьогодні філософсько-теоретичних обґрунтувань права здатне замінити марксизм. При цьому в декларованій відмові від методологічного монізму поки більше бажаного, ніж дійсного. З іншого боку, повна відмова (в більшості випадків з ідеологічних причин) від марксизму не забезпечить просування вперед. Слід врахувати те, що приходить на зміну. Одна справа, якщо на зміну приходить прагнення до пошуків іншої, такої ж універсальної та всеосяжної філософської системи, інша – готовність розвивати юриспруденцію в умовах співіснування альтернативних філософських учень, філософсько-методологічного плюралізму. Останнє якраз і вимагає інтенсивних філософсько-методологічних досліджень, що забезпечують розроблення альтернативної методології, яка б конкурувала в дослідницькій практиці правознавців. Проте створення альтернативної методології процес не просто тривалий, а історичний, оскільки вимагає затвердження в нашій свідомості іншої онтології права, інших гносеологічних установок правознавства, створення нових наукових парадигм, розроблення відповідних методів і дослідницьких норм юридичної науки.

Відомий французький філософ XVII ст. Р. Декарт, досліджуючи проблему методів і методології пізнання, зазначав: для пошуку істини речей необхідний метод; значно краще ніколи не думати про пошуки істини будь-якої речі, якщо робити це без методу, внаслідок безладних занять такого роду та невиразних роздумів розсіюється природне світло, осліплюються уми [7, с. 27]. Ця думка поділялася й іншим мислителем XVII ст. – англійським філософом Ф. Беконом, який процес пізнання об'єктивної реальності без оволодіння істинним методом порівнював із ходінням у пітьмі навпомацки. Він вбачав у істинному методі світильник, що освітлює подорожньому шлях у темряві та незмінною дорогою веде через ліси досвіду до відкриття аксіом [8, с. 93; 9, с. 381–382]. Саме тому не лише результат дослідження, а й сам процес має бути істинним. Метод може розглядатись як істинний лише у випадку, якщо він адекватно характеризує об'єктивні закономірності навколишнього світу, визначається особливостями предмета дослідження, його сутністю, закономірностями розвитку, які певним чином відбиваються у свідомості.

Метод дослідження має постійно розвиватися разом із предметом дослідження; зміна останнього потребує вдосконалення методів пізнання. Таким чином, теорія та мистецтво пізнання розвиваються разом з об'єктом (предметом) пізнання.

У сучасній суспільній теоретичній свідомості поглиблюється розуміння того, що роль вихідного моменту будь-якої методології має виконувати не сама собою логічна система, у тому числі діалектику, з одного боку, як теорію буття, з іншого – логіку та теорію пізнання, а насамперед реальний об'єкт (предмет) пізнання. В юридичних дослідженнях, зокрема у правознавстві, ним можуть бути будь-які правові явища: право в цілому або окремі його форми – правова система, система права, система законодавства, юридичні інститути, норми тощо.

Особливості української системи права можуть успішно вивчатися та враховуватись у процесі її демократичного перетворення лише в контексті системи основних суспільних зв'язків, в яких економічні умови та відносини зберігають своє базисне значення при одночасному зростанні ролі духовного виробництва, зокрема теоретичної діяльності у сфері права, правового забезпечення суспільного розвитку. А це передбачає, передусім,

новий пізнавальний інструментарій – сучасні юридичні методологію та теорію, які б ураховували особливості України. Так, В. Тацій щодо сучасних методологічних підходів аналізу соціальних і юридичних явищ в Україні слушно зазначає, що вони «дадуть позитивний результат лише тоді, коли... будуть застосовуватися на власному ґрунті з урахуванням соціально-культурних традицій життєдіяльності та менталітету народу України, який має багатовікову історію, знав, звичайно, якісно різні періоди свого розвитку...». Вчений робить важливий висновок про те, що «оновлення методології вітчизняної юриспруденції не повинно призвести до нехтування всіма науковими розробками минулих років, насамперед тими усталеними напрацюваннями, які витримали випробування часом і тим самим підтвердили свою достовірність і практичну значущість» [10, с. 12–13].

Висновки

Проведене дослідження свідчить: недостатній інтерес дослідників до питань методології пояснюється тим, що в самій методології залишається багато неясного щодо її сутності, у питаннях співвідношення методологічних і теоретичних проблем науки, співвідношення методології та філософії.

Світоглядні та методологічні принципи вивчення права як соціального явища, його різноманітних виявів, властивостей і зв'язків з іншими явищами природи та суспільства, форм і методів правового регулювання суспільних відносин, незважаючи на їх суб'єктивне сприйняття, випливають саме з об'єктивних закономірностей розвитку, загальних зв'язків явищ природи та суспільного життя, об'єктивних матеріальних і духовних факторів, економіки та культури, права, політики тощо. Тому і суб'єктивне відтворення законодавцем об'єктивного в юридичному законі у процесі законодавчої діяльності та застосування законів виконавчою владою може бути найефективнішим лише за умови органічного поєднання юридичної практики та теоретичної діяльності у сфері права. Саме тому проблема наукового забезпечення правової реформи в Україні, демократичної трансформації правової системи, системи права та законодавства, теоретичного пізнання загальних і особливих закономірностей правового регулювання суспільних відносин, можливостей вітчизняного правознавства адекватно описувати, пояснювати та своєчасно прогнозувати законотворчі і законозастосовчі процеси набуває сьогодні особливої актуальності й одним із основних завдань на шляху вирішення зазначеної проблеми є методологічна обґрунтованість як пізнавальної теоретичної діяльності у сфері права, так і безпосередньої практичної діяльності у сфері законотворення та законореалізації.

Література

1. *Берман Дж. Г.* Западная традиция права: эпоха формирования. – М., 1998.
2. *Цвайгерт К., Кетц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. – М., 1998. – Т. 1.
3. *Тилле Л. Л., Швеков Г. В.* Сравнительный метод в юридических дисциплинах. – М., 1973.
4. *Ильин И. А.* Понятие права и силы (опыт методологического анализа): Соч. в 10 т. – М., 1994. – Т. 4.
5. *Кистяковский Б. А.* Социальные науки и право: Очерки по методологии социальных наук и общей теории нрава. – М., 1916.
6. *Фейерабенд П.* Избранные труды по методологии науки. – М., 1986.
7. *Рикер П.* Торжество языка над насилием: герменевтический подход к философии права // Вопросы философии. – 1996.
8. *Филатов В. П.* Научное познание и мир человека. – М., 1989.
9. *Щедровицкий Г. П.* Философия. Наука. Методология. – М., 1997.
10. *Тацій В. Я.* Методологічні проблеми правової науки на сучасному етапі державотворення // Правова держава. – 2005. – Вип. 16.

The expansion of the range of philosophic background and the methodological approaches of law studies is becoming more noticeable in modern law literature. The interpretation of these changes as the tendency in the scientific law-consciousness dynamic enables us to consider it as the principal process that defines philosophical and methodological situation of contemporary law, its transition from monistic methodology to philosophical and methodological concept's plurality.

В современной юридической литературе все более заметным становится увеличение спектра философских поводов и методологических подходов юридических исследований. Интерпретация этих изменений как тенденции в динамике научной правосознательности дает возможность рассматривать как основной процесс, что определяет философски-методологическую ситуацию современного правоведения, его переход от монистической методологии к философски-методологическому плюрализму.

ВЗАЄМОВІДНОСИНИ ПРОФСПІЛКОВИХ ОРГАНІЗАЦІЙ З ДЕРЖАВОЮ В УМОВАХ РОЗВИТКУ ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА В УКРАЇНІ

Валентина Кравчук,
канд. юрид. наук,
викладач кафедри правового регулювання економіки та правознавства
юридичного факультету
Тернопільського національного економічного університету

У статті розглядається питання щодо ролі і значення профспілкових організацій у розвитку громадянського суспільства, аналізується правова база їх функціонування, визначається правовий зміст їх відносин з державою і владними структурами.

Ключові слова: громадянське суспільство, держава, професійна спілка.

Громадянське суспільство, незважаючи на велику кількість інтерпретацій, оптимально, на нашу думку, можна визначити як складну багаторівневу систему невладних зв'язків і структур. Воно охоплює як сукупність відносин між індивідами, які розвиваються поза межами управлінського втручання держави, так і систему громадських інституцій, що реалізують повсякденні індивідуальні та колективні потреби. Специфічне місце серед подібних суспільних утворень займають профспілкові організації.

Метою цієї статті є з'ясування значення профспілок для розвитку громадянського суспільства в Україні та визначення меж правового регулювання їх діяльності.

У деяких аспектах функціонування профспілкових організацій їх правовий статус досліджували А. Володін, О. Лисяк, А. Павлов та ін. Однією із ґрунтовних праць у цій сфері є дослідження В. Цвиха [1].

У науковій літературі є дуже велика палітра визначень профспілок. В одних – помітне прагнення звести профспілки до економічних організацій, в інших – перетворити їх на універсальні організації, здатні захищати всі без винятку інтереси найманих працівників, у тому числі політичні та правові. Між цими двома позиціями існує широкий спектр поглядів, у яких профспілки розглядаються ширше, ніж економічні організації, але вужче, ніж універсальні. Вони припускають, що профспілки представляють і захищають, крім економічних, соціальні, трудові, духовні інтереси найманих працівників, а також коло дискретних інтересів – якість життя, права споживачів, екологічна безпека тощо [1, с. 14–15].

Закон України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» від 15.09.1999 р. № 1045-XIV також визначає термін *«професійна спілка»* – це добровільна неприбуткова громадська організація, яка пов'язує громадян спільними інтересами за родом їх професійної діяльності. Таким чином, законодавець закріпив особливе значення професійних спілок серед інших громадських організацій (це пов'язано, насамперед, з їх масовістю та впливовістю).

У літературі про громадянське суспільство профспілки, як правило, не фігурують. Тому виникає питання щодо їх належності до інститутів громадянського суспільства. Позитивна відповідь на це запитання випливає з визначення профспілки, яка виникла як «форма інституціоналізації економічних інтересів найманих працівників, головним призначенням якої був і є захист їх перед роботодавцем шляхом покращання умов продажу робочої сили» [1, с. 15]. В умовах формування громадянського суспільства профспілки виходять за межі суто економічних інтересів найманих працівників і діють поза ринком праці, прагнучи поліпшити умови не лише роботи, а й життя. На підтвердження цієї позиції свідчить дослідження В. Цвиха, який, проаналізувавши історію виникнення й еволюцію профспілкового руху та громадянського суспільства, стверджує, що з моменту свого виникнення у капіталістичному індустріальному суспільстві профспілки як організації найманих працівників, які переслідувалися владою і були частиною економічного суспільства та ринкових відносин, у процесі свого розвитку сформувались як інститут громадянського суспільства [1, с. 27].

Характеризуючись (різною мірою) добровільністю та незалежністю, виконуючи економічну функцію та на її основі також політичну і «соціетальну» [2, с. 105], профспілка може активно діяти в громадянському суспільстві, домагатися його змін в інтересах працюючих людей, або, якщо такого немає, сприяти його створенню та розбудові. Початкова,

© В. Кравчук, 2009

економічна діяльність профспілок справляє важливий «побічний» ефект на громадянське суспільство: демократизує його, робить його менш поляризованим і антагоністичним. Крім того, профспілки впливають на громадянське суспільство в морально-психологічному аспекті: сприяють внесенню у нього таких цінностей, як солідарність, взаємодопомога, соціальна справедливість тощо.

Можна погодитися з такими ознаками профспілок як асоціацій громадянського суспільства, які виокремлює російський дослідник А. Володін [2, с. 105–106]:

• профспілки – це організації, основною функцією яких є забезпечення економічних прав;

• нарівні з іншими організаціями громадянського суспільства, профспілки опираються на «об'єктивну групу» (тобто групу людей, яка вирізняється у суспільстві особливостями свого існування), в даному випадку – найманих робітників;

• профспілки належать до тієї меншості інститутів, що складають громадянське суспільство, які мають партнерів-суперників у їх середовищі. Для профспілок – це підприємці, наймачі. Подібні «пари» доволі рідко зустрічаються і, здається, в жодному з випадків немає такого необхідного та тісного протистояння-співробітництва, суперечливого і конфліктного партнерства, як у профспілок з асоціаціями наймачів (роботодавців) чи тими великими підприємствами, які останнім часом будують відносини з профспілками самостійно;

• ще одна ознака профспілок, як і більшості великих асоціацій громадянського суспільства, – їх багатофункціональність. Основна та визначальна діяльність профспілок має економічний характер; інші, додаткові функції розширюють діапазон впливу профспілок і їх роль у суспільстві;

• подібно до багатьох структур громадянського суспільства профспілка виходить у політику, хоча іманентно їй це не властиво. Профспілки деяких країн застосовують політичні засоби вирішення своїх соціально-економічних завдань, але інколи втручаються у сферу політики безпосередньо заради вирішення якихось більш великих і загальних цілей: національного звільнення, захисту та встановлення демократії в країні, боротьби із загрозою війни тощо, а також підтримуючи ту чи іншу політичну партію. Ступінь «політизації» профспілок, зміна їх цілей і форм залежать від характеру національної політичної культури. Однак періодів повної аполітичності профспілкового руху в історії знайти неможливо;

• профспілки – це зазвичай організації загальнонаціонального масштабу (як і їх партнери – об'єднання підприємців, що також існують практично в усіх країнах);

• діючи всередині громадянського суспільства, профспілки вступають у відносини з іншими добровільними організаціями – жіночими, антивоєнними, екологічними тощо. У більшості випадків ідеться про відносини співробітництва, взаємної підтримки. У деяких випадках, одночасно із співробітництвом (або замість нього), виникає суперництво, конкуренція, існують протиріччя. Наприклад, коли профспілки виступають проти рівноправності жінок на роботі, вважаючи, що це обмежуватиме права основної маси членів профспілки, і стикаються з відповідними організаціями.

Таким чином, профспілки тісно вплелися у громадянське суспільство і відіграють у ньому важливу роль. Захищаючи економічні права робітника, а частково і в інших відносинах, обмежуючи сваволю наймачів, вони сприяють становленню, насамперед, безправних робітників як громадян, як соціальних суб'єктів. Одночасно, охороняючи своє право на існування та вільне функціонування, профспілки захищають право громадян на організацію, на об'єднання для захисту своїх інтересів. Виступаючи проти крайніх форм експлуатації, добиваючись створення та розвитку різних інститутів соціального захисту, профспілки борються за соціальні права своїх членів. Іншими словами, профспілки беруть участь у становленні громадянського суспільства, відіграючи в цьому процесі важливу роль.

Боротьба за емансипацію найманих працівників в економічній, політичній і соціальній сферах – це основний внесок профспілок у становлення громадянського суспільства. Тільки через організацію, в основному профспілкову, наймані працівники отримують більшість прав і на місці роботи (найму), і в суспільстві. У свою чергу, це змінює характер громадянського суспільства. Крім того, профспілки відіграють демократизуючу роль. З'явившись на підприємстві як новий «центр сили», що певною мірою врівноважує владу підприємця, профспілки внесли елементи демократії у виробниче життя, відносини найманої праці.

За радянської системи господарювання були відсутні незалежні профспілки, незалежні у позаекономічному сенсі працівники, а в юридичному змісті – конкретні наймачі. Номінально наймачем майже всіх працівників була держава, тобто професійні спілки були фактично частиною державного механізму. У «плановій економіці» всі основні умови праці встановлювалися зверху, державними органами, а пізніше для їх виконання впроваджувалися на підприємствах і в ор-

ганізаціях. Роль профспілок при цьому була дорадчою. За таких умов (коли профспілки були маріонетками і не виконували своєї основної функції) не могло бути й мови про їх вплив на виникнення та розвиток громадянського суспільства.

Після проголошення незалежності набуває активного поширення процес формування альтернативних, незалежних профспілок (Незалежна галузева професійна спілка енергетиків України, Незалежна профспілка аграріїв, Незалежна профспілка гірників України, Українська професійна спілка працюючих за кордоном, Вільна профспілка освіти і науки України тощо), що в окремих випадках викликало незадоволення як адміністрацій, так і керівників «офіційної» профспілки [3, с. 367–377]. У зв'язку з цим виникло питання щодо законності існування в межах одного підприємства, установи чи організації кількох профспілок.

На сучасному етапі завданнями профспілок, їх функціями в Україні є, насамперед, боротьба за відносно нормальний рівень заробітної плати та своєчасну її виплату; за збереження зайнятості та соціальний захист в разі безробіття; за створення та збереження безпечних і нешкідливих умов праці, належних виробничих і соціально-побутових умов; за визнання незалежних профспілок і супротив спробам законодавчого обмеження профспілкових прав; боротьба із зловживанням керівництва підприємств усіх форм власності; за забезпечення участі працюючих в управлінні виробництвом, «промислову демократію». Зазначені фактори мають важливе значення для становлення громадянського суспільства в Україні. Але в цілому профспілки поки що лише «прилаштовуються» до нової власної базової функції і неспроможні завадити безробіттю, поляризації доходів як у різних соціальних групах суспільства, так і серед найманих працівників. У державі, де більшість населення проживає в умовах бідності, навіть сильні та незалежні профспілки не можуть функціонувати як повноцінні інститути громадянського суспільства.

У відносинах профспілок і держави «класичною» є та модель відносин, що склалася в країнах Заходу [2, с. 117–119]: за загальним правилом, чим вужчий, «елітарний» характер мали профспілкові організації, об'єднуючи лише найкваліфікованіших для свого часу працівників, тим більше вільними, добровільними та незалежними від держави вони були. І, навпаки, профспілки, що опікувалися великими масами нових, некваліфікованих найманих працівників, були більш залежними від держави (часто безпосередньо створені нею), політично підпорядковані правлячій партії й її лідеру.

Що стосується правового регулювання профспілкових організацій, то обов'язком держави є, насамперед, забезпечення права кожної людини на створення й участь у діяльності профспілок; права профспілок утворювати національні федерації та конфедерації, права останніх засновувати міжнародні професійні організації або приєднуватися до них; права профспілок функціонувати безперешкодно без будь-яких обмежень, крім тих, що передбачені законом та є необхідними в демократичному суспільстві в інтересах державної безпеки чи громадського порядку або для захисту прав і свобод інших, як це передбачається ст. 8 Міжнародного пакту про економічні, соціальні та культурні права [4]. Значну увагу цим правам присвячено також у Конвенції Міжнародної Організації Праці про свободу асоціацій та захист права на організацію від 09.07.1948 р.

Оскільки держава надає (делегує) профспілкам таку свою важливу функцію[1], як здійснення контролю за дотриманням роботодавцем законодавства про працю [5, с. 128], то закономірно, що і створення та діяльність профспілок законодавець регламентує детальніше, ніж функціонування будь-яких інших громадських організацій. Так, Закон України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» встановлює, що держава визнає профспілки повноважними представниками працівників і захисниками їх трудових, соціально-економічних прав та інтересів, а також співпрацює з профспілками в їх реалізації, сприяє у встановленні ділових партнерських взаємовідносин з роботодавцями й їх об'єднаннями. Суттєвого значення тут набуває формулювання «здійснення представництва та захисту», яке зобов'язує профспілки, як і політичні партії, підтримувати ділові відносини з державою й її органами.

Профспілки, їх об'єднання у своїй діяльності незалежні від органів державної влади й органів місцевого самоврядування, роботодавців, інших громадських організацій, політичних партій, їм не підзвітні та не підконтрольні. Вони самостійно організовують свою діяльність, проводять збори, з'їзди, засідання утворених ними органів, інші заходи, що не суперечать законодавству. Забороняється втручання органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб, роботодавців, їх об'єднань у статутну діяльність профспілок, їх організацій та об'єднань.

Що стосується форм взаємодії органів державної влади та професійних спілок, коли її ініціюють останні, то слід розрізняти

[1]Цю регулятивну функцію профспілки здебільшого здійснюють у формі громадського контролю.

представництво та захист трудових і соціально-економічних прав та інтересів членів профспілок в органах державної влади, участь у нормотворчості, громадський контроль (за виплатою заробітної плати, дотриманням законодавства про працю й охорону праці, створенням безпечних і нешкідливих умов праці, належних виробничих і санітарно-побутових умов).

Закріпивши положення про незалежність профспілок і заборону втручання у їх діяльність, законодавець детально регламентує особливості їх правового регулювання, засади створення, статус профспілок. На нашу думку, це правильно, оскільки профспілки виконують делеговані їм функції держави, то держава повинна детально визначати таку діяльність. Звичайно, щодо профспілок у цьому випадку повинен діяти дозвільний принцип для врегулювання відносин у публічній сфері, тобто «дозволено лише те, що прямо передбачено законом», проте тільки стосовно діяльності з представництва та захисту трудових і соціально-економічних прав та інтересів членів профспілки. Цілковитий протекціонізм держави у функціонуванні профспілок все ж не доцільний. Так, держава не повинна врегульовувати відносини з іншими громадськими організаціями, виконання певних суспільних функцій чи завдань тощо.

Проведений аналіз взаємовідносин держави з даного виду громадськими організаціями свідчить, що детальне правове регулювання діяльності останніх порівняно з іншими громадськими організаціями допускається, зважаючи на функції, які вони виконують. Це зумовлюється необхідністю максимального залучення їх потенціалу до державотворчих і стабілізаційних процесів, які відбуваються в Україні.

Безумовно, громадські організації, які здійснюють будь-яку діяльність в економічній сфері (а це, серед інших, і профспілки), більше, ніж будь-які інші громадські утворення, потребують державного захисту, регламентації. Держава не може не мати прямого впливу на економічну діяльність. Усі ті дії, яких вимагає здоровий розум та справедливість, усі вони становлять не тільки право, а й прямий обов'язок держави [5, с. 145–147]. Максимальне ж витіснення держави із сфери регулювання економічних відносин можливе лише в умовах громадянського суспільства з його розвинутими інститутами та механізмами саморегуляції, цивілізованим ринком. Сьогодні в Україні суспільство перебуває на шляху переходу у таку якість, тому саморегулювання цих процесів і відносин може призвести до не менш негативних наслідків, ніж за надмірної державної інтервенції у сфері, що розглядається. Отже, важливе значення на сучасному етапі має підтримання балансу у поєднанні саморегулюючих процесів з активним державним регулюванням.

Література

1. *Цвих В. Ф.* Профспілки і громадянське суспільство: особливості парадигми відносин: Автореф. дис. ... д-ра політ. наук. – К., 2004. – 36 с.

2. *Гражданское* общество: мировой опыт и проблемы России. – М., 1998. – 311 с.

3. *Громадські* об'єднання в Україні / За ред. В. М. Безчастного. – К., 2007. – 415 с.

4. *Міжнародний* пакт про економічні, соціальні та культурні права // Конституція України: коментар законодавства України про права та свободи людини і громадянина. – К., 2003. – 384 с.

5. *Межі* державної влади / О. І. Верник, П. В. Куфтирєв, А. Д. Машков та ін.; За ред. В. П. Самохвалова. – К., 2001. – 216 с.

It is shown the question of role and meaning of labour union organizations in society developing and the legal base of its functioning is analysed, also the legal content of its relations between state and powerful structions is established in this article.

В статье рассматривается вопрос о роли и значении профсоюзных организаций в развитии гражданского общества, анализируется правовая база их функционирования, определяется правовое содержание их взаимоотношений с государством и властными структурами.

ЕВОЛЮЦІЯ ЗАКОНОДАВЧОГО ПРОЦЕСУ: зарубіжний досвід

Юлія Перерва,
викладач кафедри конституційного і міжнародного права
Навчально-наукового інституту права, економіки та соціології
Харківського національного університету внутрішніх справ

Здійснено аналіз еволюції розвитку законодавчого процесу, що дало змогу оцінити динамізм і перспективи цього політико-правового явища. Встановлено, що в державно-правовому аспекті найбільш ефективним та ілюстративним є виділення основних стадій цього процесу за характером юридично значущих ознак, що запроваджувалися. Виокремлено чотири етапи еволюції законодавчого процесу, що різняться між собою за змістом та історичними рамками.

Ключові слова: законодавчий процес, стадії законодавчого процесу, закон, еволюція, розгляд законопроекту, обговорення законопроекту, читання законопроекту, прийняття закону.

Незважаючи на своєрідність історії окремих народів, держав і систем права, в їх розвитку багато спільних ознак та закономірностей. Конкретні факти про видання законів у тій або іншій країні можуть бути дуже важливими для наукового пізнання, оскільки в них можна прослідкувати властивості певної історичної системності, вони допомагають зрозуміти процеси законотворчого розвитку протягом століть. Щоб пізнати ці об'єктивні закономірності необхідно, використовуючи порівняльно-історичний метод, виявити загальне й особливе в розвитку законодавчого процесу в різних державах. Лише тоді еволюція законодавчого процесу постане перед нами не як нескінченний калейдоскоп дат і подій, а як закономірна зміна процедур видання законів, властивих усім народам, які перебувають на певній стадії розвитку.

Метою цієї статті є аналіз становлення та розвитку законодавчого процесу в світі. Новизною статті є виділення чотирьох самостійних етапів еволюції законодавчого процесу на підставі юридично значущих ознак, що запроваджувалися.

Відомо, що першою сходинкою в розвитку класового суспільства та початковою фазою становлення права був Стародавній світ. Перші пам'ятки законотворення, про які йдеться в історичних першоджерелах, належать державам Стародавнього Сходу. Серед найвидатніших пам'яток законотворчості можна назвати месопотамські закони Ур Наму (XXI ст. до н. е.) та царя Хаммурапі (XVIII ст. до н. е.), китайську Книгу законів – Фацзін (IV ст. до н. е.) та ін.

Хоча поняття «закон» і виникло на такому ранньому етапі розвитку суспільства, проте говорити про зародження законодавчого процесу в цей час ще зарано, оскільки державам східної деспотії не було притаманне прагнення поставити волю правителя у певні процедурні рамки. Принаймні, сучасна історична наука не має підтверджень того, що в державах Стародавнього Сходу творення закону здійснювалося за певними процедурними нормами.

Історичною прабатьківщиною законодавчого процесу стали інші країни Стародавнього світу – античні держави. До них можна віднести Спарту, Афіни, а також Стародавній Рим, який посідав найвищий щабель у розвитку античного політичного устрою. Принаймні, до нашого часу дійшло чимало свідчень того, в якому порядку, за якими правилами розроблялися та приймалися закони в античних державах-полісах, а також республіканському та імператорському Римі. Так, у римлян, як і в інших народів, найдавнішим джерелом права був звичай, який пізніше санкціонувався державою. Запис і публікація законів були проведені з ініціативи плебеїв, які цього наполегливо вимагали, оскільки існуючі звичаї та закони довільно тлумачилися суддями-патриціями, які використовували неписане право винятково у власних інтересах. Першим писаним законом, що дійшов до наших днів, був кодекс, відомий нам як Закони XII таблиць. Римський переказ досить повно характеризує історію його створення. У 451 р. до н. е. було обрано комісію з 10 осіб для написання законів і здійснення на цей період державної влади. Протягом одного року децемвіри склали десять таблиць, які Народні збори (найвищий орган влади) затвердили як закони. Однак через те, що в законах були виявлені певні прогалини, на наступний рік для доопрацювання законів обрали нових децемвірів, які написали ще дві таблиці, що теж були затверджені Народними зборами [1, с. 61].

Аналіз роботи Народних зборів свідчить, що в Стародавньому Римі зародилася про-

© Ю. Перерва, 2009

цедура прийняття законів, тобто законодавчий процес. Правом законодавчої ініціативи володіли лише магістрати (службові особи), які повинні були вивішувати проект закону на форумі за три тижні до Народних зборів. Починалися Народні збори на світанку та повинні були закінчитися до заходу сонця. Спочатку виконувалися різні релігійні обряди, потім оголошувалися питання та пропозиції стосовно їх розв'язання. Так, представник магістрату зачитував громадянам, які зібралися, проект закону. За необхідності відбувалося обговорення. Якщо не виникало такої потреби або були відсутні промовці, проводили голосування. В ранній період республіки воно було відкритим, а з II ст. до н. е. введено таємне голосування. Тим, хто голосував за закони, ви-давали дві таблички. На одній була написана буква «U» – uti rogas – «як пропонуєш», на іншій – буква «A» – anti-guo – «як було попередньо». В урну кидали одну з табличок.

Прийнятий зборами закон затверджував сенат, після чого закон набирав чинності. Після видання в III ст. до н. е. закону Менія, законодавча процедура зазнала демократичних змін, у зв'язку з чим сенат позбавили права затверджувати рішення зборів. З цього можна зробити висновок, що виникнення законодавчого процесу пов'язане з появою в процесі формування державної волі, по-перше, окремих, логічно завершених етапів (стадій), які повинен був пройти кожний законопроект, по-друге, спеціально уповноважених суб'єктів, які на тому чи іншому етапі проходження законопроекту виконували чітко визначені, властиві лише їм функції. Виразно виділяються такі стадії законодавчого процесу, як законодав-ча ініціатива, розгляд, прийняття та затвердження закону. І хоча процедура прийняття законів не була досконалою, ми можемо впевнено стверджувати, що загальні її ознаки притаманні сучасному законодавчому процесу.

В усіх країнах сучасного світу, у тому числі в Україні, законодавчий процес має такі основні стадії, як законодавча ініціатива, розгляд, прийняття та затвердження закону, започатковані ще в Стародавньому Римі. Вітчизняна політико-правова практика цілком сприйняла принциповий підхід давньоримських юристів до творення закону як особливого виду юридичної процесуальної діяльності, що має здійснюватися виключно уповноваженими суб'єктами.

Просунувшись так далеко в процесі прийняття законів, стародавні цивілізації, на жаль, не змогли зберегти цього надбання. Їх руйнація та наступне становлення ранньофеодальної державності, а згодом і феодальна роздробленість не внесли нічого прогресивного в практику законодавчого процесу. Навпаки, призвели до того, що його еволюція була істотно загальмована (принаймні в Європі) на декілька століть.

Певне відродження юридичних процедур і законодавчого процесу відбулося в середні віки. На другому етапі розвитку феодальної державності оформилися специфічні станово-представницькі установи, яким була властива законодавча функція й які відіграли значну роль у становленні сучасного законодавчого процесу. Класичними зразками таких установ були Генеральні штати у Франції, рейхстаг у Німеччині, Вальний Сойм у Польщі тощо.

Однак найбільший внесок до скарбниці світової політико-правової теорії та практики, у тому числі в аспекті законодавчого процесу, зробив станово-представницький парламент ***Англії.*** Вперше скликаний у 1265 р., він пере-творюється з 1295 р. (коли працював так званий зразковий парламент) на постійний законодавчий орган країни. Основною правовою формою парламентської діяльності були петиції, які містили скарги на всілякі порушення, а також прохання про надання місцевих, спеціальних або індивідуальних привілеїв, не передбачених загальним правом [2, с. 18]. У період з 1413 до 1461 р. в Англії з'явилися перші закони – біллі, які вносилися до парламенту у формі завершених, готових проектів; вівся облік прийнятих законів.

У цей час правила процедури ще не були розвинуті, не склалися форми проведення засідань, висування законодавчих пропозицій, внесення поправок, правила дебатів. Проте вже тоді існували форми взаємодії палат у законодавчій сфері. Так, із різних питань, порушених у виступах короля, він міг одразу отримати відповідь від спікера, або лорди та громади збиралися на спільну конференцію, щоб разом відповісти королю. Дебати в обох палатах проходили вільно, і втручання корони в дебати палати громад практично невідомі.

Що стосується технічних деталей процедури, то у зв'язку з процесом проходження та прийняття біллів установилася практика трьох читань. Це зумовлено суто прозаїчною причиною – тексти були записані на пергаменті, а оскільки пергамент був дуже дорогий, то це ускладнювало внесення виправлень у тексти законів. Перше читання зводилося до представлення білля спікером, після чого він запрошував членів палати громад виступити по суті, але даремно часу не витрачати. На другому читанні білль або доповнювався, передавався на розгляд, або відхилявся. Після внесення поправок у законопроект на-ставав етап третього читання – білль з виправленнями приймався або відхилявся більшістю голосів. Якщо білль

приймався, його скріплювали формулою «Soit baille'aux Seigneurs» («Так ухвалили сеньйори»). Якщо білль відхилявся, то палата вже не розглядала цей законопроект. Після занесення тексту на пергамент виправлення більше не приймалися [2, с. 22].

Практика трьох читань ніколи не була жорстко закріплена. Особливо складні біллі або біллі, зміст яких викликав багато зауважень, могли обговорюватися більше трьох разів. В інших випадках білль міг бути прийнятий або відхилений після першого або другого читання. Стала практика трьох читань була скоріше звичаєм, аніж якоюсь універсальною формою розгляду біллів.

Зважаючи на викладене, можна зробити висновок, що на початок XVI ст., ще до появи перших протоколів, основи парламентських процедур вже існували та були закріплені практикою, що дало можливість для їх подальшого стрімкого розвитку. Так, з'явилися перші закони – біллі, які вносилися до парламенту у формі закінчених, готових проектів; вівся облік прийнятих законів; нижня палата (палата громад) подавала біллі, займалася законопроектною роботою; сформувалися правила розгляду законопроекту в трьох читаннях. Обриси, яких набув законодавчий процес у цей період, стали базою для подальшого його розвитку.

Наступні здобутки в парламентській процедурі прийняття законів належать до Новітнього часу. Так, у конституційній історії Англії XVII ст. відоме як період поступового переходу до нової форми правління – дуалістичної монархії. Парламентські звіти того часу містили багато рішень, метою яких було встановлення порядку обговорень у палатах. У результаті цих рішень частина парламентських звичаїв стала все менше регулюватися усною традицією та все більше правом, зафіксованим у звітах. У той самий час палати почали створювати нові процедури, застосовуючи їх на практиці. Так, у першій половині XVII ст. виникла нова форма роботи палати громад – комітет усієї палати, що обговорював найважливі-ші законопроекти та політичні питання. Форма комітету всієї палати завдяки менш твердим правилам ведення дебатів дозволяла провести всебічне обговорення законопроектів або інших питань. Крім того, комітет усієї палати, а також комітет із привілеїв, що розглядав результати спірних виборів, були оплотом палати та сприяли її захисту від впливу корони й уряду [2, с. 33].

У 1832 р., разом із реформою «гнилих містечок», закінчилася трансформація англійського парламенту з інституту, що зберіг деякі середньовічні ознаки (зокрема, станово-пред-ставницькі елементи), на сучасний законодавчий і представницький орган, який існує й понині. Однак завершальною віхою у формуванні парламентських процедур став Акт про парламент 1911 р., який встановлював:

- будь-який білль, котрий спікер палати громад вважатиме «фінансовим», іде на підпис королю, минаючи палату лордів;
- будь-який інший білль, якщо він відхилений палатою лордів, повертається до палати громад для нового голосування.

Якщо білль підтверджується палатою громад і знову відхиляється палатою лордів, то він ставиться на третє й останнє голосування. Білль, прийнятий громадами утретє протягом двох років, надсилається на підпис королю, минаючи палату лордів [1, с. 84; 3, с. 384].

Досвід, отриманий Англією на шляху становлення та розвитку законодавчого органу, а також процедур, які в ньому відбувалися, був запозичений іншими державами. Він також справив вплив на основи державної влади ***США.*** Після переможного завершення Війни за незалежність Сполучені Штати розпочали свій шлях до створення власного федерального державного апарату. За Конституцією 1787 р. законодавчі функції були відведені Конгресу федерації, що складався з двох самостійних палат – Палати представників і Сенату.

Попередній розгляд законопроектів здійснювався парламентськими комітетами, яких було кілька десятків у кожній палаті. Комітетська система зумовила значні зміни в роботі конгресу: гласність змінилася суворою секретністю, стало правилом проводити консультації з тими, хто був прямо заінтересований у прийнятті законопроекту. Лише у 1973 р. Палата представників, а у 1975 р. Сенат ухвалили, що засідання комітетів мають проводитися гласно. Закриті засідання допускаються лише як виняток і тривають не більше двох тижнів.

На початку XIX ст. спеціальні комітети, що створювалися для вивчення конкретних біллів і розпускалися після їх розгляду, явно переважали над комітетами постійними. Так, у Сенаті до 1816 р. взагалі не було постійних комітетів, а в Палаті представників у 1800 р. їх було утворено всього 6 (тільки в Конгресі III скликання (1793–1795 рр.) діяло до 350 спеціальних комітетів). Основною зброєю обговорення та прийняття рішень у Конгресі був комітет усієї палати – орган, що складався фактично з усіх членів палати, який засідав за правилами спрощеної процедури [4, с. 33].

У 1889 р. були значно розширені повноваження спікера Палати представників. Він мав змогу справляти часто вирішальний вплив на хід законодавчого процесу в Конгресі. Одночасно відбулося обмеження такого

важливого інституту парламентської демократії, як вільна дискусія в Конгресі [1, с. 221].

Слід зазначити, що загальні принципи, закріплені в Конституції 1787 р. стосовно діяльності Конгресу й обох його палат, зберігають силу донині. Разом із тим характер їх діяльності зазнав істотних змін.

Дещо відмінним від американського шляхом відбувався розвиток законодавчого процесу у ***Франції.*** Велика Французька революція 1789 р. відіграла особливу роль у процесі утвердження конституційного порядку та нових демократичних принципів організації державної влади. У ході революції бунтівні депутати, розглядаючи себе як представників усієї нації, організувалися спочатку в Національні (17 червня 1789 р.), а потім (9 липня 1789 р.) в Установчі збори. Найважливішим підсумком діяльності цих зборів і першого етапу революції стала Конституція, текст якої був складений на основі численних законодавчих актів, що мали конституційний характер і були прийняті у 1789–1791 рр. [5, с. 57].

Законодавча влада відповідно до Конституції 1791 р. здійснювалася однопалатними Національними законодавчими зборами. Вона доручала виключно законодавчому корпусу законодавчу ініціативу та встановлення законів. Король міг лише запрошувати законодавчий корпус розглянути те чи інше питання. Не оминула вона й питання процедури, встановивши, що засідання законодавчого корпусу мають бути публічними, під час їх проведення повинні вестися протоколи, які друкуються для загального ознайомлення. Законодавчий акт міг бути обговорений і виданий лише в такому порядку [5, с. 58]:

- читання проекту постанови здійснювалося тричі, через проміжки часу, кожен з яких не міг бути коротше 8 днів;
- після кожного читання відкривалися дебати;
- кожна постанова виносилася абсолютною більшістю голосів;
- законопроект, відкинутий після третього читання, не міг бути знову внесений у ту ж сесію.

Король здійснював санкціонування законів (для цього йому надавався двомісячний строк) і мав право накласти вето на законопроект. Вето мало лише зупиняюче значення й якщо дві наступні легіслатури послідовно подавали той самий закон у тих самих поняттях, то вважалося, що король дав своє утвердження.

Наступною віхою в розвитку законодавчого органу та законодавчого процесу у Франції стала Конституція 1795 р. Уперше в історії французького конституціоналізму законодавчий корпус був створений не на однопалатній, а на двопалатній основі. Право законодавчої ініціативи надавалося тільки нижній палаті – Раді п'ятисот, але її рішення ставало законом лише після схвалення верхньої палати – Ради старійшин.

Державний переворот 9 листопада 1799 р. призвів до усунення конституційних органів, і у грудні 1799 р. була прийнята нова Конституція. Для ослаблення можливої опозиції з боку законодавчої влади вона встановлювала своєрідне розщеплення законодавчого процесу, що здійснювався кількома суб'єктами. Так, уряд складав і пропонував законопроекти, що потім надходили до Трибунату. Законопроекти, які пропонував уряд, мали бути викладені в статтях. За урядом залишалася можливість повернути законопроект назад або подати його знову у змінено-му вигляді. Трибунат обговорював законопроекти, відхиляв їх або приймав шляхом голосування. Після обговорення проект закону вносився Трибунатом до Законодавчого Корпусу. Троє ораторів від Трибунату направлялися в супровід законопроекту з метою обстоювання та захисту перед Законодавчим Корпусом основ висунутих ними пропозицій, передбачених законопроектом. Законодавчий Корпус приймав або відхиляв законопроект шляхом таємного голосування без обговорення, оскільки вважалося достатнім, що законопроект і так вже був двічі обговорений ораторами Трибунату й уряду.

Існував також орган конституційного контролю – Охоронний сенат, до компетенції якого входило схвалення або скасування як неконституційного затвердженого закону, який направлявся до нього першим консулом. Нарешті, закон знову повертався до першого консула, який підписував та оприлюднював його на десятий день після прийняття. Таким чином, нові закони могли бути оприлюднені лише після того, як законопроект був запропонований урядом, повідомлений Трибунатом і директований Законодавчим Корпусом. Уся ця складна процедура фактично породжувала політичне безсилля законодавчих органів, їх велику залежність від першого консула.

Заслуговує на увагу спроба Третьої республіки об'єднати накопичений досвід із законотворення. У результаті сформувався зако-нодавчий процес, який нагадує сучасний. Так, правом законодавчої ініціативи наділялися кілька суб'єктів, які належали до різних гілок влади: президент і члени обох палат – палати депутатів і сенату. Обидві палати мали право вироблення законів. Проте фінансові закони в першу чергу подавалися до палати депутатів і ухвалювалися нею. Засідання палат проходили одночасно, але кожна з них працювала самостійно. На загальні збори вони скликалися лише у разі обрання прези-

дента або перегляду Конституції. Президент оголошував закон, ухвалений обома палатами. Протягом місячного строку, який встановлювався для оголошення закону, президент міг звернутися до обох палат з мотивованим посланням про нове обговорення, в якому йому не можна було відмовити.

Після Першої світової війни, а також у міжвоєнний період законодавчий процес у країнах Західної Європи та Північної Америки зазнав істотних змін, які були зумовлені загальним процесом демократизації тогочасного державного ладу. Проте на підставі здійсненого порівняльно-історичного дослідження можна зробити висновок, що основні елементи сучасного законодавчого процесу були сформовані ще наприкінці XIX ст. і стали результатом багатовікової еволюції порядку роботи представницьких установ.

Проведений аналіз дозволяє зробити **висновок,** що законодавчий процес пройшов складну еволюцію. За змістом, тобто за характером юридично значущих ознак, що запроваджувалися, еволюція законодавчого процесу складається з чотирьох етапів:

стародавній (античний) – формування окремих, логічно завершених стадій та спеціально уповноважених суб'єктів законодавчого процесу;

середньовічний – формування станово-представницьких установ з чітко вираженою законодавчою функцією, накопичення практики парламентських процедур;

буржуазно-демократичний (Нового часу) – остаточне оформлення законодавчого процесу як різновиду парламентських процедур і його конституційно-правове оформлення, становлення комітетсько-комісійної системи в парламенті;

новітній (сучасний) – становлення світових стандартів законодавчого процесу, його глобалізація та запровадження досягнень НТР.

Література

1. *Страхов М. М.* Історія держави і права зарубіжних країн. – Х., 1999. – 416 с.

2. *Левина М. И.* Парламентское право Великобритании XVII – начала XIX вв. – М., 2000. – 169 с.

3. *Хрестоматія* з історії держави і права зарубіжних країн: У 2 т. – К., 1998. – Т. 2. – 608 с.

4. *Бельсон Я. М., Ливанцев К. Е.* История государства и права США. – Л., 1982. – 167 с.

5. *История* государства и права зарубежных стран: Ч. 2 / Под ред. Н. А. Крашенниковой, О. А. Жидкова. – М., 1999. – 712 с.

The analysis of evolution of development of legislative process is carried out, that gave possibility to estimate dynamism and prospects of this political legal phenomenon. It is set that in a state legal aspect most effective and illustrative there is the selection of basic stages of this process in grain legally meaningful signs which were inculcated. Four stages of evolution of legislative process are selected, which differ between itself on maintenance and history periods.

Осуществлен анализ эволюции развития законодательного процесса, что дало возможность оценить динамизм и перспективы этого политического правового явления. Установлено, что в государственном правовом аспекте наиболее эффективным и иллюстративным является выделение основных стадий этого процесса по характеру юридически значимых признаков, которые внедрялись. Выделено четыре этапа эволюции законодательного процесса, которые отличаются между собой по содержанию и историческими рамками.

ПРО НАУКОВО-ТЕОРЕТИЧНІ ПРОБЛЕМИ ЯКОСТІ ЗАКОНУ ЯК ОСНОВИ ЙОГО ЕФЕКТИВНОСТІ

Альона Стащенко,
здобувачка кафедри загальноюридичних та кримінально-правових дисциплін Київського університету туризму, економіки і права

У статті розглянуті концептуальні теоретичні засади визначення якості закону як основи його ефективності.

Ключові слова: якість закону, ефективність, форми реалізації, механізм дії, правові норми.

Розбудова незалежності української держави та державотворчі процеси, що відбуваються, вимагають необхідності з'ясувати поняття «якість законів», а також питання про основні шляхи та засоби їх поліпшення.

Поняття «якість закону» складається із обумовлених завдань всебічного вдосконалення демократичних процесів, що знаходять свій вияв в основних вимогах як до змісту законодавства, так і його форми.

Аналіз сутності категорій закону, розуміння взаємозв'язку процесів і явищ соціальної дійсності – кістяк будь-якої науки у суспільстві. Ідеї закону та закономірності стали невід'ємним атрибутом юридичної науки, у тому числі окремих її галузей, усвідомлення їх не лише як сукупність певних знань про юридичну дійсність, а систему уявлень і поглядів про суттєві, сталі, загальні зв'язки у досліджуваній ними юридичній дійсності.

Питання, пов'язані з дослідженням якості закону як основи його ефективності неодноразово привертали увагу науковців. У своїх працях до них зверталися російські вчені М. Байтін, А. Венгеров, В. Горшеньов, Д. Керімов, В. Кудрявцев, В. Лазарєв, В. Лапаєва, Г. Мальцев, В. Нікітинський, А. Пашков, І. Самощенко, Ф. Фаткуллін, Р. Халфіна, Л. Явич та ін. Серед сучасних вітчизняних учених, публікації яких пов'язані з дослідженням якості закону як основи його ефективності, можна назвати таких, як Т. Андрусяк, С. Бобровник, В. Головченко, О. Зайчук, М. Козюбра, Н. Оніщенко, П. Рабінович, В. Селіванов, В. Сіренко, О. Скакун, Ю. Шемшученко та ін. Разом із тим, на нашу думку, деякі аспекти досліджуваної проблематики залишаються дискусійними або ж взагалі невирішеними.

Метою цієї статті є розгляд та аналіз концептуальних теоретичних засад визначення якості закону як основи його ефективності, виокремлення характерних ознак етапів його розвитку.

На сучасному етапі розвитку суспільних відносин учені-юристи отримали можливість всебічного аналізу як позитивних, так і негативних сторін життєдіяльності суспільства, держави та права. Реформи політичної системи, курс на побудову правової держави, з одного боку, дозволяють використовувати досягнення юридичної науки у законотворчому процесі, розробленні стратегії та тактики законотворчості, при підготовці проектів конкретних законів, а з іншого – спонукають дослідників до більш глибокого аналізу нагальних питань теорії законодавства, верховенства права, їх теоретико-методологічних проблем.

У юридичній науці панує думка про те, що система законодавства в цілому, як і окремі нормативно-правові акти, повинна спиратися на соціальні закономірності. Від того, наскільки цю ідею можна буде реалізувати на практиці, залежить ефективність законодавства, авторитет і верховенство закону, якість правової системи взагалі. Так, Ю. Тихомиров, аналізуючи шляхи підвищення верховенства права, дійшов висновку, що високий авторитет закону, зростання його ролі в суспільних відносинах, як правило, визначається тим, наскільки у законі знаходять своє відображення закономірності суспільного розвитку [1, с. 170].

С. Овчинніков вважає, що у загальному вигляді взаємозв'язок соціальних законів і законів у юридичному змісті слова полягає в тому, що юридичні нормативні акти повинні відображати об'єктивні соціальні закономірності [2, с. 12]. На думку А. Хачатуряна, щоб цілеспрямовано впливати на економічну, політичну та соціально-культурну сфери життя правові норми повинні адекватно відображати процеси, що відбуваються у суспільстві. Законодавець для цього повинен постійно виявляти, вивчати та враховувати закономірності, що лежать в основі таких процесів [3, с. 4]. Про необхідність урахування соціальних закономірностей у чинному законодавстві зазначає і С. Дробязко [4, с. 5–11].

© А. Стащенко, 2009

М. Баймаханов зазначає, що належна якість закону залежить від вирішення такої проблеми, як відображення у правових актах об'єктивних закономірностей суспільного розвитку. І вирішення її він вбачає в поглибленні уявлень про співвідношення об'єктивних закономірностей і юридичних законів, у механізмі зворотного впливу юридичних законів на об'єктивні закономірності [5, с. 117].

Питанням відповідності норм права об'єктивним закономірностям регульованих відносин велику увагу приділяє Р. Халфіна. На її думку, гостро стоїть питання про відповідність права об'єктивним законам економічного розвитку, тобто особливе значення має своєчасне та вдале застосування засобів правового регулювання для оптимального використання позитивних процесів і можливого обмеження негативних [6, с. 20].

Разом із тим проблема співвідношення об'єктивих соціальних законів і законів юридичних не така проста, як може здатися на перший погляд. Не можна однозначно стверджувати, що юридичний закон завжди й у всьому спирається на об'єктивний соціальний закон. Справа в тому, що між об'єктивним соціальним законом і законом в юридичному змісті слова, нарівні з загальними для них ознаками, є й такі, які не збігаються чи мають поверхневий збіг, що робить їх різними по суті.

На нашу думку, закон буде якісним, а норма права – соціально ефективною, якщо, відповідаючи об'єктивним вимогам прогресивного розвитку суспільства, це передбачає оптимальний варіант поведінки, яка вимагається для науково обґрунтованої цілі, та реально забезпечує настання фактичного результату, що відповідає цій цілі.

Ступінь відповідності об'єктивним закономірностям, наближення до оптимальної в даних умовах поведінки, фактичного результату до цілі характеризує якість будь-якої норми права. Крім того, вірогідно, кожний вид юридичних норм має і деякі інші, додаткові показники їх соціальної ефективності. Виявлення цих спеціальних показників є завданням спеціалістів в окремих галузях права.

У широкому розумінні під якістю закону слід розуміти його здатність правильно відтворювати у правових нормах специфіку регульованих ним суспільних відносин і безпосередньо регулювати відносини, запобігаючи негативним (тобто незаконним) соціальним діям учасників правовідносин. Якісний закон – це закон, за допомогою якого можливе досягнення поставлених перед ним цілей. Слід зазначити, що є два аспекти категорії «якість закону» – соціальний та юридичний.

Зупиняючись на юридичних критеріях якості закону й ефективності законодавства, необхідно зафіксувати відмінності між ними. Якість закону – це відлагоджена система норм, впровадження та реалізація яких дає змогу ефективно регулювати відносини у соціальних системах. Закон – це ще не регулювання відносин, це тільки можливість, яка набуває сили, перетворюється на дійсність на наступному етапі – правозастосуванні, правореалізації. В законі словами та вираженими ними поняттями (формулами диспозиції, гіпотези, санкції) визначається, що робити, чого не робити, що правильно чи неправильно.

Юридичний закон як акт вищого органу законодавчої влади в країні регулює та відображає не тільки важливі і суттєві суспільні відносини. Законодавець покликаний регулювати все коло суспільних відносин, що входять до його компетенції. У стратегічному плані немає необхідності кардинальним чином змінювати зміст конституційного будівництва, відповідно до якого вищий орган законодавчої влади не може бути попередньо пов'язаний колом об'єктів законодавчої регламентації, оскільки це обмежувало б законодавця у виборі актуальних проблем суспільного розвитку, що вимагають свого рішення [1, с. 167].

Серед основних ознак об'єктивного соціального закону важливе значення має така його якість, як всезагальність. Закон є загальним зв'язком; він охоплює порівняно більшу групу якісно однорідних явищ. Всезагальність характеризує закон з точки зору кількості явищ, що підпадають під дію закону, і його просторової далекодії [7, с. 32; 8, с. 39].

Ознака всезагальності об'єктивного соціального закону означає, що всі явища, які підпадають під його дію, не можуть не підкорятися його вимозі [7, с. 38]. Інший характер ознаки всезагальності у юридичному законі. Він відрізняється від всезагальності соціального закону щонайменше за двома ознаками. *По-перше,* юридичний закон порушується. З цього приводу Н. Коркунов зазначав, що норми права можуть бути порушені, а порушити закон неможливо [9, с. 48]. *По-друге,* у юридичному законі за волею законодавця можуть бути передбачені винятки будь-якого характеру: за часом і місцем його дії, колом фізичних і юридичних осіб тощо. Винятки такого роду у соціальному законі відсутні.

Якщо закони суспільства носять статистичний (вірогідний) характер, то юридичний закон такої якості не має. У юридичному законі допускаються лише ті якості, що в ньому передбачені. Що стосується зближення юридичного закону із законом соціальним, то було б корисним з'ясувати, яким чином вірогідний характер соціального закону пов'язаний (і чи пов'язаний взагалі) із конструкцією винятків, які використовуються у

законотворчості. Але це самостійна проблема теорії законодавства. Не вдаючись до її обговорення, можна висловити припущення про те, що між випадковостями, на які багата природа соціального закону, і винятками у юридичному законі немає прямого причинно-наслідкового зв'язку. Випадковості не піддаються прогнозу, а тому не можуть бути передбачені у юридичному законі. Лише такі оцінюючі поняття, як «з урахуванням обставин», «з урахуванням особи», можуть розцінюватися як спосіб законотворчості, який використовується для пристосування юридичного закону до вірогідної природи соціального закону.

Об'єктивний соціальний закон і закон юридичний – дві самостійні системи. Відмінність систем, як зазначає А. Авер'янов, полягає в тому, що вони різняться за якістю та швидкістю обміну з оточуючим середовищем, формою внутрішнього руху систем, рівнем і типом їх організації, структурою, часом застосування [10, с. 109].

Найбільш важливим аспектом у визначенні якості закону, на нашу думку, є вимоги до змісту законодавства. Це, перш за все, полягає у необхідній відповідності змісту кожного окремого нормативно-правового акта та законодавства в цілому об'єктивним закономірностям соціально-економічного і політичного розвитку суспільства, вимогам прискорення такого розвитку. Важливими самостійними показниками якості законодавства є оперативність, своєчасність прийняття, зміни та доповнення, скасування нормативних актів. Звичайно, оперативність не повинна без необхідності знижувати рівень стабільності законодавства, але й вимоги стабільності не повинні ускладнювати своєчасне вдосконалення законодавства. Так, синтетичним показником якості законодавства є ступінь його ефективності. Цей показник залежить від інших вимог щодо змісту та форми законодавства, а також від того, якою мірою чинні нормативно-правові приписи забезпечені механізмом втілення їх в життя. У свою чергу, можна виділити засоби, якими забезпечується приведення в дію цього механізму:

- засоби, що передбачаються самим законодавством;
- засоби правового забезпечення діяльності держави, всіх її органів і посадових осіб.

На ефективність законодавства великий вплив справляє рівень політичної та правової культури суспільства, ступінь свідомості та готовності всіх посадових осіб і громадян до реалізації правових норм. Це також значною мірою залежить від якості правового забезпечення механізму, у тому числі правового виховання. Ступінь ефективності є важливим показником стану будь-якої законодавчої системи.

Слід зазначити, що термін «якість закону» має досить специфічний характер. Оцінка ефективності окремої правової норми, одного конкретного закону, всієї галузі законодавства має як багато спільного, так і свої відмінності. На перший погляд здається, що не виникає проблем у процесі оцінки ефективності окремо взятої правової норми. Проте дослідники помітили, що мета, яка ставилася під час прийняття конкретної правової норми, досягається лише в поодиноких випадках у результаті дії лише цієї правової норми. Як правило, позитивні результати забезпечує застосування кількох правових норм, інколи систем норм, а часом і неправових чинників. Існує думка, що дію окремої правової норми (результат її впливу) взагалі не можна виокремити із сукупності дії правових і неправових факторів.

Оцінюючи ефективність закону чи іншого нормативно-правового акта, слід мати на увазі, що його переваги та недоліки визначаються сукупністю об'єднаних у ньому правових норм. При цьому малоефективний сам собою закон може мати окремі досить ефективні правові норми.

На нашу думку, помилка багатьох законодавців полягає в тому, що вони зосереджують зусилля на проміжних етапах дії соціальних законів, розраховуючи на те, що жорстке регулювання діяльності людини, дозвіл і заборона (важливих, але все ж не початкових форм діяльності) дозволять досягти належної дії соціальних законів.

Юридичний закон, що є відображенням соціального закону, ніколи не може з'явитися раніше соціального закону, оскільки не можна відкрити (і відповідно регулювати) неіснуючі закономірності. У юридичній науці існує положення про те, що юридичні закони впливають на суспільні відносини. Звичайно, цю роль виконують не всі юридичні закони, а лише ті, які сприяють розгортанню вже існуючих соціальних законів життєдіяльності людей. І чим краще це вдасться законодавцю, тим вищим буде престиж і верховенство права. У цьому сенсі верховенство закону безпосередньо визначається тим, наскільки повно у ньому відображаються та захищаються вимоги соціальних законів. Звідси випливає, що вимоги об'єктивних соціальних законів повинні стати вимогами законів юридичних.

Не важко помітити, що об'єктивну оцінку ефективності закону можна дати лише протягом певного історичного розвитку. Це положення набуває ще більшого значення щодо оцінки ефективності права, під якою розуміють дію не однієї конкретної норми, а всієї правової системи, сукупності різних законів. У такому випадку ефективність дії

конкретного закону залежатиме від ефективності правової системи, стану економіки, моралі, інших чинників, із-під впливу яких треба вилучити специфічну ефективність конкретного закону.

Крім того, на ефективність закону значною мірою впливає його якість. Якість закону (від чого залежить ефективність його дії) визначається його змістом. Проте зміст завжди втілюється у певну форму. При цьому форма закону не є пасивною. Саме від її досконалості залежить простота та стрункість закону, логічне розміщення статей у главах, чіткість формулювань, врешті-решт, його зрозумілість і доступність. Нечіткість формулювань статей закону, складність їх граматичної побудови, відсутність легальних визначень понять, інші недосконалості форми закону – це потенційне джерело порушень законодавства. Отже, *досконалість форми закону є однією з умов його ефективності.*

Показником якості законодавства є його адекватне, тотожне тлумачення різними правозастосовуючими юрисдикційними органами, виходячи із змісту норм, який вкладається законодавцем. Тлумачення спрямоване на усвідомлення того, що хотів сказати у тексті закону законодавець (дух закону) та що він фактично сказав (буква закону).

Важливу роль у розробленні якісних законів відіграє принцип юридичної відповідальності, суть якого полягає в тому, що будь-яке порушення правил, закріплених у диспозиції правової норми, повинно мати наслідком вжиття санкцій. Інакше норми закону матимуть лише декларативний характер, тобто юридична відповідальність є чинником, що стримує та запобігає протиправним тенденціям у соціальній системі.

Поєднання соціальних та юридичних елементів якості окремо взятого закону та законодавства в цілому є необхідною умовою адаптивного правозастосування, яке, у свою чергу, покликане забезпечити дієвість приписів законодавства.

Адаптивне правозастосування означає вид взаємодії об'єктів, уповноважених застосовувати закон, із зовнішнім середовищем – соціальною системою, відносинами, які врегульовані цим законом. У процесі взаємодії узгоджуються законні вимоги та очікування його учасників. Умовою адаптивного правозастосування є чітка регламентація компетентних правозастосовуючих органів (виконавчих, юрисдикційних, контролюючих). Іншими словами, адаптивне правозастосування можливе лише за умови, що структура та функції зазначених органів дають змогу оперативно (отже, ефективно) впливати на поведінку суб'єктів, урегульовувати конфлікти та забезпечувати правопорядок, що є результатом дії якісного законодавства.

Адаптивне правозастосування є стадією провадження якісного законодавства в суспільне, економічне життя. Саме за результатами правозастосування можна вести мову про ефективність законодавства. Таким чином, масштабом оцінки якості закону є ціль задля досягнення якої ця правова норма створювалася. Звідси випливає декілька важливих позицій. *По-перше,* навіть тоді, коли закон більш чи менш детально говорить про цілі, що встановлюються в нормах та інститутах, виявлення їх зв'язків потребує теоретичної роботи. *По-друге,* якщо законодавець, встановлюючи ту чи іншу норму, мав на увазі декілька безпосередніх цілей, ефективність правової норми повинна визначатися стосовно всіх цілей, із виділенням, якщо це випливає із аналізу, цілей основних і другорядних, прямих та опосередкованих, ненамічених і вторинних. Адже будь-який інший підхід приведе до одностороннього тлумачення. *По-третє,* визначення ефективності норм права повинно здійснюватися на основі безпосередньої, а не конкретної, цілі. Конкретна ціль досить широка та багатогранна, її важко застосувати як критерій оцінки ефективності для більш чи менш вузької групи правових норм. З іншого боку, в цьому немає, як правило, необхідності, бо ця кінцева ціль завжди конкретизована в безпосередніх цілях.

Проведений аналіз дозволяє зробити **висновок,** що загальноюридичними критеріями що впливають на якість закону є:

- процедура розроблення та прийняття якісних законів;
- наявність виконавчих та юрисдикційних структур, які забезпечують застосування законодавства;
- стан законності в суспільстві, що є оцінкою рівня ефективності в цілому, хоча й не дає змоги визначити ефективність того чи іншого закону.

Загальноюридичні критерії ефективності законодавства у взаємодії з загальносоціальними критеріями є показником міри розвитку правової системи держави, яка, у свою чергу, відтворює рівень цивілізованості суспільства.

У конкретних дослідженнях якості закону завдання виокремлення ролі правового фактору виникає, як правило, двічі. По-перше, при вимірі ефективності механізму дії правової норми, по-друге, при вимірі її соціальної ефективності. У першому випадку це зводиться до набору та виміру значення різних змінних складових, що впливають на поведінку учасників суспільних відносин, у другому – до набору та виміру «ваги» тих змінних, які впливають на кінцевий соціальний результат.

Якою б не була складною проблема визначення ефективності дії правового фактора, його відособлення від дії інших факторів, на якому б початковому етапі рішення цієї проблеми не знаходилась юридична наука, шляхи для її принципового вирішення, безумовно, існують.

Література

1. *Тихомиров Ю. А.* Теория закона. – М., 1982.
2. *Овчинников С. Н.* Закономерности развития права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Л., 1979. – 21 с.
3. *Хачатурян А. М.* Социальные факторы развития законодательства союзной республики: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1987. – 19 с.
4. *Дробязко С. Г.* Совершенствование законодательства Союза ССР и союзной республики. – Минск, 1990.
5. *Советское* государство и право. – 1987. – № 5.
6. *Советское* государство и право. – 1990. – № 3.
7. *Голованов В. Н.* Гносеологическая природа законов науки. – М., 1985. – 142 с.
8. *Сирин А. Д.* Вопросы марксистской философии и этики. – Иркутск, 1971.
9. *Коркунов Н. М.* Общее учение о праве. – СПб., 1884. – 218 с.
10. *Аверьянов А. Н.* Системное познание мира. – М., 1985. – 185 с.

The article deals with and analyses some conceptual theoretical foundations of studying the quality of law as the basis of its effectiveness, distinguishes some typical stages of its development.

В статье рассматриваются и анализируются концептуальные теоретические основы изучения качества закона как основания его эффективности, выделение характерных этапов его развития.

ЩОДО ПОНЯТТЯ ПРАВОЗДАТНОСТІ СУБ'ЄКТА ПРАВА

Андрій Пасічник,
здобувач відділу проблем державного управління та адміністративного права Інституту держави і права ім. М. В. Корецького

У статті досліджується категорія «правоздатність суб'єкта права», її зміст, ознаки та правова природа. На підставі аналізу наукових досліджень представників теорії права та окремих галузевих наук здійснюється спроба довести міжгалузевий характер вказаного поняття, визначити його соціально-правову природу, порівняти із суб'єктивним правом.

Ключові слова: правосуб'єктність, правоздатність, суб'єкт права, суб'єктивне право.

Правоздатність займає особливе місце поміж інших елементів правосуб'єктності. Як влучно зазначив О. Красавчіков, правоздатність необхідна настільки ж, наскільки необхідна норма права, що регулює певне суспільне відношення [1, с. 40]. Більше того, не суб'єкт права створюється для правової норми, а навпаки. Тому правоздатність як властивість, що виокремлює суб'єкта права з-поміж його (права) об'єктів, можливо має навіть більше значення для правової системи, ніж норма права. Правоздатність є достатнім критерієм встановлення факту правового існування суб'єкта права. Вона є самодостатньою категорією, чого не можна сказати про дієздатність чи деліктоздатність, які безпосередньо від неї залежать. Саме через свою значущість правоздатність була та залишається одним із основних предметів наукових пошуків у галузі права. Однак, незважаючи на великий обсяг проведених наукових досліджень, донині не існує єдиного підходу до визначення її правової природи та змісту.

Більшість представників теорії права й окремих галузевих наук при визначенні дефініції правоздатності йдуть шляхом дослідження її соціально-правової природи та змісту. Узагальнення результатів такої роботи свідчить, що в основному вони розуміють під правоздатністю здатність особи мати права й обов'язки [2, с. 193; 3, с. 146; 4, с. 397; 5, с. 90]. При цьому галузевий характер правоздатності за необхідності підкреслюється за допомогою вказівки на відповідну галузеву належність прав та обов'язків. Разом із тим у науковій літературі є й інші підходи до визначення правоздатності. Так, А. Міцкевич розуміє під нею загальні права й обов'язки [6, с. 30]. Проте ці твердження не можна визнати правильними, оскільки подібні трактування правоздатності фактично об'єднують її з іншими категоріями права, отже, позбавляють правоздатність власного змісту, що є неприпустимим. Інколи у літературі правоздатність визначається як загальна передумова виникнення правовідносин або набуття прав і обов'язків (тобто поняття формується шляхом вказівки на притаманні йому функції) [7, с. 41; 8, с. 9]. Такі підходи до визначення правоздатності є цілком допустимими. Більше того, вони дозволяють комплексно вивчати цю категорію. Проте вважаємо, що будь-яке правове явище має розкриватися, перш за все, через визначення його природи та змісту, а тому при формуванні поняття «правоздатність» слід іти саме таким шляхом.

Упродовж багатьох років серед науковців триває спір про природу правоздатності. Проте, незважаючи на значну кількість проведених на цю тему досліджень, переконливої відповіді на питання чим є правоздатність не отримано і донині.

Метою цієї статті є встановлення правової природи та змісту правоздатності суб'єкта права.

Ініціаторами вказаної наукової дискусії вважаються М. Агарков, який запропонував теорію динамічної правоздатності, та С. Братусь, котрий, на противагу динамічній, висунув ідею статичної правоздатності [9, с. 70–73; 10, с. 31]. Крім С. Братуся, теорія динамічної правоздатності була критично оцінена також Я. Веберсом, А. Венедиктовим, О. Красавчіковим та ін. [7, с. 44–45; 11, с. 19; 12, с. 19]. Тому у подальшому дискусія відбувалася в основному щодо встановлення того, чим є правоздатність: суб'єктивним правом, властивістю (якістю) суб'єкта, сумарним вираженням суб'єктивних прав особи або стадією розвитку суб'єктивного права.

Сумарним вираженням прав особи вважав правоздатність Б. Пхаладзе [13, с. 41]. Однак така точка зору не знайшла широкої підтримки серед науковців оскільки, по-перше, пропонувалася фактична підміна поняття «правоздатність» елементами такого явища, як правовий статус; по-друге, вказаний

© А. Пасічник, 2009

підхід не узгоджується із законодавством. Більше прихильників отримала теорія стадійного розвитку суб'єктивного права, запропонована Ц. Ямпольською [14, с. 153]. На її думку, суб'єктивне право у своєму розвитку проходить три стадії: правоздатності (потенційного стану суб'єктивного права), виникнення суб'єктивного права та стадію його реалізації. Однак Я. Веберс переконливо довів помилковість такого розуміння правоздатності [7, с. 53–55]. Критично оцінив зазначений підхід до визначення суті правоздатності Н. Вітрук [5, с. 103–109], який, принципово погоджуючись із стадійністю суб'єктивного права, виступав проти включення правоздатності до переліку етапів його розвитку. Таким чином, дискусія щодо суті правоздатності звелася до протистояння прихильників розуміння її як певної властивості чи якості особи та прихильників трактування правоздатності як суб'єктивного права.

У науковій літературі були висловлені численні аргументи на користь як першої, так і другої позиції. Зокрема, О. Іоффе, обґрунтовуючи необхідність розуміння правоздатності як певної якості суб'єкта права, зазначає, що суб'єктивне право може існувати лише в рамках певних правовідносин, а там, де норма права встановлює відносини лише з державою, правове регулювання не виходить за межі правоздатності. Посилаючись на твердження Н. Александрова, О. Іоффе зазначає, що вказані відносини особи із державою є не правовідносинами, а певним зв'язком між суб'єктом права та державою й оскільки його не можна визнати правовими відносинами, то і суб'єкта цього зв'язку не можна визнати носієм суб'єктивних прав. Оскільки він все ж має певні правові можливості, то вони і являють собою правоздатність. Крім того, правоздатність відрізняється від суб'єктивного права тим, що останнє надає можливість його суб'єкту вимагати певної поведінки від зобов'язаних осіб, а правоздатність лише встановлює зв'язок особи і держави. Тому правоздатність визначає лише міру дозволеної поведінки, а суб'єктивне право додатково встановлює і міру необхідної поведінки зобов'язаного суб'єкта [15, с. 123]. Подібний аргумент наводив і О. Красавчіков [12, с. 22]. Проте Я. Веберс, аналізуючи вказані висновки, досить переконливо узагальнив, що такий погляд тяжіє до визнання правоздатності саме правом, оскільки визнання правоздатності мірою можливої поведінки й є причиною неможливості розуміння цієї категорії як якості особи [7, с. 47]. Однак вже наступний висновок науковця щодо покладення на всіх осіб обов'язку не порушувати правоздатність певного суб'єкта права, який він наводить як аргумент на користь визнання правоздатності правом особи, не є безспірним.

Слід зазначити, що схожі думки висловлювали й інші представники правової науки [16, с. 9]. Норма права, яка є підґрунтям вказаного висновку, міститься у цивільному законодавстві. Так, відповідно до ч. 1 ст. 27 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України, правочин, що обмежує можливість фізичної особи мати не заборонені законом цивільні права й обов'язки, є нікчемним. Схоже правило містилось і у ст. 12 ЦК УРСР. Погоджуючись із нормативним, опосередкованим (методом деліктного регулювання) встановленням обов'язку не порушувати правоздатність суб'єктів права, ми не можемо погодитись із висновком про використання цього факту як аргументу на підтримку розуміння правоздатності як суб'єктивного права.

Відомо, що правоздатність є не лише соціальним, а й юридичним явищем. А оскільки воно входить у коло юридичних категорій (причому категорій життєво необхідних для правової системи), цілком логічно, що право намагається охороняти правоздатність. І знову ж цілком логічно, що при цьому застосовується юридичний інструментарій (встановлення обов'язків, надання гарантій). Тому покладання на зобов'язаних осіб певного обов'язку не завжди означає, що ним забезпечується суб'єктивне право. Зобов'язальною нормою теоретично може забезпечуватися будь-яке бажане для права явище. Прикладом такого може бути законний інтерес. Він забезпечується покладанням на зобов'язаних осіб відповідного обов'язку, а також процесуально закріпленою можливістю його захисту. Однак це не дає підстав вважати законний інтерес суб'єктивним правом. Такий висновок підтверджує і судова практика (рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення окремих положень ч. 1 ст. 4 Цивільного процесуального кодексу України (справа про охоронюваний законом інтерес) від 01.12.2004 р.). Крім того, якщо припустити, що у наведеній нормі ЦК України під правами розуміється і правоздатність, то нелогічним виглядає словосполучення «не заборонені законом». Хіба може правоздатність особи бути забороненою? Тому вказана норма асоціює правоздатність саме із певною можливістю, що є властивою суб'єкту права, і саме у такому її розумінні ставить під охорону цю категорію.

Можна навести ще кілька аргументів проти визнання правоздатності правом. *По-перше,* загальновизнано, що правоздатність є передумовою правовідносин. Право ж є одним із елементів змісту останніх, тобто одне явище є передумовою і змістом правовідносин. Однак це суперечить законам логіки.

По-друге, виходячи із нормативно-закріпленого та підтриманого теорією права визначення правоздатності як здатності не лише мати права, а й нести обов'язки, приходимо до суперечливого висновку: правоздатність як суб'єктивне право одночасно є й юридичним обов'язком. *По-третє,* правоздатність отримала нормативне оформлення лише у цивільному та кількох процесуальних галузях права, однак не викликає жодних зауважень твердження про існування цього явища в адміністративному, трудовому й інших галузях права. У зв'язку з цим виникає питання: як може бути гарантованою юридичною дійсністю суб'єктивне право, якщо воно взагалі не передбачено відповідним галузевим законодавством? *По-четверте,* законодавство передбачає принципову можливість у встановленому порядку позбавляти особу належного їй права, тоді як жоден суб'єкт права не може бути позбавлений своєї правоздатності. Крім того, особи можуть добровільно розпоряджатися своїми правами, у тому числі відмовлятися від них, проте від правоздатності відмовитися неможливо.

Навіть прихильники визнання правоздатності суб'єктивним правом не можуть не звернути увагу на певні відмінності «класичного» суб'єктивного права та правоздатності. Так, С. Алексеєв, у цілому підтримуючи розуміння правоздатності як права, зазначав, що це особливе суб'єктивне право [3, с. 141]. А пізніше він взагалі запропонував включити до наукового обігу самостійне поняття «право на право», під яким слід розуміти суб'єктивне право людини на існування права об'єктивного [17, с. 629–630].

На нашу думку, спроби надати правоздатності ознак суб'єктивного права в основному зумовлюються фактами легального закріплення досліджуваної категорії та нормативного встановлення гарантій її непорушності. Однак юридичними гарантіями можуть забезпечуватися не лише суб'єктивні права, а й інші бажані для права явища. Таким чином, *правоздатність є властивістю суб'єкта права.*

Практично всі наведені у науковій літературі визначення правоздатності підкреслюють її не лише юридичний, а й соціальний (інколи суспільний) характер. Вважаємо, що саме ця обставина має відігравати вирішальну роль при встановленні змісту явища, яке розглядається, оскільки мова іде про категорію, котра характеризує насамперед людину як учасника суспільних відносин. Напевно найбільш ґрунтовне дослідження соціальної природи правоздатності було здійснено О. Красавчіковим [12, с. 13–25]. Він зазначав, що індивід і суспільство – це дві сторони одного соціального протиріччя, поза яким людина припинила би бути людиною. Соціальне положення людини є сукупним вираженням зв'язку особи та суспільства. Тому воно (соціальне положення) знаходить своє вираження у соціальній свободі здійснення певної діяльності у суспільстві. Однак останнє також залишає за собою певну соціальну свободу щодо індивіда, свободу покладання на окремих осіб обов'язків перед суспільством, тобто те, що слугує свободою для індивіда, є обов'язком для суспільства, і навпаки. До речі, схожі думки висловлював раніше С. Братусь [18, с. 27].

Викладене не викликає жодних заперечень. Оскільки вказаний механізм суспільного регулювання є природним, має ознаки так званого самоуправління, то, напевно, він є найефективнішим із можливих. Право ж лише надає йому нормативного, гарантованого державою статусу. Безпосередньо «легітимація» соціальної свободи й обов'язку здійснюється через категорію «правоздатність». Таким чином, ***соціальним змістом правоздатності є соціальна свобода (яка реалізується в основному через суб'єктивні права) та соціальний обов'язок (який знаходить своє нормативне закріплення в юридичних обов'язках).*** Ці поняття, нарівні з іншими соціологічними категоріями, характеризують суб'єкт суспільних відносин, а тому їх можна визначити як соціальні властивості особи.

Слід зазначити, що нормативне закріплення вказаного механізму суспільного регулювання не лише (і навіть не стільки) забезпечує повноцінне існування особи, скільки гарантує життєдіяльність суспільства у цілому, а тому правоздатність умовно можна назвати правонеобхідністю. Між правом і більшістю з його суб'єктів існує двосторонній зв'язок, вони взаємозалежні. В. Гойман вважав, що особистість (колектив людей) виступає не лише як об'єкт правового регулювання, а й як джерело, що формує право [19, с. 125]. Тому індивід навіть не може, а повинен мати хоча б мінімально необхідні права й обов'язки, тобто бути суб'єктом права. Інакше виникає загроза існування цивілізованого суспільства та правової системи, як його складової.

Разом із тим до процесу визнання певного учасника суспільних відносин суб'єктом права слід ставитися надзвичайно обережно. Останній, на відміну від суб'єкта суспільних відносин, отримує у розпорядження правові інструменти, що дозволяють в окремих випадках нав'язувати свою волю іншим, ініціювати застосування державного примусу, створювати нові правові норми тощо. Іншими словами, суб'єкт суспільних відносин, перетворившись на учасника правових відно-

син, отримує можливість не лише ефективного захисту та реалізації своїх прав чи інтересів, а й вирішального та тривалого впливу на статус інших суб'єктів права, на процеси формування і розвитку правових відносин у цілому. Саме тому соціальна свобода й обов'язок не перетворюються безпосередньо на суб'єктивні права і юридичні обов'язки. Спочатку має відбутися відбір тих суб'єктів, які не зашкодять стабільному розвитку правових відносин. Критерієм, за допомогою якого можна виявити шкідливі або непотрібні для правовідносин соціальні утворення, не допустити отримання ними статусу суб'єкта права, є правоздатність. Саме вона підтверджує суспільно-правову необхідність визнання особи суб'єктом права; встановлює її здатність бути об'єктом правового регулювання, ефективно та відповідально користуватися вказаним статусом, реалізовувати покладені на неї функції. У наш час цей критерій застосовується на практиці лише щодо колективних суб'єктів, оскільки людина визнається правоздатною апріорі. Однак це у жодному разі не принижує значення правоздатності як базової категорії права.

Проведений аналіз дозволяє зробити *висновок, що юридичним змістом правоздатності є необхідність і здатність особи бути суб'єктом права. І вже похідними (однак не другорядними) від вказаних можна визнати необхідність і здатність мати суб'єктивні права, охоронювані законом інтереси, юридичні обов'язки й інші складові правового статусу суб'єкта права, які фактично забезпечують можливість його функціонування у правовому полі.*

У подальшому надзвичайно перспективними вважаємо дослідження особливостей правоздатності суб'єктів різноманітних галузей права, а також характерних ознак правоздатності фізичних осіб, юридичних осіб і колективних утворень, що не є юридичними особами.

Література

1. *Красавчиков О. А.* Юридические факты в советском гражданском праве. – М., 1958. – 183 с.
2. *Адміністративне* право України: Академічний курс: У 2 т. – К., 2004. – Т. 1. – 584 с.
3. *Алексеев С. С.* Общая теория права: В 2 т. – М., 1982. – Т. 2. – 361 с.
4. *Венгеров А. Б.* Теория государства и права. – М., 2000. – 528 с.
5. *Витрук Н. В.* Основы теории правового положения личности в социалистическом обществе. – М., 1979. – 229 с.
6. *Мицкевич А. В.* Субъекты советского права. – М., 1962. – 212 с.
7. *Веберс Я. Р.* Правосубъектность граждан в советском гражданском и семейном праве. – Рига, 1976. – 231 с.
8. *Толстой Ю. К.* К теории правоотношения. – Л., 1959. – 88 с.
9. *Агарков М. М.* Обязательство по советскому гражданскому праву. – М., 1940. – 175 с.
10. *Братусь С. Н.* О соотношении гражданской правоспособности и субъективных гражданских прав // Советское государство и право. – 1948. – № 8. – С. 30–37.
11. *Венедиктов А. В.* О субъектах социалистических отношений // Советское государство и право. – 1955. – № 8. – С. 17–28.
12. *Красавчиков О. А.* Социальное содержание правоспособности советских граждан // Правоведение. – 1960. – № 1. – С. 12–25.
13. *Пхаладзе Б. В.* Юридические формы положения личности в советском обществе. – Тбилиси, 1969. – 86 с.
14. *Ямпольская Ц. А.* Общественные организации в СССР. – М., 1972. – 216 с.
15. *Иоффе О. С.* Избранные труды по гражданскому праву: Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственного права». – М., 2000. – 777 с.
16. *Козлова Н. В.* Правосубъектность юридического лица. – М., 2005. – 476 с.
17. *Алексеев С. С.* Право: азбука – теория – философия: Опыт комплексного исследования. – М., 1999. – 712 с.
18. *Братусь С. Н.* Юридические лица в советском гражданском праве: Ученые труды – М., 1947. – Вып. 12. – 363 с.
19. *Гойман В. И.* Действие права. – М., 1992. – 181 с.

The article is directed on research of category legal capacity of subject of law, determination of its content, signs and legal nature. On the basis of analysis of scientific researches of representatives of theory of law and some particular law branches we are trying to prove the interbranch character of the indicated category, define its socially legal nature, compare with subject right.

В статье исследуется категория «правоспособность субъекта права», ее содержание, признаки и правовая природа. На основании анализа научных исследований представителей теории права и отдельных отраслевых наук автор делает попытку доказать межотраслевой характер указанного понятия, определить его социально-правовую природу, сравнить с субъективным правом.

ПРАВОВИЙ СТАТУС КООПЕРАТИВУ ЯК ВИЯВ ОСОБЛИВОЇ МІСІЇ КООПЕРАЦІЇ В УСРР 20-х РОКІВ XX ст.

Сергій Гладкий,
канд. істор. наук,
доцент кафедри правознавства
Полтавського університету споживчої кооперації України

У статті розглядається законодавча регламентація правового статусу кооперативів у Радянській Україні 20-х років, висвітлюються особливості порядку їх створення та реєстрації, аналізується суперечливий характер відносин кооперації з державою.

Ключові слова: кооператив, правовий статус, кооперативне законодавство, НЕП.

Одним із нагальних завдань сучасного вітчизняного правознавства є заповнення прогалин в історико-правових знаннях, що утворилися внаслідок ідеологізації науки в радянський період. До таких прогалин слід віднести й історію кооперативного права в УСРР 20-х років XX ст. Від часів нищення кооперативного руху тоталітарним режимом зазначена тема не піддавалася комплексному вивченню.

Метою цієї статті є розгляд загальних засад правового статусу кооперативних організацій.

У сучасній теорії кооперативного права правове становище кооперативу розглядається як встановлене нормативно-правовими актами його місце в системі кооперації, правові можливості здійснювати господарські, соціальні й інші функції щодо забезпечення економічних, соціальних, культурних та інших інтересів пайовиків (фізичних і юридичних осіб), а у виробничих кооперативах – підприємницьких функцій з дотриманням кооперативних принципів властивими для нього формами й засобами [1, с. 104]. Як складне правове явище правове становище кооперативу визначається нормами декількох галузей права – власне кооперативного, а також цивільного, адміністративного, фінансового, земельного тощо.

В УСРР 20-х років XX ст. засади, на яких будувався правовий статус кооперативів усіх видів, закріплювалися насамперед Цивільним кодексом (далі – ЦК), що найвиразніше віддзеркалював юридичну ідеологію більшовицького режиму, його ставлення до приватного права. Нормами ЦК визначався зміст цивільної правоздатності кооперативу як громадської приватноправової організації, на основі якої за допомогою інших нормативно-правових актів вибудовувалася конструкція спеціальної правоздатності кожного кооперативного товариства. Оскільки для визначення обсягу прав та обов'язків кооперативу важливе значення має його видова належність, за відсутності універсального кооперативного закону (кодексу) на законодавчому рівні правовий статус кооперативних організацій визначався, передусім, спеціальними законами про окремі види кооперації, а також нормативно-правовими актами загальнокооперативного значення.

Згідно з чинним на той час законодавством кооперативи мали всі права юридичної особи, зокрема набувати прав на майно, вступати в зобов'язання, бути позивачами та відповідачами в суді (ст. 13 ЦК УСРР). Правоздатність кооперативу, маючи спеціальний (статутний) характер, визначалася нормативним закріпленням мети та видів діяльності кооперативу, іншими положеннями, що фіксувались у статуті. Якщо за кооперативним законом Тимчасового уряду від 20.03.1917 р. кооперативні організації можна було утворювати на підставі як статутів, так і договорів (ст. 4), то радянський законодавець визнавав лише статутні кооперативи.

Закріплена в статуті мета повинна була мати кооперативний характер, передусім, відображати неприбуткову природу кооперативної організації. Мета, у свою чергу, визначала функції, тобто основні напрями діяльності кооперативу. В законах УСРР «Про сільськогосподарську кооперацію» від 26.10.1921 р. (ст. 1), «Про промислову кооперацію» від 12.10.1921 р. (ст. 1), «Про кредитну кооперацію» від 05.10.1922 р. (ст. 1) функції кооперативів визначалися надто абстрактно. Дещо детальніше вони були виписані в Законі УСРР «Про споживчу кооперацію» від 13.04.1921 р. (статті 4–7). Розробникам законів СРСР 1924 р. «Про споживчу кооперацію» (ст. 3) і «Про сільськогосподарську кооперацію» (статті 1–2) цього недоліку вдалося уникнути – функції кооперативів були визначені досить детально. На відміну від Закону СРСР «Про житлову кооперацію» від 19.08.1924 р. (статті 3, 13), детально були виписані функції кооперативних організацій і в положенні ВУЦВК «Про житлово-споживчу кооперацію» від 26.03.1924 р. (статті 3–4).

© С. Гладкий, 2009

Відомо, що дієздатність кооперативу як юридичної особи, тобто здатність своїми діями набувати юридичних прав і створювати для себе обов'язки, здійснюється через органи, які утворюються та діють відповідно до закону та статуту. Кооперативи є самоврядними організаціями, які діють на засадах виборності органів управління, що мають переважно колегіальний характер. За законодавством років НЕП система органів управління в кооперативах різних видів не була уніфікованою. Статтею 9 Закону УСРР «Про промислову кооперацію» від 12.10.1921 р. і ст. 42 Закону СРСР «Про житлову кооперацію» від 19.08.1924 р. встановлювалися такі органи управління кооперативу, як загальні збори (збори уповноважених) і правління. Стаття 8 Закону УСРР «Про кредитну кооперацію» від 05.04.1922 р., ст. 11 Закону СРСР «Про споживчу кооперацію» від 20.05.1924 р. та ст. 11 Закону СРСР «Про сільськогосподарську кооперацію» від 29.08.1924 р. встановлювали такі органи управління споживчих, сільськогосподарських і кредитних кооперативів: загальні збори (збори уповноважених), правління, а також факультативно (за рішенням загальних зборів або зборів уповноважених) – раду або наглядову раду.

Отже, радянським законодавством років НЕП як обов'язкові органи управління для кооперативів усіх видів були визначені загальні збори або збори уповноважених і правління, а як факультативний орган для споживчих, сільськогосподарських і кредитних кооперативів – ради. За статутами ради мали контрольно-наглядові функції, проте іноді наділялися й функціями управління. Крім згаданих органів, у кожному кооперативі на підставі приписів законодавчих актів і нормальних чи примірних статутів утворювався орган кооперативного контролю – ревізійна комісія.

Згідно із ст. 14 ЦК УСРР і відповідними статтями законів про кооперацію правоздатність кооперативу як юридичної особи виникала з моменту реєстрації статуту. Якою мірою порядок реєстрації кооперативів у Радянській Україні відповідав світовій практиці? Як зазначав Л. Зак, загальною ознакою майже всіх іноземних законодавств було встановлення явочного порядку заснування кооперативів, що передбачало внесення статуту до публічного реєстру [2, с. 241]. У Росії до падіння самодержавства існував концесійний порядок, а за кооперативним законом від 20.03.1917 р. запроваджена явочна система (статті 4, 8). Однозначно визначити тип системи створення та реєстрації кооперативів у Радянській Україні через її комбінований (змішаний) характер і суперечливість її нормативної регламентації неможливо.

На відміну від РСФРР, в УСРР реєстрація кооперативних організацій була організована (за окремими винятками) за принципом єдиного реєстраційного органу для всіх видів кооперації (реєстраційні комісії при Головному кооперативному комітеті при РНК УСРР та його місцевих органах). Цим перелік її позитивних ознак власне й завершується. Аналіз законодавства про реєстрацію кооперативів та їх об'єднань виявляє відсутність єдиних підходів до всіх галузей кооперації. Основними законами про кооперацію явочний порядок створення кооперативів було встановлено для: сільськогосподарських (ст. 10 закону УСРР 1921 р.) і промислових (ст. 11 закону УСРР 1921 р.) товариств та їх спілок (не вище губернського масштабу); кредитних товариств та їх спілок, діяльність яких не поширювалася за межі одного повіту (ст. 10 закону УСРР 1922 р.); житлових кооперативів та їх спілок (за винятком загальнореспубліканських) (статті 41, 47 закону СРСР 1924 р.). Для створення кооперативних спілок, територія діяльності яких виходила за вказані межі, встановлювалася концесійна система. Споживча кооперація, що до 1924 р. будувалася державою переважно на примусовій основі, зовсім опинилася за межами звичайної реєстраційної процедури.

Е. Штандель з приводу існуючої в УСРР системи реєстрації кооперативів зазначав, що кооперкоми обговорюють при реєстрації питання по суті, тобто не лише розглядають статут з формального боку, а й входять у загальну оцінку доцільності виникнення даної кооперативної організації [2, с. 117]. Ф. Крижанівський ще більш влучно охарактеризував радянську систему реєстрації кооперативних організацій, зазначивши, що «наша система є дозвільною (концесійною), з полегкостями для перших ступенів кооперації» [3, с. 68].

Специфічних ознак радянській системі реєстрації кооперативів надавала і практика використання в правовому регулюванні кооперативних відносин типових (нормальних) і зразкових (примірних) статутів. Попри те, що законодавства країн світу надавали засновникам різний ступінь свободи в питанні визначення змісту статуту кооперативної організації, загальний підхід полягав у тому, щоб будувати законодавчу регламентацію статутної нормотворчості згідно з принципом свободи договору. На таких засадах будувався і кооперативний закон від 20.03.1917 р., розробники якого відмовилися від застосування поширеної в Російській імперії практики так званих «нормальних» статутів. Радянська влада поступово реанімувала цю практику. 17 жовтня 1922 р. Головкооперком надіслав усім реєстраційним комісіям губкооперкомів обіжник, в якому зазначалося, що «при реєстрації кооперативів різних видів і ступенів губкооперкоми повинні керуватися примірними статутами для кожного виду кооперації, затвердженими Головкооперкомом» [4]. За загальносоюзними декретами 1924 р. про споживчу (ст. 13) і житлову (ст. 39) кооперацію статути споживчих кооперативів та їх спілок мали відповідати нормальним статутам, які затвердила РНК СРСР, а статути організацій житлової кооперації – нормальним статутам, ухваленим у порядку, встановленому законодавством союзних республік.

Отже, засновники кооперативів в УСРР позбавлялися можливості істотно впливати на зміст правоздатності створюваних ними організацій. Нестабільність законодавства про кооперацію й інші чинники призводили до постійного коригування змісту примірних і нормальних статутів, що негативно впливало на розвиток кооперативного руху.

Втрата кооперативом правоздатності пов'язувалася з його припиненням у формі реорганізації або ліквідації – добровільної (за рішенням загальних зборів членів кооперативу) або примусової.

Встановлений радянським законодавством порядок примусової ліквідації кооперативних організацій відкривав широкий простір для застосування класового підходу й адміністративного свавілля. Роль судових органів у цьому порядку була мінімізована, що істотно позначалося на гарантованості прав кооперативних організацій. Сама правосуб'єктність кооперативу як юридичної особи позбавлялася надійного підґрунтя фундаментальними теоретичними засадами радянського права. Радянські правники вважали право держави припиняти юридичні особи на власний розсуд безсумнівним і виправданим тією обставиною, що «громадянські права і, зокрема, право об'єднуватись у товариства і спілки дала громадянам держава лише у своїх інтересах, в інтересах розвитку продукційних сил країни» [5, с. 158].

Порядок створення кооперативних організацій (його переважно дозвільний характер і посилена увага державних органів до змісту статутів кооперативних організацій), а також широкі можливості для їх примусової ліквідації в адміністративному порядку були ефективними юридичними засобами «вписування» кооперації в рамки тієї соціально-економічної та, що не менш важливо, політичної й ідеологічної місії, яку відвела для неї в радянському суспільстві держава. Месіанство як одна з характерних ознак більшовизму накладало відбиток не лише на власну діяльність «пролетарської» партії, а й на роль, яку партійно-державна верхівка нав'язувала іншим суспільним силам, контрольованим нею. Щоправда, специфіка феномена радянської кооперації (у його правовому вимірі) зумовлювалася не лише комуністичною ідеологією, втіленням схем якої в життя займалася держава (іншими важливими її ідейними джерелами було власне кооперативне месіанство (у формі вчень кооперативного реформізму) та ідейні засади радянської юриспруденції).

У країнах із ринковою економікою, де цивілізаційні приватноправові засади розвитку суспільства залишалися непорушними, кооперативи як приватноправові (самоврядні та незалежні від держави) організації нерідко користувалися підтримкою державної влади, що було виявом усвідомлення її носіями важливої соціальної місії, яку виконують кооперативи в капіталістичному суспільстві. Об'єктивно виконання цієї місії сприяло розвитку громадянського суспільства.

Радянська влада нав'язала кооперації не притаманну їй роль, протилежну за соціальною спрямованістю. Основним союзником кооперації (всупереч її волі) став єдиний у СРСР великий «капіталіст» – держава (йдеться про концепцію державного капіталізму), а діяльність кооперативних організацій згідно з інтересами цього союзника мала бути спрямована проти «приватника». Якщо для споживчих товариств протистояння з приватними торговцями було звичним із дорадянських часів і закономірним в радянських умовах, то сільськогосподарська та промислова кооперація були рухом дрібних товаровиробників, господарсько-фінансове зміцнення яких перетворювало їх на «куркулів» і «непманів». Радянська влада була змушена дозволити приватну підприємницьку діяльність, вона не збиралася провадити господарську діяльність на рівних із непманами умовах. Хоча фактичні передумови для розгорнутого наступу на непманів з метою їх повного витіснення з ринку склалися лише в середині 20-х років, більшовицька партія вимагала від кооперації виконання цього «політичного завдання» з моменту проголошення НЕП. Поставлені владою завдання вона мала вирішити в умовах адміністративного обмеження приватника при потужній матеріальній, фінансовій та іншій допомозі кооперативним структурам з боку держави за умови щільного контролю останньої та керівної ролі комуністичної партії.

Правники-кооператори Радянської України в складній системі економічних, соціальних, політичних та ідеологічних відносин років НЕП виокремлювали юридичну складову. О. Терехов зазначав, що кооперація виконуватиме доручені їй насправді величезні завдання лише тоді, коли їй будуть надані такі правові умови, які відповідатимуть вимогам, що їх ставить для кооперації держава; або коли кооперація буде поставлена в такий привілейований проти приватних осіб правовий стан, який даватиме їй змогу з успіхом виконати покладені на неї завдання [5, с. 102]. Е. Штандель з цього приводу зазначав, що НЕП аж ніяк не змінив поглядів радянської влади на кооперацію, і якщо тепер правове становище кооперації різко змінилося (у порівнянні з попереднім періодом), то це пояснюється лише тим, що в умовах НЕПу відкрилися нові горизонти для застосування в народному господарстві кооперативного методу [2, с. 9]. Саме так і слід розуміти зміни в правовому статусі кооперативних організацій за років НЕПу: держава не стала сприймати їх як рівноправного суб'єкта співробітництва, але потреби «розвитку продуктивних сил країни» (за більшовицькою програмою) зумовлювали ширше застосування в народному господарстві кооперативного методу шляхом надання кооперативам та їх об'єднанням нових юридичних можливостей. Ці можливості, у порівнянні з правовим статусом приватного підприємця, інтерпретовані як «переваги й привілеї», полягали у збільшених обсягах отримання товарів від державної промисловості, до-

ступніших і вигідніших товарних і грошових кредитах, нижчих ставках оподаткування та звільненні від деяких податків і зборів, кращих приміщеннях для торгівлі, нижчих орендних ставках, більшій доступності транспортних послуг і нижчих транспортних тарифах тощо.

Представники нерадянської кооперативної теорії як у минулому, так і сьогодні наголошують на необхідності формування капіталу кооперативної організації її членами, небезпечності урядових подаянь або підтримки філантропічних організацій. Історія всіх країн, зазначав Л. Зак, свідчить, що благочинна допомога ніколи не призводила до добра [6, с. 134]. За самодержавства деякими пільгами, наданими законом про заклади дрібного кредиту від 07.06.1904 р., що встановлював у зв'язку з цим і юридичні обмеження, користувалися ощадно-позичкові та кредитні товариства, але кооперативний закон 1917 р. припинив цю практику.

Більшовики повернулися до неї, але вже на принципово новому ідеологічному та правовому фундаменті, що усвідомлювали юристи-кооператори з дореволюційним стажем роботи. Так, Ф. Крижанівський (відомий діяч дореволюційної української кредитної кооперації, який продовжував у ній працювати й за радянських часів, звертав увагу на відносність і тимчасовість пільг та привілеїв кооперації. «Радянська держава й радянська ідеологія взагалі «абсолютності» за правами не визнає, а рахується з ними, оскільки це потрібно при певних конкретних умовах, «в цілях розвитку продукційних сил країни». Наш законодавець так і дивиться на цю справу, пристосовуючи пільги й привілеї кооперації до реальних вимог життя і в залежності від цього то поширюючи, то звужуючи їх» [3, с. 153].

Як привілейованість, так і нестабільність правового статусу кооперативних організацій за радянської влади найвиразніше виявлялась у сфері відносин власності та сфері оподаткування. Детальний розгляд цих питань може бути предметом дослідження окремих статей. Зазначимо лише, що в країні, де приватне підприємництво зазнавало все більших утисків, кооперативна власність була, як і приватна, обмежена за змістом і, меншою мірою, за об'єктами, а також незахищена, що зумовлювалося непослідовністю правової політики радянської влади, нестабільністю законодавства, відсутністю судових та інших гарантій її охорони від втручання держави (наприклад, у випадку примусової ліквідації кооперативу).

Як вже зазначалося, правовий статус кооперативу, крім усього іншого, визначається його місцем у системі кооперації. Оскільки в умовах нормального розвитку кооперативного руху кооперативне будівництво є добровільним, а повноваження спілок будь-якого рівня є делегованими кооперативними організаціями нижчих рівнів, починаючи від первинних кооперативів, то призначення кожної спілки полягає в обслуговуванні своїх членів, створенні сприятливих умов для їх діяльності.

За радянським законодавством права члена кооперативного об'єднання були подібними до прав члена первинного кооперативу – брати участь в управлінні організацією та користуватися її послугами майнового й іншого характеру. У частині обов'язків фактичне становище члена кооперативної спілки в Радянській Україні періоду НЕП із роками ставало все більш залежним і обтяжливим, що зумовлювалось посиленням «планових засад» у народному господарстві.

Висновки

Правовий статус кооперативних організацій у Радянській Україні визначався двома основними чинниками: місцем приватного права в радянській правовій системі та місією кооперації, яку вона мала виконувати згідно з рішеннями державної партії. Ці чинники зумовлювали перелік юридичних можливостей, які надавалися кооперативним організаціям, та арсенал юридичних засобів, що використовувалися владою для регламентації правового статусу кооперативів. Дія зазначених чинників мала своїм проявом деформацію низки фундаментальних кооперативних принципів. Фінансова залежність кооперативних організацій від держави та несамостійність у прийнятті господарських й інших рішень були платою за привілейоване становище кооперації.

Література

1. *Кооперативне* право / За ред. В. І. Семчика. – К., 1998. – 336 с.

2. *Штандель Э. Н.* Курс советского кооперативного права. – Х., 1927. – 240 с.

3. *Крижанівський Ф.* Радянське кооперативне законодавство. – Х., 1928. – 243 с.

4. *ЦДАВО* України. – Ф. 271. – Оп. 1. – Спр. 7. – Арк. 40.

5. *Терехов А.* Радянське кооперативне право. – Х., 1926. – 178 с.

6. *Зак Л. С.* Основные начала теории кредита и кредитной кооперации. – Петроград, 1919. – 260 с.

In article the legislative regulation of a legal status of cooperative societies in the Soviet Ukraine 20th is considered, features about their creation and registration are covered, inconsistent character of relations of cooperation with the state is analyzed.

В статье рассматривается законодательная регламентация правового статуса кооперативов в Советской Украине 20-х годов, освещаются особенности порядка их создания и регистрации, анализируется противоречивый характер отношений кооперации с государством.

ЩОДО ПИТАННЯ ПРО ПРАВОВЕ ОФОРМЛЕННЯ ОБОРОТУ НОУ-ХАУ

Таміла Бєгова,
канд. юрид. наук,
асистентка кафедри цивільного права № 1
Національної юридичної академії України ім. Ярослава Мудрого,
м. Харків

У цій статті автором проаналізовано поняття й ознаки ноу-хау. Особливу увагу приділено проблемі визначення договору про передачу ноу-хау як самостійного виду договірних відносин і відмежування його від інших договірних інститутів, що мають зовнішню подібність з указаним договором, насамперед з ліцензійними угодами.

Ключові слова: поняття ноу-хау, ознаки ноу-хау, договір про передачу ноу-хау.

Законодавство регулює тільки сформовані в суспільстві відносини, оскільки як зазначав Г. Шершеневич, право розмежовує інтереси, нормує відносини на ґрунті інтересів, що зіштовхуються, і захист його тому й має значення, що воно закріплює за людиною те, що вона цінує з огляду на свої потреби [1, с. 186].

Історія не знає прикладів, коли закон викликав би до життя неіснуючі в дійсності відносини. Однак випадки ігнорування правом об'єктивних реалій розвитку економічних відносин все ж є й, повною мірою, це можна віднести до ситуації, що склалася в Україні щодо правового регулювання відносин, пов'язаних з використанням ноу-хау.

Не зняв цієї проблеми й новий Цивільний кодекс (далі – ЦК) України, що не використовує поняття ноу-хау, хоча воно застосовується в ряді нормативно-правових актів України, зокрема в законах України «Про інвестиційну діяльність» від 18.09.1991 р. № 1560-XII, «Про оподаткування прибутку підприємств» від 28.12.1994 р. № 334/94-ВР, «Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій» від 14.09.2006 р. № 143-V і в деяких інших. У зв'язку з цим розкриття поняття ноу-хау, а також розроблення ефективного механізму правового забезпечення його товарообігу набуває виняткового значення, оскільки правильна кваліфікація правового режиму об'єкта, з приводу якого виникають правовідносини, дозволить успішно вирішувати виникаючі на практиці спори.

Основою для вдосконалення правового визначення ноу-хау в Україні є Угода про партнерство і співробітництво між Україною і Європейським Союзом від 16.07.1994 р., ст. 50 якої визначає, що до кінця п'ятого року після вступу в дію угоди, Україна повинна забезпечити рівень захисту інтелектуальної власності, аналогічний існуючому у ЄС. Відповідно до Загальної декларації відносно ст. 50 сторони погоджуються, що для досягнення мети угоди інтелектуальна власність включає також охорону ноу-хау. Відповідно до Регламенту ЄС під ноу-хау розуміється інформація, що є секретною, істотною й ідентифікованою в будь-якій підходящій формі, тобто виділяються такі його ознаки, як секретність, істотність і можливість ідентифікації інформації.

Поняття «секретна», зокрема, містить вимогу, щоб ноу-хау не було загальнодоступним або легкодоступним, «істотна» означає, що ноу-хау містить інформацію, яка повинна бути корисною, може поліпшити конкурентне становище володільця права на ноу-хау; «ідентифікована» означає, що ноу-хау має бути описане або зафіксоване таким способом, який дозволяє перевірити виконання критеріїв секретності й істотності.

З огляду на зобов'язання України відповідно до Угоди про партнерство і співробітництво, визначення ноу-хау необхідно закріпити законодавчо.

Виходячи з того, що в сучасних умовах ноу-хау є самостійним об'єктом цивільних прав, а до правомочностей його володільця відноситься не лише право використання цього об'єкта, а й можливість розпорядитися даним правом, з'ясування юридичної природи договірної конструкції з розпорядження правом інтелектуальної власності на ноу-хау заслуговує на увагу.

Визначення юридичної природи договору має важливе значення: у правотворчій діяльності вона враховується при правовому регулюванні, а в правозастосовчій діяльності – є загальною передумовою належного вирішення випливаючих із договорів спорів.

Сьогодні у доктрині відсутній єдиний підхід до визначення правової природи договору про передання ноу-хау, що зумовлюється різними підходами до розуміння суті ноу-хау. Точки зору на правову природу досліджуваного договору умовно можна охарактеризувати як такі, що базуються на традиційному та нетрадиційному підходах.

За *традиційного підходу* вчені розглядають ноу-хау винятково як не патентоздатне технічне рішення і, виходячи із загальної спрямованості інтересів володільців патентів і володільців права на ноу-хау, вважають

© Т. Бєгова, 2009

за можливе передати користувачеві право на ноу-хау за допомогою добре відомої договірної форми у сфері патентного права – ліцензійного договору [2, с. 157; 3, с. 28].

За *нетрадиційного підходу* договір про передання ноу-хау слід розглядати як самостійний договір [4, с. 248]; він повинен будуватися за моделлю договору купівлі-продажу [5, с. 44]; його слід розглядати як самостійний тип договорів, пов'язаних із реалізацією науково-технічного прогресу [6, с. 131].

Чи можна віднести цей непойменований договір до нового виду вже відомого типу договору, або він може бути охарактеризований як взагалі новий тип у системі цивільно-правових договорів? Для відповіді на це питання порівняємо договір про передання ноу-хау з договорами, які вже добре відомі в цивільному обороті. В юридичній літературі договір про передання ноу-хау часто ототожнюється з договором купівлі-продажу. Так, Г. Штумпф вважає, що вказаний договір ближче до купівлі-продажу, чим до патентної ліцензії, оскільки право за ним передається не на певний строк, а на строк існування самого права [5, с. 44]. Це пояснюється різним трактуванням природи ноу-хау, що впливає і на уявлення про правову природу цього договору. Оскільки існує точка зору про право власності на інформацію, виникає необхідність розгляду останнього як об'єкта купівлі-продажу. Проте такий підхід, що ґрунтується, перш за все, на «пропрієтарній» теорії, входить у суперечність не тільки з природою інформації як об'єкта правового регулювання, а й з чинним законодавством. Більшість норм щодо купівлі-продажу не можуть застосовуватися для передання інформації, оскільки суперечать природі останньої.

Майнові права, передання яких може регулюватися нормами купівлі-продажу, повинні знаходитися в одній площині з правом власності. Тому слід погодитися з В. Крижною, що предметом договору купівлі-продажу можуть бути майнові права, але за винятком майнових прав на об'єкти права інтелектуальної власності [7, с. 69]. Аналогічний підхід поділяють й інші вчені. Так, М. Якушев зазначає, що хоча інформація продається, під її продажем розуміється не класичний майновий договір купівлі-продажу, а надання певних інформаційних послуг або забезпечення доступу до бази даних [8, с. 41].

Особливістю договору про передання ноу-хау є й те, що він зазвичай породжує тривалі зобов'язальні правовідносини та, на відміну від договору купівлі-продажу, припускає можливість його дострокового розірвання або зміни у зв'язку з тим, що, наприклад інформація, що є змістом ноу-хау, застаріла.

Передання ноу-хау від володільця права на ноу-хау до набувача на правах власності суперечить суті досліджуваного договору. Якщо ноу-хау остаточно втрачається правоволодільцем, то контроль за його подальшим використанням виключається, відповідно, і збереження останнього в режимі конфіденційності стає недоцільним. На нашу думку, правовий зміст і характер квазівиключного права на ноу-хау та його природа суперечать можливості укладення договору купівлі-продажу ноу-хау.

Деякі вчені вважають за можливе застосування до договору про передання ноу-хау положень про договір найму (оренди). На нашу думку, з цим не можна погодитись, оскільки можна виділити декілька істотних відмінностей в конструкціях цих договорів. *По-перше,* предметом договору найму, як і договору купівлі-продажу, є матеріальний об'єкт або право, але не знання та секрети, як це має місце в договорі про передання ноу-хау. *По-друге,* за договором найму передається майно, одночасне («подвійне») володіння та користування яким виключено. *По-третє,* хоча договір про передання ноу-хау укладається як і договір найму на строк, інформація, що є суттю ноу-хау, залишається у набувача фактично безстроково [9, с. 16].

Чи можна в переданні інформації, що становить ноу-хау, угледіти наявність елементів договору підряду? Це питання виникає у зв'язку з тим, що до складу ноу-хау часто входять різні навички, методи та способи, що передаються у формі виконання певних дій. За договором підряду підрядчик зобов'язується не тільки виконати певну роботу, а й передати замовникові разом з результатом роботи інформацію щодо експлуатації або іншого використання предмета договору підряду, якщо це передбачено договором або якщо без такої інформації використання результату роботи для цілей, визначених у договорі, неможливе. Проте термін «інформація» ще не надає підстав для ототожнення двох різних за своєю природою договорів. Якщо без надання інформації, що є змістом ноу-хау, будь-якій із сторін неможливо виконати зобов'язання, то це звичайний договір підряду, що включає умову про збереження цих відомостей в секреті. Якщо ж одна із сторін припускає використання цієї інформації у своїй діяльності, то маємо справу із самостійним договором про передання ноу-хау в рамках договору підряду, за яким подібне надання ноу-хау має оплачуватись окремо, а умови, строк і порядок такого використання повинні бути обумовлені сторонами.

На перший погляд, може здатися, що норми, які регулюють договір про оплатне надання послуг, можуть бути застосовані аналогічно ситуації, коли володілець права на ноу-хау бере на себе зобов'язання відряджати своїх фахівців для навчання й інструктування персоналу набувача ноу-хау. Проте володілець права на ноу-хау зобов'язується не просто передати свій досвід і знання набувачу ноу-хау (спеціальні знання), а й засто-

совувати їх на практиці. У цьому полягає основна відмінність договору про передання ноу-хау від договору про надання послуг, при укладенні якого передаються замовникові просто спеціальні знання, наприклад, консультативні послуги.

Таким чином, порівняльний аналіз договорів свідчить, що положення жодного з них застосувати до досліджуваного договору не можна. Проте ноу-хау – це об'єкт права інтелектуальної власності, тому відповідь на питання про правову природу договору про передання ноу-хау не буде знайдено, якщо не буде проведений його порівняльний аналіз з договорами, які опосередковують оборот об'єктів права інтелектуальної власності, а саме – з ліцензійним договором і договором комерційної концесії.

Відповідно до ст. 1109 ЦК України за ліцензійним договором одна сторона (ліцензіар) надає іншій стороні (ліцензіату) дозвіл на використання об'єкта права інтелектуальної власності (ліцензію) на умовах, визначених за взаємною згодою сторін з урахуванням вимог ЦК України і спеціального законодавства.

Основна відмінність між ліцензійним договором і договором про передання ноу-хау полягає в об'єкті договору. За ліцензійним договором одна із сторін (ліцензіар) надає дозвіл на використання конкретного об'єкта інтелектуальної власності, що охороняється (запатентованого), іншій стороні (ліцензіату). Об'єктом договору про передання ноу-хау є саме ноу-хау як неохороноздатне рішення, що зберігається в режимі конфіденційності, а тому на відміну від запатентованого винаходу ноу-хау не можна використовувати, не отримавши його від правоволодільця. Звідси недостатньо тільки одного дозволу володільця права на ноу-хау на використання ноу-хау як інформації, необхідне його фактичне передання.

Відмінність зазначених договорів можна провести також за змістом, тобто на основі аналізу основних обов'язків сторін. Так, зміст ліцензійного договору може обмежуватися тільки наданням дозволу на використання об'єкта права інтелектуальної власності, а для договору про передання ноу-хау необхідні дії з передання самої інформації, що є змістом ноу-хау.

Особливістю є також умова про конфіденційність ноу-хау. У договорі про передання ноу-хау вирішального значення набуває обов'язок набувача дотримуватися конфіденційності інформації, що складає сутність ноу-хау. Конфіденційність – це не тільки основна умова договору, а й умова існування секретності ноу-хау як об'єкта договору, елемент його правового режиму. Іншими словами, договір існує до тих пір, поки зберігається ознака «секретності». Якщо вона зникає, договір припиняє свою дію, оскільки ноу-хау перестає бути нерозкритою інформацією [10, с. 59]. Включення в ліцензійний договір умови про конфіденційність можливе, однак воно не є обов'язковим.

Має певну специфіку і процес укладення договору про передання ноу-хау, що пов'язаний з небезпекою розкриття його змісту вже на переддоговірній стадії укладання договору. Тому підписанню договору про передання ноу-хау на практиці, як правило, передує попередня (опціонна) угода, в якій серед інших обговорюються умови забезпечення конфіденційності майбутніми сторонами договору.

Процедура укладення ліцензійного договору є значно простішою, оскільки при вступі у ліцензійні правовідносини не потрібно зберігати в таємниці інформацію, що розкриває суть цього об'єкта, оскільки будь-яка особа може ознайомитися, наприклад, з описом винаходу.

При укладенні договорів про передання ноу-хау важливо також не переступити їх кількісну межу. Укладаючи велику кількість договорів, володілець права на ноу-хау ризикує прискорити момент переходу ноу-хау в «суспільне надбання». Відносно ліцензійного договору такої небезпеки немає.

Договір про передання ноу-хау і ліцензійний договір відрізняються ще і тим, що строк дії останнього обмежений строком дії патенту (свідоцтва). Строк для договору про передання ноу-хау не має значення, оскільки воно існує до тих пір, поки зберігається конфіденційність інформації, що становить його суть. У зв'язку з цим для договору про передання ноу-хау існує спеціальна підстава його припинення – втрата секретності інформації, її «оприлюднення», що не має ніякого значення для ліцензійного договору. Тільки для договорів про передання ноу-хау характерний підвищений ступінь ризику морального старіння ноу-хау, а також можливість створення аналогічного рішення третьою особою і втрата у зв'язку з цим істотності (цінності) ноу-хау [11, с. 108].

Викладене свідчить, що ліцензійний договір і договір про передання ноу-хау слід вважати самостійними договорами.

Можливість використання конструкції договору комерційної концесії для передання ноу-хау випливає з легального визначення договору комерційної концесії, вперше введеного до ЦК України. За цим договором одна сторона (правоволоділець) зобов'язується надати іншій стороні (користувачеві) за винагороду право користування відповідно до її вимог комплексом прав, що належать цій стороні, з метою виготовлення і (або) продажу певного виду товару і (або) надання послуг.

Предметом договору комерційної концесії є право на використання комерційної таємниці, а також комерційного досвіду (ноу-хау. – *Т. Б.*). Проте слід враховувати, що на відміну від договору про передання ноу-хау договір комерційної концесії надає можливість використовувати не один об'єкт права інтелектуальної власності, а комплекс об'єк-

тів виключних прав, а також інших майнових прав. Передання ноу-хау – це лише частина, причому допоміжна відносно завдання реалізації товару за договором комерційної концесії. Різними є також цілі зазначених договорів. Якщо за договором про передання ноу-хау придбання його забезпечує певні переваги особі, яка отримала для використання ноу-хау, то за договором комерційної концесії набувач прагне до створення виробничої, торгової або збутової мережі для просування своїх товарів і послуг, розширення ринку їх збуту. За цим договором використання прав, що передаються, обмежується підприємницькою діяльністю, а за договором про передання ноу-хау подібні обмеження відсутні.

Визначені в ході проведеного аналізу загальні та відмінні ознаки договору про передання ноу-хау порівняно з іншими цивільно-правовими договорами мають подвійне значення. Якщо наявність загальних ознак дозволяє розглядати його як змішаний, то відмінності дозволяють кваліфікувати його як самостійний договір.

Безумовно, для договору про передання ноу-хау характерні деякі ознаки, що зближують його з відомими видами договорів, проте не може йтися про їх повний збіг. Виходячи з наявності в даному договорі загальних або схожих з іншими договорами ознак, деякі автори вважають його договором особливого роду, що втілює в собі умови різних видів договорів [12, с. 13].

Змішаним у науці цивільного права називається договір, який породжує зобов'язання, що входять до складу двох або кількох врегульованих законом типових договірних відносин. Можна зробити висновок, що з даної точки зору договір про передання ноу-хау характеризується як змішаний. У разі укладення змішаного договору його правове регулювання забезпечується нормами, що відносяться до кожного з поєднаних у ньому договірних типів. Але зміст договору про передання ноу-хау не вичерпується лише елементами традиційних договорів, а передбачає нові, характерні тільки для нього умови.

Слід погодитися з тим, що *змішаний договір* – це проміжна стадія в процесі виникнення нових видів договорів, яка необхідна до тих пір, поки не складеться самостійне законодавче регулювання нового виду зобов'язальних відносин [13, с. 63].

Зважаючи на те, що кількість договорів, які укладаються, про передання ноу-хау зростає, а поєднання в них елементів різних видів договорів носить стійкий, систематичний характер, можна дійти **висновку** про необхідність забезпечення відповідним юридичним механізмом даного виду договірних відносин. На нашу думку, доцільно включити договір про передання ноу-хау в систему договорів, а не шукати рішення тільки за допомогою загальних положень, оскільки в останньому випадку існує небезпека втрати чітких принципів застосування правових норм, отже, і додаткового ризику для сторін договору.

Література

1. *Шершеневич Г.* Общая теория права. – М., 1995. – Т. 2.
2. *Богуславский М. М., Воробьева О. В., Светланов А. Г.* Международная передача технологий: правовое регулирование. – М., 1985. – 279 с.
3. *Соколов С. А.* Стратегия и тактика ведения переговоров при торговле лицензиями и ноу-хау. – М., 2000. – Т. 1. – 208 с.
4. *Зенин И. А.* Основы гражданского права России. – М., 1993. – 288 с.
5. *Штумпф Г.* Договор о передаче ноу-хау. – М., 1988. – 376 с.
6. *Скрипко В. Р.* Гражданско-правовые вопросы научно-технического прогресса // СССР – Австрия: Проблемы гражданского и семейного права. – М., 1983. – 182 с.
7. *Крижна В. М.* Загальна характеристика договорів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності // Право України. – 2004. – № 9. – С. 68–71.
8. *Якушев М. В.* Информационное общество и правовое регулирование: новые проблемы теории и практики // Информационное общество. – 1999. – № 1. – С. 40–43.
9. *Свядосц Ю. И.* Договор на передачу ноу-хау в практике советских внешнеторговых объединений. – М., 1987. – 38 с.
10. *Беляева В. Н., Доронин М. Г.* Лицензионный договор на использование ноу-хау в Республике Беларусь и в Российской Федерации // Патенты и лицензии. – 2004. – № 6. – С. 57–60.
11. *Лопатина С. В.* Правовая природа договора о передаче ноу-хау // Вестник Ленинградского университета. – 1985. – № 6. – С. 107–111.
12. *Штумпф Г.* Лицензионный договор. – М., 1988. – 478 с.
13. *Собчак А. А.* Смешанные и комплексные договоры в гражданском праве // Советское государство и право. – 1987. – № 11. – С. 61–65.

In this article the author analyzes concept and features of know-how. Main attention is paid to the problem of definition of know-how assignation agreement as an individual type of contract relations and separation it from other contract institutions, which look similar to this agreement, first of all, licensing agreements.

В этой статье автором проанализировано понятие и признаки ноу-хау. Особое внимание уделено проблеме определения договора о передаче ноу-хау как самостоятельного вида договорных отношений и отмежеванию его от других договорных институтов, которые имеют внешнее сходство с указанным договором, и прежде всего, с лицензионными соглашениями.

МЕЖІ ЗДІЙСНЕННЯ ПОВНОВАЖЕНЬ ВИКОНАВЦЕМ ЗАПОВІТУ

Олександр Кухарєв,
канд. юрид. наук,
викладач кафедри цивільно-правових дисциплін
Навчально-наукового інституту права, економіки та соціології
Харківського національного університету внутрішніх справ

У статті розглянуто проблеми здійснення виконавцем заповіту своїх повноважень та встановлюються межі їх здійснення. Обґрунтовано висновок про те, що межі повноважень виконавця заповіту залежать від способу призначення останнього.

Ключові слова: заповіт, виконання заповіту, виконавець заповіту, межі повноважень.

Проголошення і захист права власності, скасування обмежень щодо кількості та вартості майна, яке може перебувати у власності осіб, зумовили нагальну необхідність, крім іншого, забезпечити належний перехід майна та майнових прав після смерті власника в порядку спадкового правонаступництва. У цьому аспекті вельми актуальною є діяльність виконавця заповіту, який призначається саме з метою реалізації волі спадкодавця, визначеної в заповіті. Участь у спадкових правовідносинах виконавця заповіту є додатковою гарантією виконання заповідальних розпоряджень належним чином і в установлений строк.

Реалізувати волю заповідача можна лише у разі надання виконавцю заповіту широкого кола повноважень, а також нормативного закріплення меж їх здійснення. Тільки тоді виконавець заповіту виступатиме як самостійний суб'єкт спадкових правовідносин, який певним чином може впливати на динаміку їх розвитку. Повноваження виконавця заповіту встановлені ст. 1290 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України: управління спадщиною; вжиття заходів щодо охорони спадкового майна та забезпечення повідомлення спадкоємців, відказоодержувачів, кредиторів про відкриття спадщини; вимагання від боржників спадкодавця виконання ними своїх зобов'язань; забезпечення одержання частки спадщини кожним із спадкоємців (у розмірі, визначеному заповітом) та особами, які мають право на обов'язкову частку у спадщині; забезпечення виконання спадкоємцями дій, до яких вони зобов'язані заповітом.

Слід зазначити, що нормами матеріального права не визначені межі здійснення повноважень виконавцем заповіту, хоча потреба в цьому є. Адже спадкоємці, їх законні представники, а також орган опіки та піклування мають право згідно із ст. 1293 ЦК України оскаржити до суду лише ті дії виконавця заповіту, які не відповідають вимогам ЦК України, інших законів, порушують інтереси спадкоємців. Так, серед повноважень виконавця заповіту є обов'язок вимагати від боржників спадкодавця виконання ними своїх зобов'язань (п. 3 ч. 1 ст. 1290 ЦК України). Проте окремо не закріплено право виконавця заповіту на звернення до суду з позовами до боржників спадкодавця. Тому на практиці можуть виникнути певні складнощі у процесі виконання зазначеного обов'язку. Невипадково деякі автори взагалі заперечують наявність у виконавця заповіту права на звернення до суду. Зокрема, С. Фурса та Є. Фурса стверджують, що оскільки права виконавця заповіту не порушені, він не може в порядку ст. 3 Цивільного процесуального кодексу (далі – ЦПК) України звернутися до суду [1, с. 183].

Для визначення меж здійснення повноважень виконавцем заповіту доцільно з'ясувати поняття «межі здійснення повноважень» у контексті відносин з виконання заповіту. На нашу думку, під *межами здійснення виконавцем заповіту своїх повноважень* слід розуміти сукупність дій, які виконавець заповіту вчиняє в межах виконання заповідальних розпоряджень.

Окремо слід вказати, що здійснення виконавцем заповіту своїх повноважень породжує правові наслідки для інших суб'єктів спадкових правовідносин. Так, дії виконавця заповіту щодо управління, охорони, зберігання спадкового майна впливають на інтереси спадкоємців як потенційних власників цього майна, які заінтересовані у його цілісності та збереженні; кредиторів спадкодавця, оскільки відповідно до ст. 1282 ЦК України спадкоємці відповідають за боргами спадкодавця в межах вартості майна, одержаного у спадщину: зменшення спадкових активів внаслідок втрати, знищення майна має наслідком і пропорційне зменшення розміру боргу, за яким відповідає спадкоємець.

Межі здійснення виконавцем заповіту своїх повноважень були предметом дослідження переважно цивілістів дореволюційного

© О. Кухарєв, 2009

періоду, оскільки законодавство та практика того часу містили більше можливостей щодо виконання заповіту. З цього приводу А. Гордон зазначав, що найбільш точний спосіб визначення меж здійснення повноважень виконавцем заповіту – це встановлення їх волею заповідача [2, с. 255, 256]. Аналогічне стверджував В. Фрідштейн, вказуючи на залежність прав виконавця заповіту від волі заповідача, вираженої в самому заповіті [3, с. 69]. Невипадково проект Цивільного укладення Російської імперії в ст. 1442 передбачав положення про те, що права та обов'язки «душоприказника» визначаються заповітом. У випадку, коли заповідач не визначав прав та обов'язків «душоприказника», вони встановлюються законом [4]. Іншими словами, при визначенні повноважень виконавця заповіту перевага надавалася заповіту.

Учені радянської доби здебільшого доводили, що джерелом прав та обов'язків виконавця заповіту є закон [5, с. 411; 6, с. 36].

Сучасні дослідники теж дискутують з цього питання. Дещо звужує межі здійснення повноважень виконавцем заповіту В. Васильченко, який вважає, що основним функціональним призначенням виконавця заповіту є повне сприяння здійсненню останньої волі спадкодавця, пов'язаної з розпорядженням спадковим майном, зазначеним у заповіті [7, с. 147]. Такий підхід є певною мірою спірним, оскільки, якщо виконавець заповіту лише сприяє здійсненню останньої волі спадкодавця, то виникає закономірне питання: а хто безпосередньо здійснює цю волю? На нашу думку, логічно, що саме виконавець заповіту виконує заповідальні розпорядження, а тому межі його повноважень є значно ширшими.

С. Фурса та Є. Фурса зазначають, що за своєю суттю роль виконавця заповіту не може зводитися до представництва волі тільки заповідача, тут мають враховуватися права й інтереси спадкоємців, інших заінтересованих осіб, у тому числі суспільні інтереси, якщо у заповіті є відповідні умови. При цьому певні переваги мають надаватись охороні та захисту останнього волевиявлення заповідача, що зумовлює пріоритети у діяльності виконавця заповіту [1, с. 173].

Викладені позиції, з урахуванням норм чинного законодавства, не дають однозначної відповіді на питання про те, в яких межах виконавець заповіту здійснює свої повноваження, які чинники впливають на встановлення цих меж. Отже, окреслена проблема залишається не вирішеною та потребує ретельного наукового аналізу.

Метою цієї статті є визначення меж здійснення виконавцем заповіту своїх повноважень і з'ясування умов, які впливають на їх зміст.

Повноваження виконавця заповіту й особливості їх здійснення вже розглядалися на рівні наукової статті [8], проте з'ясування меж здійснення повноважень зазначеним суб'єктом автор не мав на меті.

Встановлення меж здійснення повноважень виконавцем заповіту має як теоретичне, так і практичне значення, оскільки окреслює ті дії, вчинення яких породжує правові наслідки для всіх учасників спадкових правовідносин. Зазначене набуває актуальності з урахуванням того, що заповідача на момент виникнення повноважень виконавця заповіту немає в живих, а тому в деяких випадках досить складно встановити зміст його розпоряджень та особливості їх виконання.

Насамперед слід зазначити, що, виходячи із змісту ст. 1290 ЦК України, повноваження виконавця заповіту охоплюють лише його обов'язки, оскільки у статті йдеться саме про виконання. Права ж не виконуються, а здійснюються. Так, відповідно до ст. 12 ЦК України особа здійснює своє цивільне право вільно, на свій розсуд. Це означає, що суб'єкти цивільного права без будь-якого стороннього впливу та можливого тиску обирають варіанти дозволеної поведінки, які полягають у реалізації належних їм правомочностей, що складають відповідне суб'єктивне право. Стаття 14 ЦК України встановлює, що цивільні обов'язки виконуються.

Отже, всі повноваження, закріплені ст. 1290 ЦК України, необхідно розглядати як суб'єктивні обов'язки виконавця заповіту. Що стосується його прав, то їх виокремлено лише статтями 1291 та 1295 ЦК. До них, зокрема, відносяться право виконавця заповіту на плату за виконання своїх повноважень і право виконавця заповіту на відмову від здійснення своїх повноважень.

До речі, ЦК УРСР 1963 р. пов'язував повноваження виконавця заповіту з правами останнього. Так, ст. 547 ЦК УРСР 1963 р., яка мала назву «Повноваження виконавця заповіту» встановлювала, що виконавець заповіту має право вчиняти всі дії, необхідні для виконання заповіту.

Слід зазначити, що законодавець допускає в главі 88 ЦК України певні термінологічні неточності. Так, в одних статтях вживається термін «виконання» щодо повноважень виконавця заповіту (ст. 1291), в інших – «здійснення» (статті 1294, 1295).

Основним чинником, що впливає на межі встановлення повноважень виконавця заповіту, є спосіб призначення останнього. ЦК України передбачає чотири такі способи: призначення виконавця заповіту безпосередньо заповідачем (ст. 1286); спадкоємцями (ч. 2 ст. 1287); судом за позовом одного із спадкоємців (ч. 3 ст. 1287) та нотаріусом (ст. 1288).

Визначаючи межі здійснення повноважень виконавцем заповіту в кожному з окреслених

випадків, слід звернути увагу на те, що одним із базових принципів спадкового права є *принцип свободи заповіту*. Сутність цього принципу полягає в тому, що заповідач може не лише розпорядитися всім майном або його часткою, призначити спадкоємцем будь-яку особу або позбавити спадщини спадкоємців за законом, не обґрунтовуючи причини, а й покласти на виконавця заповіту виконання додаткових обов'язків, не передбачених законом. Ідеться, наприклад, про продаж спадкового майна та розподіл отриманих коштів між спадкоємцями у визначених частках, поховання у певному місці, опублікування рукописів тощо. Крім того, ст. 6 Закону України «Про поховання і похоронну справу» від 10.07.2003 р. встановлюється право громадян на поховання їхнього тіла та волевиявлення щодо належного ставлення до тіла після смерті. Таке волевиявлення може бути виражене у згоді чи незгоді на проведення патолого-анатомічного розтину, на вилучення органів і тканин тіла, у побажанні бути похованим у певному місці, за певними звичаями, поруч з певним раніше померлим або бути підданим кремації. Отже, у заповіті може бути встановлена вся церемонія поховання з урахуванням побажання померлої особи. Здійснення волі заповідача щодо цього повинно охоплюватися повноваженнями виконавця заповіту.

Таким чином, незважаючи на відсутність у ст. 1290 ЦК України застереження про невичерпний перелік повноважень виконавця заповіту, на останнього за волевиявленням заповідача можуть бути покладені додаткові обов'язки. У цьому випадку заповідач, розширяючи повноваження виконавця заповіту, буде обмежений лише змістом ст. 13 ЦК України щодо утримання від порушення прав інших осіб, заподіяння шкоди довкіллю або культурній спадщині, а також обов'язку дотримуватися моральних засад суспільства.

Оскільки, заповіт – це правочин, до правовідносин щодо складання та виконання заповіту можна застосувати окремі норми глави 16 ЦК України як загальні в тому обсязі, в якому вони не суперечать суті досліджуваних правовідносин. Так, відповідно до ст. 203 ЦК України зміст правочину не може суперечити ЦК, іншим актам цивільного законодавства, а також моральним засадам суспільства. Отже, до заповідальних розпоряджень слід застосовувати аналогічні вимоги. Виходячи з викладеного, виконавець заповіту повинен утриматися від виконання заповідальних розпоряджень, зміст яких суперечить закону та моральним засадам суспільства. Так, неприйнятним буде виконання розпорядження заповідача щодо образи виконавцем заповіту третьої особи, знищення її майна тощо. І хоча нотаріус перевіряє, чи не містить заповіт розпоряджень, що суперечать чинному законодавству (п. 160 Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затвердженої наказом Міністерства юстиції України від 03.03.2004 р. № 20/5), зазначені заповідальні розпорядження можуть міститися в секретному заповіті. До таких заповідальних розпоряджень застосовуються правові наслідки недійсності правочину, встановлені ст. 216 ЦК України. Разом із тим виходячи із загального правила ст. 217 ЦК України, недійсність окремих заповідальних розпоряджень не має наслідком недійсності всього заповіту.

Досвід деяких зарубіжних країн свідчить про більш досконалий підхід до встановлення повноважень виконавця заповіту. Так, ЦК Російської Федерації містить положення про невичерпний перелік повноважень виконавця заповіту, закріплюючи можливість покласти на нього вчинення дій, не передбачених законом (ст. 1135). У ЦК Грузії обсяг повноважень виконавця заповіту визначається правилом про те, що виконавець заповіту має право вчиняти всі дії, необхідні для виконання заповіту (ст. 1415).

Слід зазначити, що правом на призначення виконавця заповіту, крім заповідача, наділені спадкоємці, суд, нотаріус. Зазначені особи не можуть розширити коло повноважень виконавця заповіту, передбачених законом: суд і нотаріус є суб'єктами публічного права, отже, у своїй діяльності керуються виключно правовими приписами згідно із ст. 6 Конституції України, відповідно до якої органи законодавчої, виконавчої та судової влади здійснюють свої повноваження у встановлених Конституцією України межах і відповідно до законів України. Крім того, відповідно до ст. 7 Закону України «Про нотаріат» від 02.09.1993 р. нотаріуси у своїй діяльності керуються законами України, указами та розпорядженнями Президента України, постановами і розпорядженнями Кабінету Міністрів України, а на території Республіки Крим, крім того, – законодавством Республіки Крим, наказами Міністра юстиції України, нормативними актами обласних, Київської та Севастопольської міських державних адміністрацій. Таким чином, суд і нотаріус, здійснюючи покладені на них функції, мають право вчиняти лише дії, які прямо передбачені правовими нормами. Чинне законодавство не містить застережень щодо можливості розширення судом і нотаріусом повноважень виконавця заповіту, встановлених ст. 1290 ЦК України.

Отже, вказані суб'єкти, незважаючи на наявність у них права на призначення виконавця заповіту, не можуть покласти на нього обов'язок щодо продажу спадкового майна, встановлення заповідального відказу тощо, оскільки лише заповідач, як власник майна, наділений таким правом. Крім того, суд і но-

таріус можуть реалізувати право на призначення виконавця заповіту лише за наявності правових підстав, встановлених ЦК України. Так, суд призначає виконавця заповіту у разі спору між спадкоємцями щодо кандидатури виконавця заповіту та за заявою одного з них. Виконавець заповіту може бути призначений нотаріусом у випадку, коли заповідач не скористався таким правом або призначений заповідачем виконавець заповіту відмовився від виконання своїх повноважень чи був усунутий судом, і якщо цього потребують інтереси спадкоємців.

Повноваження виконавця заповіту, призначеного спадкоємцями, обмежені двома чинниками: змістом заповідальних розпоряджень; положеннями ст. 1290 ЦК України. Іншими словами, спадкоємці не можуть розширювати повноваження виконавця заповіту, оскільки мета призначення виконавця заповіту – здійснення волі заповідача. У випадку, коли на виконавця заповіту покладатиметься обов'язок щодо виконання розпоряджень спадкоємців, зазначені правовідносини матимуть зовсім іншу правову конструкцію, трансформуючись у договір доручення.

Таким чином, правом розширити повноваження виконавця заповіту, встановлені законом, наділений лише заповідач. У такому випадку джерелом виникнення повноважень виконавця заповіту є заповіт і закон. У разі ж призначення виконавця заповіту спадкоємцями, судом або нотаріусом, джерелом його повноважень є закон.

Проте встановлення в заповіті додаткових повноважень його виконавця в деяких випадках потребує тлумачення змісту заповіту. Йдеться про покладання на виконавця заповіту обов'язку щодо вчинення дещо суперечливих і важко здійсненних дій. У такому випадку, згідно із ст. 1256 ЦК України, тлумачення заповіту може бути здійснене після відкриття спадщини спадкоємцями. І лише у разі спору між спадкоємцями тлумачення заповіту здійснюється судом відповідно до ст. 213 ЦК України. Таким чином, в окресленій ситуації спадкоємці можуть певним чином (опосередковано) впливати на встановлення повноважень виконавця заповіту шляхом тлумачення змісту окремих заповідальних розпоряджень. Втім, зазначене є скоріше винятком із загального правила, оскільки умовами такого впливу з боку спадкоємців є не лише покладання на виконавця заповіту додаткових повноважень, а й потреба в їх тлумаченні внаслідок неможливості зрозуміти справжню волю заповідача. На особливу увагу заслуговує та обставина, що сам виконавець заповіту не є суб'єктом тлумачення заповіту.

Проведене нами дослідження дозволяє зробити **висновок,** що на встановлення меж повноважень виконавця заповіту впливає спосіб призначення останнього. Покласти на виконавця заповіту додаткові обов'язки крім тих, що встановлені законом (ст. 1290 ЦК України), має право лише заповідач шляхом внесення до змісту заповіту відповідних розпоряджень. У цьому випадку заповідач буде обмежений лише статтями 13, 203 ЦК України. Інші суб'єкти (спадкоємці, суд, нотаріус) не можуть розширити повноваження виконавця заповіту, закріплені ст. 1290 ЦК України; вони наділені лише правом на призначення виконавця заповіту за наявності підстав, встановлених законом.

Література

1. *Спадкове* право: Нотаріат. Адвокатура. Суд / С. Я. Фурса, Є. І. Фурса, О. М. Клименко та ін.; За ред. С. Я. Фурси. – К., 2007. – 1216 с.
2. *Гордон А.* Представительство в гражданском праве. – СПб., 1879. – 434 с.
3. *Фридштейн В.* Наследство: по 1-й части 10 т. – СПб., 1903. – 150 с.
4. *Гражданское* уложение: Кн. 4. Наследственное право: проект Высочайше учрежденной Редакционной комиссии по составлению Гражданского уложения (с объяснениями, извлеченными из трудов Редакционной комиссии) / Под ред. И. М. Тютрюмова. – М., 2008. – 296 с.
5. *Рясенцев В. А.* Представительство и сделки в современном гражданском праве. – М., 2006. – 603 с.
6. *Бондарев Н. И., Эйдинова Э. Б.* Завещания, приравниваемые к нотариальным и их исполнение. – М., 1975. – 162 с.
7. *Васильченко В. В.* Питання теорії та практики виконання заповіту // Право і суспільство. – 2006.– № 3. – С. 144–152.
8. *Кухарев О. Є.* Повноваження виконавця заповіту та їх здійснення за новим Цивільним кодексом України // Вісник Академії правових наук України. – 2004. – № 3. – С. 90–97.

The problems of realizing his authorities and their limits by the executor of the will are researched in this article. It is grounded that the limits of such authorities depend on the way of executor's appointment.

В статье рассмотрены проблемы осуществления исполнителем завещания своих полномочий и устанавливаются пределы их осуществления. Обоснован вывод о том, что пределы полномочий исполнителя завещания зависят от способа назначения последнего.

СПІВВІДНОШЕННЯ ДОГОВОРУ НА ВИКОНАННЯ НАУКОВО-ДОСЛІДНИХ АБО ДОСЛІДНО-КОНСТРУКТОРСЬКИХ І ТЕХНОЛОГІЧНИХ РОБІТ ІЗ ДОГОВОРОМ ПІДРЯДУ

Марина Великанова,
старший викладач кафедри права та методики викладання історико-правознавчих дисциплін Ніжинського державного університету ім. Миколи Гоголя

У статті досліджується співвідношення договору на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських і технологічних робіт із договорами підряду. Через встановлення специфічних ознак договору на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських і технологічних робіт робиться висновок про те, що ці договори не можна ототожнювати з договорами підряду, договорами у сфері капітального будівництва, договорами поставки. Разом із тим розташування договорів на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських і технологічних робіт в одній групі з підрядними договорами дозволяє застосовувати до них підрядні норми, на які не впливає специфіка науково-дослідних або дослідно-конструкторських і технологічних робіт.

Ключові слова: договір, науково-дослідні роботи, дослідно-конструкторські та технологічні роботи.

У процесі визначення місця договорів на виконання науково-дослідних, дослідно-конструкторських і технологічних робіт у системі цивільно-правових договорів їх дуже часто пов'язують за юридичною природою з підрядними договорами [1, с. 14; 2, с. 10–11; 3, с. 26; 4, с. 156–159]. Причому одні автори вважають ці договори різновидом підрядних [2, с. 10–11; 4, с. 156–159], інші – відносять їх до групи підрядних договорів [1, с. 14; 3, с. 26]. У Цивільному кодексі (далі – ЦК) України норми, що регулюють правовідносини з виконання науково-дослідних, дослідно-конструкторських і технологічних робіт (глава 62), розміщені серед положень про договори підрядного типу. У зв'язку з цим виникає необхідність у порівняльному дослідженні договору підряду та договору на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських і технологічних робіт, яке дозволить визначити місце останніх, встановити особливості регулювання виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських і технологічних робіт.

Дослідженням питань співвідношення договорів на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських і технологічних робіт із договорами підряду займалися Я. Бараш, Є. Панфілов, А. Приблуда, В. Рассудовський, В. Луць та ін. Проте зазначені дослідження здійснювалися або ще в радянський період, або до прийняття та набрання чинності ЦК України, а тому дещо втратили своє значення. Слід зазначити, що сьогодні не приділяється належна увага розмежуванню договорів на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських і технологічних робіт та підряду, що створює проблеми при регулюванні відносин, які виникають із досліджуваних договорів.

Метою цієї статті є з'ясування спільних і відмінних ознак договорів на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських і технологічних робіт та підряду задля встановлення місця таких договорів у системі цивільно-правових договорів, виявлення особливостей регулювання виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських і технологічних робіт.

Договори на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських і технологічних робіт пов'язує з договорами підряду те, що вони спрямовані на досягнення результату, відокремленого від роботи. Саме для досягнення цього результату сторони укладають договір на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських і технологічних робіт, оскільки замовників цікавить все ж результат робіт, нехай навіть негативний, а не роботи як такі [5, с. 365]. Разом із тим не можна розглядати договори підряду та договори на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських і технологічних робіт як родове та видове поняття,

© М. Великанова, 2009

бо це може призвести до неправильного застосування норм права до відносин, що виникають із вказаних договорів, оскільки договори на виконання науково-дослідних, дослідно-конструкторських і технологічних робіт мають ряд ознак, що відрізняють їх від договорів підряду.

По-перше, об'єктом підрядного договору є створення нової або переробка (обробка) існуючої речі чи виконання іншої подібної роботи, а за договором на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських і технологічних робіт об'єктом є результат наукових досліджень або розробка конструкції нового виробу, нової технології тощо, тобто результат інтелектуальної творчості. Відповідно до пунктів 3, 4 Інструкції щодо заповнення форми державного статистичного спостереження № 1-наука «Звіт про виконання наукових та науково-технічних робіт», затвердженої наказом Державного комітету статистики України від 20.08.2007 р. № 306, під науковими дослідженнями та розробками необхідно розуміти творчу діяльність, яка здійснюється на систематичній основі з метою збільшення обсягу наукових знань, у тому числі про людину, природу та суспільство, а також пошук нових сфер застосування цих знань. Зазначимо, що критерієм, який дозволяє відрізнити наукові дослідження та розробки від супутніх їм видів діяльності, є наявність у дослідженнях і розробках значного елемента новизни. Відповідно до цього критерію конкретний проект залежно від мети проекту належить або не належить до наукових досліджень і розробок.

По-друге, результатом договору підрядного типу є створення чи переробка матеріальної речі, а результатом договорів на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських і технологічних робіт, який за своєю суттю є результатом творчості, може бути і нематеріальний об'єкт. Саме ця ознака наближає договори на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських і технологічних робіт до договорів про створення та використання результатів інтелектуальної діяльності (ліцензійних, франчайзингу тощо).

По-третє, відмінність між договорами підрядного типу та договорами на виконання науково-дослідних, дослідно-конструкторських і технологічних робіт полягає в тому, що в договорах підрядного типу ризик випадкової загибелі предмета підряду або неможливості закінчення роботи несе підрядник, а в договорах на виконання науково-дослідних, дослідно-конструкторських і технологічних робіт ризик неможливості досягнення результату цих робіт покладається на замовника. Тут береться до уваги творчий характер робіт, під час виконання яких не завжди можна гарантувати успіх. Саме тому, на думку В. Луця, у договорах на створення та використання результатів науково-технічної діяльності мають бути чітко сформульовані наукові, технічні, економічні й інші вимоги до науково-технічної продукції, що є предметом договору [6, с. 261].

По-четверте, жоден договір на виконання науково-дослідних, дослідно-конструкторських і технологічних робіт не може бути здійснений без науково-технічних передумов, а договір підряду таких передумов не знає. Орієнтоване (можливе) визначення вартості робіт, порядок здачі-прийняття й оплати робіт із окремих етапів досліджень і конструювання несуть на собі відбиток такої специфіки, яка не властива договору підряду.

Кваліфікація договорів на виконання науково-дослідних, дослідно-конструкторських і технологічних робіт як різновиду (тобто підвиду) підряду передбачає, що всі ознаки, характерні договорам підряду, мають спостерігатись і в зазначених договорах із урахуванням певної специфіки цих договорів. Проте ми виявили, що ці договори відрізняє ряд ознак.

Необхідність розмежування договорів на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських і технологічних робіт – проблема не лише теоретична. Суди при розгляді конкретних справ також мають правильно застосовувати норми матеріального права, про що вказував Вищий господарський суд України при розгляді касаційної скарги ДП «Нафтогазбезпека» НАК «Нафтогаз» на постанову Київського апеляційного господарського суду від 31.08.2005 р. № 6/190 за позовом ТОВ «Любе місто спецодяг». Із фабули справи вбачається, що між ДП «Нафтогазбезпека» НАК «Нафтогаз України» (замовником) та ТОВ «Любе місто спецодяг» (виконавцем) було укладено договір № 17, відповідно до якого відповідач доручив, а позивач взяв на себе зобов'язання щодо проведення екологічного обстеження ґрунту в місцях, погоджених із замовником і виконавцем.

Господарський суд м. Києва та Київський апеляційний господарський суд договір від 31.03.2004 р. № 17 між ДП «Нафтогазбезпека» НАК «Нафтогаз» та ТОВ «Любе місто спецодяг» визнали договором підряду, у зв'язку з чим застосування до правовідносин сторін правил глави 62 ЦК України, на думку цих судових інстанцій, є необґрунтованим. Вищий господарський суд України зазначив, що висновки місцевого й апеляційного господарських судів зроблені без належної правової оцінки обставин справи та при неповному їх встановленні в прийнятих судових рішеннях. Попереднім судовим інстанціям для правильного вирішення спору необхідно було оцінити в розрізі За-

кону України «Про наукову та науково-технічну діяльність» та Інструкції про порядок складання статистичної звітності № 1-наука «Звіт про виконання наукових та науково-технічних робіт», затвердженої наказом Державного комітету статистики України від 09.09.2003 р. № 290, зареєстрованої в Міністерстві юстиції України 14.12.2005 р. за № 1494/11774, Інструкції щодо заповнення форми державного статистичного спостереження № 1-наука «Звіт про виконання наукових та науково-технічних робіт», затвердженої на зміну згаданої інструкції наказом Державного комітету статистики України від 28.11.2005 р. № 382, зареєстрованої в Міністерстві юстиції України 14.12.2005 р. за № 1494/11774, не лише умови договору від 31.03.2004 р. № 17, а й відповідну документацію, якою супроводжувалося проведення дослідів та отримання відповідних результатів, а також методику проведення екологічного обстеження, визначення й обґрунтування якої є обов'язком позивача згідно з п. 1.4 договору. А за необхідності для роз'яснення питань, що потребують спеціальних знань, призначити судову експертизу. І лише за результатами оцінки зазначених обставин вирішити питання щодо обґрунтованості застосування відповідачем до спірних правовідносин положень глави 62 ЦК України «Виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт» [7].

Крім того, договори на виконання науково-дослідних, дослідно-конструкторських і технологічних робіт необхідно також відмежовувати від підрядних договорів у галузі капітального будівництва. Такими є договір на виконання будівельно-монтажних робіт і договір на виконання проектних та пошукових робіт. Відмінність між вказаними договорами та договорами на виконання науково-дослідних, дослідно-конструкторських і технологічних робіт полягає, перш за все, в різних предметах цих договорів. Так, предметом договору на проектування є технічна документація як результат праці підрядної проектної організації, що досягається шляхом виконання проектно-дослідних робіт, передбачених завданням і регламентується спеціальними правовими нормами [4, с. 154].

Проектування є обов'язковою стадією капітального будівництва. Наукові та конструкторські роботи виконуються не тільки в галузі будівництва, а й в інших галузях господарства. Предметом договорів на виконання науково-дослідних, дослідно-конструкторських і технологічних робіт є наукові дослідження, розробка зразків нового виробу та конструкторської документації на нього, нової технології. Хоча деякі результати цих робіт можуть бути зовні подібні (наприклад, технічна документація), але за способами та методами вирішення задач ідеться про різні роботи та різні в основному результати, на чому й наголошувалося у відповідній літературі [8, с. 18].

Договори на виконання науково-дослідних, дослідно-конструкторських і технологічних робіт розмежовуються з договорами в галузі капітального будівництва й за іншими критеріями. Так, за договором будівельного підряду об'єкт будівництва відомий заздалегідь, на нього розробляються проекти та креслення, заготовляються матеріали, здійснюється організація робіт. При виконанні конструкторських робіт заздалегідь відомі лише основні технологічні вимоги до конструйованого дослідного зразку. Разом із тим сторони не знають яким буде цей дослідний зразок. Розробка креслень, добір матеріалів тощо здійснюється в процесі конструювання. Це також стосується і договорів на виконання науково-дослідних робіт. Під час виконання таких робіт відомою є лише задана проблема, а очікуваний результат та й сама методика дослідження виявляються у процесі роботи.

За договором будівельного підряду відома також вартість будівельних робіт, а під час виконання науково-дослідних, дослідно-конструкторських і технологічних робіт вартість їх може бути визначена лише приблизно, оскільки обсяг досліджень, кількість часу, необхідного науковим працівникам, конструкторам для здійснення дослідження, кількість і вартість матеріалів заздалегідь встановити не можна.

Таким чином, різниця між підрядом і науково-дослідними або дослідно-конструкторськими та технологічними роботами лежить не у сфері відокремленості (не відокремленості) результату робіт, а в характері роботи та відокремленого результату. Тому не можна погодитися з авторами, які вважають, що відмінність договору на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських і технологічних робіт від договору підряду полягає в його спрямованості на виконання робіт як таких. Таке твердження наближає договори на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських і технологічних робіт до договорів із надання послуг. Так, договір на виконання науково-дослідних, дослідно-конструкторських і технологічних робіт містить деякі елементи договору поставки, адже виконавець здійснює не тільки розробку дослідних зразків, а й відвантажує їх на адресу замовника. Разом із тим для практики важливе значення має відмежування вказаних договорів від договору поставки продукції в порядку дослідної партії, оскільки вони часто опосередковують пов'язані між собою відносини. Слід зазначити, що вказані договори мають різну юридичну природу, оскільки найважливішою оз-

накою договору поставки є передача у власність, повне господарське відання чи оперативне управління певної продукції, а для договорів на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських і технологічних робіт першочерговим завданням є саме виконання роботи й отримання результатів, а передача їх замовнику є лише одним із етапів. Більше того, значення при відправці мають саме результати роботи, а не відправка сама собою. У зв'язку з цим варто погодитися з Г. Осетинською, що критерієм розмежування схожих правовідносин є діяльність і результат діяльності, який вона називає характером діяльності [9, с. 253].

Висновки

Ознаками, що відрізняють договори на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських і технологічних робіт від договорів підряду є унікальний, творчий та індивідуальний характер робіт, що виконуються за договором, особливий принцип розподілу ризиків між сторонами, визнання негативного результату належним виконанням договору, підстави й обсяг відповідальності сторін за порушення своїх зобов'язань. У зв'язку з цим неприпустимим є їх ототожнення з договорами підряду, договорами у сфері капітального будівництва, договорами поставки. Проте розташування договорів на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських і технологічних робіт в одній групі з підрядними договорами дозволяє застосовувати до них ті підрядні норми, на які не впливає специфіка науково-дослідних або дослідно-конструкторських і технологічних робіт.

Література

1. *Бараш Я. Б.* Договоры на выполнение научно-исследовательских и конструкторских работ. – М., 1962. – 91 с.

2. *Панфилов Е. А.* Гражданско-правовое регулирование деятельности государственных проектных организаций: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Свердловск, 1964. – 24 с.

3. *Приблуда А. С.* Договор на опытно-конструкторские работы // Советское государство и право. – 1958. – № 1. – С. 25–34.

4. *Рассудовский В. А.* Правовые средства стимулирования технического прогресса // Советская юстиция. – 1964. – № 24. – С. 8–10.

5. *Гражданское* право / Е. Ю. Валявина, Н. П. Василевская, Н. Д. Егоров и др.; Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М., 1997. – Ч. 2. – 784 с.

6. *Луць В. В.* Контракти у підприємницькій діяльності. – К., 2001. – 560 с.

7. *Справа* № 6/190 від 19 січня 2006 року // Архів господарського суду м. Києва за 2006 р.

8. *Ринг М. П.* Договоры на научно-исследовательские и конструкторские работы. – М., 1967. – 198 с.

9. *Осетинська Г. А.* Проблеми визначення класифікаційних критеріїв відмежування зобов'язань з надання послуг та поділу їх на види // Вісник господарського судочинства. – 2004. – № 2. – С. 251–256.

The correlation of the contracts on implementation of research-and-development or research-design and technological works is investigated in the article. Through establishment of specific indications of the contracts on implementation of research-and-development or research-design and technological works the conclusion is made that these contracts can not be indentified with the contracts of contract, the contracts in the field of fundamental building, the contracts of delivery. At the same time the location of the contracts on implementation of research-and-development or research-design and technological works in one group with inferior contracts allows to apply to them those inferior norms which the specific of research-and-development or research-design and technological works does not influence on.

В статье исследуется соотношение договора на выполнение научно-исследовательских или опытно-конструкторских и технологических работ с договорами подряда. Через установление специфических признаков договора на выполнение научно-исследовательских или опытно-конструкторских и технологических работ делается вывод о том, что настоящие договоры нельзя отождествлять с договорами подряда, договорами в сфере капитального строительства, договорами поставки. В то же время расположение договоров на выполнение научно-исследовательских или опытно-конструкторских и технологических работ в одной группе с подрядными договорами позволяет применять к ним подрядные нормы, на которые не влияет специфика научно-исследовательских или опытно-конструкторских и технологических работ.

РОЗМЕЖУВАННЯ ПОНЯТЬ «СПАДКОВА ТРАНСМІСІЯ» ТА «СПАДКОВЕ ПРЕДСТАВЛЕННЯ»

Аліна Гончарова,
аспірантка
Київського університету права НАН України ім. В. М. Корецького

В статті розглядаються проблеми правового становлення інституту спадкової трансмісії та спадкового представлення в цивільному праві України. Аналіз теоретичних досліджень вітчизняних науковців та нотаріальної практики свідчить, що в практиці застосування виникає низка питань, пов'язаних з вірним розмежуванням поняття спадкової трансмісії та спадкового представлення.

Ключові слова: спадкова трансмісія, спадкування за правом представлення, рецепція, спадкодавець, спадкоємець, трансмісар, трансмітент, відкриття спадщини, прийняття спадщини, відмова від спадщини, поколінне наступництво, правонаступництво, черговість спадкування.

Спадкування за правом представлення та спадковою трансмісією було відоме ще в римському праві, але, незважаючи на те, що було тією чи іншою мірою рецепійоване новітніми цивільно-правовими системами, і на сучасному етапі залишається одним із проблематичних як в доктрині цивільного права, так і в практичному застосуванні.

За останній період вітчизняна цивілістика поповнилася дослідженнями з окремих (а саме – загальних) питань інституту спадкування. Разом із тим в Україні до цього часу немає жодної фундаментальної роботи, присвяченої всебічному дослідженню спадкування за спадковою трансмісією та правом представлення. Аналіз теоретичних досліджень, в яких започатковано розгляд цієї проблеми, свідчить, що науковий інтерес щодо розроблення даної теми у різні часи виявляли такі вчені-цивілісти, як М. Барщевський, В. Васильченко, О. Дзера, Ю. Заіка, С. Пасічник, Є. Рябоконь, В. Синайський, Є. Фурса та ін.

Метою цієї статті є визначення історичної й юридичної природи інституту спадкування за спадковою трансмісією та правом представлення, з'ясування сутності та особливостей їх застосування на практиці.

Основне завдання дослідження полягає у систематизації й аналізі реформування ідеї виникнення терміна «спадкування за правом представлення» та «спадкування за спадковою трансмісією», їх нормативно-правового закріплення, а також розвитку та регресії в сучасних умовах.

Загальновизнано, що римська цивілістика залишається неперевершеною для сучасного право-творення, сприяє розумінню теоретичних і практичних питань розвитку спадкового права. Саме в римському приватному праві вперше знайшли своє відображення поняття «спадкова трансмісія» та «спадкове представлення», закріплені в преторських актах, які регулювали колізійні питання спадкування. У римському приватному праві зазначалося, що якщо закликаний до спадкування спадкоємець помирає не із своєї вини, не встигнувши прийняти спадщину, то за законодавством імператора Феодосія II (450 р.) після розслідування справи право на прийняття спадщини може бути надано його спадкоємцям у порядку так званої спадкової трансмісії [1, с. 431]. Але це положення римського права дуже обережно застосовувалося на практиці, оскільки вважалося, що право, яке виникає у спадкоємця в момент відкриття спадку, носить суто особистий характер.

Аналіз історії розвитку спадкової трансмісії та спадкового представлення свідчить, що вперше сучасне визначення зазначених понять було сформоване в Цивільному кодексі (далі – ЦК) УРСР від 18.07.1963 р.

Враховуючи існуючу світову практику спадкування, в Цивільному кодексі України були закріплені підстави та порядок спадкування за спадковою трансмісією. Стаття 1276 ЦК України надає чітке визначення спадковій трансмісії. Якщо спадкоємець за заповітом або за законом помер після відкриття спадщини та не встиг її прийняти, право на прийняття належної йому частки спадщини, крім права на прийняття обов'язкової частки у спадщині, переходить до його спадкоємців [2, с. 719].

Щодо самого визначення спадкової трансмісії, то його можна вважати вдалим і таким, що відображає суть самого явища. Поняття «трансмісія» рецепійоване від латинського слова «transmission», що означає пере-

© А. Гончарова, 2009

дачу, пересилку будь-чого [3, с. 650]. У даному контексті під трансмісією розуміється можливість для спадкоємців набути права трансмісарів, тобто до них переходить право стати спадкоємцями (правонаступниками) після смерті первісного спадкодавця, а також право спадщини трансмітента. Зазначимо, що *трансмітент* – це померлий спадкоємець, а *трансмісар* – це спадкоємець, до якого переходить право на прийняття спадщини.

Аналіз нотаріальної практики свідчить про існування великої кількості колізійних питань спадкування за спадковою трансмісією, які потребують тлумачення як законодавців, так і науковців.

У випадку смерті трансмітента також може відкритися спадок. У такій ситуації йтиметься про дві спадщини: спадщина, що відкрилася після смерті першого спадкодавця, і спадщина, що відкрилася після смерті померлого спадкоємця. Спадкоємець трансмітента має право на прийняття спадщини в порядку спадкової трансмісії (як трансмісар) і на прийняття спадщини, що відкрилася після смерті самого трансмітента. Ці два самостійних права можуть бути здійснені незалежно одне від іншого. У спадкоємців померлого трансмітента є можливість прийняти спадщину в порядку спадкової трансмісії та відмовитися від його спадщини або, навпаки, прийняти спадщину після смерті трансмітента та відмовитися від прийняття спадщини в порядку спадкової трансмісії, є можливість прийняти обидві спадщини або взагалі відмовитися від прийняття.

Спадкувати за спадковою трансмісією можливе у вигляді загального правила спадкування за законом. І лише у випадку, якщо трансмітентом заповідано все майно, до спадкоємців за заповітом переходить і право на прийняття спадщини в порядку спадкової трансмісії. Тому, якщо трансмітент розпорядився лише частиною свого майна, спадкоємці за заповітом не закликатимуть до спадкування в порядку спадкової трансмісії [4, с. 412].

На відміну від терміна «спадкова трансмісія», ЦК України не дає вичерпного визначення поняття «спадкування за правом представлення», зазначаються лише суб'єкти спадкування.

Ми погоджуємося з визначенням В. Васильченко, і під спадкуванням за правом представлення розуміємо такий порядок закликання до спадкування, коли правонаступники спадкоємця за законом відповідної черги на випадок його смерті до часу відкриття спадщини займають місце померлого предка і спадкують ту частину спадщини, яка б належала за законом йому, якби він був живий на час відкриття спадщини [5, с. 82].

На думку Ю. Заіки, термін, який використовує законодавець – «спадкування за правом представлення», є досить умовним, оскільки особа, яку «представляють» померла до відкриття спадщини [6, с. 178]. З такою точкою зору погоджується В. Синайський, який зазначає, що в дореволюційній цивілістиці термін «спадкування за правом представлення» вважали невдалим, бо він не відображає сутності цього явища, а спадкування онуків і правнуків називали поколінним наступництвом [7, с. 560].

На нашу думку, було б доречно залишити у сучасній цивілістиці термін «поколінне наступництво» замість «спадкування за правом представлення», яке недостатньо чітко пояснює сутність цього правового положення.

Спадкування за правом представлення, сформульоване в новелах Юстиніана, передбачало більш широке коло спадкоємців. Згідно з цими новелами, спадкоємці за правом представлення визнавалися спадкоємцями не свого батька або матері (які не дожили до відкриття спадку), а самого спадкодавця [8, с. 119].

Поняття «спадкування за правом представлення» не означає, що спадкоємці виступають у цивільно-правових відносинах представниками свого померлого предка – спадкоємця за законом. Звичайно, ні про яке посмертне представництво мова не йде. Маємо на увазі, що визначені законом нащадки спадкоємця за законом, який помер до відкриття спадщини або одночасно із спадкодавцем, замінюють у спадкових правовідносинах померлого спадкоємця за законом, який був би закликаний до спадкування, якщо б він був живий на день відкриття спадщини. При цьому спадкоємці за правом представлення спадкують безпосередньо після спадкодавця як його прямі спадкоємці за законом, а не як спадкоємці за законом померлого до відкриття спадщини. Ніякого правонаступництва (переходу права) між спадкоємцем за законом, померлим до відкриття спадщини або одночасно із спадкодавцем, і його нащадком, що спадкує за правом представлення, при розглянутому порядку закликання до спадкування не відбувається.

Спадкування за правом представлення відбувається за умови, що спадкодавець не залишив заповіту, в якому б визначалася частка спадкового майна. Якщо спадкування за правом представлення здійснюється одночасно кількома особами, частка померлого їх родича ділиться між ними порівну. При спадкуванні по прямій низхідній лінії право представлення діє без обмеження ступеня споріднення.

Спадкову трансмісію необхідно відрізняти від спадкування за правом представлення.

По-перше, якщо спадкування за правом представлення має місце тільки у випадку спадкування за законом, то спадкова трансмісія передбачена в разі спадкування за заповітом. *По-друге,* спадкування за правом представлення застосовується лише тоді, коли спадкоємець помирає до відкриття спадщини. Спадкова ж трансмісія виникає тоді, коли закликаний до спадщини спадкоємець помирає після відкриття спадщини, однак до її прийняття. *По-третє,* у разі спадкування за правом представлення спадкову частку померлого спадкоємця передають конкретно вказаним у законі особам – внукам, племінникам або дідові та бабі спадкодавця, а при спадковій трансмісії право прийняття частки, яку мав отримати померлий, переходить до його спадкоємців за законом і за заповітом.

Дослідження проблемного питання спадкового права дозволяє зробити **висновок,** що спадкування за спадковою трансмісією та правом представлення є специфічним порядком спадкування і потребує законодавчих удосконалень. На сьогодні у нотаріальній практиці виникла нагальна потреба у законодавчому роз'ясненні зазначених понять, необхідний новий теоретичний і практичний підхід до вирішення цього колізійного питання. Адже не лише пересічні громадяни, а й самі нотаріуси мало інформовані щодо особливостей спадкування за спадковою трансмісією та спадковим представленням, зважаючи на те, що ці питання врегульовані тільки ЦК України.

Література

1. *Хрестоматия* по истории Древнего Рима / Под ред. В. И. Кузищина. – М., 1987.
2. *Цивільний* кодекс України: Науково-практичний коментар / За ред. Є. О. Харитонова, О. І. Харитонової, Н. Ю. Голубєвої. – К., 2008. – 740 с.
3. *Словарь* иностранных слов / Под ред. И. В. Лехина, Ф. Н. Петрова. – М., 1949.
4. *Наследственное* право. – М., 2005. – 412 с.
5. *Васильченко В. В.* Коментар на постатейні матеріали до законодавства України про спадкування. – К., 2007. – 335 с.
6. *Заіка Ю. О.* Спадкове право в Україні: становлення та розвиток. – К., 2007. – 287 с.
7. *Синайский В. И.* Русское гражданское право. – М., 2002. – 164 с.
8. *Черниловский З. М.* Римское частное право. – М., 2000. – 212 с.

The article deals with the problem of the legal establishment of the institute and the hereditary transmission of the hereditary representation in the civil law of Ukraine. Analysis of theoretical studies of domestic scientists and notaries practice shows that in the practice of a number of issues related to the true distinction between the concepts of hereditary transmission of hereditary and presentation.

В статье рассматриваются проблемы правового становления института наследственной трансмиссии и наследственного представления в гражданском праве Украины. Анализ теоретических исследований отечественных ученых и нотариальной практики свидетельствует, что в практике применения возникает ряд вопросов, связанных с верным разграничением понятий наследственной трансмиссии и наследственного представления.

ПРАВО НА МИРНІ ЗІБРАННЯ ЯК ОСОБИСТЕ НЕМАЙНОВЕ ПРАВО ФІЗИЧНИХ ОСІБ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ

Ельміра Мухамєдова,
аспірантка юридичного факультету
Київського національного університету ім. Тараса Шевченка

Дається теоретико-правовий аналіз права на мирні зібрання як особистого немайнового права фізичних осіб в умовах формування практики застосування норм Цивільного кодексу України. Досліджено історичний розвиток даного права, погляди науковців на визначення його приватно-правової природи.

Ключові слова: право на мирні зібрання, особисті немайнові права, фізична особа.

Конституція України присвячує особистим правам людини одне з центральних місць – розділ другий «Права, свободи та обов'язки людини і громадянина», що, у свою чергу, сприяє забезпеченню правової охорони особистих прав людини. Стаття 39 Конституції України передбачає право громадян збиратися мирно, без зброї та проводити збори, мітинги, походи і демонстрації, про проведення яких завчасно сповіщаються органи виконавчої влади чи органи місцевого самоврядування. Обмеження щодо реалізації цього права може встановлюватися судом відповідно до закону і лише в інтересах національної безпеки та громадського порядку з метою запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я населення або захисту прав і свобод інших людей.

Питання правової природи права на мирні зібрання та приватно-правового механізму його реалізації стало актуальним сьогодні у зв'язку із включенням цього права до каталогу особистих немайнових прав фізичної особи Цивільного кодексу (далі – ЦК) України. Так, ст. 315 закріплює право фізичної особи вільно збиратися на мирні збори, конференції, засідання, фестивалі тощо. Обмеження щодо реалізації права на мирні зібрання може встановлюватися судом відповідно до закону. В Україні вперше на рівні ЦК закріплено право фізичних осіб на мирні зібрання.

Правові проблеми регулювання особистих немайнових прав людини розроблялися та продовжують розроблятись як у науці цивільного права України, так і інших пострадянських країн у працях: М. Агаркова, Ч. Азімова, С. Алексеєва, С. Братуся, Д. Боброві, Т. Боднар, А. Горшеньова, В. Грибанова, О. Дзери, А. Довгерта, О. Іоффе, Ю. Калмикова, О. Кохановської, Л. Красавчикової, О. Красавчикова, Н. Кузнєцової, В. Луця, Р. Майданика, М. Малеїна, М. Малеїної, Г. Матвеєва, О. Підопригори, О. Пунди, О. Пушкіна, П. Рабіновича, З. Ромовської, Р. Стефанчука, Є. Харитонова, Л. Федюк, Е. Флейшиц, Р. Халфіної, Б. Черепахіна, Я. Шевченко, Р. Шишки, В. Яковлева та ін.

Разом із тим в Україні відсутні наукові дослідження, присвячені комплексному дослідженню права на мирні зібрання як особистому немайновому праву, зокрема після набрання чинності ЦК України. У зв'язку з цим актуалізується необхідність наукового дослідження права на мирні зібрання в системі особистих немайнових прав фізичної особи з метою забезпечення його ефективної реалізації та цивільно-правового захисту.

Право на мирні зібрання традиційно розглядалося виключно як конституційне право громадян. Більшість учених відносили це право до політичних прав громадян. Це пояснюється тим, що право на мирні зібрання своє вихідне закріплення отримало на рівні конституцій і тривалий час регулювалося конституційними нормами. До прийняття сучасного ЦК України цивільне законодавство не передбачало та не закріплювало будь-яким чином зазначеної правової можливості. Безумовно, таке закріплення невід'ємного особистого права громадян стало внеском у хід поліпшення чинного цивільного законодавства щодо приведення його у відповідність із міжнародними стандартами, що покликані забезпечити повагу прав людини в усіх державах. Саме таку мету передбачала Загальна декларація прав людини, ст. 20 якої встановила, що кожна людина має право на свободу мирних зборів і асоціацій. Ніхто не може бути примушений вступати до будь-якої асоціації.

Стаття 11 Конвенції про захист прав людини і основних свобод (далі – Конвенція)

© Е. Мухамєдова, 2009

передбачає, що кожен має право на свободу мирних зібрань і свободу об'єднання з іншими особами, у тому числі право створювати профспілки та вступати до них для захисту своїх інтересів. Здійснення цих прав не підлягає жодним обмеженням, за винятком тих, що встановлені законом і є необхідними в демократичному суспільстві в інтересах національної або громадської безпеки, для запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб. Ця стаття не перешкоджає запровадженню законних обмежень на здійснення зазначених прав особами, які входять до складу збройних сил, поліції чи адміністративних органів держави.

Право на свободу мирних зібрань, проголошене у ст. 11 Конвенції «є одним із основних прав у демократичному суспільстві... однією з підвалин такого суспільства. ... Це право охоплює як приватні зібрання, так і збори у громадських місцях. В останньому випадку існування процедури одержання дозволу на їх проведення, звичайно, не порушує зміст цього права» [1, с. 105]. Зазначена стаття передбачає два самостійних права: свободу мирних зібрань і свободу об'єднання з іншими особами, у тому числі право створювати профспілки та вступати до них для захисту своїх інтересів. Як правило, у міжнародному та вітчизняному праві відповідні норми існують окремо одна від одної. Свідченням цього є ст. 21 Пакту про громадянські та політичні права, яка окремо визнає право на мирні збори, та ст. 22, що закріплює право на свободу асоціації з іншими, у тому числі право створювати профспілки та вступати до них для захисту своїх інтересів.

Практика Європейського суду незмінно виходить з того, що ст. 11 Конвенції тісно пов'язана із ст. 10 Конвенції, що гарантує свободу слова. Суд неодноразово вказував, що незважаючи на автономну роль і особливу сферу застосування, ст. 11 повинна також розглядатись у світлі ст. 10. Захист думок та свобода виражати їх – це одна з цілей свободи зборів і створення асоціацій [2, с. 186].

На думку С. Алексеєва, права людини, а саме безпосередньо соціальні права, відносяться до найглибших, первинних природних основ буття людини і пов'язані з глобальним світовим процесом, що все більше розкриває свою силу в сучасних умовах, із загальним рухом людства до Свободи [3, с. 65–66].

Світова практика свідчить, що більшість конституцій закріплюють такі форми політичної активності громадян, як свобода зборів, мітингів, демонстрацій тощо [4, с. 156].

В. Матвєєв зазначав, що законодавство не визнавало за громадянами ніякого права на влаштування публічних зборів, тим більше з політичними цілями. Постанови Статуту про попередження та припинення злочинів (ст. 111) забороняли збори як загальній тиші та спокою супротивні. Відповідно до ст. 113, коли збереться народ в «галасливому та безладному скопищі», то поліція повинна змусити натовп розійтися по будинках, а в разі потреби можуть бути покликані війська [5].

Право на мирні зібрання зазнало в останні роки істотних змін. Виникнення досліджуваного нами права у вигляді окремих його правомочностей, на нашу думку, необхідно пов'язувати з процесом становлення традиційно ліберальних цінностей, що отримали потужний позитивний імпульс завдяки європейським буржуазним революціям XVIII–XIX ст. Це право має давню історію розвитку як у вітчизняному законодавстві, так і законодавстві зарубіжних країн. Конституція УНР, ухвалена 29 квітня 1918 р. визначає, що громадянин УНР і ніхто інший на її території не може бути обмежений у правах слова, друку, сумління, організації, страйку, оскільки він не переступає при тому постанов карного права (ст. 17) [6]. Як бачимо, Конституція не передбачала безпосередньо права на мирні зібрання, але закріплювала право на організації. При тлумаченні вказаної статті виникає питання щодо розуміння законодавцем змісту поняття «організація». Якщо звернутися до словника, то воно походить від пізньолатинського «organizo», що в перекладі означає «повідомляю стрункий вигляд; влаштовую». В енциклопедичному словнику організація визначається як об'єднання людей, які спільно реалізують програму або мету, діють на основі відповідних правил і процедур [7, с. 935]. Термін «організація» також використовується у значенні «заснувати, підготувати, налагодити, об'єднати» [8, с. 369]. Таким чином, термін «організація» можна розуміти як певне утворення або як відповідний процес.

Справедливо виникає питання: або законодавець мав на увазі свободу об'єднання в організації, або право організації мирних зборів. Можливий також варіант більш широкого розуміння змісту поняття «організації», що передбачає і право на свободу об'єднання в організації, і право організації мирних зборів. Враховуючи конструкцію статті, яка передбачає, що «громадянин УНР і ніхто інший на її території не може бути обмежений в правах ... організації...», а також нерозривний зв'язок цього права із свободою слова, друку, сумління, страйку, схиляємося до думки, що законодавець мав на увазі поняття «організації» в широкому розумінні, тобто право на свободу об'єднання в організації та право на організацію мирних зібрань.

На нашу думку, можна констатувати, що право на мирні зібрання закріплювалося ще в Конституції УНР, ухваленій 29 квітня 1918 р.

Під час перебування України у складі СРСР Конституція УРСР від 30.01.1937 р. включала в число основних прав громадян право на свободу слова; свободу друку; свободу зборів і мітингів; свободу вуличних походів і демонстрацій [9]. Ця Конституція всього однією статтею закріплювала відразу чотири найважливіші демократичні свободи, при цьому відрізняла свободу зборів і мітингів від свободи вуличних походів і демонстрацій.

У Конституції УРСР 1978 р. зазначене право також зазнало деяких змін у порівнянні з попередніми конституціями. Стаття 48, частково присвячена праву на проведення зборів, мітингів, вуличних походів тощо, звучала так: «Відповідно до інтересів народу і з метою зміцнення та розвитку конституційного ладу громадянам України гарантуються свободи: слова, друку, зборів, мітингів, вуличних походів і демонстрацій. Здійснення цих політичних свобод забезпечується наданням трудящим та їх організаціям громадських будинків, вулиць і площ, широким розповсюдженням інформації, можливістю використання преси, телебачення і радіо» [10].

Одна з основних відмінностей складових права на проведення зборів, мітингів, вуличних походів і демонстрацій в Конституції 1978 р. (у порівнянні з попередніми конституціями нашої країни) полягає в прямій вказівці на політичний характер цього права.

Слід зазначити, що радянське цивільне законодавство взагалі не передбачало та не закріплювало будь-яким чином названої правової можливості. Це право, як правило, відносилося виключно до конституційного права. Так, у першому ЦК РРФСР, який було прийнято у 1922 р., ст. 5 передбачала такі прогресивні можливості громадянин РРФСР і союзних радянських республік, як право вільно пересуватися та селитися на території РРФСР, обирати не заборонені законом заняття та професії, набувати і відчужувати майно з обмеженнями, передбаченими законом, здійснювати правочини та вступати в зобов'язання тощо [11]. Але ЦК РРФСР 1922 р. не встановлював право громадянина на мирні зібрання.

В Основах цивільного законодавства СРСР і союзних республік 1961 р. та в ЦК УРСР 1963 р. також не передбачалося право громадян на мирні зібрання.

Динаміка законодавчої регламентації права на мирні зібрання знайшла своє відображення і в науковій юридичній літературі. Проблеми, пов'язані з цим правом, розглядали в основному фахівці з конституційного права, оскільки на законодавчому рівні воно передбачалося саме у конституціях і розглядалось як одне з політичних прав особистості, що сприяє розвитку політичної активності громадян, забезпечує задоволення їх політичних інтересів.

На сторінках навчальної літератури і сьогодні більшість авторів розглядають право на мирні зібрання, як правило, серед політичних прав громадян. Право на мирні зібрання своє першочергове закріплення отримало саме на рівні конституцій і тривалий час регулювалося виключно конституційними нормами. Тому в юридичній літературі на даний час немає єдиного підходу щодо визначення галузевої належності досліджуваного права.

Право на мирні зібрання вчені-конституціоналісти, як правило, відносять виключно до політичних прав особистості. Наприклад, А. Колодій та А. Олійник вказують, що до політичних прав і свобод належить право на мирні збори, мітинги, походи та демонстрації [12, с. 189]. Воно дає громадянам можливість вільно обговорювати різні актуальні питання політичного, економічного, соціального, культурного, державного й іншого суспільного розвитку [12, с. 193]. О. Фрицький також відносить це право до політичних прав і свобод [13, с. 169].

На думку Б. Ебзеєва, політичні права забезпечують участь громадянина в державній владі, але розрізняються за способом залучення громадян до її здійснення. Політичні права і свободи громадян мають призначенням, *по-перше,* безпосередню участь громадян в управлінні державними справами і місцевій самоврядності, *по-друге,* сприяють розвитку політичної активності та самодіяльності громадян, забезпечують задоволення політичних інтересів громадян; *по-третє,* гарантують громадянам доступ до державних посад без будь-яких відмінностей, за винятком спеціальних вимог, передбачених законом [14, с. 206].

У науковій літературі висловлюється й інша позиція, згідно з якою збори не завжди носять характер політичного заходу, отже, і це право не завжди є політичним [15].

Вважаємо, що право на мирні зібрання, залежно від мети реалізації закладених у змісті даного права правомочностей, може бути спрямоване на досягнення як політичних інтересів індивіда, так і не пов'язаним з їх задоволенням інтересів. Особа має право збиратися мирно (без зброї), проводити збори, конференції, фестивалі тощо. Це дає людині можливість вільно обговорювати різноманітні питання, що входять до сфери її інтересів (приватно-індивідуальні, суспільні або державні тощо).

У сучасних умовах соціальних і політичних перетворень, що відбуваються в нашій

країні, переважна більшість людей вважають найбільшою цінністю своє духовне «я», спрямовуючи зусилля на самовдосконалення своєї особистості через духовне зростання. Оцінка людини як особистості, відчуття свободи, самоповаги – це те, заради чого вона живе, поліпшує своє матеріальне становище, працює та спілкується [16, с. 226]. Поняття особистості охоплює, перш за все, її духовну сферу. Особисті інтереси і права характеризують соціально-правове положення особи в суспільстві, є найважливішим елементом її статусу [17, с. 24].

У сучасній цивілістичній літературі існує точка зору, відповідно до якої право на мирні зібрання не носить приватно-правового характеру. Так, Р. Стефанчук вважає, що окремі із зазначених у цьому переліку прав не можуть претендувати на роль особистих немайнових, оскільки не носять цивільно-правового характеру. Наприклад, право на свободу об'єднання та право на свободу мирних зібрань на сьогодні радше спрямовані на забезпечення публічного інтересу фізичної особи щодо впливу на управління державою і меншим чином – на забезпечення її приватно-правового інтересу [18, с. 457].

Не погоджуючись із позицією Р. Стефанчука, ми вважаємо, що питання належності права на мирні зібрання до особистих немайнових прав людини слід розглядати не в протиставленні публічних і приватно-правових інтересів фізичної особи, а в їх діалектичній єдності. Відповідність особистої свободи та суспільних інтересів людини є межею поведінки конкретної людини в суспільстві. Так, право на мирні зібрання забезпечує можливість всебічного розвитку особистості в суспільстві, тобто дає можливість свідомо обирати варіанти можливої поведінки з метою задоволення особистих духовних потреб. При цьому поведінка людини узгоджується з інтересами суспільства, передбаченими в законі.

М. Малеїн зазначав, що свобода у виборі варіантів поведінки відповідно до індивідуальних інтересів і справедливості забезпечується шляхом юридичній рівності суб'єктів відносин, кореспонденцією прав та обов'язків, еквівалентністю, диспозитивністю, якими характеризується цивільно-правовий метод регулювання [17, с. 13].

Аналіз ст. 315 ЦК України свідчить, що фізична особа має право вільно збиратися на мирні збори, конференції, засідання, фестивалі тощо. Ця стаття визначає невичерпний перелік форм реалізації права на мирні зібрання, отже, в законодавстві можуть міститися й інші форми, зумовлені особливостями певних правовідносин.

Фізична особа здійснює свої права самостійно та має право вимагати від посадових і службових осіб вчинення відповідних дій, спрямованих на забезпечення здійснення нею її прав. Обмеження на мирні зібрання може встановлюватися судом. Фізична особа має право на захист свого особистого немайнового права на мирні зібрання від протиправних посягань інших осіб.

Погоджуючись із позицією законодавця щодо включення права на мирні зібрання до каталогу особистих немайнових прав фізичної особи та сприймаючи тенденцію розширення сфери цивільно-правового регулювання відносин, що складаються з приводу духовних інтересів особистості, ми вважаємо, що право на мирні зібрання залежно від мети реалізації закладених у змісті даного права правомочностей може бути спрямоване на досягнення як публічних інтересів фізичної особи щодо впливу на управління державними справами, так і на забезпечення її приватно-правових інтересів. Особа має право збиратися мирно, проводити збори, конференції, фестивалі тощо. Це дає людині можливість вільно обговорювати різноманітні питання, що входять до сфери її інтересів. А існування процедури одержання дозволу на їх проведення, на нашу думку, не порушує змісту цього права.

Література

1. *Донна Гом'єн.* Короткий путівник Європейською конвенцією з прав людини. – Л., 2000.
2. *Комментарий* к Конвенции о защите прав человека и основных свобод и практика ее применения / Под ред. В. А. Туманова, Л. М. Энтина. – М., 2002.
3. *Алексеев С. С.* Теория права. – Х., 1994.
4. *Права* человека. – М., 2003.
5. *Матвеев В. Ф.* Право публичных собраний: Очерк развития и современной постановки права публичных собраний во Франции, Германии и Англии. – СПб., 2004. – http://allpravo.ru/library/doc117p0/instrum2988/item3063.html.
6. *Конституція* Української Народної Республіки від 29.04.1918 р. // Конституційні акти України 1917–1920 рр. – К., 1992.
7. *Прохоров А. М.* Организация // Советский энциклопедический словарь. – М., 1986.
8. *Ожегов С. И.* Словарь русского языка. – М., 1987.
9. Конституція (Основний Закон) Української Радянської Соціалістичної Республіки від 30 січня 1937 р. – http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=001_001.
10. *Конституція* (Основний Закон) України, прийнята на позачерговій сьомій сесії Верховної Ради Української РСР дев'ятого скликання 20 квітня 1978 р. – http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=888-09.
11. *Гражданский* кодекс РСФСР 1922 г. // Хрестоматия по истории отечественного государства и права: 1917–1991 гг. / Под ред. О. И. Чистякова. – М., 1997.

12. *Колодій А. М., Олійник А. Ю.* Права людини і громадянина в Україні. – К., 2004.
13. *Фрицький О. Ф.* Конституційне право України. – К., 2002.
14. *Эбзеев Б. С.* Человек, народ, государство в конституционном строе Российской Федерации. – М., 2005.
15. *Конституционное* право государств Европы. – М., 2005.
16. *Цивільне* право України: У 2 кн. Кн. 1 / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. – К., 2002.
17. *Малеин Н. С.* Гражданский закон и права личности в СССР. – М., 1981.
18. *Стефанчук Р. О.* Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві: поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту. – Хмельницький, 2007.

The article deals with theoretical legal analysis of right of peaceful assemblies as the personal non-property right of natural persons in the conditions of forming of practice of application of norms of the Civil Code of Ukraine. Researched the historical development of this right, researched the opinions of scientists to definitions of his private legal nature.

Статья содержит теоретико-правовий анализ права на мирные собрания как личного неимущественного права физических лиц в условиях формирования практики применения норм Гражданского Кодекса Украины. Исследовано историческое развитие данного права, взгляды ученых на определение его частно-правовой природы.

ВИМОГИ, ЩО ПРЕД'ЯВЛЯЮТЬСЯ ДО СУДОВОГО РІШЕННЯ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСУАЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ

Ольга Шиманович,
канд. юрид. наук,
доцент кафедри цивільного та трудового права
Таврійського національного університету ім. В. І. Вернадського

Стаття присвячена дослідженню усіх вимог, що пред'являються до рішення суду. Детально аналізується сутність кожної вимоги та співвідношення вимог між собою, а також з'ясовуються умови, що забезпечать ухвалення судами правосудних судових рішень. Зокрема, щоб рішення суду забезпечувало реальний захист прав фізичних та юридичних осіб, воно повинно бути законним, обґрунтованим, повним, визначеним, безумовним, написаним чіткою мовою з дотриманням процесуальної форми.

Ключові слова: рішення суду, законність рішення, обґрунтованість судового рішення, повнота рішення, визначеність рішення суду, безумовність судового акту, дотримання процесуальної форми, зміст рішення суду.

Обов'язковість дії судового рішення та його стабільність забезпечуються певними вимогами, що пред'являються до змісту основного акта правосуддя, які випливають із завдань цивільного судочинства: по-перше, захистити порушене, невизнане або оспорюване право, відновити та забезпечити можливість його належного здійснення; по-друге, справити виховний вплив на учасників судочинства, а також на широке коло громадян. Такі завдання можуть бути виконані за умови, якщо рішення суду зрозуміле, переконливе, справедливе, тобто якщо здійснений захист відповідає встановленим судом обставинам і закону, який регулює спірні матеріальні правовідносини, суб'єктивні права й обов'язки, факти. Отже, судове рішення як акт, що ухвалюється органом правосуддя у визначених цивільним процесуальним законом формах, має відповідати певним вимогам.

Дослідженню вимог, що пред'являються до судового рішення, у науковій літературі свого часу приділяли увагу такі вчені, як М. Гурвич, П. Заворотько, М. Штефан, П. Сергейко, М. Ткачов, В. Щеглов [1–5]. Разом із тим питання вимог, що пред'являються до судового рішення, залишаються надзвичайно актуальними як для практики, так і для теорії цивільного процесу, заслуговують детальнішого дослідження та потребують сучасного погляду на цю проблему з урахуванням усіх змін, які мають місце в суспільних реаліях сьогодення.

Метою цієї статті є дослідження всіх вимог, що пред'являються до судового рішення для з'ясування сутності його основних ознак, їх співвідношення та шляхів досягнення законного й обґрунтованого рішення суду, з'ясування умов, що забезпечують правосудність судового рішення, а також вироблення обґрунтованих пропозицій для вдосконалення чинного законодавства.

Дослідження питання, що розглядається, матиме позитивні наслідки при розкритті напрямів вимог, які пред'являються до судового рішення, та характеру ознак, яким воно повинно відповідати. До судового рішення пред'являються, передусім, вимоги як до акта правосуддя, покликаного захистити суб'єктивне право. Це вимоги до його внутрішнього змісту. Але судове рішення є процесуальною формою, процесуальним актом, у якому закріплюються наслідки проведених судом процесуальних дій. Тому за своєю структурою, за складовими елементами та реквізитами рішення суду також має відповідати певним умовам. Це умови зовнішнього змісту. За внутрішнім змістом рішенню належить бути законним, обґрунтованим, визначеним, повним і безумовним. Зовнішньо судове рішення викладається в письмовій формі за певною струк-турою, за встановленими реквізитами. Таким чином, вимоги, яким має відповідати рішення суду, передбачені законом і поділяються на дві групи:

- вимоги, які пред'являються до змісту судового рішення;
- вимоги, які пред'являються до форми судового рішення.

Найважливіша вимога, що пред'являється до судового рішення, – ***законність.*** Чинний Цивільний процесуальний кодекс (далі – ЦПК) України прямо вказує, які судові рішення є законними: законним є рішення, яким суд, виконавши всі вимоги цивільного судочинства, вирішив справу згідно із законом (ч. 2 ст. 213). Законність судового рішення визначають такі важливі елементи, як застосування норм матеріального права, дотримання, виконання та використання норм процесуального права.

© О. Шиманович, 2009

Законність судового рішення визначається правильним застосуванням матеріально-правових норм. Суд застосовує норми матеріального права протягом усього розгляду справи. І якщо цей процес протікає правильно, відповідає нормі права, то і кінцевий його результат, виражений у рішенні, буде правильним. Помилки, допущені в процесі застосування права, неминуче зумовлюють незаконність рішення.

Суд застосовує норми матеріального права до фактичних обставин конкретної справи. Застосування норм права проходить певні стадії. Помилка, допущена на будь-якому етапі застосування норм права, призводить до незаконності судового рішення. Нерідко помилка, допущена на одній стадії, зумовить помилки на всіх подальших стадіях застосування норм права. *Перша стадія* застосування норми права полягає в юридичній кваліфікації фактичних взаємовідносин сторін; *наступна стадія* – в тому, щоб суд правильно усвідомив зміст і значення норми, тобто правильно її ви-тлумачив; *остання стадія* застосування норм права полягає у встановленні в резолютивній частині рішення правових висновків, передбачених диспозицією та санкцією норми права, що застосовується.

Порушенням чи неправильним застосуванням судом норм матеріального права, відповідно до ч. 2 ст. 309 ЦПК України, є: застосування закону, який не поширюється на дані правовідносини, чи незастосування закону, який підлягає застосуванню. Однак редакцію цієї статті навряд чи можна визнати вдалою, оскільки неприпустимо протиставлення понять «порушення» та «неправильне застосування» закону, у зв'язку з тим, що порушення судом матеріально-правових норм виявляється саме в їх неправильному застосуванні [4, с. 84]. Було б правильним взагалі виключити з тексту ч. 2 ст. 309 ЦПК України слово «порушення», оскільки застосування – єдина форма реалізації судом таких норм, і незаконність рішення виявляється саме в неправильному їх застосуванні.

Недоліком ч. 2 ст. 309 ЦПК України є також те, що вона не передбачає таку підставу незаконності рішення, як неправильне тлумачення норми матеріального права. Адже тлумачення закону дається в усіх випадках його застосування з метою встановлення змісту закону та з'ясування волі законодавця. Тлумаченням розкривається юридичний склад норми права, факти, що зумовлюють виникнення, зміну чи припинення правовідносин, його зміст і наслідки порушення. Тому з метою вдосконалення законодавства ми пропонуємо викласти ч. 2 ст. 309 ЦПК у такій редакції: *«2. Норми матеріального права вважаються неправильно застосованими, якщо: суд застосував закон, який не підлягав застосуванню; суд не застосував закон, який підлягав застосуванню; суд неправильно витлумачив закон»*.

Однак законність рішення пов'язана не лише з правильним застосуванням норм матеріального права. Законним слід вважати рішення, ухвалене відповідно до змісту і вимог норм процесуального права. Заслуговує на увагу думка, висловлена Є. Пушкарьом, стосовно того, що оскільки судове рішення є актом правосуддя, то при розгляді та вирішенні справи обов'язковим є суворе та точне дотримання процесуального законо-давства. Процесуальна форма провадження цивільних справ внутрішньо властива пра-восуддю й є обов'язковою умовою законності рішення, оскільки вона є гарантією права сторін та інших осіб, які беруть участь у справі, на судовий захист [6, с. 26].

Норми цивільного процесуального права, що встановлюють певний порядок діяльності суду при вирішенні цивільних справ, є не просто технічними правилами, а послідовною системою норм, які забезпечують повне та всебічне дослідження справи, що, у свою чергу, є необхідною передумовою правильного вирішення спору. Будь-яке процесуальне правило прямо чи опосередковано сприяє правильному вирішенню справи.

Застосування судом процесуального права полягає у вирішенні низки питань, пов'язаних із виникненням, розвитком, змі-ною та припиненням процесуальних правовідносин. Дотримуючи, виконуючи та використовуючи норми процесуального права, суд встановлює належно-можливу поведінку суб'єктів спірних правовідносин і тим самим створює передумови для належного розвитку процесу, правильного вирішення спору. Однак лише цього недостатньо для правильного вирішення спору. Необхідно також, щоб суб'єкти процесуальних правовідносин правильно здійснювали свої права, точно виконували свої обов'язки, щоб їх фактична поведінка відповідала належно-можливій. Для усунення процесуальних порушень з боку суб'єктів спірних правовідносин з метою ухвалення законного рішення суду надане право застосовувати примус стосовно порушників процесуальних норм. Під вживанням примусових заходів мається на увазі застосування судом процесуальних норм.

Слід пам'ятати, що законність судового рішення від суду залежить більшою мірою, ніж від сторін, третіх осіб, інших суб'єктів процесуальних правовідносин. У зв'язку з тим, що процесуальні порушення суду не можуть бути усунуті в цьому процесі іншими суб'єктами правовідносин, вони негативно позначаються на виникненні та всьому ході процесу, нерідко спричиняють скасування рішення як незаконного й необґрунтованого. Отже, *законність судового рішення залежить від правильного дотримання, виконання та використання процесуальних норм судом, а також від суворого, послідовного дотримання процесуальних прав і обов'язків усіма іншими суб'єктами спірних правовідносин*.

Таким чином, законним є рішення, якщо воно ухвалене при точному дотриманні, виконанні та використанні норм процесуального права, а також у повній відповідності із нормами матеріального права, які підлягають застосуванню

до даних правовідносин, або засноване на застосуванні у необхідних випадках закону, який регулює подібні відносини, або виходить із загальних засад і змісту законодавства.

Відповідно до ст. 213 ЦПК України рі-шення суду має бути не лише законним, а й обґрунтованим. ***Обґрунтованість*** – друга найважливіша ознака, що визначає правосудність судового рішення. Обґрунтованим є рішення, коли в ньому відображені факти, які мають значення для даної справи, які підтверджені перевіреними судом доказами, що задовольняють вимоги закону про їх належність і допустимість, чи загальновідомими обставинами, що не потребують доказування, а також тоді, коли рішення містить вичерпні висновки суду, які випливають із встановлених фактів.

Таким чином, вимога обґрунтованості – це вимога до фактичної сторони рішення. Відповідно до статей 10, 212, 213, 309 ЦПК України і п. 1 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судове рішення» № 11 умовами обґрунтованості рішення є: повне з'ясування судом обставин, що мають значення для справи; доведеність обставин, що мають значення для справи, які суд вважає встановленими; відповідність висновків суду, викладеним у рішенні обставинам справи.

Отже, обґрунтованість судового рішення залежить, насамперед, від повного з'ясування судом обставин справи. Суттєвими обставинами, які підлягають з'ясуванню судом, є насамперед юридичні факти. На з'ясування всієї сукупності юридичних фактів і спрямована діяльність су-ду при вирішенні конкретного спору. Нез'ясованість судом хоча б одного такого факту свідчить про неповноту дослідження обставин справи, про необґрунтованість рішення.

Залежно від характеру відносин між сторонами сукупність юридичних фактів, що підлягають з'ясуванню у справі, буде різна. Адже, як правильно зазначає Л. Лєсницька, той самий факт в одному випадку може мати значення для правильного вирішення спору, в іншому ж випадку він може такого значення не мати [7, с. 120].

У будь-якій розглянутій справі суд повинен намітити певні межі дослідження, виходячи при цьому з конкретних обставин справи та попередньої юридичної кваліфікації, оскільки лише в цьому випадку суд може з найменшою витратою процесуальних засобів з'ясувати всі необхідні факти у справі. Невстановлення певних меж з'ясування об-ставин справи може негативно позначитися на практичній діяльності суду. Так, спрямовуючи всі свої сили на з'ясування обставин, що не мають значення для справи, суд нерідко залишає осторонь і не з'ясовує обставини, необхідні для правильного вирішення спору. Отже, *повне з'ясування судом обставин справи* полягає у встановленні всіх юридичних фактів, що мають значення для встановлення існуючих між сторонами правових відносин чи відповідних дій.

Другою ознакою обґрунтованості судового рішення є *доведеність обставин,* що мають значення для справи, які суд вважає встановленими. Визначивши коло фактів, які підлягають встановленню у справі, суд повинен глибоко та всебічно їх дослідити й оцінити. Суд оцінює докази за своїм внутрішнім переконанням, що ґрунтується на всебічному, повному, об'єктивному та безпосередньому розгляді в судовому засіданні всіх обставин справи в їх сукупності, керуючись законом. Жоден доказ не має для суду наперед встановленого значення. Правильна оцінка доказів є необхідною умовою ухвалення обґрунтованого рішення. Необґрунтованість рішення в даній формі виникає, якщо суд порушує правила про сукупну оцінку доказів при ухваленні рішення або бере за основу неповні, недостовірні, недоброякісні чи неприпустимі докази [4, с. 52].

Слід погодитись із І. Решетніковою, яка вважає, що для пізнання того чи іншого факту суд повинен правильно визначити докази, які стосуються цього факту, відшукати їх, всебічно дослідити та правильно оцінити. Виявлення суперечливих, взаємовиключних відомостей свідчить про недостовірність доказів. І тільки оцінка всіх зібраних і досліджених доказів здатна виявити суперечливість окремих із них, тобто визначити недостовірний доказ [8, с. 19].

Суд має вивчити кожен доказ, розкрити протиріччя в доказах і встановити, який із суперечливих доказів є достовірним. Суд не може обмежитися в рішенні лише переліком доказів, якими підтверджуються юридично значимі факти, а повинен викласти їх зміст. Висновки про фактичні обставини у справі мотивуються в рішенні тільки передбаченими в законі засобами доказування (ч. 2 ст. 57 ЦПК України). Рішення не може базуватися на припущеннях про обставини справи. Не можна вважати доведеним встановлення тієї чи іншої обставини, якщо вона підтверджена доказами, отриманими з порушенням передбачених законом правил.

Також рішення суду може бути обґрун-товано тільки доказами, які отримані у визначеному законом порядку та перевірені на тому судовому засіданні, в якому ухвалюється рішення. Неприпустимим є вимагання та приєднання до справи матеріалів для під-твердження висновків і мотивів рішення після його оголошення. Суд не може керуватися даними, отриманими ним поза судовим засіданням. Ці відомості не можуть мати процесуального значення. Відкидаючи певні докази, що є в справі, суд повинен вказати в рішенні, чому ці докази ним відкинуті. Також невідповідність рішення матеріалам, які є в справі, може виявитися в тому, що суд визнає факти невстановленими, незважаючи на те, що в справі є досить доказів.

Наступною ознакою обґрунтованості судового рішення є *відповідність висновків суду, викладеним у рішенні обставинам справи.* В основу рішення суду повинен бути покладений висновок, що логічно випливає з усіх фактів, які перевірені, досліджені та встановлені в процесі

розгляду справи по суті. Тільки у випадку, якщо оцінка доказів зроблена суддями вільно, без стороннього втручання, на основі внутрішнього переконання, якщо при оцінці доказів суд ґрунтувався на сукупності всіх обставин справи, можна розраховувати на правильні висновки суду. При розгляді цивільних справ в основу рішення не можуть бути покладені ймовірні судження про обставини справи. Висновки суду повинні відповідати істині. Істина встановлюється тільки в результаті повного, всебічного й об'єктивного дослідження судом усіх обставин справи, на підставі змагальності між заінтересованими особами із сукупності всіх сторін, явищ, дійсності та їх взаємовідносин.

Таким чином, судове рішення є обґрунтованим, якщо суд повно і всебічно з'ясував усі значимі для справи обставини, а висновки суду про встановлені обставини та правові наслідки відповідають дійсності та підтверджуються достовірними доказами, дослідженими в судовому засіданні.

Нарівні з вимогами законності й обґрунтованості судове рішення повинно відповідати вимогам, що забезпечують повноту рішення. Під вимогою ***повноти*** в юридичній літературі розуміють, що в рішенні повинна міститися відповідь на всі заявлені позивачем і розглянуті судом вимоги та висунуті проти них заперечення [9, с. 305; 10, с. 191].

Судове рішення має вичерпно вирішити питання про кожну вимогу. Воно повинно не лише відповісти на запитання про існування спірного права, а й точно вказати зміст цього права. Вимога повноти рішення суду випливає із ст. 220 ЦПК України. За загальним правилом, розглянувши справу, у якій поєднано кілька позовних вимог, суд зобов'язаний ухвалити рішення щодо позову в цілому, яке міститиме сукупність відповідей на всі позовні вимоги. Також, якщо в процесі був заявлений і розглянутий одночасно з первісним зустрічний позов, судове рішення повинно містити вичерпні висновки щодо кожної з розглянутих вимог.

У цивільному процесі України не допускаються рішення, в яких судом підтверджується право, а розмір присудженого встановлюється в самостійному провадженні, тобто проміжні рішення. Рішення має повністю вирішити спір про цивільні правовідносини, оскільки кількісна сторона вимоги нерозривно пов'язана з правовою його стороною. Окреме вирішення питання про задоволення вимоги та питання про її розмір могло б сприяти неправильності рішення в цілому. Крім того, ухвалення проміжних рішень затягувало б розгляд справи у зв'язку з необхідністю нового судового розгляду, а це не відповідає принципу оперативності. Іншими словами, рішення суду повинно вирішити всі вимоги, що містяться в позові одним актом. Неприпус-тимо давати відповіді на окремі вимоги, що містяться в позові, у різних рішеннях.

У силу вимоги повноти в рішенні суду має бути вирішене питання про негайне виконання та питання про судові витрати. Якщо суд звільняє будь-кого з осіб, які беруть участь у справі, від сплати судових витрат, про це повинно бути зазначено в рішенні.

Порушення вимоги повноти рішення зумовлює такий наслідок, як скасування рішення, за винятком точно визначених законом випадків, коли такі недоліки можуть бути виправлені іншим способом (ухваленням додаткового рішення). Неповнота судового рішення робить його незавершеним, оскільки після прийнятого рішення ще ухвалюється додаткове. Отже, повнота робить його завершальним, тобто остання категорія є частиною першої, її ознакою, змістом.

Ще однією з вимог, що пред'являються до судових рішень, є ***визначеність.*** Рішення повинно дати цілком визначену відповідь на спірну вимогу. Будь-які сумніви мають бути усунуті, у правовідносини між сторонами повинно бути внесено повну ясність. Слід погодитися з М. Гурвичем, на думку якого рішення суду не повинно залишати місце для будь-яких колізій, підстав для нових спорів і скарг [1, с. 74]. Ця вимога, будучи дотриманою судом, зумовлює реальність виконання рішення. Без визначеності рішення не може бути судового захисту. Визначеністю характеризуються всі чотири частини рішення. Але особливе значення вимога визначеності має для резолютивної частини, оскільки саме ця частина рішення дає відповідь на вимоги сторін. Визначеність резолютивної частини рішення полягає передусім у тому, що суд чітко визначає: задоволений позов чи в задоволені відмовлено; якщо позов задоволений, то що саме присуджується позивачу, яке право визнається за ним, до чого зобов'язується відповідач. Іншими словами, ця вимога судового рішення виключає невизначеність в існуючих між сторонами правовідносинах і в різних способах виконання належних прав і обов'язків. Суд не має права ухвалювати рішення, якими би зобов'язував відповідача чи іншу особу виконати на свій вибір одну з декількох дій. У зв'язку з цим рішення не допускає альтернативних суджень, що унеможливлюють його примусове виконання. Існування альтернативних рішень не можна визнати, оскільки вони залишають не вирішеним спір між сторонами. Суд у процесі судового розгляду повинен виключити, усунути альтернативу, прийти до єдиної думки й ухвалити визначене рішення.

Визначеність рішення передусім необхідна для осіб, які беруть участь у справі, оскільки вони мають усвідомити, які права, свободи й інтереси захищаються рішенням, а які ні, мотиви суду. Визначеність рішення необхідна також для осіб, які покликані виконувати рішення суду. Порушення вимоги визначеності судового рішення унеможливлює його виконання, тобто визначеність рішення є необхідною умовою його подальшого виконання.

Наступною вимогою, що пред'являється до судового рішення є його ***безумовність***. Вико-

нання рішення як акта органу державної влади, який вирішує спір між суб'єктами правовідносин чи підтверджує обставини, що можуть впливати на права й обов'язки заінтересованої особи, не може ставитися в залежність від настання чи ненастання будь-яких умов. Це могло б викликати в стадії виконання між сторонами спір з приводу настання цих умов і, відповідно, неможливість виконання рішення.

П. Заворотько та М. Штефан вважають, що включення до рішення умов, від яких за-лежить виконання рішення, підкреслювало б, що перш як розпочати виконання, слід було б встановити факт настання таких умов, а для цього часто доводилося б робити нове дослідження, насамперед у випадках, коли між сторонами виникав спір про ці умови [2, с. 87].

Органи виконання фактично могли б доповнювати, а то й змінювати рішення суду. Таке положення порушувало б компетенцію суду й органів державного виконання. Очевидно, що умовне рішення є неприпустимим, бо воно не усуває спір між сторонами і залишає неясність у їх відносинах.

Крім вимог законності, обґрунтованості, повноти, визначеності та безумовності, рішення суду повинно відповідати ***встановленій законом формі.*** До вимоги форми судового рішення слід віднести три моменти:

- рішення суду повинно бути оформлене у вигляді письмового документа;
- рішення суду як документ повинно відповідати визначеному законом змісту та бути викладене в суворій послідовності, передбаченій ст. 215 ЦПК України. Текст рішення повинен мати певні реквізити та складові частини відповідно до вимог закону. Будь-яке порушення як правил, що встановлюють обов'язковий зміст рішення, так і його письмової форми, створюють підстави для скасування рішення судом вищої інстанції;
- рішення суду повинно бути ясним і точним за викладом.

Вимога високої культури судового рішення стосується як змісту закріплених в ньому суджень, так і форми їх висловлення. У широкому розумінні це діловодні вимоги. До таких вимог слід віднести сучасність і правильність стилю, чіткість викладу, грамотність, культурність. Мовні конструкції, що застосовуються при складанні рішення, повинні додавати викладу логічність, послідовність, зв'язаність і системність. Неприпустимо використовувати жаргон, елементи просторіччя, а також художні засоби відображення дійсності. Думки повинні викладатися в такій послідовності, щоб одне положення випливало з попереднього і підготовляло б до розуміння наступного.

Ясність і точність мови, якою написане судове рішення, мають першочергову цінність, оскільки ускладнення лексики, викликане багатозначністю слів, безумовно, знизить коефіцієнт інформативності рішення, ускладнить його розуміння та виконання. Індивідуальність рішення має виявлятися в аналізі справи, в оцінці доказів з урахуванням усіх особливостей справи, а не в системі викладу. Форма рішення повинна бути однакова та послідовна.

Викладене дозволяє зробити **висновок:** для того, щоб рішення суду забезпечувало реальний захист прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави, воно повинно бути законним, обґрунтованим, повним, визначеним, безумовним, написаним чіткою мовою з дотриманням процесуальної форми.

Література

1. *Гурвич М. А.* Решение советского суда в исковом производстве. – М., 1955. – 128 с.
2. *Заворотько П. П., Штефан М. Й.* Судове рішення. – К., 1971. – 188 с.
3. *Сергейко П. Н.* Законность, обоснованность и справедливость судебных актов. – Краснодар, 1974. – 191 с.
4. *Ткачев Н. И.* Законность и обоснованность судебных постановлений по гражданским делам. – Саратов, 1987. – 110 с.
5. *Щеглов В. Н.* Законность и обоснованность судебного решения по гражданско-правовому спору. – Новосибирск, 1958. – 88 с.
6. *Пушкарь Е. Г.* Исковое производство в советском гражданском процессе (Процессуальные последствия возбуждения дел). – Л., 1978. – 199 с.
7. *Лесницкая Л. Ф.* Основания к отмене обжалованных судебных решений. – М., 1962. – 134 с.
8. *Справочник* по доказыванию в гражданском судопроизводстве / С. Л. Дегтярев, А. В. Закарлюка, Л. М. Звягинцева и др.; Под ред. И. В. Решетниковой. – М., 2002. – 480 с.
9. *Васильев С. В.* Гражданский процесс. – Х., 2006. – 512 с.
10. *Смушкин А. Б., Суркова Т. В., Черникова О. С.* Гражданский процесс. – М., 2008. – 320 с.

The article is devoted to the research of all claims that are laid to the court decision. The essence of every claim and correlation of claims are analyzed in details. The conditions which are supposed to guarantee the pronouncements by the courts fair decisions are covered in the article. In particular, in order to provide the real protection of the rights of citizens and juridical persons by the court, the court decision must be legal, well-grounded, complete, determinate, indisputable and written in clear language with maintenance of civil procedure order.

Статья посвящена исследованию всех требований, которые предъявляются к решению суда. Детально анализируется суть каждого требования и соотношение требований между собою, а также выясняются условия, которые обеспечат вынесение судами правосудных судебных решений. В частности, чтобы решение суда обеспечивало реальную защиту прав физических и юридических лиц, оно должно быть законным, обоснованным, полным, определённым, безусловным, написанным чётким языком с соблюдением процессуальной формы.

ПРАВОВА ПРИРОДА ВИСНОВКІВ ОРГАНІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Юлія Рожик,
аспірантка кафедри цивільного права та процесу юридичного факультету Львівського національного університету ім. Івана Франка

У статті досліджується правове значення висновку органів місцевого самоврядування у цивільному процесі, проаналізовані думки науковців з цього питання та ступінь його врегульованості у законодавстві України. Розглянуті точки зору, відповідно до яких висновок органу місцевого самоврядування не є доказом у цивільному процесі, або є доказом лише в деяких випадках, прирівнюється до висновку експерта, до письмового доказу, або ж виступає як самостійний засіб доказування. Зроблені власні висновки та запропоновані доповнення до цивільно-процесуального законодавства, які б заповнили існуючу прогалину з визначення правової природи висновку.

Ключові слова: висновок органу місцевого самоврядування, засоби доказування, висновок експерта, письмовий доказ.

Зростаюча роль органів місцевого самоврядування за умов зміни суспільно-політичного ладу в Україні зумовлює необхідність наукового переосмислення їх значення в усіх сферах громадського життя, у тому числі їх участі у цивільних процесуальних відносинах. Одна з форм участі цих органів у цивільному процесі є надання висновків по справі. Це врегульовано ч. 3 ст. 45 Цивільного процесуального кодексу (далі – ЦПК) України від 18.03.2004 р. № 1618-IV, якою передбачено, що органи місцевого самоврядування можуть бути залучені судом до участі у справі або можуть взяти участь у справі за своєю ініціативою для подання висновків на виконання своїх повноважень. Участь зазначених органів у цивільному процесі для подання висновків у справі є обов'язковою у випадках, встановлених законом, або якщо суд визнає це за необхідне.

Визначення правової природи *висновку органів місцевого самоврядування* у цивільному процесі має суттєве наукове та практичне значення. Це пояснюється тим, що, як зазначено у ч. 3 ст. 45 ЦПК України, у випадках, визначених законом, подання таких висновків є обов'язковим для вирішення справи. Так, у ч. 2 ст. 253 ЦПК України зазначено, що орган опіки та піклування повинен подати суду висновок про доцільність усиновлення та відповідність його інтересам дитини. Аналіз судової практики свідчить, що органи місцевого самоврядування подають висновок у справі за власною ініціативою або за ініціативою суду майже в усіх випадках, коли їх участь у справі є обов'язковою. Частиною 4 ст. 19 Сімейного кодексу (далі – СК) України від 10.01.2002 р. № 2947-III передбачено, що при розгляді судом спорів щодо участі одного з батьків у вихованні дитини, місця проживання дитини, позбавлення та поновлення батьківських прав, побачення з дитиною матері, батька, які позбавлені батьківських прав, відібрання дитини від особи, яка тримає її у себе не на підставі закону або рішення суду, управління батьками майном дитини, скасування усиновлення та визнання його недійсним обов'язковою є участь органу опіки та піклування. При цьому невирішеним залишається питання про те, чи повинен суд враховувати такі висновки, чи є для цього достатні правові підстави. Цивільно-процесуальне законодавство не врегульовує цього питання. Тільки у ч. 6 ст. 19 СК України зазначено, що суд може не погодитися з висновком органу опіки та піклування, якщо він є недостатньо обґрунтованим, суперечить інтересам дитини. Проте ця правова норма не заповнює існуючу прогалину, оскільки, по-перше, стосується лише сімейних справ, а *висновок органу місцевого самоврядування* може надаватись і в інших цивільних справах, по-друге, не визначає правового значення цих висновків у цивільному процесі.

З часу прийняття ЦПК України (2004 р.) немає монографічних досліджень, які б перетинались із зазначеною проблематикою, а в межах навчальних посібників з цивільного процесуального права побіжно розкривається питання участі органів місцевого самоврядування в цивільному процесі.

Коли йдеться про правову природу висновків органів місцевого самоврядування, потрібно звернути увагу на дві ключові позиції. По-перше, за своєю суттю такі висновки є актами органу місцевого самоврядування, які існують у формі рішень. А саме, у частинах 1, 6 ст. 59 Закону України «Про місцеве

© Ю. Рожик, 2009

самоврядування в Україні» від 21.05.1997 р. № 280/97-ВР зазначено, що рада в межах своїх повноважень приймає нормативні й інші акти у формі рішень. Виконавчий комітет сільської, селищної, міської, районної у місті (у разі її створення) ради в межах своїх повноважень приймає рішення. Те, що такі висновки є рішеннями органу місцевого самоврядування має значення для встановлення вимог до їх форми, змісту й юридичної сили. Дослідники, які розглядали ці питання, погоджувалися з таким висновком. Так, український учений-процесуаліст М. Штефан вважає, що при здійсненні своїх функцій органи опіки та піклування приймають відповідні рішення, тому висновком у справі також має бути їх рішення [1, с. 48]. Висновок органу місцевого самоврядування складається від імені відповідного органу та підписується його керівником. Висновок має бути оголошений в судовому засіданні, і суд оцінює його у сукупності з усіма матеріалами справи. Другий найбільш дискусійний аспект питання правової природи висновку органу місцевого самоврядування полягає у тому, яке правове значення висновку у цивільному процесі.

Отже, предметом нашого дослідження буде правове значення висновку органу місцевого самоврядування в цивільному процесі.

Мета цієї статті полягає у тому, щоб встановити чи є висновок органу місцевого самоврядування доказом у цивільній справі; якщо так, то до якого із засобів доказування, передбачених ЦПК України, його можна віднести, чи є підстави для виділення висновку органу місцевого самоврядування у самостійний вид засобу доказування; запропонувати доповнення до цивільно-процесуального законодавства, які б заповнили існуючу прогалину з визначення правової природи висновку.

У науковій літературі простежуються дві діаметрально протилежні позиції:

висновок органу місцевого самоврядування не є доказом у цивільному процесі, або є доказом лише в деяких випадках;

висновок органу місцевого самоврядування є доказом у цивільному процесі.

Представники другої точки зору порівнюють висновок органу місцевого самоврядування в цивільному процесі з висновком експерта, з письмовими доказами, а деякі вважають, що це самостійний засіб доказування.

Прихильником першої позиції, зокрема, виступає російський науковець К. Джандосова, яка вважає, що в усіх випадках, коли висновок органу місцевого самоврядування містить відомості про факти, які мають бути встановлені у справі, тобто коли існує фактична частина висновку, він є доказом у цивільному процесі. У випадках, коли висновок не містить відомостей про факти (наприклад, у справах про захист прав споживачів), він не є доказом [2, с. 163].

Представником першої точки зору є також російський науковець В. Кулакова, на думку якої, неучасть у процесі відповідних органів місцевого самоврядування у випадках, коли вона визнана законом обов'язковою, не повинно спричиняти скасування судового рішення, якщо воно законне й обґрунтоване. В. Кулакова підтримує думку М. Треушникова та Л. Грось, які, базуючись на правилі допустимості доказів, вважають, що висновок не є доказом у справі [3, с. 166].

Представником другої точки зору є український учений М. Штефан, який вважає, що такі висновки не стосуються засобів доказування, перелік яких передбачено ст. 57 ЦПК України. Їх не можна прирівняти до письмових доказів, оскільки, за своєю правовою природою такі висновки охоплюють інформацію та висновки з приводу обставин, які мають значення для справи; рекомендацію конкретної особи про те, як необхідно з точки зору державного інтересу вирішити справу, тобто висновок про факти та право. Це надає підстави віднести їх до самостійного виду засобів доказування [1, с. 51, 52].

У зв'язку з викладеним заслуговує на увагу законодавче врегулювання таких питань: що таке доказ; які види засобів доказування, передбачені ЦПК України. Відповідно до 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. Ці дані встановлюються на підставі пояснень сторін, третіх осіб, їх представників, допитаних як свідків, показань свідків, письмових доказів, речових доказів, зокрема звуко- та відеозаписів, висновків експертів.

Тільки нерозривний зв'язок фактичних даних і засобів доказування утворює судовий доказ за умови дотримання судом встановленого законом процесуального порядку збирання, дослідження й оцінки доказів [4, с. 58].

Отже, *по-перше,* висновок органу місцевого самоврядування містить усі ознаки доказу, а тому не можна погодитися з Е. Джандосовою про те, що є такі висновки цих органів, які не містять фактичної частини, адже правові висновки та рекомендації можуть базуватися лише на аналізі конкретних обставин справи, досліджених цим органом.

На підтвердження цього розглянемо висновки органів опіки та піклування, які були подані у суді. У Франківському районному суді міста Львова розглядалася справа № 2-2828/2006 про позбавлення гр. М. батьківських прав. У цій справі був поданий суду висновок органу опіки та піклуван-

ня райадміністрації міста Львова про доцільність позбавлення батьківських прав гр. М. У висновку зазначено: розглянувши заяву гр. Б., опікуна неповнолітнього Ю., про позбавлення батьківських прав гр. М. відносно сина Ю. (02.06.1989 р. народження), провівши співбесіди з сусідами, вчителями, самим неповнолітнім, встановлено, що мати неповнолітнього, гр. Г., померла у 2002 р.; ще до смерті матері Ю. гр. М. не проживав спільно, не виховував дитину; Ю. постійно проживав із своїм дідусем гр. Д., у зв'язку з тим, що батьки не забезпечували дитині належного догляду; у Ю. втрачені будь-які контакти з батьком, його родиною, дитина уникає розмов про нього, при отриманні паспорта хотіла навіть змінити собі прізвище; гр. М. не надає дитині жодної матеріальної допомоги, не цікавиться здоров'ям, вихованням дитини. Виходячи з інтересів неповнолітнього Ю., враховуючи згоду опікунської ради та керуючись статтями 164–166 СК України, вважаємо за доцільне позбавити батьківських прав гр. М. відносно сина Ю.

У Франківському районному суді міста Львова розглядалася справа № 2-3071/07 про позбавлення батьківських прав. У цій справі був поданий суду висновок органу опіки та піклування Франківської районної адміністрації міста Львова про доцільність позбавлення батьківських прав гр. С. У висновку зазначено: розглянувши заяву гр. О. про позбавлення батьківських прав колишнього чоловіка С. відносно сина А. (29.07.1992 р. народження), встановлено: шлюб між колишнім подружжям розірвано; від шлюбу гр. О. має неповнолітнього сина А.; дитина проживає разом з мамою; гр. С. не бере участі у вихованні дитини, не провідує сина у школі, не надає жодної матеріальної допомоги, не цікавиться станом здоров'я дитини, з дитиною не підтримують стосунки родичі батька дитини, про що свідчать матеріали справи, а саме: інформація від 05.09.1994 р. про те, що гр. С. проживає у місті Єреван; інформація адміністрації Львівської гімназії міжнародних відносин від 30.03.2007 р. про те, що А. є учнем навчального закладу, батько не бере участі у вихованні дитини, не провідує сина у школі; заяви М. та Ф. (сусідів гр. О.), від 18.07.2007 р. у про те, що вихованням сина займається мама, батько не бере участі у вихованні дитини. Виходячи з інтересів неповнолітнього А., враховуючи згоду опікунської ради, керуючись статтями 164–166 СК України вважаємо за доцільне позбавити батьківських прав гр. С. відносно сина А.

Викладене свідчить, що для того, щоб зробити правовий висновок орган місцевого самоврядування повинен проаналізувати у висновку фактичні обставини справи. Крім того, у ч. 5 ст. 19 СК України передбачено, що орган опіки та піклування подає суду письмовий висновок щодо розв'язання спору на підставі відомостей, отриманих у результаті обстеження умов проживання дитини, батьків, інших осіб, які бажають проживати з дитиною, брати участь у її вихованні, а також на підставі інших документів, які стосуються справи. Цитована норма опосередковано вказує, що висновок органу опіки та піклування повинен базуватися на фактичних обставинах справи, які мають бути досліджені цим органом і викладені у висновку.

По-друге, висновок органу місцевого самоврядування не зазначений у переліку засобів доказування, наведеному у ЦПК України. Тому проаналізуємо, чи можна висновок органу місцевого самоврядування в цивільному процесі прирівняти до таких засобів доказування, як висновок експерта чи письмові докази. Законодавче визначення висновку експерта сформульоване у статтях 66 та 147 ЦПК України, де зазначено, що *висновок експерта* – це докладний опис проведених експертом досліджень, зроблені у результаті них висновки й обґрунтовані відповіді на питання, задані судом.

Російський науковець Р. Каллистратова зазначає, що між висновками органів опіки та піклування, що також є органами місцевого самоврядування, і висновками експертів існують суттєві відмінності:

- суд призначає експертизу за заявою осіб, які беруть участь у справі. Органи місцевого самоврядування надають висновки за ініціативою суду, заінтересованих осіб чи власною ініціативою [5, с. 12]. Висновок експерта надається тільки в межах процесуального правовідношення, що виникло у зв'язку з певною цивільною справою. Висновок органу місцевого самоврядування може бути складений і до порушення цивільної справи [3, с. 166];
- суб'єктом експертизи може бути тільки конкретний експерт, висновок органу місцевого самоврядування дається лише від імені цього органу, а не від імені окремого його працівника;
- експертиза відповідає на питання, що стосуються виключно фактичної сторони справи. Органи місцевого самоврядування не обмежуються лише констатацією зібраних по справі фактів, а роблять відповідні висновки про права й обов'язки осіб, які беруть участь у справі;
- суд не попереджає представників органів місцевого самоврядування про відповідальність за завідомо неправдивий висновок і за відмову без поважних причин від виконання покладених на них обов'язків, як це відбувається стосовно експертів;
- на відміну від експертизи, діяльність органів місцевого самоврядування з надання висновків ніколи не оплачується сторонами [5, с. 12].

Слід також зазначити, що експерт (на відміну від органів місцевого самоврядування) використовує для складання висновку спеціальні знання в галузі науки, мистецтва, техніки чи ремесла, які невідомі широкому загалу учасників процесуальних відносин; експерт проводить дослідження із застосу-

ванням відповідних методик, а орган місцевого самоврядування констатує факти та дає їм свою оцінку. В. Кулакова вважає, що орган місцевого самоврядування, як і експерт, є носієм спеціальних знань, але природа цих спеціальних знань специфічна. Специфіка полягає в тому, що орган місцевого самоврядування бере участь у процесі, оскільки така участь пов'язана з виконанням ними функцій, делегованих місцевим самоврядуванням. Такий орган при дачі висновку по справі використовує не лише знання, а й досвід, здобутий ним у процесі щоденної практики виконання покладених на нього функцій [3, с. 164]. Отже, *висновок органу місцевого самоврядування не можна прирівняти до висновку експерта*.

Якщо порівнювати *висновок органу місцевого самоврядування з письмовими доказами,* то за основу слід брати визначення, що передбачене ст. 64 ЦПК України. Письмовими доказами є будь-які документи, акти, довідки, листування службового або особистого характеру або витяги з них, що містять відомості про обставини, що мають значення для справи.

Письмовими доказами називають виконані на предметі будь-яким способом письмові знаки, що поєднані у відповідну систему та структуру, в яких виражені думки (ідеї), які містять інформацію (повідомлення) про обставини, що мають значення для справи. Залежно від суб'єктів, які склали письмові докази, вони класифікуються на офіційні та неофіційні. Офіційні – документи, акти, службове листування, що походить від державних і громадських органів. Неофіційні письмові докази походять від громадян. За змістом письмові докази поділяють на розпорядчі (різного роду документи – договори, заповіти, накладні тощо) та довідково-інформаційні (довідки, посвідчення, листування службового й особистого характеру). За формою виконання письмові докази поділяють на прості та нотаріально посвідчені [6, с. 104, 105].

Висновок органу місцевого самоврядування також є документом, який містить відомості про обставини, що мають значення для справи. Таким чином, ми можемо прирівняти висновок органу місцевого самоврядування до письмового доказу – офіційного, розпорядчого, простого (згідно із зазначеною класифікацією).

Висновок органу місцевого самоврядування є важливим при ухваленні судом рішень по певній категорії справ та обов'язковим у випадках, передбачених законом. Тому необхідним є законодавче віднесення його до одного із засобів доказування, для того, щоб надати йому правового значення у цивільному процесі. У дослідженні нами встановлено, що висновок органу місцевого самоврядування прирівнюється до письмового доказу, тому пропонуємо доповнити ч. 2 ст. 57 та ч. 1 ст. 64 ЦПК України положенням про те, що *письмовими доказами,* у тому числі, є *висновки органів місцевого самоврядування*.

Правове регулювання подання висновку органу місцевого самоврядування у цивільних справах є недостатнім; потрібно детально розкривати питання змісту, форми, процесуального порядку їх подання та дослідження, тому важливо спочатку визначити їх правову природу, що й було здійснено у цьому дослідженні.

Література

1 *Штефан М. Й.* Підприємство і правосуддя. – К., 1992.

2. *Джандосова Е. В.* Участие в гражданском процессе государственных органов и органов местного самоуправления для дачи заключения по делу: Дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2006. – 203 с.

3. *Кулакова В. Ю.* Участие в гражданском процессе государственных органов и органов местного самоуправления: Дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2001. – 206 с.

4. *Гуреев П. П.* О понятии судебных доказательств в советском гражданском процессе.

5. *Каллистратова Р. Ф.* Институт «особого участия» государственных и общественных организаций в советском гражданском процессе: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1954.

6. *Цивільний* процес / За ред. Ю. В. Білоусова. – К., 2004. – 262 с.

Legal value of the conclusion of local self-government bodies in the civil procedure is studied in the article. Different opinions of the researchers on this issue and the degree of its regulation in the legislation of Ukraine have been analyzed in order to reach that aim. The points of view, according to which local self-government body conclusion is not a kind of proof in the civil procedure, or is considered the proof only in certain cases, or is analogized with the conclusion of expert or with the written proof, or is considered the independent means of evidence, are selected and examined. Own conclusions are made and an amendment of the civil procedural legislation, which could fill the existing gap concerning the definition of the legal nature of the conclusion, is offered.

В статье исследуется правовое значение заключения органов местного самоуправления в гражданском процессе, проанализированы публикации ученых по этому вопросу и степень его разработки в законодательстве Украины. Рассмотрены точки зрения в соответствии с которыми заключение органа местного самоуправления не является доказательством в гражданском процессе, или является доказательством лишь в некоторых случаях, приравнивается к выводу эксперта, к письменному доказательству, или же выступает как самостоятельное средство доказывания. Сделаны собственные выводы и предложены дополнения к гражданско-процессуальному законодательству, которые бы заполнили существующий пробел из определения правовой природы заключения.

ДО ПИТАННЯ ПРО СТАТУС СТРАХУВАЛЬНИКА ЯК СУБ'ЄКТА ПРАВОВІДНОСИН ЗАГАЛЬНООБОВ'ЯЗКОВОГО СОЦІАЛЬНОГО СТРАХУВАННЯ

Сергій Сільченко,
канд. юрид. наук,
доцент кафедри трудового права
Національної юридичної академії України ім. Ярослава Мудрого,
м. Харків

Стаття присвячена дослідженню окремих елементів правового статусу страхувальників у соціальному страхуванні. Визначається коло таких суб'єктів, розглядається соціально-страхова правосуб'єктність, аналізуються критерії диференціації їх правового становища.

Ключові слова: страхувальник, застрахований, правовий статус, компетенція, диференціація.

Останнім часом увагу науковців привертають питання, пов'язані із забезпеченням найбільш ефективної реалізації конституційних прав громадян, у тому числі на соціальний захист. Важливою складовою створеної в Україні системи соціального забезпечення населення є загальнообов'язкове державне соціальне страхування. Врегульоване нормами права, воно існує у формі правових відносин. Склад цих правовідносин у літературі визначають порізному. Так, В. Андреєв виділяв три групи соціально-страхових правовідносин (між органом соціального страхування та підприємством (установою) з приводу формування фонду соціального страхування; між органом соціального страхування та трудящим щодо надання різних видів пенсій, допомоги тощо; між органом соціального страхування й іншими організаціями) пов'язаних із здійсненням функцій матеріального забезпечення трудящих за рахунок коштів соціального страхування [1]. На думку Е. Тучкової, у сфері соціального страхування виникають: урегульовані фінансовим правом відносини між страхувальником і страховиком з приводу сплати внесків до фондів обов'язкового соціального страхування; відносини між роботодавцем і працівником з приводу реалізації останнім права на обов'язкове соціальне страхування; відносини у зв'язку з матеріальним забезпеченням застрахованих у порядку обов'язкового соціального страхування [2]. Обов'язковими учасниками соціально-страхових правовідносин є страхувальники.

Метою цієї статті є дослідження окремих елементів правового статусу страхувальників.

У науці права соціального забезпечення зазначені питання недостатньо досліджені, адже традиційно увага науковців прикута до аналізу юридичного становища фізичних осіб. Окремі питання правового становища страхувальників у вітчизняній правовій науці досліджували Н. Болотіна, М. Боднарук, Б. Сташків, І. Сирота та ін. [3, с. 156–159; 4; 5; 6, с. 90–99].

До числа страхувальників згідно із ст. 6 Основ законодавства України про загальнообов'язкове державне соціальне страхування належать роботодавці та застраховані особи, якщо інше не передбачено законами України. В окремих видах соціального страхування страхувальниками визнають:

- громадян України, які працюють за межами держави та не застраховані в системі соціального страхування країни перебування, за умови сплати страхових внесків у фонди соціального страхування, створені в Україні;
- самозайнятих осіб, які здійснюють підприємницьку, адвокатську, нотаріальну, творчу й іншу діяльність, пов'язану з отриманням доходу. Вони набувають статусу страхувальника (і застрахованого) добровільно, за винятком загальнообов'язкового державного пенсійного страхування;
- фонди соціального страхування, органи соціального захисту населення – в системі пенсійного страхування відносно осіб, які отримують допомогу й інші грошові виплати;
- фізичних та юридичних осіб, які використовують працю громадян на підставі цивільно-правових договорів – у соціальному страхуванні на випадок безробіття.

Таке розширення кола страхувальників стало вимушеним, спрямованим на подолан-

© С. Сільченко, 2009

ня наслідків впливу світової фінансової кризи. Відповідні зміни до законодавства внесені Законом України «Про внесення змін до деяких законів України щодо зменшення впливу світової фінансової кризи на сферу зайнятості населення».

Усі страхувальники володіють правовим статусом, цільовим призначенням якого є створення умов для безперешкодної реалізації застрахованими права на забезпечення за рахунок коштів соціального страхування. У юридичній науці не існує одностайності поглядів щодо його видів, змісту, складових. Заслуговує на увагу поширена думка про визначення правового статусу через правосуб'єктність, основні права й обов'язки, що відображає загальні ознаки, притаманні будь-якому суб'єкту права [7, с. 146; 8, с. 70–72]. Сукупність цих елементів дозволяє визначити умови визнання особи суб'єктом права, здатним реалізовувати власні усвідомлені потреби, інтереси та прагнення, а також окреслити межі правомірної поведінки особи для їх реалізації.

Слід зазначити, що для окремих страхувальників відповідний статус є основним, для інших – додатковим, похідним від статусу застрахованого. Сплата страхових внесків є основним обов'язком страхувальника, який виконують як роботодавці, так і застраховані особи. Проте, якщо перші здійснюють сплату самостійно, реєструючись платниками внесків у фондах соціального страхування, то для других сплата внесків опосередковується діяльністю роботодавця, зобов'язаного утримувати відповідні кошти із заробітної плати (іншого доходу) та вносити їх до фондів. Це зумовлює особливий характер соціально-страхової правосуб'єктності страхувальника, порядок її виникнення. На думку М. Захарова та Е. Тучкової, основним аргументом при визначенні правосуб'єктності у праві соціального забезпечення є такий основоположний принцип, як гарантованість соціального забезпечення кожному як члену суспільства та працівнику внаслідок обов'язкового соціального страхування [9, с. 149]. Це дозволяє нам визначити правосуб'єктність страхувальника як спеціальну, пов'язану з необхідністю сплачувати страхові внески на користь застрахованих.

Правосуб'єктність означає здатність суб'єкта права своїми діями набувати суб'єктивних прав і обов'язків, що є змістом конкретних правовідносин. Вона має абстрактний характер, є потенційною здатністю бути учасником правових відносин. Правосуб'єктність є не природженою, а суспільно-правовою властивістю, а її набуття визнається державою за певною особою. Визнаючи особу правосуб'єктною, держава встановлює критерії визначення її здатності до певного виду діяльності.

Соціально-страхова правосуб'єктність роботодавця є похідною від трудової. За відсутності у чинному Кодексі законів про працю України легальної дефініції роботодавця доцільно звернутися до законодавства про соціальне страхування. Згідно із ст. 1 Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» роботодавцем визнається власник підприємства, установи, організації або уповноважений ним орган незалежно від форм власності, виду діяльності та господарювання; фізична особа, яка використовує працю найманих працівників (у тому числі іноземців, які на законних підставах працюють за наймом в Україні); власник розташованого в Україні іноземного підприємства, установи, організації (у тому числі міжнародної), філії та представництва, який використовує працю найманих працівників, якщо інше не передбачено міжнародними договорами України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. При цьому зазначимо, що законодавство України про обов'язкове соціальне страхування не встановлює для цивільно-правових власників юридичних осіб прав, обов'язків і відповідальності у цій сфері. Фактично страхувальниками є підприємства, установи, організації, їх відокремлені структурні підрозділи.

Набуття юридичними особами роботодавчої правосуб'єктності пов'язується з двома умовами: існуванням певного нормативно-правового акта, що закріплює підстави її виникнення; адміністративним актом державного органу, що констатує наявність правосуб'єктності у конкретної особи. В нашому випадку таким є акт державної реєстрації.

На думку М. Федорова, правосуб'єктність страхувальника настає з моменту його реєстрації як платника страхових внесків [10, с. 169]. Ця теза щодо роботодавців потребує певного уточнення, адже законодавство України під час реєстрації юридичних осіб і фізичних осіб – підприємців не вимагає від них активних дій з постановки на облік у фондах соціального страхування. Цей процес відбувається на підставі відомостей з реєстраційної картки, наданих державним реєстратором відповідно до Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців». Тому у 2006 р. із законодавства було вилучено положення про юридичну відповідальність роботодавців за ухилення їх від реєстрації як платників страхових внесків. Таким чином, ця правосуб'єктність виникає одночасно з цивільно-правовою та трудовою, а ухилитися від її набуття неможливо.

Що стосується фізичних осіб, які не є підприємцями, проте використовують найману

працю, то для набуття ними статусу страхувальника необхідна сукупність таких юридичних фактів: досягнення повноліття та відсутність підстав для обмеження цивільної дієздатності; укладення трудового договору з найманим працівником і його реєстрація в установленому порядку органом державної служби зайнятості; подання заяви робочому органу виконавчої дирекції відповідного фонду соціального страхування про постановку на облік.

Особи, які підлягають страхуванню на добровільних засадах, набувають статусу страхувальника з моменту постановки на облік як платника страхових внесків, а для участі у пенсійному страхуванні – після набрання чинності договору між фізичною особою та територіальним органом Пенсійного фонду України. Він зберігається за добровільно застрахованими особами протягом усього періоду сплати страхових внесків. У разі порушення порядку сплати страхових внесків ці особи знімаються з обліку як платники страхових внесків, тобто втрачають відповідний статус.

Правосуб'єктність державних органів та інших осіб, які беруть участь у наданні певних видів соціального забезпечення чи сприяють фізичним особам у реалізації їх прав у цій сфері, в літературі пропонується визначати через категорію «компетенція» [3, с. 157; 11, с. 110–114]. Зокрема, Н. Болотіна вважає, що компетенція надавачів соціальних виплат і послуг у сфері соціального захисту виявляється у сукупності їх прав та обов'язків, які надаються їм для виконання соціально-захисної функції.

Ми не погоджуємося з таким розумінням правосуб'єктності. На нашу думку, компетенція – це сукупність встановлених в офіційній (юридичній чи неюридичній) формі прав і обов'язків, тобто повноважень будь-якого органу або посадової особи, які визначають можливості цього органу або посадової особи приймати обов'язкові до виконання рішення, організовувати та контролювати їх виконання, вживати у необхідних випадках заходи відповідальності тощо [12, с. 196]. Таким чином, здатність до певних юридично значимих дій пропонується ототожнювати з правовою моделлю цих дій, тобто статутними (визначеними законами й іншими нормативно-правовими актами) правами та обов'язками. Натомість вони характеризують зміст правового статусу особи.

Загальний обсяг прав і обов'язків страхувальників визначений законами, що регулюють відносини загальнообов'язкового державного соціального страхування (ст. 27 Закону України «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування у зв'язку з тимчасовою втратою працездатності та витратами, зумовленими похованням», ст. 35 Закону України «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування на випадок безробіття» тощо).

Зміст правового статусу страхувальника у різних видах соціального страхування може бути зумовлений різними чинниками, зокрема:

- порядком надання матеріального забезпечення та соціальних послуг;
- соціальним статусом працівників, пов'язаних трудовими відносинами з роботодавцем;
- характером господарської діяльності роботодавця, наявністю професійних ризиків для працівників.

Порядок надання матеріального забезпечення та соціальних послуг у системі загальнообов'язкового державного соціального страхування породжує додаткові зобов'язання для роботодавців. Це, зокрема, стосується страхування у зв'язку з тимчасовою втратою працездатності та витратами, зумовленими народженням і похованням, що є найбільш наближеним до працівника, а страхові випадки трапляються найчастіше. Тому на роботодавця покладається обов'язок із виплати допомоги та надання соціальних послуг у рахунок сплати страхових внесків. Страхувальники, які не використовують найману працю, забезпечуються безпосередньо з Фонду соціального страхування з тимчасової втрати працездатності як застраховані особи.

Соціальний статус застрахованих, які перебувають у трудових відносинах із страхувальником, значною мірою впливає на розмір страхових внесків. Відповідно до Закону України «Про розмір внесків на деякі види загальнообов'язкового державного соціального страхування» встановлено диференційований підхід до визначення розміру страхових внесків залежно від суб'єктного складу трудових правовідносин. Заслуговує на увагу диференціація у системі соціального страхування на випадок безробіття. За загальним правилом страховий внесок для роботодавця визначений у розмірі 1,6 % суми фактичних витрат на оплату праці найманих працівників, грошового забезпечення військовослужбовців, що включають витрати на виплату основної та додаткової заробітної плати, інші заохочувальні та компенсаційні виплати, у тому числі в натуральній формі, що визначаються згідно з нормативно-правовими актами, прийнятими відповідно до Закону України «Про оплату праці», виплату доходу (прибутку) за договорами цивільно-правового характеру та підлягають обкладанню податком з доходів фізичних осіб. На підприємствах і в організаціях громадських організацій інвалідів, де кількість інвалідів

становить не менше 50 % загальної чисельності працюючих і за умови, що фонд оплати праці таких інвалідів становить не менше 25 % суми витрат на оплату праці, роботодавці звільняються від сплати внесків у частині витрат на оплату праці найманих працівників-інвалідів. Роботодавці підприємств та організацій товариств УТОГ і УТОС звільняються від сплати внесків на соціальне страхування на випадок безробіття, а внески у системі соціального страхування у зв'язку з тимчасовою втратою працездатності вони сплачують у розмірі 0,4 % суми фактичних витрат на оплату праці (на відміну від 1,4 % для інших страхувальників). Аналогічні пільги передбачені в інших видах загальнообов'язкового державного соціального страхування.

Характер господарської діяльності також впливає на розмір страхових внесків страхувальника. Так, страхові тарифи на загальнообов'язкове державне соціальне страхування від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання, які спричинили втрату працездатності, встановлюються відповідно до класу професійного ризику виробництва. На сьогодні передбачено 67 класів з диференціацією розміру страхових внесків від 0,56 до 13,5 % суми фактичних витрат на оплату праці. Для окремих галузей економіки, наприклад сільського господарства, відкритого видобутку руд, встановлені спеціальні тарифи.

Спеціальні правила обчислення страхових внесків на пенсійне страхування передбачені для підприємств цивільної авіації, що використовують працю членів екіпажів повітряних суден. Щодо цієї категорії збір на пенсійне страхування встановлено у розмірі 42 % суми витрат на оплату праці. Натомість загальний тариф на сьогодні становить 33,2 %.

Висновки

Правове регулювання отримання юридичного статусу страхувальників, а також визначення його обсягу й особливостей покликане забезпечити найбільш сприятливий механізм реалізації прав людини на соціальне забезпечення в рамках загальнообов'язкового державного соціального страхування. Враховуючи принципові відмінності між правовим становищем роботодавців та інших осіб, які зобов'язані сплачувати страхові внески на обов'язкове соціальне страхування, пропонуємо зберігати різний порядок взяття на облік страхувальників у фондах соціального страхування. Оскільки роботодавці, які не мають статусу суб'єкта господарювання, не підлягають державній реєстрації, а лише зобов'язані реєструвати укладені трудові договори в органах державної служби зайнятості, слід на законодавчому рівні запровадити механізм прийняття їх на облік як платників внесків на підставі повідомлення від державної служби зайнятості, не вимагаючи подання ними окремої заяви про взяття на облік. У разі ж запровадження єдиного соціального внеску з відповідним механізмом його адміністрування процедура взяття на облік усіх платників має бути уніфікована.

Література

1. *Андреев В. С.* Правоотношения по государственному социальному страхованию в СССР. – М., 1962. – 65 с.
2. *Тучкова Э. Г.* Обеспечение права работников на обязательное социальное страхование // Аналитический вестник. – М., 2004. – № 5. – С. 13–27.
3. *Болотіна Н. Б.* Право соціального захисту України. – К., 2005. – 615 с.
4. *Боднарук М.* Суб'єкти правовідносин у сфері державного соціального страхування // Підприємництво, господарство і право. – 2001. – № 5. – С. 71–76.
5. *Сирота И. М.* Право социального обеспечения в Украине. – Х., 2005. – 432 с.
6. *Сташків Б.* Суб'єкти правовідносин у сфері соціального забезпечення // Право України. – 2003. – № 2. – С. 39–44.
7. *Алексеев С. С.* Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. – М., 1966. – 187 с.
8. *Право* социального обеспечения / Под ред. К. Н. Гусова. – М., 2001. – 328 с.
9. *Захаров М. Л., Тучкова Э. Г.* Право социального обеспечения России. – М., 2004. – 608 с.
10. *Федорова М. Ю.* Теоретические проблемы правового регулирования социального страхования: Дис. ... д-ра юрид. наук. – СПб., 2003. – 362 с.
11. *Иванова Р. И.* Правоотношения по социальному обеспечению в СССР. – М., 1986. – 175 с.
12. *Юридична* енциклопедія: В 6 т. – К., 2001. – Т. 3. – 792 с.

The article covers the research of defined elements of insurers' legal status in the social insurance. The range of these subjects is specified, social insurance legal personality is examined, the criteria of differentiation of their legal status is analyzed.

Статья посвящена исследованию отдельных элементов правового статуса страхователей в социальном страховании. Определен круг таких субъектов, рассмотрена социально-страховая правоспособность, проанализированы критерии дифференциации их правового положения.

ШЛЯХИ РОЗВИТКУ ГОСПОДАРСЬКОГО ЗАКОНОДАВСТВА У СУДНОБУДІВНОМУ СЕКТОРІ ПРОМИСЛОВОСТІ УКРАЇНИ

Катерина Пісьменна,
канд. юрид. наук, асистентка кафедри господарського права Національної юридичної академії України ім. Ярослава Мудрого, м. Харків

Стаття присвячується вивченню господарсько-правових аспектів державного стимулювання пріоритетних галузей промисловості на прикладі суднобудівельної. Розглядається сучасний стан розвитку галузі, а також аналізуються недоліки нормативно-правового забезпечення функціонування галузі. Автор пропонує створення суднобудівельного кластера, введення ліцензування і прискореної амортизації з метою підвищення конкурентоспроможності галузі.

Ключові слова: регулювання господарської діяльності, промислова політика, державна економічна політика, ліцензування, прискорена амортизація.

Щоб у майбутньому посісти гідне місце в світовому поділі праці необхідно визначити пріоритетні галузі виробництва, розвиток яких може позитивно вплинути на економічне зростання промисловості України в цілому. Такими галузями слід вважати ті, що мають відносно сучасні технології, значний інтелектуальний, а тому й інноваційний потенціал: галузі машинобудування, зокрема суднобудування.

З огляду на кон'юнктуру світового і внутрішнього ринків, п. 2 ст. 7 Закону України «Про пріоритетні напрямки інноваційної діяльності» від 16.01.2003 р. № 433-IV, ст. 7 Закону України «Про пріоритетні напрями розвитку науки і техніки в Україні» від 11.07.2001 р. № 2623-III, постанову Кабінету Міністрів України «Про концепцію державної промислової політики» від 29.02.1996 р. № 272 суднобудування визнано пріоритетною галуззю економіки.

Рівень розвитку суднобудування як галузі промисловості, що інтегрує у своїй продукції результати діяльності великої кількості суміжних галузей національної економіки, є для будь-якої країни показником її науково-технічного розвитку та промислового потенціалу.

Після здобуття незалежності в Україні залишаються значні виробничі потужності суднобудування та судноремонту, на які припадає близько 30 % суднобудування колишнього СРСР. Це 9 суднобудівних заводів, 5 підприємств судового машинобудування, 11 підприємств морського приладобудування, 27 окремих науково-дослідних інститутів і конструкторських бюро. Крім того, в Україні функціонує низка суднобудівних і судноремонтних підприємств, що підпорядковані Міністерству транспорту та зв'язку, Департаменту рибного господарства Мінагрополітики і Міністерству оборони [1, с. 215].

Одна з умов стабільної роботи суднобудівних підприємств – правовий механізм державної підтримки, який забезпечується за рахунок прямих дотацій з державного бюджету та низьких відсоткових ставок за кредитами. Показовим є те, що уряд Євросоюзу на сьогодні не відмовився від підтримки суднобудівної галузі, що планувалося скасувати ще у 1994 р. Отже, важливим завданням господарсько-правової науки є конструювання ефективних засобів та механізмів державної підтримки з урахуванням особливостей і закономірностей розвитку економіки України, у тому числі національної суднобудівної промисловості.

Певну увагу дослідженню господарсько-правових аспектів регулювання господарської діяльності в окремих галузях економіки приділяв О. Віхров [2], загальні питання економічної політики розглядаються Д. Задихайлом [3], промислової – І. Мілейко [4]. Але на сьогодні питання господарсько-правового забезпечення стимулювання розвитку суднобудівної промисловості є невивченими.

Метою цієї статті є виявлення основних напрямів розвитку господарського законодавства у сфері стимулювання господарської діяльності підприємств суднобудівної промисловості.

Сьогодні низка проблем, пов'язаних із особливостями державного регулювання судно-

© К. Пісьменна, 2009

будівної промисловості потребують ретельного розв'язання. *По-перше,* з накладенням мораторію на дію Закону України «Про заходи державної підтримки суднобудівної промисловості в Україні» від 18.11.1999 р. № 1242-XIV суднобудування фактично залишилося без підтримки з боку держави, опинившись тим самим у більш невигідному становищі, ніж іноземні конкуренти. *По-друге,* правова позиція держави щодо судноремонту, який в умовах відсутності державного замовлення розвивається швидшими темпами, ніж суднобудування, містить значний виробничий і науковий потенціал та має всі передумови для визнання його пріоритетною галуззю економіки, законодавчо не набув такого статусу, у зв'язку з чим на судноремонтні підприємства не поширюється застосування механізмів стимулювання. *По-третє,* відсутня так звана морська політика України, яка б урахувала напрями морської діяльності держави та її потенціал, національні інтереси у Світовому океані, морську політику, її принципи, напрями та суб'єктів, роль суднобудування у розвитку морської індустрії. *По-четверте,* відсутня програма розвитку суднобудівної промисловості, яка шляхом впровадження системи господарсько-правових засобів дозволила б розв'язати низку проблем розвитку промисловості. *По-п'яте,* відсутня сформульована інноваційна політика держави, яка б сприяла розвитку новітніх технологій у галузі суднобудування. *По-шосте,* надто високими є відсоткові ставки за кредитами українських банків, відсутні кредитні пільги для підприємств суднобудівної промисловості, що врешті-решт призводить до збільшення собівартості суден, які будуються, що неприпустимо з огляду на світову конкуренцію.

Тотальна приватизація підприємств промисловості та неврахування національних економічних інтересів у приватизаційних умовах значно ускладнюють контроль держави за збереженням основного профілю діяльності підприємств – суднобудування та судноремонту, а також за збереженням повного циклу виробництва саме в Україні, що є принциповим питанням з точки зору одержання прибутку у повному обсязі Державним бюджетом України та розвитку конкурентоспроможності суб'єктів господарювання. Актуальною у зв'язку з кон'юнктурою внутрішнього та світового ринків є проблема оновлення та модернізації відповідно до сучасних досягнень науки та техніки як існуючого флоту, так і основних фондів суднобудівної промисловості: приладів, верстатів, докового обладнання.

Слід зазначити, що суднобудівна промисловість є комплексною галуззю, яка складається з багатьох підгалузей, що мають специфічні технологічні властивості, особливі умови економічного розвитку, різний ступінь рентабельності. У зв'язку з цим з метою стимулювання необхідно застосовувати різні господарсько-правові засоби державної підтримки.

За виробничою спеціалізацією підприємства й організації суднобудівної промисловості створюють такі галузі: суднобудування, судноремонт, суднове машинобудування та морське приладобудування. Відносно специфічну підгалузь утворюють підприємства, що здійснюють суднові електромонтажні роботи [5, с. 14].

На нашу думку, ефективна промислова політика держави у сфері суднобудування, у тому числі її правова політика, мають ґрунтуватися на визнанні існування в Україні потужного суднобудівного кластеру. До його складу як комплексного об'єкта промислової політики, що передбачає застосування цілеспрямованої системи господарсько-правових засобів державного регулювання, входять, передусім, підприємства власне суднобудівної, судноремонтної, судномашинобудівної та морської приладобудівної галузей суднобудівної промисловості як такої.

Крім того, Україна є морською державою. У цьому контексті заслуговує на увагу позитивний досвід Російської Федерації, де була прийнята й успішно функціонує Морська доктрина, що розкриває сутність, зміст і шляхи реалізації національної морської політики. Ми вважаємо, що необхідно прийняти такого роду нормативно-правовий акт і в Україні. Така доктрина має стати першою ланкою у правовому регулюванні як морської діяльності країни, так і розвитку суднобудівної промисловості. Другою ланкою має стати прийняття на основі Морської доктрини галузевої програми розвитку, загальної для суднобудування та судноремонту, яка б визначала стратегічні цілі держави в галузях суднобудування та судноремонту та була генеральною для так званих підгалузевих програм економічного розвитку окремих підгалузей суднобудування та судноремонту. Остаточний правовий режим функціонування суднобудівної промисловості має фактично залежати від Морської доктрини.

Крім того, вважаємо необхідним внесення системних доповнень до Закону України «Про державне прогнозування та розроблення програм економічного і соціального розвитку України», якими мають бути впроваджені: по-перше, обов'язковість державних програм розвитку для стратегічних і пріоритетних галузей економіки; по-друге, обов'язковість комплексу таких програм за строком дії (довгострокових, середньострокових і ко-

роткострокових); по-третє, розроблення залежних підгалузевих програм виробництва окремих видів продукції (за необхідності); почетверте, запровадження механізмів юридичної відповідальності посадових осіб за низьку ефективність виконання таких програм.

На нашу думку, основними напрямами правової політики регулювання господарської діяльності у сфері суднобудування в умовах майже повної приватизації підприємств промисловості є забезпечення зростання обсягів виробництва конкурентоспроможної інноваційної продукції, а також забезпечення повного циклу виробництва суден як кінцевої продукції національними виробниками. З огляду на світову практику державної підтримки суднобудування для підвищення конкурентоспроможності національних суднобудівних підприємств і погіршення фінансового стану українських після введення мораторію на дію Закону України «Про заходи державної підтримки суднобудівної промисловості в Україні» доцільним є збереження для суднобудівної діяльності спеціального режиму господарювання.

У сучасних умовах судноремонт стає основним напрямом діяльності суднобудівних підприємств. Але законодавець не поширює на нього положення Закону України «Про заходи державної підтримки суднобудівної промисловості в Україні», що негативно позначається на конкурентоспроможності вітчизняних судноремонтних підприємств. Судноремонт є самостійною специфічною галуззю суднобудівної промисловості. Тому для ефективного розвитку суднобудівної промисловості в цілому зусилля законодавця мають бути спрямовані на стимулювання судноремонту як специфічної галузі промисловості, зокрема через створення спеціальних пільг і гарантій, які не обов'язково є предметом регулювання з боку чинного Закону України «Про заходи державної підтримки суднобудівної промисловості України» в силу його визначеної цільової спрямованості саме на суднобудування. На нашу думку, господарсько-правове забезпечення стимулювання розвитку судноремонтної галузі в Україні потребує розроблення також спеціальної Державної програми розвитку судноремонтної галузі.

Вважаємо, що з метою найбільш адресного й ефективного стимулювання розвитку суднобудівної промисловості як такої є створення ієрархічної сукупності нормативно-правових актів, спрямованих на стимулювання господарської діяльності у суднобудівній промисловості. Це Морська доктрина як основоположний нормативно-правовий акт; галузева програма розвитку суднобудівної промисловості та програми розвитку найбільш конкурентоспроможних підгалузей суднобудування, будування певних типів суден, устаткування та приборів. Окреме місце в цьому має посісти Закон України «Про заходи державної підтримки суднобудівної промисловості в Україні», що має бути розроблений і прийнятий в новій редакції. Доцільно включити до так званих джерел також акти, що комплексно регулюють лізингову та факторингову діяльність у галузі.

Слід зазначити, що в існуючих умовах об'єктивно необхідним є посилення державного регулювання господарських відносин у сфері суднобудівної промисловості, насамперед, запровадження цілісної системи програмування її розвитку та постійної модифікації засобів господарсько-правового регулювання у процесі виконання таких програм. Актуальним завданням є виведення організаційно-господарських відносин з підприємствами галузі на новий рівень. Оскільки суднобудування належить до сфери управління суднобудівної промисловості у складі Департаменту оборонно-промислового комплексу, що, у свою чергу, входить до складу Міністерства економіки України, пропонуємо підвищити рівень реалізації галузевої політики держави через утворення відповідного галузевого Міністерства суднобудівної промисловості.

На сьогодні для забезпечення високої якості судноремонтних робіт, зокрема для іноземних замовників, збереження високої ділової репутації українського судноремонту, насамперед для найбільш складних з точки зору технологічного забезпечення його видів, які пов'язані з присвоєнням суднам певного класу, необхідним є ліцензування. З метою надання ліцензуванню як господарсько-правовому засобу стимулюючого інноваційного характеру вважаємо, що під час розроблення ліцензійних умов мають бути визначені такі технічні та технологічні вимоги, що спонукали б суб'єктів господарювання до інноваційного оновлення основних виробничих фондів.

Зважаючи на досить складну за своїм механізмом та правовою природою міжнародну систему технічного нагляду за якістю суднобудівної та судноремонтної діяльності, що здійснюється так званими класифікаційними товариствами та пов'язана з присвоєнням суднам відповідного класу як важливої експлуатаційної характеристики, пропонуємо на рівні постанови Кабінету Міністрів України запровадити низку заходів державної підтримки, що сприяли б набуттю українськими класифікаційними товариствами статусу повноправного членства у міжнародних структурах, поширенню сфери їх діяльності на судна всіх категорій, що будуються в Ук-

раїні, адаптації їх технічних стандартів до стандартів світового рівня.

З метою забезпечення процесу будування та реалізації суден, пропонуємо застосувати заходи державної підтримки лізингової діяльності в Україні, зокрема у сфері суднобудівної промисловості. Такі заходи мають передбачати прийняття Закону України «Про фінансовий лізинг» в новій редакції та регламентацію видів і організаційно-правових форм лізингових компаній як суб'єктів ринку фінансових послуг, зокрема державних лізингових компаній, системи державного регулювання лізингової діяльності та господарсько-правових засобів державної підтримки лізингової діяльності у стратегічних галузях промисловості. Необхідно також розробити та прийняти Державну програму розвитку лізингової діяльності в Україні. Основним напрямом правового забезпечення лізингової діяльності, зокрема її державного регулювання, має стати врахування специфіки лізингу, що спрямований на інноваційне оновлення основних виробничих фондів, та лізингу, що сприяє збуту товарів, насамперед тих, що мають кваліфікацію інноваційної продукції.

Ураховуючи позитивний досвід застосування державою для підтримки сільськогосподарських товаровиробників такого господарсько-правового засобу, як компенсація державою ставки за банківськими кредитами у розмірах, не менше як 50 % облікової ставки НБУ, передбаченого Законом України «Про стимулювання розвитку сільського господарства на період з 2001–2004 років», пропонуємо використати цей господарсько-правовий засіб для формування спеціального режиму господарювання у сфері виробництва окремих типів суден або здійснення високотехнологічних видів судноремонту.

Як уже зазначалося, судноремонтна галузь є не підгалуззю суднобудування, а окремою галуззю виробництва, яка має власні як технологічні особливості, так і особливості законодавчого забезпечення. Однією з таких особливостей є короткостроковість надання послуг (до 1 місяця), що зумовлює низку неузгодженостей законодавства. Переважно надання послуг з ремонту суден здійснюється щодо іноземних контрагентів, тому актуальним стає питання повернення виручки в іноземній валюті. Досить короткий строк повернення виручки в іноземній валюті (хоч і подовжений з 90 до 180 днів) не дає можливості надавати послуги з відстроченням понад цей строк. Такий стан законодавства призводить до фактичного неукладення потенційно перспективних контрактів. Тому для суднобудування стає актуальним питання про пошук альтернативних джерел комерційного фінансування. Одним із таких джерел, на нашу думку, може стати факторинг як спосіб фінансування за допомогою банків і фінансових корпорацій.

Вважаємо необхідним застосування для підприємств суднобудівної промисловості прискореної амортизації основних засобів як господарсько-правового засобу стимулювання підвищення конкурентоспроможності підприємств. У зв'язку з цим необхідно прийняти Закон України «Про амортизацію», з метою з'ясування на законодавчому рівні напрямів і правових засобів державної амортизаційної політики, а також встановлення переліку та класифікації основних засобів за такими ознаками, як вплив на підвищення конкурентоспроможності галузі та ступінь їх зношеності. Враховуючи сукупність цих ознак, пропонуємо створити галузеву систему диференційованих строків амортизації різних категорій обладнання й устаткування.

Пропонуємо для підвищення ефективності державної підтримки стратегічних галузей промисловості, зокрема суднобудівної, та контролю за використанням коштів державного бюджету в процесі фінансування державних замовлень, фінансування державних цільових програм, компенсації відсоткових ставок комерційного кредитування та здійснення пільгового кредитування за рахунок грошових коштів держави створити спеціалізовані державні фінансово-кредитні установи як системний захід державної підтримки стратегічних галузей промисловості. Це вимагає розроблення та прийняття Закону України «Про державні фінансово-кредитні установи» та ухвалення типового статуту державної фінансово-кредитної установи.

Висновки

Ефективна промислова політика держави у сфері суднобудування, у тому числі її правова політика, мають ґрунтуватися на визнанні існування в Україні потужного суднобудівного кластеру.

Першим кроком у питанні правового регулювання галузі має стати прийняття окремого нормативно-правового акта, який би визначав основи державної економічної політики у сфері морської діяльності, – так званої Морської доктрини.

Вважаємо необхідним створення ієрархічної сукупності нормативно-правових актів, спрямованих на стимулювання господарської діяльності в суднобудівній промисловості.

Для забезпечення високої якості судноремонтних робіт, зокрема для іноземних замовників, збереження високої ділової репутації українського судноремонту, перш за все, для найбільш складних з точки зору техно-

логічного забезпечення його видів, які пов'язані з присвоєнням суднам певного класу, необхідним є запровадження ліцензування.

Вважаємо необхідним застосування для підприємств суднобудівної промисловості прискореної амортизації основних засобів як господарсько-правового засобу стимулювання підвищення конкурентоспроможності цих підприємств.

Література

1. *Логачев С. И., Чугунов В. В.* Мировое судостроение: современное состояние и перспективы развития. – СПб., 2001. – 312 с.

2. *Віхров О. П.* Організаційно-господарські правовідносини. – К., 2008. – 512 с.

3. *Задихайло Д. В.* Мобілізаційна стратегія економічного розвитку в контексті господарського правового порядку: постановка питання // Вісник Академії правових наук України. – 2007. – № 1. – С. 158–168.

4. *Мілейко І.* Дефекти законодавчого забезпечення функціонування промислової політики держави // Підприємництво, господарство і право. – 2005. – № 12. – С. 96–99.

5. *Александров В. Л., Перелыгин А. В., Соколов В. Ф.* Судостроительное предприятие в условиях рынка: проблемы адаптации и развития. – СПб., 2003. – 390 с.

This article is dedicated to the study of legal aspects of state stimulation of mail brunches of industries on the example of shipbuilding. An author examines the development of industry, including the lacks of the legal supplyment of industry. An author offers creation shipbuilding cluster, introduction of licensing and accelerated depreciation with the purpose of increase of competitiveness of industry.

Статья посвящается изучению хозяйственно-правовых аспектов государственного стимулирования приоритетных отраслей промышленности на примере судостроительной. Рассматривается современное состояние развития отрасли, а также анализируются недостатки нормативно-правового обеспечения функционирования отрасли. Автор предлагает создание судостроительного кластера, введение лицензирования и ускоренной амортизации с целью повышения конкурентоспособности отрасли.

ПОСЕРЕДНИЦТВО В ЕКОНОМІЦІ ТА ГОСПОДАРСЬКОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

Вікторія Рєзнікова,
канд. юрид. наук,
доцент кафедри трудового, земельного, екологічного, аграрного та господарського права
Хмельницького університету управління та права

Стаття присвячена дослідженню господарсько-правової сутності посередництва, співвідношенню понять «господарська операція» та «посередницька операція». Аналізуються обставини, що об'єктивно зумовлюють поширення посередництва в господарському обороті України. Розглядається посередництво в економічному, правовому, у вузькому та широкому його значеннях.

Ключові слова: посередник, посередництво, посередницька діяльність, посередницька операція, господарська операція.

Посередництво об'єктивно стало невід'ємною складовою господарського обороту України. Це – незаперечний факт, що свідчить про прогресивний розвиток вітчизняної економіки, оскільки розмаїття на ринку професійних суб'єктів посередницької діяльності та правових форм посередництва сприяє становленню конкурентоспроможного середовища, що, у свою чергу, сприяє ефективному розвитку ринкової інфраструктури. Сучасний господарський оборот вже неможливо уявити без участі у ньому осіб, які сприяють налагодженню економічних зв'язків між виробниками товарів і послуг, між ними та споживачами таких товарів і послуг. Посередники є невід'ємною складовою розвинутого ринку, необхідною умовою поступального розвитку суспільства.

Правовому регулюванню посередництва в Україні присвячені праці таких авторів, як: В. Васильєва, Н. Кузнєцова, В. Луць, Г. Сальнікова та ін. Однак слід зазначити, що науково-теоретичне розроблення окресленої проблематики зазначеними авторами виконується переважно з цивільно-правової точки зору. Господарсько-правові та комплексні дослідження посередництва в Україні є фрагментарними, здійснюються переважно в контексті супутнього аналізу інших проблем правового регулювання господарських правовідносин та/або господарської діяльності. Залишаються без відповіді питання про те, чому посередництво стає об'єктивно все більш поширеним в господарському обороті, що таке посередництво, в яких сферах господарської діяльності воно має місце та практичне застосування, в чому полягає суть посередництва?

Той факт, що посередництво стає об'єктивно все більш поширеним в господарському обороті, зумовлюється низкою обставин, як юридичного, так і економічного характеру. *По-перше*, за дослідженнями англійських економістів, інтернаціоналізація економіки на мікро-, мезо-, макрорівні є причиною та наслідком переходу до нового послугоінтенсивного типу економіки. Розвиток країни зумовлює зміни в структурі продукції. Наступним етапом цієї еволюції, як правило, стає приріст питомої ваги сектора послуг. Розвиток спеціалізації, у свою чергу, призвів до того, що в ряді випадків залучення суб'єктом господарювання посередника коштує йому дешевше, порівняно з витратами, які очікуються у разі виконання таких функцій і дій власними зусиллями. Іншими словами, доцільність звернення до послуг професійних посередників чи посередницьких організацій зумовлена тією економією витрат у процесі виробництва та товарного обороту, яку вони забезпечують замовникові таких послуг.

По-друге, об'єктивна необхідність у залученні посередників до здійснення тих чи інших видів господарської діяльності може бути пов'язана з наявністю у посередників стабільних контактів, налагоджених ділових зв'язків із покупцями та/або виробниками товарів, що сприяє гарантованому, ефективному та надійному виконанню зобов'язань сторонами договору.

По-третє, існують ситуації, коли залучення посередника зумовлено суто юридичними причинами й є обов'язковим відповідно до вимог чинного законодавства (наприклад, фінансове посередництво на фондовій біржі).

По-четверте, залучення посередника дозволяє перекласти на нього частину комерційних ризиків, що зменшує можливі втрати.

По-п'яте, господарські операції, які здійснюються із залученням посередника мають

© В. Рєзнікова, 2009

специфічний податковий режим порівняно з безпосередніми правовідносинами суб'єктів господарювання, тому в ряді випадків залучення посередників є виправданим з точки зору оподаткування. Так, на практиці, до посередництва досить часто вдаються суб'єкти підприємницької діяльності для оптимізації та/або мінімізації оподаткування результатів підприємницької діяльності у сфері господарювання. Адже об'єкт обкладання податком на прибуток і податком на додану вартість виникає з операцій, пов'язаних із продажем товарів (робіт, послуг). Під продажем, зокрема товарів, визнають будь-які операції, що здійснюються згідно з договорами купівлі-продажу, міни, поставки й іншими цивільно-правовими договорами, які передбачають передачу прав власності на такі товари за плату або компенсацію, незалежно від строків її надання, а також операції з безоплатного надання товарів.

Продаж результатів робіт (послуг) визначається як будь-які операції господарсько-правового характеру з надання результатів робіт (послуг), з надання права на користування або на розпоряджання товарами, у тому числі нематеріальними активами й іншими, ніж товари, об'єктами власності за компенсацію, а також операції з безоплатного надання результатів робіт (послуг). Продаж результатів робіт (послуг) охоплює, зокрема, надання права на користування товарами у межах договорів лізингу (оренди), продаж, передачу права на підставі авторських або ліцензійних договорів, а також інші способи передачі об'єктів авторського права, патентів, знаків для товарів і послуг, інших об'єктів права інтелектуальної, в тому числі промислової, власності (п. 1.31 ст. 1 Закону України «Про оподаткування прибутку підприємств» від 28.12.1994 р.). За першою подією, пов'язаною з передачею права власності на товар, у продавця виникають валові доходи й об'єкт оподаткування податком на додану вартість. Разом із тим є винятки. У п. 1.31 ст. 1 Закону України «Про оподаткування прибутку підприємств» зазначено, що не вважаються продажем операції з надання товарів у межах договорів комісії, схову (відповідального зберігання), доручення, інших цивільно-правових договорів, які не передбачають передачу прав власності на такі товари. Аналогічна норма є й у п. 1.4 ст. 1 Закону України «Про податок на додану вартість» від 03.04.1997 р. Отже, якщо товар буде передано тій самій особі на підставі різних договорів, порядок оподаткування таких операцій буде різний. Це підтверджується нормами зазначених законів, які окремо виділяють порядок оподаткування посередницьких операцій. А оскільки посередницькі операції мають специфічний режим оподаткування, існують варіанти їх використання для оптимізації податкових платежів. Як зазначалося, передача товарів за договором, який не передбачає передачі права власності, не вважається продажем, тож не виникає й об'єкта оподаткування[1].

Перелічені обставини роблять так звані посередницькі операції не тільки економічно доцільними, а й досить привабливими для суб'єктів господарювання. Термін *«посередницька операція»* набув практичного поширення та застосовується суб'єктами господарювання при безпосередньому здійсненні господарської діяльності. Однак, попри те, що термін «посередницька операція» є загальновизнаним, загальновживаним і досить поширеним, його законодавче визначення відсутнє як у податковому, так і господарському законодавстві.

Терміни «посередницька операція» та «господарська операція» співвідносяться один з одним як особливе та загальне. Поняття *«господарська операція»* отримало нормативне закріплення лише у ст. 1 Закону України «Про бухгалтерський облік та фінансову звітність в Україні» від 01.07.1999 р., воно визначене як дія або подія, що викликала зміни у структурі активів і зобов'язань, власному капіталі підприємства. Наведене визначення розроблене виключно для цілей фінансової звітності юридичних осіб, адже зміни у структурі її активів можуть бути викликані подіями, що жодним чином не пов'язані з суспільним відтворенням.

Господарською операцією є вольовий акт (спільний вольовий акт), вчинений у межах однієї з трьох стадій суспільного відтворення – виробництва, розподілу, обміну[2]. Всі господарські операції (у тому числі посередницькі) суб'єкта господарювання є окремими фрагментами його господарської діяльності, незалежно від того, чи утворюють вони безпосередній предмет його діяльності.

Посередницькі операції та угоди Декретом Кабінету Міністрів України «Про податок на прибуток підприємств і організацій» від 26.12.1992 р. визначалися раніше як діяльність підприємств, які виступають у ролі комісіонера у договорі комісії, або повіреного у договорі доручення (ст. 1). У першій ре-

[1] *Єлісєєв А., Підлужний М.* Мінімізація податків законними способами: застосування посередницьких договорів для оптимізації податків // Контракти. – 2003. – № 50. – С. 3–4.

[2] *Мілаш В.* Проблеми визначення господарсько-правового статусу учасників господарських відносин // Підприємництво, господарство і право. – 2008. – № 2. – С. 26.

дакції Закону України «Про оподаткування прибутку підприємств» містилося визначення терміна «посередницька операція». Так, п. 1.17 було визначено, що *посередницька операція* – це господарська операція суб'єкта підприємницької діяльності, який виступає у ролі комісіонера у договорі комісії, консигнатора у консигнаційному договорі або повіреного у договорі доручення, за винятком довірчих операцій з грошовими коштами, цінними паперами, у тому числі приватизаційні майнові сертифікати, операцій із випуску боргових зобов'язань і вимог та їх торгівлі, операцій з торгівлі (управління) валютними цінностями й іншими видами фінансових ресурсів, а також усіх видів банківських і страхових операцій. Посередництво за цим визначенням зводилося виключно до посередництва торговельного, та й сфера такого трактування посередницької операції обмежувалась лише сферою оподаткування прибутку підприємств.

За чинною редакцією Закону України «Про оподаткування прибутку підприємств» визначення терміна «посередницька операція» вже немає. Відсутнє визначення терміна «посередницька операція», «посередництво» також в інших нормативно-правових актах. Разом із тим визначення поняття «посередництво» на рівні закону (Цивільного або Господарського кодексів України) було б доцільним. Це сприяло б однаковому (уніфікованому) розумінню цього явища, оскільки на сьогодні ясності в зазначеному питанні немає.

Для доктрини як цивільного, так і господарського права питання щодо визначення посередництва, його сутності є дискусійним. Як у законодавстві, так і в науці немає єдиного підходу до розуміння посередництва (існують різні підходи, теорії та концепції, що за змістом різняться між собою і не мають єдиного базису). Це негативно позначається на правозастосовчій практиці, передусім на практиці господарювання, оскільки посередництво з розвитком ринку стало невід'ємною складовою цієї сфери. Як слушно зауважив свого часу О. Пиголкин, термін, що застосовується для позначення одного й того ж поняття, повинен бути однозначним, неприпустимим є застосування одного й того ж терміна до різних за змістом та суттю понять, різночитання одного й того ж терміна не може не призвести до різних непорозумінь та ускладнень як теоретичного, так і практичного характеру[1]. Точність, однозначність термінології є важливою для будь-якої науки, насамперед правової, оскільки вироблені правовою теорією дефініції досить часто відтворюються в законодавстві.

Загалом, *посередництво* прийнято розглядати як у *широкому*, так і *вузькому* його розумінні. У найбільш широкому значенні під посередництвом розуміють господарську діяльність, що забезпечує встановлення та реалізацію господарських зв'язків між виробниками та споживачами товарів, робіт, послуг. У цьому розумінні під визначення посередництва (посередницької діяльності) підпадає, наприклад, вся торговельна діяльність. Такий підхід є характерним, передусім, для економіки та маркетингу, де господарська діяльність розглядається під кутом зору задоволення потреб споживача. У більш вузькому розумінні до посередництва відносять господарську діяльність, у процесі якої один суб'єкт господарювання (суб'єкт підприємницької діяльності – посередник) за дорученням, в інтересах і за рахунок іншого суб'єкта господарювання (замовника) здійснює певні юридичні та/або фактичні дії, вступаючи у господарські правовідносини з третіми особами, у тому числі забезпечує укладення та виконання господарських договорів між ними. Результатом посередницької діяльності в такому розумінні є послуга, а конкретніше – послуга посередницька.

Як правило, *посередництво* розуміють як будь-яку господарську діяльність за участю третіх осіб, без урахування специфіки виконання посередницьких послуг. *Посередницьку діяльність (посередництво)* визначають і як господарську діяльність, що полягає в наданні посередником суб'єктам господарювання при здійсненні ними господарської діяльності посередницьких послуг щодо здійснення взаємодії між ними як сторонами (учасниками) господарських правовідносин в питаннях налагодження ділових зв'язків, проведення комерційних переговорів, вироблення узгодженого рішення, здатного задовольнити всі сторони, укладення та виконання ними господарського(их) договору(ів). В юридичній літературі є визначення *посередництва* і як підприємницької діяльності – юридичних і фізичних осіб, що здійснюється як від свого імені, так від імені, за рахунок і в інтересах іншої особи (замовника) та сприяє вступу клієнта в правовідносини з третіми особами шляхом здійснення посередником дій юридичного та фактичного характеру[2] .

Поняття «посередництво» може розглядатись як в економічному, так і юридичному значенні. Так, з економічної точки зору *посередництвом* визнається встановлення будь-

[1] *Пиголкин А. С.* Юридическая терминология и пути ее совершенствования // Ученые записки. – М., 1971. – Вып. 24. – С. 20.

[2] *Сальнікова Г. І.* Правове регулювання посередництва в підприємницькій діяльності: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2003. – С. 10–14.

якого зв'язку між двома або більше особами за допомогою третьої, тому будь-яка особа (фізична чи юридична – суб'єкт підприємницької діяльності), котра сприяє налагодженню економічних зв'язків, може визначатися посередником. Одні автори вважають, що посередництво обмежується лише здійсненням фактичних дій, інші, навпаки, вважають, що до поняття «посередництво» включаються договори так званого простого посередництва, що не набули дотепер законодавчого закріплення. У той самий час предметом такого договору є пошук замовнику (послугоотримувачу) необхідного контрагента. На практиці такі договори активно використовуються посередниками. Аналіз юридичних аспектів поняття *«посередництво»* дає підстави виділити два основних підходи до його визначення:

- посередництво розглядається у вузькому розумінні та означає надання лише *фактичних послуг;*
- посередництво розглядається у широкому розумінні як таке, що охоплює *надання послуг не лише фактичного, а й юридичного характеру*.

Р. Колосов у зв'язку із цим навіть пропонує розрізняти *фактичне* й *юридичне посередництво*[1].

На нашу думку, в цьому аспекті позиція широкого розуміння посередництва є більш виправданою й об'єктивно зумовленою, оскільки фактичні дії відособлено від юридичних, які, як правило, не є об'єктом посередництва та, відповідно, предметом договорів про надання посередницьких послуг, а при вчиненні юридичних дій неминучим є супутнє вчинення посередником дій фактичного характеру. Виконання посередником дій фактичного характеру здебільшого підпорядковується виконанню юридичних дій. Або ж посередником (у процесі надання ним посередницької послуги замовникові – послугоотримувачеві) здійснюються дії як юридичного, так і фактичного характеру. У разі, коли одна особа замовляє іншій виконати лише фактичні дії без остаточного вчинення юридичної дії (наприклад, маркетинг ринку певних товарів), може йтися і про договори підряду (виконання певних робіт) або надання інших послуг (наприклад, маркетингових), окрім посередницьких, оскільки надання виконавцем послуг з вчинення фактичних дій замовникові не створює для замовника юридичних наслідків (створення, зміни або припинення прав та обов'язків) та не спричиняє вступу у правовідносини з третіми особами (не створює нового правовідношення за участю третіх осіб). Інша справа, що в окремих випадках при здійсненні посередницької діяльності у сфері господарського обороту, посередником при наданні виконавцеві посередницької послуги можуть надаватися і супутні послуги (у тому числі проведення маркетингових досліджень, митне оформлення товару, реклама товару тощо). Такі супутні послуги можуть входити і до предмета посередницьких договорів у загальній сукупності з посередницькою послугою. Однак, незалежно від розмаїття інших дій, що здійснюються посередником у процесі надання ним замовникові супутніх послуг, визначальною буде основна дія, яка здійснюється посередником при наданні ним замовникові саме посередницької послуги як основної (оскільки саме така юридично значима дія призводить врешті-решт до встановлення правових зв'язків між суб'єктами господарських правовідносин).

[1] *Колосов Р. В.* Договір комісії і агентський договір у цивільному праві: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2004. – С. 10–11.

This article is dedicated to investigation of economic and legal essence of mediation, to correlation of such notions as «economical transaction» and «mediation transaction». This article covers the field of conditions that impartially explain expansion of mediation within economical turnover of Ukraine. Mediation has been scrutinized in terms of economical and legal sence as well as in its direct and broad meanings.

Статья посвящена исследованию хозяйственно-правовой сущности посредничества, соотношению понятий «хозяйственная операция» и «посредническая операция». Анализируются обстоятельства, объективно обуславливающие распространение посредничества в хозяйственном обороте Украины. Рассматривается посредничество в экономическом, правовом, в узком и широком его значениях.

МІНІМАЛЬНИЙ РОЗМІР СТАТУТНОГО КАПІТАЛУ АКЦІОНЕРНИХ ТОВАРИСТВ

Юлія Хорт,
канд. юрид. наук,
асистентка кафедри господарського права
Національної юридичної академії України ім. Ярослава Мудрого, м. Харків

Стаття присвячена дослідженню законодавчо встановленої обов'язкової вимоги до мінімального розміру статутного капіталу акціонерних товариств. Аналізуються переваги та недоліки цієї вимоги, сучасні світові тенденції у її регулюванні, вказується на зміну акцентів у захисті інтересів кредиторів. Зазначається, що вимога до мінімального розміру статутного капіталу не є ефективним механізмом захисту інтересів кредиторів, а тому підлягає скасуванню. Захист інтересів кредиторів має здійснюватися за допомогою альтернативних механізмів.

Ключові слова: вимога до мінімального розміру статутного капіталу, гарантійна функція статутного капіталу, захист інтересів кредиторів.

Протягом тривалого часу вимога до мінімального розміру статутного капіталу, яка пред'являється під час його створення, розглядалася як один із найважливіших механізмів захисту інтересів кредиторів. Знайомство із закордонним досвідом правового регулювання корпоративних правовідносин свідчить, що поступово традиційні підходи до захисту інтересів кредиторів змінюються, фундаментальні інститути, які існували протягом кількох століть, істотно модифікуються або взагалі скасовуються. Зокрема, це стосується й вимоги до мінімального розміру статутного капіталу.

На сьогодні у світі переважає тенденція до відмови від вимоги до мінімального розміру статутного капіталу. Якщо раніше це було характерним лише для країн англо-американської правової родини (Австралія, Канада, Нова Зеландія, США), то зараз – і для Японії (яка до недавнього часу мала корпоративне законодавство, сформоване під впливом німецького права)[1]. У ЄС приватні товариства теж можуть створюватися без капіталу (Великобританія, Франція). Це підтверджується рішеннями Європейського суду у справах Centros, Inspire Art та Überseering)[2]. У найближчому майбутньому при запровадженні альтернативного режиму на рівні ЄС пропонується істотно спростити або навіть скасувати його й стосовно публічних товариств.

Проблематика статутного капіталу аналізувалась у працях багатьох вітчизняних учених, зокрема, О. Вінник, І. Кучеренко, О. Кібенко, В. Кравчука, Ю. Пацурківського, І. Спасибо-Фатєєвої, Ю. Тарасенко, О. Янкової та ін. Однак на сучасному етапі розвитку економіки вкрай необхідний оновлений підхід до інституту статутного капіталу.

Мета цієї статті – дослідити чи дійсно вимога до мінімального розміру статутного капіталу є ефективним механізмом захисту інтересів кредиторів чи від неї слід відмовитись як такої, що не виконує основної мети задля якої вона була запроваджена.

Згідно з ч. 1 ст. 14 Закону України «Про акціонерні товариства» від 17.09.2008 р. № 514 передбачається законодавче закріплення мінімального розміру статутного капіталу АТ не менше 1250 мінімальних заробітних плат, виходячи із ставки мінімальної заробітної плати, діючої на момент його створення (реєстрації). Його основне призначення полягає в тому, що майно товариства, яке відповідає статутному капіталу, буде використане ліквідатором переважно для задоволення претензій кредиторів, і тільки після повної сплати боргів АТ залишковий капітал розподілятиметься між учасниками (акціонерами) [1, с. 101].

Питання встановлення обов'язкового мінімального розміру статутного капіталу для АТ у науковій юридичній літературі є одним із найбільш дискусійних. Можна вирізнити 3 основні точки зору щодо нього: підвищити його розмір (Ю. Пацурківський); зменшити його до 25 тис. євро, як це передбачено Другою директивою ЄС (О. Кібенко); взагалі відмовитися від обов'язкового встановлення статутного капіталу (Дж. Армор, Л. Енрікес, Ф. Кюблер, Дж. Мейсі, Х. Меркт, Е. Ферран).

Основний недолік мінімального розміру статутного капіталу пояснюється його фіксованою величиною для всіх товариств певного типу, оскільки неможливо встановити однаковий розмір мінімального капіталу, який підходив би для всіх

[1]У 2006 р. до Комерційного кодексу Японії внесені зміни, якими скасовано вимогу до мінімального розміру статутного капіталу публічних АТ, що становив 10 млн ієн.

[2]Ці рішення мали визначальний вплив на перегляд норм щодо капіталу у країнах – учасницях ЄС. Вони мають тенденцію підпорядковувати режим статутного капіталу свободі заснування стосовно товариств з обмеженою відповідальністю (private companies, limited liability companies).

© Ю. Хорт, 2009

товариств. Кожне з них має свої унікальні підприємницькі, організаційні та фінансові характеристики. Встановлення одного загального розміру мінімального капіталу не враховує різні рівні ризиків, які несуть різні товариства, він не має відношення ні до боргів, які товариство може взяти, ні до видів підприємницької діяльності, які воно може здійснювати [2, с. 85; 3, с. 1199]. Дійсно, навряд чи статутний капітал у 1250 мінімальних заробітних плат забезпечить реальний захист кредиторів товариств, чиї зобов'язання обчислюються мільйонами доларів.

Іноді вчені-юристи порівнюють гарантійну функцію статутного капіталу з функцією правил адекватності капіталу у банках та інших фінансових установах і пропонують поширити обмеження, які існують щодо них при формуванні статутного капіталу, на звичайні акціонерні товариства. На сьогодні мінімальний розмір статутного капіталу для банків становить 10 млн євро (ч. 1 ст. 31 Закону України «Про банки і банківську діяльність» від 07.12.2000 р. № 2121), для страхових компаній – 1 млн євро, а страхових компаній, що займаються страхуванням життя – 1,5 млн євро (ч. 2 ст. 30 Закону України «Про страхування» від 07.03.1996 р. № 85). Звісно, вчені пропонують встановити не такі великі суми мінімального розміру статутного капіталу, але все ж вбачають необхідність значно підвищити його розмір. Так, Ю. Пацурківський пропонує підвищити розмір статутного капіталу АТ та ТОВ до 2500 мінімальних заробітних плат [4, с. 7].

Однак, навряд чи можна погодитися з твердженнями авторів, які пропонують підвищити розмір статутного капіталу загального акціонерного законодавства за аналогією з банківським, страховим тощо. Високі вимоги до розміру статутного капіталу пояснюються двома причинами. *По-перше,* специфікою сфери, в якій діють банки. Слід зазначити, що банківська система є частиною економічної системи України і забезпечення її стабільності має надзвичайно важливе значення з точки зору економічної безпеки країни. *По-друге,* наявністю особливої категорії кредиторів – вкладників. Крім того, вести мову про гарантійну функцію статутного капіталу банків можна досить умовно. Адже гарантування інтересів кредиторів, насамперед вкладників, покладається в основному на обов'язкові економічні нормативи, одним із яких є статутний капітал. З одного боку, він є основою для формування власних коштів, що і визначають масштаби його діяльності, з іншого – розрахунок адекватності капіталу банку здійснюється пропорційно ризикам за зобов'язаннями, які на себе прийняв банк.

Іноді може стверджуватися, що встановлення вимоги до мінімального розміру статутного капіталу зменшує ризик банкрутства товариств. Проте, незалежно від обраної величини мінімального розміру статутного капіталу, останній не убезпечує товариство від банкрутства, зумовленого неефективним управлінням чи несприятливими умовами ведення бізнесу. Підтвердженням висловленої точки зору є емпіричне дослідження, проведене серед бельгійських товариств, яке засвідчило, що коефіцієнт неплатоспроможності серед товариств з меншим мінімальним капіталом був менший, аніж серед високо капіталізованих [5, с. 46]. Відсутні докази й того, що у США, де відсутні вимоги до мінімального розміру статутного капіталу як публічних, так і закритих корпорацій, їх банкрутства є частішими, ніж у країнах ЄС, де такі вимоги передбачаються.

Один із аргументів на підтримку вимог до мінімального розміру статутного капіталу полягає у гарантуванні того, що особи, які використовують корпоративну форму, матимуть хоча б певну суму власних коштів. Іноді її називають «вхідною платою за обмежену відповідальність» [6, с. 99]. Мета цих вимог – сигналізувати, що обмежена відповідальність не приходить без деякої відповідальності й у такий спосіб попереджати фривольні інкорпорації. Іншими словами, той, хто не зможе внести встановлений законом мінімальний капітал, не повинен засновувати товариство з обмеженням відповідальності всіх учасників. Але, як зазначає О. Кібенко, «дуже легко перегнути палку і зробити такий бар'єр занадто високим» [1, с. 109]. Передбачені чинним законодавством України вимоги до мінімального розміру статутного капіталу є високими, що необґрунтовано звужує можливості використання організаційно-правової форми АТ для малого бізнесу. Перш за все це стосується АТ у сфері особистих і інтелектуальних послуг, щодо яких взагалі не доведено, що стартовий капітал є корисним [7, с. 1039]. Також це знижуватиме конкуренцію та сприятиме отриманню певними товариствами монопольного становища, що відповідно суперечить основним засадам ринкової економіки.

Також може стверджуватися, що вимога до мінімального розміру статутного капіталу захищає інвесторів АТ від негативних проявів цієї форми господарювання. Однак навіть український законодавець не надає йому вагомого значення. При допуску акцій АТ до лістингу на Українській фондовій біржі у котирувальному списку першого рівня пред'являються вимоги до мінімальної величини чистих активів, які мають становити не менше 100 млн грн, ринкової капіталізації емітента – 100 млн грн (додаток № 9 до Правил Української фондової біржі, затверджено постановою Біржової ради ЗАТ «Українська фондова біржа» від 05.06.2007 р. № 7). Правилами Лондонської фондової біржі (п. 2.2.7) при вирішенні питання про допуск акцій до котирування визначальним теж є вимога не до мінімального розміру статутного капіталу, а до ринкової капіталізації акцій, які мають становити не менше 700 тис. фунтів стерлінгів.

Особливо очевидною є суттєва слабкість вимоги мінімального капіталу, якщо розглянути, яким чином вона забезпечує захист інтересів кредиторів не як цілісної сукупності, а за аналогією із зарубіжним законодавством щодо

різних їх типів – добровільних (договірні кредитори) і недобровільних (кредитори, які є жертвами деліктів, працівники підприємства, органи оподаткування).

Якщо розглянути інформацію, що враховується потенційними кредиторами й інвесторами при вирішенні питання про надання кредиту, то ми не знайдемо доказів того, що статутний капітал використовується як вагомий складник. Така позиція цілком зрозуміла, адже статутний капітал – це показник суми коштів, вкладених акціонерами в певний проміжок часу в минулому. Така інформація для інвесторів є малокорисною. Більш вагомим для них є показник власного капіталу товариства, за рахунок якого й відбувається виконання їх вимог. Крім того, договірні кредитори, як правило, надають кредит на умовах забезпечення заставою, порукою та на підставі інших зобов'язальних механізмів.

Отже, мінімальний розмір статутного капіталу не є адекватним механізмом захисту великих договірних кредиторів. Це твердження в спеціальній літературі не піддається сумніву. Протилежна ситуація склалася щодо захисту недобровільних кредиторів. Так, Дж. Армор вважає, що мінімальний розмір статутного капіталу належним чином не захищає і таких кредиторів, а їх захист може здійснюватись альтернативними механізмами. При вирішенні питання щодо збереження режиму обов'язкового капіталу необхідно керуватися критерієм економічної доцільності. Іншими словами, законодавство має захищати кредиторів настільки, наскільки прибутки від такого захисту перевищують соціальні витрати [8, с. 19–21].

М. Міола, навпаки, розглядає мінімальний розмір статутного капіталу як універсальний механізм щодо захисту всіх кредиторів однаково. Адже недобровільні кредитори іноді не хочуть або не можуть забезпечити себе договірними механізмами захисту, на відміну від добровільних кредиторів [9, с. 480]. Правила статутного капіталу захищають через правові положення, які намагаються відтворити умови договору з товариством, тобто стандартизованим контрактом. Це дає кредиторам можливість вибору різних систем захисту. У той самий час, як стверджує Х. Меркт, свобода договору може відтворити обов'язкові правила статутного капіталу. Вони мають на меті запобігати договірним витратам, які інакше були б покладені на індивідуальних кредиторів, передусім тих, для яких це було б важким тягарем [10, с. 1051]. М. Міола вважає, що гнучкість, притаманна режиму статутного капіталу, повинна бути заснована на обов'язковому механізмі, а не на правилах з невиконання зобов'язань (default rules) [9, с. 481]. Це дало б акціонерам можливість вибору різних для свого захисту правових засобів. Е. Ферран зазначає, що хоч обидві системи захисту кредиторів і можуть співіснувати, але цього не слід робити [11, с. 28]. Проаналізуємо, як захищається кожна з категорій недобровільних кредиторів.

По-перше, розглянемо таку категорію недобровільних кредиторів, вимоги яких полягають у відшкодуванні збитків, завданих каліцтвом, ушкодженням чи смертю (так званих деліктних кредиторів). На нашу думку, більш ефективним механізмом їх захисту є не великий розмір статутного капіталу, а законодавча вимога щодо страхування відповідальності підприємствами, виробництво яких становить підвищену небезпеку, тобто вони повинні мати страховий поліс, співрозмірний з їх ризиками. Визначена таким чином страхова премія буде більш точним механізмом захисту позадоговірних кредиторів, ніж вимога мінімального капіталу, яка є однаковою для всіх товариств незалежно від ризику їх діяльності [8, с. 19].

Що ж стосується такої категорії недобровільних кредиторів, як працівники товариства, то щодо них, приміром, Німеччина не покладалася на систему обов'язкового капіталу, а вирішила ввести обов'язкове страхування пенсійних виплат працівників і страхування депозитів [12, с. 391].

Ще одна категорія недобровільних кредиторів – держава, яку представляють органи оподаткування з вимогами по сплаті обов'язкових податкових платежів. Зазначимо, що жодне АТ не може фінансувати початок своєї діяльності за рахунок несплачених податкових зобов'язань, оскільки останні не можуть виникнути раніше настання податкових подій, тобто до початку ведення бізнесу. Початкове фінансування товариства одразу після створення здійснюють добровільні кредитори. Пункт відліку, з якого кошти, призначені для сплати податків, можуть використовуватися для фінансування бізнесу, знаходиться не на початку діяльності АТ, а як фінансові труднощі виникають у подальшому. Отже, вимога мінімального капіталу при заснуванні товариства не захищає належним чином державу як податкового кредитора, оскільки статутний капітал може бути втрачений до цього моменту. Ефективнішими механізмами захисту інтересів держави є здійснення попереднього контролю товариства через перевірку його бухгалтерської звітності, збирання відповідної інформації про фінансове становище боржника та застосування примусу в разі необхідності [8, с. 20].

І остання категорія недобровільних кредиторів – торгові кредитори, зобов'язання перед якими виникають у процесі звичайної господарської діяльності. Емпіричні дослідження свідчать, що вони пропонують однакові умови всім позичальникам (споживачам, які здійснюють покупки у кредит) [13, с. 1109]. Слід зазначити, що розмір наданого кредиту зумовлюється кредитоспроможністю позичальника [14, с. 678–679]. Також торгові кредитори для свого захисту, як правило, передбачають збереження права власності на проданий товар до повернення наданого кредиту [15, с. 1032].

Викладене свідчить, що досить складно знайти категорію недобровільних кредиторів, для яких обов'язкові вимоги щодо мінімально-

го розміру статутного капіталу забезпечували б надійний і корисний захист.

Висновки

Мінімальний розмір статутного капіталу не може забезпечити кредиторам належного захисту їх інтересів. Більше того, він може вводити кредиторів в оману, оскільки не є величиною, що свідчить про активи товариства, за винятком лише короткого періоду після його створення. Тому пропонуємо на законодавчому рівні відмовитися від обов'язкового встановлення мінімального розміру статутного капіталу як для приватних, так і публічних АТ, але така зміна має здійснюватися в декілька етапів шляхом поступового зниження статутного капіталу аж до повного його скасування із розвитком альтернативних механізмів захисту інтересів кредиторів (тест на платоспроможність; розкриття інформації стосовно фінансового стану товариства; договірні механізми захисту; установлення відповідальності директорів товариства за здійснення неправомірної підприємницької діяльності, їх дискваліфікація, застосування доктрини справедливої субординації вимог акціонерів, визнання недійсними правочинів, укладених з метою обману кредиторів чи без отримання належного зустрічного задоволення боржником [16, с. 15–16]).

Акціонерна форма господарювання має стати доступною для малого та середнього бізнесу. Це сприятиме пожвавленню підприємницької діяльності, і в Україні може дійсно скластися здорове конкурентне середовище, на відсутність якого неодноразово вказували міжнародні організації (Світовий банк, Центр міжнародного приватного підприємництва, Міжнародний валютний фонд).

Література

1. *Кібенко О. Р., Пендак Сарбах А. В.* Право товариств (company law): порівняльно-правовий аналіз acquis Європейського Союзу та законодавства України / За ред. О. Кібенка. – К., 2006. – 496 с.
2. *Leyte P.* The Regime of Capital Maintenance Pertaining to Public Companies, Its Reform and Alternatives // Business Law Review. – 2004 (April). – Vol. 25. – Issue 4. – P. 84–92.
3. *Enriques L., Macey J.* Creditors Versus Capital Formation: The Case against the European Legal Capital Rules // Cornell Law Review. – 2001.– N 86. – P. 1165–1204.
4. *Пацурківський Ю. П.* Правовий режим майна суб'єктів підприємницької діяльності: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2001. – 19 с.
5. *Wymeersch E.* Current Company Law Reform Initiatives in the OECD Countries – Challenges and Opportunities // Financial Law Institute Working Paper. – 2001. – N 4. – 56 p. – http://ssrn.com/abstract=273869.
6. *Prentice D. D.* Corporate Personality, Limited Liability and the Protection of Creditors', in R. Grantham and C. Ricketts, eds., Corporate Personality in the Twentieth Century / Dan D. Prentice. – Oxford: Hart Publishing, 1998. – 328 p.
7. *Simon J.* A Comparative Approach to Capital Maintenance: France // European Business Law Review. – 2004. – Vol. 15. – Issue 5. – P. 1037–1044.
8. *Armour J.* Legal Capital: An Outdated Concept? // European Business Organization Law Review. – 2006. – Vol. 7. – Issue 1. – P. 5–27.
9. *Miola M.* Legal Capital and Limited Liability Companies // European Company and Financial Law Review. – 2005. – Vol. 2. – N 4. – P. 413–486.
10. *Merkt H.* Creditor Protection and Capital Maintenance from a German Perspective // European Business Law Review. – 2004. – Vol. 15. – Issue 5. – P. 1045–1057.
11. *Ferran E.* The place for creditor protection on the agenda for modernization of company law in the European Union. – 33 p. – http://papers.ssrn.com/so13/papers.cfm?abstract_id=841884.
12. *Mülbert P.* A Synthetic View of Different Concepts of Creditor Protection, or: A High-Level Framework for Corporate Creditor Protection // European Business Organization Law Review. – 2006. – Vol. 7. – Issue 1. – P. 357–408.
13. *Ng C. K.* Evidence on the Determinants of Trade Credit Terms in Interfirm Trade // The Journal of Finance. – 1999. – Vol. 54. – Issue 3. – P. 1109–1129.
14. *Petersen M.* Trade Credit: Theories and Evidence, Review of Financial Studies // Review of Financial Studies. – 1997. – Vol. 10. – Issue 3. – P. 661–691.
15. *Kübler F.* A Comparative Approach to Capital Maintenance: Germany // European Business Law Review. – 2004. – Vol. 15. – Issue 5. – 2004. – P. 1031–1035.
16. *Хорт Ю. В.* Механізм захисту учасників акціонерних правовідносин через конструкцію статутного капіталу: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2009. – 19 с.

The article is devoted to the research of legislatively established obligatory requirement to the minimum size of the joint-stock companies share capital. The author analyzes advantages and lacks of fixing of this requirement, modern trends of its regulation; it is also underlined in the article change of accents in creditors' interests' protection. The author points out that the requirement to the minimum size of the share capital is not the effective mechanism of creditors' interests' protection and consequently is subject to abolition. Protection of the creditors' interests should be carried out by means of alternative mechanisms.

Статья посвящена исследованию законодательно установленного обязательного требования к минимальному размеру уставного капитала акционерных обществ. Анализируются преимущества и недостатки закрепления этого требования, современные тенденции в его регулировании, указывается на изменение акцентов в защите интересов кредиторов. В статье указывается, что требование к минимальному размеру уставного капитала не является эффективным механизмом защиты интересов кредиторов, и поэтому подлежит отмене. Защита интересов кредиторов должна осуществляться с помощью альтернативных механизмов.

КОНТРОЛЬ ЗА ДІЯЛЬНІСТЮ ІНСТИТУТІВ СПІЛЬНОГО ІНВЕСТУВАННЯ В УКРАЇНІ ТА ЗА КОРДОНОМ

Ірина Лубенець,
науковий співробітник 1-го науково-дослідного відділу лабораторії проблем боротьби з економічною злочинністю Державного науково-дослідного інституту МВС України

У статті систематизована інформація щодо діяльності контролюючих органів у сфері інвестиційної діяльності та особливостей контролю в США, Західній Європі та Україні.

Ключові слова: інститут спільного інвестування, державний контроль, компанії з управління активами, наглядова рада, зберігач, саморегулівна організація.

У статті розглядається питання контролю за діяльністю інвестиційних фондів в Україні та за кордоном. Основна увага зосереджена на висвітленні питання національного державно-правового контролю, а також інституційно-правового контролю за діяльністю інститутів спільного інвестування (далі – ІСІ). Досліджені моделі контролю за діяльністю ІСІ в країнах Західної Європи та США.

Характерною ознакою сучасного економічного простору України є утворення багатоступінчастої моделі інвестиційної діяльності. Структуризація й інституціоналізація контролюючих органів із розмежуванням функцій і завдань між ними дає змогу відобразити прозорість діяльності ІСІ. Побудова цієї моделі та її застосування в системі державного управління є актуальним і важливим завданням сьогодення.

Проблеми контролю за діяльністю ІСІ як в Україні, так і за кордоном знайшли висвітлення у наукових працях багатьох науковців. Зокрема, слід згадати роботи А. Берлача, Ю. Лисенкова, Г. Васильєва, Є. Зельцера, Б. Рубцева та ін.

Метою цієї статті є формування теоретичних положень, спрямованих на розвиток теорії державного контролю.

Для реалізації нашої мети слід вирішити такі завдання:

- дослідити зміст державного контролю у сфері спільного інвестування України відповідно до чинного законодавства;
- виокремити питання контролю за діяльністю компаній з управління активами ІСІ;
- розкрити особливості контролю інвестиційної діяльності в деяких західних країнах.

Наукова новизна даного дослідження полягає у систематизації інформації щодо діяльності контролюючих органів у сфері інвестиційної діяльності та виявленні особливостей контролю у США, Західній Європі й Україні.

Держава, в якій створені належні умови для діяльності інвестиційних фондів, має в їх особі ефективний механізм для розвитку ринку цінних паперів, що відіграють важливу роль у міжгалузевому перерозподілі капіталу, підвищують стабільність фондового ринку, стимулюють як внутрішній інвестиційний процес, так і зовнішнє інвестування, сприяють розширенню можливостей держави щодо внутрішніх запозичень.

Інститут спільного інвестування – це особливий вид компанії, який акумулює кошти інвесторів і вкладає їх відповідно до свого статуту або іншого колективного договору. Як правило, ІСІ створюються у вигляді інвестиційних фондів різних типів.

Державний контроль у сфері спільного інвестування здійснює Державна комісія з цінних паперів та фондового ринку й інші державні органи в межах їх повноважень з метою дотримання законодавства та захисту прав інвесторів.

Державний контроль за дотриманням антимонопольного законодавства ІСІ, компаніями з управління активами, зберігачами та реєстраторами власників іменних цінних паперів ІСІ здійснює Антимонопольний комітет України.

Відповідно до Закону України «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні» від 30.10.1996 р. № 448/96-ВР Державна комісія з цінних паперів та фондового ринку (далі – ДКЦПФР) є державним органом, що підпорядкований Президенту України та підзвітний Верховній Раді України. До системи цього органу входять ДКЦПФР, її центральний апарат і територіальні органи.

ДКЦПФР здійснює повноваження через центральний апарат і свої територіальні органи. Комісія може делегувати надані їй повноваження центральному апарату та територіальним органам шляхом прийняття відповідного рішення, затвердженого в установленому порядку.

Що стосується діяльності інститутів спільного інвестування, то ДКЦПФР:

© І. Лубенець, 2009

• визначає порядок ведення та веде реєстр аудиторів і аудиторських фірм, які можуть проводити аудиторські перевірки фінансових установ, що здійснюють діяльність на ринку цінних паперів, і їх похідних;

• визначає порядок ведення і веде реєстр професійних учасників ринку цінних паперів, ІСІ та саморегулівних організацій;

• встановлює відповідно до закону особливості порядку реорганізації та ліквідації професійних учасників ринку цінних паперів (за винятком банків);

• встановлює критерії професійної діяльності на ринку цінних паперів;

• визначає професійні вимоги до керівників, головних бухгалтерів і керівників структурних підрозділів професійних учасників ринку цінних паперів, ІСІ та саморегулівних організацій;

• отримує щоденні, квартальні та річні звіти про діяльність ІСІ;

• видає ліцензії на здійснення діяльності з управління активами ІСІ;

• здійснює методологічне забезпечення впровадження і розвитку принципів корпоративного управління згідно із законодавством;

• у межах, визначених Законом України «Про інститути спільного інвестування (пайові і корпоративні інвестиційні фонди)» від 15.03.2001 р. № 2299-III, встановлює вимоги щодо здійснення діяльності компаній з управління активами й інститутами спільного інвестування;

• встановлює обсяг інформації ІСІ, порядок і строки її подання.

Інформація про діяльність ІСІ подається ДКЦПФР у разі:

• реєстрації проспекту першої та наступних емісій цінних паперів ІСІ;

• реєстрації випуску цінних паперів ІСІ першої та наступних емісій;

• звітування за результатами господарсько-фінансової діяльності;

• повідомлення про зміни, що відбулися в господарській діяльності ІСІ і впливають на вартість цінних паперів ІСІ або розмір доходу за ними;

• перевірок діяльності ІСІ Комісією.

ДКЦПФР також додатково надані такі права:

• порушувати в суді питання про ліквідацію корпоративного інвестиційного фонду і саморегулівних організацій;

• ухвалювати рішення про ліквідацію пайового інвестиційного фонду;

• проводити перевірки незалежних оцінювачів майна ІСІ щодо дотримання вимог законодавства у сфері спільного інвестування;

• з метою запобігання та боротьби з правопорушеннями на ринку цінних паперів у межах міжнародної співпраці на умовах взаємності надавати й одержувати інформацію з питань функціонування ринку цінних паперів і професійних учасників ринку цінних паперів, яка не є державною таємницею та не призводить до розголошення професійної таємниці;

• з метою запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, у рамках міжнародної співпраці надавати й одержувати від відповідних органів інших держав інформацію щодо діяльності окремих професійних учасників ринку цінних паперів у випадках і порядку, встановлених у відповідних міжнародних договорах України.

Контроль за діяльністю компанії з управління активами ІСІ. Діяльність компанії з управління активами (далі – КУА) здійснюється із дотриманням законодавчо визначених вимог та обмежень, у режимі системного державного нагляду, регулювання та контролю. КУА може управляти ІСІ (пайовими та/або корпоративними інвестиційними фондами) тільки на підставі ліцензії на здійснення діяльності з управління активами ІСІ. КУА може поєднувати діяльність з управління активами ІСІ лише з діяльністю з управління пенсійними активами недержавних пенсійних фондів (далі – НПФ) та з адмініструванням НПФ (за наявності відповідної ліцензії).

З метою недопущення зловживання КУА коштами інвесторів запроваджено розмежування функцій управління активами спільного інвестування та їх зберігання. З цією ж метою відокремлене зберігання й облік активів інвестиційних фондів від майна КУА. Для зберігання грошових коштів і здійснення розрахунків за операціями, пов'язаними з управлінням інвестиційним фондом, відкривається окремий банківський рахунок, а для обліку прав на цінні папери, що перебувають в активах інвестиційного фонду, – окремий рахунок у цінних паперах у зберігача. Але на цьому контроль за діяльністю КУА не закінчується. Щорічно КУА повинна проходити аудиторську перевірку. Аудиторській перевірці підлягають ведення бухгалтерського обліку та складання звітності щодо активів інвестиційних фондів, якими управляє КУА; склад і структура активів ІСІ. Аудитор (аудиторська фірма) не може бути пов'язаною особою компанії з управління активами. У разі визнання КУА банкрутом активи інвестиційного фонду можуть бути передані в управління іншій КУА; на активи ІСІ не поширюються вимоги та зобов'язання КУА.

Основними органами, що здійснюють контроль за діяльністю КУА з боку інвесторів, є Наглядова (Спостережна) рада ІСІ, а також збори акціонерів (для корпоративного інвестиційного фонду). *Наглядова рада* формується з інвесторів, які придбали цінні папери ІСІ. Зокрема, до компетенції цих органів належать такі питання, як підписання та розірвання договорів з КУА (затвердження відповідних рішень і договорів); затвердження укладених КУА договорів щодо активів ІСІ, сума яких перевищує

встановлену в регламенті ІСІ мінімальну вартість; затвердження договорів з аудитором (аудиторською фірмою), зберігачем, реєстратором (депозитарієм) на обслуговування ІСІ.

Контроль з боку держави здійснює ДКЦПФР:

КУА надає до ДКЦПФР щоденні, квартальні та річні звіти про діяльність ІСІ, отримує ліцензію на управління активами інвестиційних фондів;

ДКЦПФР проводить перевірку роботи КУА, а у разі виявлення порушень застосовує до КУА передбачені законодавством заходи впливу.

Крім цього, контроль за діяльністю КУА здійснює *Зберігач* – юридична особа, яка має відповідну ліцензію ДКЦПФР (як правило, банк). Зберігач:

- контролює відповідність операцій з випуску, продажу, викупу й анулювання цінних паперів ІСІ регламенту, проспекту емісії цінних паперів ІСІ та чинному законодавству;
- щоквартально перевіряє правильність розрахунків вартості чистих активів ІСІ, зроблених КУА;
- контролює проведення розрахунків за операціями з активами ІСІ та рух цінних паперів, що належать до активів ІСІ;
- інформує ДКЦПФР про будь-які дії КУА, що не відповідають проспекту емісії цінних паперів ІСІ або порушують регламент ІСІ, закон чи нормативно-правові акти Комісії;
- може вимагати скликання позачергових зборів акціонерів корпоративного інвестиційного фонду за необхідності.

Зберігач не має права розпоряджатися активами інвестиційного фонду; він забезпечує виконання операцій з активами ІСІ та контролює дотримання КУА, що управляє активами інвестиційного фонду, норм законодавства, регламенту й інвестиційної декларації інвестиційного фонду.

У випадку, якщо КУА дає зберігачу будь-яке розпорядження щодо операцій з активами фонду, що суперечать законодавству, зберігач не має права виконувати таке розпорядження. Зберігач повинен діяти виключно в інтересах інвесторів. Якщо він виявляє порушення з боку КУА, то зобов'язаний повідомити про це до ДКЦПФР.

Регулювання діяльності КУА відбувається також у рамках її членства у *саморегулівній організації* професійних учасників ринку цінних паперів. Для КУА такою організацією є Українська асоціація інвестиційного бізнесу (далі – УАІБ).

Компанія з управління активами несе майнову відповідальність за збитки, завдані ІСІ її діями (бездіяльністю), згідно із законом і відповідно до умов договору: КУА із резервного фонду відшкодовує втрати, понесені ІСІ, який здійснює відкриту підписку на свої цінні папери, якщо протягом року ВЧА ІСІ в розрахунку на один цінний папір ІСІ зменшилася нижче його номінальної вартості більш як на 20 % внаслідок порушення КУА норм Закону України «Про інститути спільного інвестування (пайові та корпоративні інвестиційні фонди)».

КУА може інвестувати кошти резервного фонду виключно в короткострокові державні цінні папери, дохід за якими гарантований Кабінетом Міністрів України.

Контроль за діяльністю ІСІ за кордоном. У світі існує чимало різних форм організації спільного інвестування. Незалежно від національної специфіки, назв та особливостей формування, сучасного регламентування національним законодавством діяльності таких інститутів можна виокремити ознаки, за якими вони можуть бути класифіковані.

ІСІ можуть існувати у формі як юридичних осіб, так і без створення юридичної особи. У першому випадку інвестиційні фонди створюються як акціонерні товариства або товариства з обмеженою відповідальністю. Альтернативними їм є ІСІ контрактного типу, коли капітал існує у формі грошово-майнового комплексу – спільній власності інвесторів і управляється сторонньою особою на довірчих засадах. Такі фонди поширені в Австрії, Німеччині, Швейцарії, а також у Росії.

Крім того, ІСІ можна поділити на формування з постійним і змінним капіталом. До першого типу належать англійський інвестиційний траст, французька інвестиційна компанія з постійним капіталом, американський фонд закритого типу, іспанське товариство з інвестицій у цінні папери тощо. Ці інститути мають статус ІСІ закритого типу. Як звичайні корпорації вони емітують акції при створенні.

Інститутами, що мають змінний капітал, є довірчі пайові фонди в Англії, інвестиційні компанії із змінним капіталом (SICAV) або спільні фонди інвестицій у Франції, Бельгії та Люксембурзі, інвестиційні фонди в Німеччині, фонди інвестицій в цінні папери в Іспанії, взаємні фонди у США [1, с. 159]. Вони можуть мати форму як юридичної особи, так і інституту спільного інвестування контрактного типу. В Україні зазначені інститути представлені інвестиційними фондами. Маючи визначений статутний капітал, інвестиційні фонди оперують змінними обсягами інвестиційного капіталу.

У *Великобританії,* у схожих з українськими пайових фондах, *функції контролера за діяльністю управляючої компанії виконує траст,* функції якого у більшості випадків здійснюють великі кастодіальні банки. У *Німеччині* діяльність управляючої компанії договірними інвестиційними фондами *контролюється депозитарним банком,* що, як правило, є засновником такої управляючої компанії. В акціонерних інвестиційних фондах відкритого типу у *США* за керуючим, як за реєстратором і кастодіаном, *наглядає Рада директорів інвестиційного фонду* [2].

У сфері контролю функції трастів у Великобританії дуже схожі з контрольними функ-

ціями депозитарного банку в Німеччині. Основна відмінність «німецької моделі контролю» полягає в тому, що вона жорсткіше, ніж контроль трастів, і припускає обов'язковість попереднього узгодження більшості угод, що укладаються управляючою компанією від імені інвестиційного фонду, з депозитарним банком, а також надає право зазначеному банку відмовитися від виконання угод, що суперечать законодавству та правилам інвестиційного фонду. Слід зазначити, що такий досить жорсткий контроль у Німеччині можливий тому, що компанія з управління інвестиційним фондом, як правило, є на 100 % дочірньою компанією саме депозитарного банку – контролера. У Німеччині практично не існує незалежних по капіталу від депозитарного банку компаній з управління, хоча є й обмеження на взаємну участь посадових осіб депозитарію та управляючої компанії в органах управління один одного. За цих умов депозитарний банк має можливість непрямим чином контролювати діяльність управляючої компанії, а тому не побоюється майнової відповідальності перед інвесторами фонду у випадку помилки при попередньому узгодженні угоди, що укладається управляючою компанією.

У Великобританії закон вимагає повної незалежності трастів (контролера) від управляючої компанії. У цих умовах знижується оперативність у прийнятті та виконанні інвестиційних рішень для трастів, оскільки складно робити висновок про законність угоди, укладеної управляючою компанією (на етапі її укладення), і відповідно нести відповідальність за це перед власниками паїв. Тому в даному випадку контроль носить переважно наглядовий характер, інакше процес інвестування може перетворитися на непривабливу для інвестора «бюрократичну тяганину». При виявленні грубих порушень з боку управляючої компанії пайовим фондом траст, як правило, може лише зажадати від порушника розірвання відповідної угоди та повідомити про виявлене порушення в саморегульовану організацію – IMRO.

У *США*, де більшість «відкритих» інвестиційних фондів *(mutual funds)* мають корпоративну форму, функції контролера здійснює Рада директорів [3, с. 105]. Для США типовими є «нейтральні» зберігачі цінних паперів і коштів фонду (кастодіани), що не виконують спеціальних контрольних функцій стосовно своїх клієнтів. Управляюча компанія інвестиційного фонду, як правило, є лише інвестиційним консультантом. Бухгалтерський облік, оцінку ВЧА, як і ведення реєстру акціонерів, Рада директорів передає спеціалізованій організації – трансферт-агенту. У ряді випадків його функції може виконувати кастодіальний банк.

Досвід діяльності подібних організацій («адміністраторів» у Великобританії чи «трансферт-агентів» у США) свідчить, що такий вид професійної діяльності може активно сприяти підвищенню ефективності роботи інвестиційних фондів відкритого типу, насамперед, за рахунок концентрації цих послуг, що надаються для багатьох інвестиційних фондів і управляючих компаній у великих спеціалізованих організаціях.

Висновки

Державний контроль у сфері спільного інвестування можна визначити як діяльність державних органів і саморегулівних організацій (у частині делегованих контрольних повноважень), яка врегульована законодавством і спрямована на спостереження за функціонуванням ІСІ, фінансовими операціями інвестиційних фондів, показниками фінансового стану ІСІ, а також перевірку виконання учасниками інвестиційних фондів і саморегулівними організаціями встановлених законодавством вимог, дотримання обмежень і заборон. Державний контроль у зазначеній сфері поєднує в собі функції адміністративного нагляду та фінансового контролю.

Таким чином, незалежно від особливостей кожної з країн, є деяка загальна ознака, притаманна схемі інвестиційного фонду відкритого типу: необхідність забезпечення в інтересах інвесторів контролю за діями управляючої компанії незалежною від неї особою. Необхідність зазначеного контролю за діяльністю управляючої компанії з боку спеціалізованого депозитарію та контролю спеціалізованого депозитарію з боку управляючої компанії в інтересах власників інвестиційних паїв має бути реалізована і щодо схеми пайових інвестиційних фондів в Україні.

Література

1. *Лысенков Ю. М., Фетюхина Н. В., Зельцер Е. Р.* Международный фондовый рынок. – К., 2004. – 451 с.

2. *Кравчук А. Н.* Обращение и регистрация ценных бумаг в странах Западной Европы, США и Японии. – М., 2003. – 573 с.

3. *Драчев С. Н.* Фондовые рынки США: основные понятия, механизмы, терминология. – М., 2001. – 184 с.

The systematization of information concerning controlling agencies in the sphere of investment activity and enlightening peculiarities of control in the USA, Western Europe and Ukraine are disclosed.

В статье систематизирована информация относительно деятельности контролирующих органов в сфере инвестиционной деятельности и особенностей контроля в США, Западной Европе и Украине.

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПРОВАДЖЕННЯ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ З ВИПУСКУ ТА ПРОВЕДЕННЯ ЛОТЕРЕЙ У КРАЇНАХ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

Валентин Туманов,
здобувач кафедри адміністративного права і процесу
Київського національного університету внутрішніх справ

У статті на основі аналізу європейського законодавства виділяються основні типи правового регулювання лотерейної діяльності в європейських країнах, визначаються можливості запровадження оптимальної для України моделі лотерейного ринку з огляду на відсутність профільного закону у цій сфері.

Ключові слова: правове регулювання, господарська діяльність з випуску та проведення лотерей, лотерейне законодавство.

Лотерейна діяльність у країнах із розвиненою ринковою економікою та демократією має дуже важливе соціально-економічне значення. З одного боку, лотерея є важливим джерелом поповнення державного бюджету та благодійних фондів, діяльність яких спрямована на розвиток фізичної культури та спорту, підтримку інвалідів, дитячих закладів, культури та національного надбання, з іншого – цій грі притаманний азарт, елемент людської психології, що може використовуватись у протиправних цілях. Саме тому органи державної влади більшості країн намагаються створювати організовані державні лотереї, що відволікають населення від участі в підпільних азартних іграх.

В Україні досі відсутній комплексний закон, який би врегулював питання проведення азартних ігор, у тому числі лотерей, що негативно впливає на ефективність провадження цих видів господарювання. При прийнятті такого нормативного акта, на нашу думку, слід врахувати позитивний досвід країн, де цей бізнес врегульований на відповідному рівні.

Розглянемо, якими саме нормативними актами й які обмеження встановлює держава для захисту населення від негативного впливу азартних ігор на їх поведінку та на громадський порядок у країнах Європейського Союзу. Вибір випав саме на ці країни тому, що європейський вектор української дипломатії є одним із пріоритетних у зовнішній політиці нашої держави, визначеній в Основних напрямах зовнішньої політики України ще у 1993 р. та наступних програмних документах.

Джерелами грального законодавства в європейських країнах є: конституції, законодавчі акти, акти вищих органів виконавчої влади, рішення місцевих органів влади. У федеративних країнах такий вид господарювання може регулюватися нормативно-правовими актами суб'єктів федерації. У державах англосаксонської правової сім'ї важливу роль відіграють рішення судів, судові прецеденти.

Правове регулювання відносин, пов'язаних із випуском та проведенням лотерей, безпосередньо в конституціях зарубіжних країн є дуже рідкісним явищем, адже вони виступають основою всього законодавства, у тому числі у сфері лотерей. Але такі випадки існують. Так, ст. 106 Конституції Швейцарії, прийнятої у 1999 р., цілковито присвячена регулюванню сфери грального бізнесу. Зокрема, у ч. 3 ст. 106 цього документа зазначено, що законодавство про азартні ігри та лотереї підлягає віданню Союзу. Конституційний кодекс Німеччини непрямо надає землям компетенцію видавати закони, що стосуються лотерей, та дозволяти їх проведення на своїх територіях. Землі, за попередньою згодою, мають також право на проведення спільних лотерей на відповідних адміністративно-територіальних одиницях [1, с. 39–40].

У переважній більшості країн конституції містять лише основи, а безпосереднє регулювання здійснюється законами. Залежно від предмета регулювання закони носять загальний або спеціальний характер. Закони загального характеру регламентують увесь комплекс відносин, пов'язаних із діяльністю з організації та проведення азартних ігор та (або) парі на території держави, вони встановлюють загальні правила регулювання. Як правило, такі закони встановлюють загальні правила ведення грального бізнесу, визначають мету та принципи регулювання.

Як правило, господарська діяльність із випуску та проведення лотерей урегульована спеціальними законами, які деталізують основні положення конституцій і законів загального характеру у сфері азартних ігор. Так, джерелами лотерейного законодавства ***Франції*** є різноманітні за юридичною силою та часом прийняття нормативно-правові акти. Зокрема, ще Законом від 21.05.1836 р. встановлена за-

© В. Туманов, 2009

борона на проведення лотерей. На виконання цього Закону було прийнято низку підзаконних актів. Зокрема, Декрет від 09.11.1978 р. визначає основні умови організації та проведення лотерей, дозволених ст. 136 Закону від 31.05.1933 р. Останній акт є основним у сфері, що розглядається, та передбачає, що спільна компанія «La Francaise des Jeux» уповноважена на організацію і проведення лотерей. Держава має контрольний пакет акцій компанії та представників у Правлінні – міністра фінансів та міністра з економічних справ. Компанія підконтрольна державі з питань її фінансової і економічної діяльності.

Метою регулювання є попередження злочинності; гарантування того, що гравці не будуть ошукані; попередження створення негативного соціального ефекту від надмірного поширення азартних ігор; недопущення організації та проведення лотерей комерційними організаціями та гарантування спрямування прибутків на публічні потреби. Як бачимо, у Франції ще на початку XIX ст. була встановлена державна монополія на організацію лотерей.

В ***Англії*** порядок проведення лотерейної діяльності врегульований як законами, так і підзаконними актами. 7 квітня 2005 р. парламент Великобританії прийняв новий закон «Про азартні ігри» [2]. Робота над ним тривала декілька років, до неї залучалися представники грального бізнесу, суспільства та держави. Цей закон детально регулює практично всі існуючі вияви азарту (тоталізатори, лотереї, казино, гральні автомати тощо), встановлює систему державних органів у сфері грального бізнесу, заходи з боротьби з ігроманією, захисту дітей тощо. Разом із тим у законі, в якому розглядається лотерея як вид діяльності, що підлягає ліцензуванню, зазначається, що участь у лотереї, яка є частиною Національної лотереї, вважається не азартною грою відповідно до цього закону (ст. 15). Таким чином, національна лотерея не підпадає під дію загального закону «Про азартні ігри» та регулюється окремим законодавством, зокрема, законом «Про національну лотерею» 1993 р., із змінами та доповненнями, внесеними законами у 1998 р. та 2005 р. Норми цього закону деталізуються в Положенні про Національну лотерею, затвердженому урядом країни у 1994 р., яке встановлює різноманітні заборони та обмеження стосовно продажу білетів лотерей, що є частиною Національної лотереї.

25 травня 1994 р. переможцем конкурсу на отримання ліцензії на право організації та проведення Національної лотереї стала приватна компанія «Camelot». Вона перемогла в боротьбі за ліцензію, оскільки подана нею заявка передбачала найнижчі строки покриття операційних витрат та отримання прибутку, містила найпривабливіші перспективи отримання великих сум грошей, які будуть спрямовуватися на благодійність. Ліцензія на право проведення Національної лотереї видається на 7 років, за що справляється плата. Так, у 1994 р. вона становила 25 000 фунтів стерлінгів, у 2001 році – 70 000 фунтів стерлінгів.

«Camelot» є єдиною компанією, що має право проводити національні лотереї, акціонерами якої виступають лише приватні (недержавні) товариства з обмеженою відповідальністю. Зокрема, «Cadbury Schweppes plc» належить 26,67 % акцій, «De La Rue plc» – 26,67, «International Computers Limited plc (ICL)» – 20,00, «Racal Electronics plc» – 26,67 %. Національний інтерес і статус лотереї забезпечується розподілом доходу від продажу лотерей: 50 % розподіляється серед переможців лотереї (приблизно 4 000 000 фунтів стерлінгів щотижня); 28 спрямовується на доброчинність (щотижня компанія направляє гроші Фонду розповсюдження національної лотереї на шість благодійних цілей, які визначаються парламентом країни); 12 сплачується уряду як мито, податок та ПДВ; 5 направляється роздрібним розповсюджувачам лотерей як комісія (наприклад, за перші сім років проведення національної лотереї вони заробили 281,7 млн фунтів стерлінгів як комісію від продажу лотерей); 5 отримує «Camelot», при цьому чистий прибуток компанії становить лише 0,5 %.

У ***Німеччині,*** як і в більшості країн Європи, лотереї й азартні ігри є предметом державної монополії. Як правило, вона забезпечується державними компаніями або державними компаніями-філіями, які їх провадять.

У Федеральній структурі Німеччини, лотерейний суверенітет належить федеральним землям, що визначено Конституційним кодексом країни. Відповідно до Федерального договору «Про лотереї в Німеччині», який набрав чинності 1 липня 2004 р., а також законів земель-спонсорів «Про тото та лотереї», 16 різних, незалежних лотерейних компаній організовують і проводять лотереї й азартні ігри, які діють відповідно до різних правових положень (спонсорами є землі, які беруть участь у фінансуванні міжземельних лотерей). Сфера діяльності кожної лотерейної компанії обмежена територією однієї або декількох (за наявності договору) федеральних земель, на яких вона проводиться.

Незважаючи на федеративний устрій Німеччини, у країні діють дві національні лотереї. Перша («SKL») була заснована 10 вересня 1947 р. відповідно до державної угоди між землями Баварія, Вюртемберг Баден та Хессе. Друга («NKL Nordwestdeutsche Klassenlotterie») є державною лотереєю, яка спонсорується 10 землями (Берлін, Бранденбург, Бремен, Гамбург, Мекленбург-Ворпоммерн та ін.).

В ***Австрії*** організація та порядок проведення лотерейної діяльності врегульовані Федеральним законом від 29.11.1989 р. № 620, в якому зазначено, що право регулювання випуску та проведення лотерей належить Феде-

ральному уряду, а діяльність така здійснюється на підставі ліцензії, яку видає Федеральне міністерство фінансів (розділ 1, ст. 1, § 14 закону). Правом запровадження лотерей у цій країні наділений лише один оператор, який отримав ліцензію, – Австрійські лотереї. Існуючі правові норми, що регулюють гральний сектор Австрії, перш за все спрямовані на захист гравців від надмірного поширення лотерейних продуктів і недобросовісних операторів. Слід зазначити, що надаючи ліцензію лише одному ліцензіату, федеральний уряд, який є монополістом, має можливість захистити громадський порядок та інтереси фіскальної політики.

Щоб зменшити небезпеку для гравців, які входять до категорії ризику, Австрійські лотереї встановили обмеження максимально можливої витраченої суми в розмірі 500 євро на тиждень, з метою запобігання будь-якої неконтрольованої пристрасті до азартних ігор, що проводяться через мережу Інтернет. Інтернет-ігри в Австрії доступні лише з 16 років.

Отже, в економічно розвинутих країнах Західної Європи національна лотерея у більшості випадків є монополією держави або їй підконтрольна.

Розглянемо (для порівняння) правовий порядок здійснення лотерейної діяльності в країнах, які недавно ввійшли до складу Європейського Союзу, а до цього були «братами-республіками» у складі колишнього СРСР або входили до так званого соціалістичного табору. Так, порядок провадження господарської діяльності з випуску та організації лотерей у ***Польщі*** врегульований законом «Про лотереї та взаємні ставки» від 29.07.1992 р., який встановлює державну монополію на такі види лотерей, як проведення числових ігор, фінансових лотерей, відеолотерей і телебінго. У той самий час міністр фінансів країни має право видавати ліцензії на проведення лотерей за умови, що існує більше одного претендента (заявника), які відповідають встановленим законом вимогам. Такий дозвіл видається лише після публічного оголошення тендера на отримання права проведення лотереї, вимоги до якого встановлюються міністром фінансів і формулюються у відповідному нормативно-правовому акті. На сьогодні у Польщі існує дві компанії, які перебувають у державній власності та реалізують політику державної монополії у сфері лотерей, – «Totalizator Sportowy» (проводить числові та грошові лотереї) та «Polski Monopol Loteryjny» (проводить лише грошові лотереї).

У ***Чехії*** азартні ігри врегульовані законом «Про лотереї та подібні ігри» (№ 202/1990) із змінами та доповненнями. Зокрема, в ньому зазначено, що лотереї можуть бути організовані лише суб'єктами, які відповідають встановленим у законі вимогам та отримали ліцензію Міністерства фінансів Чехії. При цьому, кількість суб'єктів, які можуть провадити таку діяльність, не обмежена.

Незважаючи на лояльну політику чеської держави щодо лотерей, законом встановлені заборони на організацію іноземних лотерей, у тому числі продаж іноземних квитків, на участь у лотереях за кордоном із сплатою ставки в інших країнах, а також організацію місцевих лотерей, якщо ставка сплачується за кордоном. Ці правила не поширюються на випадки, коли Міністерство фінансів Чехії надає окремий дозвіл на проведення подібної лотереї, але лише на паритетних засадах. Найбільшим оператором лотерей у Чехії є «SAZKA», заснована деякими спортивними союзами та організаціями.

У ***Латвії*** відповідно до розділу 21 глави 4 «Закону республіки Латвії про лотереї та азартні ігри» організація національних лотерей є державною монополією. Щоб організувати лотерею або інші азартні ігри необхідно отримати ліцензію, яку видає Наглядова інспекція по лотереям та азартним іграм, що є структурним підрозділом Міністерства фінансів. Ліцензії видаються лише підприємствам, зареєстрованим у Реєстрі підприємств Латвії. При цьому частка іноземних інвесторів (крім інвесторів країн – членів Європейського Союзу) у статутному капіталі не повинна перевищувати 49 %.

Ліцензії на проведення лотерей видаються на невизначений строк, крім миттєвих лотерей, де строк дії ліцензії обмежений. «Latvijas Loto» – єдина державна лотерейна компанія, що має монопольні права на організацію державних лотерей у Латвії.

Дещо інша ситуація щодо лотерей склалась у ***Литві.*** Там основним мотивом запровадження лотерей була підтримка Олімпійського руху та спорту країни. На сьогодні близько 90 % спортивного бюджету Литви припадає на надходження від проведення лотерей.

Загальна заборона організації й участі в лотереї без відповідної ліцензії закріплена законом «Про лотереї», який набув чинності з 1 січня 2004 р. Ліцензії на проведення лотерей видаються Національною гральною комісією. Правила провадження такої діяльності закріплені в «Ліцензійних умовах проведення лотерей» від 09.12.2003 р. Без ліцензії дозволено проводити лише комерційні лотереї з розіграшами призів. З моменту набрання чинності законом «Про лотереї» в країні діє три національні лотереї, що проводяться приватною компанією, в якій понад 50 % акцій належить державі в особі Національного олімпійського комітету Литви, а на ринку лотерей працюють три оператора: «Olifeja», якому належить 90 % ринку, «Zalgirio lotto» – 8 % і «Fortuna Baltica» – 2 %.

Проведення лотерей в ***Угорщині*** відноситься до обмежених видів діяльності, регламентується законом XXXIV/1991 «Про організацію лотерей» та постановою Міністерства фінансів (РМ) № 25/1991 (X.16.) «Про забезпечення виконання умов ліцензування, провадження та контролю за лотереями». Відповідно до закону «Про організацію лотерей» ос-

тання може проводитися державними компаніями із 100-відсотковим державним капіталом (Державний оператор лотерей) та/або тими, у яких державі належить більше 50 % її статутного фонду. Державною монополією на організацію лотерей наділена компанія «Szerencsejáték Rt.», діяльність якої контролює Контрольне бюро Угорщини.

Як і в більшості європейських країн, у законодавстві ***Румунії,*** яке регулює організацію лотерей, встановлена жорстка заборона на їх проведення. Відповідальність за її порушення передбачена Кримінальним кодексом країни.

Надзвичайний наказ уряду № 69/1998 (із змінами, внесеними Надзвичайним наказом уряду № 215/1999), який відповідно до Конституції Румунії має силу закону, визначає режим здійснення лотерейної діяльності, вимоги до претендентів, які прагнуть нею займатися, та види лотерей, на які може бути видана ліцензія. «Loteria Romana», яка була заснована ще в 1906 р., сьогодні є єдиним оператором у Румунії, якому законом надано право організації та проведення лотерей національного рівня, а також миттєвих лотерей і лотерей тото. Вона має право організовувати й інші види лотерей, але лише після отримання в установленому законом порядку відповідних ліцензій і визначення правил їх проведення. Ця компанія заснована постановою уряду як державна організація, що має юридично закріплене право здійснювати діяльність задля забезпечення національних інтересів країни. Саме уряд є тим органом, який має компетенцією визначати основні умови та правила проведення лотерей.

Висновки

Азартні ігри широко розповсюджені в країнах Європи. Законодавство Європейського Союзу дозволяє проведення азартних ігор.

Гральний бізнес у всьому світі є одним із найприбутковіших видів господарської діяльності. Не останнє місце серед його різновидів займає лотерея, яка завдяки своїй масовості здатна акумулювати значні фінансові ресурси населення, перерозподіляючи їх залежно від цілей, поставлених перед організаторами гри. Саме цим, насамперед, зумовлена підвищена увага розвинутих держав Європи, яка прикута до належного нормативно-правового регулювання та контролю за гральним бізнесом, у тому числі за лотереєю.

Розвинуті європейські країни ще в середині XX ст. дійшли висновку про необхідність монополізації лотерейного ринку та заборони діяльності на ньому будь-яких суб'єктів, крім держави (Австрія, Великобританія, Німеччина, Франція та ін.). Такий самий шлях організації та проведення лотерей обрали країни, які тільки ввійшли до складу Європейського Союзу, а ще недавно входили до складу СРСР або так званого соціалістичного табору – Латвія, Польща, Угорщина, Румунія.

Як свідчить практика, державні компанії або державні компанії-філії є найбільш підходящими для вирішення тих завдань, які виникають у результаті проведення лотерей і азартних ігор. Адже лише такими суб'єктами господарювання можуть бути досягнуті та дотримані вимоги до азартних ігор:

обмежити (заборонити) експлуатацію властивої для людини пристрасті до азартних ігор;

запобігти ризику шахрайства й інших протизаконних дій;

гарантувати, що отримані (зібрані) кошти використовуються тільки на благодійні або інші доброчинні цілі (у тому числі організацію спортивних заходів).

Основне виправдання монополій полягає не тільки в тому, що за допомогою лотерей збирають гроші на доброчинні цілі або для потреб держави. Державні лотереї організовуються з метою спрямування в певне русло пристрасті до азартних ігор, а також зменшують ризик обману та соціальних безладів.

Таким чином, оптимальною для держави та суспільства моделлю устрою лотерейного ринку є модель класичної державної монополії на організацію та проведення лотерей. Крім того, державна монополія на проведення лотерей не заперечується європейськими судовими інституціями. Так, 6 березня 2007 р. Суд Європейських Співтовариств розглянув справу за позовом Плаканика і прийняв рішення, яким визнано, що країни-члени можуть прийняти рішення про обмеження діяльності, пов'язаної з грошовими іграми та парі, за допомогою системи ліцензування одного або декількох операторів, а ліцензіати можуть зробити досить привабливу пропозицію, у тому числі рекламу та використання нових методів поширення ігор, з метою вирішення завдання контролю за грошовими потоками (параграф 55 рішення) [3, с. 7].

Література

1. *Ковтун Е. В., Ковалев С. М.* Правовое регулирование игорного бизнеса в зарубежных странах. – М., 2000. – 217 с.

2. *Gambling* Act 2005 (Royal Assent on 7 April 2005).

3. *Решение* Суда Европейских Сообществ С-243/01 OJC7, 10.01.2004.

In the article, based on the analysis of legislation, were highlighted the major types of legal regulation of lottery business in European countries, determined opportunities for implementation of the optimal model of lottery market for Ukraine, given the absence of profile law in this field.

В статье на основе анализа законодательства выделяются основные типы правового регулирования лотерейной деятельности в европейских странах, определяются возможности внедрения оптимальной для Украины модели лотерейного рынка, поскольку профильный закон в этой сфере отсутствует.

ДЕРЖАВНИЙ АКТ НА ПРАВО ПРИВАТНОЇ ВЛАСНОСТІ НА ЗЕМЛЮ ЯК ПРАВОПОСВІДЧУВАЛЬНИЙ ДОКУМЕНТ: проблеми правозастосування

Олександр Браніцький,
канд. юрид. наук, адвокат,

Андрій Тригуб,
аспірант кафедри адміністративного та фінансового права Національного університету біоресурсів та природокористування України, м. Київ

Стаття присвячена аналізу правової природи державного акта на право власності на земельну ділянку як правопосвідчувального документа. В публікації проведено короткий ретроспективний огляд розмежування правовстановлюючих та правопосвідчувальних документів. Визначено основні ознаки державних актів як правопосвідчувальних документів. Критичний аналіз змін до Земельного кодексу України щодо посвідчення права власності на землю дав можливість окреслити основні колізійні моменти, що виникли після їх внесення. Наведено основні проблемні питання правового регулювання дублікату державного акта. В статті обґрунтовується доцільність використання державних актів як єдиного документа, що посвідчує право власності на землю та запропоновано ряд змін до чинного земельного законодавства.

Ключові слова: Право власності на земельну ділянку, правовстановлюючий документ, правопосвідчувальний документ, державний акт на право власності на земельну ділянку, дублікат державного акта.

Інститут права власності є одним із основоположних у юридичній науці та чинному законодавстві. Здійснення права власності над будь-якою річчю не вимагає від власника доведення правомірності володіння річчю. Однак у деяких випадках подальше здійснення власником своїх правомочностей (передусім – на етапі розпорядження) потребує встановлення факту належності майна на праві власності конкретній особі. Для цього використовуються правопосвідчувальні документи. Згідно з приписами ст. 126 Земельного кодексу (далі – ЗК) України одним із документів, що посвідчує право власності на земельну ділянку, є державний акт. Слід наголосити, що в науці земельного права не було проведено спеціального дослідження, яке б стосувалося правової природи державного акта на право власності на земельну ділянку. В результаті внесення до ЗК України змін, що стосуються посвідчення права власності на землю, склалася неоднозначна ситуація, яка може призвести до виникнення ряду колізій у правозастосуванні. Тому розв'язання проблеми єдиного правопосвідчувального документа на право власності на земельну ділянку має важливе як теоретичне, так і практичне значення. Її вирішення впливатиме на подальше вдосконалення земельно-правової науки, сприятиме виробленню єдиної позиції щодо правопосвідчувальних документів на земельні ділянки. У практичній площині це сприятиме належному правозастосуванню, уникненню помилок при застосуванні конкретних земельно-правових норм, насамперед під час укладення цивільно-правових угод, що, у свою чергу, впливатиме на обсяг прав та обов'язків суб'єктів правовідносин у сфері реалізації права власності на земельні ділянки.

Метою цієї статті є вивчення правової природи державного акта на право власності на земельну ділянку як правопосвідчувального документа, здійснення аналізу правового забезпечення використання державного акта на сучасному етапі.

Оскільки категорія «право власності» є основоположною в теорії цивільного права, звернімося до наукових джерел з римського та цивільного права.

Історія використання окремого документа для засвідчення права чи обов'язку особи своїм корінням сягає Римської держави. Серед найбільш ранніх форм договору у римському праві був так званий стипулятивний договір (stipulatio) – усний договір, який ук-

© О. Браніцький, А. Тригуб, 2009

ладався у формі усного мовлення обох контрагентів у вигляді запитання та негайної відповіді на нього. У ході використання стипулятивного договору з'явилися письмові документи, які повторювали слова сторін договору – «cautio». Як вважає Н. Боголепов, cautio сама собою не створювала договору, вона слугувала лише засобом підтвердження укладення договору в усній формі так само, як для цих цілей могли слугувати свідки [1, с. 200]. На нашу думку, є підстави вважати, що «cautio» у римському праві були найпершими зразками використання правопосвідчувальних документів у широкому розумінні цього поняття, оскільки вони підтверджували те чи інше зобов'язання. З розвитком літеральних договорів у Римі часів першої половини республіки з'явилися інші види документів для посвідчення прав чи обов'язків: «nomina arcaria» (посвідчення про прийняття грошових коштів банком) та «chirographum» (розписка про отримання грошей, яка видавалася приватною особою) [2, с. 335].

Отже, римське право знало як правовстановлюючі, так і правопосвідувальні документи.

Поняття «правовстановлюючий» і «правопосвідчувальний документ» у цивілістиці практично не розмежовуються. Разом із тим за своєю суттю ці категорії суттєво різняться та позначають різні етапи «буття» права власності. Внаслідок вчинення правочину з'являється *правовстановлюючий документ* – підстава для виникнення цивільних прав та обов'язків. У подальшому, після державної реєстрації цих прав та обов'язків, з'являється *правопосвідчувальний документ,* який лише підтверджує державну реєстрацію права власності, що виникло на підставі правочину.

Г. Ариванюк, аналізуючи право власності на транспорт, ототожнює ці два поняття: безпосередньою підставою виникнення в особи права власності на транспортні засоби є договори купівлі-продажу, міни, дарування, успадкування й інші правові підстави, за якими вчинюється їх державна реєстрація та визначається особа власника, а тому свідоцтво про реєстрацію, технічний паспорт, реєстраційний талон водночас набувають ознак правовстановлюючого документа. Зрештою, автор доходить висновку, що документи, які підтверджують право власності на належне йому майно, можна поділити на ті, які безпосередньо засвідчують особу власника (правовстановлювальні), і ті, які лише опосередковано підтверджують право власності особи на майно (правопідтверджувальні) [3, с. 156–157]. Таким чином, учений поділяє документи, що встановлюють чи засвідчують право власності, за критерієм визначеності особи власника. Ми не вважаємо такий підхід достатньо обґрунтованим, оскільки при розмежуванні цих документів потрібно виходити з їх юридичної природи – «породження» прав чи засвідчення (державної реєстрації) прав.

На нашу думку, слід розрізняти правопосвідчувальні документи у широкому та вузькому розумінні. *Правопосвідчувальними документами у широкому розумінні* слід вважати такі, що засвідчують певне право чи обов'язок (розписка, акція, вексель тощо). До *правопосвідчувальних документів у вузькому розумінні* доцільно відносити такі, що засвідчують те чи інше право, яке пройшло державну реєстрацію (державний акт про право власності на землю, свідоцтво про право власності на транспортний засіб, свідоцтво про право власності на квартиру тощо).

На нашу думку, критерієм розмежування правовстановлюючих і правопосвідчувальних документів на земельну ділянку має бути процедура оформлення такого документа. Так, видача державного акта про право власності здійснюється з метою державної реєстрації права власності на землю, яке вже виникло. У свою чергу, оформлення правовстановлюючих документів здійснюється з метою закріплення права власності на землю та підтвердження факту переходу права власності на землю від одного учасника майнових правовідносин до іншого.

Державний акт про право власності на землю видається спеціальним уповноваженим органом державної виконавчої влади у галузі земельних ресурсів – Державним комітетом України із земельних ресурсів (далі – Держкомзем) за встановленою ним спеціальною процедурою. Натомість, правовстановлюючі документи на землю можуть оформлюватися ширшим колом суб'єктів (суд, районна державна адміністрація) або засвідчуватися органами нотаріату (чи прирівняними до таких) у разі укладання угод.

Видача державного акта про право власності на землю здійснюється за єдиною визначеною процедурою, встановленою підзаконним нормативно-правовим актом – Інструкцією про порядок складання, видачі, реєстрації і зберігання державних актів на право власності на земельну ділянку і право постійного користування земельною ділянкою та договорів оренди землі, затвердженою наказом Державного комітету України по земельних ресурсах від 04.05.1999 р. № 43 (далі – Інструкція). У свою чергу, оформлення правовстановлюючих документів може здійснюватися такими способами, як укладення угоди, складення заповіту, прийняття судового рішення, прийняття рішення органом місцевого самоврядування або державного органу виконавчої влади тощо.

Зважаючи на викладене, можна навести такі ознаки державних актів на право приватної власності на землю як правопосвідчувального документа:

• видача центральним органом виконавчої влади;

• видача у межах процедури державної реєстрації права власності на землю, що виникло на підставі правовстановлюючих документів;

• єдиний порядок оформлення;

• фіксування факту державної реєстрації права власності на землю.

Таким чином, *державний акт на право власності на землю – це правопосвідчувальний документ, який фіксує факт державної реєстрації права власності, засвідчує особу власника й ознаки земельної ділянки (місцерозташування, кадастровий номер, межі).*

Стаття 126 ЗК України в редакції 2001 р. встановлювала, що право власності на земельну ділянку та право постійного користування земельною ділянкою посвідчується державними актами. Отже, єдиним правопосвідчувальним документом визнавався державний акт на право власності на земельну ділянку. Однак Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо документів, що посвідчують право на земельну ділянку, а також порядку поділу та об'єднання земельних ділянок» від 05.03.2009 р. № 1066-VI закріпив інший порядок посвідчення права власності на земельну ділянку. Так, цим законодавчим актом ст. 126 ЗК України зазнала значних змін. Зокрема, ч. 2 ст. 126 викладена таким чином:

«2. Право власності на земельну ділянку, набуту у власність із земель приватної власності без зміни її меж, цільового призначення, посвідчується:

а) цивільно-правовою угодою щодо відчуження земельної ділянки, укладеною в порядку, встановленому законом, у разі набуття права власності на земельну ділянку за такою угодою;

б) свідоцтвом про право на спадщину».

Не заперечуючи прогресивності запропонованих змін, які спрямовані на уникнення зайвих матеріальних і часових витрат, а також на зменшення підґрунтя для корупційних схем із «пришвидшення» виготовлення державних актів, звернімо увагу на безсистемність внесених до закону змін.

По-перше, виникає загальне риторичне питання щодо рівності прав суб'єктів правовідносин: чому громадянин, який отримав земельну ділянку у власність у процесі приватизації, повинен виготовити державний акт для того, щоб оформити право власності на земельну ділянку, а громадянин, який придбає земельну ділянку на підставі цивільно-правових договорів, повинен пройти державну реєстрацію цього права за спрощеною процедурою?

По-друге, зазначена норма вносить ряд колізій у правозастосуванні. Наприклад, як повинно посвідчуватися право власності на земельну ділянку, право на яку громадянин отримав за рішенням суду? Аналіз запропонованої редакції ст. 126 ЗК України дає підстави стверджувати, що громадянин, який отримав право власності на земельну ділянку за рішенням суду, повинен також отримати державний акт, адже ця норма передбачає лише два документа: цивільно-правову угоду та свідоцтво про право на спадщину.

Виникає також запитання: якщо право власності на земельну ділянку перейде до громадянина на підставі мирової угоди, оформленої на підставі ст. 175 Цивільного процесуального кодексу, чи потрібно буде виготовлення державного акта? Виходячи з того, що мирова угода є «угодою» за своєю суттю та відображає вільне волевиявлення сторін, можна дійти висновку, що мирова угода є специфічним різновидом цивільно-правової угоди, а звідси – виготовлення державного акта у такому випадку, на нашу думку, не потрібне.

По-третє, що відбуватиметься у випадку втрати оригіналу цивільно-правової угоди разом із державним актом на попереднього власника земельної ділянки, що вважається невід'ємним додатком до цивільно-правової угоди щодо відчуження земельної ділянки? Прихильники внесених змін висуватимуть той аргумент, що особа отримає дублікат договору. Однак виникає логічне запитання: чи потрібно у такому разі також отримувати дублікат державного акта на попереднього власника земельної ділянки? Крім того, після виготовлення дубліката цивільно-правової угоди особа зобов'язана буде повторно пройди державну реєстрацію свого права. Отже, в такому випадку замість спрощення процедури посвідчення права власності на землю відбувається її суттєве ускладнення.

Слід також зазначити, що статус державного акта на право приватної власності на землю як правопосвідчувального документа зумовлює деякі особливості його використання. Насамперед це стосується наслідків втрати (загублення, знищення тощо) державного акта на право приватної власності на землю. Зокрема, на нашу думку, у таких випадках не вимагається визнання права власності на земельну ділянку в порядку, що встановлений ст. 392 Цивільного кодексу України, оскільки втрачений державний акт такого права не встановлював. Правові підстави набуття права власності на земельну ділянку (договір, рішення суду тощо) при втраті державного акта на право приватної власності на землю залишаються чинними, доки їх не буде скасовано окремо. У зв'язку з цим, на нашу думку, при втраті державного акта на право приватної власності на землю слід виготовляти його дублікат за процедурою, що встановлена п. 5 Інструкції.

Слід зазначити, що чинне законодавство недостатньою мірою врегульовує правовідносини навколо виготовлення дублікатів державних актів на право приватної власності на землю. Так, п. 5.2 Інструкції встановлює обов'язок власника втраченого державного акта звернутися із заявою до відповідного органу земельних ресурсів, яким було видано акт, та здійснити повідомлення про втрату у пресі. Відповідно до положень цього пункту, *якщо протягом місяця з дня публікації ніяких повідомлень власнику не надійшло, то відповідний орган, яким було видано зазначений державний акт, дає доручення місцевому державному органу земельних ресурсів Держкомзему України виготовити дублікат утраченого (зіпсованого) зазначеного державного акта.*

Однак наведена норма не визначає: правових наслідків щодо статусу втраченого державного акта після прийняття рішення про видачу його дубліката (недійсність, скасування тощо); моменту припинення чинності втраченого акта; форми «доручення», що видається місцевою державною адміністрацією місцевому державному органу земельних ресурсів Держкомзему України; строку, протягом якого місцева державна адміністрація зобов'язана надати «доручення» на виготовлення дубліката; статус дубліката державного акта на право приватної власності на землю. На практиці це створює поле для порушень права власності на землю та ряду зловживань. Трапляються випадки, коли державний акт на право приватної власності на землю, який власник земельної ділянки вважає втраченим, насправді переходить у володіння недобросовісних повірених чи інших зловмисників. Поки власник виготовляє дублікат втраченого державного акта, останні можуть здійснити відчуження земельної ділянки на підставі «втраченого акта». Відсутність визначеності у наведених питаннях у таких ситуаціях призводить до тривалих судових спорів і значно послаблює позиції власника у захисті його порушених прав.

На нашу думку, необхідно передбачити, що оголошення про втрату державного акта повинно публікуватися у загальноукраїнських офіційних виданнях «Голос України» або «Урядовий кур'єр». Крім цього, вважаємо за доцільне запропонувати запровадження відповідного окремого спеціалізованого розділу на офіційному веб-сайті Держкомзему, що відповідатиме принципам побудови інформаційного суспільства. Запропоноване дозволить уникнути необізнаності заінтересованих осіб і приховування факту втрати оригіналу державного акта на право власності на земельну ділянку. Доцільно було б також запровадити єдиний електронний реєстр державних актів з обов'язковим доступом до такого реєстру нотаріусів, в якому слід відображати відомості про втрачені та скасовані акти. Це дозволило би уникнути ситуацій з відчуження чи іншого розпорядження земельними ділянками за вже недійсними державними актами.

Не врегульовує порушених питань і проект нової Інструкції про порядок заповнення, реєстрації, видачі та зберігання державних актів на право власності на земельну ділянку і на право постійного користування земельною ділянкою. Більше того, п. 5.9 цього документа не передбачає «дачі доручення» місцевою державною адміністрацією відповідному органу земельних ресурсів про виготовлення нового акта.

На нашу думку, така ситуація залишає відчутний пробіл у правовому регулюванні процедури оформлення дублікатів державних актів замість втрачених (зіпсованих) та створює підґрунтя для порушень прав власників земельних ділянок.

Критичний аналіз норм наведених інструкцій дозволяє запропонувати внесення деяких змін до відповідних положень Інструкції, якими слід встановити, що:

- державний акт вважається скасованим з моменту прийняття рішення відповідним органом державної влади про виготовлення дубліката взамін втраченого державного акта;
- рішення про видачу дубліката втраченого державного акта оформлюється розпорядженням відповідного органу державної влади;
- розпорядження про видачу дубліката втраченого державного акта приймається не пізніше 10-денного строку після спливу 1 місяця з дати публікації повідомлення про втрату оригіналу державного акта на право приватної власності на землю, якщо акт не буде знайдено або власнику не надійдуть повідомлення щодо його долі;
- дублікат державного акта на право приватної власності на землю є повноцінним правопосвідчувальним документом і використовується для посвідчення права власності на землю у порядку, визначеному ст. 126 ЗК України.

На нашу думку, прийняття запропонованих змін до Інструкції дозволить усунути наявні на сьогодні прогалини у нормативно-правовому регулюванні порядку видачі дублікатів державних актів на право власності на землю як правопосвідчувальних документів і буде беззаперечним доказом достовірності посвідчення права приватної власності на землю дублікатом державного акта.

Висновки

Державні акти на право приватної власності на землю мають залишатися єдиним

документом, що посвідчує право власності на землю, а тому необхідно внести відповідні зміни до ст. 126 ЗК України.

Запропоновані нами зміни до чинних нормативно-правових актів дозволять поліпшити правове регулювання використання державних актів, уникнути колізій у правозастосуванні.

Перспективою подальших наукових розвідок у напрямі порушених проблем може бути використання отриманих результатів у теоретичній і практичній діяльності, а також дослідження юридичної природи правопосвідчувального документа на об'єкти права власності, у тому числі на земельну ділянку, що дозволить запропонувати системні зміни до нормативно-правових актів.

Література

1. *Боголепов Н.* Учебник истории Римского права: Пособие к лекциям. – М., 1895. – 640 с.

2. *Загурский Л. Н.* Элементарный учебник римского права. – Х., 1897. – 636 с.

3. *Ариванюк Г. О.* Правовстановлюючі документи власника // Право власності в Україні / О. В. Дзера, Н. С. Кузнєцова, О. А. Підопригора та ін. – К., 2000. – С. 153–157.

This article is devoted to legal substance analysis of the state deed for right of property in lend as certify document. Herein a condensed retrospective review of the certify and entitle document for property is stated. Authors determine a basic characteristics of the state deed for right of property in lend as certify document. A critical analysis of the Land code of Ukraine last changes about right of property in lend certification allowed to show main collision that arise after its submission. Herein a main problems of the state deed for right of property in lend duplicate legal regulation is stated. This article gives prove of the expediency of the state deed for right of property in lend to be used as exclusive document for right of property in lend certifying. Authors suggest some changes to Ukrainian lend legislation.

Статья посвящена анализу правовой сущности государственного акта о праве собственности на земельный участок в качестве правоудостоверяющего документа. В публикации приведен короткий ретроспективный обзор разделения правоустанавливающих и правоудостоверяющих документов. Определены основные признаки государственных актов как правоудостоверяющих документов. Критический анализ изменений в Земельном кодексе Украины относительно удостоверения права собственности на землю позволил очертить главные коллизийные моменты, которые возникли после их внесения. Приведены основные проблемные вопросы правового регулирования выдачи дубликатов государственных актов. В статье обосновывается целесообразность использования государственных актов в качестве единственного документа, удостоверяющего право собственности на землю и предлагается ряд изменений в действующем земельном законодательстве.

ПОНЯТТЯ ТА ЗМІСТ ВІДНОСИН ДОБРОСУСІДСТВА

Ігор Мироненко,
канд. юрид. наук,
доцент кафедри цивільного права
Юридичного інституту
Прикарпатського національного університету ім. Василя Стефаника,
м. Івано-Франківськ

Ця стаття присвячена розгляду питань про зміст та особливості правового регулювання відносин добросусідства. Положення законодавства, що регулюють дані відносини, є нормативно встановленими обмеженнями щодо здійснення прав на землю, які мають на меті забезпечити захист інтересів власників (землекористувачів) сусідніх володінь від можливих порушень при використанні земельних ділянок. У сфері відносин добросусідства можна виділити два основні напрями правого регулювання: 1) відносини щодо розмежування суміжних володінь; 2) відносини щодо здійснення опосередкованих впливів на сусідні земельні ділянки, які не пов'язані з безпосереднім порушенням їх меж.

Ключові слова: добросусідство, межі впливу, обмеження права, суміжні володіння, сусідні земельні ділянки.

Положення глави 17 Земельного кодексу (далі – ЗК) України присвячене порівняно новому для вітчизняного земельного законодавства інституту – інституту добросусідства. Вони спрямовані на врегулювання достатньо актуальної в усі часи проблеми – погодження та захист інтересів власників володінь, що межують між собою, врегулювання протиріч, які виникають при здійсненні прав на своє майно. В чому полягає зміст відносин добросусідства й які особливості їх правового регулювання?

Норми, спрямовані на врегулювання «відносин сусідства» відомі з римського права [1, с. 147; 2, с. 303; 3, с. 181–183]. Цим відносинам приділялася значна увага і в російській дореволюційній літературі. Положення законодавства про добросусідство розглядались як встановлені законом обмеження права власності в силу «права участия частного» [4, с. 213–215; 5, с. 229–230] чи «права соседства» [6, с. 522–529]. Уже за радянських часів І. Новицький розглядав обмеження прав на землю в інтересах сусідів як явище приватно-публічного характеру [7, с. 6]. Їх публічний характер зумовлений законодавчим встановленням правил добросусідства в суспільних інтересах у вигляді зобов'язань і заборон, а також їх імперативним характером. У сучасному праві відносини добросусідства поширюються на всіх власників і землекористувачів, незалежно від форми власності на землю та організаційно-правової форми власників чи землекористувачів [8, с. 78]. Приватний характер відносин добросусідства зумовлений юридичною рівністю та самостійністю учасників цих відносин, врегулюванням спорів у зазначеній сфері, насамперед, у судовому порядку.

На сьогодні в науковій літературі положення про добросусідство розглядається як окремий вид обмежень прав на землю, який поширюється на відносини між власниками (користувачами) сусідніх володінь, що не дають третім особам самостійних прав на чужу річ, а лише обмежують особу у здійсненні нею свого права [9, с. 149; 10, с. 269; 11, с. 32].

На думку Д. Дождєва, права по сусідству (jura vicinitatis) є способом правового регулювання відносин між сусідами, що полягає в законодавчому обмеженні правомочностей власника. Розвиток прав по сусідству веде до збільшення числа випадків, коли власник може звертатися з позовом про припинення дій, що порушують право. Оскільки кожен власник, у свою чергу, сам залежить від сусіда, змінюється сама конструкція земельної власності; подібні обмеження в імперативній формі змінюють повноваження всіх власників [12, с. 455–456].

На нашу думку, положення законодавства, що регулюють земельні відносини добросусідства, є нормативно встановленими обмеженнями щодо здійснення прав на землю (включаючи право власності), які мають на меті забезпечити захист інтересів власників (землекористувачів) сусідніх володінь від можливих порушень при використанні земельних ділянок.

Суб'єктами відносин добросусідства є як власники земельних ділянок, так і землекористувачі (п. 1 ст. 91, п. 1 ст. 96 ЗК України). У зв'язку з цим, правила про добросусідство виступають як обмеження щодо здійснення не лише права власності на земельну ділянку, а й інших прав на землю, зокрема права постійного користування земельною ділянкою, оренди, емфітевзису, суперфіцію тощо.

© І. Мироненко, 2009

Слід зазначити, що чинний ЗК України, визначивши суб'єктами відносин добросусідства як власників земельних ділянок, так і землекористувачів, чітко не визначає, в яких випадках виникають відносини добросусідства. Наприклад, у ст. 170 Цивільного кодексу (далі – ЦК) Азербайджанської Республіки [12] сусідніми визнаються будь-які земельні ділянки чи інша нерухомість, на які може виникнути двосторонній вплив.

Якщо проаналізувати погляди сучасних науковців на питання, що розглядається, то відносини добросусідства можливі лише між власниками та користувачами, земельні ділянки яких мають спільну межу або розташовані недалеко одна від одної [13, с. 99; 14, с. 14]. У цьому контексті добросусідство можна розглядати як відносини двох і більше осіб, які володіють речовими або зобов'язальними правами на одне і те саме або розташоване в безпосередній близькості майно, що створює ймовірність тривалих порушень прав будь-якої сторони [15, с. 40–41]. На нашу думку, слід погодитися з точкою зору, згідно з якою у відносинах добросусідства сусідніми є не лише прилеглі (суміжні) земельні ділянки, а й ті, власникам або користувачам яких можуть бути заподіяні незручності власником (користувачем) іншої ділянки [16, с. 322].

Що стосується змісту земельних відносин добросусідства, то він полягає в сукупності прав та обов'язків суб'єктів таких відносин. При цьому комплекс цих прав та обов'язків, по суті, є однаковим для кожного власника чи землекористувача [17, с. 455–456]. У найбільш загальному вигляді зміст відносин добросусідства можна, на нашу думку, визначити як право кожного власника чи землекористувача вільно використовувати свою земельну ділянку за цільовим призначенням у межах і способами, що не справляють неправомірного впливу на сусідні володіння (земельні ділянки), а також вимагати від інших власників (землекористувачів) такого ж використання сусідніх земельних ділянок і у той самий час – обов'язок кожного власника (землекористувача) не допускати при цьому заподіяння неправомірного впливу на сусідні земельні ділянки.

Як випливає з положень ст. 103 ЗК України, основне завдання інституту добросусідства у нашому законодавстві – забезпечити обрання власниками та землекористувачами таких способів використання земельних ділянок відповідно до їх цільового призначення, за яких власникам і землекористувачам сусідніх земельних ділянок завдається найменше незручностей та не перешкоджається використовувати земельні ділянки за цільовим призначенням.

Власник чи землекористувач не може перешкоджати впливу димом, теплом, кіптявою, шумом, струсом чи спричиненню подібних незручностей із сторони сусідньої ділянки, якщо вони не виходять за межі нормально допустимих у конкретній ситуації. Відповідно, такому обов'язку власників (землекористувачів) сусідніх земельних ділянок протистоїть право носія суб'єктивного права власності на земельну ділянку безперешкодно здійснювати своє право таким чином, щоб негативні для сусідів наслідки його діяльності не виходили за нормально допустимі для даних умов межі. Саме такий підхід до визначення меж допустимого сусідського впливу відображено в законодавстві ряду пострадянських держав (ст. 171 ЦК Азербайджанської Республіки [12], ст. 175 ЦК Грузії [18], ст. 378 ЦК Республіки Молдова [19]).

Якщо характеризувати положення глави 17 «Добросусідство» ЗК України в цілому, то слід зазначити, що три статті глави із семи присвячені питанням розмежування земельних ділянок, встановлення та використання межових споруд, по одній статті відведено для розкриття змісту добросусідства та визначення видів і критеріїв впливу на сусідні земельні ділянки, попередженню шкідливого впливу на сусідню земельну ділянку, а також врегулюванню питань проникнення на земельну ділянку гілок і коренів дерев і кущів. Тому, якщо виходити з положень цієї глави ЗК України, у сфері відносин добросусідства можна, на нашу думку, виділити два основні напрями правового регулювання:

- відносини щодо розмежування суміжних володінь і запобігання безпосередньому порушенню меж земельних ділянок. Врегулюванню даних відносин у чинному ЗК України присвячені статті 105–109;
- відносини щодо здійснення опосередкованих впливів на сусідні земельні ділянки, які не пов'язані з безпосереднім порушенням їх меж. Ці відносини регулюються статтями 103, 104 ЗК України. При цьому, врегулювання зазначених відносин, на нашу думку, визначає специфіку добросусідства як такого та становить основну складність.

Особливість правового регулювання відносин добросусідства полягає в тому, що конфлікт інтересів власників суміжних володінь у процесі їх господарської діяльності в принципі неминучий і випливає з суті як даних відносин, так і здійснення суб'єктивних прав [20, с. 118].

Як зазначається в літературі, природа нерухомих речей така, що їх якість і цінність більшою мірою залежать від оточуючого їх простору, ніж від них самих. У сферу інтересів власника входять місце знаходження нерухомості, її близькість до економічних і

культурних об'єктів, зв'язок з транспортною мережею, властивості природного середовища, чистота повітря тощо [17, с. 384]. Саме у відносинах власності на нерухомість найбільшою мірою виявляється необхідність врегулювання дії зовнішніх факторів, що можуть як негативно, так і позитивно впливати на об'єкти власності.

Безпосереднє порушення меж володінь суміжних власників – це лише поверхнева, найбільш очевидна сторона проблеми. Набагато складніше врегулювати діяльність, яка здійснюється за межами об'єктів права власності, але суттєво впливає на них. Так, якщо в більшості випадків можна вважати, що облаштування на сусідній земельній ділянці декоративного саду йде на благо власнику, то здійснення на цій ділянці хімічного чи іншого шкідливого виробництва суттєво знижує цінність її або ж взагалі робить неможливим використання ділянки для житлового будівництва чи ведення фермерського господарства. Негативні аспекти такого зовнішнього впливу отримали своє правове розроблення. Воно, зокрема, полягає в існуванні загального для всіх правових систем принципу, згідно з яким на власника покладається обов'язок не допускати такого використання належного йому майна, яке спричиняє суттєву та необґрунтовану шкоду третім особам або всьому суспільству. Подібний принцип обмежує право власності в його активному аспекті (у тому, що дозволено власнику) і створює імунітет власності щодо негативних наслідків дії зовнішніх факторів [21, с. 209–212].

Коли йдеться про врегулювання опосередкованих впливів на сусідні володіння, то можна виділити ряд ключових, на нашу думку, питань, які потребують правового вирішення:

- встановлення меж, в яких такі впливи є допустимими, тобто до якої міри власник чи землекористувач зобов'язаний терпіти негативні для нього наслідки використання сусідніх земельних ділянок і, відповідно, до якої міри даний суб'єкт, у свою чергу, може правомірно завдавати незручності своїм сусідам;
- встановлення правових наслідків завдання опосередкованих впливів на сусідні володіння. Це питання ускладнюється тим, що в ряді випадків подібні незручності неможливо усунути взагалі або повною мірою, оскільки вони не є такими, що надають право на судовий захист [21, с. 218]. Так, в індустріальну добу забруднення довкілля не може бути причиною заборони роботи промислового підприємства, якщо, на думку суспільства, його рівень не перевищує допустимі екологічні норми [17, с. 385–387]. При цьому, на відміну від чинного українського законодавства, в ряді іноземних держав достатньо регламентоване питання щодо компенсації шкоди внаслідок завдання опосередкованих впливів на сусідні володіння, а також розроблені спеціальні підходи щодо врегулювання даного питання [21, с. 231– 236; 22, с. 41];
- встановлення механізмів запобігання надмірним опосередкованим впливам з боку сусідніх власників і землекористувачів. Про можливість вжиття власниками та землекористувачами заходів щодо попередження шкідливого впливу на їх земельні ділянки в сучасному українському законодавстві йдеться у ст. 104 ЗК України, проте навряд чи можна вважати її конструкцію досконалою.

На нашу думку, чинна редакція статей 103, 104 ЗК України не може вважатись оптимальною для врегулювання відносин, що розглядаються. Свідченням цьому є дуже незначна кількість випадків використання таких норм на практиці. І це на противагу значному досвіду законодавства та практики зарубіжних країн щодо врегулювання даних відносин.

Також слід зазначити, що велика група відносин добросусідства не отримала своєї правової регламентації порівняно із законодавством інших держав, зокрема такі повсякденні питання, як відведення стічних вод, організація стоків з дахів, облаштування виходу вікон на сусідні володіння, сусідське водокористування, встановлення мінімально допустимих відстаней для забудови, здійснення робіт і розміщення насаджень тощо. Тому є підстави вести мову про доповнення законодавства більш розширеними положеннями про врегулювання відносин добросусідства.

Література

1. *Римское* частное право / И. С. Перетерский, В. А. Краснокутский, И. Б. Нивицкий и др.; Под ред. И. Б. Новицкого, И. С. Перетерского. – М., 2000. – 448 с.

2. *Покровский И. А.* История римского права. – СПб., 1998. – 560 с.

3. *Санфилиппо Ч.* Курс римского частного права. – М., 2002. – 400 с.

4. *Синайский В. И.* Русское гражданское право. – М., 2002. – 638 с.

5. *Шершеневич Г. Ф.* Курс гражданского права. – Тула, 2001. – 720 с.

6. *Победоносцев К. П.* Курс гражданского права. – М., 2002. – Ч. 1. – 800 с.

7. *Новицкий И. Б.* Право соседства: рамки и значение проблемы // Право и жизнь. – 124. – Кн. 5/6. – С. 10–21.

8. *Каракаш И. И.* Право собственности на землю и право землепользования в Украине. – К., 2004. – 216 с.

9. *Земельное* право Украины / А. М. Беженарь, Е. С. Бердников, Л. А. Бондар и др.; Под ред. А. А. Погребного, И. И. Каракаша. – К., 2002. – 496 с.

10. *Науково-практичний* коментар Земельного кодексу України / Л. О. Бондар, А. П. Гетьман, В. Г. Гончаренко та ін.; За ред. В. В. Медведчука. – К., 2004. – 656 с.

11. *Кулинич П. Ф.* Право добросусідства за земельним законодавством України // Земельне право України. – 2006. – № 1. – С. 25–33.

12. *Цивільний* кодекс Азербайджанської Республіки. – http://www.azhumanrights.org/.

13. *Бусуйок Д. В.* Обмеження прав на землю за законодавством України. – К., 2006. – 144 с.

14. *Самончик О. А.* Ограничения права землепользования сельскохозяйственных предприятий. – М., 1989. – 95 с.

15. *Поротикова О. А.* Проблемы гражданско-правового регулирования соседских отношений // Актуальные проблемы права собственности: Материалы Всерос. межвуз. конф., г. Саратов, октябрь 2003 г. – Саратов, 2004. – С. 41–42.

16. *Земельний* кодекс України: науково-практичний коментар / За ред. В. І. Семчика. – К., 2004. – 748 с.

17. *Дождев Д. В.* Римское частное право. – М., 2002. – 784 с.

18. *Цивільний* кодекс Грузії від26.06.1997 р.– http://napr.gov.ge/.

19. *Цивільний* кодекс Республіки Молдова. від 06.06.2002 р. – http://www.mdi.gov.md/.

20. *Покровский И. А.* Основные проблемы гражданского права. – М., 1998. – 353 с.

21. *Маттеи У., Суханов Е. А.* – Основные положения права собственности. – М., 1999. – 384 с.

22. *Фоков А. П.* Современные проблемы права собственности в России и Германии // Юрист. – 2003. – № 6. – С. 20–25.

This article was devoted to consideration of questions about maintenance and features of the legal adjusting of neighbourliness relations. Positions of legislation, that regulate given relations, are normatively set limitations concerning realization of rights to earth, which are on aim to secure defence of interests of proprietors of neighbouring domains from the possible violations in case of use of lot lands. In the field of neighbourliness relations it is possible to select two the main thing directions of the right adjusting: 1) relations concerning differentiation of contiguous domains; 2) relations concerning realization of mediated influences on the neighbouring lot lands, not which unconnected with the direct violation of their lines.

Эта статья посвящена рассмотрению вопросов о содержании и особенностях правового регулирования отношений добрососедства. Положения законодательства, которые регулируют данные отношения, являются нормативно установленными ограничениями относительно осуществления прав на землю, которые имеют целью обеспечить защиту интересов владельцев (землепользователей) соседних владений от возможных нарушений при использовании земельных участков. В сфере отношений добрососедства можно выделить два основных направления правового регулирования: 1) отношения относительно разграничения смежных владений; 2) отношения относительно осуществления опосредствованных влияний на соседние земельные участки, которые не связаны с нарушением их границ.

ПОНЯТТЯ ТА СПЕЦИФІКА ПРАВОВОГО РЕЖИМУ ЗЕМЕЛЬ, НАДАНИХ ДЛЯ КОРИСТУВАННЯ НАДРАМИ

Наталія Барабаш,
аспірантка Львівського національного університету ім. Івана Франка

Статтю присвячено всебічному дослідженню загальних рис і особливостей правового режиму земель, наданих для користування надрами. У результаті проведеного дослідження сформульоване поняття правового режиму цих земель, визначено місце даних земель у складі земель України, проведено аналіз норм земельного законодавства та законодавства про надра. Обґрунтовано необхідність удосконалення чинного земельного законодавства.

Ключові слова: категорія земель, вид земель, підвид земель, землі, надані для користування надрами, надра, правовий режим.

Специфіка правового режиму земель, наданих для користування надрами, особливі умови повернення цих земель у господарський обіг зумовили необхідність більш детального дослідження проблем правового регулювання відносин, які виникають у процесі їх використання. Слід зазначити, що землі, які надаються для потреб, пов'язаних з користуванням надрами, не виділені земельним законодавством ні в самостійну категорію земель, ні навіть в окремий вид земель у складі земель промисловості, транспорту, зв'язку, енергетики, оборони й іншого призначення (в земельно-правовій доктрині ця категорія відома під назвою «землі спеціального призначення»). Вони є підвидом земель промисловості.

Дослідженню проблем правового режиму земель, які надаються для потреб, пов'язаних з користуванням надрами, приділяли увагу такі науковці, як Г. Башмаков, Є. Галіновська, Р. Гусєв, Ю. Жаріков, Н. Краснов, О. Крассов, Б. Лісковець, В. Петров, Н. Сиродоєв, А. Шеремет та ін. Деякі вчені, зокрема С. Боголюбов, Б. Єрофєєв, О. Тріфонов, М. Шульга та ін. розглядають питання правового регулювання використання й охорони земель, наданих для користування надрами, в межах правового режиму земель промисловості. Однак комплексне дослідження цієї проблеми в українській юридичній літературі на цей час відсутнє.

Метою цієї статті є формулювання поняття «правовий режим земель, наданих для користування надрами», а також виокремлення загальних та особливих ознак правового режиму цих земель на підставі аналізу норм земельного й іншого законодавства України та спеціальної літератури.

З огляду на те, що землі, надані для користування надрами, здебільшого належать до земель промисловості, транспорту, зв'язку, енергетики, оборони й іншого призначення (далі – землі спеціального призначення), на них поширюються загальні положення правового режиму цієї категорії земель. Правове регулювання використання зазначених земель характеризується також певними особливостями, що зумовлені своєрідністю їх цільового призначення. Наявність загальних та особливих ознак правового режиму земель, наданих для користування надрами, й є специфікою правового режиму цих земель.

У земельно-правовій літературі досить детально визначені характерні ознаки земель спеціального призначення, спільні для всіх видів земель зазначеної категорії. Так, землі спеціального призначення в межах основного цільового призначення використовуються для різних конкретних цілей. Перелік таких цілей у чинному законодавстві не є вичерпним. Пояснюється це тим, що окремі галузі виробничої й іншої діяльності, які потребують відповідних земельних ділянок і закріплення порядку їх використання, формуються та розвиваються, що породжує необхідність появи нових видів і різновидів земель спеціального призначення [1, с. 235; 2, с. 455]. Незважаючи на це, загальною ознакою, яка дозволяє об'єднати їх в одну категорію, є те, що вони використовуються чи призначені для спеціальних цілей, в основному несільськогосподарського характеру. Вони є просторово-операційним базисом для розміщення

© Н. Барабаш, 2009

об'єктів і споруд різного господарського призначення та не є засобом виробництва у сільському господарстві. Разом із тим зазначимо, що чинне земельне законодавство не забороняє надавати тимчасово не використовувані землі спеціального призначення сільськогосподарським підприємствам і громадянам в оренду.

Основною ознакою правового режиму земель спеціального призначення є забезпечення раціонального екологічно збалансованого використання землі при експлуатації різних несільськогосподарських об'єктів [1, с. 236; 2, с. 456]. Полягає це в тому, що:

• при відведенні зазначених земель має бути забезпечена максимальна економія земельних площ під відповідні несільськогосподарські об'єкти, яка досягається шляхом визначення розмірів земельних ділянок, що надаються для промислових потреб, транспорту, зв'язку, енергетики, оборони й іншого призначення, відповідно до затверджених в установленому порядку державних норм і проектної документації; відведення вказаних земельних ділянок з урахуванням черговості їх освоєння (тобто в міру розміщення і забудови різних виробничих та інших об'єктів із наступним використанням за цільовим призначенням);

• при організації території підприємства повинно забезпечуватися раціональне розміщення елементів відповідного об'єкта;

• кожний суб'єкт використання земель спеціального призначення зобов'язаний здійснювати їх благоустрій, озеленення й інші заходи.

Ще однією характерною ознакою зазначених земель є те, що у територіальному плані ці землі, на відміну, наприклад, від земель лісогосподарського призначення чи водного фонду, не є єдиним і значним за площею земельним масивом, а розташовуються в межах земель інших категорій [3, с. 120]. Тому їх формування як самостійної категорії земель здійснюється значною мірою за рахунок вилучення або викупу із земель сільськогосподарського призначення.

Слід зазначити, що з метою охорони земель сільськогосподарського призначення в земельному законодавстві встановлені обмеження на вилучення або викуп цих земель для переведення їх до складу земель промисловості, транспорту, зв'язку, енергетики, оборони й іншого призначення. Так, відповідно до ст. 23 Земельного кодексу (далі – ЗК) України для будівництва промислових підприємств, об'єктів житлово-комунального господарства, залізниць і автомобільних шляхів, ліній електропередачі та зв'язку, магістральних трубопроводів, а також для інших потреб, не пов'язаних з веденням сільськогосподарського виробництва, надаються переважно несільськогосподарські угіддя або сільськогосподарські угіддя гіршої якості.

Характерним для земель спеціального призначення є встановлення у багатьох випадках зон з особливими умовами використання земель (охоронні зони, санітарно-захисні зони тощо). Зазначені зони – це просторові розриви, що характеризуються певними параметрами і найчастіше зайняті багаторічними насадженнями. Вони встановлюються з метою: зменшення негативного впливу діяльності об'єктів, розташованих на відповідних земельних ділянках, на людей і довкілля, суміжні землі й інші природні об'єкти; забезпечення нормальних умов для експлуатації та функціонування об'єктів на землях промисловості, транспорту, зв'язку, енергетики, оборони й іншого призначення (статті 112–115 ЗК України).

Суб'єктами прав на землі спеціального призначення є переважно підприємства, установи й організації, тобто юридичні особи. Однак чинне земельне законодавство не містить положень, які б забороняли фізичним особам набувати земельні ділянки для зайняття господарською діяльністю в окремих видах промисловості, транспорту, зв'язку та в інших сферах виробництва або надання відповідних послуг.

Використання зазначених земель здійснюється, як правило, на титулі права постійного користування або на умовах оренди. Не виключається і використання цих земель як юридичними, так і фізичними особами на титулі права власності.

Загальною ознакою правового режиму земель спеціального призначення є також відшкодування збитків власникам землі та землекористувачам і втрат сільськогосподарського та лісогосподарського виробництва при вилученні (викупі) сільськогосподарських угідь, лісових земель і чагарників для спеціальних потреб.

Відповідно до ч. 2 ст. 65 ЗК України порядок використання земель промисловості, транспорту, зв'язку, енергетики, оборони й іншого призначення встановлюється законом. На сьогодні склад кожного із видів земель спеціального призначення, особливості їх використання визначені нормативними приписами, що зосереджені в ЗК України та деяких інших нормативних актах. Так, Закон України «Про використання земель оборони» регулює відносини використання земель оборони. Питання використання земель транс-

порту врегульовано Законом України «Про транспорт», який визначає, які землі належать до земель транспорту та його конкретного різновиду, а також особливості правового режиму відповідних земель. Земельні відносини, що виникають при використанні надр, регулюються ЗК України, а також нормативно-правовими актами про надра, зокрема: Кодексом України про надра (далі – КУпН), Положенням про надання гірничих відводів, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 27.01.1995 р. № 59.

Крім викладених загальних ознак правового режиму земель спеціального призначення, правовому режиму земель, наданих для користування надрами, притаманні певні особливості. Важливою особливістю правового режиму земель, наданих для користування надрами, є те, що користування цими землями тісно пов'язане з правовим режимом надр, порядком їх надання, використання й охорони. Тому і правовий режим цих земель визначається не лише нормами земельного законодавства, а й нормами законодавства про надра.

Стаття 14 КУпН визначає види користування надрами. Визначаючи в ч. 4 ст. 66 ЗК України особливі умови надання земельних ділянок для потреб, пов'язаних з користуванням надрами, законодавець тим самим відносить ці землі до земель промисловості.

Добуванню корисних копалин, будівництву підземних складів, тунелів і іншим способам використання корисних властивостей надр передує значна робота з виявлення відповідної ділянки підземного простору та детального її вивчення (геологічне вивчення надр). Геологічне вивчення надр здійснюється з метою отримання даних про геологічну будову надр, процеси, які відбуваються в них, виявлення й оцінки корисних копалин, вивчення закономірностей їх формування та розміщення, з'ясування гірничотехнічних та інших умов розробки родовищ корисних копалин і використання надр для цілей, не пов'язаних з видобуванням корисних копалин. Цілі, на досягнення яких спрямоване геологічне вивчення надр, можна об'єднати в такі основні групи: накопичування відомостей про нашу планету; пошук основного багатства надр – корисних копалин; знаходження зручних місць для розташування об'єктів людської діяльності під земною поверхнею [4, с. 48–49].

Розвідуванням родовищ корисних копалин (одна із цілей геологічного вивчення надр) і їх видобуванням з надр землі займається така галузь промисловості, як гірнича (гірничодобувна) промисловість. Тому до земель гірничодобувної промисловості належать землі, надані для розвідування родовищ корисних копалин, і землі, надані для добування корисних копалин. Ці землі є складовою частиною земель, наданих для користування надрами, і належать до земель промисловості. Однак, крім геологічного вивчення надр з метою виявлення й оцінки корисних копалин, їх видобування, існують інші види користування надрами, використання яких також нерозривно пов'язане з використанням землі. Землі для таких цілей є окремими видами земель, наданих для користування надрами. Ці види земель (землі для геологічного вивчення з метою знаходження зручних місць для розташування об'єктів людської діяльності під земною поверхнею; землі для будівництва й експлуатації споруд, не пов'язаних з видобуванням корисних копалин і т. д.) у ЗК України не згадуються й їх не можна віднести до земель промисловості.

Таким чином, землі, надані для користування надрами, необхідно виділити із земель промисловості в окремий самостійний вид такої категорії земель, як землі промисловості, транспорту, зв'язку, енергетики, оборони й іншого призначення. Оскільки у ЗК України кожному виду земель даної категорії присвячена окрема стаття, то зазначений Кодекс слід доповнити новою статтею, яка б визначала поняття «землі, надані для користування надрами», їх склад, порядок надання земель, правове регулювання використання й охорони земель, наданих для користування надрами.

Надання земельних ділянок для користування надрами здійснюється у порядку, встановленому земельним законодавством України. Так, нормами ЗК України (ч. 4 ст. 66) визначені особливі умови надання земельних ділянок для потреб, пов'язаних з користуванням надрами. Зазначені земельні ділянки надаються, по-перше, після оформлення в установленому порядку прав користування надрами; по-друге, після відновлення земель згідно із затвердженим проектом рекультивації на раніше відпрацьованих площах у встановлені строки.

Надра надаються у користування підприємствам, установам, організаціям і громадянам лише за наявності у них спеціального дозволу на користування ділянкою надр. Право на користування надрами засвідчується актом про надання гірничого відводу. Без надання гірничого відводу чи спеціального дозволу користування надрами здійснюється у випадках, передбачених КУпН.

Отже, однією з умов надання земельних ділянок для користування надрами є отриман-

ня спеціальних дозволів на користування надрами чи гірничих відводів. Зазначена умова передбачена також ст. 18 КУпН.

Визначаючи правовий режим земель, наданих для користування надрами, слід звернути увагу на таку обставину: оскільки підставою для надання земельної ділянки для користування надрами є наявність спеціального дозволу або гірничого відводу, то право користування земельною ділянкою зберігається до тих пір, поки є спеціальний дозвіл і зберігається право на гірничий відвід. Втрата права на спеціальний дозвіл або на гірничий відвід автоматично припиняє і право користування наданою для цієї мети земельною ділянкою. Однак припинення права на земельну ділянку не тягне за собою припинення права користування надрами. У зв'язку з цим необхідно ст. 141 ЗК України доповнити новим пунктом у такій редакції: «е) втрата права на спеціальний дозвіл або на гірничий відвід».

Чинним законодавством визначається не лише порядок надання земельних ділянок для потреб, пов'язаних з користуванням надрами, а й порядок їх використання. Такі ділянки мають два різні правові режими. По-перше, законодавство виділяє правовий режим земельних ділянок, які надані для постійного використання надр. По-друге, допускається тимчасове використання земельних ділянок для геологорозвідувальних робіт (ст. 97 ЗК України).

Встановлення положення про надання земельних ділянок для цілей промислового надрокористування та використання таких ділянок у межах категорії земель спеціального призначення (точніше – в межах земель промисловості) необхідно відрізняти від реалізації особами, які володіють правами на земельні ділянки, права загального надрокористування (стаття 23 КУпН), яке може здійснюватися на землях практично всіх категорій.

Землевласниками та землекористувачами земель, наданих для користування надрами, є користувачі надр, тобто суб'єкти права користування надрами. Відповідно до ст. 13 КУпН користувачами надр можуть бути підприємства, установи, організації, громадяни України, а також іноземні юридичні особи та громадяни. Надра надаються у користування зазначеним користувачам надр за наявності в них спеціального дозволу на користування надрами. Спеціальні дозволи на користування надрами у межах конкретних ділянок надаються спеціалізованим підприємствам, установам і організаціям, а також громадянам, які мають відповідну кваліфікацію, матеріально-технічні й економічні можливості для користування надрами.

Громадяни й юридичні особи можуть використовувати надра в порядку загального природокористування. Так, власники землі та землекористувачі в межах наданих їм земельних ділянок мають право без спеціальних дозволів і гірничого відводу видобувати корисні копалини місцевого значення, торф, прісні підземні води та використовувати надра для інших цілей. Видобуток таких корисних копалин здійснюється при дотриманні таких умов: відкритим способом, без застосування спеціальних технічних засобів (корисні копалини місцевого значення та торф), загальною глибиною розробки до двох метрів (корисні копалини місцевого значення та торф) і до 20 метрів (прісні підземні води) та лише для задоволення своїх господарських і побутових потреб. Користування надрами для інших цілей також здійснюється за умови, що вони використовуються для господарських і побутових потреб.

До особливостей правового режиму земель, наданих для користування надрами, відносяться також спеціальні вимоги стосовно забудови площ залягання корисних копалин загальнодержавного значення. Вони полягають у тому, що:

- забороняється проектування та будівництво населених пунктів, промислових комплексів та інших об'єктів без попереднього геологічного вивчення ділянок надр, що підлягають забудові;
- забудова площ залягання корисних копалин загальнодержавного значення, а також будівництво на ділянках їх залягання споруд, не пов'язаних з видобуванням корисних копалин, допускається у виняткових випадках лише за погодженням з відповідними територіальними геологічними підприємствами й органами державного гірничого нагляду та за умови забезпечення можливості видобування з надр корисних копалин;
- забудова площ залягання корисних копалин з порушенням установленого порядку припиняється без відшкодування понесених витрат і витрат з рекультивації території та демонтажу зведених об'єктів. Порядок забудови площ залягання корисних копалин загальнодержавного значення встановлений постановою Кабінету Міністрів України «Про затвердження Положення про порядок забудови площ залягання корисних копалин загальнодержавного значення» від 17.01.1995 р. № 33. Забудова площ залягання корисних копалин місцевого значення, а також розміщення на ділянках їх залягання підземних

споруд, не пов'язаних з видобуванням корисних копалин, допускаються за погодженням з відповідними місцевими радами.

Особливістю правового режиму земель, наданих для користування надрами, є вимога привести земельні ділянки, порушені при користуванні надрами, в стан, придатний для подальшого їх використання у суспільному виробництві. Аналогічний обов'язок передбачений і нормами ЗК України. Так, підприємства, установи й організації, які проводять розвідувальні роботи, зобов'язані за свій рахунок приводити займані земельні ділянки у попередній стан (ч. 4 ст. 97 ЗК України). Також нормативними приписами земельного законодавства передбачено, що землі, порушені в процесі надрокористування, підлягають рекультивації. *Рекультивація порушених земель* – це комплекс організаційних, технічних і біотехнологічних заходів, спрямованих на відновлення ґрунтового покриву, поліпшення стану та продуктивності порушених земель.

Згідно із ст. 52 Закону України «Про охорону земель» при проведенні гірничодобувних, геологорозвідувальних, будівельних та інших робіт, пов'язаних з порушенням ґрунтового покриву, відокремлена ґрунтова маса підлягає зняттю, складуванню, збереженню та перенесенню на порушені або малопродуктивні земельні ділянки відповідно до робочих проектів з рекультивації порушених земель і підвищення родючості ґрунтів. При знятті ґрунтового покриву здійснюється пошарове зняття та роздільне складування верхнього, найбільш родючого, шару ґрунту та інших прошарків ґрунту відповідно до структури ґрунтового профілю, а також материнської породи. Рекультивація земельних ділянок здійснюється шляхом пошарового нанесення на малопродуктивні земельні ділянки або ділянки без ґрунтового покриву знятої ґрунтової маси, а в разі потреби – і материнської породи в порядку, який забезпечує найбільшу продуктивність рекультивованих земель.

Отже, особливості правового режиму земель, наданих для користування надрами, полягають у тому, що для них встановлений особливий порядок надання, використання й охорони.

Беручи до уваги наявність загальних ознак та особливостей правового режиму земель, наданих для користування надрами, визначимо поняття «правовий режим» цих земель як встановлений нормами земельного законодавства та законодавства про надра специфічний порядок регулювання відносин з приводу надання, використання й охорони земель, наданих для користування надрами.

Специфічність відносин щодо використання земель для потреб, пов'язаних з користуванням надрами, зумовлює необхідність формування такого самостійного правового інституту, як правовий режим земель, наданих для користування надрами. При дослідженні цього інституту виникає низка проблем. Порушені нами в межах статті проблеми використання зазначених земель є лише частиною правових питань, які виникають при дослідженні правового режиму земель, наданих для користування надрами. Виявлення, аналіз і пошук шляхів їх вирішення з метою вдосконалення земельного законодавства та законодавства про надра є перспективним напрямом подальшого наукового дослідження.

Література

1. *Земельний* кодекс України: Наук.-практ. коментар / В. І. Андрейцев, Г. І. Балюк, А. П. Гетьман та ін.; За ред. В. І. Семчика. – К., 2007. – 896 с.

2. *Семчик В. І., Кулинич П. Ф., Шульга М. В.* Земельне право України. – К., 2008. – 600 с.

3. *Коган М. Е.* Право государственной собственности на недра земли в СССР: Дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1953. – 151 с.

4. *Башмаков Г. С.* Право пользования недрами в СССР. – М., 1974. – 156 с.

The article is devoted to the comprehensive research of general features and peculiarities of the legal mode of the lands, given for the bowels of the earth use. As a result of the conducted research the concept of the legal mode of the lands is formulated. The place of these lands is defined in the lands composition of Ukraine. The analysis of norms of the land legislation and the bowels of the earth legislation is conducted. The necessity of the current land legislation improvement is grounded.

Статья посвящена всестороннему исследованию общих черт и особенностей правового режима земель, предоставленных для пользования недрами. В результате проведенного исследования сформулировано понятие правового режима этих земель, определено место данных земель в составе земель Украины, проведен анализ норм земельного законодательства и законодательства о недрах. Обоснованно необходимость усовершенствования действующего земельного законодательства.

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ОХОРОНИ ЗЕМЕЛЬ: стан та перспективи

Володимир Кудінов,
здобувач Національного університету біоресурсів і природокористування, м. Київ

У статті визначено стан правового регулювання охорони земель, запропоновані шляхи його вдосконалення.

Ключові слова: охорона земель, правове регулювання охорони земель, раціональне використання земель, земельна реформа в Україні.

Одним із найбільш дієвих та ефективних різновидів соціального регулювання є правове регулювання. Саме завдяки йому найважливіші суспільні відносини набувають чіткої правової регламентації, що в кінцевому результаті забезпечує їх упорядкування, охорону та розвиток.

Серед дослідників правових засад земельної реформи в Україні слід відмітити таких, як В. Андрейцев, А. Арнаут, Г. Балюк, А. Бобкова, Г. Волков, А. Гетьман, О. Глотова, А. Голіченков, В. Гуревський, О. Заєць, Л. Заставська, І. Каракаш, Т. Коваленко, Т. Ковальчук, П. Кулинич, В. Мунтян, В. Носік, О. Погрібний, С. Размєтаєв, В. Семчик, Н. Титова, В. Федорович, Ю. Шемшученко, М. Шульга, В. Ярчук та ін. Однак у їх роботах порушувалися важливі, але лише деякі засади цього явища правової дійсності. Саме тому потребує більш детального розгляду такий напрям земельної реформи, як охорона земель, що і зумовлює актуальність обраної теми.

Відповідно до Постанови Верховної Ради УРСР «Про земельну реформу» від 18.12.1990 р. завданням земельної реформи є перерозподіл земель із одночасною передачею їх у приватну та колективну власність, а також у користування підприємствам, установам і організаціям з метою створення умов для рівноправного розвитку різних форм господарювання на землі, формування багатоукладної економіки, раціонального використання й охорони земель.

Виконані лише ті заходи у земельному реформуванні, які не вимагали суттєвих бюджетних коштів: роздержавлення земель і передача їх у власність недержавним сільськогосподарським підприємствам та організаціям; проведення грошової оцінки сільськогосподарських і несільськогосподарських земель; розподіл земель колективної власності на земельні частки (паї); видача громадянам сертифікатів на право на земельну частку (пай) і державних актів на право власності на землю [1, с. 41]. Отже, перший напрям земельної реформи – рівноправний розвиток різних форм господарювання на землі знайшов доволі потужне правове забезпечення в законодавстві України.

Наступні вектори земельної реформи в Україні – раціональне використання й охорона земель також мають необхідну правову базу. Зокрема, цим питанням присвячується увага в таких нормативно-правових актах, як закони України «Про меліорацію земель», «Про охорону земель» від 19.06.2003 р., «Про особисте селянське господарство» від 15.05.2003 р., «Про державний контроль за використанням та охороною земель» від 19.06.2003 р., «Про оцінку земель» від 11.12.2003 р., «Про землеустрій» від 22.05.2003 р., «Про порядок виділення в натурі (на місцевості) земельних ділянок власникам земельних часток (паїв)» від 05.06.2003 р., «Про іпотеку» від 05.06.2003 р., «Про розмежування земель державної та комунальної власності» від 05.02.2004 р., «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень» від 01.07.2004 р., «Про захист конституційних прав громадян на землю» від 20.01.2005 р., постанова Кабінету Міністрів України «Про Комплексну програму захисту від шкідливої дії вод сільських населених пунктів і сільськогосподарських угідь в Україні у 2001–2005 роках та прогноз до 2010 року» від 26.07.2000 р. тощо.

Основним законом, що визначає правові, економічні та соціальні основи охорони земель із метою забезпечення їх раціонального використання, відтворення та підвищення родючості ґрунтів, інших корисних властивостей землі, збереження екологічних функцій ґрунтового покриву й охорони довкілля є Закон України «Про охорону земель». У статті 1 цього Закону дається дефініція охорони земель як система правових, організаційних, економічних, технологічних та інших за-

© В. Кудінов, 2009

ходів, спрямованих на раціональне використання земель, запобігання необґрунтованому вилученню земель сільськогосподарського призначення для несільськогосподарських потреб, захист від шкідливого антропогенного впливу, відтворення та підвищення родючості ґрунтів, підвищення продуктивності земель лісового фонду, забезпечення особливого режиму використання земель природоохоронного, оздоровчого, рекреаційного й історико-культурного призначення.

У Земельному кодексі (далі – ЗК) України охорона земель визначається як система правових, організаційних, економічних та інших заходів, спрямованих на раціональне використання земель, запобігання необґрунтованому вилученню земель сільськогосподарського призначення, захист від шкідливого антропогенного впливу, відтворення та підвищення родючості ґрунтів, підвищення продуктивності земель лісового фонду, забезпечення особливого режиму використання земель природоохоронного, оздоровчого, рекреаційного й історико-культурного призначення (ст. 162).

Таким чином, одним із напрямів охорони земель є їх раціональне використання. Саме тому вважаємо за доцільне враховувати зазначене при розгляді правового регулювання таких векторів земельної реформи, як раціональне використання й охорона земель, досліджуючи у цілому останнє. Слід зазначити, що саме цей вектор земельної реформи не знаходить необхідної державної підтримки. Так, на думку деяких дослідників, земельна реформа здійснювалася в умовах недостатнього фінансування державою її заходів, а також супутніх програм, у тому числі тих, що мають природоохоронний характер, торкаються розвитку земельного кадастру, моніторингу земель, землеустрою, проведення вишукувань і розвідувань земельного фонду. Проблема охорони земель держави в останні роки трансформувалася в одну із невирішених проблем безпеки держави. Припинилося виконання робіт з охорони земельного фонду, третина сільськогосподарських угідь продовжує піддаватися дії ерозії [1, с. 41].

Негативно на охорону земель впливає також невідповідність і неоднозначність закріплених нормативно-правовими актами заходів у цій сфері. Так, відповідно до Закону України «Про охорону земель» система заходів у галузі охорони земель передбачає:

- державну комплексну систему спостережень;
- розроблення загальнодержавних і регіональних (республіканських) програм використання й охорони земель, документації із землеустрою у сфері охорони земель;
- створення екологічної мережі;
- здійснення природо-сільськогосподарського, еколого-економічного, протиерозійного й інших видів районування (зонування) земель;
- економічне стимулювання впровадження заходів щодо охорони та використання земель, підвищення родючості ґрунтів;
- стандартизацію та нормування.

У той самий час відповідно до ст. 164 ЗК України охорона земель включає:

- обґрунтування та забезпечення досягнення раціонального землекористування;
- захист сільськогосподарських угідь, лісових земель і чагарників від необґрунтованого їх вилучення для інших потреб;
- захист земель від ерозії, селів, підтоплення, заболочування, вторинного засолення, пересушення, ущільнення, забруднення відходами виробництва, хімічними та радіоактивними речовинами, від інших несприятливих природних і техногенних процесів;
- збереження природних водно-болотних угідь;
- попередження погіршення естетичного стану й екологічної ролі антропогенних ландшафтів;
- консервацію деградованих і малопродуктивних сільськогосподарських угідь.

Не менш важливою та дискусійною є ст. 56 Закону України «Про охорону земель», в якій визначені умови, види, суб'єкти, особливості юридичної відповідальності за порушення законодавства України про охорону земель, а саме:

- юридичні та фізичні особи, винні в порушенні законодавства України про охорону земель, несуть відповідальність згідно із законом;
- застосування заходів дисциплінарної, цивільно-правової, адміністративної або кримінальної відповідальності не звільняє винних від відшкодування шкоди, заподіяної земельним ресурсам;
- шкода, заподіяна внаслідок порушення законодавства України про охорону земель, підлягає відшкодуванню в повному обсязі.

Отже, виникає ряд запитань. *По-перше,* юридичні та фізичні особи несуть відповідальність лише за умови, якщо винні в порушенні законодавства України про охорону земель. Законом України «Про охорону земель» чітко визначено, що є охороною земель. У той самий час у п. 2 ст. 56 зазначеного Закону закріплюється, що відповідальність можлива за завдання шкоди земельним ресурсам. Та чи тотожні поняття «земля» та «земельні ресурси»? Доволі спірно, оскільки у цьому ж Законі також дефінітивно закріплено, що земельні ресурси – це сукупний природний ресурс поверхні суші як просторового базису розселення та господарської діяльності, ос-

новний засіб виробництва в сільському та лісовому господарстві. Таким чином, останні є лише складовою частиною земель, що значно звужує об'єкт правопорушення й ускладнює правореалізацію. *По-друге,* відшкодування шкоди у разі нераціонального землекористування чи вилучення земель, безумовно, можливе. Та чи можливе відшкодування в повному обсязі за умов забруднення відходами виробництва, хімічними та радіоактивними речовинами?

Крім того, у чинному ЗК України виокремлюється охорона земель (ст. 167) і охорона ґрунтів (ст. 168). Зокрема, ст. 167 ЗК України присвячена охороні земель, а також ґрунтів від забруднення небезпечними речовинами, а у ст. 168 ідеться про охорону ґрунтів земельних ділянок. Таким чином, у зазначених статтях також різні об'єкти охорони.

Статтею 211 ЗК України визначена відповідальність за порушення земельного законодавства. Аналіз зазначеної статті дозволяє дійти висновку також про можливість неоднозначного трактування. Зокрема, у п. 3 ст. 211 ЗК України закріплено, що громадяни й юридичні особи несуть цивільну, адміністративну або кримінальну відповідальність за «забруднення хімічними та радіоактивними речовинами і стічними водами, засмічення промисловими, побутовими та іншими відходами». Хоча ст. 164 ЗК України охорона земель передбачає виключно захист земель від «забруднення відходами виробництва, хімічними та радіоактивними речовинами та від інших несприятливих природних і техногенних процесів». Чи є відмінність між «забрудненням» і «засміченням»? Чи доречно розрізняти ці поняття? Тим більше, що є законодавче визначення лише «забруднення ґрунтів», а не земель.

Контент- та івент-аналіз статей Кримінального кодексу (далі – КК) України та Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП) дозволяє стверджувати, що за порушення земельного законодавства правопорушники здебільшого несуть адміністративну відповідальність. Більше того, тривалий час кримінальне законодавство України не містило спеціальної норми щодо кримінально-правової охорони землі. За порушення якісного стану землі передбачалася лише адміністративна відповідальність (ст. 52 КУпАП). Лише після прийняття нового КК України було виокремлено розділ VIII Особливої частини КК України «Злочини проти довкілля», де встановлено кримінальну відповідальність за злочинні посягання проти навколишнього природного середовища, та включено ст. 239 «Забруднення або псування земель».

Отже, зберігаючи адміністративну відповідальність за псування і забруднення сільськогосподарських та інших земель, законодавець передбачив і кримінальну відповідальність за такі ж діяння за більш небезпечних умов їх вчинення.

Зазначена конкуренція статей чинного КК України та КУпАП «передбачає можливість правозастосовувача вирішувати питання про віднесення того чи іншого протиправного діяння чи до адміністративних проступків, чи до злочинів, що, у принципі, є неприпустимим і це суперечить положенням п. 22 ч. 1 ст. 92 Конституції України» [2, с. 6].

Ми поділяємо пропозицію А. Шульги про достатню наявність соціально-правових умов і підстав для введення до національного кримінального права окремої норми про кримінальну відповідальність за забруднення або псування земель, а також про те, що ефективна протидія цьому негативному явищу неможлива без встановлення кримінальної відповідальності за вказані діяння [3, с. 7], але здебільшого в наукових джерелах зазначається, що вказана кримінально-правова норма виявилася дещо складною та суперечливою для її сприйняття і практичного застосування, її зміст потребує відповідного теоретичного осмислення, розроблення рекомендацій щодо її вдосконалення з метою більш ефективного застосування у слідчо-судовій практиці [3, с. 7].

Унікальні природно-біологічні умови степової зони півдня України, наявність 1,5 млн га зрошуваних земель, значний матеріально-технічний потенціал водогосподарського комплексу дозволяють вирощувати різні сільськогосподарські культури з високими виробничими й економічними показниками [4, с. 59]. Разом із тим аналіз структури посівних площ в Автономній Республіці Крим свідчить про значні порушення наукових основ землекористування, що також характерно і для інших областей півдня України [4, с. 59].

Отже, необхідність правового забезпечення курсу на демократичні перетворення в суспільстві та державі визначає реформування всієї правової системи України і, насамперед, її законодавства [5, с. 12].

Не тільки земельне законодавство, а й загалом вітчизняна система законодавства має суттєві недоліки. Зокрема, Ю. Шемшученко до недоліків законодавства України відносить: його безсистемний розвиток; внутрішню суперечливість при регулюванні тих чи інших суспільних відносин; неврегульованість багатьох суспільних відносин; диспропорції у співвідношенні між законами та підзаконними актами на користь останніх; недостатню наукову обґрунтованість, декларативність і безадресність законодавчих актів; відсутність у цих актах механізмів їх реалізації [6, с. 42].

Що стосується правового регулювання земельної реформи, то ми підтримуємо думку дослідників, які зазначають, що вітчизняна правотворча діяльність у реформуванні земельних відносин здійснювалася поквапливо, законодавчі положення були нечіткими, ґрунтувалися на пропозиціях, не перевірених практикою, тому часто змінювалися за змістом, характеризувалися непослідовністю. Пояснюється це тим, що земельна реформа, як правило, проводилася пошуковими методами, на її завершення відводився історично малий проміжок часу, що, у свою чергу, призвело до неврегульованості важливих питань і суперечливості законодавства [7, с. 64].

Схожу позицію обстоюють й інші фахівці земельного права, зазначаючи, що земельна реформа потребує поміркованих, виважених, вивірених і обґрунтованих дій. Проте у правовій сфері відбувається неочікувана, неупереджена самодіяльність у формуванні законодавчих та інших правових актів. Така спонтанність доводить до кризового стану законодавства, яке іноді набуває чинності в умовах здійснення реформи шляхом пошуків і помилок (ще й з оглядкою на суперечливі пропозиції окремих реформаторів, а також іноземних консультантів, які нерідко дуже далекі від інтересів українського селянства [1, с. 39].

Висновки

Незважаючи на значну кількість нормативно-правових актів, що регулюють суспільні відносини в умовах вітчизняної земельної реформи, земельне законодавство є недосконалим і потребує вдосконалення. Більше того, процес реформування земельних правовідносин незавершений, передусім у сфері охорони земель. Саме тому необхідні подальші дослідження позитивного зарубіжного досвіду землевпорядкування, зокрема європейських країн.

Література

1. *Новаковський Л., Будзілович І., Леонець В., Юрченко А.* Земельна реформа в Україні продовжується... (до 10-ї річниці) // Право України. – 2001. – № 1. – С. 37–42.

2. *Мельник Н., Хавронюк Н.* Сфера дозволенного сужается // Зеркало недели. – 2004. – № 38.

3. *Шульга А. М.* Кримінально-правова охорона земель від забруднення або псування: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2004. – 21 с.

4. *Миронов В.* Економіко-правова та екологічна охорона земель // Право України. – 2003. – № 8. – С. 59–61.

5. *Концепція* розвитку законодавства України на 1997–2005 роки. – К., 1997.

6. *Шемшученко Ю. С.* Теоретичні засади концепції розвитку законодавства України // Концепція розвитку законодавства України / За ред. В. Ф. Опришка. – К., 1996.

7. *Тонюк М. О.* Аналіз правових засад становлення ринку земель сільськогосподарського призначення в Україні // Землевпорядний вісник. – 2005. – № 3. – С. 63–68.

This scientific work is about legal bases of protection of lands and propose ways of their improvement.

В статье определено состояние правового регулирования охраны земель, предложены пути его совершенствования.

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ СПІВВІДНОШЕННЯ ЮРИДИЧНИХ ГАРАНТІЙ ПРАВА НА ВИКОРИСТАННЯ ПРИРОДНИХ РЕСУРСІВ

Марина Черкашина,
канд. юрид. наук,
асистентка кафедри екологічного права
Національної юридичної академії України ім. Ярослава Мудрого,
м. Харків

У статті аналізується категорія «правова гарантія», досліджується сутність юридичних гарантій права на використання природних ресурсів, а також проблема співвідношення юридичних гарантій суб'єктивного права, що розглядається, між собою та з деякими іншими правовими явищами.

Ключові слова: юридична (правова) гарантія, право на використання природних ресурсів, види та співвідношення юридичних гарантій права на використання природних ресурсів.

На сучасному етапі розвитку в Україні відбувається процес розширення обсягу прав суб'єктів у сфері природокористування. Цей процес зумовлений виникненням у них нових інтересів, охоронюваних законом, а також появою правових можливостей для реалізації суб'єктивного права на використання природних ресурсів. Одним із найбільш важливих засобів здійснення цього суб'єктивного права є юридичні гарантії.

Проблема юридичних гарантій прав і свобод в умовах сьогодення була й залишається однією з актуальних. Вона досліджувалася та продовжує вивчатись українськими вченими різних галузей права, представниками радянської та російської правової науки, серед яких С. Алексеєв, М. Краснова, І. Магновський, Н. Малеїн, П. Недбайло, В. Нерсесянц, В. Погорілко, П. Рабінович, Ю. Шемшученко, М. Шульга та ін. [1, с. 242–243; 2, с. 16; 3, с. 42; 4, с. 4; 5, с. 14; 6, с. 47; 7, с. 46; 8, с. 166; 9, с. 44–53; 10, с. 60; 11, с. 40; 12, с. 129; 13, с. 70–71; 14, с. 29; 15, с. 179; 16, с. 310, 313]. При цьому питання про гарантії пов'язується з необхідністю захисту прав і свобод громадянина в суспільстві, з формуванням механізму такого захисту, забезпеченням законності в діяльності державних органів, органів місцевого самоврядування. Разом із цим у цих працях бракує наукового дослідження проблем гарантування суб'єктивного права на використання природних ресурсів.

Метою цієї статті є загальнотеоретичний аналіз категорії «правова гарантія», дослідження сутності юридичних гарантій права на використання природних ресурсів, а також проблем співвідношення юридичних гарантій суб'єктивного права, що розглядається, між собою та з деякими іншими правовими явищами.

На думку С. Алексеєва, право – це багатобічне явище, покликане регулювати суспільні відносини. Розглядати його можна з різних сторін: як соціального феномена цивілізації, елемента культури, міри свободи та справедливості. Разом із цим право можна оцінювати й як засіб (інструмент) для вирішення практично значущих завдань суспільства, для задоволення інтересів людей [1, с. 242–243]. Цей підхід в юридичній науці називають інструментальним, у рамках якого досліджуються правові засоби. У загальному вигляді правові засоби – це всі ті юридичні інструменти, за допомогою яких задовольняються інтереси суб'єктів права, забезпечується досягнення поставлених цілей, які можуть бути різними, але врешті-решт вони зводяться до справедливої впорядкованості суспільних відносин. Правовими засобами є норми права, правозастосовчі акти, договори, юридичні факти, суб'єктивні права, юридичні обов'язки, заборони, пільги, заохочування, покарання тощо. Отже, основними характеристиками гарантій постають їх матеріальний зміст і функціональне призначення.

Правові засоби можуть збігатись, а можуть і не збігатися з явищами, які традиційно виділяються в юридичній науці. Але в усіх випадках ми маємо справу з «фрагментами» правової дійсності, що розглядаються під кутом зору їх функціональної ролі як інструментів юридичного впливу. Звідси випливає, що в юридичній літературі загального визна-

© М. Черкашина, 2009

чення юридичних гарантій та їх вичерпного переліку ми не знаходимо, виділяються лише ознаки, згідно з якими можна визнати правові явища засобами забезпечення прав, зокрема права на використання природних ресурсів.

За допомогою системи правових засобів здійснюється результативний, нормативно-організаційний вплив на суспільні відносини з метою їх упорядкування, охорони, розвитку відповідно до суспільних потреб, тобто теорії права – правове регулювання, яке має свій специфічний механізм [17, с. 256, 269]. Отже, потреба в різних юридичних засобах, що діють у механізмі правового регулювання, визначається різним характером руху інтересів суб'єктів. Таким чином, механізм правового регулювання – це система різних за своєю природою та функціями юридичних засобів, які дозволяють досягати його цілей (формальна ознака), а мета його полягає у забезпеченні безперешкодного руху інтересів суб'єктів до цінностей (змістовна ознака).

Слід зазначити, що кожній галузі права притаманний особливий юридичний режим регулювання. У науці є переконання про існування особливого юридичного інструментарію, властивого тій чи інший галузі права, її методу регулювання. Іншими словами, кожна галузь права має свій «набір» специфічних правових засобів регулювання [2, с. 13]. Не є винятком і природо-ресурсове право, норми якого містять всі ознаки суб'єктивних прав, механізму їх правового регулювання та гарантування, відомих теорії права.

Юридична гарантованість суб'єктивного права на використання природних ресурсів повинна ґрунтуватися та ґрунтується на принципах екологічного права (правові принципи можуть розглядатись як правові гарантії, що забезпечують реалізацію інших правових приписів). Статті 13, 14, 41 Конституції України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР (в ред. від 28.04.2009 р.) закріплюють гарантії реалізації й охорони права природокористування як власниками природних об'єктів, так і особами, які не мають їх на праві власності. У статті 3 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» від 25.06.1991 р. № 1264-XII (у редакції від 09.04.2009 р.) серед принципів екологічного права, на жаль, згадуються лише деякі з принципів права природокористування: пріоритетність вимог екологічної безпеки, обов'язковість дотримання екологічних стандартів, нормативів і лімітів використання природних ресурсів при здійсненні господарської, управлінської й іншої діяльності; безоплатність загального та платність спеціального використання природних ресурсів для господарської діяльності; вирішення питань охорони навколишнього природного середовища та використання природних ресурсів з урахуванням ступеня антропогенної змінності територій, сукупної дії факторів, що негативно впливають на екологічну обстановку. Не більше їх міститься і в проекті Екологічного кодексу України: раціональне використання природних ресурсів із урахуванням законів природи, потенційних можливостей довкілля, необхідності відновлення природних ресурсів і недопущення незворотних негативних наслідків для довкілля та здоров'я людини; врахування екологічного фактора в процесі приватизації господарських та інших об'єктів (ст. 5).

Що стосується питань співвідношення юридичних гарантій, то слід зазначити, що визначити конкретний правовий засіб як правову гарантію можна лише в рамках одного або кількох однорідних правовідносин, спрямованих на досягнення конкретного результату, яке має значення для учасника таких відносин. У будь-яких правовідносинах юридичні гарантії спрямовані на досягнення саме такого результату. Оскільки учасників може бути декілька, не виключено, що різними будуть і їх інтереси, отже, і гарантії можуть бути як однаковими, так і різними, навіть протилежними одна одній. Так, у сучасних умовах приватна власність на природні ресурси, зокрема на землю, є непорушною. Це випливає з Конституції України. Тоді яким чином можна погодитися з тим, що на сьогодні діє мораторій на продаж земельних ділянок. Яку гарантію треба приймати за основу (першу чи другу), яка з цих гарантій більш забезпечена? Якщо покласти в основу публічні інтереси, то, безумовно, мабуть, інтереси держави чи інтереси охорони навколишнього природного середовища мають переваги. Разом із тим (якщо виходити з того, що суб'єктивні права власника природних ресурсів все ж не забезпечуються у певному обсязі) виникає питання: яким чином співвідносяться ці дві гарантії?

Конституція України закріплює, що земля є основним національним багатством, яке перебуває під особливою охороною держави. Дійсно, право власності на землю гарантується. Це право набувається та реалізується громадянами, юридичними особами та державою відповідно до закону. Проте Конституція України також передбачає, що власність не повинна використовуватися на шкоду людині, інтересам суспільства. Отже, метою встановлення мораторію на продаж земель сільськогосподарського призначення було забезпечення публічних інтересів до набрання чинності законами України про державний земельний кадастр та про ринок земель. Чому цього досі не зроблено, які нега-

тивні наслідки має продовження дії мораторію, на жаль, не є питанням, що розглядається в цій статті.

Юридичні гарантії можуть поділятися на ті, що встановлюють загальну можливість здійснення права на використання природних ресурсів чи його конкретну реалізацію: *конституційні норми, закони екологічної спрямованості, природоресурсові закони.* Вважається справедливою практика, коли загальна норма природоресурсового закону повинна знаходити та знаходить свою деталізацію у *підзаконних актах,* зокрема постановах Кабінету Міністрів України, нормативних актах Міністерства охорони навколишнього природного середовища, державних комітетів України (із земельних ресурсів, лісового господарства України, по водному господарству, рибного господарства України, з промислової безпеки, охорони праці та гірничого нагляду). Ознакою сьогодення є також те, що окремі питання права на використання природних ресурсів (не як правозастосовчі акти) застосовуються органами державної виконавчої влади та місцевого самоврядування.

Також можна вести мову про *загальні юридичні гарантії права на використання природних ресурсів,* закріплені в нормативно-правових актах і спрямовані на забезпечення норм права, що регулюють питання, притаманні всім видам права користування природними ресурсами (наприклад, отримання спеціального дозволу на користування природним ресурсом), та *спеціальні,* які забезпечують виникнення, реалізацію, припинення прав щодо окремих видів природних об'єктів з урахуванням їх специфічних особливостей.

Аналіз співвідношення юридичних гарантій і заходів захисту свідчить, що природа заходів захисту як правових засобів, які виконують функції забезпечення в процесі правового регулювання, зумовлює актуальність питання їх співвідношення з правовими гарантіями. Спільність цих явищ у тому, що вони можуть бути спрямовані на задоволення як приватних, так і публічних інтересів. Не випадково проблема захисту саме публічних інтересів останнім часом дуже актуальна. Спільним є і призначення цих засобів. Заходи захисту та гарантії забезпечують можливість реалізації інших правових явищ. При цьому заходи захисту гарантують реалізацію суб'єктивного права у випадках, коли воно порушено або існує загроза його порушення. Правові гарантії забезпечують більш ширше коло правових явищ (обов'язки, законність, відповідальність тощо).

Що стосується співвідношення, наприклад, юридичних гарантій і державного примусу, то слід розмежовувати державний та правовий примус. *Державний примус* здійснюється як самостійне явище. *Правовий примус* є характеристикою права, отже, не може бути визначений як правова гарантія, оскільки гарантії – це не якості, а засоби права. Тому спостереження за процесами реалізації права дозволяє в деяких випадках розглядати діяльність механізму державного примусу як гарантію реалізації правових приписів.

Висновки

Зміст юридичних гарантій права на використання природних ресурсів полягає в тому, що вони виступають як спеціально-правовий засіб виникнення, реалізації, припинення, охорони та захисту прав власників і користувачів природних ресурсів. Кожна юридична гарантія займає певне місце в усій системі гарантій, які можуть і повинні бути різними, але врешті-решт вони зводяться до сталої впорядкованості суспільних відносин, що розглядаються. Безумовно, незаперечним є й положення про те, що кожній галузі права, у тому числі природоресурсовому, притаманна своя система правових гарантій.

Роль та значення юридичних гарантій можна правильно зрозуміти й оцінити, розглядаючи їх як частину цілого. Науковий підхід виключає будь-яку однобічність, недооцінку або переоцінку різних груп гарантій. Кожний вид гарантій має свою спрямованість і лише у сукупності вони можуть забезпечити виникнення, повну та всебічну реалізацію й захист права на використання природних ресурсів.

Неможливо створити вичерпний перелік правових гарантій, оскільки оцінка правового засобу в такій якості може здійснюватися лише в рамках одного або кількох однорідних правовідносин, спрямованих на досягнення певного значущого для учасника таких відносин результату. Залежно від завдань, що вирішуються, визначаються і правові засоби, які виконують роль основного інструментарію, а також засоби, що виконують допоміжну функцію, тобто гарантії у конкретному правовідношенні. Якщо ж виникає необхідність у реалізації правової гарантії, то вона стає основним змістом нового правовідношення, а її місце займає інша правова гарантія. Незмінною залишається лише форма зовнішнього закріплення того чи іншого правового засобу в нормативно-правовому приписі.

Оцінка співвідношення заходів захисту й юридичних гарантій свідчить, що всі заходи захисту є правовими гарантіями. Це стосується і заходів відповідальності, оскільки, незважаючи на різницю у наслідках застосування, їх функціональне призначення збігатиметься із заходами захисту. Крім того, заходи захисту оцінюються як правові засоби з

урахуванням можливих наслідків їх застосування. А юридичні гарантії набувають свою якість щодо конкретного правовідношення. Тому можна вести мову про деякий вичерпний перелік заходів захисту, що по відношенню до юридичних гарантій неможливо.

Література

1. *Алексеев С. С.* Восхождение к праву: Поиски и решения. – М., 2001. – 752 с.
2. *Алексеев С. С.* Правовые средства: постановка проблемы, понятие, классификация // Советское государство и право. – 1987. – № 6. – С. 12–19.
3. *Краснова М. В.* Право громадян на екологічну інформацію: проблеми гарантій реалізації та захисту // Право України. – 1997. – № 3. – С. 42–48.
4. *Краснова М. В.* Гарантії реалізації права громадян на екологічну інформацію: Автореф. ... канд. юрид. наук. – К., 1997. – 17 с.
5. *Магновський І. Й.* Гарантії прав і свобод людини та громадянина в праві України (теоретико-правовий аспект): Автореф. ... канд. юрид. наук. – К., 2003. – 20 с.
6. *Магновський І. Й.* Юридичні гарантії – правові засоби максимального здійснення прав і свобод особистості // Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності. – Д., 2002. – № 3. – С. 45–53.
7. *Малеин Н. С.* Повышение роли закона в охране личных и имущественных прав граждан // Советское государство и право. – 1974. – № 6. – С. 41–48.
8. *Малько А. В.* Теория государства и права в вопросах и ответах. – М., 1997. – 197 с.
9. *Недбайло П. Е.* Система юридических гарантий применения советских правовых норм // Правоведение. – 1971. – № 3. – С. 44–53.
10. *Нерсесянц В. С.* Система юридических гарантий прав и свобод граждан // Социалистическое правовое государство: концепция и пути реализации. – М., 1990.
11. *Погорілко В. Ф., Сірий М. І.* Права та свободи людини і громадянина в Україні. – К., 1997. – 52 с.
12. *Рабінович П. М.* Основи загальної теорії права та держави. – К., 2001. – 176 с.
13. *Чиркин В. Е.* Основы конституционного права. – М., 1996. – 185 с.
14. *Шемшученко Ю. С.* Правовые проблемы экологии. – К., 1989. – 231 с.
15. *Шульга М. В.* Актуальные правовые проблемы земельных отношений в современных условиях. – Х., 1998. – 224 с.
16. *Шульга М. В.* Актуальные проблемы правового регулирования земельных отношений в современных условиях: Дис. ... д-ра юрид. наук. – Х., 1998. – 394 с.
17. *Теория* государства и права / Под ред. В. М. Корельского, В. Д. Перевалова. – М., 1997. – 570 с.

The article is devoted to the analysis of the category «legal guarantee», research of essence of legal guarantees of environment use right, and also problems of correlation of legal guarantees of equitable right, that is examined between itself and with other legal phenomena.

В статье анализируется категория «правовая гарантия», исследуется сущность юридических гарантий права на использование природных ресурсов, а также проблема соотношения юридических гарантий рассматриваемого субъективного права между собой и с некоторыми другими правовыми явлениями.

ПРАВОВІ ПИТАННЯ ВИКОРИСТАННЯ ПЕСТИЦИДІВ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ США

Катерина Сакаджи,
аспірантка Національної юридичної академії України ім. Ярослава Мудрого, м. Харків

Для сільського господарства США актуальним є використання пестицидів, які виступають основним засобом захисту сільськогосподарських рослин.

У рамках законодавства США діють ефективні спеціалізовані нормативно-правові акти, які забезпечують регулювання відносин у сфері виробництва, реалізації, маркування, застосування та знищення пестицидів. На державному рівні у США створені спеціальні програми, метою яких є не лише забезпечення належного безпечного використання пестицидів, а й охорона навколишнього природного середовища.

Ключові слова: пестициди, «Федеральний інсектицидний, фунгіцидний та роденцидний Акт» (ФІФРА), Акт про реєстрацію пестицидів, Акт про застосування пестицидів, загальний стандартний іспит, спеціальний профільний іспит, ліцензія, сертифікат користувача, маркування пестицидів.

Проблема належного й ефективного правового регулювання застосування засобів захисту сільськогосподарських рослин в Україні досить актуальна. Ключове питання полягає в тому, яким саме чином має функціонувати закріплений на законодавчому рівні механізм застосування засобів захисту сільськогосподарських рослин. Досі майже нез'ясованими залишаються питання правового регулювання діяльності, пов'язаної з виробництвом і торгівлею пестицидами й агрохімікатами, правового забезпечення зберігання, транспортування, застосування, утилізації, знищення та знешкодження хімічних засобів захисту сільськогосподарських рослин, недостатньо врегульовані особливості сертифікації пестицидів і агрохімікатів відповідно до вимог державних стандартів, питання відповідальності за порушення законодавства про застосування пестицидів і агрохімікатів.

У рамках порушених питань проводились окремі наукові дослідження, в яких були проаналізовані основні проблемні питання належного правового регулювання застосування засобів захисту сільськогосподарських рослин. Серед них доцільно виділити публікації таких науковців, як Т. Руткевич щодо становлення законодавства, що регулює використання хімічних засобів захисту в сільському господарстві [1] та В. Висоцького відносно правових наслідків порушення законодавства про пестициди й агрохімікати [2]. Проте зазначені дослідження стосувалися правових питань застосування засобів захисту рослин за законодавством України та Республіки Білорусь, зважаючи на що розкриття порушених питань щодо інших країн, зокрема, Сполучених Штатів Америки має значну теоретичну та практичну цінність і наукову новизну.

Мета цієї статті – дослідження особливостей правового регулювання застосування засобів захисту сільськогосподарських рослин за законодавством США.

Слід зазначити, що використання пестицидів як головного засобу захисту сільськогосподарських рослин є досить характерним для сільського господарства США. Для проведення наукових досліджень у цій сфері створені спеціальні інститути та лабораторії, результатом діяльності яких є створення спеціальних програм, що забезпечують ефективність використання пестицидів. На законодавчому рівні у США діють нормативні акти, які безпосередньо регулюють порядок використання пестицидів. Яким чином здійснюється використання пестицидів, хто саме має право застосовувати пестициди?

Основним спеціалізованим нормативно-правовим актом США, який регулює відносини у сфері використання пестицидів, є так званий «Федеральний інсектицидний, фунгіцидний та роденцидний Акт» (далі – ФІФРА), прийнятий у 1947 р. Метою ФІФРА є регулювання відносин у сфері виробництва, зберігання, транспортування та застосування пестицидів. Для контролю за правильним функціонуванням ФІФРА у 1970 р. створено Американське агентство із захисту навколишнього середовища. Відповідно до норм ФІФРА для регулювання сфери державної реєстрації пестицидів, які реалізуються та застосовуються на території кожного штату, прийняті «Акт про реєстрацію пестицидів»

© К. Сакаджи, 2009

та «Акт про застосування пестицидів», що регулюють відносини у сфері ліцензування суб'єктів використання пестицидів [3, с. 5].

Згідно з положеннями ФІФРА поняття *«пестицид»* визначається як будь-яка хімічна речовина або частка речовини, яка призначена для попередження, захисту та знешкодження будь-яких шкідників рослин, та частка речовини (суміш), яку використовують як регулятор росту рослин. У свою чергу, існує поділ пестицидів на ті, що призначені для загального використання, та ті, що призначені для обмеженого використання. Сутність так званого загального використання полягає в тому, що пестициди цієї групи можуть застосовуватися будь-ким і стільки, скільки це необхідно. *Пестициди загального використання* при їх правильному застосуванні майже не впливають на навколишнє природне середовище, зумовлюють мінімальний ризик забруднення. Що стосується групи *пестицидів обмеженого використання,* то їх можуть застосовувати лише особи, які отримали відповідний сертифікат, що дозволяє використовувати пестициди для обмеженого використання. Пестициди цієї групи є токсичними та можуть завдати значної шкоди навколишньому природному середовищу у разі неправильного їх застосування.

У рамках положень Акта про реєстрацію пестицидів розглянемо різновиди суб'єктів, які мають право виробляти, реалізовувати та застосовувати пестициди. Існує чітко визначений перелік таких суб'єктів [3, с. 10]:

зареєстрований приватний користувач – особа, яка безпосередньо використовує або контролює застосування пестицидів, у тому числі пестициди обмеженого використання, для вирощування будь-яких сільськогосподарських рослин. Сертифікат приватного користувача видається Департаментом з питань сільського господарства строком на 5 років;

сертифікований комерційний користувач – особа, уповноважена використовувати або контролювати використання будь-якого пестициду шляхом надання відповідних послуг за конкретну фіксовану плату;

сертифікований некомерційний користувач – особа, уповноважена використовувати або контролювати використання пестицидів обмеженого використання;

сертифікований державний користувач – особа, уповноважена використовувати або контролювати використання будь-якого пестициду, виконуючи обов'язки особисто чи як представник будь-якої державної установи, штату, іншої політичної організації;

дилер (посередник) у сфері використання пестицидів – особа, яка безпосередньо займається продажем пестицидів для окремих споживачів.

Важливим моментом в отриманні сертифіката користувача є складання двох кваліфікаційних іспитів: загального стандартного та спеціального профільного. До складу загального стандартного іспиту входять такі основні питання: принципи менеджменту у сфері контролю за шкідниками, нормативно-правові акти, які регулюють використання пестицидів, тощо. Вдале складання загального стандартного іспиту – 70 % успіху в отриманні сертифіката. Мета спеціального профільного іспиту – перевірити професійні навички майбутнього користувача. Після успішної здачі кваліфікаційних іспитів, майбутнім користувачам необхідно подати на розгляд заяву про видачу сертифіката в Департамент з питань сільського господарства конкретно визначеного штату та сплатити ліцензійний збір. Для підготовки до іспитів майбутні користувачі повинні відвідувати спеціальні наукові семінари, які проводяться Інститутом досліджень у сфері використання пестицидів. Повторне отримання ліцензії проводиться кожні 3 роки для комерційних, некомерційних і державних користувачів. Так звані дилери (посередники) у сфері використання пестицидів повторно ліцензію не отримують.

Отримавши сертифікат, тобто дозвіл на використання пестицидів, користувачі зобов'язані дотримуватися правил використання пестицидів з метою захисту навколишнього природного середовища від можливих негативних наслідків застосування пестицидів. Одразу виникає питання щодо відповідальності за законодавством США користувачів у разі порушення правил застосування пестицидів.

Існує декілька видів штрафів за порушення правил використання пестицидів залежно від приписів нормативного акта, які були порушені. За порушення вимог ФІФРА встановлюються кримінальні та цивільні штрафи. Слід зазначити, що порушенням вимог ФІФРА – це проступок, у разі вчинення якого приватний користувач сплачує 1000 дол. США або несе покарання у вигляді обмеження волі строком до 30 днів; комерційний користувач сплачує майже 25 000 дол. США або несе покарання у вигляді обмеження волі строком до одного року. Цивільні штрафи за порушенням вимог ФІФРА накладаються на некомерційних користувачів і дилерів у розмірі до 5000 дол. США за кожний проступок.

Порушення вимог ФІФРА вперше обмежується лише попередженням. За кожний наступний проступок накладається штраф до 1000 дол. США. При накладанні штрафу враховують обсяг бізнесу винної особи, а також те як проступок вплине на здатність фірми продовжувати свою діяльність, тяжкість проступку (у справах, що стосуються незначних порушень). У деяких випадках, замість

накладення штрафу може застосовуватися тільки попередження.

За порушення вимог Акта про використання пестицидів можливе застосування покарання у вигляді кримінального штрафу розміром від 100 до 5000 дол. США або застосування покарання у вигляді обмеження волі строком від 30 днів до 1 року. Також за порушення норм вищезгаданого Акта може накладатися цивільний штраф (не більше 1000 дол. США за кожний проступок) [3, с. 15].

Отже, відповідальність користувачів пестицидів є досить жорсткою, що, безумовно, є гарантією правильного та належного використання пестицидів.

Заслуговує на увагу такий важливий нормативно-правовий акт, як Федеральний надзвичайний акт «Суспільство повинно знати», прийнятий у 1986 р. Мета цього акта – контроль і ліквідація наслідків екологічного забруднення навколишнього природного середовища в разі надзвичайних ситуацій, що можуть виникнути в результаті неналежного зберігання, переробки та застосування небезпечних речовин (пестицидів). Цей нормативний акт дозволяє державним органам розробляти плани ліквідації наслідків, які можуть виникнути в результаті неправильного використання пестицидів, залежно від індивідуальних особливостей місцевості. Згаданий акт містить перелік небезпечних речовин, які застосовуються, виробляються чи зберігаються в тій чи іншій місцевості, що досить суттєво полегшує роботу спеціальних служб на випадок хімічного вибуху чи пожежі. Знання груп небезпечних хімічних речовин дає можливість службі з надзвичайних ситуацій зменшити ризик негативного впливу пестицидів на навколишнє природне середовище та людину. Користувачі пестицидів зобов'язані співпрацювати з цими службами та надавати їм необхідну інформацію щодо кількості пестицидів, які виробляються, зберігаються чи утилізуються. Для отримання цієї інформації проводяться спеціальні заплановані перевірки на території приміщень, де виробляються, зберігаються небезпечні хімічні речовини (пестициди), уповноваженими на те місцевими підрозділами управлінь з надзвичайних ситуацій, службами пожежної охорони, службами медичної допомоги. Результати таких перевірок є основним джерелом інформації на випадок аварії на зазначених об'єктах [4, с. 6].

Федеральний акт з надзвичайних ситуацій «Суспільство повинно знати» визначає процедуру планування та надання інформації на випадок надзвичайної ситуації, що пов'язана з неналежним використанням пестицидів на конкретно визначеній території. Працівники підрозділів управління з надзвичайних ситуацій зобов'язані докорінно володіти необхідною інформацією та своєчасно застосовувати її на практиці для попередження можливих негативних для навколишнього природного середовища наслідків [4, с. 8].

Одним із основних аспектів у правильному застосуванні пестицидів є їх *маркування*. Норми законодавства США трактують маркування пестицидів таким чином: маркування пестицидів – це фундаментальний документ для надання загальної та технічної інформації від виробника пестицидів не лише для потреб сільського господарства, комерційної сфери послуг, а й для суспільства. Іншими словами, маркування – єдине джерело, де визначені наукові положення та вимоги федеральних і державних нормативно-правових актів з однією метою: чітко й ясно надати інформацію щодо безпечної обробки, зберігання, застосування та утилізації пестицидів для запобігання негативним наслідкам їх впливу на здоров'я людей і навколишнє природне середовище, тобто маркування є своєрідним обов'язковим контрактом, який вимагає від користувача виконання конкретних дій при застосуванні пестицидів і, відповідно, порушення положень маркування тягне за собою відповідальність користувача. Так звані федеральні та державні інструкції визначають використання пестицидів як процес, що охоплює обробку, зберігання, транспортування та застосування пестицидів на певній території. Іншими словами, це будь-яка діяльність, пов'язана з пестицидами – від виробництва до безпосереднього застосування.

Маркування пестицидів – це більш як звичайний аркуш паперу, який в обов'язковому порядку наноситься на упаковку, бо виконує важливу функцію (надає інформацію користувачу як безпечно, а також правильно застосовувати пестицид без негативних наслідків). У свою чергу, користувачі зобов'язані прочитати, зрозуміти та виконувати вказівки маркування пестицидів для гарантування не лише своєї безпеки, а й безпеки навколишнього природного середовища [5, с. 10].

Положення ФІФРА встановлюють перелік відомостей, які обов'язково мають бути вказані на маркуванні пестицидів: фірмовий знак, найменування продукту, адреса особи, яка має сертифікат використання пестицидів, реєстраційний номер продукту, дата затвердження продукту, перелік компонентів продукту, які входять до складу, необхідні засоби запобігання та вказівки для правильного застосування.

Інформацію, що вказується на маркуванні пестицидів, умовно можна розділити на чотири категорії: інформація щодо безпеки продукту, екологічна інформація, інформація про продукт та інформація використання.

Інформація щодо безпеки продукту має містити дані про рівень токсичності пестициду, відомості про особисте захисне спорядження й інформацію щодо правил надання медичної допомоги в разі отруєння пестицидом.

Екологічна інформація – це своєрідний перелік потенційно можливих небезпек, які можуть виникнути при застосуванні пестицидів, а також заходи запобігання виникненню небезпек. Ці потенційні небезпеки визначаються конкретними тестами, які дають оцінку токсичності пестициду та можливого його впливу на навколишнє природне середовище. Іншими словами, згадана інформація дає змогу визначити, як зменшити негативний вплив від застосування пестицидів [5, с. 15].

Інформація про продукт – це дані про торгову марку та найменування продукту, вагу, склад продукту, реєстраційний номер продукту, перелік основних компонентів пестициду, визначення сфери застосування продукту (до загального використання чи обмеженого використання), хімічні та фізичні властивості, потенційної небезпечності продукту, гарантійна інформація.

Інформація щодо використання пестициду містить вказівки стосовно правильного зберігання та транспортування продукту, правильної утилізації невикористаного продукту.

Висновки

На законодавчому рівні у США закріплена певна схема використання пестицидів: від отримання сертифіката до практичного застосування пестицидів. Існує чітка процедура отримання сертифіката, що дозволяє контролювати суб'єктів у сфері використання пестицидів. Особлива увага приділяється необхідності дотримуватись інструкцій з маркування, що є своєрідною гарантією безпеки при використанні пестицидів.

Використання потенційно небезпечних токсичних речовин (пестицидів) є певним ризиком не лише для здоров'я людей, а й для стану навколишнього природного середовища. Тому у США створені спеціальні пестицидні програми, метою яких є захист населення та навколишнього природного середовища від потенційних негативних наслідків застосування пестицидів.

Відповідно до викладеного основними перспективами подальших наукових розвідок у сфері належного й ефективного правового регулювання застосування засобів захисту сільськогосподарських рослин в Україні є:

удосконалення правового регулювання ліцензування діяльності, пов'язаної з виробництвом і торгівлею пестицидами й агрохімікатами;

вивчення можливості встановлення більш жорстких вимог щодо відповідальності осіб, які порушили приписи законодавства про пестициди й агрохімікати;

удосконалення вимог до маркування упаковки хімічних засобів захисту сільськогосподарських рослин;

опрацювання механізму забезпечення ефективного та дієвого контролю за дотриманням законодавства про пестициди й агрохімікати з боку органів державної влади.

Література

1. *Руткевич Т. С.* Становление законодательства, регулирующего использование химических веществ в сельском хозяйстве // Право и демократия. – Минск, 2006. – Вып. 17. – С. 93–108.

2. *Висоцький В. А.* Порушення законодавства про пестициди та агрохімікати – пряма загроза життю та здоров'ю // Вісник прокуратури. – 2001. – № 6. – С. 67–71.

3. *Arlene Blessing.* Pesticides and the law – a guide to the legal system // www.btny.purdue. edu/Pubs/PPP/PPP-36.pdf19 pages.

4. *Fred Whitford, Andrew Martin.* Pesticides and Community Right-to-know // www.btny.purdue.edu/Pubs/PPP/PPP-32.pdf15pages.

5. *Fred Whitford, Arlene Blessing.* Pesticides and Personal Protective Equipment: Selection, Care, and Use // www.btny.purdue.edu/Pubs/PPP/PPP-38.pdf 22 pages.

For agriculture of the USA, use of pesticides, as the basic protection frame of agricultural plants, remains actual and today. Within the limits of the legislation of the USA are operating effective and special regulatory legal acts, which directly are regulating relations in sphere of manufacture, realisations, marks, uses and destructions of pesticides. At the state level, there are special programs, the purpose, which not only maintenance of correcting safe use of pesticides, but also preservation of the environment.

Для сельского хозяйства США, актуальным является использование пестицидов в качестве основного средства защиты сельскохозяйственных растений. В рамках законодательства США действуют ефективные специализированные нормативно-правовые акты, которые непосредственно регулируют отношения в сфере производства, реализации, маркировки, использования и уничтожения пестицидов. На государственном уровне также созданы специальные программы, цель, которых не только обеспечение правильного и безопасного использования пестицидов, но и охрана окружающей среды.

ПРОБЛЕМИ ВДОСКОНАЛЕННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ БЕЗПЕЧНОСТІ Й ЯКОСТІ СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКОЇ ПРОДУКЦІЇ В УМОВАХ ІНТЕГРАЦІЇ УКРАЇНИ ДО МІЖНАРОДНИХ СПІЛЬНОТ

Віталій Кайдашов,
аспірант кафедри аграрного права
Національної юридичної академії України ім. Ярослава Мудрого

Стаття присвячена проблемам адаптації законодавства України до вимог Світової організації торгівлі та Європейського Союзу в галузі безпечності й якості сільськогосподарської продукції. Зазначені питання регламентує чимало нормативних актів, проте сьогодні спостерігається наявність невідповідності багатьох положень національних правових актів вимогам європейського законодавства, що зумовлює труднощі під час експорту української сільськогосподарської продукції, гальмує інтеграційні процеси, пов'язані з європейським вибором України.

Ключові слова: безпечність сільськогосподарської продукції, якість сільськогосподарської продукції, Світова організація торгівлі, Європейський Союз, генетично модифіковані організми, адаптація.

Пріоритетність співробітництва України із такими міжнародними спільнотами, як Світова організація торгівлі (далі – СОТ), Європейський Союз (далі – ЄС) та їх окремими державами-членами, отже й актуальність обраної теми, пов'язана з тим, що ці організації визначатимуть напрями економічного прогресу та політичну стабільність у регіоні в довгостроковій перспективі. Але інтеграція України до цих міжнародних спільнот вимагає вдосконалення її національного законодавства, у тому числі у сфері якості та безпечності сільськогосподарської продукції.

Адаптація законодавства як один з елементів удосконалення правового регулювання – це певний процес приведення законів та інших нормативно-правових актів у відповідність з acquis communautaire. Проблема адаптації законодавства України у сфері безпечності й якості сільськогосподарської продукції до норм ЄС і СОТ виникла через появу нових економічних, політичних і соціальних реалій, що свідчать про чітку тенденцію до інтеграції держав. Низький рівень вивчення цієї проблеми за-важає поглибленню ринкових відносин у сільськогосподарському виробництві, знижує регулятивну роль права у становленні та формуванні ринку високоякісної та безпечної сільськогосподарської продукції [1, с. 33].

Аналізу проблем, пов'язаних із приведенням окремих сфер аграрного законодавства України до норм міжнародних спільнот, зокрема ЄС та СОТ, присвятили свої праці такі науковці, як М. Іншин, Т. Ковальчук, С. Меженська, В. Новоселов, А. Статівка, С. Романко, О. Яценко та ін.

Метою цієї статті є аналіз чинного законодавства України щодо безпечності й якості сільськогосподарської продукції в умовах інтеграції нашої держави до міжнародних спільнот, аналіз відповідних нормативно-правових актів і правової літератури, а також формулювання пропозицій стосовно вдосконалення правового регулювання у цій сфері.

Питанням адаптації законодавства України до вимог СОТ та ЄС, у тому числі у сфері безпечності й якості сільськогосподарської продукції, присвячені такі нормативно-правові акти, як Програма інтеграції України до Європейського Союзу, схвалена Указом Президента України від 14.09.2000 р., Закон України «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» від 18.03.2004 р., План дій «Україна – Європейський Союз», схвалений Кабінетом Міністрів України 12.02.2005 р., Стратегічний план трансформації системи технічного регулювання та захисту прав споживачів відповідно до вимог Світової організації торгівлі та Європейського Союзу на 2007–2010 роки, затверджений наказом Державного комітету України з питань технічного регулювання та споживчої політики від 09.08.2007 р., постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Державної цільової програми розвитку українського села на період до 2015 року» від 19.09.2007 р. тощо.

Однак, незважаючи на наявність достатньої кількості законів, підзаконних нормативних актів і праць науковців у сфері якості та безпечності харчування, сьогодні спостерігається на-

© В. Кайдашов, 2009

явність невідповідності багатьох положень національних правових актів вимогам європейського законодавства, що зумовлює труднощі під час експорту української сільськогосподарської продукції, гальмує інтеграційні процеси, пов'язані з європейським вибором України [2, с. 12]. Це питання набуває все більшої актуальності у зв'язку із необхідністю підвищення рівня конкурентоспроможності вітчизняної сільськогосподарської продукції на європейському та світовому аграрних ринках, а також у контексті розвитку сільськогосподарського виробництва та підтримки національного аграрного товаровиробника [3, с. 86].

Щоб процеси адаптації сільського господарства України до відкритої ринкової аграрної економіки були дієвими, необхідно, враховуючи національні (політичні, економічні, правові) традиції, створити ефективний механізм регулювання сільського господарства, окремих його галузей, обираючи перевірену в Західній Європі та США модель введення екологічного сільського господарства [4, с. 42].

З метою подолання негативних процесів в агропромисловому секторі держави, забезпечення стабільності його розвитку та гарантування продовольчої безпеки держави на законодавчому рівні із урахуванням чинної економічної, соціальної та правової ситуації в Україні здійснюються заходи щодо розроблення, запровадження та вдосконалення гармонізованих до міжнародних вимог стандартів на сільськогосподарську продукцію для підвищення експортного потенціалу держави та поліпшення якості продуктів харчування на внутрішньому ринку. Такими заходами, зокрема, є поглиблення співробітництва з державами ЄС щодо впровадження сучасних технологій переробки сільськогосподарської продукції та підвищення екологічної безпеки харчових виробів, підготовка нормативних документів і стандартів на сільськогосподарську продукцію, прийняття норм і правил проведення сертифікації сільськогосподарської продукції, уніфікованих з нормами держав ЄС, створення постійно діючої системи взаємного обміну інформацією про небезпечні товари та послуги, вдосконалення інформації, що надається споживачу.

Згідно з Планом заходів щодо виконання у 2008 р. Загальнодержавної програми адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу, затвердженим розпорядженням Кабінету Міністрів України від 11.06.2008 р. № 821-р, на основі чинних європейських директив і регламентів здійснювалося розроблення та вдосконалення законодавчої бази України у сфері охорони здоров'я та життя людей, тварин і рослин (підготовка нормативно-правового акта щодо затвердження методів визначення залишкових кількостей ветеринарних препаратів і забруднювачів у живих тваринах, необроблених харчових продуктах тваринного походження та кормах, підготовка проекту Закону України «Про ідентифікацію та реєстрацію тварин і маркування продуктів тваринного походження»), вдосконалення правового регулювання загальної безпеки продукції та відповідальності за дефектну продукцію (підготовка законопроектів «Про державний ринковий нагляд» та «Про відповідальність за випуск і реалізацію дефектної продукції»), розроблення технічних регламентів тощо.

На жаль, ще існує багато невирішених проблем. Так, зокрема, відсутні правові важелі щодо забезпечення реального виконання законодавства про якість і безпечність сільськогосподарської продукції, а також дієвого механізму притягнення до відповідальності виробників за неякісну та небезпечну харчову продукцію. З цією метою мають бути створені умови для здійснення дієвого контролю за вирощуванням тварин і рослин, якістю продовольчої сировини та харчових продуктів відповідно до регламентів СОТ; прийняті на основі чинних директив єврокомісії нормативно-правові акти щодо встановлення відповідальністі за дефектну продукцію, переглянуті вимоги до роботи контролюючих органів, які мають підвищити ефективність заходів щодо здійснення контролю за якістю сільськогосподарської продукції.

Слід зазначити, що сьогодні відсутній системний підхід до розроблення зазначених програм і планів. Зокрема, процес удосконалення правового регулювання відповідно до норм ЄС і СОТ відбувається за щорічними планами на основі пропозицій центральних органів виконавчої влади без прив'язки до загальної потреби, визначеної у зведенні законодавства Європейського Союзу «acquis communautaire». Такий підхід суперечить законодавчо встановленій нормі, відповідно до якої адаптація законодавства України є планомірним процесом, що передбачає декілька послідовних етапів, на кожному з яких повинна досягатися певна ступінь відповідності законодавства України до acquis Європейського.

Важливою проблемою, що потребує якнайшвидшого вирішення, є недостатній рівень гармонізації законодавства у сфері систем стандартизації до норм і принципів СОТ та вимог міжнародних організацій стандартизації, зокрема використання значної кількості стандартів СРСР. Засобом вирішення зазначеної проблеми може бути завершення розроблення національних стандартів на проведення фітосанітарного та ветеринарного контролю згідно з вимогами СОТ та директивами Європейського Союзу; розроблення національних стандартів на молочну, м'ясну й іншу сільськогосподарську продукцію відповідно до міжнародних і створення реєстрів таких стандартів; удосконалення системи залучення міжнародної технічної допомоги для гармонізації стандартів якості продукції, фітосанітарного та ветеринарного контролю в галузі сільського господарства; забезпечення участі українських фахівців у структурах міжнародних організацій із стандартизації ISO, IEC та європейських організацій CEN, CENELEC, які мають стратегічне значення для економіки України, тощо.

Заслуговує на увагу й питання, пов'язане з генетично модифікованими (трансгенними) організмами (далі – ГМО). Кількість генетично модифікованих рослин, тварин, мікроорганізмів постійно зростає. Використання ГМО в державах ЄС регулюється як національним законодавством окремих держав, так і міжнародними угодами, конвенціями тощо (наприклад, Конвенція про охорону біологічного різноманіття від 1992 р., Картахенський протокол про біобезпеку до Конвенції про біологічне різноманіття від 2000 р., Рішення № 1600/ 2002/ЕС Європейського парламенту та Ради про шосту програму дій спільноти у сфері навколишнього середовища від 2002 р.).

В Україні основним нормативно-правовим документом, що регулює зазначені питання, є Закон України «Про державну систему біобезпеки при створенні, випробуванні, транспортуванні та використанні генетично модифікованих організмів» від 31.05.2007 р. Також, на виконання Указу Президента України «Про Цільову комплексну програму генетичного моніторингу в Україні на 1999–2003 роки» від 04.02.1999 р. розробляється проект Закону України «Про державну політику регулювання в галузі генетично-інженерної діяльності», яким передбачається врегулювати питання щодо безпеки використання ГМО.

До проектів законодавчих актів, якими пропонується врегулювати питання захисту людини від можливого негативного впливу генетично-інженерних розробок, належить проект Закону України «Про біоетику». Серед інших заходів щодо регулювання зазначених питань виділяють такі, як створення інформаційної бази даних про біологічні особливості та вплив на збереження і стале використання біологічного різноманіття ГМО, що проходять державні випробування в Україні; розроблення адаптованих до норм ЄС критеріїв, норм і стандартів для оцінки можливого впливу ГМО на збереження та стале використання біорізноманіття; розроблення та впровадження технічних регламентів щодо маркування харчових продуктів, у тому числі із застосуванням ГМО та до складу яких входять інгредієнти, що відповідно до Європейських директив, стандартів Кодексу аліментаріус та інших чинних норм можуть бути алергенами; розширення і вдосконалення бази даних про біологічні особливості та вплив на збереження і стале використання біологічного різноманіття ГМО, що вивільняються в навколишнє природне середовище України й Європи в цілому.

Адаптація законодавства України щодо безпечності й якості сільськогосподарської продукції є складовою загального процесу вдосконалення правового регулювання у за-значеній сфері, що відбувається в умовах інтеграції України до ЄС. Метою такої адаптації є досягнення відповідності правової системи України acquis communautaire з урахуванням критеріїв, що висуваються Європейським Союзом до держав, які мають намір вступити до нього.

Членство ж у СОТ відкрило Україні широкі можливості для прискорення розвитку національної економіки за рахунок створення стабільного конкурентного внутрішнього ринку, введення єдиних правил регулювання економічної діяльності.

Викладене дозволяє зробити **висновок,** що завданням держави у сфері вдосконалення правового регулювання безпечності й якості сільськогосподарської продукції є розроблення та впровадження системи контролю за виконанням усіма учасниками аграрного ринку вимог нормативних документів, технічних регламентів, пов'язаних із безпечністю й якістю сільськогосподарської продукції, вимог законодавства у сфері захисту прав споживачів, зміна ролі держави й операторів ринку у забезпеченні безпечності харчових продуктів за європейськими принципами, створення дієвого механізму притягнення до відповідальності виробників за неякісну та небезпечну харчову продукцію.

Література

1. *Меженская С. И., Волкова Г. И.* Правовое регулирование производства экологически безопасной сельскохозяйственной продукции // Економіка та право. – 2004. – № 1. – С. 31–34.

2. *Іншин М. І.* Правове регулювання безпеки харчування в Європейському Союзі та в Україні. – К., 2007. – 304 с.

3. *Романко С.* Особливості економіко-правового механізму забезпечення екологічної безпеки сільськогосподарської продукції // Право України. – 2007. – № 6. – С. 85–88.

4. *Статівка А. Н.* Сільське господарство України та його інтеграція в міжнародні сільськогосподарські й торгівельні організації: проблемні питання // Право України. – 2003. – № 4. – С. 42–45.

Article deals with problems of adaptation of Ukrainian legislation to the requirements of the World Trade Organization and the European Union in security and quality of agricultural products. Those issues devoted a lot of regulations, but today there are inconsistencies observed many of the provisions of national legal acts of the requirements of European legislation, which causes difficulties in the export of Ukrainian agricultural products and hampers integration processes related to the European choice of Ukraine.

Статья посвящена проблемам адаптации законодательства Украины к требованиям Всемирной торговой организации и Европейского Союза в сфере безопасности и качества сельскохозяйственной продукции. Указанным вопросам посвящено немало нормативных актов, однако сегодня наблюдается наличие несоответствий многих положений национальных правовых актов требованиям европейского законодательства, что вызывает трудности при экспорте украинской сельскохозяйственной продукции и тормозит интеграционные процессы, связанные с европейским выбором Украины.

ПРИРОДООХОРОННІ ПРАВОВІДНОСИНИ ТА ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЕКОЛОГІЧНОЇ БЕЗПЕКИ В УКРАЇНІ

Ярослав Скорик,
аспірант Національної академії Служби безпеки України

У статті порушуються проблеми співвідношення в Україні природоохоронних правовідносин та правовідносин у сфері забезпечення екологічної безпеки.

Ключові слова: екологічні правовідносини, природоохоронні правовідносини, правовідносини і забезпечення екологічної безпеки.

Починаючи з другої половини XX ст. виникає значний інтерес світового співтовариства до проблем довкілля (як реакція на негативні наслідки двох світових воєн, науково-технічної революції та ряду значних техногенних катастроф). Ця ситуація зумовила необхідність виділити особливу групу правовідносин, пов'язаних із навколишнім природним середовищем (екологічні правовідносини). Питання екологічних правовідносин порушували у своїх працях такі вітчизняні дослідники, як В. Андрейцев, І. Дмитренко, І. Каракаш, Г. Тищенко, Ю. Шемшученко, П. Біленчук [1–6] та ін.

Чільне місце в системі згаданої вище групи суспільних відносин займають природоохоронні правовідносини, а також правовідносини із забезпечення екологічної безпеки, які через нетривалість періоду їх історичного розвитку, близькість (з першого погляду) предметів і методів правового регулювання часто розглядаються як єдиний природничо-правовий феномен. На жаль, такий підхід, існуючи практично на всіх рівнях правозастосування, зумовлює виникнення різноманітних колізій і помилок.

Метою цієї статті є визначення цілей, змісту, спільних і відмінних ознак природоохоронних правовідносин, а також правовідносин із забезпечення екологічної безпеки.

Основою наукового дослідження й опису будь-яких явищ, у тому числі природничих і правових, є їх аналіз та виділення основних ознак. На нашу думку, найбільш чітко і лаконічно детермінувати правовідносини можна на основі їх суб'єктного, об'єктного складу, мети та змісту.

Стаття 1 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» від 25.06.1991 р. (далі – Закон) визначає, що завданням законодавства про охорону навколишнього природного середовища є, серед іншого, регулювання відносин у галузі охорони, використання, відтворення природних ресурсів, а також забезпечення екологічної безпеки. Крім того, закріплено положення про те, що відносини у галузі охорони навколишнього природного середовища регулюються Законом України «Про охорону навколишнього природного середовища», а також розроблюваними відповідно до нього земельним, водним, лісовим законодавством, законодавством про надра, про охорону та використання рослинного й тваринного світу, іншим спеціальним законодавством.

Оскільки в Законі визначені загальні принципи та (частково) структура фактично всіх видів екологічних правовідносин, можемо дійти висновку, що охорона природи в ньому розглядається як одна з цілей фактично всіх видів нормативно врегульованої екологічної діяльності. Підтвердженням цього стало визначення Ю. Шемшученка, який вважає, що охорона навколишнього природного середовища – це система політичних, економічних, організаційних, технічних, санітарних та інших державних і громадських заходів, спрямованих на забезпечення безпечного для життя і здоров'я людини довкілля та раціональне використання природних ресурсів [7, с. 389]. Хоча Ю. Шемшученко не згадує про відтворення довкілля, можемо впевнено припустити, що цей аспект включається до змісту забезпечення безпечного для життя та здоров'я людини довкілля.

З огляду на відсутність законодавчо закріпленого визначення поняття «природоохорона» чи «охорона навколишнього природного середовища» висловимо власну позицію з приводу того, що цей термін застосовується в широкому та вузькому розуміннях. *Природоохорона в широкому її розумінні,* на нашу думку, може бути визначена як *діяльність із встановлення та підтримання такого режиму співіснування суспільства і довкілля, за якого гарантується їх стабільність і розвиток.* Така діяльність знаходить свій формальний вияв у виникненні, реалізації, зміні

© Я. Скорик, 2009

та припиненні правовідносин з природоохорони (природоохоронних правовідносин). Беручи до уваги запропоновану точку зору, доходимо висновку, що правовідносини з природоохорони органічно поєднуються з природоресурсними правовідносинами, а також правовідносинами з відтворення навколишнього природного середовища.

Виходячи з викладеного можемо стверджувати, що природоохоронні правовідносини фактично не обмежені в своєму суб'єктному складі. Об'єктами природоохоронних правовідносин є навколишнє природне середовище в цілому як сукупність природних, природно-соціальних умов і процесів, а також окремі його складові – природні ресурси, залучені до господарського обігу, і ті що не використовуються в народному господарстві (земля, надра, води, атмосферне повітря, ліс, інша рослинність, тваринний світ), ландшафти й інші природні комплекси; крім того, об'єктами державної охорони від негативного впливу несприятливої екологічної обстановки є життя та здоров'я людей. Що стосується змісту природоохоронних правовідносин, то слід зазначити, що він має своєю основою право громадян на безпечне для життя та здоров'я довкілля й обов'язок не заподіювати шкоду природі та відшкодовувати заподіяні збитки, закріплений відповідно у статтях 50 і 66 Конституції України. Крім того, закріплене у ст. 16 Конституції України положення передбачає відповідні обов'язки з природоохорони і для держави.

У вузькому розумінні феномен природоохоронних правовідносин ми розглядаємо як основу для діяльності з встановлення та забезпечення такого режиму взаємодії суспільства і довкілля, за якого останнє залишається максимально незмінним. Очевидно, що сучасні можливості суспільства із зміни довкілля є настільки потужними, що, як зазначають деякі науковці, «немає жодного місця на землі, де б людина тією чи іншою мірою не впливала на природу» [2, с. 65]. Для реалізації мети, поставленої в наведеному визначенні, на думку Я. Лазаренка, необхідною є особлива охорона певних об'єктів, що мають важливе наукове, історичне, оздоровче, виховне, економічне, екологічне, естетичне значення для суспільства [8, с. 15]. Стаття 5 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» закріплює положення про те, що особливій державній охороні підлягають території й об'єкти природно-заповідного фонду України, інші території й об'єкти, визначені відповідно до законодавства України. На нашу думку, саме правовідносини у сфері такої «особливої охорони» й є природоохоронними правовідносинами у вузькому їх розумінні.

Перелік об'єктів, що підлягають особливій державній охороні (об'єктів, природоохоронних правовідносин у вузькому їх розумінні), закріплений у Законі України «Про природно-заповідний фонд України» від 16.06.1992 р. Так, ст. 3 цього Закону передбачає, що до природно-заповідного фонду України належать: *природні території та об'єкти* – природні заповідники, біосферні заповідники, національні природні парки, регіональні ландшафтні парки, заказники, пам'ятки природи, заповідні урочища; *штучно створені об'єкти* – ботанічні сади, дендрологічні парки, зоологічні парки, парки-пам'ятки садово-паркового мистецтва. За змістом таких правовідносин їх можна розділити на підвиди:

- правовідносини із створення й оголошення територій і об'єктів природно-заповідного фонду;
- правовідносини з управління в галузі організації, охорони та використання природно-заповідного фонду;
- правовідносини з економічного забезпечення організації та функціонування природно-заповідного фонду;
- правовідносини, пов'язані з науково-дослідними роботами на територіях та об'єктах природно-заповідного фонду;
- правовідносини з ведення державного кадастру територій та об'єктів природно-заповідного фонду;
- правовідносини, пов'язані з охороною територій та об'єктів природно-заповідного фонду, а також контролем за дотриманням їх режиму;
- правовідносини у сфері відповідальності за порушення законодавства про природно-заповідний фонд;
- правовідносини з міжнародного співробітництва в галузі охорони і використання територій та об'єктів природно-заповідного фонду.

Детальніша класифікація кожного з цих підвидів природоохоронних правовідносин розкривається в розділах II, V, VI, VII, VIII, IX, X, XI Закону України «Про природно-заповідний фонд України».

Типовий склад учасників природоохоронних правовідносин у вузькому їх розумінні представлений, здебільшого, такими суб'єктами, як: центральний орган виконавчої влади в галузі охорони навколишнього природного середовища й органи цього центрального органу на місцях (нині Міністерство охорони навколишнього природного середовища України); Президент України – у правовідносинах із створення й оголошення територій та об'єктів природно-заповідного фонду загальнодержавного значення; органи місцевого самоврядування (зокрема, обласні ради, Київська та Севастопольська міські ради – у правовідносинах із створення територій та об'єктів природно-заповідного фонду місцевого значення); громадяни України;

іноземці; особи без громадянства; юридичні особи – резиденти та нерезиденти України. Новим видом суб'єктів, що характерний тільки для даного виду правовідносин, є Служба державної охорони природно-заповідного фонду України, що створена та функціонує на підставі Закону України «Про природно-заповідний фонд України», а також постанови Кабінету Міністрів України «Про службу державної охорони природно-заповідного фонду України» від 14.07.2000 р. № 1127. В окремих випадках до суб'єктного складу таких правовідносин входить Національна академія наук України, окремі її підрозділи, інші науково-дослідні установи, а також правоохоронні органи України.

Підставами для виникнення зазначених правовідносин є, здебільшого, існування відповідних норм права в Законі України «Про природно-заповідний фонд України», підзаконних нормативно-правових актах чи міжнародно-правових актах, що були ратифіковані Україною. Окремі види природоохоронних відносин у вузькому їх розумінні виникають як наслідок створення об'єкта чи території природно-заповідного фонду України чи порушення законодавства про природно-заповідний фонд.

Слід також зазначити, що на реалізацію завдань із мінімізації антропогенного впливу на елементи навколишнього природного середовища спрямовані правовідносини, пов'язані із формуванням і функціонуванням екомережі відповідно до положень законів України «Про екологічну мережу України» від 24.06.2004 р. та «Про Загальнодержавну програму формування національної екологічної мережі України на 2000–2015 роки» від 21.09.2000 р.

Аналіз правовідносин із забезпечення екологічної безпеки слід почати з об'єкта. Об'єктом правовідносин із забезпечення екологічної безпеки є екологічна безпека. Особливості дефініції цього феномена вивчали такі дослідники, як В. Андрейцев (вважає, що екологічна безпека є певним станом розвитку суспільних відносин і відповідних їм правових зв'язків, за яких здійснюється захист прав громадян, насамперед права на безпечне для життя та здоров'я довкілля) [9, с. 36], М. Малишко (розглядає екологічну безпеку як одну з частин державної політики) [10, с. 56], А. Качинський (описав феномен екологічної безпеки, звернув увагу на сукупність певних властивостей навколишнього середовища та створюваних цілеспрямовано діяльністю людини умов, за яких антропогенний вплив на навколишнє середовище утримується на мінімально можливому рівні) [11, с. 54], В. Ліпкан (визначив екологічну безпеку як складову національної безпеки та різновид соціальної діяльності) [12, с. 50] та ін. Крім того, у Законі України «Про охорону навколишнього природного середовища» поняття «екологічна безпека» визначено як «такий стан навколишнього природного середовища, при якому забезпечується попередження погіршення екологічної обстановки та виникнення небезпеки для здоров'я людей». У Додатку А ДСТУ 2156-93, введеного в дію 27 грудня 1993 р., закріплено, що екологічна безпека – це відсутність дій, станів і процесів, які прямо чи непрямо призводять до суттєвих збитків для навколишнього природного середовища, населення та матеріальних об'єктів». Виходячи з аналізу наведених доктринальних джерел, а також нормативно-правових актів України вважаємо, що *екологічна безпека – це стан захищеності прав і свобод людини, інтересів суспільства та держави від шкідливих впливів навколишнього природного середовища, спричинених антропогенними, біотичними чи абіотичними факторами*. Звідси випливає, що правовідносини у сфері екологічної безпеки мають складний об'єкт, який первинно має форму екологічно-правового явища – екологічної безпеки, а при більш ретельному аналізі виявляється як права та свободи людини, інтереси суспільства і держави.

Змістом екологічних правовідносин є сукупність суб'єктивних прав та обов'язків їх учасників. За особливостями розподілу прав та обов'язків між учасниками (іноді основу такого розподілу називають ще рівнем індивідуалізації учасників) правовідносин загалом і правовідносин із забезпечення екологічної безпеки, зокрема, виділяють такі види [13, с. 225–226]:

- абсолютні (в яких визначені права й обов'язки лише однієї уповноваженої сторони, а решта зобов'язані не перешкоджати реалізації нею своїх суб'єктивних прав);
- відносні (в яких точно визначені права та обов'язки всіх учасників).

Так, абсолютними, перш за все, є правовідносини, в основу змісту яких покладено право громадян на безпечне для життя та здоров'я навколишнє природне середовище. Засобами для реалізації цього базового права можуть бути:

- право на участь у проведенні громадської екологічної експертизи;
- право на отримання повної та достовірної інформації про стан навколишнього природного середовища і його вплив на здоров'я людей;
- право на участь у проведенні громадської екологічної експертизи;
- право на участь у розробленні та здійсненні заходів щодо охорони навколишнього природного середовища, раціонального і комплексного використання природних ресурсів;
- право на участь в обговоренні проектів законодавчих актів, матеріалів щодо розміщення, будівництва та реконструкції об'єктів, які можуть негативно впливати на стан

навколишнього природного середовища, та внесення пропозицій до державних і господарських органів, установ та організацій з цих питань;

• право на набуття екологічної освіти;

• право на об'єднання в громадські природоохоронні формування;

• право на подання до суду позовів на державні органи, підприємства, установи, організації та громадян про відшкодування шкоди, заподіяної їх здоров'ю і майну внаслідок негативного впливу на навколишнє природне середовище. При цьому дослідники вважають, що чотири перші елементи реалізуються переважно на галузевому рівні (рівні екологічного права), а чотири останні – на міжгалузевому [1, с. 34].

Слід зазначити, що зміст конкретних правовідносин змінюється залежно від сфери забезпечення екологічної безпеки, тобто сфери, де існують діючі чи імовірні загрози. Закон «Про охорону навколишнього природного середовища» виділяє 9 таких сфер:

• розміщення, проектування, будівництво, реконструкція, введення в дію та експлуатація підприємств, споруд та інших об'єктів;

• застосування засобів захисту рослин, мінеральних добрив, нафти та нафтопродуктів токсичних хімічних речовин, інших препаратів;

• виробництво, зберігання, транспортування, використання, знищення, знешкодження та захоронення мікроорганізмів, інших біологічно активних речовин і предметів біотехнології, а також інтродукція, акліматизація та реакліматизація тварин і рослин;

• проведення діяльності, пов'язаної з акустичним, електромагнітним, іонізуючим та іншим шкідливим впливом фізичних факторів і можливістю радіоактивного забруднення, тощо.

Учасник (учасники) – активний елемент правовідносин, індивіди чи соціальні формування, що в процесі правовідносин реалізують свої суб'єктивні права й обов'язки. Що стосується відносин із забезпечення екологічної безпеки, то в цілому їх учасниками можуть бути громадяни України, іноземці, особи без громадянства, юридичні особи – резиденти і нерезиденти України, міжнародні державні та недержавні формування, органи державної влади України, органи місцевого самоврядування. Очевидно, що такий розширений перелік можливих учасників зазначених правовідносин може спричинити певні дискусії. На підтвердження нашої думки звернемо увагу на те, що сукупність прав і повноважень усіх згаданих суб'єктів передбачає можливість прямо чи опосередковано впливати на стан екологічної безпеки, про що вже йшлося при розкритті особливостей змісту правовідносин.

Висновки

При розгляді природоохоронних правовідносин, а також правовідносин із забезпечення екологічної безпеки слід розрізняти їх: *правовідносини із забезпечення екологічної безпеки* своїм первинним об'єктом мають екологічну безпеку як стан захищеності прав, свобод і законних інтересів суб'єктів від певних загроз; *природоохоронні правовідносини* слід розглядати в їх вузькому розумінні як правовідносини, пов'язані із забезпеченням належного режиму функціонування особливо охоронюваних територій і природних об'єктів. Від широкого розуміння природоохоронних правовідносин, на нашу думку, слід поступово відмовлятися.

Література

1. *Андрейцев В. І.* Екологічне право. – К., 1996. – 208 с.

2. *Дмитренко І. А.* Екологічне право України. – К., 2001. – 352 с.

3. *Природоресурсове* право України / За ред. І. І. Каракаша. – К., 2005. – 376 с.

4. *Тищенко Г. В.* Екологічне право. – К., 2001. – 256 с.

5. *Шемшученко Ю. С.* Вибране. – К., 2005 – 592 с.

6. *Баб'як О. С., Біленчук П. Д., Чирва Ю. О.* Екологічне право України. – К., 2000. – 216 с.

7. *Шемшученко Ю. С.* Охорона навколишнього природного середовища (довкілля) // Юридична енциклопедія: В 6 т. – К., 2002. – Т. 4. – 720 с.

8. *Лазаренко Я. І.* Природоохоронна діяльність міліції. – Херсон, 2000. – 226 с.

9. *Андрейцев В. І.* Право екологічної безпеки. – К., 2002. – 332 с.

10. *Малишко М. І.* Екологічна безпека та охорона довкілля в Україні: правові основи виникнення і розвитку. – К., 1999. – 132 с.

11. *Качинський А. Б.* Екологічна безпека України: системний аналіз перспектив покращення. – К., 2001. – 312 с.

12. *Ліпкан В. А.* Теорія національної безпеки. – К., 2009. – 631 с.

13. *Теорія* держави і права / А. М. Колодій, В. В. Копєйчиков, С. Л. Лисенков та ін.; За ред. С. Л. Лисенкова, В. В. Копєйчикова. – К., 2003. – 368 с.

In this article author researches the problem of conservation legal relationship as well as the issue of natural security legal relationship in Ukraine.

В статье поднимаются проблемы соотношения в Украине природоохранных правоотношений и правоотношений в сфере обеспечения экологической безопасности.

ОСОБЛИВОСТІ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ПРАВОПОРУШЕННЯ В ІНФОРМАЦІЙНІЙ СФЕРІ

Андрій Благодарний,
канд. юрид. наук,
доцент кафедри адміністративного та міжнародного права
Національної академії Служби безпеки України

У статті на основі аналізу вітчизняного та зарубіжного законодавства розкриваються деякі проблеми відповідальності юридичних і фізичних осіб за вчинення адміністративних правопорушень в інформаційній сфері, а також висловлюються рекомендації щодо вдосконалення чинного законодавства.

Ключові слова: адміністративна відповідальність, класифікація адміністративних правопорушень, провадження у справах про адміністративні правопорушення.

Одним із актуальних напрямів реформування українського адміністративного права є модернізація інституту адміністративної відповідальності, зокрема відповідальності за правопорушення в інформаційній сфері.

Питаннями правового регулювання обігу інформації та відповідальності за правопорушення у зазначеній сфері займалися такі науковці, як Б. Кормич, І. Арістова, А. Марущак, О. Кохановська та ін. Але питанню вдосконалення саме адміністративної відповідальності за правопорушення в інформаційній сфері, на нашу думку, ще не приділяється належної уваги.

Метою цієї статті є виявлення прогалин чинного законодавства, що регламентує відповідальність за правопорушення в інформаційній сфері, та формулювання пропозицій щодо вирішення виявлених проблем.

Насамперед зазначимо, що деякі положення, наведені у цій статті, мають дискусійний характер. Це пояснюється тим, що, по-перше, до теперішнього часу серед юристів немає єдиного погляду на визначення поняття «адміністративна відповідальність»; по-друге, немає чіткого визначення, які саме суспільні відносини належать до інформаційної сфери.

Слід зазначити, що у чинному законодавстві про адміністративні правопорушення у сфері обігу інформації відсутній нормативний акт, який би містив вичерпний перелік законів, які передбачають адміністративну відповідальність. Тому у цій статті будуть розглянуті деякі особливості адміністративної відповідальності лише за ті правопорушення, що закріплені у Кодексі України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП), хоча деякі правопорушення у сфері обігу інформації містяться і в інших законах. Так, ст. 8 Закону України «Про боротьбу з корупцією» від 05.10.1995 р. передбачає адміністративну відповідальність державного службовця або іншої особи, уповноваженої на виконання функцій держави, за відмову фізичним та юридичним особам в інформації, надання якої передбачено правовими актами, умисну затримку її, надання недостовірної чи неповної інформації.

Під час розгляду правопорушень у сфері обігу інформації, що передбачені КУпАП, виникають певні складнощі, оскільки чинний КУпАП не має окремої глави, присвяченої саме вказаним проступкам, а правопорушення, які можна було б включити до цієї глави, розташовані у різних главах Особливої частини КУпАП.

Слід зазначити, що Кодекс Російської Федерації про адміністративні правопорушення від 20.12.2001 р., містить главу 13 «Адміністративні правопорушення у галузі зв'язку та інформації». Але навіть у цій главі зібрані не всі проступки у сфері обігу інформації. Наприклад, таке правопорушення, як приховування або перекручення екологічної інформації міститься не у вказаній главі, а у главі 8 «Адміністративні правопорушення у галузі охорони навколишнього природного середовища та природокористування».

У КУпАП, за нашими підрахунками, існує більше 20 статей, що мають безпосереднє відношення до інформаційної сфери, а правопорушень значно більше, ніж статей. Так, лише ч. 1 ст. 212^2 КУпАП («Порушення законодавства про державну таємницю») містить дев'ять пунктів, більшість із яких встановлюють відповідальність за декілька різних адміністративних порушень у сфері інформаційної безпеки. Враховуючи обме-

© А. Благодарний, 2009

жений обсяг статті, неможливо зупинитися на всіх адміністративних правопорушеннях у сфері інформації. Тому вважаємо за доцільне вказати лише ті з них, які у загальному вигляді передбачені Законом України «Про інформацію» від 02.10.1992 р. Так, ст. 47 Закону України «Про інформацію» передбачає відповідальність за ряд правопорушень, із яких до адміністративних можна віднести такі:

необґрунтована відмова від надання відповідної інформації (ст. 212^3 КУпАП «Порушення права на інформацію»; ст. 96 КУпАП «Недодержання державних стандартів, норм і правил під час проектування і будівництва»; ст. 91^4 КУпАП «Відмова від надання чи несвоєчасне надання екологічної інформації»);

надання інформації, що не відповідає дійсності (ст. 212^3 КУпАП «Порушення права на інформацію»);

несвоєчасне надання інформації (ст. 91^4 КУпАП «Відмова від надання чи несвоєчасне надання екологічної інформації»; ст. 166^4 КУпАП «Порушення порядку подання інформації та виконання рішень Антимонопольного комітету України та його територіальних відділень»; ст. 166^6 КУпАП «Порушення порядку подання фінансової звітності та ведення бухгалтерського обліку при ліквідації юридичної особи»; ст. 166^9 КУпАП «Порушення законодавства щодо запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом»; ст. 210 КУпАП «Порушення військовозобов'язаними чи призовниками законодавства про військовий обов'язок і військову службу»; ст. 212^3 КУпАП «Порушення права на інформацію»; ст. 212^4 КУпАП «Порушення законодавства в галузі державного експортного контролю»);

навмисне приховування інформації (ст. 53^2 КУпАП «Перекручення або приховування даних державного земельного кадастру»; ст. 82^3 КУпАП «Приховування, перекручення або відмова від надання повної та достовірної інформації за запитами посадових осіб і зверненнями громадян та їх об'єднань щодо безпеки утворення відходів та поводження з ними»; ст. 83^1 КУпАП «Порушення законодавства про захист рослин»; ст. 91^3 КУпАП «Приховування перевищення встановлених лімітів на обсяги утворення та розміщення відходів»; ст. 92^1 КУпАП «Порушення законодавства про Національний архівний фонд та архівні установи»; ст. 163^5 КУпАП «Приховування інформації про діяльність емітента»; ст. 186^3 КУпАП «Порушення порядку подання або використання даних державних статистичних спостережень»);

примушення до поширення або перешкоджання поширенню певної інформації, а також цензура (ст. 212^{11} КУпАП «Ненадання можливості оприлюднити відповідь щодо інформації, поширеної стосовно суб'єкта виборчого процесу»);

поширення відомостей, що не відповідають дійсності, ганьблять честь і гідність особи (ст. 164^3 КУпАП «Недобросовісна конкуренція»; ст. 185^7 КУпАП «Публічні заклики до невиконання вимог працівника міліції чи посадової особи Військової служби право-порядку у Збройних Силах України»; ст. 173^1 КУпАП «Поширювання неправдивих чуток»);

розголошення таємниці, що охороняється законом, особою, яка повинна охороняти цю таємницю (ст. 164^3 КУпАП «Недобросовісна конкуренція»);

порушення порядку зберігання інформації (ст. 212^5 КУпАП «Порушення порядку обліку, зберігання і використання документів та інших носіїв інформації, які містять конфіденційну інформацію, що є власністю держави»; ст. 212^6 КУпАП «Здійснення незаконного доступу до інформації в інформаційних (автоматизованих) системах, незаконне виготовлення чи розповсюдження копій баз даних інформаційних (автоматизованих) систем»);

навмисне знищення інформації (ст. 92^1 КУпАП «Порушення законодавства про Національний архівний фонд та архівні установи»; ст. 212^4 КУпАП «Порушення законодавства в галузі державного експортного контролю»);

необґрунтоване віднесення окремих видів інформації до категорії відомостей з обмеженим доступом (ст. 212^2 КУпАП «Порушення законодавства про державну таємницю»);

порушення порядку обліку, зберігання і використання документів та інших носіїв інформації, які містять конфіденційну інформацію, що є власністю держави (ст. 212^5 КУпАП «Порушення порядку обліку, зберігання і використання документів та інших носіїв інформації, які містять конфіденційну інформацію, що є власністю держави»).

На нашу думку, законодавцю слід об'єднати всі вказані правопорушення в одному розділі, подібно до того, як це зроблено у Кодексі Російської Федерації про адміністративні правопорушення. Розміщення статей, що передбачають відповідальність за правопорушення в інформаційній сфері, у різних розділах КУпАП призводить до того, що провадження за вказаними правопорушеннями може здійснюватися різними суб'єктами. Так, відповідно до ст. 255 КУпАП першу стадію провадження у справах про адміністративні правопорушення (порушення справи про адміністративний проступок) в інформаційній сфері найчастіше здійснюють такі суб'єкти:

уповноважені на те посадові особи:

• органів внутрішніх справ (ст. 164^3 КУпАП «Недобросовісна конкуренція»; ст. 173^1 КУпАП «Поширювання неправдивих чуток»; 185^7 КУпАП «Публічні заклики до невиконання вимог працівника міліції чи посадової особи Військової служби правопорядку у Збройних Силах України»; ст. 186^3 КУпАП «Порушення порядку подання або використання даних державних статистичних спостережень»; ст. 212^6 КУпАП «Здійснення незаконного доступу до інформації в інформаційних (автоматизованих) системах, незаконне виготовлення чи розповсюдження копій баз даних інформаційних (автоматизованих) систем»);

• органів Антимонопольного комітету України (ст. 164^3 КУпАП «Недобросовісна конкуренція»; ст. 166^4 КУпАП «Порушення порядку подання інформації та виконання рішень Антимонопольного комітету України та його територіальних відділень»);

• органів Служби безпеки України (ст. 212^2 КУпАП «Порушення законодавства про державну таємницю»; ст. 212^5 КУпАП «Порушення порядку обліку, зберігання і використання документів та інших носіїв інформації, які містять конфіденційну інформацію, що є власністю держави»; ст. 212^6 КУпАП «Здійснення незаконного доступу до інформації в інформаційних (автоматизованих) системах, незаконне виготовлення чи розповсюдження копій баз даних інформаційних (автоматизованих) систем»);

• органів Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації України (ст. 212^2 КУпАП «Порушення законодавства про державну таємницю»);

• Національного банку України (ст. 166^9 КУпАП «Порушення законодавства щодо запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом»);

• органів управління архівною справою і діловодством (ст. 92^1 КУпАП «Порушення законодавства про Національний архівний фонд та архівні установи»);

• органів управління Військової служби правопорядку у Збройних Силах України (ст. 185^7 КУпАП «Публічні заклики до невиконання вимог працівника міліції чи посадової особи Військової служби правопорядку у Збройних Силах України»);

• спеціально уповноваженого органу виконавчої влади з питань державного експортного контролю (ст. 212^4 КУпАП «Порушення законодавства в галузі державного експортного контролю»);

• спеціально уповноваженого органу виконавчої влади з питань фінансового моніторингу (ст. 166^9 КУпАП «Порушення законодавства щодо запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом»);

Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку (ст. 166^9 КУпАП «Порушення законодавства щодо запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом»);

голова, заступник голови, секретар, інші члени виборчої комісії, комісії з референдуму (ст. 212^{11} КУпАП «Ненадання можливості оприлюднити відповідь щодо інформації, поширеної стосовно суб'єкта виборчого процесу»);

член громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону (ст. 185^7 КУпАП «Публічні заклики до невиконання вимог працівника міліції чи посадової особи Військової служби правопорядку у Збройних Силах України»);

прокурор або уповноважена ним особа з числа працівників прокуратури (ст. 212^3 КУпАП «Порушення права на інформацію»).

Деякі із зазначених суб'єктів під час провадження у справах про адміністративні правопорушення в інформаційній сфері у випадках, прямо передбачених законами України, мають право застосовувати заходи забезпечення провадження у справах про адміністративні правопорушення. Так, відповідно до статей 259, 262, 264, 265 КУпАП співробітникам органів Служби безпеки України надано право при порушенні законодавства про державну таємницю здійснювати доставлення порушника до органу Служби безпеки України, а також здійснювати адміністративне затримання, проводити особистий огляд, огляд речей, вилучати речі та документи.

Окремого розгляду потребує питання адміністративної відповідальності юридичних осіб за вчинення правопорушень в інформаційній сфері. Насамперед слід зазначити, що у науковій літературі широко дискутується питання про адміністративну відповідальність юридичних осіб. Аналіз відповідних статей чинного КУпАП дозволяє дійти висновку, що суб'єктом адміністративного правопорушення визнається лише фізична особа. Але останнім часом у законодавстві з'явилося чимало норм, які передбачають накладення стягнень на юридичних осіб, зокрема, за правопорушення в інформаційній сфері. Так, згідно з ч. 6 ст. 20 Закону України «Про державну таємницю» від 21.01.1994 р. дозвіл на провадження діяльності, пов'язаної з державною таємницею, може бути скасовано Службою безпеки України на підставі акта проведеної нею перевірки, висновки якого містять дані про недотримання органом державної влади, органом місцевого самоврядування, підприємством, установою, організа-

цією умов, передбачених цією статтею Закону. Відповідно до ч. 3 ст. 18 Закону України «Про друковані засоби масової інформації (пресу) в Україні» від 16.11.1992 р. суд припиняє випуск видання у разі поширення відомостей, розголошення яких забороняється ст. 46 Закону України «Про інформацію», закликів до захоплення влади, насильницької зміни конституційного ладу або територіальної цілісності України; пропаганди війни, насильства та жорстокості; розпалювання расової, національної, релігійної ворожнечі; розповсюдження порнографії, а також з метою вчинення терористичних актів та інших кримінально караних діянь.

Подібні норми, що регламентують питання відповідальності юридичних осіб за вчинення правопорушень в інформаційній сфері, є також у законодавстві інших держав, наприклад ФРН, Російської Федерації [1, с. 156, 255].

Законодавство про адміністративну відповідальність юридичних осіб в Україні на сьогодні недостатньо розроблене. Загальні положення та принципи стосовно адміністративної відповідальності юридичних осіб у нормативних актах майже повністю відсутні. Механізм притягнення юридичних осіб до адміністративної відповідальності майже не врегульований. Немає системності й у видах санкцій, що застосовуються до юридичних осіб. У деяких випадках юридичні особи несуть відповідальність нарівні з фізичними особами [2, с. 175].

За вчинення адміністративного правопорушення у сфері обігу інформації на фізичних осіб найчастіше накладається штраф. На нашу думку, цей вид адміністративного стягнення слід накладати і на юридичних осіб – порушників законодавства про інформацію.

Викладене свідчить, що для запровадження логічно завершеної, ефективної правової регламентації адміністративної відповідальності за правопорушення в інформаційній сфері необхідно передбачити у чинному КУпАП розділ, який би містив правопорушення у сфері обігу інформації, а також закріпити у чинному КУпАП (або у новому Кодексі України про адміністративні проступки) норму, яка б передбачала адміністративну відповідальність юридичних осіб за вчинення правопорушень в інформаційній сфері.

Література

1. *Агапов А. Б.* Основы государственного управления в сфере информатизации в Российской Федерации. – М., 1997. – 343 с.

2. *Адміністративне* право України / Ю. П. Битяк, В. М. Паращук, О. В. Дьяченко та ін. / За ред. Ю. П. Битяка. – К., 2005. – 544 с.

In this work on the basis of active national and foreign legislation some problems of responsibility of individuals and organizations for administrative offence in information sphere are analyzed, recommendations on the improvement of active legislation are offered.

В статье на основе анализа национального и зарубежного законодательства раскрываются некоторые проблемы ответственности юридических и физических лиц за совершение административных правонарушений в информационной сфере, а также высказываются рекомендации по совершенствованию действующего законодательства.

СУТНІСТЬ СПЕЦІАЛЬНИХ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ ЗАСАД ДІЯЛЬНОСТІ АНТИМОНОПОЛЬНОГО КОМІТЕТУ УКРАЇНИ Й ОСОБЛИВОСТІ ЇХ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Олена Плетньова,
аспірантка кафедри комерційного права
Київського національного торговельно-економічного університету

У статті розглядаються спеціальні процесуальні засади діяльності Антимонопольного комітету України та шляхи вдосконалення їх правового регулювання.

Ключові слова: правовий статус, процесуальні засади, відповідальність, Антимонопольний комітет України.

В умовах розвитку ринкової економіки дедалі більшої актуальності набувають питання захисту конкурентних відносин. Ефективність такого захисту залежить, насамперед, від діяльності впливових державних органів, здатних реалізовувати владні повноваження у зазначеному напрямі. На сьогодні в Україні таку функцію покладено на Антимонопольний комітет України (далі – Комітет), який відповідно до Закону України «Про Антимонопольний комітет України» від 26.11.1993 р. № 3659-XII *є державним органом із спеціальним статусом*. У чому полягає «спеціальний статус» Комітету ні в юридичній літературі, ні в законодавстві не визначено. Єдиним натяком на сутність цього поняття є ч. 2 ст. 1 Закону України «Про Антимонопольний комітет України», відповідно до якої «особливості спеціального статусу Антимонопольного комітету України обумовлюються його завданнями та повноваженнями, в тому числі роллю у формуванні конкурентної політики, та визначаються цим Законом, іншими актами законодавства і полягають, зокрема, в особливому порядку призначення та звільнення Голови Антимонопольного комітету України, його заступників, державних уповноважених Антимонопольного комітету України, голів територіальних відділень Антимонопольного комітету України, у спеціальних процесуальних засадах діяльності Антимонопольного комітету України, наданні соціальних гарантій, охороні особистих і майнових прав працівників Антимонопольного комітету України на рівні з працівниками правоохоронних органів, в умовах оплати праці». Отже, для розкриття змісту спеціального статусу Комітету необхідно розглянути вказані ознаки.

Дослідженням окремих аспектів спеціального статусу Комітету займалися такі українські фахівці, як О. Бакалінська, І. Бенедесюк, Л. Біла, Ю. Журик, О. Когут [1–5].

Метою цієї статті є вивчення особливостей процесуальних засад діяльності Антимонопольного комітету України та визначення шляхів удосконалення їх правового регулювання.

Гарантії здійснення повноважень антимонопольних органів України викладені у ст. 19 Закону України «Про Антимонопольний комітет України», відповідно до якої під час розгляду заяв і справ про узгоджені дії, концентрацію, про порушення законодавства про захист економічної конкуренції, у тому числі під час проведення розслідування, дослідження, прийняття розпоряджень, рішень за заявами та справами, здійснення інших повноважень у сфері контролю за дотриманням законодавства про захист економічної конкуренції, контролю за узгодженими діями, концентрацією органи та посадові особи Антимонопольного комітету України та його територіальних відділень керуються лише законодавством про захист економічної конкуренції й є незалежними від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб і суб'єктів господарювання, а також політичних партій, інших об'єднань громадян чи їх органів. Що стосується процесуальних засад діяльності Антимонопольного комітету України, то слід зазначити, що ст. 23 Закону України «Про Антимонопольний комітет України» містить лише загальні положення: «Діяльність щодо виявлення, запобігання та припинення порушень законодавства про захист економічної конкуренції, в тому числі законодавства про захист від недобросовісної конкуренції, проводиться Антимонопольним комітетом Ук-

© О. Плетньова, 2009

раїни, його органами та посадовими особами з додержанням процесуальних засад, визначених законодавчими актами України про захист економічної конкуренції. Порядок розгляду Антимонопольним комітетом України та його територіальними відділеннями справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції повинен забезпечувати дотримання прав і законних інтересів фізичних та юридичних осіб і держави».

З аналізу зазначеної статті не зрозуміло, в чому полягає спеціальний характер таких засад. Проте певні положення містяться у Законі України «Про захист економічної конкуренції» від 11.01.2001 р. № 2210-III, які дозволяють повніше дослідити це питання. Так, відповідно до ст. 59 цього Закону, порушення або неправильне застосування норм процесуального права може бути підставою для зміни, скасування чи визнання недійсним рішення органів Антимонопольного комітету України лише за умови, якщо це порушення призвело до прийняття неправильного рішення. Ця норма знайшла широке застосування та деталізацію у судовій практиці. Так, в Оглядовому листі Вищого господарського суду України «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із застосуванням законодавства про захист економічної конкуренції» від 11.07.2005 р. № 01-8/1222 зазначається, що порядок прийняття рішення органом Антимонопольного комітету України вважається порушеним, якщо таке рішення підписано не уповноваженою на це особою. Що ж до недодержання органом Антимонопольного комітету України інших процедурних правил у розгляді справ про порушення конкурентного законодавства або при проведенні ним перевірки додержання суб'єктом господарювання конкурентного законодавства, то воно може мати наслідком визнання господарським судом відповідного рішення такого органу недійсним лише у випадках, коли відповідне порушення унеможливило або істотно ускладнило з'ясування фактичних обставин, що мають значення для прийняття правильного рішення у справі, наприклад, порушено право особи, яка бере участь у справі, на подання доказів, клопотань, усних і письмових пояснень (заперечень), пропозицій щодо питань, які виносяться на експертизу тощо. Якщо порушення органом Антимонопольного комітету України процедурних правил у розгляді справи про порушення конкуренційного законодавства не призвело до прийняття неправильного рішення по суті розглянутої ним справи, то у господарського суду немає підстав для визнання оспорюваного рішення недійсним.

В інформаційному листі Вищого господарського суду «Про деякі питання практики застосування конкурентного законодавства» від 13.04.2007 р. № 01-8/229 зазначена норма роз'яснена ще більш повно: «Визнання господарським судом повністю або частково недійсним рішення Антимонопольного комітету України чи його органів з підстав, зазначених у частині першій статті 59 Закону України «Про захист економічної конкуренції», не є перешкодою для проведення відповідним органом нової перевірки дотримання вимог законодавства про захист економічної конкуренції, дослідження ринку тощо з метою усунення порушень чи недоліків, які потягли за собою визнання рішення недійсним. За результатами такої перевірки можливе прийняття іншого рішення, яке, в свою чергу, в разі незгоди з ним заінтересованих осіб може бути оскаржено ними в установленому порядку.

Таким чином, закон встановлює, а судова практика підтверджує, право антимонопольних органів на процесуальну помилку, якщо така помилка не матиме своїм безпосереднім наслідком неправильне вирішення справи. На нашу думку, такі положення дійсно можна охарактеризувати як особливі процесуальні засади, що притаманні органам із спеціальним статусом. Адже в жодному нормативно-правовому акті з тих, що визначають статус міністерств чи державних комітетів в Україні, таких норм не міститься, тобто наявність таких положень у Законі України «Про захист економічної конкуренції» свідчить про ставлення законодавця до рішень Комітету як до таких, що не можуть бути оскаржені на підставі неістотної процесуальної помилки. У той самий час подібні гарантії потенційно можуть породжувати зловживання та нехтування встановленими правилами реалізації тих чи інших повноважень з боку працівників Комітету. Тому, на нашу думку, необхідно на законодавчому рівні закріпити положення, які б стимулювали службових осіб Антимонопольного комітету України до належного виконання своїх обов'язків. Зокрема, першочергове значення має встановлення відповідальності за неналежне вчинення таких важливих дій, як проведення перевірок, вилучення й арешт доказів тощо. Адже для суб'єктів господарювання відповідальність за порушення норм законодавства про захист конкуренції передбачена як законами України «Про захист економічної конкуренції», «Про недобросовісну конкуренцію», так і Кодексом України про адміністративні правопорушення від 07.12.1984 р. № 8073-X (статті 166^1–166^4). Разом із тим щодо працівників антимонопольних органів чітких заходів відповідальності за неналежне виконання ними своїх обов'язків конкурентне законодавство не встановлює. Так, п. 73 Положення про порядок проведення перевірок

додержання законодавства про захист економічної конкуренції, затвердженого розпорядженням Антимонопольного комітету України від 25.12.2001 р. № 182-р, передбачено, що за невиконання або неналежне виконання службовими особами своїх обов'язків, у тому числі порушення встановлених порядку та періодичності проведення перевірок, винні службові особи несуть *відповідальність відповідно до чинного законодавства України*. Аналогічне посилання міститься у ст. 44 Закону України «Про захист економічної конкуренції»: за утаювання, розтрату чи втрату предметів, документів, інших носіїв інформації особи, яким вони передані на зберігання, несуть *відповідальність, передбачену законом*. Постає питання: яка ж саме відповідальність передбачена законодавством України для працівників антимонопольних органів України?

Аналіз спеціальних нормативно-правових актів, спрямованих на врегулювання конкурентних відносин, а також Кодексу України про адміністративні правопорушення свідчить про відсутність у зазначених актах конкретних санкцій для працівників антимонопольних органів за невиконання або неналежне виконання ними своїх обов'язків. Певні заходи відповідальності передбачені ст. 182, а також розділом XVII «Злочини у сфері службової діяльності» Кримінального кодексу (далі – КК) України від 05.04.2001 р. № 2341-III. Зокрема, за вчинення такого злочину, як зловживання владою або службовим становищем, тобто умисне, з корисливих мотивів чи в інших особистих інтересах або в інтересах третіх осіб, використання службовою особою влади чи службового становища всупереч інтересам служби, якщо воно заподіяло *істотну шкоду* охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб, передбачено відповідальність у вигляді виправних робіт на строк до двох років або арешт на строк до шести місяців, або обмеження волі на строк до трьох років, із позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років. При цьому невід'ємною ознакою зазначеного складу злочину є спричинення істотної шкоди, якою вважається така шкода, що в 100 і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян (п. 3 ст. 364 КК України). Аналогічну умову містять також деякі інші статті цього розділу, зокрема ст. 365 (перевищення влади або службових повноважень) та ст. 367 (службова недбалість). Якщо ж має місце перевищення службових повноважень, але істотної шкоди у розумінні ст. 364 КК України не завдано, то з огляду на аналіз чинного законодавства, можно зробити висновок, що в цьому випадку настає лише цивільна та дисциплінарна відповідальність, оскільки адміністративної відповідальності законом не передбачено, тобто фактично до працівників антимонопольних органів можуть бути застосовані такі заходи, як догана та звільнення (передбачені Кодексом законів про працю України від 10.12.1971 р. № 322- VIII), а також заходи дисциплінарної відповідальності, передбачені ст. 14 Закону України «Про державну службу» від 16.12.1993 р. № 3723-XII: попередження про неповну службову відповідність; затримка до одного року у присвоєнні чергового рангу або у призначенні на вищу посаду.

На нашу думку, у випадку коли йдеться про виконання таких процесуальних дій, як проведення перевірок, огляд службових приміщень і транспортних засобів суб'єктів господарювання – юридичних осіб, вилучення та/або арешт доказів, нарівні з цивільною та дисциплінарною відповідальністю для службовців Антимонопольного комітету України необхідно передбачити адміністративну відповідальність за неналежне виконання обов'язків для тих випадків, коли діяння не містять ознак злочину. Так, ст. 7 Закону України «Про боротьбу з корупцією» від 05.10.1995 р. № 356/95-ВР передбачає, що вчинення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, будь-якого з передбачених у ст. 1 цього Закону корупційних діянь, якщо вони не містять складу злочину, тягне за собою адміністративну відповідальність у вигляді *штрафу від двадцяти п'яти до п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян*. На нашу думку, такий штраф доцільно передбачити і в Законі України «Про захист економічної конкуренції» за порушення службовими особами Комітету порядку здійснення таких процесуальних дій, як проведення перевірок, огляд приміщень і транспортних засобів суб'єктів господарювання, вилучення та/або арешт доказів. Адже спеціальний статус Антимонопольного комітету України повинен не лише відображатися у повноваженнях, а й підкріплюватися належним виконанням таких повноважень з боку службових осіб Комітету. Тому, враховуючи рівень відповідальності для суб'єктів господарювання, визначений ст. 52 Закону України «Про захист економічної конкуренції», необхідно передбачити відповідний рівень відповідальності і для службових осіб Комітету за порушення ними своїх обов'язків.

Висновки

На сучасному етапі в чинному законодавстві дійсно закріплені особливі процесу-

альні гарантії, що дозволяють Антимонопольному комітету України ефективно реалізовувати владні повноваження. Разом із тим для забезпечення належного виконання таких процесуальних дій, як проведення перевірок, огляд службових приміщень і транспортних засобів суб'єктів господарювання – юридичних осіб, вилучення та/або арешт доказів необхідно на законодавчому рівні передбачити суворі заходи адміністративної відповідальності для службових осіб Комітету за неналежне виконання своїх обов'язків. Встановлення таких санкцій сприятиме не лише мінімізації кількості можливих порушень під час здійснення зазначених дій, а й діалогу між Антимонопольним комітетом України та суб'єктами господарювання на засадах взаємодії та взаємоповаги.

Література

1. *Бакалінська О. О.* Захист економічної конкуренції: організаційно-правові засади державного управління: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2003. – 253 с.

2. *Бенедесюк И.* Комментарий специалиста // Бизнес. Бухгалтерия. – 2000. – № 38. – С. 19–21.

3. *Била Л. Р.* Административная ответственность за нарушение антимонопольного законодательства Украины: Дис. ... канд. юрид. наук. – О., 1995. – 174 с.

4. *Журик Ю. В.* Розгляд Антимонопольним комітетом України справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2004. – 209 с.

5. *Когут О. В.* Особливості адміністративних проваджень у справах про недобросовісну конкуренцію: Дис. ... канд. юрид. наук. – Ірпінь, 2004. – 221 с.

The paper describes the special procedural framework of the Antimonopoly Committee of Ukraine activity and ways to improve its legal regulation.

В статье рассматриваются специальные процессуальные основы деятельности Антимонопольного комитета Украины и пути усовершенствования их правового регулирования.

ОКРЕМІ ПИТАННЯ ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ «НАЦІОНАЛЬНА ЕКОНОМІЧНА БЕЗПЕКА»

Андрій Детюк,
здобувач кафедри адміністративного та фінансового права Національного університету біоресурсів і природокористування України, м. Київ

У статті досліджується важливе для теорії національної безпеки питання визначення поняття «економічна безпека», сформульоване в результаті ґрунтовного аналізу наукових підходів з визначення змісту таких категорій, як «загроза економічній безпеці», «інтереси економічної безпеки», «слабкість економічної безпеки» тощо. Запропоновані авторські визначення поняття «загрози економічній безпеці» та їх класифікація.

Ключові слова: загрози економічної безпеки, інтереси економічної безпеки, економічна безпека, національна безпека.

Проблематика економічної безпеки протягом останнього десятиліття стала об'єктом посиленої уваги не лише представників вітчизняної науки, а й владних структур, політичних партій, науковців, широкої громадськості. Не можна стверджувати, що ця тематика не досліджувалась у радянський період, але інтерес зріс з моменту економічних перетворень і системної кризи української економіки.

Суттєвих результатів у вирішенні проблеми із забезпечення економічної безпеки досягли такі дослідники та практичні працівники, як Л. Абалкін, А. Архипов, К. Астапов, Є. Ведута, С. Глазьєв, А. Городецький, О. Ілларіонов, С. Ликшин, Б. Мільнер, Б. Михайлов, Є. Олейніков, К. Самсонов, С. Свинаренко, В. Сенчагов, В. Тамбовцев, а також українські вчені І. Бінько, В. Геєць, Б. Кравченко, В. Мунтіян, Г. Пастернак-Таранущенко, В. Шлемко та ін. Окремі теоретичні та практичні аспекти проблеми забезпечення економічної безпеки досліджувалися Л. Безчасним, О. Бєловим, В. Бойком, М. Бурмистровим, О. Власюком, С. Воронцовим, В. Горбуліним, Б. Губським, П. Іващенком, Я. Жалілом, С. Коваленком, Т. Ковальчуком, Т. Костюком, Є. Марчуком, Л. Мініним, С. Мочерним, О. Острим, М. Павловським, О. Подолякою, І. Шумилом та ін.

На сучасному етапі поняття «економічна безпека» увійшло в нормативні документи; економічна проблематика зайняла провідне місце в Основах національної безпеки України, схвалених Законом України від 19.06.2003 р. № 964-IV [1]; розроблено План заходів щодо реалізації Стратегії національної безпеки України (розпорядження Кабінету Міністрів України від 10.09.2008 р. № 1214-р.).

На жаль, теоретичне та методологічне розроблення проблематики економічної безпеки на сьогодні не можна назвати задовільною порівняно з її практичним застосуванням.

По-перше, всі вітчизняні дослідники оперують категоріями «загрози», «економічні інтереси» тощо, але єдиного розуміння їх немає. Хоча саме ці поняття або присутні у визначенні дефініції «економічна безпека», або наявність їх там розуміється.

По-друге, дискусії в пострадянській Україні з тематики економічної безпеки характеризувалися тим, що термін «економічна безпека» від самого початку розмножувався поділом. Про це свідчить існування різноманітних складових економічної безпеки в окремих авторів. Виникли сировинно-ресурсна, енергетична, фінансова, безпека фінансово-кредитної сфери, воєнно-економічна, технологічна, продовольча, аграрна, демографічна, екологічна, промислово-технологічна, соціальна, продовольча, приватизаційна, зовнішньоекономічна [1–5], тобто до економічної безпеки включені майже всі складові національної безпеки. Іноді ці складові претендують, якщо не на власний науковий статус, то хоча б на відповідне місце в суспільних дискусіях. Взагалі поняття «економічна безпека» почало застосовуватися практично до всіх галузей, що переживали кризу. Лідерами можна назвати продовольчу й енергетичну. Це пояснюється тим, що в усіх наведених структурах економічної безпеки автори використовують різнопланові критерії їх поділу на складові; всі ці наведені структури є дуже широким трактуванням складу економічної безпеки.

На нашу думку, до економічної безпеки слід відносити тільки ті її складові, які містять лише економічні відносини або базу-

© А. Детюк, 2009

ються на них, що й буде єдиним критерієм класифікації складових економічної безпеки. З такої точки зору нам імпонує думка М. Єрмошенка, який вважає, що до категорії «економічна безпека держави» доцільно відносити лише фінансову, внутрішньоекономічну та зовнішньоекономічну складові [6, с. 29]. Як бачимо фінансова безпека або безпека фінансово-кредитної сфери виступає окремою підсистемою економічної безпеки як системи загалом. Це пояснюється тим, що на фінансах базується економіка будь-якої країни; фінанси – «кров» економічної системи держави, без якої економіка будь-якої країни за сучасних умов не може функціонувати. Тим більше, що фінанси виступають як сукупність економічних відносин, які виникають у процесі обігу грошових коштів.

По-третє, вживання терміна «безпека» використовується в деяких випадках лише для надання досліджуваній проблемі відтінку пріоритетності. Насамперед це стосується статей, в яких обговорюються проблеми кризового стану окремих галузей і шляхів його подолання. Хоча ці проблеми дійсно важливі та невідкладні, їх можна вирішувати за допомогою вже існуючого інструментарію. Це стосується і деяких окремих рівнів економічної безпеки, зокрема рівня підприємства, фірми й індивідів, де для характеристики економічної безпеки підприємств використовуються показники фінансового стану та результати господарської діяльності, а для характеристики економічної безпеки особи – показники рівня життя.

Нарешті, що стосується безпосередньо поняття «економічна безпека», то при уважному вивченні української та російської літератури, спеціально присвяченої проблемам економічної безпеки, або тієї, що використовує цей термін, виникає таке враження, що кожний із дослідників наповнює зміст зазначеного терміна своїм, зрозумілим лише йому змістом.

Аналіз визначень, наведених українськими та російськими дослідниками, а також існуючих у нормативно-правових актах, дозволяє зробити висновок, що існує як мінімум п'ять підходів до розуміння поняття «економічна безпека», зокрема:

- визначення через «інтереси» (національні, державні, суспільні тощо);
- визначення через «стабільність», «стійкість», «надійність» (національної економіки, економічного розвитку, соціально-економічної системи тощо);
- визначення через «розвиток», «відтворення»;
- визначення через «незалежність» (зовнішньоекономічної діяльності, економіки);
- визначення як умови припинення нелегальних видів економічної діяльності.

Перший підхід користується найбільшою популярністю. Як приклад, можна навести таке визначення: «національна економічна безпека – це такий стан економіки й інститутів влади, за якого забезпечується гарантований захист національних інтересів, гармонійний, соціально спрямований розвиток країни в цілому, достатній економічний та оборонний потенціал навіть за найбільш несприятливих варіантів розвитку внутрішніх і зовнішніх процесів» [1, с. 29]. У наведеній дефініції відразу звертається увага на застереження «за найбільш». Виникає питання: що є критерієм, межею цього застереження? Чи не доцільніше було б вести мову про порогові значення? А якщо показники економічної безпеки не перевищуватимуть «найбільш несприятливих варіантів розвитку внутрішніх і зовнішніх процесів», то економіка й інститут влади не повинні «забезпечувати гарантований захист національних інтересів, гармонійний, соціально спрямований розвиток країни в цілому, достатній економічний та оборонний потенціал»? Певною мірою воєнно-економічна сфера є підсистемою економічної безпеки, але в даному випадку: що таке «оборонний потенціал», яким чином він пов'язаний з економічною безпекою?

Ще одне визначення економічної безпеки, наведене українським дослідником: «економічна безпека виступає як режим функціонування держави в особі законодавчої, виконавчої і судової влад, при якому забезпечуються невразливість і незалежність економічних інтересів держави по відношенню до можливих зовнішніх і внутрішніх загроз і впливів» [6, с. 6]. У даному випадку складається враження, що йдеться лише про гілки влади, які є центральним місцем системи економічної безпеки. А де ж «економічна система», яку роль вона повинна відігравати для економічної безпеки?

Прикладом іншого формулювання економічної безпеки через «інтереси» є: економічна безпека – це такий стан економічного механізму країни, який характеризується збалансованістю та стійкістю до негативного впливу внутрішніх і зовнішніх загроз, його здатністю забезпечувати на основі реалізації національних економічних інтересів сталий і ефективний розвиток вітчизняної економіки та соціальної сфери [7, с. 29]. Звичайно, позитивним моментом у даному визначенні є ознака «стійкості» економічного механізму «до негативного впливу внутрішніх і зовнішніх загроз»; разом із тим незрозуміло: збалансованість чого повинна забезпечуватися (інститутів, галузей тощо), що розуміється під сталістю й ефективністю розвитку?

Другий підхід акцентує увагу на підтриманні визначених характеристик функціону-

вання економічної системи й усіх її елементів; стримуванні або подоланні дії чинників, що дестабілізують функціонування економіки. Ілюстрацією такого підходу є формулювання: економічна безпека в найбільш загальному вигляді – це такий стан національної економіки, який дозволяє зберігати стійкість до внутрішніх і зовнішніх загроз і здатен задовольнити потреби особи, сім'ї, суспільства, держави [3, с. 8]; такий стан національної економіки й окремих її складових, який здатний забезпечити стійкий соціально-економічний розвиток, спроможність нейтралізувати внутрішні та зовнішні загрози і дозволяє задовольняти необхідні економічні потреби особи, суспільства, держави [8].

Третій підхід враховує здатність національної економіки до економічного саморозвитку, здатність економічної системи до стійкого розширеного відтворення, розвитку економічного, трудового й інтелектуального потенціалу країни; конкурентоспроможність національної економіки в міжнародних відносинах. Так, О. Архипов, А. Городецький, Б. Михайлов вважають, що економічна безпека – це спроможність економіки забезпечувати ефективне задоволення суспільних потреб на національному та міжнародному рівнях [9, с. 38]. Л. Абалкін розглядає економічну безпеку як сукупність умов і чинників, що забезпечують незалежність національної економіки, її стабільність і стійкість, спроможність до постійного оновлення, самовдосконалення [10, с. 5]. На думку Н. Нижника, Г. Ситника, В. Білоуса, економічна безпека – це такий стан правових норм і відповідних їм інститутів безпеки, які б гарантували позитивні темпи економічного розвитку, здатність зберігати чи відновлювати виробництво, забезпечувати стійке функціонування кредитно-фінансової системи [11, с. 55]. Г. Пастернак-Таранущенко вважає, що економічна безпека – це стан держави, за яким вона забезпечена можливістю створення, розвитку умов для плідного життя її населення, перспективного розвитку в майбутньому та в зростанні добробуту її мешканців [12, с. 7].

Що стосується *четвертого підходу* визначення через «незалежність», під яким розуміють спроможність самостійно розробляти та здійснювати власну економічну політику, а також визначати і реалізовувати національні економічні інтереси; можливість здійснення контролю з боку держави за національними ресурсами та державною власністю; спроможність залучення й утримання капіталу на власній території; здатність брати рівноправну участь у міжнародному поділі праці та світовій торгівлі, то воно практично не фігурує в чистому вигляді, а входить складовою частиною у визначення перших трьох підходів. Як приклад, можна запропонувати визначення Л. Абалкіна.

Ілюстративним прикладом *п'ятого підходу* є визначення економічної безпеки, що міститься у Концепції (основи державної політики) національної безпеки України, де економічна безпека розглядається як складова національної безпеки (безпека в економічній сфері), до якої віднесені такі напрями державної політики національної безпеки [13]:

- недопущення незаконного використання бюджетних коштів і державних ресурсів і перетікання їх у тіньову економіку;
- контроль за експортно-імпортною діяльністю, що спрямована на підтримку важливих для України пріоритетів і захист вітчизняного виробника;
- боротьба з протиправною економічною діяльністю, протидія неконтрольованому відпливу національних матеріальних, фінансових, інтелектуальних, інформаційних та інших ресурсів.

Безумовно, таке поняття економічної безпеки дуже вузьке; склад економічної безпеки значно ширший за наведений у Концепції національної безпеки України. На цьому наголошує і М. Єрмошенко [6, с. 29].

У літературі для визначення економічної безпеки найчастіше вживаються окремі комбінації поєднання описаних підходів. Цим і зумовлюється відсутність консенсусного визначення економічної безпеки (оскільки інтереси, стабільність, стійкість, надійність, розвиток, відтворення, незалежність – це самостійні категорії, які не завжди пересікаються, то «нанизування» однієї категорії на іншу неможливе без додаткових пояснень їх змісту. Зокрема, це стосується поняття «економічна безпека», визначене через «інтереси», яке має свої сильні та слабкі сторони. Це поняття має сенс тоді, коли інтереси носять об'єктивний характер, тобто визначені економічні інтереси є дійсно відображенням інтересів суспільства та держави. Коли ж визначення економічної безпеки є суб'єктивним, тобто визначені економічні інтереси є інтересами політично ангажованих сил, кожна з яких представляє лише вигідні їй цілі в економічній сфері, то спостерігається викривлення економічної політики держави, підпорядкування її лише вузькому колу осіб.

Крім того, деякі автори економічну безпеку розглядають не як стан, режим, правову атмосферу тощо, а як комплекс створюваних державою умов, заходів, вимог [5; 10; 14]. На нашу думку, це неправильно, оскільки самі умови та вимоги як такі безпекою не є, вони лише можуть виступати як механізм забезпечення необхідного рівня економічної безпеки.

Таким чином, зважаючи на викладене, «найбезпечніша» дефініція економічної без-

пеки полягає у її виведенні через поняття «стабільність», «стійкість», «надійність», які певною мірою переплітаються з поняттями «розвиток», «відтворення». Але перш як вивести поняття «економічна безпека» необхідно розглянути поняття «загрози», що в усіх без винятку дослідників даної проблематики є центральним.

У літературі існують різні підходи щодо визначення загроз економічній безпеці [5, с. 26–28; 15, с. 166; 16, с. 23; 17, с. 144]. Зокрема, українські дослідники вважають, що загрози економічній безпеці України – це явні чи потенційні дії, що ускладнюють або унеможливлюють реалізацію національних економічних інтересів, створюють небезпеку для соціально-економічної та політичної систем, національних цінностей, життєзабезпечення нації й окремої особи [17, с. 144]; або це дія факторів, а також ситуації й умови, що складаються в результаті цих дій, які виходять із внутрішніх і зовнішніх джерел небезпеки, відносно життєво важливих інтересів особи, фірми, регіону, суспільства та держави [16, с. 21].

Із наведених дефініцій випливає, що визначення національних економічних інтересів має першочергове значення при створенні системи економічної безпеки. Слід зазначити, що національні економічні інтереси були та залишаються сьогодні основними рушійними силами як внутрішньої, так і зовнішньої політики; вони змінюються, перевтілюються в більш цивілізовані форми та методи їх захисту і втілення в життя. Тому дії влади, її стратегічні рішення, різного роду програми повинні оцінюватися не на основі емоцій і суб'єктивних уподобань, а суворо вивірятися з точки зору їх відповідності національним економічним інтересам.

За вмінням правильно усвідомити та чітко сформулювати загальні національні економічні інтереси можна відрізнити державну мудрість від політичного авантюризму, корисливого слугування груповим інтересам. Національні економічні інтереси невіддільні від історії країни, від культури, традицій, системи цінностей, духовного складу її населення, що сформувалися протягом століть. Це повною мірою стосується і національних економічних інтересів країни, які виникають не з моменту проголошення її незалежності, а тому їх дослідження передбачає поєднання історії та самобутності культури, геополітичного положення і цивілізаційних особливостей.

Національні економічні інтереси завжди виступали в найбільш явній і очевидній формі. Тому завжди основною ідеєю внутрішньої та зовнішньої політики держави, з моменту її створення, було прагнення до забезпечення нормальних умов виробництва, а потім – до укріплення економічної могутності, процвітання. Підтримка і захист вітчизняного підприємництва землеробства, промисловості, торгівлі, незалежно від форм і типів господарювання, а також класових чи інших групових інтересів завжди були основними національними економічними інтересами. Пізніше до них додалися розвиток вітчизняної науки й освіти як вирішальних факторів економічного успіху.

Послаблення країни і відсутність у її керівників чітко сформованих стратегічних орієнтирів зумовили зовнішній тиск на неї. Але в цьому немає нічого несподіваного. Тиск є логічним результатом суворого дотримання політичними лідерами інших країн своїх національних економічних інтересів, спрямованим на захист і підтримку власних вітчизняних підприємницьких і фінансових структур.

Крім того, слід пам'ятати і про загрозу національним економічним інтересам, яка виникає зсередини. Йдеться про пріоритетність у багатьох випадках вузько групових і егоїстичних інтересів: монополістичних груп і окремих регіонів, торгово-посередницьких, а деякою мірою мафіозних, структур, управлінського апарату тощо.

Позбутися від подібного роду загроз як внутрішнього, так і зовнішнього характеру можна лише спираючись на чітко визначені національні економічні інтереси. Однак в Україні досі відсутні чітко визначені національні економічні інтереси, не сформована їх цілісна система [5, с. 21].

У жодній роботі з проблематики, що розглядається, не порушується питання про розмежування таких понять, як «загрози економічній безпеці» і «слабкість економічної безпеки». Хоча насправді необхідно дискутувати і про загрози, і про фактори, що роблять саму систему вразливою для цих загроз. На нашу думку, слід розуміти, від чого потрібно «захищатися», а потім вже визначатися, які слабкості заважають зробити захист ефективним. Так, до загроз економічної безпеки України відноситься обмежений доступ до ринків сировини і технологій; загрозою є не відсутність відповідних виробництв у національній економіці (іншими словами, залежність від міжнародного ринку), а фактори, що здатні заважати отриманню відповідних продуктів і технологій. Це не означає, що на слабкості не треба звертати увагу (саме в силу того, що вони роблять систему відкритою для загроз), але ні в якому разі їх не можна ототожнювати із загрозами.

Під факторами, що сприяють порушенню економічної стабільності, необхідно розуміти внутрішні та зовнішні виклики. Таким чином, загрози необхідно ідентифікувати як внутрішні і зовнішні.

Загрози економічній безпеці дослідниками проблеми економічної безпеки розгляда-

ються або як загрози для стабільності в економічній системі, або як загрози національній безпеці в цілому, які носять економічний характер, або як поєднання цих двох. На нашу думку, розмежування цих груп є необхідним, оскільки йдеться про загрози, які пересікаються, але не збігаються, оскільки не всі загрози для економічної системи є загрозами національній безпеці. З іншого боку, не є загрозами для економічної системи деякі економічні загрози, що мають критичне значення з точки зору національної безпеки. Очевидно, що поєднання цих двох проблем, зокрема шляхом включення всіх загроз для економічної системи в поняття «загрози національній безпеці» не є раціональним. У свою чергу, визначення загроз економічній безпеці на перетині цих груп, зокрема, включення тільки тих загроз економічній системі, які одночасно є загрозами і національній безпеці, відповідало би простому переходу до розгляду економічних аспектів національної безпеки. На нашу думку, найбільш адекватним є розгляд усіх факторів, що створюють загрозу стабільності економічній системі.

Що може бути об'єктом загроз? Більшість дослідників вважають, що цим об'єктом повинна бути деяка система. В якості систем можуть виступати економіка країни, держава, суспільство, регіон, міжнародна економічна система, галузь, підприємство, особистість тощо. На нашу думку, такий розширений перелік не є правильним. Першим аргументом є те, що поняття безпеки запозичене з теорії міжнародних відносин, а тому відноситься до систем, в яких функціонують суб'єкти прийняття політичних рішень; це робить недоцільним міркування про «безпеку» галузей підприємств тощо. Другим аргументом виступають сумніви, щодо тверджень про безпеку субординаційних систем, прикладом яких виступає саме регіон країни (адміністративний або географічний). У нормально функціонуючій системі національної держави політичні рішення, що приймаються на регіональному рівні, можуть бути втілені в життя лише у випадках, коли вони не суперечать пріоритетам національного рівня (в іншому випадку йдеться про загрозу безпеці держави в цілому). Крім того, без виникнення будь-яких загроз для безпеки когось чи чогось адміністративні регіони можуть бути реорганізовані. Третій аргумент полягає у доцільності використання наукового інструментарію щодо економічної безпеки. Так, терміни, які раніше характеризували ефективність діяльності підприємства або збалансованість економіки регіону, при обговоренні проблем економічної безпеки плавно перемістились і використовуються в цій сфері. Таким чином, як об'єкт загроз необхідно розглядати міжнародну або національну економічні системи.

Практично всі дослідники погоджуються з тим, що до основних загроз економічній безпеці необхідно віднести і економічні, і політичні. Що стосується інших факторів, які тим чи іншим чином загрожують функціонуванню економічної системи, у тому числі екологічні, гуманітарні, культурні, кримінальні), то, на нашу думку, їх не можна ігнорувати. Але вносячи їх до загроз економічній безпеці ми лише розширимо список загроз. Відповідно для класифікації загроз (щоб уникнути визначеної проблеми) критерієм оберемо їх джерело походження. В даному випадку загрози економічній безпеці поділяються на загрози економічного та політичного походження, оскільки джерелом більшості екологічних, кримінальних тощо загроз є недосконалість економічних і політичних інститутів або економіко-політичних процесів.

Отже, *загрозами економічній безпеці* є внутрішні та зовнішні фактори економічного чи політичного походження, здатні викликати дестабілізацію національної чи міжнародної економічної системи. З урахуванням цього, під *національною економічною безпекою* слід розуміти *стійкість національної економічної системи та її здатність до розвитку в умовах дії чинників, викликаних зовнішніми і внутрішніми факторами економічного чи політичного походження*.

Підводячи підсумок, констатуємо, що проблем у сфері, що розглядається, досить багато, щоб зробити висновок про задовільний стан концептуального розроблення даної проблематики. Це робить актуальним звернення до більш широкої теоретичної перспективи розгляду відповідних питань.

Література

1. *Основы* экономической безопасности: Государство, регион, предприятие, личность / Под ред. Б. А. Олейникова. – М., 1997. – 288 с.

2. *Проблеми* економічної безпеки в Україні. – К., 1997. – 54 с.

3. *Шлемко В. Т., Бінько І. Ф.* Економічна безпека України: сутність і напрямки забезпечення. – К., 1997. – 144 с.

4. *Городецкий А.* Вопросы безопасности экономики России // Экономист. – 1995. – № 10.

5. *Мунтіян В. І.* Економічна безпека України. – К., 1999.

6. *Єрмошенко М. М.* Фінансова безпека держави: національні інтереси, реальні загрози, стратегія забезпечення. – К., 2001. – 309 с.

7. *Балакина А. П., Цыпин И. С., Кваша Ю. Ф., Цыпин С. И.* Экономическая безопасность (национальный и международный аспект). – М., 2001. – 110 с.

8. *Стратегія* забезпечення економічної безпеки. – К., 1999.

9. *Архипов А., Городецкий А., Михайлов Б.* Экономическая безопасность: оценки, проблемы, способы обеспечения // Вопросы экономики. – 1994. – № 12. – С. 36–44.

10. *Абалкин Л.* Экономическая безопасность России: угрозы и их отражение // Вопросы экономики. – 1994. – № 12. – С. 4–13.

11. *Нижник Н. Р., Ситник Г. П., Білоус В. Т.* Національна безпека України (методологічні аспекти, стан і тенденції розвитку) / За ред. П. В. Мельника, Н. Р. Нижник. – Ірпінь, 2000. – 304 с.

12. *Пастернак-Таранущенко Г. А.* Економічна безпека держави. – К., 1994.

13. *Концепція* (основи державної політики) національної безпеки України // Голос України. – 1997. – 4 лютого.

14. *Задорожный Г. В., Иващенко П. А., Тютюнникова С. В.* Экономическая безопасность и теневая экономика. – Х., 1999. – 207 с.

15. *Экономическая* безопасность: производство–финансы–банки / Под ред. В. К. Сенчагова. – М., 1998. – 621 с.

16. *Гончарова В. О.* Вплив тіньової економіки на економічну безпеку держави. – Х., 2001. – 194 с.

17. *Концепція* економічної безпеки України. – К., 1998.

In work explored important in theories of national safety question determinations of the notion «economic safety». The Givenned definition is worded by author on the grounds of profound analysis scientific approach determinations of the contents such category as «threats to economic safety», «interests to economic safety», «weaknesses to economic safety» and is others. Offered author's determination of the notion of the threats to economic safety, as well as their categorization.

В статье исследуется важный в теории национальной безопасности вопрос определения понятия «экономической безопасности». Данная дефиниция сформулирована автором на основании анализа научных подходов определения содержания таких категорий, как «угрозы экономической безопасности», «интересы экономической безопасности», «слабости экономической безопасности» и др. Предложено авторское определение понятия «угрозы экономической безопасности», а также их классификация.

ЩОДО ПРОГАЛИН ПРАВА ЯК ДЕТЕРМІНАНТ ВИНИКНЕННЯ АДМІНІСТРАТИВНО-ГОСПОДАРСЬКОГО СПОРУ, ЇХ ВИЯВЛЕННЯ ТА ПОДОЛАННЯ

Вячеслав Пригоцький,
здобувач Національного університету Державної податкової служби України

У статті розглядаються причини виникнення прогалин у праві та законі, що зумовлюють адміністративно-господарські спори, узагальнюється порядок їх подолання.

Ключові слова: прогалини права і закону; кваліфіковане мовчання; технічна помилка; податковий борг.

Прогалини властиві кожній системі (галузі) законодавства, оскільки з'являються, як правило, в результаті бурхливого соціально-економічного розвитку, формування нових суспільних відносин. Разом із тим несуперечність законодавства є важливою умовою функціонування будь-якої його галузі. Але, мабуть, найбільш актуальною ця умова буде для податкового законодавства, оскільки будь-яка прогалина у ньому здатна створити дисбаланс у механізмі правового регулювання оподаткування, що може призвести до істотних обмежень прав і свобод.

Твердження щодо можливості відсутності прогалин права не раз піддавалися справедливій критиці. Одним із перших це питання з критикою порушив В. Лазарєв [1, с. 93–97]. О. Скакун стверджує, що порушення прав і свобод особи є наслідком існування прогалин у праві [2, с. 198], а М. Нерсесянц вказує на неможливість безпрогалинної регламентації життя та превентивного контролю за нею [3, с. 91].

Загальновизнано, що відсутність правової норми, яка регулює відносини сторін, може означати одне з двох (за відсутності помилки): наявність прогалини в чинному законодавстві або свідоме бажання законодавця не регулювати певні обставини. Прикладом прогалини податкового закону є норма підпункту «г» п. 9.8 ст. 9 Закону України «Про податок на додану вартість» від 03.04.1997 р. № 168/97-ВР щодо визначення права податкового органу прийняти самостійне рішення про анулювання реєстрації платника цього податку та врахування у ній квартальних платників. Іншим прикладом прогалини податкового закону є відсутність у законодавстві права податківців на проведення інвентаризації у платника податків і права перевірки його первинних бухгалтерських документів (окрім зведених реєстрів) під час перевірки.

Технічною помилкою законодавця може бути, наприклад, наявність двох сьомих частин у ст. 11^1 Закону «Про державну податкову службу в Україні» від 04.12.1990 р. № 509-XII, які суперечать восьмій.

Бажання законодавця не регулювати певні відносини й утворити прогалину має місце, наприклад, у випадку залишення ним диспозиції правової норми невизначеною (відкритою). До такого бажання також відносять випадки, коли закон містить абстрактні посилання на фактори, що лежать поза межами його регулюванням (добросовісність, справедливість, розумність) і не є юридичними. У цьому випадку правозастосовчим органам надається право конкретизувати абстрактні поняття закону.

Одним із випадків небажання законодавця регулювати певні суспільні відносини є «кваліфіковане мовчання». Його прикладом може бути норма п. 5.4.4 Закону України «Про оподаткування прибутку підприємств» від 28.12.1994 № 334/94-ВР у частині відсутності переліку рекламних заходів, що можуть бути включені до валових витрат.

Метою цієї статті є аналіз загальних підходів до визначення, виявлення та подолання прогалин податкового законодавства. Предметом розгляду є основні ознаки й елементи прогалин податкового закону як детермінанти виникнення адміністративно-господарських спорів.

Проблема прогалин у праві є актуальною вже давно і була предметом дослідження знач-

© В. Пригоцький, 2009

ної кількості вчених. Це, зокрема, І. Михайловський, Є. Васьковський, В. Лазарєв, Н. Вопленко, С. Алексеєв, С. Кечек'ян, В. Леушин та ін.

У науковій літературі в різний час існували різні підходи до проблеми визначення прогалин у праві. Так, О. Скакун зазначає, що прогалина у праві – це повна або часткова відсутність у чинних нормативно-правових актах необхідних юридичних норм, яку не можна ототожнювати з «помилкою в праві», що є результатом неправильної оцінки об'єктивних умов і вияву не тієї законодавчої волі, які слід було б втілити в нормативно-правовому акті [2, с. 400]. Аналогічно визначає прогалину права А. Шульга [4, с. 91], П. Рабінович [5, с. 125] та ін. Більшість авторів обґрунтовано здійснює поділ прогалин на дві категорії – *прогалини права* та *прогалини закону*.

Правова позиція, якої дотримуються А. Шульга [4, с. 93], В. Леушин [6, с. 407], О. Венгеров [7, с. 267], З. Незнамова [8, с. 12] та ін. полягає в тому, що *прогалина у законі* є там, де нормативний акт, регулюючи суспільні відносини в загальній формі, залишає якісь аспекти цих відносин без правового регулювання, у той час як вони повинні бути врегульовані саме в цьому нормативному акті. За повної відсутності нормативного акта, тобто там, де навіть у загальній формі певні відносини не отримали свого закріплення правом, наявна *прогалина у праві*.

Значна кількість авторів визнає такий поділ умовним. Зокрема, В. Лазарєв зазначає, що «прогалини у законах, у законодавстві є прогалинами в праві та навпаки» [1, с. 8]. Підтримують таку точку зору М. Вопленко [9, с. 24], С. Алексеєв [10, с. 261] та ін.

Разом із тим різні дослідники виокремлюють різні сторони й елементи прогалин. Так, В. Нерсесянц вважає, що прогалини в праві можуть бути наслідком неминучого відставання законодавства від динамічних суспільних відносин або результатом помилок законодавця тощо [11, с. 490], а О. Венгеров, на розвиток цієї тези, вказує, що прогалини в праві мають об'єктивну та суб'єктивну природу. *Об'єктивні прогалини* – це прогалини при виникненні нових суспільних відносин – правовий вакуум; *суб'єктивні* – це прогалини недосконалості законодавства, юридичної техніки тощо [7, с. 268].

З. Незнамова визначає прогалину права як дефект системи права, що виражається у відсутності конкретного нормативного припису відносно фактичних обставин, що перебувають у сфері правового регулювання [8, с. 14], а А. Черданцев поділяє прогалини на *первісні* та *похідні* (прогалини еволюції) [12, с. 251].

Основною та визначальною спільною ознакою визначень прогалин є загальна вказівка на відсутність правових норм для регулювання існуючих суспільних відносин. Подібний підхід до визначення прогалин у праві висловлювався правознавцями давно. Ще у XIX ст. І. Михайловський визначав прогалину у праві як ситуацію, у якій фактичні обставини випадку не відповідають ні одній із описових частин (припущень) діючих юридичних норм [13, с. 712]. Як варіант зазначеного висловлювалося твердження, що прогалина права наявна й у тому випадку, коли існує повна чи часткова відсутність нормативних правил у загальному та конкретному випадку, тобто без прив'язування суспільних відносин до обов'язкового правового їх регулювання. Такої позиції, зокрема, дотримувався Є. Васьковський, який стверджував, що прогалина у праві виражається в повній або частковій неврегульованості суспільних відносин правовими нормами [14, с. 127].

Синтез наведених визначень свідчить про те, що сама собою відсутність правової норми може ще і не свідчити про наявність прогалини, оскільки теорією права передбачається, що правове регулювання не охоплює й не повинно охоплювати собою всього розмаїття суспільних відносин. Ознакою існування прогалини права є відсутність норми лише у сфері суспільних відносин, що підлягають обов'язковому правовому регулюванню.

Оскільки прогалина у правовому регулюванні є дефектом системи права, він повинен бути усунутий. При цьому усунути прогалину може тільки законодавець, а у правозастосовчому процесі права лише долаються. Практична правозастосовча робота виробила конкретні підходи до подолання прогалин. Так, вони можуть долатися роз'ясненням, інструкцією чи положенням (далі – роз'яснення) органу управління.

Характерною особливістю роз'яснень, як зазначає С. Погребняк, є те, що за загальним правилом вони мають зворотну силу, адже вони виходять пізніше, ніж коментовані нормативно-правові акти. Це повністю узгоджується з тим, що роз'яснення не містять нових правил поведінки, а лише вносять ясність і чіткість у розуміння існуючих норм [15, с. 46]. При цьому існує небезпека, що роз'яснення може спотворювати закон, створювати нові правові норми й як результат мати невідповідне, суперечливе тлумачення норм податкового законодавства. Такий стан справ безпосередньо стосується і Державної податкової адміністрації України (далі – ДПАУ), яка час від часу визнає невідповідність деяких своїх податкових роз'яснень.

Прикладом суперечливого тлумачення податкового законодавства державними органами завдяки наявній прогалині закону може бути ситуація, яка складається у бан-

ківській сфері з платежами під час кризи. Так, через брак ліквідності виникла гостра проблема вчасного перерахування коштів платників податків до бюджету. На подолання цього явища Національний банк України (далі – НБУ) зобов'язав банки проводити платежі протягом двох днів у межах одного банку, і трьох – поза межами (постанови від 11.10.2008 р. № 319 та від 16.10.2008 р. № 328). Іншими словами, може відбутися затримка чи повне ненадходження коштів до бюджету при подачі платником платіжного доручення в останній день легітимного строку. Це, у свою чергу, тягне за собою застосування до платника податків фінансової відповідальності за ст. 17 Закону України «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами» від 21.12.2000 р. № 2181-III (далі – Закон № 2181-III).

ДПАУ у своєму роз'ясненні положень підпункту 16.5.1 Закону № 2181-III [16] та листі від 14.01.2008 р. № 412/7/24-0117 [17] вказує, що за порушення строків зарахування податків до бюджету з вини банку платник податків звільняється від відповідальності. Але норма підпункту 16.5 Закону № 2181-III не звільняє платника податків від обов'язку сплатити суму податкового зобов'язання. Таку позицію підтримує Вищий арбітражний суд [18].

Державний комітет України з питань регуляторної політики та підприємництва у листі від 05.03.2002 р. № 5-532/1273 вказує на те, що є неправомірними дії працівників податкових органів щодо повторного стягнення сум податків із суб'єктів підприємницької діяльності, які у встановлені законодавством строки подали до банку платіжні доручення для своєчасного та повного внесення податку. З цим погоджуються Комітет Верховної Ради з питань фінансів і банківської діяльності, Вищий адміністративний суд та Верховний Суд України [19].

Отже, на підставі тлумачення однієї норми, а саме п. 16.5 Закону № 2181-III, державними органами зроблені протилежні висновки. Це є підтвердженням, по-перше, наявності прогалини закону, по-друге, невідповідного суперечливого тлумачення права юридичних норм.

Щодо сутності наведеної проблеми, то найбільш адекватною, на нашу думку, є позиція ДПАУ, оскільки вона ґрунтується на системному тлумаченні податкового законодавства, легальному визначенні податку та податкового зобов'язання. До аргументів, використаних податковою службою, додамо, що, оскільки визначаючи дефініцію «податкове зобов'язання» законодавець використав дієслово «сплатити» у закінченій формі, то словосполучення «зобов'язання платника податків сплатити» набуває сенсу тільки після надходження коштів до бюджету.

Загалом слід зазначити, що відсутність у законодавстві визначення «сплата обов'язкового платежу» та невизначення моменту, з якого обов'язковий платіж вважається сплаченим, дає можливість для їх різного тлумачення.

Для усунення (заповнення) зазначеної прогалини пропонуємо доповнити ч. 1 ст. 1 Закону № 2181-III пунктом 1.21 такого змісту: «сплата податку (обов'язкового платежу) – фактичне надходження коштів до бюджету після реєстрації обслуговуючим банком платіжного доручення на переказ грошових коштів для погашення податкового зобов'язання чи податкового боргу».

Заповнення чи подолання прогалин у праві є логічним продовженням діяльності з їх виявлення і здійснюється у процесі правотворчості шляхом внесення змін і доповнень до законів. Заповнення прогалин здійснюється шляхом видання норми, подолання прогалин – шляхом аналогії [1, с. 182].

Правила тлумачення є особливою наукою – юридична герменевтика, тобто наука про тлумачення, відповідно до якого аналогія закону чи права опосередковує тлумачення відповідних норм або загальних принципів, основних засад права.

Застосування аналогії починається із з'ясування змісту норми, оскільки абстрактність правових норм, стислість і лаконічність тексту й, як наслідок, двозначність формулювань, може призвести до різного її розуміння. Тому процес тлумачення норми права розпочинається з лінгвістичного аналізу тексту нормативно-правового акта, а потім – аналізу логіки мислення. Після цього досліджується місце норми в системі права, нормативно-правовому акті, а також місце даного нормативно-правового акта в системі законодавства. Здійснюється аналіз умов економічного та політичного життя, які зумовили видання даного нормативно-правового акта, встановлюється мета його видання тощо. Воля сторін підлягає з'ясуванню лише у випадку, коли буквальне тлумачення не дозволяє визначити зміст договору. При цьому тлумачення повинно здійснюватися з урахуванням принципу сумлінності, розумності та справедливості.

Узагальнюючи різні позиції щодо визначення прогалин, доцільно підтримати недиференційований підхід, оскільки податки – це та галузь позитивного права, де неврегульованість відносин може призвести до значних соціальних зрушень. У зв'язку з цим пропонується таке формулювання прогалини закону: *це повна або часткова відсутність у системі законодавства правової норми, необхідної для повноцінного вирішення питання,*

що є предметом правового регулювання; це юридичний факт відповідно до якого законом не передбачене конкретне вирішення спірного питання повністю або у частині.

Проведений аналіз дозволяє зробити **висновок,** що причинами виникнення прогалин у податковому праві є:

невміння законодавця врегулювати все розмаїття життєвих ситуацій і передбачити появу нових суспільних відносин;

технічні помилки;

кваліфіковане мовчання.

Для подолання прогалини закону доцільно використовувати інші існуючі правові норми, які з урахуванням правил тлумачення та логіки можуть бути застосовані до конкретних випадків. Це – найбільш правильний і доцільний спосіб, оскільки правозастосовці, по-перше, залишаються в межах діючого права, по-друге, керуються прийомами загальноприйнятої логіки.

Література

1. *Лазарев В. В.* Пробелы в праве. Вопросы понятия пробелов и критика теорий беспробельности права. – Казань, 1969. – 125 с.

2. *Скакун О. Ф.* Теорія держави і права / Пер. з рос. – Х., 2001. – 656 с.

3. *Нерсесянц В. С.* Философия права. – М., 1997. – 652 с.

4. *Шульга А. М.* Теория государства и права. – Х., 2000. – 91 с.

5. *Рабінович П. М.* Основи загальної теорії права та держави. – Х., 2002. – 160 с.

6. *Теория* государства и права / С. С. Алексеев, С. И. Архипов, Г. В. Игнатенко и др. – М., 2000. – 595 с.

7. *Венгеров А. Б.* Теория государства и права. – М., 2000. – 528 с.

8. *Незнамова З. А.* Коллизии в уголовном праве. – Екатеринбург, 1994. – 284 с.

9. *Вопленко Н. Н.* Официальное толкование норм права. – М., 1976. – 119 с.

10. *Алексеев С. С.* Проблемы теории права: В 2 т. – Свердловск, 1973. – Т. 2. – 401 с.

11. *Нерсесянц В. С.* Общая теория права и государства. – М., 1999. – 552 с.

12. *Черданцев А. Ф.* Теория государства и права. – М., 2000. – 432 с.

13. *Михайловский И. В.* Очерки философии права // Хропанюк В. Н. Теория государства и права. – М., 1998. – 922 с.

14. *Васьковский Е. В.* Руководство к толкованию и применению законов. – М., 1913. – 171 с.

15. *Погребняк С.* Машина времени и налоговые разъяснения (письма) // Бухгалтер. – 2002. – № 37.– С. 46–47.

16. *Податкове* роз'яснення положень підпункту 16.5.1 Закону України «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами й державними цільовими фондами» у випадку несплати платежу в бюджет (державний цільовий фонд) з вини банку у випадку ліквідації такого банку: Наказ Державної податкової адміністрації від 17.01.2002 р. № 29 // Бухгалтер. – 2002. – № 4. – С. 12–13.

17. *Лист* Державної податкової адміністрації України від 14.01.2008 р. № 412/7/24-0117 // Правова інформаційна система «ЛІГА-ЗАКОН».

18. *Вищий* арбітражний суд України: Роз'яснення від 12.05.1995 р. № 02-5/451 // Бюлетень законодавства і юридичної практики України. – 2007. – № 11.

19. *Узагальнення* судової практики вирішення спорів, пов'язаних із застосуванням законодавства про оподатковування суб'єктів підприємництва: Постанова Президії Верховного Суду України від 23.12.2003 р. № 44 // Господарське судочинство в Україні. – 2004.

Is this article the reasons of appearing of gaps of the right and law are esteemed, as foundations of originating of administrative dispute, and the order of their overcoming is extended.

В статье рассматриваются причины возникновения пробелов в праве и законе, которые обуславливают административно-хозяйственные споры, обобщается порядок их преодоления.

УДОСКОНАЛЕННЯ ДІЯЛЬНОСТІ СПЕЦІАЛІЗОВАНИХ ДЕРЖАВНИХ ПОДАТКОВИХ ІНСПЕКЦІЙ ПО РОБОТІ З ВЕЛИКИМИ ПЛАТНИКАМИ ПОДАТКІВ

Віктор Гой,
здобувач кафедри адміністративного права і процесу
Національного університету Державної податкової служби України

У статті розглядаються питання оновлення діяльності спеціалізованих державних податкових інспекцій по роботі з великими платниками податків. Автор наголошує, що їх модернізація має відбуватися узгоджено з удосконаленням роботи всіх органів системи ДПС, що дозволить оптимізувати адміністративну діяльність СДПІ й реалізувати податкову реформу в цілому.

Ключові слова: спеціалізована ДПІ, великий платник податків, система ДПС.

Побудова незалежної держави – це тривалий процес, який потребує здійснення реформування практично всіх соціальних інституцій. Адже зміна політичної, економічної, соціальної політики вимагає адекватних змін у державному управлінні, у застосовуваних формах і методах управління, а також відповідного законодавчого забезпечення зазначених процесів. Оскільки на податкові надходження припадає левова частка доходів державного бюджету, тобто вони забезпечують «платоспроможність» держави, то необхідність реформування органів державної податкової служби (далі – ДПС) України, які власне й стягують відповідні податкові платежі, є незаперечною. Слід зазначити, що органи ДПС України хоча й потребують певної модернізації, проте не є абсолютно неспроможними виконувати покладені на них функції. Необхідність їх удосконалення зумовлена змінами в суспільно-політичному житті, зміною законодавства, активною зовнішньополітичною діяльністю нашої держави, зміцненням ринкових відносин в Україні, необхідністю розвитку партнерських відносин між владними та невладними суб'єктами.

Метою цієї статті є з'ясування напрямів модернізації спеціалізованих державних податкових інспекцій по роботі з великими платниками податків (далі – СДПІ по роботі з ВПП).

Проблематика вдосконалення роботи податкових органів порушується у працях як вітчизняних, так і зарубіжних учених, зокрема, А. Брезвіна, Є. Додіна, О. Єршова, С. Ківалова, Т. Коломоєць, В. Кухаренка, Л. Маркова, В. Шкарупи та ін.

Необхідність розроблення та практичної реалізації положень реформи податкової системи визначена спеціальною Концепцією реформування податкової системи, схваленої Кабінетом Міністрів України (розпорядження від 19.02.2007 р. № 56-р). У межах цієї реформи має бути вдосконалено законодавче й організаційне забезпечення діяльності органів ДПС України, а також системи оподаткування як основи для забезпечення вчасності, повноти та добровільності сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів до бюджетів.

Модернізація діяльності ДПС України має відбуватися комплексно, а не вибірково, починаючи з усунення неузгодженостей законодавства, що регулює порядок та особливості діяльності органів ДПС України, і закінчуючи вдосконаленням процедури підбору кадрів. Переконані, що лише такий підхід може забезпечити дієвість і результативність процесу реформування, забезпечить можливість досягнення бажаного результату – наявності системи органів оподаткування, спроможних стягувати у визначених розмірах податки, збори, інші платежі, попереджати вчинення податкових правопорушень і забезпечувати зростання рівня добровільної сплати податків.

Для досягнення максимального результату діяльності податкової служби необхідно вирішити комплекс складних організаційно-правових, інформаційно-технологічних і психологічних проблем:

- завоювати довіру суспільства та платників податків. Це справді стратегічне завдання, належне виконання якого сприятиме підвищенню показників добровільної сплати податків, а також зменшенню податкових правопорушень. Завоювання довіри платників податків має відбуватися комплексно, незалежно від сум сплачуваних податків конкретним платником. Тому вжиття відповідних заходів

© В. Гой, 2009

має позитивно впливати на відносини податківців як з великими платниками податків, так і з громадянами, які сплачують податки з мінімальних доходів;

• переконати громадян у тому, що сплата податків – це конституційний і громадянський обов'язок, турбота про пенсіонерів та наступні покоління, ознака цивілізованості суспільства. Виконанню цього завдання має сприяти своєрідна реклама про важливі соціальні, економічні й інші заходи та програми, реалізація яких стала можливою завдяки сплаченим податкам, адже податкові платежі спрямовуються і на соціальне утримання платників у вигляді надання державної допомоги підприємствам, що розвиваються, медичних послуг, соціального забезпечення, можливості використання кредитів, податкових канікул, інших пільг. Усвідомлення важливості оподаткування громадянами дозволить викривати податкові порушення і серед юридичних осіб, а відтак – викорінювати відповідні негативні прояви;

• створити високопрофесійну автоматизовану податкову службу. Не можна однозначно стверджувати, що у питаннях оподаткування «кадри вирішують все», адже є ще багато факторів, які впливають на вказані процеси: стан законодавства, його відповідність існуючим потребам, кількісні й якісні показники діяльності суб'єктів оподаткування, рівень їх загальної та податкової культури тощо. Проте саме професіоналізм податківців дозволяє забезпечувати високий рівень індивідуального податкового обслуговування великих платників податків, уникати скарг, прийняття неправомірних рішень;

• удосконалити та прийняти прозорі, зрозумілі нормативно-правові акти і процедури податкового адміністрування. Зокрема, оподатковуватися повинні результати праці, а не витрати на її організацію та реалізацію [1, с. 152]. Особливе значення цей показник має в роботі великих платників податків, на яких працює велика кількість працівників, а витрати на організацію праці є досить високими;

• запровадити механізм поетапного скорочення податкового тягаря. Слід зазначити, що в умовах світової фінансової кризи це практично неможливо, оскільки держава не може дозволити собі відмовитися від певних сум грошових надходжень. Особливо важко зменшити податкові ставки для підприємств, що належать до числа великих платників податків, адже вони забезпечують левову частку податкових платежів до бюджетів. Проте все ж необхідно скоригувати ставки оподаткування для фізичних та юридичних осіб. Зокрема, для останньої категорії вони поступово мають бути зменшені, що дозволить вивести «з тіні» прибутки підприємств і визначити реальний рівень фонду заробітної плати працівників. Непродумана податкова політика в питаннях визначення податкових ставок хоча й дозволила послабити податковий тягар для фізичних осіб, проте відсутність відповідних дій щодо юридичних осіб призвела до приховування реального рівня заробітної плати великої кількості працюючих;

• підвищити податкову культуру платників податків і податкових органів. Виконання цього завдання здійснюється з допомогою широкомасштабного проведення масово-роз'яснювальної роботи щодо необхідності сплати податків і зборів, важливості як для держави, так і для кожної особи, підвищення престижу роботи податківців. Підвищенню податкової культури працівників податкових органів має сприяти розроблення та практичне впровадження правил етики поведінки державного службовця, запровадження заходів відповідальності за їх порушення. Велике значення для підвищення податкової культури має також відзначення Державною податкової адміністрацією України кращих великих платників податків [2, с. 3];

• вдосконалити кадрову політику та систему оплати праці працівників податкових органів, у тому числі й тих, які забезпечують індивідуальне податкове супроводження великих платників податків. Слід зазначити, що вдосконалення кадрової політики передбачає підвищення рівня професійної підготовки, розроблення методики підбору кадрів на відповідні посади з урахуванням специфіки характеру, здібностей відповідних осіб і методики ротації кадрів. Зокрема, робота з великими платниками податків потребує економічних та юридичних знань (у сфері податкового, фінансового, господарського, адміністративного й інших галузей права), навиків менеджменту організації роботи та ін;

• автоматизувати всі процеси адміністрування податків. На даному етапі розвитку української державності, в умовах світової економічної кризи та недосконалого податкового законодавства реалізувати відповідне положення практично неможливо. Проте поетапна, поступова автоматизація адміністрування податків все ж повинна мати місце, адже вона передбачає зменшення впливу так званого людського фактора, дозволяє забезпечувати більш якісну та повну обробку відповідних даних;

• створити єдину, високопрофесійну, етичну команду – це положення фактично повторює тезу про необхідність удосконалення кадрової політики як основи для модернізації діяльності податкової служби України [3].

Переконані, що в умовах світової економічної кризи, постійної нестачі бюджетних коштів, за наявності інфляції, високого рівня залежності економіки від політичних процесів, інших негативних явищ модернізація органів державної податкової служби України має відбуватися шляхом зменшення бюрократичного апарату та перерозподілу повноважень між усіма ланками системи, тобто децентралізації податкових органів з передачею

великої кількості владних повноважень місцевим податковим інспекціям. Слід зазначити, що створені та діють спеціалізовані податкові інспекції по роботі з великими платниками податків, які забезпечують індивідуальне податкове супроводження таких платників, здійснюють постійний моніторинг за їх фінансово-господарською діяльністю. Така оптимізація податкової служби дозволила не лише розосередити роботу з великими платниками в окремих податкових інспекціях, а й підвищити рівень їх податкового обслуговування, забезпечити більш повний та якісний контроль за великими платниками, що позитивно впливає на розширення бази оподаткування, наповнення бюджетних коштів.

Питання зменшення бюрократичного апарату є досить актуальними для України. Зокрема, для забезпечення практичної реалізації реформи податкової системи у складі Державної податкової адміністрації України було створено Департамент розвитку та модернізації податкової служби України, який серед інших управлінь і відділів має у своєму складі управління модернізації процесів протидії щодо «тінізації» економіки та порушень податкового законодавства. Таким чином, для вдосконалення роботи податкових органів створено самостійну структуру, що не займається безпосередньо організацією податкового супроводження платників податків, але вирішує питання про способи та засоби його поліпшення, шляхи забезпечення підвищення якості роботи податківців тощо.

Переконані, що вдосконаленню діяльності органів системи ДПС має сприяти також зменшення кількості відомчих нормативних документів, що приймаються в межах служби, а також забезпечення їх постійної систематизації та «відсіювання» тих норм, що втратили чинність або ж не відповідають вимогам часу. Це має позитивно вплинути як на законотворчу діяльність, так і відомчу.

Діяльність спеціалізованих податкових інспекцій по роботі з великими платниками податків є новим напрямом оновлення адміністративної діяльності податкової служби. Але забезпечення модернізації вказаних елементів системи ДПС України має здійснюватися виважено, комплексно, з урахуванням таких положень:

• вивчення, узагальнення та запровадження в Україні прогресивного іноземного досвіду в питаннях оподаткування та побудови податкової політики держави, у тому числі щодо особливостей оподаткування підприємств – великих платників податків, специфіки їх податкового супроводження, оподаткування ВПП, що діють у спеціальних (вільних) економічних зонах, тощо. Слід зазначити, що у структурі ДПА України є спеціальний відділ, одним із завдань якого є вивчення іноземного досвіду в питаннях оподаткування. Ми вже згадували про обмеженість права законодавчої ініціативи податкових органів, у зв'язку з чим ініціювання та запровадження позитивного іноземного досвіду співпраці податківців і великих платників податків інколи буває проблематичним, перш за все в питаннях способів зміни податкових ставок, скасування окремих податкових пільг тощо, адже такі питання часто носять не лише економічний, а й політичний характер;

• максимальне використання технічних засобів обслуговування та контролю. Модернізація діяльності податкових органів по роботі з великими платниками податків не може відбуватися без їх технічного оновлення та переоснащення, що має передбачати не лише придбання в достатній кількості якісної офісної техніки, а й запровадження нових програм податкового обслуговування, належне інформаційне забезпечення, оперативне інформування про зміни в законодавстві тощо;

• впорядкування податкового законодавства. Вдосконалення будь-якої діяльності передбачає необхідність здійснення аналізу існуючої законодавчої бази, а також масиву підзаконних нормативних документів з метою видалення з їх числа тих правил і норм, що не відповідають вимогам часу, ускладнюють процедуру адміністрування податків тощо. Безумовно, основним документом у питаннях оподаткування має стати Податковий кодекс України, норми якого повинні забезпечити єдиний підхід до визначення термінології в податковому праві, а також врегулювати розміри податкових ставок для різних категорій платників, умови і порядок стягнення податкових платежів, розстрочки, відстрочки їх виконання тощо;

• належне визначення статусу СДПІ по роботі з великими платниками податків і нормативне закріплення специфіки їх діяльності. Здійснення вказаних дій дозволить не лише чітко відмежувати повноваження СДПІ по роботі з ВПП від повноважень інших ДПІ, а й визначити їх місце серед інших податкових органів, особливості взаємодії та взаємозв'язку між ними;

• чітке відпрацювання процедури оскарження рішень СДПІ по роботі з ВПП і дій її працівників, що визначала б можливість подання апеляцій виключно до вищестоящого органу системи ДПС і не передбачала необхідності звернення із скаргою власне до спеціалізованої інспекції, в межах якої й було прийнято відповідне рішення. Переконані, що це забезпечить прийняття справедливого та неупередженого рішення вищестоящим органом системи ДПС. Сьогодні існує також і громадська організація, завданням якої є не лише поширення позитивного досвіду сплати податків і тлумачення змісту податкового законодавства, а й здійснення захисту платників від неправомірних рішень і дій податкових органів – це Асоціація платників податків України, членами якої є та-

кож більшість підприємств, що належать до числа великих платників податків. Крім того, ще у 2007 р. розпочав роботу Інформаційно-довідковий центр при ДПА України, мета діяльності якого – надання кваліфікованих роз'яснень податкового законодавства платникам податків;

• чітке формування податкової політики держави та зменшення акцентів на виключно фіскальну функцію оподаткування дозволить зробити відносини «великий платник податків – спеціалізована ДПІ» партнерськими, побудованими на взаємній довірі та довірі до держави. Зрозуміла платникам, виважена та раціонально побудована податкова політика, розрахована не лише на вимогу сьогодення, а й на майбутнє, на перспективу, є запорукою її фактичної добровільної реалізації;

• застосування заходів морального (нагороди, подяки) чи матеріального (преміювання, цінні подарунки тощо) заохочення працівників СДПІ по роботі з ВПП залежно від їх реального внеску у підвищення якості податкового супроводження великих платників податків. Широке запровадження таких заохочувальних заходів має сприяти підвищенню самооцінки працівників СДПІ, стимулювати їх ініціативність, ділову активність, породжувати здорову конкуренцію серед працівників СДПІ, тобто має підвищуватися якість послуг системи інспекцій по роботі з великими платниками податків;

• забезпечення належної роботи навчально-консультаційних центрів, в яких працівники системи ДПС (у тому числі СДПІ по роботі з ВПП) могли б періодично проходити підвищення професійної кваліфікації. Бажано також запровадити на базі таких центрів надання психолого-реабілітаційних консультацій для відновлення працездатності працівників СДПІ по роботі з ВПП;

• гарантування належного рівня соціального захисту працівників ДПІ по роботі з ВПП, адже лише особа, яка впевнена у своєму майбутньому, може ініціативно та творчо виконувати свою роботу, покращувати відповідні показники;

• залучення широкого кола науковців і практиків до визначення шляхів та напрямів удосконалення діяльності спеціалізованих податкових інспекцій по роботі з ВПП. Наукове обґрунтування модернізації діяльності СДПІ має стати основою її успішної реалізації, адже саме науково обґрунтовані розрахунки, теоретично продумані моделі тощо, оцінені практичними працівниками, допомагають виявити недоліки та переваги окремих нововведень у сфері оподаткування, прогнозувати їх результат для сторін податкових правовідносин. Досвід іноземних держав свідчить, що запровадження нових форм роботи податкових органів можливо на окремих територіях держави для визначення їх ефективності, доцільності та дієвості тощо.

Висновки

Модернізація діяльності СДПІ по роботі з ВПП має відбуватися одночасно з удосконаленням роботи всіх органів системи ДПС України у процесі реалізації загальної адміністративної реформи. На нашу думку, неможливо оптимізувати роботу однієї ланки ДПІ, залишивши поза увагою інші структурні одиниці податкової служби. Науково обґрунтований, комплексний підхід до питань модернізації роботи СДПІ та ДПС в цілому дозволить не лише успішно оптимізувати адміністративну діяльність СДПІ, а й реалізувати податкову реформу в цілому.

Література

1. *Ляшенко Ю. І.* Формування бюджетних коштів України в умовах ринкової трансформації економіки (теорія і практика). – Ірпінь, 2003. – 200 с.

2. *Нагородження* достойних // Вісник податкової служби України. – 2008. – № 49.

3. *Біленчук П., Гаркуша В.* Модернізація податкової служби – загальнодержавна справа // www.vuzlib.net/posibn_podatk.

The problems of Specialized State Tax Administrations reactivation in work with big tax payers are raised in the article.The author lays stress to the fact that their modernization must be coordinated with the improvement of all State Tax Administration system bodies work. That will allow to optimize the administrative activity of the Specialized State Tax Administrations and realize tax reform in general.

В статье рассматриваются вопросы обновления деятельности специализированных государственных налоговых инспекций по работе с крупными налогоплательщиками. Автор указывает, что модернизация их деятельности должна согласовываться с усовершенствованием работы всей системы ГНС, что позволит оптимизировать административную деятельность СГНИ и реализовать налоговую реформу в целом.

ХАРАКТЕРИСТИКА ДЕЯКИХ АСПЕКТІВ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРОЦЕСУ ТА ПРОВАДЖЕННЯ У СПРАВАХ ПРО НЕЗАКОННУ ПЕРЕДАЧУ ЗАБОРОНЕНИХ ПРЕДМЕТІВ ОСОБАМ, ЯКИХ ТРИМАЮТЬ У СЛІДЧИХ ІЗОЛЯТОРАХ, УСТАНОВАХ ВИКОНАННЯ ПОКАРАНЬ

Олександр Ткаченко,
здобувач кафедри управління, адміністративного права і процесу та адміністративної діяльності Національного університету державної податкової служби України

Стаття присвячена дослідженню правових аспектів провадження у справах про незаконну передачу заборонених предметів особам, яких тримають під вартою у слідчих ізоляторах, чи відбувають покарання в установах виконання покарань.

Ключові слова: провадження у справах про незаконну передачу заборонених предметів, незаконна передача в установи виконання покарань.

Процесуальна частина українського адміністративного права за багаторічною традицією позначається терміном «адміністративний процес».

Історія адміністративного процесу характеризується протистоянням поглядів учених і пройшла стадії від його неприйняття до детермінації адміністративно-процесуального права та визнання особливої ролі у здійсненні адміністративної реформи [1, с. 267].

Початок дискусій було покладено монографіями відомих російських учених Н. Салищевої «Административный процесс в СССР» (1964 р.) та В. Сорокіна «Проблемы административного процесса» (1968 р.). Перший автор сприймала адміністративний процес суто в полі вирішення (розв'язання) конфліктних (юрисдикційних) справ. Другий дослідник доводив необхідність розуміння адміністративного процесу більш широко, з урахуванням як юрисдикційної складової, так і діяльності органів виконавчої влади із забезпечення реалізації норм матеріального права у справах позитивного (неконфліктного) характеру. У подальшому вказані напрями наукових досліджень стосовно тлумачення адміністративного процесу розвивалися досить інтенсивно. При цьому серед провідних вітчизняних адміністративістів були прихильники та противники, як першої, так і другої позиції. Ідею Н. Салищевої про юрисдикційний характер адміністративного процесу підтримали М. Єропкін, А. Клюшниченко, М. Піскотін, В. Тадевосян та ін. Пропозицію В. Сорокіна позитивно сприйняли та підтримали такі вчені, як Д. Бахрах, Ю. Козлов, Р. Павловський, Г. Петров та ін. На сьогодні в Україні прихильниками широкого тлумачення адміністративного процесу є О. Бандурка, Ю. Битяк, І. Голосніченко, Є. Додін, О. Кузьменко, М. Тищенко та ін. [2, с. 256].

Таким чином, на даний час дві різні позиції стосовно тлумачення адміністративного процесу трансформувались у його вузьке та широке розуміння, або юрисдикційну й управлінську концепції адміністративного процесу.

Широке розуміння адміністративного процесу пов'язане з визнанням того, що ним охоплюється будь-яка діяльність з реалізації матеріальних норм адміністративного права, тобто адміністративний процес виступає як порядок реалізації адміністративно-правових норм під час вирішення конкретних управлінських справ [1, с. 268].

У вузькому розумінні адміністративний процес – це порядок розгляду справ про адміністративні правопорушення та застосування до правопорушників адміністративних стягнень. Іноді поняття адміністративного процесу в такому розумінні тлумачать не тільки як розгляд справ про адміністративні правопорушення та застосування адміністративних стягнень до винних, а й як розгляд справ із застосуванням заходів адміністративного примусу загалом [3, с. 492].

© О. Ткаченко, 2009

Однак навіть у широке розуміння сьогодні «не вписується» процес розгляду справ у спеціалізованих (адміністративних) судах, тобто адміністративне судочинство, хоча для позначення саме цього явища первісно і використовувався термін «адміністративний процес». Таке класичне його розуміння в юридичній літературі радянського періоду втратило реальне пізнавальне значення та було підмінено «широким» і «вузьким» тлумаченням цього поняття [3, с. 491–492].

З проведеного аналізу випливає третій підхід до визначення адміністративного процесу, який умовно можна назвати судочинським. Він походить від розуміння юридичного процесу виключно як форми правосуддя. Отже, адміністративний процес у даному випадку розглядається тільки як судовий розгляд публічно-правових спорів, віднесених до компетенції адміністративних судів. У межах цього підходу також існують різні погляди: виділяється адміністративний процес як вид судового процесу (адміністративне судочинство) й окремо управлінський процес (правозастосовча діяльність адміністративних органів) або стверджується, що адміністративний процес – це форма правосуддя, тобто адміністративне судочинство, а діяльність органів публічної адміністрації взагалі має не процесуальний, а процедурний характер (так звані адміністративні процедури). Розуміння адміністративного процесу лише як форми правосуддя в адміністративних справах відповідає поняттю адміністративно-процесуального права, яке закріплене в Кодексі адміністративного судочинства України, та основним тенденціям розвитку адміністративного законодавства (наприклад, сьогодні розроблено й активно обговорюється проект Адміністративно-процедурного кодексу, який визначає процедури розгляду органами виконавчої влади й органами місцевого самоврядування індивідуальних адміністративних справ та адміністративних послуг) [4, с. 116–117].

Слід зазначити, що в українському адміністративному праві чітко вираженої дискусії з приводу вузького та широкого розуміння адміністративного процесу немає. Характерно, що юридична енциклопедія у відповідній статті лише зафіксувала існування цих двох підходів без будь-яких коментарів або натяків на погляди науковців. У той самий час, аналіз праць вітчизняних учених (О. Бандурки, І. Голосніченка, О. Кузьменко, В. Перепелюка, А. Селіванова, М. Стахурського, М. Тищенко) свідчить про фактичну підтримку ними концепції широкого розуміння адміністративного процесу [5, с. 361].

Разом із тим визначення поняття «адміністративний процес» залишається дискусійним. Наводяться різні аргументи на користь певних підходів. На сучасному етапі юрисдикційний підхід до розуміння адміністративного процесу є найменш поширеним; актуальними залишаються управлінський і судочинський підходи. Але домінуючим в адміністративно-правовій науковій і навчальній літературі залишається саме управлінський підхід [4, с. 117].

На думку В. Колпакова, адміністративний процес не існує і не може існувати в реальності, оскільки є артефактом і онтологічною субстанцією. Він – лише узагальнене, абстрактне відображення юридичних подій минулого, що виконує функцію «кальки» для вирішення конкретних справ. Його ознака – інтегративна категорія, сформована в результаті взаємодії ознак складових системи, якими є «відносно самостійні процесуальні інститути». Ці інститути правильно визначені як «відносно самостійні», оскільки функціонують (і можуть функціонувати) в єдиній адміністративно-процесуальній системі. Вони взаємодіють між собою, оновлюються та збагачуються за рахунок один одного і в результаті утворюють якісно нове правове поняття – адміністративний процес [5, с. 358].

Питання про структуру адміністративно-юрисдикційного процесу, у тому числі адміністративного, і в ширшому плані – юридичного процесів традиційно пов'язується з поняттям провадження.

Адміністративний процес є системним утворенням із складною та не до кінця дослідженою структурою. Первинним компонентом структури адміністративного процесу виступає окремо взяте адміністративне провадження. Адміністративний процес і адміністративне провадження співвідносяться між собою як загальне та часткове, як ціле та частина цілого. Між адміністративним процесом (цілим) і будь-яким з адміністративних проваджень (частиною цього цілого) існують нерозривні взаємозумовлюючі та системоутворюючі зв'язки і відносини [1, с. 277].

Специфіку адміністративного процесу відображає і його структура – сукупність взаємозв'язаних адміністративних проваджень, що мають як юрисдикційний, так і неюрисдикційний характер [3, с. 492].

Розбіжності вчених у розумінні адміністративного процесу не могли не позначитися на теоретичних розробках питання про структуру адміністративного процесу. На даному етапі розвитку науки адміністративного права й адміністративного законодавства структуру адміністративного процесу можна представити у вигляді чотирьохрівневої системи: провадження; стадії; етапи; дії [6, с. 113–114].

Поняття «провадження у справах про адміністративні правопорушення» не визначається чинним законодавством України,

проте воно визначене наукою адміністративного права. Щодо цього питання існує декілька точок зору. Найчастіше визначають провадження у справах про адміністративні правопорушення як одне із специфічних і важливих адміністративно-юрисдикційних проваджень, що входять до адміністративно-юрисдикційного процесу [6, с. 128].

Термін «провадження у справах про адміністративні проступки» введений для позначення конкретної процесуальної діяльності по конкретній справі, що порушена за вчинення адміністративного проступку. В літературних джерелах термін «провадження у справах про адміністративні проступки» використовується як для позначення узагальненого поняття, так і для визначення процесуальної діяльності по конкретній справі [5, с. 385]. Провадження в справах про адміністративні правопорушення є особливим видом процесуальної діяльності, врегульованою законом процедурою вирішення окремої групи справ [4, с. 98].

Як зазначив В. Колпаков, існує дві точки зору на змістовну сутність провадження у справах про адміністративні проступки. Відповідно до першої – це інститут адміністративного права, що містить норми, які регулюють діяльність уповноважених органів і осіб із застосування адміністративних стягнень за адміністративні правопорушення, або ж діяльність уповноважених суб'єктів із застосування адміністративних стягнень, тобто метою провадження є притягнення до адміністративної відповідальності. На думку Л. Коваль, адміністративно-деліктне провадження формується у зв'язку з притягненням до адміністративної відповідальності. Д. Бахрах вважає, що це діяльність із застосування адміністративних стягнень. Ю. Битяк і В. Зуй розглядають його як заходи, спрямовані на притягнення правопорушників до відповідальності [5, с. 389], з С. Стеценко – як регламентований законом порядок діяльності органів (посадових осіб) із притягнення правопорушників до адміністративної відповідальності [2, с. 271]. Такої ж думки дотримуються і О. Остапенко, З. Кісіль, М. Ковалів, Р. Кісіль, які вважають, що провадження – це регламентована адміністративно-процесуальними нормами діяльність державних органів та їх посадових осіб, спрямована на розгляд справ про адміністративні правопорушення, застосування в необхідних випадках адміністративних стягнень [7, с. 96].

Відповідно до другої точки зору мета адміністративно-деліктного провадження полягає у встановленні об'єктивної істини та прийнятті рішення відповідно до чинного законодавства. Так, Ф. Фіночко зазначає, що провадження у справах про адміністративні проступки спрямоване на своєчасне, повне, об'єктивне встановлення обставин кожної справи і вирішення справи у точній відповідності із законодавством. Г. Кузьмічова й Л. Калиніна вважають, що це сукупність взаємозв'язаних процесуальних дій щодо порушення, розгляду, оскарження, виконання рішення по справі, що випливає з адміністративного правопорушення. С. Гончарук розуміє під провадженням у справах про адміністративні проступки визначений законом порядок здійснення процесуальної діяльності, пов'язаної з розглядом і вирішенням справ про адміністративні проступки, винесенням по них законних і об'єктивних постанов та їх виконання.

Прихильники трактування адміністративно-деліктного провадження як процесуальної діяльності з метою застосування стягнень не враховують, що провадження може закінчитися виправданням суб'єкта правопорушення або бути закрите у зв'язку із закінченням строку давності та за інших підстав (ст. 247 Кодексу України про адміністративні правопорушення). Таким чином, цей вид провадження не завжди є діяльністю з накладення та виконання адміністративних стягнень [5, с. 389].

Таке різноманіття визначень провадження у справах про адміністративні правопорушення пояснюється тим, що вчені, маючи один об'єкт дослідження – провадження у справах про адміністративні правопорушення, характеризували це правове явище залежно від предмета дослідження.

У нашому випадку провадженням у справах про незаконну передачу заборонених предметів особам, яких тримають у слідчих ізоляторах, установах виконання покарань, є встановлений адміністративно-процесуальними нормами порядок здійснення дій із розгляду та вирішення, відповідно до закону, справ про незаконну передачу заборонених предметів і винесення по них законних і об'єктивних рішень, їх виконання, а також застосування заходів із забезпечення виконання провадження по них.

Порядок провадження у справах зазначеної категорії визначено Кодексом України про адміністративні правопорушення. У ньому, перш за все, законодавчо закріплені правові основи, тобто ті вихідні позиції, якими покликані керуватися відповідні органи та посадовці при розгляді і вирішенні конкретних справ про адміністративні правопорушення. Він, зокрема, регламентує замах на правопорядок в установах ДКВС і в місцях тримання під вартою. Разом із тим частина адміністративно-процесуальних норм міститься в Законі України «Про Державну кримінально-виконавчу службу України» і нормативно-правових актах Державного департаменту України з питань виконання покарань,

в яких визначаються підстави і порядок проведення особистого огляду та речей засуджених і осіб, взятих під варту, огляд інших осіб та їх речей, транспортних засобів, що прибувають на територію установ виконання покарань, слідчих ізоляторів, а також вилучення заборонених для використання в установах виконання покарань і слідчих ізоляторах речей і документів.

Функції адміністративно-деліктного законодавства, що охороняє правопорядок в установах ДКВС, у місцях тримання під вартою, реалізуються в процесі провадження у справах про незаконні передачі. До їх числа відносять: своєчасне, всебічне, повне й об'єктивне з'ясування обставин кожної справи, вирішення її відповідно до закону, забезпечення виконання винесеної постанови, а також виявлення причин та умов, що сприяють вчиненню адміністративного правопорушення.

Провадження у справах про адміністративні правопорушення має свою структуру, утворювану сукупністю стадій, що характеризуються специфічною функціональною спрямованістю, відносною самостійністю та логічною завершеністю.

Традиційно виділяють такі стадії провадження у справах про адміністративні правопорушення (адміністративно-юрисдикційного провадження) [8, с. 169–170]:

адміністративне розслідування (порушення справи; встановлення фактичних обставин; процесуальне оформлення результатів розслідування; направлення матеріалів для розгляду за підвідомчістю);

розгляд справи (підготовка справи до розгляду та заслуховування; аналіз зібраних матеріалів, обставин справи (заслуховування справи); прийняття постанови; доведення постанови до відома);

перегляд постанови (оскарження, опротестування постанови; перевірка законності постанови, винесення рішення; реалізація рішення);

виконання постанови (звернення постанови до виконання; фактичне виконання; закінчення виконання справи).

Висновки

Провадження у справах про незаконну передачу заборонених предметів особам, яких тримають у слідчих ізоляторах, установах виконання покарань або лікувально-трудових профілакторіях, є одним із видів адміністративних юрисдикційних проваджень, встановлених адміністративно-процесуальними нормами, порядком здійснення дій уповноважених органів і осіб з виявлення, розгляду та вирішення справ про передачу заборонених предметів, перегляду і забезпечення виконання рішення про накладення адміністративного стягнення, а також застосування заходів забезпечення провадження по них.

Література

1. *Колпаков В. К., Кузьменко О. В.* Адміністративне право України. – К., 2003. – 544 с.
2. *Стеценко С. Г.* Адміністративне право України. – К., 2007. – 624 с.
3. *Адміністративне* право України: У 2 т. – К., 2007. – Т. 1. – 592 с.
4. *Адміністративне* право України / За ред. Т. Коломоєць, Г. Гулєвської. – К., 2007. – 216 с.
5. *Колпаков В. К.* Адміністративно-деліктний правовий феномен. – К., 2004. – 528 с.
6. *Миколенко А. И.* Административный процесс и административная ответственность в Украине. – Х., 2004. – 272 с.
7. *Адміністративне* право / О. І. Остапенко, З. Р. Кісіль, М. В. Ковалів, Р. В. Кісіль. – К., 2008. – 536 с.
8. *Ведєрніков Ю. А., Шкарупа В. К.* Адміністративне право України. – К., 2005. – 336 с.

Статья рассматривает правовые аспекты производства о незаконной передаче запрещенных предметов лицам, которых содержат под стражей в следственных изоляторах, или отбывают наказание в учреждениях исполнения наказаний.

The work is devoted to studies of some aspects of the administrative proceeding on illegal transmission of the forbidden things to the confined persons.

ПРАВОВИЙ СТАТУС СУДДІ В АДМІНІСТРАТИВНО-ДЕЛІКТНОМУ ПРОЦЕСІ: його сутність і проблеми визначення

Олександр Собовий,
здобувач кафедри адміністративного та фінансового права Національного університету біоресурсів і природокористування України

У статті аналізуються нормативно-правові акти, наукові дослідження, що стосуються проблем адміністративно-процесуального статусу судді у провадженні у справах про адміністративні проступки, викладається власне бачення вирішення питання вдосконалення статусу даного суб'єкта, розглядаються його функціональна, предметна, територіальна та процесуальна компетенція, пропонується визначення адміністративно-процесуального статусу судді у адміністративно-деліктному процесі.

Ключові слова: адміністративно-процесуальний статус, суддя, компетенція, провадження в справах про адміністративні проступки, адміністративно-деліктний процес.

Після проголошення незалежності України суди загальної юрисдикції почали набувати важливого значення у суспільстві та державі як органи публічної адміністрації, що мають забезпечувати точне й неухильне застосування чинного законодавства, що, у свою чергу, є однією з обов'язкових умов захисту прав і свобод людини, прав і законних інтересів юридичних осіб, гарантованих Конституцією України, а також, інтересів самого суспільства і держави. Щорічно суди України розглядають велику кількість справ у сфері цивільного, кримінального, адміністративного, господарського й інших видів проваджень. Однак особлива увага приділяється провадженням, пов'язаним із розглядом справ щодо притягнення осіб до відповідальності за вчинення ними протиправних діянь, оскільки саме під час реалізації каральної функції юридичної відповідальності найбільш гостро зачіпаються права, свободи та законні інтереси громадян. Останнім часом спостерігається зростання кількості вчинених адміністративних проступків і, відповідно, кількості осіб, притягнутих до адміністративної відповідальності. Так, за даними Верховного Суду України, лише за перше півріччя 2008 р. судами розглянуто 3410,7 тис. справ, що на 17,9 % більше порівняно з І півріччям 2007 р., і накладено адміністративні стягнення на 2974,4 тис. осіб.

Мета цієї статті – аналіз нормативно-правових актів, наукових досліджень і публікацій, які стосуються адміністративно-процесуального статусу судді у провадженні у справах про адміністративні проступки, вирішення питання вдосконалення статусу зазначеного суб'єкта, що, у свою чергу, сприятиме забезпеченню належних умов для здійснення правосуддя, дотримання Конституції та законів України, охорони прав і свобод громадян під час розгляду і вирішення справ про адміністративні правопорушення.

Дослідження поняття та змісту адміністративно-процесуального статусу судді в подальшому сприятиме не лише підвищенню ефективності його адміністративно-юрисдикційної діяльності, що полягає у з'ясуванні фактичних даних по справі, встановленні провини правопорушника та застосуванні до нього, відповідно до правової норми, заходів покарання, а також розвитку законодавства про адміністративну відповідальність та адміністративно-деліктного права як галузі та правової науки.

Відповідно до ст. 7 Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП) ніхто не може бути підданий заходу впливу у зв'язку з адміністративним правопорушенням інакше як на підставах і в порядку, встановлених законом. Застосування уповноваженими на те органами та посадовими особами заходів адміністративного впливу провадиться в межах їх компетенції. На нашу думку, саме компетенція є однією з основних складових правового статусу будь-якого суб'єкта владних повноважень, що розкриває його зміст.

Юридична енциклопедія визначає, що правовий статус (у перекладі з латинської «становище») – це сукупність прав і обов'язків фізичних та юридичних осіб, які визначаються Конституцією України, законами, нормативно-правовими актами та міжнародними договорами, ратифікованими Верховною Радою України [1, с. 44]. Як бачимо, етимологічно, слово «статус» ототожнюється з поняттям «становище». Що стосується юридичної літератури, то єдиної думки щодо визначення цих двох понять серед науковців не існує. Так, деякі автори вживають «правовий статус» і «правове положення» як синонімічні поняття [2, с. 5–6]. Інші вчені вважають, що ці терміни різняться як за змістом, так і за значенням. Ми поділяємо позицію авторів, які зазначають, що поняття «правовий статус» необхідно вживати для загальної характеристики положення фізичної чи юридичної особи у суспільстві (для позначення правового стану абстрактного суб'єкта права), а термін «правове

© О. Собовий, 2009

положення» – застосовувати для характеристики суб'єкта у конкретних суспільних відносинах (для характеристики правового стану реальної особи, яка вступає у правовідносини), тобто основою такого розмежування є існуюча відмінність між суб'єктом права та суб'єктом правовідносин [3, с. 13, 35]. Однак, яку б позицію не займали науковці, статус суб'єкта є, насамперед, певною сукупністю його соціальних можливостей, обсяг і характер яких залежать від тієї ролі, соціальної функції, що виконується ним у суспільстві і конкретизується у тих чи інших суспільних відносинах, суб'єктом яких він виступає. В аспекті нашого дослідження ми приділятимемо увагу визначенню поняття «адміністративно-правовий статус суб'єкта».

На думку В. Колпакова та О. Кузьменко, адміністративно-правовий статус суб'єкта формують наявні у нього суб'єктивні права й обов'язки у сфері публічного управління, які разом з адміністративною правоздатністю та адміністративною дієздатністю є складовими адміністративної правосуб'єктності [4, с. 73–74].

Автори підручника «Адміністративне право України» вважають, що коли йдеться про потенційну здатність суб'єкта адміністративного права мати певні права та виконувати обов'язки, то в такому випадку акцентується увага на його адміністративній правосуб'єктності. З іншого боку, коли йдеться про наявні (конкретні) у того ж суб'єкта права й обов'язки, то мається на увазі його адміністративно-правовий статус [5, с. 192–194].

Ю. Битяк вважає, що правовий статус громадянина охоплює:

- основні (невід'ємні) права (або права та свободи людини і громадянина);
- комплекс прав і обов'язків, закріплених Конституцією України, нормами різних галузей права, у тому числі адміністративно-правовими нормами;
- гарантії реалізації цих прав і обов'язків, а також механізм їх охорони державою.

Крім того, Ю. Битяк зазначає, що адміністративно-правовий статус громадянина України визначається обсягом і характером його адміністративної правосуб'єктності, яку становлять адміністративна правоздатність та адміністративна дієздатність [6, с. 58–59, 70].

У теорії адміністративного права нарівні з загальним правовим статусом громадянина, що включає загальні права й обов'язки, які належать усім громадянам, розглядаються й інші, більш деталізовані, правові статуси («спеціальні» адміністративно-правові статуси), що відповідають особистій соціальній ролі кожного індивіда. Так, Д. Бахрах звертає увагу на те, що існує велика розмаїтість спеціальних адміністративно-правових статусів, серед яких він виділяє статуси членів адміністративних колективів; суб'єктів адміністративної опіки; мешканців територій з особливим адміністративно-правовим режимом; суб'єктів дозвільної системи [7, с. 27–28, 40].

Заслуговує на увагу позиція В. Патюліна, на думку якого, суб'єктивні права, що входять у правовий статус громадянина, належать усім громадянам як абстрактному суб'єкту даного роду, а суб'єктивні права, що входять у правовий модус (спеціальний статус), – усім, хто за даних умов виступає як абстрактний суб'єкт даного виду. Суб'єктивні права у першому випадку характеризують властивість загальності за родовою ознакою (громадянство); у другому – за видовою (законодавчо встановлені віковий критерій, професійна діяльність, посада тощо) [8, с. 198–199].

Як зазначає Є. Ламонов, підтримуючи ідею В. Патюліна про запровадження такого поняття, як «правовий модус», не слід забувати, що правовий статус включає в себе не тільки права, а й юридичні обов'язки суб'єкта [9, с. 134].

Як загальний правовий статус суб'єкта адміністративного права, так і його спеціальний статус є сукупністю юридичних прав і обов'язків, встановлених в адміністративно-правових нормах, а тому зміна цих статусів відбувається не з волі окремих суб'єктів, а у зв'язку із змінами у відповідних правових нормах. Однак, якщо вести мову про адміністративно-правовий статус судді, то виникає цілком закономірне питання: до якого типу суб'єктів необхідно відносити посадових осіб? Відповідно до ст. 1 Закону України «Про статус суддів» вони є посадовими особами судової влади, які відповідно до Конституції України наділені повноваженнями здійснювати правосуддя та виконувати свої обов'язки на професійній основі в судах загальної юрисдикції. Розкриваючи зміст даного питання, слід звернутися до положень, вироблених наукою адміністративного права, стосовно правового статусу державного органу та посади, їх структурних елементів.

На думку А. Агапова основним правовим критерієм статусу посадової особи є можливість встановлювати або змінювати ті чи інші права й обов'язки, що, у свою чергу, зумовлює виникнення чи припинення відповідних правовідносин у сфері публічного або приватного права [10, с. 52]. Інші автори відносять до елементів правового статусу посади (державного службовця), мету та функції, права й обов'язки, відповідальність, порядок і умови заміщення посади.

Д. Бахрах зазначає, що посадова особа, здійснюючі свої повноваження, діє не як індивід, а як орган, представник організації. Якщо ж виникають випадки притягнення посадової особи до відповідальності за неналежне виконання своїх обов'язків, то в такому випадку вона стає індивідуальним суб'єктом тих чи інших деліктних відносин. У вивченні даного питання заслуговує на увагу ідея автора щодо групування елементів адміністративно-правового статусу державного органу у три основних блоки [7, с. 40]:

- цільовий;
- структурно-організаційний;
- компетенційний (компетенція).

Зазначений принцип групування елементів правового статусу, на нашу думку, можна застосувати і при дослідженні змісту адміністративно-правового статусу судді в адміністративно-деліктному процесі.

Важливе місце у правовому статусі державного органу, у тому числі судді, займає його цільовий блок елементів, оскільки: державний орган або посадова особа повинні керуватися покладеними на них завданнями, виконання яких зумовлене забезпеченням певної соціальної необхідності, а тому зазначені суб'єкти не мають права ухилятися від їх досягнення; даний блок є юридичною основою для визначення обсягу повноважень, рішення відповідних завдань; цей блок є юридичною основою для встановлення відповідальності, що тягне невиконання даних завдань.

Таким чином, цільовий блок елементів є законодавчо закріпленою основою для визначення прав і обов'язків судді з метою забезпечення виконання ним завдань в адміністративно-деліктному провадженні.

Виходячи із ст. 1 КУпАП, яка визначає завдання цього Кодексу, а також інших норм адміністративного законодавства, що виступають правовими підставами діяльності суб'єктів адміністративної юрисдикції у провадженні у справах про адміністративні правопорушення, можна вести мову про те, що мета діяльності судді полягає у забезпеченні захисту, охороні прав і свобод як фізичних, так і юридичних осіб, власності, забезпеченні громадського порядку та громадської безпеки, встановленого правопорядку, зміцненні законності, запобіганні правопорушенням, вихованні громадян у дусі точного та неухильного дотримання Конституції та законів України, сумлінному виконанні своїх обов'язків, відповідальності перед суспільством.

Зазначена мета досягається шляхом реалізації завдань провадження у справах про адміністративні правопорушення: своєчасного, всебічного, повного й об'єктивного з'ясування обставин кожної справи, вирішення її у точній відповідності з законом, забезпечення виконання винесеної постанови, попередження вчинення протиправних діянь, зміцнення законності (ст. 245 КУпАП).

Крім того, завданнями судді в адміністративно-деліктному провадженні є перевірка законності й обґрунтованості прийнятих рішень і винесених постанов у справах про адміністративні правопорушення, що розглядалися іншими уповноваженими суб'єктами (статті 267, 287, 288 КУпАП).

При дослідженні питання адміністративно-процесуального статусу судді в адміністративно-деліктному процесі слід зупинитися на аналізі такої частини правового статусу, як компетенція, яка є частиною правового статусу будь-якого суб'єкта владних повноважень, розкриває основний зміст його діяльності та визначає механізм покладених на нього завдань. Як зазначає В. Авер'янов, у суб'єктів владних повноважень адміністративна правосуб'єктність виявляється у нормативно закріпленій за ними компетенції, тобто у сукупності їх юридично-владних повноважень (прав і обов'язків), що надаються їм для виконання відповідних завдань і функцій [5, с. 192–194]. На думку Ю. Битяка, компетенція – це певний обсяг державної діяльності, покладений на конкретний орган, або коло питань, передбачених законодавством, іншими нормативно-правовими актами, які він має право вирішувати у процесі практичної діяльності [6, с. 70]. У свою чергу, Д. Бахрах розглядає компетенцію як частину правового статусу суб'єкта, яка складається із сукупності владних повноважень стосовно певних предметів відання. Її перший елемент включає права й обов'язки, пов'язані із здійсненням влади, з участю в управлінських відносинах, в тому числі правом видавати певні акти, а другий – підвідомчість, правове закріплення кола об'єктів, предметів, справ, на які поширюються владні повноваження [7, с. 40].

Отже, *компетенцію судді* можна визначити як законодавчо закріплену сукупність прав і обов'язків (повноважень) судді у адміністративно-деліктному провадженні щодо розгляду справ про адміністративні правопорушення та винесення рішення про притягнення особи правопорушника до адміністративної відповідальності.

Розкриваючи зміст повноважень судді у провадженні у справах про адміністративні правопорушення, вважаємо за необхідне погодитися із пропозицією авторів, які виділяють чотири основні складові частини (елементи) адміністративно-юрисдикційної компетенції: функціональної, предметної, територіальної та процесуальної [3, с. 35].

Функціональна компетенція судді виявляється у його повноваженнях щодо:

- розгляду справ про адміністративні правопорушення (з'ясування обставин справи, особи правопорушника, кваліфікація правопорушення);
- прийняття рішення у справі (ст. 284 КУпАП);
- прийняття рішення про передачу матеріалів справи прокурору, органу досудового слідства або дізнання (ст. 253 КУпАП);
- перегляду постанов у справі (глава 24 КУпАП).

Слід зазначити, що функціональна компетенція судді, у порівнянні з аналогічною компетенцією інших суб'єктів адміністративної юрисдикції, має свої особливості (наприклад, виключне право про накладення певних видів адміністративних стягнень; повноваження щодо перевірки законності й обґрунтованості рішень у справах про адміністративні правопорушення, прийнятих будь-якими суб'єктами владних повноважень).

Предметну компетенцію судді складають його повноваження, визначені ст. 221 КупАП (перелік конкретного кола справ, які розглядаються судами (суддями), а також всі справи про адміністративні проступки, вчинені особою віком від шістнадцяти до вісімнадцяти років).

Встановлення *територіальної компетенції* судді дозволяє розмежувати предметну компетенцію судді одного рівня судів залежно від місця розгляду справи (тобто, за місцезнаходженням суду, у якому працює суддя). В адміністративно-деліктному провадженні територіальна компетенція визначається відповідно до вимог ст. 276 КУпАП.

Важливим елементом компетенції судді при розгляді справ про адміністративні правопорушення є *процесуальна компетенція,* до якої відносяться його повноваження щодо дотримання процедури розгляду та вирішення справ про адміністративні проступки. Такі повноваження визначені у главах 22–24 Кодексу (підготовка справи до розгляду, строки та порядок розгляду справи, вручення копії постанови у справі, порядок її оскарження тощо).

Наступним блоком елементів, що входять до складу адміністративно-процесуального статусу судді, є організаційний блок. Його зміст – це порядок призначення на посаду судді, вимоги, що висуваються до кандидатів на цю посаду, порядок фінансування тощо. Нормативною основою організаційного блоку є Конституція України, закони України «Про судоустрій України», «Про статус суддів», «Про державну службу», «Про Вищу раду юстиції», «Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів» та інші підзаконні акти.

Не можна залишити поза увагою ще одне питання, пов'язане із сутністю адміністративно-процесуального статусу судді в адміністративно-деліктному провадженні – відповідальність зазначеного суб'єкта за свою адміністративно-юрисдикційну діяльність, яка також є невід'ємною частиною правового статусу суб'єкта як складова адміністративної дієздатності.

Стаття 31 Закону України «Про статус суддів» визначає підстави для притягнення судді місцевого загального суду до дисциплінарної відповідальності, однією з яких є порушення суддею законодавства під час розгляду справ, а також порушення обов'язків судді, передбачених ст. 6 цього Закону. Разом із тим п. 2 ст. 31 зазначеного Закону передбачає, що скасування або зміна судового рішення не тягне за собою дисциплінарної відповідальності судді, який брав участь у винесенні цього рішення, якщо при цьому не було допущено навмисного порушення закону чи несумісності, що потягло за собою істотні наслідки. Однак з цього приводу виникає цілком закономірне питання: а яким саме чином визначатиметься «навмисність» порушення закону суддею при розгляді та вирішенні справи про адміністративний проступок? Але, незважаючи на певні законодавчі колізії, слід зазначити, що наявність такої юридичної відповідальності є, все ж, своєрідною гарантією законності постанов у адміністративно-деліктних справах, які виносяться суддею як суб'єктом адміністративної юрисдикції, забезпечення ним реалізації прав і свобод учасників деліктного провадження, а також виконання покладених на них обов'язків.

Висновки

Проведене дослідження дозволяє запропонувати таке визначення адміністративно-процесуального статусу судді в адміністративно-деліктному процесі – *це сукупність процесуальних прав, гарантій, обов'язків судді, спрямованих на реалізацію завдань адміністративно-деліктного провадження, а також настання юридичної відповідальності у передбачених законом випадках.*

Література

1. *Юридична* енциклопедія: В 6 т. – К., 1998. – Т. 5.
2. *Бахрах Д. Н.* Субъекты советского административного права. – Свердловск, 1985.
3. *Якимов А. Ю.* Статус субъекта административной юрисдикции и проблемы его реализации. – М., 1999.
4. *Колпаков В. К., Кузьменко О. В.* Адміністративне право України. – К., 2003.
5. *Адміністративне* право України: Академічний курс: У 2 т. – К., 2004. – Т. 1.
6. *Адміністративне* право України / Ю. П. Битяк, В. М. Гаращук, О. В.Дьяченко та ін.; За ред. Ю. П. Битяка. – К., 2006.
7. *Бахрах Д. Н.* Административное право. – М., 1999.
8. *Патюлин В. А.* Государство и личность. – М., 1974.
9. *Ламонов Е. В.* Деятельность судьи районного (городского) суда в производстве по делам об административных правонарушениях. – Воронеж, 2002.
10. *Агапов А. Б.* Федеральное административное право России. – М., 1997.

The article analyzes the legal documents, scientific studies, which refer to the issue of administrative and procedural status of a judge in court proceedings on administrative offences, presents personal vision of improving the status of this subject, examines its functional, material, territorial and procedural competence, the concept of administrative and procedural status of judge in the administrative and tortious process is proposed.

В статье анализируются нормативно-правовые акты, научные исследования, которые касаются проблем административно-процессуального статуса судьи в производстве по делам об административных правонарушениях, излагается собственное видение решения вопроса совершенствования статуса данного субъекта, рассматриваются его функциональная, предметная, территориальная и процессуальная компетенция, предлагается определение понятия административно-процессуального статуса судьи в административно-деликтном процессе.

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ВИЗНАЧЕННЯ ТЕРОРИЗМУ В КОНТЕКСТІ ТЕОРІЇ СОЦІАЛЬНОГО УПРАВЛІННЯ

Ігор Рижов,
канд. юрид. наук,
полковник

У статті розглядається визначення тероризму з позиції соціології, зокрема, теорії соціального управління, зазначається, що мета тероризму полягає, насамперед, у вирішенні соціального конфлікту. Мета тероризму зводиться до спроби корекції алгоритму соціального управління в суспільстві. При цьому не має значення про який тип соціального управління йдеться. Це може бути режим влади в суспільстві, світовий порядок або принцип управління всередині організованої злочинної групи тощо.

Ключові слова: тероризм, соціологія, теорія соціального управління, соціальний конфлікт.

Що таке тероризм? Жодне питання не ставилося так наполегливо в період новітньої історії пострадянського суспільства. Напевно, це питання з тих, що залишилися без однозначного, ясного та всім зрозумілого тлумачення, незважаючи на те, що це соціально небезпечне явище постійно прогресує, забираючи людські життя, нагнітаючи обстановку панічного страху серед членів громадянського суспільства. Тероризм, у всій різноманітності його форм, став одним із найбільш небезпечних явищ на нашій планеті, тому питання визначення його сутності є вельми актуальним.

Науково-теоретичні розробки з проблем визначення понятійного апарату при вивченні тероризму є як у вітчизняній літературі, так і в працях закордонних авторів. Достатньо глибоко соціально-політичні аспекти проблеми тероризму розроблені російськими науковцями В. Вітюком, С. Голосовим, Ю. Горбуновим, С. Кара-Мурзою, Ю. Антоняном та закордонними терорологами – Б. Корз'є, Р. Фірі, Б. Дженкінсом, М. Креншоу, Р. Малей, А. Шейлі та ін. Серед сучасних вітчизняних теоретичних праць заслуговують на увагу розробки стратегії боротьби з тероризмом, зокрема, Н. Бєглової, В. Глушкова, В. Ємельянова, В. Крутова, В. Антипенка, В. Ліпкана.

Сучасний стан визначення понятійного апарату характеризується опрацьованістю його юридичних аспектів, але з позицій соціології, насамперед теорії соціального управління, це питання не відпрацьоване на належному рівні.

Мета цієї статті – розкрити та теоретично обґрунтувати сутність поняття «тероризм» в контексті теорії соціального управління.

Тероризм і терор – поняття близькі; їх поєднує значеннєвий зміст. Не викликає сумніву, що ці терміни характеризують взаємозалежні процеси, в основу яких покладений принцип страху та жаху перед майбутнім. Саме так трактував зміст цього поняття Аристотель для позначення особливого типу жаху, що опановував глядачами трагедії в грецькому театрі (terror – значить жах). Терор як метод завоювання чи утримання влади відомий з давніх часів. Терор як організована форма масового страху вперше з'явився в епоху якобінців і до теперішнього часу сформувався як досконалий, перевірений на практиці та підкріплений відповідною теорією спосіб соціального керування. Концепція використання страху як знаряддя влади викладена у творах Марата, Троцького, Каутського (у полемічній суперечці «Терор і комунізм») і багатьох інших ідеологів тоталітарних режимів. Практика спадкування прикладів Французької буржуазної революції більшовицьким урядом Радянської України призвела до трагічних наслідків – голодомору, депортації і, як наслідок, часткового знищення української національної духовності. За якобінським зразком ленінська система терору була запроваджена скрізь, де проникала, зокрема на Україні це відбувалося з особливою жорстокістю [1, с. 15].

На відміну від поняття «терор», зміст якого знайомий більшості наших співгромадян з курсу історії СРСР, поняття «тероризм» порівняно нове. Його тріумфальному ходу планетою значною мірою сприяє розвиток засобів масової інформації та поява нових інформаційних технологій, здатних миттєво донести всі жахи терористичного акту до величезної аудиторії; при цьому не лише констатувати той чи інший факт, а й у деталях його прокоментувати та показати наслідки, тиражуючи тим самим жах і культивуючи масовий синдром неадекватного страху. Без цього сучасний тероризм неможливий.

Соціально-політичний зміст сучасного тероризму – це досягнення неадекватного соціально-психологічного резонансу в суспільстві шляхом багаторазового посилення

© І. Рижов, 2009

засобами масової інформації ефекту психологічного впливу одиничного факту насильницьких протиправних дій або погрози їх здійснення.

Питання про місце тероризму в сучасному суспільстві адресоване насамперед політикам, оскільки саме вони суттєво впливають на формування концепції права, юристам і правознавцям, оскільки їх трактування цього явища припускає визначення відповідних норм і санкцій.

Юристи радянської школи визначають тероризм як злочин проти суспільної безпеки, в основному у формі викрадення повітряного судна, захоплення заручника, замаху на життя державного чи партійного діяча. У такому трактуванні практично неможливо позначити принципові відмінності тероризму від загальнокримінальної злочинності. При цьому не визначається різниця між поняттями «тероризм» і «терористичний акт», хоча очевидно, що тероризм – це процес, а терористичний акт – це дія, а основною кваліфікуючою ознакою цієї дії є залякування певної частини членів суспільства. Терор політичний – це зловживання державною владою з метою примусу шляхом залякування громадянського суспільства. Іншими словами, це різновид терористичної діяльності.

Факт терористичної діяльності може та повинен розглядатися як загальнокримінальний злочин. Але терористичний акт – це лише спосіб досягнення мети. Мета тероризму не в здійсненні вибуху чи підпалу. Мета тероризму – вирішення соціального конфлікту між системою соціального керування й іншим суспільством. При цьому обидві сторони можуть застосувати насильницькі методи терористичної спрямованості. Влада (чи деякі з її гілок) також найчастіше застосовує методи залякування населення. Особливо гостро такі процеси спостерігаються в нашому суспільстві в період становлення тієї ж влади. Яким чином співвідносяться терор по відношенню до власного народу періоду побудови соціалізму, переслідування інакомислячих у період розвинутого соціалізму та тероризм? У межах сучасного правового поля таке питання ніколи не ставилося.

Навіть парадигма слова припускає подвійність значеннєвого змісту. Тероризм може розглядатися як процес і як дія. Сутність поняття «тероризм» як дії прийнято ілюструвати відповідними статтями з кримінального кодексу або традиційно прийнятим у суспільстві поняттям. При цьому, на нашу думку, зміст цього поняття побічно відбиває стиль влади. Так, американські політологи традиційно вважають, що тероризм – це «використання чи погроза використання насильства в політичних цілях окремими особами чи групами, що діють як на стороні, так і проти існуючого уряду, коли такі дії спрямовані на те, щоб вплинути на більшу кількість людей, ніж безпосередні жертви».

При цьому російське трактування поняття «тероризм» визначається змістом ст. 205 Кримінального кодексу (далі – КК) РФ і зводиться до групи злочинів, спрямованих проти суспільної безпеки та суспільного порядку. При цьому цілями тероризму, вибуху, чи підпалу, інших суспільно небезпечних дій, є: порушення суспільної безпеки, залякування населення або здійснення впливу на прийняття рішень органами влади. На відміну від трактування американських політологів, що допускає можливість використання насильства в інтересах діючого уряду, російське трактування тероризму однозначно визначає тероризм як злочин проти суспільної безпеки. Однак таке трактування приховує мотиви тероризму як фази соціального конфлікту, заочно виправдовує владу, тобто існуючий механізм соціального керування суспільством. На нашу думку, подібне трактування поняття «тероризм» – лише зручна форма маскування придушення незгодних з існуючим режимом політичних сил. Концепція боротьби з «ворогами народу» в епоху побудови соціалізму також ґрунтувалася на ідеї посилення суспільної безпеки. В умовах тоталітарної держави це закономірно, але не припустимо в суспільствах, що прагнуть до демократії.

КК України вводить поняття «терористичний акт» (ст. 258): «терористичний акт, тобто застосування зброї, вчинення вибуху, підпалу чи інших дій, які створювали небезпеку для життя чи здоров'я людини або заподіяння значної майнової шкоди чи настання інших тяжких наслідків, якщо такі дії були вчинені з метою порушення громадської безпеки, залякування населення, провокації воєнного конфлікту, міжнародного ускладнення або з метою впливу на прийняття рішень чи вчинення або не вчинення дій органами державної влади чи органами місцевого самоврядування, службовими особами цих органів, об'єднаннями громадян, юридичними особами, або привернення уваги громадськості до певних політичних, релігійних чи інших поглядів винного (терориста), а також погроза вчинення зазначених дій з тією самою метою». При цьому прямим умислом і політичною метою є конкретні дії, у тому числі спрямовані на залякування населення. На нашу думку, таке визначення досить змістовно розкриває поняття терористичного акту, як конкретної протиправної дії, але воно не може бути застосоване для кваліфікації тероризму.

Терористична діяльність – це такий вид злочинної діяльності, що припускає подвійний об'єкт (безпосередню жертву терористичного акту й опосередковану жертву психологічного впливу). Це може бути будь-яка про-

типправна дія, що має своїм наслідком людські жертви, або без таких.

Як видно з визначення, мета тероризму як дії зводиться до спроби корекції алгоритму соціального управління в суспільстві шляхом залякування суспільства. При цьому не має значення про який тип соціального керування йдеться. Це може бути режим влади в суспільстві, світовий порядок або принцип керування всередині організованої злочинної групи чи трудового колективу.

Таким чином, тероризм повинен розглядатися як обставина, що обтяжує покарання. Сучасне українське законодавство передбачає такі обставини у ст. 67 КК України. Вчинення загальнокримінального злочину, що супроводжувався застосуванням методів тероризму, тобто залякування, характеризується підвищеним ступенем суспільної небезпеки.

Тероризм можна розглядати як форму організованої злочинності, жертвою якої є суспільство, метою – влада. Мотив тероризму – зміна алгоритму соціального керування. Це більш широке поняття, ніж просто спроба вплинути на ухвалення рішення органами влади. Адже рішення органів влади, передусім у частині господарсько-економічної діяльності, не завжди мають політичне значення. В умовах перманентної демократії будь-яка спроба вплинути на рішення влади може привести до нерозв'язного соціального конфлікту. У такому контексті тероризм – прерогатива публічного, конституційного права.

Сутність поняття «тероризм» як процесу зводиться врешті-решт до віри в можливість перебудови світу шляхом використання терористичних методів. Це, перш за все, використання методу залякування тієї частини населення, що не має безпосереднього відношення до предмета конфлікту, з метою психологічного тиску на більш сильного учасника конфлікту, що зайняв принципову позицію. Саме наявність трьох суб'єктів специфічно відрізняє тероризм від загальнокримінального злочину [2, с. 38]. При цьому обов'язковою є наявність фактора масового залякування, інакше цей злочин буде кваліфікуватися як загальнокримінальний.

Поява нових інформаційних технологій на озброєнні сучасних мас-медіа надали можливість занурити людство (найбільш інформаційно розвинуту його частину) у світ віртуальної реальності, тобто світ, у якому інформаційні потоки відрежисовані таким чином, щоб викликати в людини заздалегідь прогнозовані психофізіологічні реакції. Іншими словами, людина і раніше могла, причому досить легко, потрапити у світ віртуальної реальності, наприклад, занурюючись у споглядання картини чи кінофільму, або просто із захопленням поглинаючи книгу. *Віртуальна реальність* – придуманий на рівні людської підсвідомості рівнобіжний світ, у який людина розумна переноситься, відтворюючи у своїй підсвідомості штучно описані моделі неіснуючої дійсності. Віртуальні реальності дозволяють створити і нову галузь експериментальних досліджень щодо переживань людини: переживання у віртуальних реальностях за силою та реалістичністю цілком можуть зрівнятися з психоделічними впливами, а за ступенем контролю та регулятивних можливостей «віртуальні переживання», безумовно, будуть найкращими. Що стосується засобів масової інформації, то створення віртуальної реальності є їх цільовою настановою. Ще одна сфера використання віртуальних реальностей – мистецтво. В одному з американських фільмів майже точно були відтворені деталі трагедії 11 вересня. Можна сказати, що вони лягли на попередньо підготовлений в людській свідомості ґрунт, що багаторазово підсилило ступінь страху, саме віртуального страху, який виникає у цивільного населення.

Першоосновою віртуального страху є інформація. Віртуальний страх – стан невротичного страху, що виникає під впливом не реальних подій, а їх семантичних образів, які формуються у свідомості на основі відображення інформації. Обов'язковою умовою появи віртуального страху є наявність інформаційного каналу між джерелом і споживачем інформації. Як інформаційний канал може розглядатися будь-який аудіовізуальний канал, у тому числі книги, плітки, радіо, телебачення, інтернет, тобто те, що входить у поняття мас-медіа.

Дійсно, можна погодитися з тими, хто стверджує, що прогрес віртуальних реальностей тотожний ще одній технологічній революції. Але будь-яка революція – це одночасно і складний клубок проблем. Основна проблема, з якою людство вже зіштовхнулося, – поява керованого віртуального страху, що викликається не біблійними сюжетами та фільмами Хічкока, а кадрами реальної людської трагедії, донесеної засобами мас-медіа до підсвідомості кожної реально мислячої людини, що саме собою вирішує основне завдання терористів – викликати паніку та страх перед майбутнім.

Віртуальний страх – категорія соціально-психологічна. Це такий стан громадянського суспільства, за якого кожний окремий індивідум сприймає жах того, що відбувається в реальному світі, через сформований за допомогою інформаційного каналу (мас-медіа) віртуального псевдосвіту, його перекрученого, багаторазово посиленого (чи ослабленого) відображення. При цьому семантичний образ інформації спотворюється (залежно від кон'юнктурних інтересів того, хто контролює цей інформаційний канал, викликаючи неадекватний страх). Віртуальний страх однозначно неадекватний, оскільки формується під впливом не події, що реально відбувається, а її відображення. При цьому страх

підсилюється пропорційно кількості часу сприйняття, що, з урахуванням повторів, багаторазово перевищує час реальної трагедії.

Саме неадекватний віртуальний страх, викликаний будь-якою суспільною чи антигромадською публічною дією, метою якого є зміна алгоритму соціального керування в суспільстві, резонансно посилюється із застосуванням інформаційних технологій і виступає обов'язковою складовою сучасного тероризму.

Дійсно, занурення людини у світ віртуальної реальності, створеної в інформаційному просторі диктором телебачення, газетними матеріалами, дозволяє здійснювати сугестію, нав'язувати способи існування, потрібні маніпулятору та відмінні від загальноприйнятих. Фактично ціль терористів, що спровокували інформаційний бум, згодом губиться на тлі інтересів, які можна вирішити, використовуючи сформовану ситуацію, але при цьому віртуальний страх – необхідна і достатня умова тероризму.

Використовуючи мову військових, віртуальний страх можна визначити як вражаючий фактор інтелектуальної чи інформаційної зброї, при цьому зброї масового ураження. Ступінь ефективності такого вражаючого фактора визначається ступенем адекватності (вірогідності) відображуваної інформації про загрозу (природно з огляду на ступінь небезпеки самої загрози). Адекватність (вірогідність), у свою чергу, залежить від якості каналу передачі інформації. Напевно можна ввести кількісну оцінку такої інформації – семантичний еквівалент (за аналогією з тротиловим еквівалентом).

У звичайному викладі багатофункціональне слово «інформація» – це повідомлення, зведення про природу та суспільство, явища, процеси та стани, що мають місце у Всесвіті. Зважаючи на логіку споживачів інформації, її (інформацію) можна класифікувати за багатьма критеріями, у тому числі за ознакою реакції на неї людини. Можна розрізнити позитивну та негативну інформацію. Позитивна викликає позитивні емоції, негативна – негативні. Віртуальні страхи викликаються особливим типом негативної інформації, що у більшості випадків на тлі загального інформаційного потоку нав'язується щодня через мас-медіа.

Цільові (функціональні) інформаційні потоки багаторазово підсилюють вплив інформації на психіку людини, формуючи у свідомості стійкі образи подій, що відбуваються в іншому просторово-часовому вимірі. Специфічною криміналістичною характеристикою тероризму є те, що він, по суті, заснований на використанні саме такого типу цільових (функціональних) інформаційних потоків, здатних викликати неадекватне сприйняття реальних подій, що відбуваються. У випадку тероризму – це здійснення чи погроза здійснення терористичного акту, тобто дій, як правило, насильницького антигромадського характеру, з жертвами чи без таких, здатних спровокувати віртуальний страх.

Висновки

Міжнародний тероризм усе частіше заявляє про себе як про глобальний соціальний процес. У цьому випадку тероризм може розглядатися як реакція деяких опозиційних сил (як правило, на рівні суб'єктів геополітичного масштабу) на несправедливість світового порядку.

Тероризм у нашому розумінні – *це процес нав'язування громадянському суспільству, незалежно від принципів його організації, алгоритму соціального управління або його примусової корекції, шляхом погрози чи проведення антигромадських дій насильницького характеру (репресій і терористичних актів), здатних викликати широкий суспільний резонанс на основі віртуального страху.*

Література

1. *Білокінь С. І.* Масовий терор як засіб державного управління в СРСР (1917–1941 рр.). – К., 1999. – 447 с.

2. *Беглова Н. С.* Терроризм: поиск решения проблемы // США: экономика, политика, идеология. – 1991. – № 1. – С. 36–45.

An author examines the concept of terrorism from position of sociology, in particular theory of social management. In the article marked, that the purpose of terrorism consists above all in permission of social conflict. The purpose of terrorism is taken to the attempt of correction of algorithm of social management in society. Thus not important what type of social management speech goes about. It can be mode of power in society, world order or management principle into the organized criminal group and others like that.

В статье рассматривается определение терроризма с позиции социологии, в частности, теории социального управления, отмечается, что цель терроризма заключается, прежде всего, в разрешении социального конфликта. Цель терроризма сводится к попытке коррекции алгоритма управления социальными процессами в обществе. При этом не имеет значения о каком типе социального упраления идет речь. Это может быть режим власти в обществе, мировой порядок или принцип управления внутри организованной преступной группы и т. д.

ЛОКАЛЬНІ АКТИ БАНКІВ І НЕБАНКІВСЬКИХ ФІНАНСОВИХ УСТАНОВ: їх правова природа

Марія Пожидаєва,
канд. юрид. наук,
доцент кафедри комерційного права
Київського національного торговельно-економічного університету

Стаття присвячена визначенню місця локальних актів банків та небанківських фінансових установ у системі правових актів. Виділені різні види локальних актів банків. Обґрунтована необхідність закріплення на законодавчому рівні співвідношення понять «банківські правила» і «внутрішні акти» фінансово-кредитних установ.

Ключові слова: *правові акти, локальні акти, внутрішні акти, банківські правила, банки, небанківські фінансові установи.*

Діяльність банків і небанківських фінансових установ регулюється за допомогою сукупності правових норм, що містяться у відповідних нормативно-правових актах. Згідно з ч. 6 ст. 334 Господарського кодексу (далі – ГК) України банки у своїй діяльності керуються цим Кодексом, Законом України «Про банки і банківську діяльність», іншими законодавчими актами. На жаль, законодавець чітко не визначає, що потрібно розуміти під терміном «законодавчий акт» і на підставі яких саме нормативних актів здійснюється правове регулювання банківських відносин. На сьогодні кожна фінансово-кредитна установа розробляє різні внутрішні документи, в яких переважно закріплюються оперативні правила обслуговування її клієнтів, здійснення нею певних банківських операцій. У зв'язку з цим виникає необхідність з'ясувати, яке місце займають локальні акти банків і небанківських фінансових установ у системі правових актів. Дослідження цього питання, з одного боку, має теоретичне значення для визначення джерел банківського права, а з іншого – практичне значення для вирішення можливості застосування локальних актів комерційних банків у судовій практиці.

У науці фінансового права існує багато поглядів щодо визначення локальних актів кредитних установ. При розгляді джерел банківського права це питання у своїх працях порушували такі вітчизняні науковці, як О. Орлюк, Ю. Ващенко, О. Костюченко [1, с. 48; 2, с. 37; 3, с. 17], а також російські вчені: М. Агарков, О. Братко, О. Викулін, Г. Тосунян, Н. Кузнєцов, М. Барашян, Д. Дружинін, І. Рукавишнікова, Н. Еріашвилі [4, с. 57; 5, с. 47; 6, с. 37–65; 7, с. 134–135; 8, с. 22; 9, с. 11; 10, с. 17].

Мета цієї статті є дослідити правову природу локальних актів банків і небанківських фінансових установ, які здійснюють банківські операції згідно з чинним законодавством, та встановити, чи можуть ці акти бути одними з джерел банківського права, мати нормативний характер.

Локальними актами є акти, які приймаються уповноваженими органами підприємств, установ, організацій відповідно до законодавства, регламентують відносини, що виникають у межах цієї юридичної особи [3, с. 37]. Так, О. Макарова вважає, що локальні корпоративні акти закріплюють індивідуально-правовий статус організації, вони приймаються органами управління організації й є обов'язковими для виконання у даній організації [11, с. 31]. У зазначених випадках локальні акти розглядаються як нормативно-правові акти, що надає можливість вважати їх джерелами права.

На сьогодні спеціального закону у сфері визначення нормативно-правових актів не прийнято. Проте поняття «нормативно-правовий акт» передбачене та розкрите у підзаконних актах, зокрема у постанові Кабінету Міністрів України «Про затвердження Положення про державну реєстрацію нормативно-правових актів міністерств та інших органів виконавчої влади» від 28.12.1992 р. та у наказі Міністерства юстиції України «Про вдосконалення порядку державної реєстрації нормативно-правових актів у Міністерстві юстиції України та скасування рішення про державну реєстрацію нормативно-правових актів» від 12.04.2005 р. Згідно з п. 1.4 Порядку подання нормативно-правових актів на державну реєстрацію до Міністерства юстиції України та проведення їх державної реєстрації, затвердженого наказом Міністерства юстиції України від 12.04.2005 р., нормативно-правовий акт – це офіційний письмовий документ, прийнятий уповноваженим на це суб'єктом нормотворення у визначеній законодавством формі та за встановленою законодавством процедурою, спрямований на регулювання суспільних відносин, що містить норми права, має неперсоніфікований характер і розрахований на неодноразове застосу-

© М. Пожидаєва, 2009

вання. Прийняття нормативно-правових актів у вигляді листів і телеграм не допускається.

Що стосується локальних актів кредитних установ, то вони є правовими, але залежно від їх різновиду можуть мати як нормативний, так і ненормативний характер. При цьому слід відрізняти їх від індивідуальних правових актів Національного банку України.

До локальних нормативно-правових актів належать статути банків, положення про їх філії, відділення, представництва, а також окремі положення про органи управління цих фінансових установ. У більшості випадків статут є основним локальним нормативним документом будь-якого суб'єкта господарювання. Він містить у собі інформацію, прямо передбачену законами, а також іншу інформацію, що не суперечить законам. Відповідно до ст. 16 Закону України «Про банки і банківську діяльність» від 07.12.2000 р. статут банку складається з урахуванням положень цього Закону, Закону України «Про господарські товариства» від 19.09.1991 р., Закону України «Про акціонерні товариства» від 17.09.2008 р. та інших законів України.

На підставі статуту в комерційному банку розробляються інші внутрішні документи, наприклад положення про його окремі органи управління. Згідно з ч. 3 ст. 39 Закону України «Про банки і банківську діяльність» повноваження та порядок роботи спостережної ради банку визначаються статутом банку чи положенням про раду банку, що затверджуються загальними зборами учасників банку. Відповідно до ч. 3 ст. 40 Закону України «Про банки і банківську діяльність» правління (рада директорів) банку діє на підставі положення, що затверджується загальними зборами учасників чи спостережною радою банку. Порядок роботи ревізійної комісії визначається положенням про цю комісію, що затверджується загальними зборами учасників (акціонерів) банку (ч. 12 ст. 41 Закону України «Про банки і банківську діяльність»).

Банківським законодавством України передбачено, що філії, представництва, відділення банку діють від його імені на підставі затвердженого уповноваженим органом банку окремого положення про відповідну філію, представництво, відділення (ч. 4 ст. 23 Закону України «Про банки і банківську діяльність», підпункти 9.4, 9.15 п. 9, підпункт 10.7 п. 10 Положення про порядок створення і державної реєстрації банків, відкриття їх філій, представництв, відділень, затвердженого постановою Правління Національного банку України від 31.08.2001 р.).

Серед джерел банківського права О. Костюченко виділяє підзаконні нормативні акти. До них належать і нормативні акти, прийняті асоціаціями та господарюючими суб'єктами (наприклад, рішення Асоціації комерційних банків та локальні акти кредитних організацій – статути комерційних банків, установчі договори, положення про філії, представництва, моральний кодекс банкірів) [3, с. 17].

Таким чином, *локальні нормативні акти банку або небанківської фінансової установи* містять правові норми, що приймаються та затверджуються вповноваженими органами управління цієї фінансової установи, встановлюють загальні правила регулювання однотипних відносин у цій фінансовій установі, розраховані на тривале застосування та не мають конкретного адресата. Слід зазначити, що, крім процедури прийняття статутів кредитних установ, положень про їх філії, відділення, представництва, відбувається ще й процедура реєстрації цих документів у відповідних державних органах. Так, статут банку спочатку реєструється у Національному банку України, а потім на даному документі ставиться відповідна відмітка про проведення державної реєстрації банку як юридичної особи державним реєстратором у державній адміністрації за місцезнаходженням банку.

Слід зазначити, що фінансово-кредитна установа може приймати і локальні акти ненормативного характеру, які містять обов'язкові правила для її співробітників і клієнтів. До таких внутрішньобанківських документів належать різні положення, інструкції, правила. Наприклад, положення про кредитний комітет, інструкція про організацію внутрішнього контролю, правила, які встановлюють порядок відкриття, обслуговування, закриття поточних рахунків, положення про депозитні (вкладні) операції, положення про кредитування, порядок встановлення та зміни тарифів за певними банківськими операціями тощо. Зміст цих документів не повинен суперечити статуту банку та чинному законодавству. Також кожен банк сам може вирішувати процедурні питання обслуговування клієнтів. Багато внутрішніх документів розробляється та затверджується керівниками кредитних установ щодо ведення бухгалтерського обліку, касових операцій, фінансової діяльності тощо.

На сьогодні ні Цивільний кодекс (далі – ЦК) України, ні ГК України, ні закони у сфері банківської діяльності не регулюють статус внутрішніх документів кредитної установи. Свого часу М. Агарков зазначав, що при укладенні банківських угод велике значення належить оперативним правилам кредитних установ. Правильна побудова справи у кредитних установах вимагає єдиного порядку для операцій банку. Банк не може домовлятися по-різному з окремими клієнтами про умови тієї чи іншої угоди. Тому для всіх операцій банку правлінням банку встановлюються правила, які містять формуляри, що визначають умови, за якими укладається та чи інша угода. Іноді оперативні правила повинні бути затверджені владою [4, с. 57]. М. Агарков вважав, що оперативні правила кредитних установ мають подвійну правову природу. З одного боку, він називав ці прави-

ла серед джерел банківського законодавства, оскільки ст. 92 ЦК Російської Федерації (на сьогодні ця норма втратила чинність) визнавала їх правотворчу силу, але з іншого – правила кредитних установ діють лише при укладенні угоди з клієнтом, коли вони включені до її змісту. Це досягається за допомогою ознайомлення з ними клієнта, від якого при цьому відбирається підпис про те, що він прочитав правила і згоден їм підпорядковуватися [4, с. 57].

Проте у чинному банківському законодавстві як Російської Федерації, так і України, немає вказівок про те, що банки та небанківські фінансові установи можуть приймати оперативні правила. Хоч у нормах ЦК Російської Федерації, у тому числі України термін «банківські правила» застосовується. Відповідно до листа Національного банку України «Про деякі питання застосування Цивільного кодексу України в банківській діяльності» від 18.08.2004 р. під поняттям «банківські правила» слід розуміти нормативно-правові акти Національного банку України. Підтвердженням цьому є норми ч. 1 ст. 1059 ЦК України. Техніко-юридична конструкція вказаної статті, де за словосполученням «нормативно-правові акти у сфері банківської діяльності» в дужках викладено словосполучення «банківські правила», дають підстави стверджувати, що зазначені поняття ототожнюються, тобто мають однаковий зміст. Відповідно до статей 2, 7, 56 Закону України «Про Національний банк України» Національний банк України є особливим центральним органом державного управління, який здійснює банківське регулювання. Таке регулювання здійснюється також і у формі видання Національним банком України нормативно-правових актів у межах його повноважень на виконання законів України (у тому числі – ЦК України), які є обов'язковими для органів державної влади й органів місцевого самоврядування, банків, підприємств, організацій, установ незалежно від форм власності, а також для фізичних осіб.

Отже, банківські правила, які містяться у нормативно-правових актах Національного банку України та регулюють банківські операції, можна вважати нормами банківського права. При цьому внутрішньобанківські документи, які передбачають обов'язкові правила для виконання в межах кредитної установи, не є тотожними поняттю «банківські правила». Тому виникає потреба у правовому визначенні співвідношення банківських правил і внутрішніх документів кредитної установи та закріпленні його у відповідних нормах Закону України «Про банки і банківську діяльність».

На думку російського вченого О. Братко, у Федеральному законі «Про банки і банківську діяльність» потрібно закріпити правовий статус внутрішніх документів кредитної організації, що посприяло б скороченню нормотворчості Банку Росії та підвищило б творчу роль кредитних організацій. У певних ситуаціях банківські операції мають специфіку, яку неможливо врахувати нормативними актами Банку Росії [5, с. 47]. Підтримуючи позицію О. Братко, ми вважаємо, що у ст. 4 Закону України «Про банки і банківську діяльність» потрібно передбачити дві групи внутрішньобанківських документів і надати їм форму локальних нормативних актів. *До першої* належатимуть документи, що регулюють діяльність самої кредитної установи, тобто порядок здійснення нею банківських операцій (наприклад, окремі положення про кредитний комітет, про організацію внутрішнього контролю в банку, про порядок видачі кредитів юридичним особам (фізичним особам) тощо). Ці локальні акти не потребують ознайомлення з боку клієнтів. *До другої* – документи, що регулюють порядок укладення угод і безпосередньо зачіпають законні інтереси клієнтів. Наприклад, правила, які встановлюють порядок відкриття, обслуговування, закриття поточних рахунків, тарифи по обслуговуванню таких рахунків надаються клієнтам для ознайомлення. Таким чином, співробітники фінансово-кредитної установи обов'язково знайомлять клієнтів з локальними актами, які стосуються умов угоди або банківських операцій, що безпосередньо пов'язані з нею.

Слід зазначити, що на сьогодні банківські правила у вигляді нормативно-правових актів Національного банку України є джерелами банківського права та не належать до локальних нормативних актів банків та інших небанківських фінансових установ. Відповідно до чинного банківського законодавства України внутрішні документи кредитних установ, за виключенням їх статутів, окремих положень про їх органи управління, положень про філії, відділення, представництва цих установ (локальні нормативні акти), мають статус локальних ненормативних актів, отже, не є джерелами банківського права.

Російські вчені Н. Кузнєцов, М. Барашян, Д. Дружинін, І. Рукавишнікова поділяють локальні акти кредитних організацій на два види. До першої групи вони відносять акти, які регламентують діяльність кредитних організацій (наприклад, статути, ліцензії; статути реєструються у відповідних державних органах, а ліцензії на здійснення банківських операцій видаються Центральним банком Російської Федерації). До другої групи відносяться акти, за допомогою яких керівники кредитних організацій застосовують до своїх працівників засоби заохочення, дисциплінарні стягнення, регулюють питання оплати праці [8, с. 22]. З такою позицією не погоджується український науковець Ю. Ващенко. Вона вважає, що не можна відносити до локальних актів кредитних організацій ліцензії. Ліцензія є індивідуальним правовим актом, який видається центральним банком держави відповідному банку. Стосовно другої гру-

пи актів вони є джерелами трудового права, а не банківського [3, с. 37]. Повністю підтримуючи точку зору Ю. Ващенко, слід зазначити, що здійснення банківських операцій регулюється не лише нормативно-правовими актами, а й індивідуальними правовими актами Національного банку України. Так, згідно із ст. 19 Закону України «Про банки і банківську діяльність» рішення про надання банківської ліцензії чи про відмову в її наданні приймається Національним банком України. Також Національний банк України може призначати тимчасову адміністрацію в банку як захід впливу відповідно до статей 73, 75 Закону України «Про банки і банківську діяльність».

Таким чином, банківську ліцензію, постанову Правління Національного банку України про призначення тимчасової адміністрації банку можна вважати актами індивідуальної дії, які мають персоніфікований характер і стосуються діяльності виключно однієї кредитної установи. При цьому ліцензія на здійснення банківської діяльності розрахована на тривале (неодноразове) її застосування, а постанова про призначення тимчасової адміністрації застосовується у межах встановленого у ній строку (один рік) з метою відновлення фінансового стану банку. На нашу думку, ці індивідуальні правові акти Національного банку України не можна вважати локальними актами кредитної установи у зв'язку з тим, що вони приймаються та видаються центральним банком держави, а не органами управління банку. Зазначені документи є індивідуальними актами управління та мають правозастосовчий характер. Такі акти не тільки містять точно визначені та персоніфіковані юридичні приписи, а й завжди відіграють роль юридичних фактів, з якими пов'язується виникнення, зміна та припинення конкретних правовідносин [12, с. 283].

Висновки

Нормативні та індивідуальні акти Національного банку України формують права й обов'язки кредитної установи. Не потрібно порівнювати ступінь обов'язковості нормативних та індивідуальних правових актів Національного банку України для виконання конкретною банківською установою; вони є обов'язковими. Але лише за умови дотримання встановленої процедури прийняття правових актів і відсутності протиріч із правовими актами, які мають більшу юридичну силу.

Згідно з чинним банківським законодавством України локальні акти банків і небанківських фінансових установ можна поділити на *правові акти нормативного характеру* (статути цих установ, окремі положення про їх органи управління, положення про їх філії, відділення, представництва) та *правові акти ненормативного характеру* (різні положення, інструкції, оперативні правила кредитних установ). Також потрібно виділити індивідуальні правові акти Національного банку України, які стосуються конкретних банківських установ, їх обсягу прав і обов'язків. Це можуть бути банківські ліцензії, відповідні постанови правління Національного банку України про застосування заходів впливу за порушення банківського законодавства. Проте джерелами банківського права є лише локальні нормативні акти банків і небанківських фінансових установ.

Література

1. *Орлюк О. П.* Теоретичні питання банківського права і банківського законодавства. – К., 2003. – 104 с.
2. *Ващенко Ю. В.* Банківське право. – К., 2006. – 344 с.
3. *Костюченко О. А.* Банківське право України. – К., 2006. – 624 с.
4. *Агарков М. М.* Основы банковского права. – М., 1994. – 350 с.
5. *Братко А. Г.* Банковское право. – М., 2006. – 704 с.
6. *Викулин А. Ю., Тосунян Г. А.* Банковское и смежное законодательство Российской Федерации. – М., 2003. – 368 с.
7. *Тосунян Г. А., Викулин А. Ю., Экмалян А. М.* Банковское право Российской Федерации. Общая часть / Под ред. Б. Н. Топорнина. – М., 1999. – 448 с.
8. *Кузнецов Н. Г., Барашян М. М., Дружинин Д. Н., Рукавишникова И. В.* Банковское право. – Ростов на/Д., 2003. – 247 с.
9. *Эриашвили Н. Д.* Финансовое право. – М., 2002. – 727 с.
10. *Эриашвили Н. Д.* Банковское право. – М., 2008. – 591 с.
11. *Макарова О. А.* Корпоративное право. – М., 2005. – 420 с.
12. *Адміністративне* право України: Академічний курс. У 2 т. Том 1. Загальна частина / За ред. В. Б. Авер'янова. – К., 2004. – 584 с.

The article is devoted to the location of local acts of banks and financial establishments in the system of legal acts. The different types of local acts of banks are selected. The necessity of fixing is grounded at legislative level correlation of concepts «bank rules» and «internal acts» of financial-credit institutions.

Статья посвящена определению места локальных актов банков и небанковских финансовых учреждений в системе правовых актов. Выделены разные виды локальных актов банков. Обоснована необходимость закрепления на законодательном уровне соотношения понятий «банковские правила» и «внутренние акты» финансово-кредитных учреждений.

СУБ'ЄКТИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ІНФОРМАЦІЙНОЇ БЕЗПЕКИ УКРАЇНИ:
адміністративно-правові засади

Олексій Стоєцький,
ад'юнкт кафедри адміністративної діяльності
Київського національного університету внутрішніх справ

У статті визначене коло суб'єктів забезпечення інформаційної безпеки України та обґрунтовані адміністративно-правові засади їх діяльності.

Ключові слова: інформаційна безпека України, суб'єкти забезпечення інформаційної безпеки України, система забезпечення інформаційної безпеки України, адміністративно-правовий статус суб'єктів забезпечення інформаційної безпеки України.

Забезпечення інформаційної безпеки України як найважливішої функції держави реалізується за допомогою відповідної системи як органів державної влади, так і ряду недержавних інституцій. Якщо коло суб'єктів забезпечення національної безпеки України нормативно визначено в концептуальному нормативно-правовому акті, що регулює суспільні відносини у сфері національної безпеки (Законі України «Про основи національної безпеки України»), то коло суб'єктів інформаційної безпеки України не має законодавчого закріплення. Навіть в інших важливих нормативно-правових актах у цій сфері – Стратегії національної безпеки України, Доктрині інформаційної безпеки України – також відсутні норми, що врегульовують цю прогалину. Контент- та івент-аналіз доктринальних джерел у цій сфері дозволяє дійти висновку про наявність декількох синонімічних понять, що репрезентують зазначену тематику («суб'єкти інформаційної безпеки», «інституційний механізм інформаційної безпеки», «система забезпечення інформаційної безпеки», «система інформаційної безпеки» тощо). Саме тому вважаємо актуальним науковим напрямом окреслити взаємозв'язок зазначених понять, визначити авторське бачення щодо найбільш адекватної категорії та виокремити коло суб'єктів забезпечення інформаційної безпеки.

Виходячи з розуміння загальної проблеми цієї наукової статті, маємо вирішити такі завдання:

- визначити відмінності між поняттями «суб'єкти інформаційної безпеки», «інституційний механізм інформаційної безпеки», «система забезпечення інформаційної безпеки», «система інформаційної безпеки»;
- визначити поняття «суб'єкти інформаційної безпеки», «адміністративні правовідносини в інформаційній сфері»;
- виокремити коло суб'єктів забезпечення інформаційної безпеки України.

Проблема адміністративно-правових засад суб'єктів забезпечення інформаційної безпеки України безпосередньо цілісно, системно не розглядалася вченими. Хоча окремі наукові розвідки загальнотеоретичного характеру існують у фахівців з адміністративного права, інформаційного права, теорії держави та права, теорії управління, теорії національної безпеки. Зокрема, ретельно вивчені та використані для написання статті наукові праці таких вітчизняних і зарубіжних дослідників, як В. Авер'янов, С. Алексеєв, І. Арістова, І. Бачило, І. Голосніченко, В. Гурковський, Є. Додін, В. Копилов, Б. Кормич, В. Ліпкан, М. Левицька, О. Логінов, Ю. Максименко, А. Марущак, С. Стеценко, М. Тищенко, В. Шкарупа, О. Харитонова, Н. Хорощак та ін.

Б. Кормич оперує декількома поняттями: «державно-правовий механізм інформаційної безпеки» й «інституційний механізм інформаційної безпеки». При цьому, якщо державно-правовий механізм інформаційної безпеки автор визначає як сукупність державних інституцій, задіяних у процесі формування та впровадження політики інформаційної безпеки, їх ролей і відносин, що підпорядковані чіткій ієрархії правових норм та принципів [1, с. 148–149], то інституційний механізм інформаційної безпеки, що є складовим елементом державно-правового механізму, має декілька визначень. Відповідно до першого, інституційний механізм інформаційної безпеки України – це сукупність державних інституцій, задіяних у процесі формування та впровадження політики інформаційної безпеки [1, с. 149]. Згідно з другим, інституційний механізм інформаційної безпеки представляє собою сукупність інсти-

© О. Стоєцький, 2009

тутів публічної влади й інститутів громадянського суспільства, до компетенції яких входить вирішення питань щодо забезпечення умов функціонування та розвитку інформаційної сфери [1, с. 175].

Таким чином, поняття «інституційний механізм інформаційної безпеки» має широке та вузьке розуміння. У вузькому значенні інституційний механізм інформаційної безпеки охоплює виключно державні інституції, задіяні в процесі формування та впровадження політики інформаційної безпеки. У широкому значенні, крім інститутів публічної влади, до його складу входять також інститути громадянського суспільства.

Перелік інституцій, які можуть брати участь у проведенні політики або виробленні конкретних політичних рішень, практично невичерпний і він не обмежується лише органами державної влади та місцевого самоврядування. Так, опрацювання будь-якої проблеми, пов'язаної з політикою інформаційної безпеки, може бути доручене певним науковим установам, групам експертів [1, с. 172].

Отже, суб'єктами забезпечення інформаційної безпеки є не лише органи державної влади, а й недержавні, що відповідає нормам нормативно-правових актів, що регулюють суспільні відносини у сфері інформаційної безпеки України. Хоч як широке, так і вузьке розуміння інституційного механізму не охоплює такого важливого суб'єкта забезпечення інформаційної безпеки, як громадяни України, зводячи коло суб'єктів виключно до державних і недержавних інституцій. Саме тому вважаємо, що поняття «інституційний механізм інформаційної безпеки» є більш вузьким поняттям щодо поняття «суб'єкти забезпечення інформаційної безпеки».

Поняття «система забезпечення інформаційної безпеки України» має своїм правовим підґрунтям вже не чинну Концепцію (основи державної політики) національної безпеки України, в якій був розділ 5 «Система забезпечення національної безпеки України». Оскільки система забезпечення інформаційної безпеки України є частиною системи забезпечення національної безпеки України, розглянемо останнє поняття, що було нормативно закріплене в першому українському нормативно-правовому акті, який регулював суспільні відносини у сфері національної безпеки України.

Згідно з Концепцією, для формування збалансованої державної політики та ефективного проведення комплексу узгоджених заходів щодо захисту національних інтересів у політичній, економічній, соціальній, воєнній, екологічній, науково-технологічній, інформаційній та інших сферах створюється система забезпечення національної безпеки України [2].

Крім того, у зазначеній Концепції система забезпечення національної безпеки визначалась як організована державою сукупність суб'єктів державних органів, громадських організацій, посадових осіб та окремих громадян, об'єднаних цілями та завданнями щодо захисту національних інтересів, що здійснюють узгоджену діяльність у межах законодавства України. У ній закріплювались такі основні суб'єкти системи забезпечення національної безпеки, як [2]:

Український народ;

Верховна Рада України;

Президент України;

Рада національної безпеки і оборони України;

Кабінет Міністрів України;

Конституційний Суд України;

суди загальної юрисдикції;

Прокуратура України;

Національний банк України;

міністерства й інші центральні органи виконавчої влади;

Воєнна організація держави.

Згідно з системним підходом, системі забезпечення національної безпеки мають бути властиві такі ознаки:

- цілісність і системна єдність щодо середовища та зовнішніх систем;
- наявність загальної системної мети (групи цілей);
- наявність компонентів (підсистем і елементів) системи та зв'язків між компонентами;
- наявність складної системи функцій, що є результатом дії системи й її компонентів для досягнення системної мети;
- наявність системної структури як способу взаємозв'язку та взаємодії компонентів, ієрархічність такої структури;
- існування соціальної системи в оточенні (середовищі), що несе певні обмеження.

Отже, використання поняття «система» свідчить про більш високий, взаємоузгоджений та організований характер діяльності суб'єктів забезпечення національної безпеки. Таким чином, система забезпечення національної безпеки складається з суб'єктів забезпечення національної безпеки, тобто зазначені поняття співвідносяться між собою як загальне і конкретне.

Як зазначають окремі дослідники, система національної безпеки не є ідентичною системі забезпечення національної безпеки, оскільки останній надається роль забезпечуючого елемента, а не системоутворюючого [2, с. 262], тобто система національної безпеки охоплює не тільки суб'єктів, а й об'єкти, відносини, що виникають між ними, тощо.

Незважаючи на те, що найбільш адекватним є поняття «система забезпечення інфор-

маційної безпеки», ми використовуватимемо дефінітивно закріплене поняття «суб'єкти забезпечення національної безпеки України», екстраполюючи його на предмет дослідження – інформаційну безпеку України.

Як ми вже зазначали, інформаційна безпека є складовою національної безпеки України. Саме тому важливими є статті Закону України «Про основи національної безпеки України», що закріплюють коло, повноваження й основні функції суб'єктів забезпечення національної безпеки України. Догматико-юридичний аналіз статей зазначеного Закону, дозволяє дійти висновку про деяку невідповідність і суперечливість окремих норм. Так, у ст. 4 Закону закріплено, що суб'єктами забезпечення національної безпеки України є: Президент України; Верховна Рада України; Кабінет Міністрів України; Рада національної безпеки і оборони України; міністерства й інші центральні органи виконавчої влади; Національний банк України; суди загальної юрисдикції; прокуратура України; місцеві державні адміністрації й органи місцевого самоврядування; Збройні Сили України; Служба безпеки України; Державна прикордонна служба України й інші військові формування, утворені відповідно до законів України; громадяни України, об'єднання громадян.

У статті 9 «Повноваження суб'єктів забезпечення національної безпеки» цього Закону перелік та коло суб'єктів забезпечення національної безпеки дещо інший, зокрема: Президент України; Верховна Рада України; Рада національної безпеки і оборони України; Кабінет Міністрів України; Національний банк України; міністерства, Служба безпеки України й інші центральні органи виконавчої влади; місцеві державні адміністрації й органи місцевого самоврядування; Воєнна організація держави; правоохоронні органи; суди загальної юрисдикції; прокуратура України; громадяни України.

Ми погоджуємось з думкою дослідників, які вважають дивним те, що серед суб'єктів забезпечення національної безпеки відсутній Конституційний Суд України, який як єдиний орган конституційної юрисдикції в Україні вирішує питання про відповідність законів та інших правових актів у сфері національної безпеки Конституції України, дає офіційне тлумачення Конституції та законів України з відповідних питань [3, с. 82]. Крім того, у ст. 9 цього Закону з'являються нові суб'єкти забезпечення національної безпеки: Воєнна організація держави та правоохоронні органи.

Якщо дефініція поняття *«правоохоронні органи»* як органи державної влади, на які Конституцією та законами України покладено здійснення правоохоронних функцій, що закріплено ст. 1 Закону України «Про основи національної безпеки України» є зрозумілою, то дефініція поняття *«Воєнна організація держави»* як сукупність органів державної влади, військових формувань, утворених відповідно до законів України, діяльність яких перебуває під демократичним цивільним контролем з боку суспільства та безпосередньо спрямована на захист національних інтересів України від зовнішніх загроз, є не чітко визначеною, оскільки майже всі органи державної влади підпадають під це визначення. Але як за суб'єктним складом, так і за компетенцією механізм інформаційної безпеки повинен дещо відрізнятися від традиційного механізму державного управління [3, с. 172].

Більш детально зміст поняття «Воєнна організація держави» розкрито в Концепції (основи державної політики) національної безпеки України, згідно з якою Воєнна організація держави включає в себе Збройні Сили України, Службу безпеки України, Національну гвардію України, внутрішні війська, органи та підрозділи Міністерства внутрішніх справ України, Прикордонні війська України, військові підрозділи Міністерства України з питань надзвичайних ситуацій та у справах захисту населення від наслідків Чорнобильської катастрофи, інші військові формування, утворені відповідно до Конституції України; забезпечує оборону України, захист її суверенітету, територіальної цілісності та недоторканності її кордонів; протидіє зовнішнім і внутрішнім загрозам воєнного характеру; бореться з організованою злочинністю; забезпечує захист населення в разі катастроф, стихійних лих, небезпечних соціальних конфліктів, епідемій тощо. Отже, можна стверджувати, що недоречно виокремлювати нарівні з Воєнною організацією держави правоохоронні органи; недоцільно також виділяти таких суб'єктів, як міністерства, Служба безпеки України й інші центральні органи виконавчої влади, що є правоохоронними органами, тобто охоплюються поняттям «воєнна організація держави».

Не менш дискусійним, але важливим для розкриття кола суб'єктів забезпечення інформаційної безпеки України є питання співвідношення понять «суб'єкт адміністративного права» та «суб'єкт забезпечення інформаційної безпеки». Визначення адміністративно-правового статусу суб'єктів забезпечення інформаційної безпеки, як і загалом адміністративно-правового статусу різних суб'єктів адміністративного права, має певні труднощі через неоднозначність в адміністративних розвідках критеріїв класифікації суб'єктів адміністративного права та дискусійність їх кола.

Так, В. Колпаков та О. Кузьменко розрізняють такі види суб'єктів адміністративного права: Президент України; органи виконавчої влади; державні службовці як суб'єкти, у діяльності яких об'єктивуються повноваження державних органів управління; громадяни України, іноземці, особи без громадянства; органи місцевого самоврядування; об'єднання громадян; суб'єкти підприємницької діяльності.

Інші фахівці адміністративного права виокремлюють такі основні види суб'єктів адміністративного права, як фізичні особи – громадяни України, іноземці, особи без громадянства; юридичні особи – органи виконавчої влади, будь-які інші державні органи, органи місцевого самоврядування, об'єднання громадян, підприємства, установи, організації (в особі їх керівників, які очолюють органи управління цих підприємств, установ, організацій); колективні суб'єкти (управління), які не мають ознак юридичної особи, але тією чи іншою мірою наділені нормами адміністративного права певними правами й обов'язками: структурні підрозділи державних і недержавних органів, підприємств, установ, організацій, деякі інші громадські утворення (на кшталт загальних зборів громадян за місцем проживання) [4, с. 185].

Віддаючи належне наведеним позиціям, С. Стеценко пропонує дещо інший варіант класифікації суб'єктів адміністративного права за критерієм кількісного показника у поєднанні з мірою належності до держави, зокрема на 2 види [5, с. 147]:

індивідуальні: громадяни України; іноземці; особи без громадянства;

колективні: державні (Президент України; органи виконавчої влади; інші державні органи й організації); недержавні (органи місцевого самоврядування; об'єднання громадян; релігійні організації; інші недержавні органи та організації).

Враховуючи зазначені класифікації суб'єктів адміністративного права й екстраполюючи норми нормативно-правових актів, що регулюють суспільні відносини у сфері національної безпеки, пропонуємо авторську класифікацію суб'єктів забезпечення інформаційної безпеки України:

державні інституції: Президент України; органи виконавчої влади; інші державні органи й організації;

недержавні інституції: органи місцевого самоврядування; об'єднання громадян; інші недержавні інституції;

громадяни України.

Оскільки визначення поняття «суб'єкти забезпечення інформаційної безпеки України» нормативно не закріплено в Законі України «Про основи національної безпеки України», Стратегії національної безпеки України та Доктрині інформаційної безпеки України, вважаємо за необхідне висловити авторське розуміння поняття «суб'єкти забезпечення інформаційної безпеки України».

Суб'єктами забезпечення інформаційної безпеки України є система державних і недержавних інституцій, а також громадян України об'єднаних спільною метою щодо захисту національних інтересів в інформаційній сфері.

Отже, коло суб'єктів забезпечення інформаційної безпеки України представляє собою багаторівневу систему, що має спільну мету – забезпечення інформаційної безпеки України, але різні повноваження, можливості, засоби тощо.

Література

1. *Кормич Б. А.* Організаційно-правові засади політики інформаційної безпеки України. – О., 2003. – 472 с.

2. *Концепція (*основи державної політики) національної безпеки України // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 1997. – № 10. – Ст. 85.

3. *Ліпкан В. А.* Теоретичні основи та елементи національної безпеки України. – К., 2003. – 600 с.

4. *Адміністративне* право України: Академічний курс: У 2 т. – К., 2005. – Т. 1. – 624 с.

5. *Стеценко С. Г.* Адміністративне право України. – К., 2008. – 624 с.

This scientific work is about subjects of information security of Ukraine provision as a part of national security and administrative bases their activity.

В статье определен круг субъектов обеспечения информационной безопасности Украины, а также административно-правовые аспекты их деятельности.

КОНКУРЕНЦІЯ ПОМ'ЯКШУЮЧИХ ТА ОБТЯЖУЮЧИХ ПОКАРАННЯ ОБСТАВИН У ст. 69 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

Леся Федорак,
здобувачка кафедри кримінального права та кримінології Львівського державного університету внутрішніх справ

У статті аналізується зміст і правове значення ст. 69 КК України, а також судова практика її застосування в контексті врахування пом'якшуючих та обтяжуючих обставин при призначенні покарання.

Ключові слова: пом'якшуючі, обтяжуючі обставини, призначення покарання.

У кримінальному законі України залишається не вирішеним питання впливу пом'якшуючих та обтяжуючих обставин на покарання. Перша відповідна спроба здійснена у ст. 69 Кримінального кодексу (далі – КК) України. Призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, згідно з наведеною нормою можливе за наявності декількох пом'якшуючих покарання обставин. При цьому про обтяжуючі обставини у ст. 69 КК України нічого не згадується, хоча зміст норми не заперечує можливість її застосування за наявності як пом'якшуючих, так і обтяжуючих покарання обставин. Таким чином, постає питання вирішення конкуренції пом'якшуючих та обтяжуючих покарання обставин в контексті ст. 69 КК України.

Питання призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, вивчали М. Бабаєв, М. Бажанов, Л. Горбач, Л. Доліненко, А. Іванова, І. Карпець, О. Колб, Л. Кругліков, В. Полтавець, Г. Чечель та ін. Однак у цій статті аналізується відповідна норма КК України з позиції конкуренції пом'якшуючих та обтяжуючих обставин при призначенні покарання, що не робилося раніше.

Мета цієї статті є встановлення на основі змісту норми ст. 69 КК України та судової практики її застосовування впливу пом'якшуючих та обтяжуючих обставин на покарання з позиції їх конкуренції.

Перша нормативна спроба вирішення питання впливу пом'якшуючих обставин на покарання відображена у ст. 69 КК України у вигляді можливості суду призначити більш м'яке покарання, ніж передбачено законом. Відповідна норма містилася також у ст. 44 КК Української РСР 1960 р. [1, с. 50]. Однак згідно із зазначеною нормою підставами призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, були виняткові обставини, які визначалися по-різному. Проте всі їх визначення мали спільне те, що автори визнавали їх як певні обставини, які пом'якшували відповідальність винного [2, с. 116].

Слід зазначити, що як норма ст. 44 КК Української РСР, так і норма ст. 69 КК України нічого не зазначають про обставини, що обтяжують покарання. З огляду на викладене, ст. 69 КК України підлягає застосуванню й у випадках наявності як обставин, що пом'якшують покарання, так і обставин, що його обтяжують. Вказаним напрямом іде і судова практика [3, с. 144–145].

Досліджувана судова практика свідчить, що у вироках при застосуванні ст. 69 КК України суди разом із пом'якшуючими обставинами при призначенні покарання застосовують обставини, що обтяжують покарання (це, переважно, рецидив злочинів, вчинення злочину стосовно особи похилого віку та вчинення злочину у стані алкогольного сп'яніння).

Слід зазначити, що така обставина, як вчинення злочину у стані алкогольного сп'яніння застосовується при призначенні покарання практично з усіма пом'якшуючими покарання обставинами, що зустрічаються у судовій практиці (найчастіше із «щирим каяттям» та «відшкодуванням шкоди»).

Перелік пом'якшуючих покарання обставин, з якими разом при призначенні покарання враховувався рецидив злочинів, досить не значний. Це тільки найбільш поширені в судовій практиці обставини: щире каяття, визнання вини, сприяння розкриттю злочину, відшкодування шкоди, думка потерпілого щодо не суворого покарання, наявність на утриманні близького родича, позитивна характеристика, а також найбільш характерна саме для даної обтяжуючої покарання обставини пом'якшуюча покарання обставина – те, що підсудний відбув покарання за попереднім вироком у ході досудового слідства.

Вчинення злочину стосовно особи похилого віку застосовувалося при призначенні покарання тільки разом із найпоширенішими пом'якшуючими обставинами. На особливу увагу в даному випадку заслуговують такі по-

© Л. Федорак, 2009

м'якшуючі покарання обставини, як вчинення злочину неповнолітнім і вчинення злочину особою молодого віку. Це були злочини, що посягали на здоров'я та статеву свободу особи. В даному контексті вік винних осіб і потерпілих вказує на зневажливе ставлення перших до потерпілих осіб, що, на нашу думку, у відповідній сукупності підвищує вагу обтяжуючої покарання обставини.

Заслуговує на увагу і той факт, що при призначенні покарання із застосуванням ст. 69 КК України у деяких справах суди звертаються до двох обтяжуючих покарання обставин: рецидив злочинів і вчинення злочину стосовно особи похилого віку, рецидив злочину, вчинення злочину у стані алкогольного сп'яніння. Існує також практика призначення покарання із застосуванням ст. 69 КК України за наявності у кримінальній справі навіть трьох обтяжуючих покарання обставин і тільки однієї пом'якшуючої обставини.

Розглянемо одну із справ, де суд застосував при призначенні покарання ст. 69 КК України за наявності у справі всіх трьох перелічених обтяжуючих покарання обставин. Це справа про обвинувачення за ч. 3 ст. 186 КК України громадянина Ш. 1956 р. народження, з середньою освітою, який не працює, розлучений, засуджений у 1978 р. за ст. 17 – ч. 1 ст. 117, ст. 17 – ч. 1 ст. 118 КК УРСР, у 1985 р. – за ст. 196 КК УРСР, у 1988 р. – за ч. 1 ст. 117, ч. 2 ст. 140 КК УРСР, у 1986 р. – за ч. 2 ст. 117, ст. 17 – ч. 2 ст. 118 КК УРСР [4]. Суд, врахувавши пом'якшуючі покарання обставини (щире каяття) та обтяжуючі покарання обставини (рецидив злочинів, вчинення злочину у стані алкогольного сп'яніння стосовно особи похилого віку), призначив громадянину Ш. покарання нижче від найнижчої межі, встановленої в санкції ч. 3 ст. 186 КК України, у виді позбавлення волі строком один рік і шість місяців.

Таким чином, суд, застосувавши ст. 69 КК України, визначив, що одне тільки щире каяття істотно знизило ступінь тяжкості вчиненого злочину, відкинувши при цьому обтяжуючі покарання обставини. З вироку суду не зрозуміло, з яких підстав суд дійшов висновку, що підсудний кається, ще й щиро. Адже вчиняє злочини він не вперше. Дій, які б вказували на бажання підсудного в подальшому не вчиняти злочинів, не мали місця. Отже, така пом'якшуюча покарання обставина, як щире каяття була застосована судом безпідставно.

Більше того, суд також відкинув позицію Пленуму Верховного Суду України, висловлену у постанові «Про практику призначення судами кримінального покарання» від 24.10.2003 р. № 7 із наступними змінами та доповненнями. Згідно з п. 8 зазначеної постанови застосування ст. 69 КК України може мати місце лише за наявності декількох (не менше двох) обставин, що пом'якшують покарання й істотно знижують ступінь тяжкості вчиненого злочину з урахуванням особи винного. Однак врахування у вироку, що розглядається, даних про особу винного свідчить не на користь застосування ст. 69 КК України.

У свою чергу, результати проведеного опитування серед суддів і працівників прокуратури показують, що більшість суддів (83,3 %) вважають доцільним встановлення можливості призначити більш м'яке покарання, ніж передбачено законом, а також одночасно не призначати додаткового покарання за наявності тільки однієї пом'якшуючої покарання обставини, яка істотно знижує ступінь тяжкості вчиненого злочину з урахуванням особи винного. На противагу їм, більшість працівників прокуратури (75 %) вважають це не доцільним, а що стосується ще й одночасного не призначення додаткового покарання, то позиція про недоцільність відповідних змін підтримується 83,3 % опитаних працівників прокуратури.

Викладене дозволяє зробити **висновок,** що в судовій практиці при застосуванні ст. 69 КК України має місце конкуренція обставин, які пом'якшують покарання, і обставин, що його обтяжують, і вирішується вона на користь перших (незалежно від кількості у справі одних і других).

Література

1. *Кримінальні* кодекси України 2001 та 1960 років: порівняльні таблиці. – К., 2001. – 272 с.

2. *Сахнюк С. В.* Теоретичні та практичні аспекти пом'якшення покарання за кримінальним законодавством України: Дис. ... канд. юрид. наук. – Запоріжжя, 2000. – 199 с.

3. *Федорак Л. М.* Питання можливості призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, при наявності у справі обтяжуючих покарання обставин // Актуальні проблеми прав людини, правової системи та держави: Міжнар. студ. наук. конф., 5–7 травня 2005 р. – Л., 2005. – 225 с.

4. *Архів* Богородчанського районного суду Івано-Франківської області. Справа 1-31/2008 р.

The present article maintenance and legal value of item is analysed 69 of the Criminal Code of Ukraine, and also judicial practice of its application in the context of account of softening and burdening circumstances at assignment punishment.

В статье анализируется содержание и правовое значение ст. 69 УК Украины, а также судебная практика ее применения в контексте учета смягчающих и отягчающих обстоятельств в случае назначения наказания.

ПРАВОВА ПРИРОДА ІНСТИТУТУ ВИДАЧІ (ЕКСТРАДИЦІЇ)

Світлана Нестеренко,
аспірантка кафедри міжнародного права та міжнародних відносин Одеської національної юридичної академії

У статті розглядається правова природа інституту екстрадиції. Проаналізувавши різні доктринальні позиції автор приходить до висновку, що інститут екстрадиції відноситься до сфери дії міжнародного кримінального права та поєднує у собі норми матеріального та процесуального права.

Ключові слова: екстрадиція, видача осіб, правова природа інституту екстрадиції.

Зростання злочинності у сучасному світі вимагає застосування різноманітних заходів боротьби з цим негативним явищем. Унаслідок цього держави змушені об'єднувати свої зусилля у протидії злочинним проявам. Сформований протягом століть інститут видачі обвинувачуваних і засуджених є ефективною формою надання взаємної допомоги держав у боротьбі із злочинністю.

У юридичній літературі видачі правопорушників завжди приділялося багато уваги. Питанням екстрадиції присвячені наукові праці вітчизняних і закордонних учених, серед яких слід згадати С. Вихриста, Н. Зелінську, М. Пашковського, М. Свистуленко, М. Смирнова, А. Абашидзе, О. Бойцова, Р. Валеєва, Ю. Васильєва, В. Волженкіну, Л. Галенську, І. Лукашука, А. Наумова, Н. Сафарова, М. Бассіуні, С. Беді, К. Вінджерт, Г. Джилберта, А. Кассезе, М. Плачта, К. Пуле, А. Ширера та ін.

Різноманітні аспекти екстрадиції, що розглядалися у наукових дослідженнях учених [1–4], свідчать про інтерес до проблематики інституту екстрадиції, але не вичерпують усю її складність. Існування численних двосторонніх і багатосторонніх договорів, міжнародних конвенцій, а також наявність національних законів, що регламентують питання видачі правопорушників, зумовило різне тлумачення окремих її елементів. Так, серед науковців досі немає чіткої позиції щодо правової природи цього інституту. Вчені відносять інститут видачі до сфери дії міжнародного, кримінально-процесуального, конституційного, адміністративного права тощо.

Метою цієї статті є визначення на основі доктринальних положень правової природи інституту видачі.

Слід зазначити, що ми поділяємо позицію переважної більшості авторів і терміни «екстрадиція» та «видача правопорушників» розглядаємо як тотожні. Слово «екстрадиція» походить від латинського терміна «extradere», що означає примусове повернення особи до свого суверена [5, с. 14]. Екстрадицію можна визначити як засновану на міжнародних договорах, загальновизнаних принципах міжнародного права та нормах внутрішньодержавного права, форму міжнародно-правової допомоги у кримінальних справах, що полягає у відданні обвинуваченого для здійснення правосуддя, або засудженого для приведення у виконання обвинувального вироку суду, що надається державою, на території якої знаходиться запитувана особа, на запит держави, на території якої, громадянином якої або проти прав і свобод громадян якої чи її власних інтересів вона вчинила злочин. Видача особи здійснюється із дотриманням прав і законних інтересів осіб, які підлягають видачі.

У спеціальній літературі, присвяченій аналізу вітчизняного та зарубіжного законодавства, що стосується видачі, майже до середини XX ст. осіб, які переховувалися за кордоном після вчинення злочину, називали злочинцями. Про видачу злочинців можна вести мову лише у випадку, коли йдеться про видачу засудженої особи для виконання винесеного щодо неї обвинувального вироку суду. У випадку здійснення видачі для віддання особи до суду, така особа не є злочинцем, оскільки визнати її такою може лише суд в обвинувальному вироку. Це твердження відповідає такому фундаментальному принципу права, як принцип презумпції невинуватості. Тому необхідно використовувати термін «видача», або «видача передбачуваних правопорушників», або «екстрадиція».

Відносно правової природи інституту екстрадиції можна виділити декілька позицій, відповідно до яких екстрадиція є:

- інститутом кримінально-процесуального права;
- інститутом кримінального права;
- інститутом адміністративного або державного права;
- має міждисциплінарний характер;
- інститут видачі знаходиться на стику міжнародного та внутрішньодержавного права;
- інститутом міжнародного кримінального права.

Продовжує користуватися визнанням давня традиція висунення на перший план про-

© С. Нестеренко, 2009

цедурних аспектів видачі, що визначає її трактовку як процесуальної діяльності, змістом якої є сукупність загальних і спеціально створених процедур. У найбільш рафінованому вигляді такий підхід був сформульований Е. Сімсоном, який звів видачу до однієї дії – акту передачі, а все інше відніс до готування до видачі чи до її наслідків [6, с. 114].

У літературі вказується, що екстрадицію можна розглядати як елемент кримінально-процесуального права, оскільки наявна процедура (порядок) передачі особи, яка вчинила злочин, іншій державі з дотриманням певних процесуальних гарантій [7, с. 157].

В. Волженкіна вважає, що за змістом видача як процесуальна діяльність є сукупністю загальних і спеціально створених кримінально-процесуальних процедур. Навіть якщо визнати видачу інститутом кримінального права, то її реалізація й у цьому випадку вимагає провадження процесуальних дій і регламентації взаємодії з іншими державами, що відноситься тільки до кримінального процесу [8, с. 17]. На думку М. Смирнова, видача – це не одномоментний акт, а процес, що складається з послідовно вчинюваних процесуальних дій, пов'язаних з підготовкою до екстрадиції, безпосередньо самим фактом видачі та її наслідків. Тому видача як складний, насичений нормами процесуального права та правилами процедурного характеру інститут все ж перебуває у сфері дії кримінального-процесуального права [9, с. 113].

У юридичній літературі є також точки зору, відповідно до яких видача вважається частиною кримінального права, а саме – інституту виконання покарання [7, с. 157]. Видача має глибокий профілактичний зміст, оскільки вона є способом здійснення принципу невідворотності покарання [10, с. 14]. Покарання, у свою чергу, розглядається як центральний інститут кримінального права, оскільки є провідною формою реалізації кримінальної відповідальності. Разом із тим Л. Галенська вказує, що сама собою видача є не покаранням, а лише засобом, який сприяє застосуванню покарання [11, с. 121].

Окремі автори зазначають, що екстрадиція – це адміністративне питання, оскільки рішення про неї часто приймає не суд, а уряд або який-небудь його орган. Так, в Україні, Російській Федерації рішення про видачу приймає прокуратура. У Франції запит про екстрадицію спочатку розглядається в судовій інстанції, що виносить своє рішення. Якщо воно негативне, то процедура екстрадиції на цьому завершується. Якщо ж позитивне, то запит надходить до урядових органів і прем'єр-міністр Франції підписує відповідний документ. Однак адміністрація та глава уряду на своєму рівні можуть відмовити в екстрадиції. Таким чином, рішення про видачу залишається за політиками, а судові інстанції обмежуються перевіркою законності самого запиту. Отже, інститут видачі можна віднести до адміністративного або державного права [12, с. 237, 246].

Разом із тим інститут видачі не можна повністю відносити до сфери адміністративного чи державного права. О. Бойцов справедливо зазначив: якщо навіть державним органом, що приймає рішення про видачу особи є не суд, а органи виконавчої влади, все ж, як правило, це правоохоронні органи, які тією або іншою мірою мають відношення до здійснення кримінального переслідування [6, с. 18].

Існує точка зору, згідно з якою інститут екстрадиції має міждисциплінарний характер. Так, М. Шаргородський вказував, що питання про видачу є суміжним для міжнародного, державного та кримінального права, а видача – це акт вищих органів державної влади, що здійснюють державний суверенітет, а не судовий або адміністративний акт [13, с. 290–300]. Подібної точки зору дотримується і сучасна юридична наука. Зокрема, вказується, що аналіз природи регулятивного впливу інституту екстрадиції свідчить, що інститут екстрадиції має міжгалузеву природу, а міжнародне право є лише однією з його передбачуваних сфер реального призначення [14, с. 177].

Широко визнаним є підхід, у силу якого видача злочинців відноситься до тих правових інститутів, які знаходяться на межі міжнародного та внутрішньодержавного права. На думку Р. Валєєва, інститут видачі злочинців охоплює як міжнародно-правові норми, так і норми національного кримінального та кримінально-процесуального права держав і, таким чином, носить комплексний характер [2, с. 207].

Із позиції комплексності інституту екстрадиції по суті виходить і В. Коняхін, зазначаючи, що нормативна база інституту має дворівневу структуру: внутрішньодержавне право (зокрема, конституційне, кримінальне, кримінально-процесуальне); міжнародне законодавство (зокрема, багатосторонні та двосторонні угоди, укладені за участю РФ) [15, с. 17].

Є. Ляхов також вважає, що при видачі особи взаємодіють норми двох самостійних правових систем – міжнародного права та внутрішньодержавного права [16, с. 110].

Ми підтримуємо точку зору, відповідно до якої екстрадиція є окремим інститутом міжнародного кримінального права, що поєднує норми матеріального та процесуального права [17, с. 17]. Що стосується місця інституту видачі у загальній схемі міжнародного кримінального правосуддя, то заслуговує на увагу значення цього інституту у контексті як процесуального, так і матеріального права. Саме в такій двоєдиній якості сприймається інститут екстрадиції в системі міжнародного кримінального права [5, с. 14–15].

Ми поділяємо позицію вчених, які не виділяють в інституті екстрадиції лише одну сторону – матеріальну чи процесуальну. Так, Ю. Васильєв вважає, що зведення такого

комплексного та насиченого нормами процесуального і матеріального порядку інституту до розуміння простої процедури з наукової та практичної точок зору є юридично неспроможним [18, с. 111].

А. Бойцов вважає, що процедура видачі втрачає будь-який зміст, якщо позбавити її матеріального наповнення [6, с. 119]. Н. Сафаров, розглядаючи екстрадицію у контексті міжнародного кримінального права, вважає, що при подібному підході пріоритетне значення надається лише одній із сторін екстрадиції на шкоду іншим. Процесуальні норми мають істотне значення для регулювання екстрадиції. Низка дій, які вживаються у ході здійснення видачі (арешт особи, процес оскарження або опротестування ухваленого рішення, діяльність захисту тощо), носить процесуальний характер і регламентується нормами процесуального права. Однак ця обставина не є достатньою підставою для твердження, що екстрадиція в основному є інститутом кримінально-процесуального права. Якісною складовою екстрадиції, що характеризує її як самостійний правовий інститут, є полісистемність видачі, що містить у собі норми як міжнародного права, так і національного права [4, с. 20]. На думку І. Лукашука наявність у того чи іншого явища не тільки міжнародних, а й внутрішньодержавних аспектів не виключає це явище у відповідній частині із сфери міжнародно-правового регулювання [19, с. 98].

Аналіз різних доктринальних позицій щодо правової природи інституту видачі дозволяє зробити **висновок**, що інститут екстрадиції відноситься до сфери дії міжнародного кримінального права та поєднує у собі норми як матеріального, так і процесуального права. На рівні міжнародного права інститут екстрадиції регламентує взаємодію держав при наданні правової допомоги у кримінальних справах відповідно до встановлених на міжнародному рівні правил. Слід також зазначити, що питання екстрадиції регулюються і на національному рівні. Це, зокрема, норми законодавства, що стосуються підстав відмови у видачі, затримання особи з метою екстрадиції, арешту, дотримання прав, залучених до екстрадиційної процедури осіб тощо. Однак це не є підставою для виключення інституту, що розглядається, із міжнародно-правової сфери. Подальше вивчення інституту екстрадиції має важливе значення як для теорії, так і для практики, адже екстрадиція є тим правовим інструментом, за допомогою якого здійснюється ефективна співпраця держав у боротьбі із злочинністю, забезпечується дотримання прав видаваних осіб.

Література

1. *Никольский Д. П.* О выдаче преступников по началам международного права. – СПб, 1884.
2. *Валеев Р. М.* Выдача преступников в современном международном праве (некоторые вопросы теории и практики). – Казань, 1976. – 126 с.
3. *Лукашук И. И., Наумов А. В.* Выдача обвиняемых и осужденных в международном уголовном праве. – М., 1998.
4. *Сафаров Н. А.* Экстрадиция в международном уголовном праве: проблемы теории и практики. – М., 2005.
5. *Абашидзе А. Х., Васильев Ю. Г.* Институт экстрадиции в современном международном праве // Международное публичное право. – 2003. – № 3. – С. 11–18.
6. *Бойцов А. И.* Выдача преступников. – СПб., 2004. – 795 с.
7. *Международное уголовное право* / *И. П.* Блищенко, Р. А. Каламкарян, И. И. Карпец и др. – М., 1995. – 760 с.
8. *Волженкина В. М.* Выдача в российском уголовном процессе. – М., 2002. – 336 с.
9. *Смирнов М. И.* Понятие и правовая природа выдачи (экстрадиции) // Прокурорская и следственная практика. – 2006. – № 3/4. – С. 99–115.
10. *Александрович Т.* Выдача преступников и ее значение в борьбе с международным терроризмом: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1986. – 24 с.
11. *Галенская Л. Н.* Международная борьба с преступностью. – М., 1972. – 167 с.
12. *Международное* уголовное право / Под ред. В. Н. Кудрявцева. – М., 1999. – 580 с.
13. *Шаргородский М. Д.* Уголовный закон. – М., 1948. – 290 с.
14. *Чермит А. К.* Институт экстрадиции в Российской Федерации: конституционно-правовые аспекты: Дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2004. – 193 с.
15. *Коняхин В.* Институт экстрадиции: уголовно-правовая регламентация // Законность. – 2005. – № 1. – С. 17–20.
16. *Ляхов Е. Г.* Терроризм и межгосударственные отношения. – М., 1991. – 216 с.
17. *Зелинская Н. А.* Международные преступления и международная преступность. – О., 2006. – 568 с.
18. *Васильев Ю. Г.* Институт выдачи преступников (экстрадиции) в современном международном праве. – М., 2003. – 319 с.
19. *Лукашук И. И.* Международно-правовое регулирование международных отношений. – М., 1975. – 176 с.

This article deals with the legal nature of the extradition institute. Considering the various doctrinal positions, the author concludes that the extradition institute is in the area of international criminal law and includes the norms of substantive and procedural law.

В статье рассматривается правовая природа института экстрадиции. Проанализировав различные доктринальные позиции, автор приходит к выводу, что институт экстрадиции находится в сфере действия международного уголовного права и включает в себя нормы материального и процессуального права.

ПРОГРАМНО-ЦІЛЬОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ФУНКЦІОНУВАННЯ КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧОЇ СИСТЕМИ (теоретико-концептуальний аспект)

Михайло Яцишин,
канд. істор. наук,
доцент кафедри теорії та історії держави і права
Волинського національного університету ім. Лесі Українки

У статті аналізуються шляхи та способи реалізації попередньо розробленої сукупності дій і заходів з удосконалення кримінально-виконавчої системи у процесі її реформування.

Ключові слова: програмно-цільове забезпечення, реформування, кримінально-виконавча система, функціонування.

Під програмно-цільовим забезпеченням слід розуміти шляхи та способи реалізації попередньо розробленої сукупності дій і заходів у вигляді різного роду програм з окремих напрямів діяльності або комплексних цільових програм удосконалення кримінально-виконавчої системи у процесі її реформування (реформа – зміна, перетворення, переробка з метою покращення певної галузі суспільного життя при збереженні основ існуючого порядку [1, с. 247]). З точки зору теорії права, цей процес передбачає, перш за все, реалізацію норм кримінально-виконавчого права засобами програмно-цільового планування – втілення встановлених кримінально-правових норм у діяльність суб'єктів використання, виконання та дотримання кримінально-виконавчого права (державні органи й установи виконання покарань, слідчі ізолятори, посадові особи, громадські об'єднання тощо) через виконання юридичних обов'язків, використання суб'єктивних прав, дотримання заборон, застосування норм права тощо [2, с. 94–97].

Метою цієї статті є дослідження ефективності програмно-цільових методів подальшого вдосконалення функціонування кримінально-виконавчої системи відповідно до вимог законодавства й європейських норм і стандартів.

Сучасні дослідники теоретичних проблем законодавчого процесу, зокрема в царині встановлення понять нормотворчості, правотворчості та законотворчості, розмежування законодавчої та підзаконної нормотворчості, організації управління законодавчим процесом і його функціональної структури (В. Авер'янов, С. Гречанюк, В. Денисова, О. Дзера, О. Зайчук, О. Колб, В. Копєйчиков, А. Колодій, В. Опришко, О. Литвак, В. Меркулова, В. Погорілко, О. Фрицький, О. Ющик та ін.) наголошують на необхідності переходу від існуючої практики здійснення в Україні законодавчого процесу, у тому числі у кримінально-виконавчій сфері, до комплексного системного управління цим процесом, який вбачається в рамках реалізації спеціальної цільової програми. Так, О. Ющик вважає програмно-цільовий підхід одним із актуальних і перспективних напрямів, що найбільш повно втілює об'єктивні вимоги комплексності та системності управління. При цьому необхідно відрізняти результат управління законодавчим процесом, яким є нова якість процесу, від продукту самого законодавчого процесу як такого, яким є законодавчі акти в їх системному зв'язку. На його думку, використання програмно-цільового підходу дає можливість запропонувати орієнтовану модель комплексної системи управління законодавчим процесом (далі – КСУ ЗП) як складової єдиної системи державного управління суспільством – своєрідного «управлінського механізму», що забезпечує узгоджену й ефективну роботу всіх учасників національного законодавчого процесу для досягнення його цілей. Вказаний «механізм» охоплює: визначення цільових орієнтирів (побудову «дерева цілей» – визначення проблем, на розв'язання яких спрямована програма), функціональної структури, формування організаційної структури управління, застосування комплексу методів і технологій здійснення управлінської діяльності, забезпечуючи

© М. Яцишин, 2009

цілеспрямованість, системність та економічність управління, сприяючи підвищенню рівня наукової обґрунтованості управлінських рішень, втілюючи світовий досвід у сфері управління, раціонально сполучаючи рекомендаційні й обов'язкові вимоги, визначені законодавством [3, с. 38–39].

Отже, вирішення проблеми переходу від існуючої практики здійснення в Україні законодавчого процесу до комплексного системного управління цим процесом вбачається в рамках реалізації спеціальної цільової програми. При цьому запровадження КСУ ЗП вимагає формування відповідної правової політики та прийняття відповідних владних рішень верховною державною владою. Однак досі відсутнє чітке теоретичне уявлення про цей вид політики та практики формування програмно-цільових методів її забезпечення. Тому існує потреба у виробленні загальної концепції програмно-цільового забезпечення системи державного управління кримінально-виконавчим процесом як втілення специфічної методології та методики.

На необхідності короткострокових, середньострокових і дострокових програм аналізу та прогнозування стану кримінологічної ситуації в установах виконання покарань наголошує О. Колб [4]. Аналізуючи причини основних недоліків у діяльності адміністрації установ виконання покарань (далі – УВП) при плануванні заходів щодо протидії злочинності та є детермінантами вчинення нових злочинів засудженими, він дійшов висновку, що за існуючих підходів, коли плани УВП не є складовими комплексних цільових програм профілактики злочинів (як в окремо взятому населеному пункті (регіоні), так і в Україні), створити ефективно протидіючу злочинній системі форму запобігання злочинам в УВП неможливо. Лише при програмно-цільовій і системно-структурній організації профілактики злочинів в окремо взятій колонії, як і в цілому по УВП у масштабах країни, держава зможе успішно управляти процесами протидії такій інтегральній системі, якою є злочинність. Для цього, вважає О. Колб, у комплексних цільових програмах профілактики, що затверджуються в Україні як середньострокові плани-прогнози (терміном на 5 років), доцільно ввести спеціальний розділ «Зв'язок планів запобігання злочинам у Державній кримінально-виконавчій службі (далі – ДКВС) України з іншими державними програмами», у якому слід передбачити залучення органів місцевої державної влади та місцевого самоврядування до складання регіональних програм (з урахуванням проблем УВП, яка дислокується на підлеглій їм території) [4, с. 21–23].

У контексті підвищення рівня індивідуальної профілактики злочинів слід внести зміни до статей 95, 97 КВК України, а саме: передбачати складання спеціальних індивідуальних програм профілактики на всіх без винятку засуджених, які перебувають у різних структурних дільницях УВП. До цього процесу слід залучити виховні можливості всіх служб колоній, інших державних, насамперед правоохоронних, органів і громадських інституцій, які мають інформацією про особу засудженого (загальноосвітні школи, професійно-технічні училища, служби у справах неповнолітніх, кримінально-виконавчі інспекції тощо).

Як свідчить аналіз даного питання, вже зараз плани профілактики злочинів є обов'язковою складовою частиною програм соціального розвитку регіонів (областей, районів, міст). Ці плани передбачають не лише спеціально-кримінологічні заходи, а й виховні, культурно-освітні, економічні, а також кримінально-правові. Як вважає вітчизняний юрист-практик і вчений-кримінолог О. Литвак, це цілком відповідає пануючому в теорії кримінального та кримінально-виконавчого права широкому тлумаченню попередження [5, с. 68].

Склалася і відповідна методика підготовки таких програм і планів. Як правило, над ними працюють спеціально створені робочі групи представників прокуратури, органів внутрішніх справ, відділів юстиції, ДКВС і вчених юристів-фахівців кримінального, кримінально-виконавчого й інших галузей права. І хоча планування можливе лише на базі кримінологічного прогнозування, воно здійснюється більш-менш кваліфіковано лише на загальнодержавному й обласному рівнях, а решта планів складалася, як правило, на основі лінійної інтерполяції, тобто перенесенні динаміки злочинності минулих років на майбутні. Це були в основному короткотермінові прогнози та плани, про які згадував О. Колб.

На початковому етапі державної незалежності України загальнодержавна кримінологічна програма на 1993–1996 рр. була схвалена Постановою Верховної Ради України «Про державну програму боротьби зі злочинністю» від 25.06.1993 р. Один із її семи розділів безпосередньо присвячений удосконаленню кримінально-виконавчої системи (розділ 6). Програма містила чимало важливих настанов, здійснення яких принесло відчутні результати у боротьбі із злочинністю. Та все ж ефектність її була досить низькою. Як слушно зазначив О. Литвак, основна вада програ-

ми полягала у тому, що вона була прийнята законодавчою, а не виконавчою владою. Тому більша частина її настанов, хоча вони були викладені в категоричній формі державного веління, не була виконана, бо основні виконавці належали до різних структур і не зобов'язані були виконувати парламентську постанову, що мала адміністративний характер. Фактично Верховна Рада перебрала на себе функції Президента та Кабінету Міністрів України, більше того, не делегувала їм нагляд за виконанням Постанови [5, с. 89].

У наступні роки програмно-цільовим забезпеченням розвитку та реформування кримінальної і кримінально-виконавчої систем стали займатися безпосередньо виконавчі органи державної влади – Президент України, Кабінет Міністрів України, відповідні структурні підрозділи, зокрема Міністерство юстиції, МВС, Генеральна прокуратура, ДКВС тощо. Так, у 1996–2001 рр. лише указами Президента України затверджено близько десяти таких документів. Серед них: Комплексна цільова програма боротьби зі злочинністю на 1996–2000 роки (від 17.09.1996 р. № 837/96); Комплексна програма профілактики злочинності на 2001–2005 роки (від 25.12.2000 р. № 1376/2000) та ін.

Крім того, кілька програм, що стосуються безпосередньо вдосконалення діяльності кримінально-виконавчої системи, були розроблені та затверджені постановами Кабінету Міністрів України, зокрема Програма подальшого реформування та державної підтримки кримінально-виконавчої системи на 2002–2005 роки (від 15.02.2002 р. № 167); Державна програма соціальної адаптації осіб, звільнених з місць позбавлення волі, на 2004–2006 роки (від 30.08.2004 р. № 1133); Державна програма покращення умов тримання засуджених та осіб, взятих під варту, на 2006–2010 роки (від 03.08.2006 р. № 1090) [6, с. 334].

Структура програмних документів (вступна частина, констатуюча частина, мотивувальна частина, резолютивна частина) багато в чому схожа і характеризується такими специфічними ознаками:

- передбачені у програмах види діяльності здійснюються компетентними органами, що наділені державно-владними повноваженнями;
- застосування права у них здійснюється в чітко визначених кримінальним і кримінально-виконавчим законодавством процесуальних формах;
- вони мають державно-владний характер (хоч організаційно-правові заходи носять здебільшого рекомендаційний характер, рішення про них ухвалюється на підставі одностороннього волевиявлення компетентного органу); правові приписи, насамперед в частині забезпечення конституційного ладу, прав і свобод людини обов'язкові до виконання, а в разі необхідності забезпечуються примусовою силою держави;
- програмно-цільове забезпечення – це організуюча діяльність, оскільки створює відповідні умови для нової реалізації кримінально-виконавчих правових норм;
- програмні документи відображають елементи творчості, що (у першому варіанті) означає неформальність рішення у кожному конкретному випадку;
- передбачений програмами зміст діяльності полягає у винесенні індивідуально-конкретних, зазвичай обов'язкових до виконання, рішень, які за сутністю відрізняються від правових приписів загального характеру (тобто нормативно-правових актів);
- у запропонованій діяльності органи правозастосування (у нашому випадку – ДКВС України й її установи) є суб'єктами управління; особи, відносно яких застосовується право (злочинці, засуджені), – об'єктами управління; винесені рішення у формі заходів рекомендаційного й обов'язкового для виконання характеру (правозастосовчі дії) – засобами управління.

У більшості аналізованих програм витримані також вимоги юридичної науки щодо їх змістової (резолютивної) частини, а саме: *законність* (формулювання програмних заходів із суворим дотриманням чинного законодавства); *обґрунтованість* (обґрунтування тих чи інших заходів з точки зору їх необхідності для розв'язання зазначеної у програмі проблеми); *доцільність* (урахування особливостей конкретної ситуації, за якої відбувається запропонована дія); *справедливість* (заплановані заходи ухвалюються на підставі норм права, але до уваги беруться й існуючі в суспільстві норми моралі).

Зазначені ознаки і вимоги можна вважати найбільш типовими для процесу розроблення, затвердження та виконання прогарам. Однак цей процес є творчим, тобто структура кожної програми має свої індивідуально-конкретні особливості, визначені власне важливістю, змістом, складністю й об'ємністю проблеми, яка є предметом програми, нагальністю її виконання (часовими рамками), метою програми, фінансово-матеріальними умовами, готовністю суб'єктів правовідносин до реалізації намічених заходів і завдань тощо.

Такими особливостями характеризується, зокрема, Концепція реформування Дер-

жавної кримінально-виконавчої служби України, схвалена Указом Президента України від 25.04.2008 р. № 401/2008. Разом із тим слід зазначити, що у проекті, поданому на обговорення фахівців, юристів, законодавців, широкої громадськості, ця Концепція була представлена як Концепція комплексної цільової програми реформування Державної кримінально-виконавчої служби України на 2008–2017 рр. У цьому зв'язку, перш за все, потрібно дати відповідь на запитання: чому в остаточному варіанті за цим документом юридичної значущості закріпилася загальна назва «Концепція».

Згідно із визначенням, наведеним у «Юридичній енциклопедії», концепція правова (лат. conception – сукупність, система) – це провідна ідея, точка зору на те або інше правове явище, важливий засіб розвитку як юридичної науки, так і науково-обґрунтованого державно-правового будівництва. Розроблені окремими правознавцями або колективами юристів-учених і практиків, схвалені у встановленому порядку, такі концепції є основою організаційних заходів, законодавчих актів, рішень тощо. В історичному контексті такими розробками були, наприклад, концепції судово-правової реформи в Україні (1992 р.), Конституції України (1994 р.), адміністративної реформи (1998 р.), розвитку національного законодавства, окремих законів тощо [7, с. 339].

У той самий час програма (від грецького – публічна об'ява, розпорядження, указ) – це зміст і план певної діяльності, роботи тощо; попередньо розроблена сукупність дій і заходів для здійснення чогось [1, с. 233], у нашому випадку – основних заходів щодо реформування кримінально-виконавчої служби (розділ 2 аналізованої Концепції). Таким чином, стосовно нашого дослідження поєднання понять «концепція» та «програма» не тільки можливе, а й необхідне, оскільки перше поняття визначає основні напрями реформування кримінально-виконавчої служби, що має забезпечити в установах виконання покарань і слідчих ізоляторах визначені законодавством порядок та умови виконання і відбування покарання засудженими, запровадити європейські норми у них шляхом дотримання вимог Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (1950 р.) та рекомендацій Європейського комітету з питань запобігання катуванням або нелюдському чи такому, що принижує гідність, поводженню чи покаранню, а також мету реформування – організацію діяльності кримінально-виконавчої інспекції на засадах пробації, подальше вдосконалення діяльності установ виконання покарань шляхом створення умов для виправлення та ресоціалізації засуджених, здобуття ними освіти та набуття професії, їх соціальну адаптацію в суспільстві, приведення умов тримання осіб, узятих під варту та які відбувають покарання, у відповідність із вимогами європейських пенітенціарних правил.

Програма ж основних заходів щодо реформування кримінально-виконавчої системи (основна частина цього документа) містить перелік конкретних дій, які мають забезпечити реалізацію головної ідеї (мети) Концепції:

- вдосконалення організаційної структури кримінально-виконавчої служби, яка б забезпечувала дотримання конституційних прав і свобод людини, дієві механізми громадського контролю за нею, створення належних матеріальних і санітарних умов тримання під вартою та відбування покарань, надання ефективної медичної допомоги особам, узятим під варту та які відбувають покарання;
- функціонування органів і установ виконання покарань, слідчих ізоляторів на принципах законності, демократизму, об'єктивності, гласності, системності, децентралізації за окремими напрямами із збереженням управлінської вертикалі для забезпечення реалізації державної політики у сфері виконання кримінальних покарань;
- розроблення сучасної моделі організації соціально-виховної та психологічної роботи із засудженими й оптимізація структури та чисельності соціально-психологічної служби, вдосконалення практики надання психологічної допомоги особам, узятим під варту та які відбувають покарання;
- розроблення та впровадження ефективного механізму розслідування за скаргами осіб, узятих під варту або які відбувають покарання в установах відбування покарань, на неналежне поводження персоналу кримінально-виконавчої служби;
- подальший розвиток мережі навчальних закладів як обов'язкових і невід'ємних складових установ виконання покарань, зміцнення їх матеріально-технічної бази, створення належних умов для загальноосвітнього та професійно-технічного навчання засуджених, а також для реалізації програми їх соціально-корисної зайнятості, участі у самоврядних організаціях засуджених.

Крім того, основними заходами передбачено підвищення ефективності системи управління кримінально-виконавчою службою, її функціонування на всіх рівнях на прин-

ципах підзвітності, прозорості, передбачуваності та взаємодії центральних і місцевих органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування, громадськості.

Для забезпечення відкритості діяльності кримінально-виконавчої служби та демократичного цивільного контролю програмою заходів передбачено підтримання діалогових відносин із громадськістю, вдосконалення співпраці з нею, розширення та зміцнення зв'язків із засобами масової інформації щодо всебічного висвітлення діяльності ДКВС з метою формування об'єктивної громадської думки про державну політику у сфері виконання кримінальних покарань.

Висновки

Особливістю програмно-цільового забезпечення реформування кримінально-виконавчої системи є здатність на всіх рівнях виконавчої влади засобами програмного планування більш ефективно, системно й комплексно формувати кримінально-виконавчі правовідносини, визначені національним законодавством і міжнародно-правовими актами.

Розроблені на основі та на виконання заходів, схвалені указами Президента України, постановами Кабінету Міністрів України комплексні цільові програми деталізують і розвивають положення, закріплені у законах, спрямовують процедуру їх реалізації, систематизують правові акти, спрямовуючи їх на виконання поставленої у програмі мети. Все це сприяє підвищенню ефективності кримінально-виконавчого права, доступності та належному застосуванню правових норм і, як наслідок, зміцненню законності, створенню сприятливих умов для подальшого законо- та нормотворення.

Логічним результатом реалізації заходів усіх програм подальшого реформування та державної підтримки кримінально-виконавчої системи в частині вдосконалення законодавчої бази стало прийняття 11 липня 2003 р. Верховною Радою України Кримінально-виконавчого кодексу України, який набув чинності з 01.01.2004 р.

Література

1. *Короткий* тлумачний словник української мови / За ред. Д. Г. Гринчишина. –К., 1988. –320 с.
2. *Правознавство* / За ред. О. В. Дзери. – К., 2007. – 848 с.
3. *Ющик О. І.* Теоретичні проблеми законодавчого процесу: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – К., 2005. – 45 с.
4. *Колб О. Г.* Установа виконання покарань як суб'єкт запобігання злочинам: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – К., 2007. – 32 с.
5. *Литвак О. М.* Держава і злочинність. – К., 2004. – 304 с.
6. *Кримінально-виконавче* право / В. А. Бадира, С. Ф. Денисов, Т. А. Денисова та ін.; За ред. Т. А. Денисової. – К., 2008. – 400 с.
7. *Юридична* енциклопедія: В 6 т. – К., 2001. – Т. 3. – 792 с.

Ways and methods of realization of programmatic special purpose providing aggregate of actions and measures are analysed on the improvement of the criminally-executive system in the process of its reformation.

В статье анализируются пути и способы реализации ранее разработанной совокупности действий и мероприятий по совершенствованию уголовно исполнительной системы в процессе ее реформирования.

ПРОЦЕСУАЛЬНІ ОСОБЛИВОСТІ МІЖНАРОДНОЇ СПІВПРАЦІ СЛІДЧИХ ОРГАНІВ ВНУТРІШНІХ СПРАВ УКРАЇНИ ПРИ РОЗВ'ЯЗАННІ ПИТАНЬ ПРО ВИДАЧУ (екстрадицію)

Ірина Лєшукова,
канд. юрид. наук,
доцент кафедри кримінального процесу
Харківського національного університету внутрішніх справ

У статті досліджується сутність правового інституту видачі (екстрадиції) злочинців, порядок його застосування. На підставі аналізу міжнародних угод і конвенцій визначаються процесуальні гарантії прав особи, яка видається для проведення досудового розслідування або судового розгляду щодо вчиненого нею злочину, визначаються підстави відмови у видачі запитуваної особи.

Ключові слова: *правова допомога у кримінальних справах, видача (екстрадиція) злочинців, міжнародне слідче доручення.*

Розглядаючи питання, пов'язані з процедурою видачі осіб, які вчинили злочини (екстрадиції), що актуальні на сьогоднішній день у зв'язку з розростанням міжнародної та національної кримінальної злочинності, слід зазначити, що вони врегульовані багатосторонніми конвенціями, зокрема, Конвенцією про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах від 22.01.1993 р.[1]; Європейською конвенцією про видачу правопорушників від 1957 р. [1, с. 10, 45]; Типовим договором про видачу, прийнятим резолюцією 45/116 Генеральної Асамблеї ООН від 14.12.1990 р. [2, с. 90], а також двосторонніми умовами про правову допомогу України. Аналогічні питання, що стосуються видачі злочинців, є у конвенціях по боротьбі з окремими видами злочинів: Конвенції ООН про боротьбу проти незаконного обігу наркотичних засобів та психотропних речовин 1988 р., Конвенції про охорону персоналу ООН та зв'язаного з нею персоналу від 1994 р. та ін. У випадках, коли між Україною й іноземною державою немає договору про правову допомогу або про видачу, питання співробітництва розв'язуються на основі принципів міжнародного права в порядку міжнародної ввічливості та взаємності.

У міжнародно-правових актах, судовій практиці та законодавстві конкретних держав існує багато визначень інституту видачі злочинців (екстрадиції). Навчальні та наукові російськомовні видання вживають термін «екстрадиція» (англ. «extradition» – передача – видача іноземній державі осіб, які вчинили злочин). В офіційних документах нашої держави таке слово не застосовується. Термінологічна плутанина виникає з поняттями «видача», насамперед у ситуаціях, пов'язаних із зверненням вироку до виконання, і «передача» (передача засудженого для відбування покарання у державі його громадянства), що у юридичній літературі нерідко розглядаються як синоніми. Насправді за юридичним змістом це різні, самостійні правові інститути, що підтверджується характером нормативної регламентації як на міжнародному рівні, так і в національному законодавстві.

У міжнародному праві під екстрадицією розуміють процес передачі злочинця відповідно до норм міжнародного права іншій державі для застосування кримінального покарання [3, с. 538]. У літературі з цього питання про видачу злочинців не склалося єдиної думки вчених щодо того, вважати видачу процесом чи розуміти її як одноактну дію – єдиний акт передачі, а все інше розглядати як підготовку до видачі або її наслідки. На думку Л. Галенської, доктрина одностайна у твердженні, що екстрадиція є процесом [4, с. 120]. В. Звірбуль і В. Шупилов вважають, що видача злочинців з однієї держави іншій – це акт правової допомоги [5, с. 11], а Е. Сімсон розглядав передачу злочинців як наслідок самої видачі [6, с. 4].

Наведені точки зору свідчать про те, що твердження Л. Галенської про одностайність поглядів учених на цю проблему є хибними.

[1]Конвенція про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах від 07.10.2002 р. Україною ще не ратифікована.

© І. Лєшукова, 2009

На нашу думку, видачу злочинця не можна розглядати як одноактну дію, оскільки вона складається з багатьох юридичних дій. З цього приводу Д. Нікольський звертав увагу на те, що видача є сукупністю юридичних дій, за допомогою яких одна держава видає іншій особу, обвинувачувану у скоєнні злочину [7, с. 29]. Сприймаючи видачу як акт правової допомоги, як форму міжнародного співробітництва у боротьбі із злочинністю, не можна забувати про те, що все ж це визначений, урегульований нормами міжнародного або внутрішньодержавного права процес. Ми вважаємо помилковою думку Р. Валеєва, який визначає видачу як передачу осіб [8, с. 28–29]. У такому визначенні ототожнюються два поняття, і коли одне з них визначається через інше, виникає плутанина та неточність. *Видача* – це не просто акт, що полягає у передачі особи іншій державі. Це сукупність дій, здійснюваних конкретними органами держави та спрямованих на забезпечення примусової доставки особи органам іншої держави. Це, насамперед, вирішення питання у відповідь на надіслане прохання, здійснюване у певній процесуальній формі. Слід враховувати, що процедура видачі полягає й у таких діях, як арешт осіб, домовленість про час і місце передачі, перевезення його з метою передачі. *Передача* – це виконання рішення органів держави про видачу особи. Передача, як правило, здійснюється на контрольно-пропускних пунктах кордонів. Ми поділяємо точку зору О. Виноградової про те, що видача – це процес, який ґрунтується на міжнародних договорах, загальновизнаних принципах міжнародного права, нормах внутрішнього законодавства та полягає у передачі підозрюваного, обвинуваченого або засудженого державою, на території якої він перебуває, державі, на території якої він вчинив злочин [9, с. 128–129]. Особливість видачі полягає в тому, що держава, яка звернулася з проханням про правову допомогу, залишає за собою лише право розгляду кримінальної справи, призначення та виконання покарання. Видаючи злочинця, держава, на території якої він перебуває, надає державі, яка вимагає видачі, правову допомогу в реалізації її законів. У зв'язку з цим видача – це надання державами правової взаємодопомоги.

З урахуванням викладеного під *видачею (екстрадицією)* слід розуміти заснований на принципах і нормах міжнародного та національного права процес, пов'язаний із наданням державами правової взаємодопомоги, що полягає у передачі злочинця державі, на території якої було вчинено злочин, або державі, громадянином якої є злочинець, чи державі, котра найбільше потерпіла від злочинного діяння, для притягнення його до кримінальної відповідальності або виконання винесеного вироку суду.

Разом із тим при підготовці міжнародного слідчого доручення необхідно враховувати і той факт, що кримінально-процесуальний закон зарубіжних країн може не відповідати українському законодавству. Тому важливо вже на первинному етапі розслідування встановити контакти з правоохоронними органами країни, громадянином якої є особа, яка бере участь у процесі, або країни, з якою якимось чином пов'язаний вчинений злочин і може виникнути необхідність направити міжнародне слідче доручення в цю країну. У цьому випадку перш за все необхідно з'ясувати, чи є договір (угода) про надання правової допомоги з цією країною, чи входить вона в Інтерпол, яким чином треба контактувати з цією країною (звертатися до Генеральної прокуратури для встановлення контактів з метою проведення слідчих дій в іншій країні або здійснювати це через Генеральну прокуратуру та Міністерство закордонних справ України у випадку, якщо немає угоди про надання правової допомоги, на умовах взаємності при відповідних зверненнях, у рамках так званої міжнародної ввічливості). Сьогодні ж практика йде шляхом встановлення контакту через МЗС або через Генеральну прокуратуру (відповідно до рівня відносин з країною); одночасно встановлюються контакти через бюро Інтерполу, щоб продублювати та прискорити виконання міжнародного слідчого доручення запитуваною стороною.

У такий самий спосіб розв'язується питання про направлення міжнародної вимоги (прохання, доручення) про видачу злочинця. Однак право видачі злочинців є суверенним правом кожної держави й обсяг розв'язуваних організаційно-правових питань (обов'язок видачі, межі кримінального переслідування, процесуальний порядок видачі, транзитне перевезення цих осіб тощо) набагато ширший, ніж при направленні міжнародних запитів (листів) і доручень [10, с. 281–295].

Слід зазначити, що Європейська конвенція про видачу правопорушників від 1957 р. передбачає ряд процесуальних гарантій прав особи, яка видається для проведення досудового розслідування або судового розгляду щодо вчиненого нею правопорушення. Так, відповідно до ст. 14 цієї Конвенції видана особа не може переслідуватися, засуджуватися або затримуватися з метою виконання вироку чи постанови про утримання під вартою ні за

яке правопорушення, вчинене до її видачі, крім правопорушення за яке вона була видана. При цьому її особиста свобода не може бути обмежена за винятком двох випадків:

• коли на це дає згоду сторона, що її видала (запит щодо такої згоди направляється разом із запитом про видачу; така згода надається лише у випадках, коли правопорушення, у зв'язку з яким запитується видача, є підставою для видачі відповідно до положень Конвенції);

• коли особа, маючи можливість покинути територію сторони, якій вона була видана, не зробила цього протягом 45 днів після свого остаточного звільнення або повернулася на цю територію після того, як покинула її.

Якщо під час судового розгляду щодо особи, яка видається, змінюється формулювання пред'явленого їй обвинувачення, обвинувальний вирок може бути винесено лише тоді, коли нове формулювання обвинувачення є складовою частиною старого обвинувачення [1, с. 11].

У Європейській конвенції про видачу правопорушників від 1957 р., як і в Конвенції про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах 1993 р., видача злочинців для притягнення до кримінальної відповідальності здійснюється за дії, які за законами запитуючої та запитуваної сторін караються позбавленням волі на строк не менше одного року або більш тяжким покаранням (ст. 2) [1, с. 10]. Однак видача виключається, якщо: злочин, у якому звинувачується особа, підпадає під юрисдикцію держави, на адресу якої направлена вимога (прохання) про видачу; відповідна особа згідно із законодавством запитуючої або запитуваної сторони не підлягає переслідуванню чи покаранню у зв'язку із закінченням строку давності.

Видача також не допускається за діяння, не визнані злочинами національним законодавством сторони, якій адресована вимога (прохання) про видачу. Неможлива видача, коли особа переслідується у кримінальному порядку через її політичні погляди, належність до певної соціальної групи, раси, релігії, народності (п. 2 ст. 3).

Крім того, видача не здійснюється, якщо особі щодо якої спрямована вимога про видачу, у запитуваній державі надано право політичного притулку. Так, ч. 1 ст. 63 Конституції Російської Федерації надає політичний притулок іноземним громадянам та особам без громадянства відповідно до загальновизнаних норм міжнародного права. Такий притулок у РФ надається на основі Положення про порядок надання політичного притулку в Російській Федерації, затвердженого Указом Президента РФ від 26.07.1995 р. № 763, що набрало чинності 01.08.1995 р. У цьому Положенні зазначається, що Росія надає політичний притулок особам, які шукають притулок і захист від переслідування або реальної загрози стати жертвою переслідування в країні своєї цивільної належності або в країні свого звичайного місця проживання за суспільно-політичну діяльність і переконання, які відповідають принципам, визнаним світовим співтовариством. Однак в Україні ще не прийнято закон про порядок надання притулку в Україні іноземцям та особам без громадянства; існує лише проект такого закону від 14.09.2000 р. Разом із тим законодавство України відповідно до норм міжнародного права має положення, згідно з яким особі може бути надано притулок (ст. 4 Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» від 04.02.1994 р.) або вона може набути статус біженця (ст. 5 Закону і Закон України «Про біженців» від 21.06.2001 р.). Це робиться з метою захисту прав і свобод громадян, їх життя, що є загальновизнаними цінностями у світі. З моменту одержання притулку або набуття статусу біженця особи іноземних держав підпадають під юрисдикцію України й у разі вчинення злочину на нашій території підлягають відповідальності на загальних підставах.

Притулок не може бути наданий особам, які переслідуються за вчинення злочинів проти миру та людяності, особам, які до моменту звернення про надання статусу біженця або притулки скоїли злочини проти України або на її території. Особи не підлягають екстрадиції в країни, де їм може загрожувати смертна кара (ст. 11 Європейської конвенції про видачу правопорушників 1957 р.). Видача може не здійснюватися, якщо особа, видача якої вимагається, є громадянином запитуваної Договірної Сторони. Це положення випливає із ст. 6 Європейської конвенції про видачу правопорушників 1957 р., ст. 57 Конвенції про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах 1993 р. і ч. 2 ст. 25 Конституції України, яка встановлює, що громадянин України не може бути вигнаний за межі України або виданий іншій державі. Це правило також закріплене у національному законодавстві інших держав (Росія, Білорусь та ін.). Однак законодавство ряду держав (Великобританія, Ізраїль, США, Канада тощо) не настільки категоричне в питаннях екстрадиції своїх громадян і допускає видачу їх на умовах взаємності іншим державам. Подібний підхід дозволяє, на думку І. Лукашука, стверджува-

ти, що відмова у видачі власних громадян є правом, а не обов'язком держави [11, с. 262–263]. Такий підхід, на нашу думку, більш прогресивний, оскільки він враховує численні випадки, коли, наприклад, ідеться про розслідування злочинів транснаціональних злочинних угруповань, учинених у місці розслідування кримінальної справи та його судового розгляду для всіх членів такої злочинної групи. Тому вважаємо за необхідне доповнити главу 3 проекту Кримінально-процесуального кодексу (далі – КПК) України від 11.09.2008 р. ст. 612[1] з назвою: «Видача (екстрадиція) особи, яка вчинила злочин у співучасті з громадянами інших держав» та передбачити в ній можливість такої видачі за умовами взаємної домовленості з іноземними державами, на території яких вчинено злочин.

Відповідно до Європейської конвенції про видачу правопорушників від 1957 р., якщо особа, щодо якої направлена міжнародна вимога про видачу, притягнута до кримінальної відповідальності або відбуває покарання за інший злочин на території запитуваної сторони, то видача може бути відстрочена до закінчення кримінального переслідування, відбуття покарання або звільнення на будь-якій законній підставі.

Рішення про видачу, про відмову у видачі та про відстрочку видачі приймається керівником центрального органу юстиції (в Україні таким органом є Генеральний прокурор України згідно із ст. 26 Закону України «Про прокуратуру» від 05.11.1991 р. № 1789-12).

Міжнародні договори, ратифіковані Україною, передбачають також видачу іноземного громадянина на певний термін. Це, зокрема, ст. 66 Договору між Україною і Республікою Молдова про правову допомогу та правові відносини у цивільних і кримінальних справах та ст. 64 Конвенції про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах, які передбачають, що видача злочинця на час має місце, якщо відстрочка видачі може спричинити закінчення строку давності кримінального переслідування чи серйозно ускладнити розслідування злочину. У такому випадку екстрадиція на час обумовлюється обґрунтованим клопотанням і гарантіями, що видана особа буде негайно повернута після проведення процесуальних дій, для яких вона була видана, і не пізніше трьох місяців із дня видачі. В обґрунтованих випадках цей термін може бути продовжено [1, с. 45, 83].

На практиці можлива колізія вимог про видачу, наприклад, коли вимоги про видачу тієї самої особи у зв'язку з одним певним або у зв'язку з різними злочинами надходять від декількох держав. За загальним правилом, злочинець видається тій державі, на території якої він вчинив злочин, але в кожному конкретному випадку це питання зважується центральним органом юстиції запитуваної держави. Європейська конвенція про видачу правопорушників від 1957 р. регулює зазначену ситуацію у такий спосіб: запитувана сторона приймає рішення з урахуванням усіх обставин і окремо вчиненого злочину, місця його скоєння, а також часу подачі запитів запитуючих сторін (їх черговість), громадянства особи, яка підлягає видачі, та можливості її наступної видачі іншій державі [1, с. 11].

Зазначені нами проблеми, що виникають при здійсненні екстрадиції, свідчить про недостатню законодавчу забезпеченість цієї дуже важливої міжнародної процедури. Спроба усунути зазначену прогалину в Україні робиться шляхом включення до проекту КПК України окремих норм, що регулюють порядок видачі та передачі як іноземців, так і громадян України (наприклад, статті 598–618 Проекту КПК України, підготовленого робочою групою Національної комісії із зміцнення демократії та утвердження верховенства права від 11.09.2008 р.). Однак ми вважаємо, що і кримінально-процесуальне забезпечення порядку видачі та передачі осіб, які вчинили злочини, недостатнє у настільки важливому і складному питанні міжнародного співробітництва. Переконані, що в Україні за прикладом Австрії, Великобританії, Німеччини, Швейцарії має бути прийнятий закон «Про видачу (екстрадицію)», у першому розділі якого необхідно врегулювати загальні питання про правові підстави виникнення правовідносин у сфері екстрадиції; у другому – детально висвітлити порядок направлення запиту іноземній державі про видачу правопорушників, форму і зміст такого запиту, необхідні додатки до нього; наступний розділ має передбачати підстави та порядок виконання запиту про видачу осіб, які перебувають на території України, порядок оскарження рішення про видачу таких осіб і судову перевірку його законності й обґрунтованості. Далі в законі слід визначити питання про підстави відмови у видачі осіб, відстрочки у видачі. На підставі цього закону у КПК України мають бути викладені питання конкретного процесуального порядку про видачу та передачу особи: обрання запобіжного заходу для забезпечення можливої видачі особи; порядок передачі видаваної особи; передачі предметів. Подібний закон необхідний, оскільки вимоги

про видачу з доданими до них документами проходять ряд інстанцій, що повинні виносити своє рішення на підставі чинного національного законодавства, яке не завжди збігається з нормами міжнародного права, тобто спеціально укладеними договорами.

Литература

1. *Міжнародне* співробітництво України у правовій сфері. – Х., 1998. – 217 с.
2. *Лукашук И. И., Наумов А. В.* Выдача обвиняемых и осужденных в международном уголовном праве. – М., 1998.
3. *Международное* публичное право / Под ред. К. А. Бекяшева. – М., 1999.
4. *Галенская Л. Н.* Международная борьба с преступностью. – М., 1972.
5. *Звирбуль В. К., Шупилов В. П.* Выдача уголовных преступников. – М., 1974.
6. *Симсон Э.* О невыдаче собственных подданных. – СПб., 1892.
7. *Никольский Д. П.* О выдаче преступников по началам международного права. – СПб., 1884.
8. *Валеев Р. М.* Выдача преступников в современном международном праве (некоторые вопросы теории и практики). – Казань, 1976.
9. *Виноградова О. І.* Міжнародне співробітництво України у галузі боротьби зі злочинністю: Дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2000.
10. *Михайлов В. А.* Меры пресечения в российском уголовном процессе. – М., 1996.
11. *Лукашук И. И.* Международное право: Общая часть. – М., 1996.

In this article studies notion, main point of legal institute of delivering up procedure (extradition) of criminals and the order of it use, improved notion of delivering up (extradition) also in this article based propositions of necessity of adopting by Verhovna Rada of Ukraine the law «about delivering up procedure (extradition)». By analyzing international arguments and conventions, defined procedural guarantees of rights of delivering up person for conducting investigation or considering cases in the court concerning crime committed and determined bases of rejection of required person.

В статье исследуется сущность правового института выдачи (экстрадиции) преступников, порядок его применения. На основе анализа международных соглашений и конвенций определяются процессуальные гарантии прав лица, которое выдается для проведения досудебного расследования или судебного разбирательства по поводу совершенного им преступления, определяются основания отказа в выдаче запрашиваемого лица.

НАЧАЛЬНИК СЛІДЧОГО ВІДДІЛУ ЯК СУБ'ЄКТ ДОКАЗУВАННЯ

Олександр Рибалка,
здобувач кафедри кримінального процесу
Київського національного університету внутрішніх справ

У статті розглядаються зміст і форми процесуального контролю, що здійснюється начальником слідчого відділу. Окремо досліджені ті з них, що характеризують начальника слідчого відділу як суб'єкта доказування.

Ключові слова: доказування у кримінальному процесі, начальник слідчого відділу, процесуальний контроль.

Проблеми доказування завжди займали центральне місце у кримінальному судочинстві. Особлива увага у науці кримінального процесу останнім часом приділяється органам і особам, нормативним обов'язком чи правом яких є встановлення обставин події злочину.

Проблеми доказування у кримінальному процесі, у тому числі питання, пов'язані з суб'єктами доказування, були предметом уваги таких учених, як Г. Горський, М. Гошовський, С. Давиденко, М. Дєєв, П. Елькінд, А. Іщенко, Ц. Каз, Є. Коваленко, Л. Кокорєв, А. Ляш, В. Маляренко, Н. Обрізан, В. Попелюшко, Д. Савицький, Р. Савонюк, С. Стахівський, О. Степанов, Ю. Стецовський, Л. Удалова, С. Шейфер та ін. Разом із тим у теорії доказування у вітчизняній кримінально-процесуальній науці відсутнє монографічне комплексне дослідження проблем суб'єктів доказування, що ґрунтувалося би на нормативних положеннях чинного кримінально-процесуального законодавства, наукових рекомендаціях, враховувало потреби сучасної правозастосовчої практики. Слід також зазначити, що серед суб'єктів доказування є і такі, чия роль у доказовій діяльності досліджена недостатньо повно та всебічно.

Метою цієї статті є дослідження особливостей правового статусу начальника слідчого відділу як суб'єкта доказування, що зумовлюють його участь у встановленні обставин злочину.

Начальник слідчого відділу відіграє важливу роль у забезпеченні належної якості доказування у досудовому провадженні. Будучи, як правило, більш досвідченим у розкритті та розслідуванні злочинів (у порівнянні з підлеглими йому слідчими), він здатний організувати їх процесуальну діяльність на належному рівні. Особливо цінною є його участь в організації розслідування складних, багатоепізодних злочинів, в умовах здійснення доказової діяльності в межах створеної ним чи прокурором слідчої групи (ст. 119 Кримінально-процесуального кодексу (далі – КПК) України.

Розглядаючи правовий статус начальника слідчого відділу, не можна не враховувати, що він уведений як суб'єкт кримінального процесу саме з метою здійснення контролю за процесуальною діяльністю підлеглих йому слідчих. Реалізація інших повноважень, зокрема з порушення кримінальних справ, прийняття їх до свого провадження та проведення в них досудового слідства у повному обсязі, для цього суб'єкта не є основною і не повинна з винятку перетворюватися на правило.

Забезпечення належного прокурорського нагляду у поєднанні з процесуальним контролем, що здійснюється начальником слідчого відділу, позитивним чином впливає на активність слідчого у доказуванні обставин злочину, є суттєвою гарантією від можливих помилок і зловживань з його боку. У зв'язку з цим думка В. Шадріна, який вважає, що процесуальна підпорядкованість слідчих не здатна забезпечити їх незалежність у доказуванні в кримінальних справах [1, с. 49], видається не зовсім правильною, такою, що не враховує дійсної ролі та призначення начальника слідчого відділу в організації доказової діяльності підлеглих йому слідчих.

Процесуальний контроль, який здійснюється начальником слідчого відділу, нарівні з професійністю та відповідальністю слідчих, є беззаперечною гарантією належного виконання слідчими покладених на них завдань, у тому числі з встановлення обставин вчиненого злочину. Основним напрямом діяльності начальника слідчого відділу вважається здійснення процесуального (відомчого) контролю, одночасно з управлінською діяльністю і функцією розслідування конкретних злочинів [2, с. 151; 3, с. 35–36; 4, с. 176; 5, с. 51–52; 6, с. 84]. Функція контролю здійснюється виключно процесуальними способами, серед яких: перевірка кримінальних справ і особиста участь у провадженні досудового слідства. Інші повноваження начальника слідчого відділу, визначені у ч. 2 ст. 114^1 КПК України, є процесуальними формами здійснення ним управлінської діяльності з метою найбільш повного, всебічного й об'єктивного провадження досудового слідства в кримінальних справах підлеглими йому

© О. Рибалка, 2009

слідчими (дача вказівок слідчому, передача справи від одного слідчого іншому, доручення розслідування справи декільком слідчим).

Підтвердженням того, що контроль начальника слідчого відділу має процесуальний, а не відомчий, характер. *По-перше,* це регламентація повноважень цього суб'єкта у КПК України, а не тільки у відомчому нормативному акті. *По-друге,* контроль начальника слідчого відділу виходить за межі завдань, поставлених перед конкретним відомством, і слугує реалізації завдань кримінального судочинства. *По-третє,* порядок здійснення контролю та засоби, що при цьому застосовуються начальником слідчого відділу, визначені у КПК України; у свою чергу, форми організаційного (непроцесуального) контролю виписані у відомчих нормативних актах.

Досліджуючи співвідношення відомчого контролю та прокурорського нагляду, більшість авторів доходять висновку про те, що їх характер і спрямованість збігаються за завданнями, об'єктом і предметом впливу на перебіг розслідування, формами і методами впливу на діяльність слідчого, функціональними завданнями [3, с. 35–39; 5, с. 54; 7, с. 82–84]. Навіть незважаючи на визначення відповідних понять різними термінами («контроль» і «нагляд»), за своїм змістом процесуальний контроль начальника слідчого відділу і нагляд прокурора мають єдину загальну мету – законність і своєчасність дій слідчого. Разом із тим, як зазначає Е. Воронін, начальник слідчого відділу із своїми повноваженнями щодо контролю знаходиться із слідчим у більш тісних відносинах, ніж прокурор. Це дозволяє йому своєчасно здійснювати вплив на процесуальну діяльність слідчого, оперативно, не чекаючи втручання прокурора, виявляти й усувати допущені помилки, допомагати слідчому у вирішенні проблем, що виникають під час розслідування. Для начальника слідчого відділу контроль – це відображення сутності його кримінально-процесуальної діяльності, основний засіб впливу на процесуальну діяльність слідчого [3, с. 35–36].

Дослідження проблем доказової діяльності начальника слідчого відділу вимагає з'ясування питання про коло осіб, які наділені процесуальними повноваженнями цього суб'єкта кримінального процесу.

Згідно з п. 6-а ст. 32 КПК України начальник слідчого відділу – це начальник Головного слідчого управління, слідчого управління, відділу, відділення органів внутрішніх справ, безпеки та його заступники, які діють у межах своєї компетенції, а також податкової міліції. Кримінально-процесуальний закон не диференціює процесуальні повноваження керівників вищестоящих і нижчестоящих ланок слідчого апарату, отже, функція процесуального контролю, що здійснюється у формі процесуального керівництва кримінально-процесуальною (у тому числі доказовою) діяльністю слідчих, однаково може виконуватися керівниками всіх рівнів слідчого апарату.

Деякі автори суб'єктами процесуального контролю називають як посадових осіб, так і структурні підрозділи загалом, що виконують контрольні функції за діяльністю слідчих підрозділів і слідчих [8, с. 104]. Так, В. Ашитко вважає, що, оскільки начальник слідчого відділу фактично не може особисто осягнути всі напрями контрольної діяльності, її виконує контрольно-методичний підрозділ; отже, співробітникам цих підрозділів слід надати процесуальні повноваження, включивши їх до числа суб'єктів кримінального судочинства як помічників начальників слідчих управлінь (відділів) [9, с. 44–47].

На нашу думку, розширення переліку суб'єктів процесуального контролю не є необхідністю, оскільки це може призвести до невиправданого обмеження процесуальної самостійності слідчого, нівелювання відповідальності керівника слідчого підрозділу за результати контрольної діяльності.

Виходячи з процесуальної незалежності та самостійності слідчого при прийнятті процесуальних рішень, зокрема у процесі доказування, не можна певною мірою не погодитись із В. Кальницьким, який вважає, що поняття «процесуальне керівництво слідством» певним чином суперечить принципу процесуальної самостійності слідчого, оскільки згідно із законом начальник слідчого відділу не може всупереч волі та внутрішнього переконання слідчого визначити напрям розслідування злочину [10, с. 8–9].

Однак це не означає, що слідчий не підкорюється вказівкам начальника слідчого відділу, який виправляє слідчі помилки, роз'яснює, як правильно застосовувати закон тощо. У той самий час слідчий вправі не погодитися з деякими вказівками начальника, оскарження яких прокурору зупиняє їх виконання (ч. 4 ст. 114^1 КПК України).

Начальник слідчого відділу має певний арсенал засобів, спрямованих на виявлення, попередження й усунення недоліків і порушень закону у доказовій діяльності підлеглих йому слідчих. При цьому він наділений самостійністю у виборі тих правових засобів, які є необхідними у конкретній ситуації та найбільшою мірою забезпечують всебічність, повноту й об'єктивність дослідження обставин справи.

Вибір начальником слідчого відділу засобів процесуального контролю залежить як від характеру справи (складність кваліфікації діяння, наявність суперечностей у системі доказів, невстановлення окремих обставин злочину тощо), так і від особистих якостей слідчого (недостатність знання, досвіду, кваліфікації).

Усі процесуальні повноваження начальника слідчого відділу умовно можна розділити на дві групи. Першу групу становлять за-

соби контролю за розслідуванням конкретного злочину. До них належать: право перевіряти матеріали кримінальної справи, давати вказівки слідчому про провадження досудового слідства, про притягнення як обвинуваченого, про кваліфікацію злочину й обсяг обвинувачення, про направлення справи, про провадження окремих слідчих дій, брати участь у провадженні досудового слідства й особисто провадити досудове слідство, а також відновлювати досудове слідство у закритій справі. Ці засоби контролю забезпечують якість розслідування, найбільш повне, всебічне й об'єктивне встановлення і дослідження обставин справи.

Другу групу засобів процесуального контролю утворюють ті повноваження начальника слідчого відділу, які, на відміну від перших, не стосуються суті кримінальної справи, не впливають на збирання, перевірку й оцінку доказів. До них належать: право доручати провадження досудового слідства конкретному слідчому, передавати справу від одного слідчого іншому, доручати розслідування справи декільком слідчим і змінювати склад створеної ним слідчої групи.

Перевірка матеріалів кримінальних справ є базовим засобом процесуального контролю начальника слідчого відділу, оскільки дозволяє вчасно виявити недоліки розслідування, вжити заходів щодо їх усунення. У зв'язку з цим перевірка матеріалів кримінальних справ повинна проводитись у певному порядку, систематично і поширюватись на всі кримінальні справи, що перебувають у провадженні слідчих.

Перевірка матеріалів справи начальником слідчого відділу у контексті здійснення підлеглими йому слідчими кримінально-процесуального доказування має здійснюватися за такими напрямами:

- визначення своєчасності й обґрунтованості порушення кримінальної справи;
- визначення своєчасності й ефективності (результативності) провадження слідчих дій;
- дотримання закону при збиранні та фіксації доказів, забезпечення при цьому прав учасників кримінального судочинства;
- всебічність, повнота й об'єктивність дослідження обставин справи;
- наявність суперечностей у системі доказів;
- достатність доказів для прийняття певного процесуального рішення.

Начальник слідчого відділу вправі за своєю ініціативою перевіряти будь-які кримінальні справи, що знаходяться у провадженні підлеглих йому слідчих, у будь-який момент провадження. Обсяг і характер перевірки можуть бути різними та залежать від завдань, які необхідно виконати у результаті її здійснення: може перевірятися конкретна кримінальна справа, певна група справ або всі справи конкретного слідчого чи всіх слідчих.

Одним із дієвих повноважень начальника слідчого відділу із здійснення процесуального контролю є передача справи від одного слідчого іншому. Таким рішенням начальник слідчого відділу фактично змінює безпосереднього суб'єкта, на якому лежить обов'язок кримінально-процесуального доказування на етапі провадження досудового слідства у кримінальній справі. Підстави для такого рішення начальника слідчого відділу можуть мати як процесуальний, так і непроцесуальний характер. До першої групи належать: незгода слідчого з вказівкою начальника слідчого відділу чи прокурора; відсторонення слідчого від подальшого провадження досудового слідства; задоволення відводу чи самовідводу слідчого. До другої групи належать: хвороба слідчого, довготривале відрядження, недостатній досвід розслідування злочинів певної категорії, дотримання спеціалізації слідчих тощо.

Кримінальні справи можуть передаватись як за власною ініціативою начальника слідчого відділу, так і на прохання слідчого, за вказівкою прокурора чи у зв'язку зі скаргою учасника процесу. Так, підставою для передачі справи у сфері кримінально-процесуального доказування може бути незгода слідчого з вказівкою начальника слідчого відділу чи прокурора, оскільки таким чином закон захищає внутрішнє переконання слідчого як самостійного суб'єкта оцінки доказів. Так само, для забезпечення об'єктивності розслідування у раніше закритій кримінальній справі, постанова про закриття якої скасована прокурором, судом чи начальником слідчого відділу, доцільно передавати її для подальшого провадження іншому слідчому.

Доручення начальником слідчого відділу розслідування справи декільком слідчим є ефективним засобом забезпечення своєчасності збирання доказів, об'єктивності, повноти та всебічності дослідження обставин злочинів у складних, багатоепізодних кримінальних справах.

Дача начальником слідчого відділу вказівок у кримінальних справах є основним засобом процесуального контролю за кримінально-процесуальною (у тому числі доказовою) діяльністю слідчих. Більшість таких вказівок стосуються здійснення слідчим кримінально-процесуального доказування, зокрема провадження слідчих дій (понад 82 % загальної кількості вказівок у досліджених нами кримінальних справах).

Вказівка про провадження слідчих дій – це вимога начальника слідчого відділу про проведення слідчих дій (допиту, очної ставки, огляду, виїмки, пред'явлення для впізнання та ін.), які, на думку начальника, є необхідними для найбільш повного та всебічного розслідування злочину. Такі вказівки даються начальником слідчого відділу після ретельного вивчення матеріалів кримінальної справи та виявлення ним недостатності доказів чи прогалин у доведенні обставин предмета доказування, що ускладнює формулювання і прийняття певного процесуального рішення.

Закон передбачає письмову форму вказівок у кримінальних справах (ч. 3 ст. 114[1] КПК України). Це дозволяє слідчому краще усвідомити зміст наданих вказівок, а у разі незгоди з ними – викласти відповідні мотиви перед прокурором. При цьому вказівки про провадження слідчих дій є обов'язковими для виконання навіть у разі незгоди слідчого з ними й оскарження їх прокуророві.

Відповідно до ст. 216 КПК України начальник слідчого відділу має право відновити досудове слідство у закритій кримінальній справі. Підставою для скасування постанови слідчого про закриття кримінальної справи та відновлення досудового слідства можуть бути отримані начальником слідчого відділу нові дані про обставини у справі, а також допущені слідчим порушення закону при прийнятті цього процесуального рішення.

Не зовсім зрозумілою є позиція законодавця, згідно з якою з усіх можливих процесуальних рішень слідчого він обрав тільки рішення про закриття кримінальної справи і надав начальнику слідчого відділу право на його скасування у разі незаконності чи необґрунтованості. Тим більше, що порядок реагування начальника слідчого відділу на виявлені інші незаконні та необґрунтовані постанови слідчого у КПК України не визначений. Очевидно, що у таких випадках начальнику слідчого відділу необхідно звертатися до прокурора аби застосувати засоби прокурорського нагляду. Така ситуація зумовила пропозиції щодо надання начальнику слідчого відділу права скасовувати незаконні та необґрунтовані постанови слідчого [10, с. 16; 11, с. 77–78; 12, с. 159].

На нашу думку, доцільно надати начальнику слідчого відділу право скасовувати не будь-які, а лише окремі незаконні та необґрунтовані постанови слідчого, ті, що перешкоджають подальшому провадженню у справі: про відмову у порушенні кримінальної справи, про зупинення провадження у справі, про закриття справи (останнє передбачено ст. 216 КПК України). Це забезпечить можливість оперативного реагування на виявлені порушення та помилки слідчого, водночас не замінюючи прокурорського нагляду, оскільки прокурор буде проінформований про це шляхом отримання копії відповідної постанови.

Особливості правового статусу начальника слідчого відділу, порядок і форми здійснення ним функції з процесуального контролю дозволяють дійти **висновку** про те, що при його здійсненні начальник слідчого відділу, діючи нарівні із слідчим, а подекуди й особисто виконуючи слідчі дії, є суб'єктом доказування, прямо чи опосередковано здійснюючи обов'язок встановлення обставин вчиненого злочину.

Література

1. *Шадрин В. С.* Обеспечение прав личности при расследовании преступлений. – М., 2000. – 232 с.
2. *Батищев В. И.* Ведомственный процессуальный контроль и укрепление законности на предварительном следствии // Развитие теории и практики уголовного судопроизводства в свете нового законодательства о Верховном Суде СССР, Прокуратуре СССР и Адвокатуре в СССР. – Воронеж, 1981. – С. 151–153.
3. *Воронин Э. И.* Процессуальное положение начальника следственного отдела органа внутренних дел. – Хабаровск, 1984. – 56 с.
4. *Михайленко О. Р.* Про роль відомчого контролю в забезпеченні законності на попередньому слідстві // Сучасні проблеми держави та права. – К., 1990. – С. 175–177.
5. *Мінюков П. І., Мінюков А. П.* Процесуальні повноваження начальника слідчого відділу (відділення) органів внутрішніх справ і проблеми керівництва досудовим слідством. – К., 2004. – 214 с.
6. *Шумилин С. Ф.* О функциях начальника следственного отдела // Проблемы социалистической законности. – Х., 1986. – Вып. 17. – С. 82–87.
7. *Кудинов Л. Д.* Некоторые вопросы правовой регламентации взаимоотношений следователя, начальника следственного отдела и прокурора // Укрепление законности предварительного расследования в условиях перестройки. – Волгоград, 1990. – С. 79–89.
8. *Меглицкий Г. Н.* Совершенствование системы контроля в следственном аппарате органов внутренних дел: Дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1984. – 188 с.
9. *Ашитко В. П.* Функция контроля начальника следственного управления в уголовном судопроизводстве: Дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1996. – 209 с.
10. *Кальницкий В. В.* Ведомственный процессуальный контроль за деятельностью следователей органов внутренних дел: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1982. – 19 с.
11. *Стуткус В. Ф., Чувилев А. А.* Прокурорский надзор и ведомственный контроль на предварительном следствии // Советское государство и право. – 1975. – № 3. – С. 77–79.
12. *Гаврилов А. К.* Раскрытие преступлений на предварительном следствии: правовые и организационные вопросы. – Волгоград, 1976. – 207 с.

Are considered the maintenance and forms of the remedial control which is carried out by the chief of investigatory department. Those from them which characterize the chief of investigatory department as the subject proves are separately investigated.

В статье рассматриваются содержание и формы процессуального контроля, который осуществляется начальником следственного отдела. Отдельно исследованы те из них, которые характеризуют начальника следственного отдела как субъекта доказывания.

ФОРМУВАННЯ ТА РОЗВИТОК ІНСТИТУТУ ПРИВАТНОГО ОБВИНУВАЧЕННЯ

Назар Малярчук,
здобувач кафедри кримінального процесу
Київського національного університету внутрішніх справ

У статті розглядаються питання, пов'язані з історією формування й етапами розвитку інституту приватного обвинувачення.

Ключові слова: історія кримінального процесу, приватне обвинувачення.

Конституція України закріплює положення про те, що права та свободи людини і громадянина захищаються судом (ст. 55). Особи, які звертаються за захистом прав, свобод і законних інтересів, є рівними перед законом і судом, а розгляд справ про їх захист має відбуватися відповідно до конституційних принципів, гарантом яких і виступає судова влада.

На особливу увагу у світлі реалізації права на судовий захист, а також можливості доступу громадян до правосуддя у сфері кримінального судочинства заслуговує провадження в кримінальних справах приватного обвинувачення. Через існування цього процесуального інституту громадяни залучаються до участі в кримінальному процесі на стороні обвинувачення у разі порушення їх приватних інтересів.

Інститут приватного обвинувачення відомий кримінально-процесуальному праву достатньо давно. В юридичній літературі проблемам приватного обвинувачення приділяли увагу видатні процесуалісти як дореволюційного періоду (Д. Тальберг, Л. Таубер, І. Фойницький та ін.), радянських часів (С. Альперт, В. Бож'єв, І. Гальперін, К. Гуценко, В. Даєв, Н. Калашникова, В. Савицький та ін.), так і сучасності (Ю. Грошевий, В. Маляренко, В. Нор, В. Попелюшко, Р. Савонюк та ін.).

Прийнято вважати, що за своїм походженням інститут приватного обвинувачення має німецьке коріння. Надалі він був сприйнятий багатьма європейськими правовими системами і сьогодні використовується у національному законодавстві багатьох країн.

Інститут приватного обвинувачення у кримінально-процесуальному праві України має свою історію та певні традиції. Для з'ясування його нинішнього стану, перспектив розвитку й удосконалення важливо знати за якими принципами та в якому порядку здійснювалося правосуддя у той чи інший період розвитку суспільства.

Метою цієї статті є дослідження питань, пов'язаних з історією формування та розвитку інституту приватного обвинувачення.

Історію формування та розвитку інституту приватного обвинувачення умовно можна розділити на декілька етапів, що зумовлюється співвідношенням публічних і приватних засад у кримінальному судочинстві у той чи інший період часу.

Історія розвитку кримінального процесу свідчить, що спочатку у ньому переважали приватні засади. Дослідження періоду родового строю у суспільстві доводять, що першою формою застосування суспільно-каральної влади було вигнання члена родової общини, який вчинив особливо тяжке порушення умов існування цієї общини. Рішення про вигнання приймалося на зборах общини та негайно виконувалось. І хоча дані про те, що таке вигнання відбувалося за скаргою будь-кого з членів роду та після спеціального розгляду справи відсутні, ця форма здійснення обвинувачення все ж має приватний характер, оскільки кожний проступок члена родової общини негайно ставав відомим усім родичам, які і здійснювали обвинувачення.

У міжродових конфліктах засобом вирішення спору була кровна помста, що застосовувалась у разі нанесення будь-кому з членів роду образи членом іншого роду. Звичай кровної помсти, який на довгі роки зберігся і після утворення держави, – це пережиток родового строю [1, с. 40–41]. Протягом розвитку суспільства така форма боротьби з порушеннями прав поступово замінювалася державним судом. Уже в перших договорах великих князів руських Олега та Ігоря з візантійськими імператорами у X ст. кровна помста допускалася тільки у випадку оголошення особи винною у вбивстві судом. Надалі помсту можна було замінити майном винного, а пізніше – грошовою пенею («вірою»). За особисті образи (нанесення побоїв) помста взагалі була скасована та замінена грошовою пенею [2, с. 89–90].

© Н. Малярчук, 2009

Практично саме у цей період часу зароджується та формується інститут приватного обвинувачення. Подальший свій розвиток він отримав у XI–XII ст. в Уставі Володимира Святославовича, Руській Правді.

Саме у Руській Правді вперше на законодавчому рівні закріплені особливості здійснення приватного обвинувачення, зокрема [3, с. 47–49]:

- справа розпочиналась на підставі позову;
- позивач самостійно підтримував обвинувачення;
- сторони самостійно збирають і подають докази.

Таким чином, стародавній процес мав приватно-позовний характер. Справа могла бути розпочата лише за скаргою потерпілого, його родини чи роду. Обвинувач і обвинувачений називалися позивачами та користувалися рівними правами. Відповідач, якщо він був невідомий, розшукувався позивачем. Докази мали характер формального підтвердження пред'явлених суду вимог. Відповідальність у цьому ординарному порядку розгляду, що іменувався судом, полягала у грошових платежах на користь потерпілого [4, с. 32–33].

У період феодалізму кримінальний процес став публічним. Кримінальні справи порушувалися за ініціативою та на розсуд державних органів, що і було вираженням державних (публічних) засад кримінального процесу (відбувався захист інтересів держави незалежно від позиції приватних осіб). Паралельно із змагальним процесом започаткований новий тип процесу – розшуковий. У розшуковому процесі ініціатива ведення слідства та проведення процесуальних дій належала державним органам, а сторони втрачали самостійність у виборі дій [5, с. 251–252].

Разом із тим, незважаючи на посилення державних засад та заміну змагального процесу на розшуковий, закони XII–XV ст. зберігали елементи приватно-позовного процесу за деякими категоріями злочинів (образа, грабіж тощо). Так, Судебники 1497 р. та 1550 р. містили поняття «скарга», «позов» як привід до початку процесу, передбачали можливість примирення сторін на будь-якому етапі процесу. У Новгородській судній грамоті зустрічається ще одна характерна ознака приватного обвинувачення – пред'явлення зустрічного позову, який розглядався в межах однієї судової справи [6, с. 54–62, 313].

У період абсолютизму (XV–XVII ст.) тенденція до поступової заміни змагального процесу на розшуковий, інквізиційний стала ще виразнішою. У багатьох випадках завданням суду було не встановлення істини, а залякування населення, припинення будь-яких спроб порушення встановленого державою порядку [7, с. 394].

За царювання Петра I у сфері кримінального судочинства встановилася панівна на той час у західноєвропейських державах система розслідування злочинів, орієнтована на державні інтереси. Ініціатором порушення кримінальної справи була держава. Розслідування та судовий розгляд здійснювались одним органом – судом. Таким чином, змагальний тип процесу у цей період остаточно припиняє своє існування.

Важливим етапом у розвитку інституту приватного обвинувачення є судова реформа, проведена Олександром II у 60-х роках XVIII ст. Ця реформа завершилася прийняттям у 1864 р. Судових Уставів, які складалися з чотирьох законів: Зведення судових установлень; Уставу кримінального судочинства; Уставу цивільного судочинства та Уставу про покарання, що накладаються мировими суддями.

На зміну розшуковому процесу у Російській імперії була встановлена змішана форма судочинства, заснована на континентальній системі права. Кримінальне судочинство здійснювалось у два етапи: *попередній розгляд* (письмовий, негласний, за відсутності рівності прав сторін) і *судовий розгляд* (усний, гласний, заснований на змагальності сторін і вільній оцінці доказів).

В Уставі кримінального судочинства 1864 р. серед іншого були закріплені та регламентовані положення, що визначали порядок провадження за скаргами приватних осіб. Уперше на законодавчому рівні були закріплені:

- категорії кримінальних справ, провадження в яких здійснювалось у приватному порядку;
- поняття та статус приватного обвинувача;
- процесуальний порядок порушення, розгляду та вирішення таких справ.

Зокрема, до злочинів, провадження за якими розпочиналося не інакше, як за скаргами приватних осіб, належали: злочини про образу гідності; усний чи письмовий наклеп і образа; повідомлення іншим про заразну хворобу, що походить від неподобства; розголошення з метою образити будь-чию гідність відомостей, що були повідомлені у таємниці чи тих, що стали відомі внаслідок прочитання чужого листа; погроза вчиненням будь-яких насильницьких дій; усна чи письмова погроза позбавлення життя чи підпалу; самоправство; самовільне використання чужого майна та його пошкодження.

Крім того, до злочинів, що розглядались у порядку приватного обвинувачення, відносились і більш тяжкі злочинні діяння (крадіжка, шахрайство) за умови, що вони вчинялися між подружжям чи близькими родичами. Це пояснювалося складністю розгляду

родинних відносин і необхідністю виявляти при цьому делікатність (ст. 19 Уставу про покарання) [8, с. 369].

Порядок провадження у справах приватного обвинувачення передбачав:

- порушення кримінального переслідування;
- збирання необхідних даних;
- судовий розгляд.

Устав кримінального судочинства закріплював положення про те, що правом порушення кримінального переслідування у справах приватного обвинувачення наділявся потерпілий, а також ті, кому за законом надано право клопотати за потерпілого (батьки, вихователі тощо) та спеціально вповноважені особи (ст. 5 Уставу).

Єдиним приводом до порушення справи приватного обвинувачення виступала скарга потерпілого, що подавалася в усній чи письмовій формі у мировий суд. Уперше в Уставі кримінального судочинства були закріплені вимоги, що пред'являлись до скарги приватних осіб (ст. 45 Уставу).

Збирання необхідних даних у справах приватного обвинувачення здійснювалося сторонами самостійно, після чого докази надавалися мировому судді (ст. 73 Уставу).

Судовий розгляд у мирових судах проводився одноособово мировим суддею усно та гласно. На прохання обох сторін справа приватного обвинувачення могла бути розглянута у закритому режимі (статті 88, 89 Уставу).

При розгляді справи мировий суддя мав схилити сторони до примирення та тільки у разі відмови сторін від примирення постановляти вирок (статті 119, 120 Уставу).

Закон встановлював два види вироків мирового судді: *остаточний* і *неостаточний*. Неостаточними вироками булі ті, що могли бути переглянуті по суті, тобто в апеляційному порядку. Такі вироки могли бути оскаржені протягом двох тижнів з моменту оголошення вироку. Апеляційною інстанцією був мировий з'їзд округу (статті 145–172 Уставу).

Якщо скарга потерпілого не підлягала розгляду у мирового судді, то вона розглядалася в окружному судді (статті 177, 543 Уставу). Попереднє слідство у цій категорії справ не проводилось, окружний суддя міг приступити до розгляду справи за тими матеріалами та доказами, що були надані сторонами мировому судді (ст. 546 Уставу). Обвинувачення у судовому засіданні підтримував приватний обвинувач, який у дебатах виступав з обвинувальною промовою (ст. 736 Уставу) [8, с. 121–192].

Таким чином, під час судової реформи 1864 р. уперше був детально розроблений механізм провадження у справах приватного обвинувачення, введене поняття «приватний обвинувач». Внаслідок таких нововведень публічний кримінальний процес отримав ще одне завдання – захист інтересів приватних осіб. Саме до цього періоду належать перші наукові дослідження сутності й особливостей приватного обвинувачення відомих процесуалістів А. Резона, Л. Таубера, І. Фойницького та ін.

У 1917 р. відбулися зміни у соціальній структурі суспільства, що, безумовно, позначилося і на судовій системі та праві. Відповідно до Декретів про суд були створені народні суди, а кримінальний процес набуває яскраво вираженого публічного характеру. Лише окремі положення нових законів свідчили про те, що інститут приватного обвинувачення продовжує існувати, однак як обмеження принципу публічності кримінального процесу.

Слід зазначити, що розвиток кримінально-процесуального законодавства у нашій країні після 1917 р. був пов'язаний із посиленням публічних засад і коло злочинів приватного обвинувачення було суттєво скорочене.

У науці кримінального процесу висловлювалися пропозиції щодо розширення повноважень прокурора, у тому числі на порушення кримінальних справ приватного обвинувачення всупереч волі потерпілого (С. Хитров, В. Мокєєв), а деякі автори взагалі виступали проти існування інституту приватного обвинувачення (С. Мокринський).

31 жовтня 1924 р. прийняті Основи кримінального судочинства СРСР і союзних республік, які, визначивши суть і призначення інституту приватного обвинувачення (хоча текст закону такого терміна не містив), порядок судочинства в цій категорії справ передали до відання союзних республік. Тому у кримінально-процесуальних кодексах деяких союзних республік містилися норми, що дещо по-різному регулювали окремі питання провадження в цій категорії справ. Так, на відміну від кримінально-процесуальних кодексів інших союзних республік, згідно із ст. 11 Кримінально-процесуального кодексу (далі – КПК) Української РСР примирення сторін допускалося лише до видалення суду для постановлення вироку, а порушення справи приватного обвинувачення допускалося не пізніше трьох місяців з дня вчинення злочину.

Оскільки кримінальні справи приватного обвинувачення вважалися справами малозначними, то допускався їх розгляд і недержавними судами. Так, у сільських районах кримінальні справи приватного обвинувачення було дозволено розглядати сільським судам, а у випадках, коли потерпілий і обвинувачений були працівниками одного підприємства чи установи, кримінальні справи приватного обвинувачення могли розглядати товариські суди, що створювалися на цих підприємствах і в установах [9, с. 474–475, 498–499].

У КПК УРСР від 28.12.1960 р., що із змінами та доповненнями діє в Україні і по сьогодні, також відсутній спеціальний розділ, що регламентував би провадження у справах приватного обвинувачення.

Певна спроба на законодавчому рівні детального розроблення механізму провадження у справах приватного обвинувачення була зроблена авторами теоретичної моделі Основ кримінально-процесуального законодавства СРСР і союзних республік у 1989 р. Зважаючи на особливості порушення та розгляду справ приватного обвинувачення, вчені запропонували систематизувати норми, які регламентують цей вид провадження, й об'єднати їх в окрему главу, що полегшить їх процесуальне застосування, забезпечить єдність правозастосовчої практики [10, с. 293–297]. Безумовно, ці пропозиції значно вплинули на розвиток інституту приватного обвинувачення і були досить прогресивними на той час. У подальшому більшість запропонованих норм увійшли до текстів КПК країн пострадянського простору (Російська Федерація, Азербайджан, Казахстан та ін.), однак, на жаль, до цього часу так і не втілені у кримінально-процесуальне законодавство України.

Постановою Верховної Ради України «Про Концепцію судово-правової реформи в Україні» від 28.04.1992 р. схвалена Концепція судово-правової реформи, відповідно до якої для реального забезпечення прав і свобод громадян визнана необхідність диференціювання форм судочинства, зокрема залежно від ступеня тяжкості злочину.

Визнання пріоритету соціальних цінностей на користь конкретної людини, а не держави, сприйнято переважною більшістю суспільства, у зв'язку з чим у кримінально-процесуальному праві намітилась чітка тенденція до розвитку диспозитивних засад у кримінальному судочинстві, розширення його правозахисної ролі через зміну завдань кримінального процесу, зміцнення правового статусу його учасників, насамперед потерпілого й обвинуваченого, гарантій прав особи.

Зазначена тенденція вплинула на відродження інституту приватного обвинувачення, що знайшло відображення в проектах КПК України. Так, у проекті КПК України, підготовленому авторським колективом Комітету з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності (реєстр. № 3456-д від 18.11.2005), норми, що регулюють провадження у справах приватного обвинувачення виділені в окрему главу (гл. 50). Крім того, приватне обвинувачення визначається як вид кримінального переслідування, розширене коло злочинів приватного обвинувачення (ст. 166 проекту).

Висновок

Слід зазначити, що необхідність законодавчого закріплення інституту приватного обвинувачення зумовлена змінами, що відбуваються у суспільстві, зокрема в державному регулюванні суспільних відносин, які виникають у сфері кримінального судочинства, що покликане слугувати не тільки державним, а й приватним інтересам.

На сьогодні інститут приватного обвинувачення є самостійним правовим інститутом, що має певні процесуальні особливості та потребує як законодавчої визначеності, так і наукового дослідження з метою розроблення практичних рекомендацій з організації та змісту діяльності учасників провадження в цій категорії кримінальних справ.

Література

1. *Чельцов-Бебутов М. А.* Курс уголовно-процессуального права: Очерки по истории суда и уголовного процесса в рабовладельческих, феодальных и буржуазных государствах. – СПб., 1995. – 839 с.

2. *Беляев И. Д.* История Русского законодательства. – СПб., 1999. – 639 с.

3. *Российское* законодательство X–XX вв.: Законодательство Древней Руси. – М., 1984. – Т. 1. – 432 с.

4. *Фойницкий И. Я.* Курс уголовного судопроизводства. – СПб., 1996. – Т. 1. – 551 с.

5. *Рогов В. В.* История государства и права России IX – начала XX в. – М., 1995. – 263 с.

6. *Российское* законодательство X–XX вв.: Законодательство периода образования и укрепления Русского централизованного государства. – М., 1985. – Т. 2. – 520 с.

7. *Российское* законодательство X–XX вв.: Законодательство периода становления абсолютизма. – М., 1986. – Т. 4. – 512 с.

8. *Российское* законодательство X–XX вв.: Судебная реформа. – М., 1991. – Т. 8. – 495 с.

9. *История* законодательства СССР и РСФСР по уголовному процессу и организации суда и прокуратуры: 1917–1954 гг. – М., 1955. – 636 с.

10. *Уголовно-процессуальное* законодательство Союза ССР и РСФСР (теоретическая модель) / Под ред. В. М. Савицкого. – М., 1990. – 316 с.

The questions, concerning stories of formation and stages of development of institute of private charge are considered.

В статье рассматриваются вопросы, касающиеся истории формирования и этапов развития института частного обвинения.

РОЛЬ ПСИХОЛОГІЇ ПІДОЗРЮВАНОГО ПРИ ПЕРЕВІРЦІ ПОКАЗАНЬ НА МІСЦІ

Владислав Негребецький,
канд. юрид. наук,
викладач кафедри криміналістики
Національної юридичної академії України ім. Ярослава Мудрого,
м. Харків

Стаття присвячена дослідженню психологічних основ взаємодії слідчого та підозрюваного при перевірці показань на місці. Розглядаються можливості використання слідчим психології підозрюваного під час цієї слідчої дії.

Ключові слова: перевірка показань на місці, захисна домінанта, психічний стан, психологічний вплив.

Проблема використання психології підозрюваного при перевірці показань на місці належним чином не досліджувалася. У літературних джерелах вивчалися лише деякі психологічні аспекти проведення цієї слідчої дії. Разом із тим ця проблема була на досить високому рівні досліджена стосовно допиту, очної ставки й обшуку [1, с. 446–463; 2, с. 232–252; 3, с. 65–107; 4, с. 78–89; 5; 6, с. 196–217; 7; 8, с. 218–264].

Метою цієї статті є дослідження психологічних основ взаємодії слідчого та підозрюваного при перевірці показань на місці, визначення напрямів використання психології підозрюваного при перевірці показань на місці та розроблення практичних рекомендацій для слідчих органів України.

Участь підозрюваного у проведенні перевірки показань на місці обов'язково має добровільний характер. Тому результативність такої слідчої дії багато в чому залежить від позиції, яку займе підозрюваний, його бажання брати участь у перевірці показань на місці. Психологія підозрюваного при цьому може використовуватися для:

- діагностики його позиції;
- прогнозування поведінки підозрюваного;
- обрання відповідного психологічного впливу;
- оцінки отриманої інформації.

Слід враховувати чинники, що впливають на формування позиції підозрюваного та його поведінку. У психологічній літературі до таких відносять: психічний стан підозрюваного; мотиви, якими він керується, виконуючи ті чи інші дії; несприятливі для підозрюваного умови, в яких він перебуває у зв'язку з його передбачуваною роллю у вчиненні злочину; вплив на підозрюваного з боку інших осіб [6, с. 196–217, 272–285; 9, с. 293–299].

Психічний стан підозрюваного (обвинуваченого) характеризується пануванням оборонної (захисної) домінанти. Під домінантою у психології розуміють тимчасово переважну рефлекторну систему, що зумовлює роботу нервових центрів у даний момент і тим самим додає поведінці відповідну спрямованість. Домінанта, як переважний осередок збудження, підсумовує та накопичує імпульси, що надходять у центральну нервову систему, одночасно пригнічуючи активність інших центрів [10, с. 72]. Оборонна домінанта визначає спрямованість психічної діяльності підозрюваного, формує у нього спеціальні механізми психологічного захисту. Психологічний захист у літературі з психології розглядається як спеціальна регулятивна система стабілізації особистості, спрямована на усунення або зведення до мінімуму почуття тривоги, пов'язаного з усвідомленням конфлікту [10, с. 321]. До числа механізмів психологічного захисту відносять витіснення, раціоналізацію та проекцію [11, с. 50].

На нашу думку, при перевірці показань на місці слід враховувати можливість впливу психологічного механізму витіснення. Під витісненням мається на увазі глушіння, відкидання та неприйняття тієї інформації, яка суперечить якійсь особистісно значимій установці суб'єкта [11, с. 50]. У зв'язку з цим існують певні вимоги до форми спілкування слідчого з підозрюваним при проведенні перевірки показань на місці. В. Васильєв вважає, що незалежно від тяжкості вчиненого злочину слідчий зобов'язаний ставитися до підозрюваного як до особистості нарівні з іншими учасниками слідчої дії. Неприпустиме роздратування, вираження слідчим зневаги щодо нього, скептичні репліки тощо. Як би зухвало не поводився підозрюваний, слідчому необхідно залишатися стриманим і врівноваженим [1, с. 472–473].

Захисна домінанта визначає особливості, що зумовлюють поведінку підозрюваного при перевірці його показань на місці: його психічний стан; прагнення цієї особи уник-

© В. Негребецький, 2009

нути відповідальності; заінтересованість у перебігу розслідування; тенденція до перебільшення підозрюваним інформаційної «озброєності» слідчого; тенденція до адаптації своєї виправдувальної позиції [2, с. 163–166; 6, с. 196–198; 9, с. 293–299]. У психологічній літературі звертається увага на необхідність урахування психічного стану, в якому перебуває особа, показання якої перевіряються [7, с. 15–20]. Під психічним станом розуміють цілісну характеристику психічної діяльності, стійку на певному тимчасовому відрізку, яка показує своєрідність протікання психічних процесів залежно від відбиття явищ дійсності, попереднього стану та психічних властивостей особистості [12, с. 284].

При проведенні перевірки показань на місці має місце широка амплітуда психічних станів. Підозрюваний може перебувати, наприклад, у стані страху, фрустрації, стресу тощо [7, с. 15–20]. Суттєвим є те, що саме з психічним станом підозрюваного може бути пов'язана його відмова від участі в перевірці показань на місці або від вже даних ним свідчень. У психологічній літературі страх розглядається як негативний психічний стан, що виникає в ситуаціях, коли індивід має спонукання й усвідомлену мету залишити ситуацію, пов'язану із впливом зовнішнього подразника, але при цьому в силу зовнішніх причин вимушений залишатися в ній [13, с. 234].

Стан страху при перевірці показань на місці може зазнавати особа як причетна, так і не причетна до вчинення злочину. Страх не лише сковує пам'ять, а й пригнічуючи діє на психіку людини, її інтелектуальну діяльність. Він може знижувати волю, моральний самоконтроль, критичні здатності, перешкоджати правильній оцінці обстановки, робити людину доступнішою для небажаних впливів [7, с. 28]. При проведенні перевірки показань на місці можна здійснювати діагностику психічного стану, що, на нашу думку, є необхідним.

Під час проведення перевірки показань на місці особа, яка повторно перебуває на місці злочинної події, зазнає психологічний вплив оточуючої обстановки [4, с. 110–115]. Внаслідок цього в неї може відбуватися певна зміна психічного стану при сприйнятті місць, де знаходяться докази, що її викривають. На необхідність спостереження за поведінкою підозрюваного (обвинуваченого) при перевірці показань на місці постійно вказується в психологічній літературі [9, с. 134; 14, с. 310]. Йдеться, зокрема, про такі ознаки зовнішнього вияву стану, як упевненість у виборі напрямку руху, показі об'єктів, раптова зміна напрямку пересування, швидкості, зупинки тощо. Значення методу спостереження при проведенні перевірки показань на місці, на нашу думку, полягає також у тому, що його застосування дозволяє слідчому ефективно контролювати поведінку підозрюваного, підтримувати оптимальний режим спілкування, сприяє обранню відповідних тактичних прийомів, їх систем. Спостереження допомагає діагностувати позицію підозрюваного, розпізнати чи приховує він інформацію, що має значення для розслідування. Так, метод спостереження при проведенні цієї слідчої дії сприяє виявленню слідчим речових доказів. Слідчій практиці відомі випадки, коли у перебігу перевірки показань на місці за допомогою спостереження виявляються речові докази, місцезнаходження яких підозрювані (обвинувачені) намагалися приховати від слідства [15, с. 12–24; 16, с. 233].

Захисна домінанта викликає у винного прагнення здійснювати ті чи інші дії, які, на його думку, повинні допомогти йому уникнути викриття злочину й як наслідок – ухилитися від відповідальності за вчинене [6, с. 196]. Цим можна пояснювати відмову підозрюваного від участі у перевірці показань на місці, дачу ним неправдивих показань на допиті.

Як оборонна домінанта, так і механізм психологічного захисту можуть бути властиві не тільки особі, яка справді винна у вчиненні злочину, а й невинній особі при її прагненні захиститися від несправедливого обвинувачення [6, с. 198]. Тому в психологічному відношенні перевірка показань підозрюваного не може зводитися до створення для нього будь-яких штучних бар'єрів, психологічних обмежень для відмови від попередніх свідчень, даних на допиті. Неприпустимими є також випадки проведення цієї слідчої дії з метою психологічного закріплення підозрюваного на тих показаннях, які, на думку слідчого, відповідають дійсності [9, с. 132].

У слідчій практиці звертається особлива увага на те, що підозрювані (обвинувачені) схильні до зміни своїх позицій, адаптації їх виправдувальної позиції в міру пред'явлення доказів [2, с. 166]. Тому при перевірці показань підозрюваного тактика слідчої дії має бути спрямована спочатку на деталізацію показань, з'ясування їх взаємозв'язку з обстановкою, а вже потім на усунення протиріч, якщо вони мали місце. Така тактика дозволяє поступово та цілеспрямовано усунути неправду в показаннях допитаної особи.

До числа чинників, які впливають на позицію підозрюваного, належить вплив на нього з боку інших осіб [7, с. 29]. Цей чинник має істотне значення при перевірці показань на місці. Обов'язковою умовою, що визначає достовірність результатів зазначеної слідчої дії, має бути відсутність такого впливу на підозрюваного. Тому до перевірки показань на місці та в процесі її проведення необхідно вжити заходів до того, щоб підозрюваний не мав можливості контактувати із сторонніми особами. За будь-якої підозри на останнє перевірку показань на місці необхідно провадити негайно.

У процесі аналізу позиції підозрюваного при проведенні досліджуваної слідчої дії потрібно враховувати конкретні мотиви його згоди на участь у проведенні перевірки показань на місці. Серед таких у психологічній літературі вирізняють: острах суспільного осуду, сором усвідомлення аморальності та протиправності свого вчинку, острах перед помстою з боку заінтересованих осіб, боязнь наслідків для своїх близьких або розлуки з ними [6, с. 202]. Так, Ф. Глазирін вважає, що навіть у випадку яскраво вираженої готовності підозрюваного (обвинуваченого) брати участь у перевірці показань на місці слід детально розібратися у справжніх мотивах такої згоди [9, с. 31].

Слідчій практиці відомі випадки, коли підозрювані (обвинувачені), заявивши про згоду взяти участь у перевірці показань на місці, у перебігу слідчої дії показують зовсім інші місця, що не мають відношення до злочину, розраховуючи послабити, розхитати зібрані слідчим докази, намагаючись спрямувати слідство на помилковий шлях, створити можливості для відмови від своїх даних раніше показань у процесі судового розгляду [9, с. 131–133]. Отже, знання мотивів, якими керується підозрюваний, дозволяє слідчому своєчасно вплинути на останнього в такий спосіб, щоб той змінив свою хибну позицію.

У слідчій практиці відомі також випадки, коли особи, які перебувають у місцях позбавлення волі (підозрювані, обвинувачені), дають показання про скоєння ними інших злочинів, у тому числі тих, яких вони не вчиняли.

Так, підозрюваний Б. на допиті дав такі показання про вчинення умисного вбивства С.: пізно ввечері він разом із своїми приятелями повертався додому з вечірки. По дорозі вони зустріли С., до якого Б. став приставати. Між ними відбулася бійка, під час якої потерпілому були нанесені численні тілесні ушкодження в голову та живіт. У результаті заподіяних тяжких тілесних ушкоджень С. помер. При відтворенні обстановки й обставин події за участю Б. підозрюваний не зміг указати точне розташування місця, де відбулася бійка з потерпілим. Із застосуванням манекена Б. не зміг показати, яким чином і в які саме частини тіла він наносив ножем удари потерпілому. У такій спосіб було встановлено самообмову.

Підозрюваний може керуватися також мотивом самостійної перевірки успішності приховання ним слідів злочину й обставин, що можуть його викрити [14, с. 310]. У слідчій практиці трапляються випадки, коли особи, обвинувачені у вчиненні особливо тяжких злочинів, давали згоду на перевірку показань на місці з метою спробувати втекти з-під варти під час проведення цієї слідчої дії, скористатися допомогою своїх співучасників [9, с. 132]. Ось чому при проведенні перевірки показань на місці необхідно вжити заходів до охорони підозрюваного та забезпечення безпеки всіх учасників слідчої дії.

Існує проблема ризику відмови підозрюваного (обвинуваченого) від участі в перевірці показань на місці, а також від даних на допиті показань. У криміналістичній літературі існують рекомендації, спрямовані на зниження ризику відмови підозрюваного (обвинуваченого) від участі в проведенні цієї слідчої дії. Так, окремі автори пропонують здійснювати перевірку показань на місці негайно після одержання згоди допитаної особи на участь у ній [16, с. 232]. Своєчасне проведення перевірки таких показань на місці рекомендується також і практичними працівниками слідчих органів [17, с. 74–79]. Запропоновані й інші рекомендації: встановлення та підтримка слідчим психологічного контакту з підозрюваним, прийняття до уваги мотивів, якими він керувався, виражаючи згоду брати участь у перевірці показань на місці, застосування методу рефлексивного управління [1, с. 472; 9, с. 132–133].

З метою зниження ризику відмови підозрюваного від участі в цій слідчій дії, а також від раніше даних показань перевіряти їх на місці необхідно негайно після одержання. Ця вимога-рекомендація підтверджується прикладом із слідчої практики.

На території Харківського пожежно-технічного училища було виявлено труп людини, при огляді якого встановлено численні колото-різані рани. За підозрою в убивстві був затриманий Б., який на допиті зізнався у вчиненні злочину та повідомив, що удари він наносив ножем, якого викинув на місці, де це відбулось. І тільки через чотири дні слідчий вирішив провести відтворення обстановки й обставин події за участю Б., у перебігу якого підозрюваний повністю відмовився від своїх попередніх показань і заявив, що він зовсім не причетний до цього вбивства.

Зволікання з проведенням перевірки показань підозрюваного на місці злочину унеможливило процес перевірки наявної й одержання нової доказової інформації.

Ризик відмови підозрюваного від участі в перевірці показань на місці існує і безпосередньо при її проведенні. Причиною відмови підозрюваного від продовження участі в перевірці показань на місці може бути ***психологічний вплив обстановки.*** Слід зазначити, що в криміналістичній літературі відзначають в основному позитивний ефект обстановки на допитану особу, яка повторно перебуває на місці злочинної події [4, с. 114–115]. На нашу думку, сприйняття місця злочину або його окремих епізодів, розповідь про подію злочину сприяють відновленню в пам'яті підозрюваного не тільки обставин цієї події, а й тих емоцій, що превалювали в його психіці в досліджуваний момент. Тому особиста при-

сутність на місці злочинної події зумовлює значні емоційні переживання у підозрюваного, що може ускладнити та навіть унеможливити продовження слідчої дії. Таким чином, психологічний вплив обстановки місця події є тим вагомим чинником, який суттєво впливає на особу, показання якої перевіряються.

У підозрюваного боротьба протилежних мотивів щодо участі в перевірці показань на місці, їх переорієнтація можуть мати місце не тільки в процесі підготовки до цієї слідчої дії, а й під час її проведення [14, с. 309]. Ось чому протягом усього часу проведення перевірки показань на місці слідчому необхідно вживати заходів, спрямованих на закріплення в підозрюваного позитивних мотивів участі в цій слідчій дії. Взаємодія між слідчим і підозрюваним у процесі перевірки показань на місці характеризується необхідністю постійного здійснення контролю над поведінкою останнього.

Проведене дослідження дозволяє дійти **висновків** щодо психологічних особливостей перевірки показань на місці за участю підозрюваного:

наявність складних психологічних відносин між слідчим і підозрюваним;

здатність слідчого психологічно вплинути на підозрюваного з метою отримання необхідної інформації;

зумовленість позиції та поведінки підозрюваного зв'язком із допитом, що передував перевірці показань;

взаємне рефлексування між слідчим і підозрюваним;

можливість впливу підозрюваного на процес одержання інформації.

Існує необхідність використання слідчим психології підозрюваного при перевірці показань на місці. На нашу думку, це можливо як у процесі прийняття рішення та підготовки до перевірки показань на місці, так і безпосередньо при проведенні цієї слідчої дії. Обов'язковою умовою, що забезпечує можливість використання психології підозрюваного під час перевірки показань на місці, є досконале вивчення слідчим особи підозрюваного. При проведенні цієї слідчої дії необхідно враховувати всі чинники, що так чи інакше впливають на позицію та поведінку підозрюваного. З метою зниження ризику відмови підозрюваного від участі в цій слідчій дії, а також від раніше даних показань перевірку показань на місці необхідно проводити негайно після допиту.

Література

1. *Васильев В. Л.* Юридическая психология. – СПб., 2000. – 624 с.
2. *Еникеев М. И.* Юридическая психология. – М., 1999. – 517 с.
3. *Коновалова В. Е.* Допрос: тактика и психология. – Х., 1999. – 157 с.
4. *Коновалова В. Е.* Правовая психология. – Х., 1997. – 160 с.
5. *Лукашевич В. Г.* Тактика общения следователя с участниками отдельных следственных действий (допрос, очная ставка, предъявление для опознания, проверка показаний на месте). – К., 1989. – 88 с.
6. *Ратинов А. Р.* Судебная психология для следователей. – М., 1967. – 289 с.
7. *Ратинов А. Р., Ефимова Н. И.* Психология допроса обвиняемого. – М., 1988. – 114 с.
8. *Шепитько В. Ю.* Теория криминалистической тактики. – Х., 2002. – 349 с.
9. *Глазырин Ф. В.* Психология следственных действий. – Волгоград, 1983. – 136 с.
10. *Шепітько В. Ю.* Криміналістика // Енциклопедичний словник / За ред. В. Я. Тація. – Х., 2001. – 560 с.
11. *Ратинов А. Р., Ефремова Г. Х.* Психологическая защита и самооправдание в генезисе преступного поведения // Личность преступника как объект психологического исследования. – М., 1979. – 178 с.
12. *Кондаков И. М.* Психология: Иллюстрированный словарь. – СПб., 2003. – 508 с.
13. *Еникеев М. И.* Общая и социальная психология. – М., 2002. – 624 с.
14. *Юридична* психологія / В. Г. Андросюк, Л. І. Казміренко, Я. Ю. Кондратьєв та ін.; За ред. Я. Ю. Кондратьєва. – К., 2000. – 352 с.
15. *Дробиняк М. К.* Від Києва до Лєшно інтернаціональним вбивцям – міжнародний суд // Слідча практика України: З досвіду слідчої роботи органів прокуратури. – Х., 2000. – Вип. 2. – С. 12–24.
16. *Следственные* действия (процессуальная характеристика, тактические и психологические особенности) / А. К. Гаврилов, Ф. В. Глазырин, С. П. Ефимичев и др. – Волгоград, 1984. – 240 с.
17. *Слостін В. М.* Розкриття умисних вбивств з використанням інформації з телефонних мереж // Слідча практика України. – Х., 2003. – Вип. 3. – С. 74–79.

Article is devoted to the research of psychological bases of interaction of the inspector and the suspect at verifying testimony at the crime scene. Possibilities of using of psychology of the suspect by the inspector at carrying out of this investigatory action are examined and practical recommendations are offered.

Статья посвящена исследованию психологических основ взаимодействия следователя и подозреваемого при проверке показаний на месте. Рассматриваются возможности использования следователем психологии подозреваемого при проведении этого следственного действия.

ВІДМИВАННЯ «БРУДНИХ» ДОХОДІВ: погляд з України та Росії

Олександр Дудоров,
д-р юрид. наук, професор

Проблема протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, є однією з найважливіших проблем міжнародної антикримінальної політики. Особливо гострою така проблема є для України, адже від її розв'язання залежить не тільки міжнародний імідж молодої української держави, а й її економічна та національна безпека.

Як відомо, «відмивання капіталів» – це досить складне діяння з розподілом міжнародних сфер впливу. Проблема вдосконалення оперативно-розшукової та слідчої діяльності безпосередньо залежить від стадії та засобу проведення операцій представниками злочинного світу з відмивання коштів, отриманих у результаті незаконної діяльності. У вітчизняній літературі все ще не вистачає праць, присвячених вказаній тематиці. Разом із тим слід зазначити, що відмивання «брудних» грошей – це один із найбільш складних поширених транснаціональних злочинів, а сама проблематика для діяльності спеціальних підрозділів – відносно нова та достатньою мірою не вивчена. У зв'язку з цим, монографія, підготовлена колективом авторів у складі А. Беніцького, Б. Розовського і О. Якимова[1], безумовно, є корисною та важливою з огляду на подальший розвиток вітчизняної кримінально-правової науки.

У монографії детально та всебічно розглянуті проблеми, пов'язані з відповідальністю за легалізацію злочинно здобутих доходів, за кримінальним законодавством України та Російської Федерації. Перш за все, автори розглядають проблемні питання легалізації злочинно здобутих доходів у кримінологічному аспекті. Вони аргументовано доходять висновку, що дослідження об'єкта злочину, передбаченого ст. 209 Кримінального кодексу України, здійснюється науковцями зазвичай у межах однієї норми, поза контекстом інших кримінально-правових норм, які регламентують відповідальність за юридично значущий рух злочинно одержаних доходів, без чіткого визначення в такому контексті мети криміналізації цього діяння. Аналіз проведеного авторами дослідження свідчить, що їм вдалася спроба вийти за межі таких вузьких рамок.

Досить докладно розглянуті в роботі об'єктивні та суб'єктивні ознаки легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, особливості кваліфікуючих ознак цього злочину, теоретичні та практичні питання покарання за його вчинення. Значна увага приділяється також характеристиці суміжних складів злочинів, зокрема використанню коштів, отриманих від незаконного обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів чи прекурсорів, порушенню вимог законодавства про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму.

Цікавим і пізнавальним є розділ щодо відповідальності за легалізацію, злочинно здобутих доходів, за законодавством РФ, де автори комплексно розглядають актуальні питання кримінально-правової характеристики відповідного злочину, використовуючи порівняльно-правовий метод.

Авторам монографії вдалося сформулювати досить чіткий понятійний апарат, здійснити низку наукових класифікацій, які відзначаються логічністю й аргументованістю, проаналізувати висловлені в літературі точки зору з актуальних питань легалізації злочинно здобутих доходів, дуже коректно в ряді випадків піддавши їх критиці, висловити власне розуміння окремих проблемних питань у кримінальному праві України та Росії, сформулювати оригінальні пропозиції щодо їх розв'язання.

Монографія А. Беніцького, Б. Розовського і О. Якимова ввібрала в себе нове кримінальне законодавство України та Росії, інші нормативно-правові акти, рішення судових органів, вітчизняні та зарубіжні літературні джерела, підручники, коментарі, різноманітні думки та пропозиції фахівців стосовно проблематики, що розглядається. Крім того, змістовна частина монографії органічно пов'язана з емпіричними даними. Широке використання матеріалів правозастосовчої практики дозволило, з одного боку, вдало про-

[1] *Беницкий А. С., Розовский Б. Г., Якимов О. Ю.* Ответственность за легализацию преступно приобретенных доходов в уголовном законодательстве Украины и Российской Федерации. – Луганск, 2008. – 496 с.

© О. Дудоров, 2009

ілюструвати найбільш важливі теоретичні положення, з іншого – зробити конкретні пропозиції щодо вдосконалення практики застосування кримінального закону.

Монографія «Ответственность за легализацию преступно приобретенных доходов в уголовном законодательстве Украины и Российской Федерации» є помітною подією в житті української правової думки, серйозним академічним дослідженням, що робить істотний внесок не тільки в сучасну правову науку України, а й у практику організації діяльності органів внутрішніх справ. Книга буде корисною як для науковців, суддів, працівників правоохоронних органів, аспірантів (ад'юнктів), курсантів (студентів), так і для широкого кола читачів, які не байдужі до проблеми відповідальності за легалізацію злочинно здобутих доходів за чинним кримінальним законодавством України та РФ.

Співзасновники:

Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва
Академії правових наук України,

ТОВ «Гарантія»

Видавець: ТОВ «Гарантія»

Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації

серія КВ № 15779-4251ПР від 02.11.2009 р.

Журнал рекомендовано до друку Вченою радою Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва Академії правових наук України (протокол № 9 від 28.10.2009 р.)

Підписано до друку 11.11.2009. Формат 70×108 1/16 Ум. друк. арк. 16,8.
Обл.-вид. арк. 22,61. Умовн. фарбовідбитків 17,67. Замовлення № 9-156.
Надруковано з готових форм у ТОВ «Друкарня «Бізнесполіграф»,
02094, м. Київ, вул. Віскозна, 8.

© **Товариство з обмеженою відповідальністю «Гарантія»**, 2008.
Поштова адреса редакції: 01133, м. Київ-133, а/с 23.
Тел./факс (044) 285-82-44.