

12
2011 (192)

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

ПІДПРИЄМНИЦТВО, ГОСПОДАРСТВО і ПРАВО

НАУКОВО-ДОСЛІДНИЙ ІНСТИТУТ ПРИВАТНОГО ПРАВА І ПІДПРИЄМНИЦТВА НАПРН УКРАЇНИ

Шеф-редактор
МАКАРОВА
Алла Іванівна

Редакційна
колегія:

ХАВРОНИЮК
Микола
Іванович
головний
науковий
редактор

МЕЛЬНИК
Микола
Іванович
заст. головного
наукового
редактора

БЕЛЯНЕВИЧ О.
БОБРИК В.
ГАЛЯНТИЧ М.
ДЕМЧЕНКО С.
ЗУБ І.
КРУПЧАН О.
КУБКО Е.
КУЗНЕЦОВА Н.
КУЧЕРЕНКО І.
ЛУК'ЯНЕЦЬ Д.
ЛУЦЬ В.
МАЙДАНИК Р.
МАМУТОВ В.
НАВРОЦЬКИЙ В.
СТЕЦЕНКО С.
ТОРГАШИН О.
ШАКУН В.
ШЕВЧЕНКО Я.

ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА. ІСТОРІЯ ПОЛІТИЧНИХ ВЧЕНЬ

Тетяна Мацелик	Суб'єктивне публічне право як юридичний феномен	3
Олексій Шмоткін	Філософсько-правова характеристика правоохоронних органів	8
Наталія Ткачова	Методологічні питання дослідження проблеми виховання правової свідомості	12
Андрій Редько	Принципи організації компартійно-державного управління в західних областях УРСР у 40-х роках XX ст. і забезпечення його керівними кадрами	17
Наталія Бондаренко	Доктринальні аспекти становлення та розвитку ідеї прав людини	20

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

Микола Мацькевич	Міжнародно-правове регулювання культурних прав і свобод людини та громадянина, їх реалізація	24
Тетяна Цувіна	Принцип верховенства права та право на суд	28

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО. СІМЕЙНЕ ПРАВО. МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО

Ольга Бакаліньська	Оціночні категорії в цивільному праві та процесі України	33
Ірина Пучковська	Щодо неможливості визнання неустойки видом забезпечення виконання зобов'язання	37
Олена Гончаренко	Поняття «власність» у практиці Європейського суду з прав людини	41
Тетяна Крисань	Поняття й особливості юридичних гарантій у цивільному праві	46
Наталія Можаровська	Теоретико-правова характеристика визначення права на захист ділової репутації за законодавством України	49
Андрій Гриняк	Особливості правовідносин генеральних підрядників і субпідрядників у договорах генерального підряду	53
Володимир Кочин	Проблеми класифікації неприємницьких товариств як юридичних осіб приватного права	57
Андрій Пономарьов	Невикористання торговельної марки як підстава для дострокового припинення дії свідчення	61
Олег Паракуда	Ознаки гарантії за законодавством України	65
Ігор Колосінський	Організаційно-правові форми та найменування спеціалізованих іпотечних установ	68
Тетяна Ковальчук	Становлення та розвиток законодавства України про особисті немайнові права батьків	72
Ірина Діковська	Деякі питання визначення застосовуваного права до зобов'язань із міжнародних перевезень	76

ТРУДОВЕ ПРАВО

Сергій Вавженчук, Володимир Ємельянов	Проблеми захисту персональних даних працівників у трудовому праві	80
Ірина Новосельська	Теоретико-правові питання імплементації конвенцій Міжнародної організації праці у сфері туризму	84

Ольга Маленко	Правові підстави та порядок звільнення керівника підприємства, установи, організації за одноразове грубе порушення трудових обов'язків	86
ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО І ПРОЦЕС		
Ольга Ганич	Відповідальність суб'єктів господарювання за порушення кредитних операцій у зовнішньоекономічній діяльності	91
Ольга Батарська	Удосконалення господарсько-договірних відносин у сфері надання послуг фіксованого телефонного зв'язку	95
Наталія Гонтаренко	Суспільні відносини у сфері оренди нерухомого майна як об'єкт державного управління	99
Наталія Іванюта	Деякі аспекти заборони вчиняти певні дії як заходу забезпечення позову в корпоративних спорах	103
АГРАРНЕ, ЕКОЛОГІЧНЕ, ЗЕМЕЛЬНЕ, ПРИРОДОРЕСУРСНЕ ПРАВО		
Тетяна Оверковська	Правове забезпечення екологічної безпеки у сфері сільськогосподарського землекористування	107
Сергій Бугера	Правове регулювання якості сільськогосподарської продукції в процесі її виробництва	111
Марія Ващишин	Проблеми екологізації законодавства України	115
Лариса Мілімко	Правове регулювання забезпечення права власності громадян України на землю	119
Віталій Печуляк	Сертифікація як форма адміністративно-правового регулювання лісового господарства в Україні: проблемні питання запровадження	123
Борис Киндюк	Правовые и организационные основы реализации «сталинского плана преобразования природы» 1948 г. в сфере лесоводства в Украине	126
АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС. ФІНАНСОВЕ ПРАВО. ІНФОРМАЦІЙНЕ ПРАВО		
Дмитро Мулявка, Лілія Берднікова	Теоретичні аспекти визначення правосуб'єктності органів державної податкової служби України як суб'єкта адміністративного судочинства	130
Інна Сарган	Світові моделі правового регулювання узгоджених дій суб'єктів господарювання	133
Альона Шапка	Адміністративно-правове регулювання діяльності органів ДПС України	137
Віктор Тімашов	Дисциплінарні провадження як один із видів конфліктних проваджень в адміністративному процесі	141
Сергій Безрутенко, Олена Кузьменко	Характеристика публічного інтересу у міжбюджетних правовідносинах	145
Кирило Молодило	Захист права клієнтів банків на обґрунтованість банківських комісій	149
Віталій Вдовічен	Генезис доктринальних підходів до розуміння податково-правового компромісу	153
Ігор Трубін	Правове регулювання систем електронних грошей в Україні	157
КРИМІНОЛОГІЯ. КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО		
Віталій Радзівєвський	Кримінальна субкультура та рок-музика як вияви девіації та протесту	161
Євгенія Пилипенко	Особливості відмежування залишення в небезпеці від інших злочинів проти життя та здоров'я особи за кримінальним законодавством України	165
КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС. КРИМІНАЛІСТИКА		
Олександр Рибалка	Обов'язкова участь адвоката – представника потерпілого в кримінальному процесі	169
Юрій Фролов, Віктор Педан	Проблемные вопросы процессуального положения следователя в сфере осуществления задач уголовного судопроизводства	173
Василь Фаринник	Прокурорський нагляд за здійсненням начальником Головного слідчого управління відомчого процесуального контролю за розслідуванням злочинів	177
Віктор Мотиль	Прокурорський нагляд за законністю перебування у місцях попереднього ув'язнення осіб, до яких застосована процедура тимчасового арешту	181
Олександр Алексійчук	Встановлення винуватості обвинуваченого у кримінальних справах про вбивства	184
Ксенія Гутнік	Окремі питання тактики проведення затримання в умовах протидії з використанням соціальної напруженості	187
Олег Кобилянський	Методи цифрової обробки зображення у судовій фотографії	190
МІЖНАРОДНЕ ПРАВО		
Сергій Денисенко	Деякі аспекти співвідношення положень Кіотської конвенції та митного законодавства України	194

СУБ'ЄКТИВНЕ ПУБЛІЧНЕ ПРАВО ЯК ЮРИДИЧНИЙ ФЕНОМЕН

Тетяна Мацелик,

канд. юрид. наук, доцент,
завідувач кафедри господарсько-правових дисциплін
Національного університету державної податкової служби України,
м. Ірпінь

Стаття присвячена аналізу наукових поглядів на зміст поняття «суб'єктивне публічне право», його ознаки та види, а також відмінностей між суб'єктивним публічним правом і суб'єктивним приватним правом.

Ключові слова: суб'єктивне публічне право, суб'єктивне приватне право, ознаки, влада, інтерес, захист.

Суб'єктивне право займає одне з центральних місць у правовому регулюванні суспільних відносин як фундаментальна категорія юридичної науки. Соціальна цінність суб'єктивних прав полягає в тому, що вони встановлюють сферу індивідуальної свободи й автономії суб'єкта права, спрямовані на розвиток його ініціативи, активності та самостійності в суспільстві.

В юридичній літературі природа суб'єктивних прав прямо або побічно досліджувалася в рамках теорій правовідносин, правового статусу особи, прав людини (Н. Александров, Ю. Тихомиров, Б. Кістяківський, В. Хропанюк, В. Дурденевський, Р. Ієрінг, Г. Шершеневич, Л. Явич, Ю. Гревцов, С. Братусь, В. Грибанов, О. Іоффе, М. Матузов, Г. Еллінек, О. Рождественський). Більшість наукових праць присвячених суб'єктивним правам розглядалися ученими із приватно-правової точки зору, оминаючи увагою таке поняття, як «суб'єктивні публічні права», що певною мірою обґрунтовувалося тим, що в публічних правовідносинах домінуючу роль відіграють суб'єктивні обов'язки, а в приватних правовідносинах основне значення мають суб'єктивні права [1, с. 170–171; 2, с. 140–141].

Натомість проблематика суб'єктивних публічних прав не отримала належного юридичного аналізу, хоча окремі питання цієї проблеми розглядали у своїх роботах О. Заверуха, О. Синявська, О. Пасенюк, Д. Папа, Р. Корнута. У зв'язку з цим актуальним є питання дослідження зазначеної категорії й чіткого формулювання концепції суб'єктивних публічних прав, зважаючи на складність самого предмета дослідження та підходів до його розуміння.

Аналіз спеціальної юридичної літератури дозволяє виокремити декілька підходів до розуміння суб'єктивного права. «Вольова»

концепція суб'єктивного права, представниками якої є Виндтштейд, Еллінек, Гирке, визначає його як «надане правопорядком панування волі», «сфера панування, за якої воля індивіда стає законом для інших індивідів» [3, с. 155–156; 4, с. 3], «визнання державою вольової могутності людини» [5, с. 44], «визнана та захищена правовим порядком вольова сила людини, спрямована на певне благо чи інтерес» [6, с. 156].

Існує також концепція суб'єктивного права, що базується на категорії «інтерес», основоположником якої став Р. Ієрінг, який визначав суб'єктивне право як «юридически защищаемый интерес» і стверджував, що «интерес есть практическая основа права в субъективном смысле» [7, с. 35–36].

Г. Еллінек звертає увагу на неоднакову участь волі й інтересу в суб'єктивному праві на те, що вони нерозривно поєднані [6, с. 517]. При цьому воля чи вольова сила, на його думку, є формальним елементом суб'єктивного права, а благо чи інтерес – матеріальним.

Існує точка зору, згідно з якою ключовою складовою суб'єктивного права є не воля, не інтерес, а дія з досягнення інтересу – надана юридично активна можливість [8, с. 79].

Слід зазначити, що суб'єктивне право – це не тільки (і не стільки) право на дії (свої або інших осіб), а перш за все право на користування матеріальними і нематеріальними благами, задоволення соціальних потреб та інтересів людей, право на участь у політичному житті країни, у державному управлінні, на доступ до суспільних цінностей і благ. Іншими словами, з матеріальної точки зору суб'єктивне право завжди означає можливість користування певними соціальними благами, а не просто міру можливої поведінки, яка є лише юридичним засобом для цього.

Деякі вчені збагачують поняття суб'єктивного права як захищеного юридичними нормами інтересу поняттям «влада». Зокрема, Ф. Регельсбергер трактує суб'єктивне право як владу, спрямовану на задоволення інтересу [9, с. 34]. Г. Шершеневич вважає, що суб'єктивне право це: «власть осуществлять интерес и навязывать свою волю другим» [1, с. 607].

Поняття права дійсно тісно пов'язане з поняттям влади, тобто якщо юридична норма надає комусь певну сферу зовнішньої свободи для безперешкодного здійснення того чи іншого інтересу, то таке здійснення може бути досягнуте лише тоді, коли уповноважений суб'єкт отримує певну владу як над об'єктом свого інтересу, так і відносно інших осіб. Від таких зобов'язаних осіб уповноважений суб'єкт має право вимагати певної поведінки і таке право закріплене за ним державою, до нього уповноважена особа може звернутись у разі невиконання її вимог. Таким чином, суб'єктивне право – це визначена сфера влади, надана уповноваженій особі для здійснення певного інтересу (йдеться не про фактичну владу, а про владу юридичну) [10, с. 798].

Отже, суб'єктивне право охоплює такі ознаки, як наявність влади (наприклад, вимагати належної поведінки від інших осіб) та інтерес. В. Хвостов наполягав на включенні обох цих ознак до визначення поняття «суб'єктивне право». Він зазначав, що при визначенні суб'єктивного права лише як влади, це поняття буде: «... злишком формально і безжизненно». Визначення ж суб'єктивного права як юридично забезпеченого інтересу (Ієрінг) [7, с. 35–36] некоректне, оскільки іноді правом захищаються законні інтереси особи таким чином, що особа не отримує ніяких суб'єктивних прав. Захист інтересу однієї особи може здійснюватися шляхом покладення на інших осіб обов'язків, яким не відповідає суб'єктивне право носія інтересу, що захищається. В цьому випадку носію інтересу, володільцю суб'єктивного права не надається жодної сфери влади, оскільки в його самостійних діях немає ніякої необхідності. Однак у будь-якому випадку для наявності суб'єктивного права необхідна певна сфера свободи та влади, надана суб'єкту для здійснення його самодіяльності при задоволенні інтересу [11, с. 104].

Таким чином, елементи суб'єктивного права у зв'язку, який забезпечує цілісність, збереження об'єктивно необхідних якостей і функцій уповноваженого суб'єкта, що знаходиться під впливом різних факторів об'єктивної та суб'єктивної реальності, й є змістом суб'єктивного права. Отже, *суб'єктивні права* – це індивідуально-конкретна владна

міра свободи поведінки, що надається уповноваженому суб'єкту з метою задоволення його інтересів і забезпечена відповідними обов'язками інших суб'єктів і гарантіями держави.

Деякі дослідники вважають, що суб'єктивними правами є лише ті конкретно визначені права суб'єкта права, які реалізуються в рамках правовідношення з урахуванням його предмета й інших конкретних умов [12, с. 10], тобто права, як і свободи й обов'язки, є частиною об'єктивного права, певним різновидом норм права, закріплених системою чинного законодавства. Відповідно *права суб'єкта права* – це юридично гарантовані, формально закріплені можливості користуватися встановленими законодавством соціальними благами, міра можливої поведінки, а *суб'єктивні права* – це конкретні можливості, правомочності, що виникають із встановлених чи санкціонованих державою абстрактних правових можливостей, що існують у складі правового статусу індивіда, які реалізуються під впливом певних юридичних фактів у конкретному правовідношенні [12, с. 14–15].

Слід зазначити, що юридичні права суб'єктів називають суб'єктивними правами, оскільки вони належать суб'єктам права [13, с. 160]. Взагалі у філософії під суб'єктивністю розуміють залежність конкретного явища у конкретний час від конкретної людини [14, с. 6–7].

На думку Н. Матузова, «субъективное право есть принадлежность субъекта. Именно поэтому оно называется субъективным и именно в этом находит свое оправдание само выражение и понятие» [15, с. 93]. Також на його думку суб'єктивне право є суб'єктивним в тому сенсі, що, по-перше, воно пов'язано із суб'єктом, а, по-друге, залежить від його волі та свідомості [15, с. 93].

Ми вважаємо, що саме з такої позиції слід розглядати поняття «суб'єктивне право». Аналіз спеціальної юридичної літератури дозволяє виділити три підходи до розуміння структури суб'єктивного права. Так, існує думка, що суб'єктивне право складається із двох правових можливостей: можливість здійснювати дії самою уповноваженою особою; право уповноваженої особи вимагати певної поведінки від зобов'язаної особи [16, с. 72–82; 17, с. 11].

Більшість учених вважає, що суб'єктивне право має три правові можливості: право уповноваженого на власні дії (дозволяє суб'єкту самостійно визначатись із власною поведінкою в різних сферах суспільного життя); право вимоги (розраховувати на певну поведінку зобов'язаного суб'єкта в межах правовідносин); право звернутися до суду за захис-

том порушеного права (можливість захищати власне право шляхом звернення до того чи іншого компетентного державного органу) [18, с. 118; 19, с. 63; 20, с. 395–397; 21, с. 341–342; 22, с. 134].

Перший компонент, пов'язаний із характеристикою суб'єктивного права як міри поведінки [23, с. 33–34], свідчить, що носій суб'єктивного права вільний у своїх вчинках доти, доки не перевищує встановлену законом міру [24, с. 77]. Цю характеристику доповнив Н. Александров, який визначав суб'єктивне право через вид і міру поведінки [25, с. 107–112], що вводить суб'єктивне право в межі певної поведінки, формалізує його, обмежує конкретною формою реалізації.

Найповніше структуру суб'єктивного права визначив Н. Матузов, який вважає, що суб'єктивне право складається з: можливості позитивної поведінки самого уповноваженого суб'єкта; можливості вимагати належної поведінки від зобов'язаного суб'єкта; можливості застосувати державний примус у випадку не виконання учасниками правовідносин своїх обов'язків; можливості користуватися на основі даного суб'єктивного права певними соціальними благами [26, с. 490–499]. Така структура суб'єктивного права дає можливість розглядати його у єдності та взаємодії всіх його елементів, забезпечує генетичні і функціональні, внутрішні та зовнішні, горизонтальні і вертикальні, юридичні та неюридичні, прямі і зворотні, об'єктивно необхідні зв'язки та взаємодію. Наявність такої кількості зв'язків потребує нетрадиційного плюралістичного підходу до суб'єктивного права, а саме – розмежування його на суб'єктивне приватне право та суб'єктивне публічне право.

В. Дурденевський вбачає відмінність між приватними та публічними суб'єктивними правами в тому, що перше спрямоване на інтерес в основному власний, егоцентричний, друге – передусім на інтерес публічний, соціоцентричний [8, с. 92]. Однак, А. Єлістратов вважає, що інтерес не придатний для обґрунтування конструкції публічного суб'єктивного права: «публичные права моментом интереса определяться не могут». «Широкий публичный интерес – это благо неограниченного и неопределенного круга человеческих существ» [27, с. 70, 119].

На думку В. Федосенко, характерними ознаками суб'єктивного публічного права є те, що: по-перше, суб'єктивні публічні права адресуються не конкретній особі, а пов'язуються з певним публічно-правовим статусом, зумовленим виконанням певних функцій (депутата, судді, державного службовця тощо); по-друге, критерієм ефективності та легітимацийною основою суб'єктивного публічного статусного права є ступінь реалізації

публічного інтересу: використання статусних прав обмежено у часі, воно припиняється разом із втратою статусу, після чого особа може користуватися лише окремими, статусними правами, наприклад пенсійними, якщо це прямо закріплено у законі [12, с. 17].

Критичний аналіз підходу, запропонованого В. Федосенко, дозволяє стверджувати, що виокремлені ним ознаки притаманні не суб'єктивним публічним правам, а так званім статусним публічним суб'єктивним правам, що виступатимуть підвидом суб'єктивних публічних прав.

Натомість О. Синявська вважає, що суб'єктивні публічні права регулюють відносини приватних осіб із державою, вони є складовим елементом їх адміністративно-правового статусу. До галузі адміністративного права належать усі права та свободи громадянина, які він використовує у сфері державного управління і не може реалізувати без вступу у відносини з органами виконавчої влади [28].

Формування змісту суб'єктивного публічного права відбувається через встановлення загальних і сходження від них до більш конкретних, деталізованих меж, визначених об'єктивним правопорядком, як певного простору (чи об'єму), у якому гарантується можливість отримання відповідних благ [29, с. 61].

А. Рождественський критикує чисельні спроби розмежувати суб'єктивні приватні права від публічних за способом захисту, за положенням суб'єкта, за формою повноважень тощо [30, с. 15–23, 233–247]. Н. Коркунов вважає, що найбільш характерними відмінностями між приватними та публічними правами є порядок набуття цих прав, способів їх втрати, зміст самого права та співвідношення права й обов'язку [2, с. 179].

Д. Чечот стверджував, що суб'єктивне право не зводиться до вимог, однак неможливо уявити суб'єктивне право без примусової сили. При цьому примус, на його думку, може носити як прямий, так і опосередкований характер. Помилково вважати, що будь-яке добровільне виконання обов'язку є результатом погрози примусом, не можна вважати, що при кожному добровільному виконанні ми маємо справу з вираженням дійсної «доброї волі» [31, с. 134]. Тому можемо стверджувати, що основною відмінністю суб'єктивного приватного права від суб'єктивного публічного є можливість уповноваженої особи вимагати певної поведінки в першому випадку від іншої фізичної або юридичної особи (у приватноправовому розумінні), у другому випадку – від органів публічної адміністрації, інших підприємств, установ, організацій (незалежно від форм власності), які виконують публічні функції. При цьому обов'язок зазначених органів публічної адміністрації й інших

установ щодо задоволення інтересу уповноваженої особи встановлений і гарантований державою та захищений державним примусом, у тому числі адміністративним, що не характерно для суб'єктивних приватних прав.

Ю. Гревцов вважає, що публічне суб'єктивне право – це заснована на законі та договорі міра свободи людини у його відносинах із державою, що визначає його можливу поведінку та вимоги у відносинах із державною владою [19, с. 65–68]. Так, надаючи суб'єктивні приватні права держава обмежує своє втручання в приватну сферу встановленням міри дозволеної поведінки уповноваженої особи, а встановлюючи суб'єктивні публічні права держава наділяє уповноважену особу додатковою правовою можливістю в певному порядку вимагати від неї активних дій.

Суб'єктивне право є мірою можливої поведінки, однак не будь-яка можлива поведінка є суб'єктивним правом. Проста можливість здійснювати ті чи інші дії ще не є суб'єктивним правом в юридичному його розумінні. До суб'єктивного права включена не будь-яка можливість, забезпечена обов'язком інших осіб і гарантована державою [15, с. 102]. О. Юффе зазначав, що: «Не в простой дозволенности действий управомоченного, а в юридической обеспеченности этой дозволенности заключается субъективное право» [32, с. 50]. Отже, суб'єктивному публічному праву відповідає обов'язок органів публічної адміністрації, який носить активний характер.

Правова можливість вимоги забезпечена правом захисту від посягання – третім елементом суб'єктивного права. Порядок захисту суб'єктивних приватних і публічних прав різний. На даний час в Україні організована система адміністративної юстиції. Основним завданням адміністративного судочинства є захист прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб у сфері публічно-правових відносин від порушень з боку органів публічної адміністрації, їх посадових і службових осіб, інших суб'єктів при здійсненні ними владних управлінських функцій на основі законодавства, у тому числі на виконання делегованих повноважень, що за своєю суттю й є охорона суб'єктивних публічних прав (ст. 2 Кодексу адміністративного судочинства України).

У науковій літературі зверталась увага на таку специфічну властивість суб'єктивних прав, як можливість уповноваженої особи розпоряджатися своїми правовими можливостями (властивість розпорядництва) [33, с. 108; 34, с. 19–20]. Аналіз публічних суб'єктивних прав свідчить, що їм не притаманна властивість розпорядництва, наприклад, неможливо передати виборче право або право на оскарження незаконних дій посадової особи.

О. Заверуха стверджує, що суб'єктивні права громадянина обов'язково характеризуються публічністю, що означає можливість впливати на управлінські процеси, брати участь у державній і суспільно-політичній діяльності, користуватися передбаченими Конституцією правами та свободами, оскаржувати дії, рішення чи бездіяльність органів влади, їх посадових осіб до суду [35, с. 50].

Б. Кістяківський визначає три групи суб'єктивних публічних прав особи: право на свободу або право на невтручання держави у визначену сферу реалізації особистості; політичні права або право на участь в організації та спрямуванні діяльності держави; право на позитивні послуги із боку держави. Він стверджує, що перші дві групи суб'єктивних прав будуть розширені, однак їх кількість і види не примножуватимуться; щодо третьої групи суб'єктивних публічних прав, то вони, на його думку, будуть не лише розширені, а й доповнені новими видами прав. До таких прав він, передусім, відносить право на юридичний захист із боку держави в судовому порядку [6, с. 580].

Однак право на захист не може бути об'єднано в одну групу з позитивними послугами з боку держави, оскільки правовідносини, що виникають з приводу отримання державних послуг і захисту суб'єктивних прав особи, значно відрізняються за підставами, змістом, учасниками, об'єктом. Крім того, правові можливості на отримання позитивних послуг від держави також потребують захисту. Тому така правова можливість, як право на захист з боку держави (в судовому чи адміністративному порядку) повинна бути виокремлена в окрему групу суб'єктивних публічних прав особи.

В основі суб'єктивних публічних прав нескладно побачити гарантії використання особою певної можливості (чи сукупності можливостей) здійснювати юридично значущі дії на власний розсуд у гарантованих відповідними нормами сферах організації та реалізації суспільно важливих людських відносин [29, с. 62].

Література

1. *Шершеневич Г. С.* Общая теория права. – М., 1995. – Т. 2. – 362 с.
2. *Коркунов Н. М.* Лекции об общей теории права. – С. Петербург, 1909. – 354 с.
3. *Windscheid B.* Lehrbuch des andektenrechts. – Dusseldorf, 1906. – Т. 1.
4. *Windscheid B.* Die Actio des romischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts. – Dusseldorf, 1856.
5. *Jellinek G.* System der subjektiven offentlicheb Rechts. – 1919.

6. Кистяковский Б. А. Социальные науки и право (очерки по методологии социальных наук и общей теории права). – М., 1916. – 704 с.
7. Иеринг Р. Борьба за право. – С. Петербург, 1912. – 70 с.
8. Дурденевский В. Н. Субъективное право и его основное разделение // Правоведение. – 1994. – № 3. – С. 78–95.
9. Регельсбергер Ф. Общее учение о праве. – М., 1897. – 296 с.
10. Хропанюк В. Н. Теория государства и права. – М., 1998. – 944 с.
11. Хвостов В. М. Общая теория права: Элементарный очерк. – М., 1906. – 136 с.
12. Федосенко В. А. Субъективные права в публичной сфере: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2007. – 28 с.
13. Явич Л. С. Общая теория права. – Л., 1976. – 287 с.
14. Зуев И. Объективное и субъективное в познании и практической деятельности. – М., 1989.
15. Матузов Н. И. Личность: Права. Демократия. Теоретические проблемы субъективного права. – Саратов, 1972. – 296 с.
16. Крашенинников Е. А. Структура субъективного права // Построение правового государства: вопросы теории и практики. – Ярославль, 1990. – С. 72–82.
17. Бутнев В. В. Понятие субъективного права // Философские проблемы субъективного права. – Ярославль, 1990. – С. 7–11.
18. Алексеев С. С. Общая теория права. – М., 1982. – Т. 1. – 360 с.
19. Гревцов Ю. И. Очерки теории и социологии права. – СПб., 1996. – 264 с.
20. Мишкевич А. В. Правовые отношения // Теория государства и права / Под ред. М. Н. Марченко. – М., 1996. – С. 395–397.
21. Леушин В. И. Правовые отношения // Теория государства и права / Под ред. В. М. Корельского, В. Д. Перевалова. – М., 1997. – С. 341–342.
22. Абашиш Э. А. Право-и дееспособность. – М., 1998. – 48 с.
23. Братусь С. Н. Юридические лица в советском гражданском праве. – М., 1947. – 364 с.
24. Иоффе О. С., Грибанов В. П. Пределы осуществления субъективных гражданских прав // Советское государство и право. – 1964. – № 7. – С. 76–85.
25. Александров Н. Г. Законность и правоотношение в советском обществе. – М., 1955. – 176 с.
26. Теория государства и права / Под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько. – М., 1997. – 672 с.
27. Елистратов А. И. Основные начала административного права. – М., 1917. – 304 с.
28. Синявська О. Ю. Суб'єктивні публічні права приватних осіб // Право і безпека. – 2010. – № 2 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://194.44.242.244/Portal/Soc_Gum/Pib/2010_2/PB-2/PB-2_11.pdf.
29. Пасенюк О., Корнута Р. До питання природи суб'єктивного публічного права // Право України. – 2008. – № 8. – С. 58–63.
30. Рождественский А. А. Теория субъективных публичных прав. – М., 1913. – 292 с.
31. Чечот Д. М. Субъективное право: природа, гарантии, перспективы // Вестник Ленинград. ун-та. – № 23. – Экономика–философия–право. – 1968. – Вып. 4. – С. 133–144.
32. Иоффе О. С. Юридические нормы и человеческие поступки // Актуальные вопросы советского гражданского права. – М., 1964. – Вып. 36. – С. 10–51.
33. Курьлев С. В. Основы теории доказывания в советском правосудии. – Минск, 1969. – 204 с.
34. Матузов Н. И. Правовая система и личность. – Саратов, 1988. – 296 с.
35. Заверуха О. Суб'єктивні публічні права як об'єкт судового захисту // Право України. – 2004. – № 4. – С. 49–52.

This article is devoted to the analysis of scientific looks to maintenance of concept «subject's public right», it's sign and kinds. Also in detail differences are examined between an subject's public right and subject's private right.

Статья посвящена анализу научных взглядов на содержание понятия «субъективное публичное право», его признаки и виды, а также отличий субъективного публичного права от субъективного частного права.



ФІЛОСОФСЬКО-ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА ПРАВООХОРОННИХ ОРГАНІВ

Олексій Шмоткін,

канд. юрид. наук, професор,
завідувач кафедри теорії та історії держави і права
Національної академії Служби безпеки України

У статті здійснено філософсько-правовий аналіз основних характеристик правоохоронних органів, надано авторське визначення правоохоронних і праворегулятивних органів, охарактеризовані їх ознаки, сформульовані пропозиції щодо вдосконалення правового регулювання їх діяльності.

Ключові слова: філософія права, регулятивне право, охоронне право, правоохоронні органи, праворегулятивні органи, класифікація правоохоронних органів.

Одним із шляхів формування в Україні правової держави є реформування її правоохоронних органів. Останнім часом у цьому напрямі здійснюється значна робота, зокрема проведені відповідні наукові дослідження, такими вченими, як В. Авер'янов, О. Бандурка, Ю. Ведерников, О. Зайчук, С. Гусарев, Н. Клименко, А. Колодій, В. Копейчиков, М. Козюбра, М. Мельник, Н. Оніщенко, П. Онопенко, В. Осадчий, О. Петришин, П. Рабінович, О. Скакун, М. Хавронюк, та ін. Їх роботи стосуються, перш за все, реформування правової основи організації та діяльності цих органів. Однак, як зазначають фахівці, аналіз чинного законодавства свідчить, що у питаннях правової регламентації діяльності правоохоронних органів існує чимало прогалин, неточностей, протиріч, які породжують багато проблем теоретичного і практичного характеру. Однією з таких проблем є проблема визначення поняття «правоохоронні органи» [1, с. 5]. Стаття 1 Закону України «Про основи національної безпеки України» визначає правоохоронні органи як органи державної влади, на які Конституцією і законами України покладено здійснення правоохоронних функцій. Це не зовсім вдале визначення, оскільки правоохоронні функції реалізують тією чи іншою мірою майже всі органи держави. Стаття 2 Закону України «Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів» до правоохоронних органів відносить органи прокуратури, внутрішніх справ, Служби безпеки, митні органи, органи охорони державного кордону, органи військової служби правопорядку у Збройних Силах України, органи державної податкової служби, органи й установи виконання покарань, державної контрольно-ревізійної служби, рибохорони, державної лісової охорони, інші органи, які здійснюють правозастосовчі або правоохоронні функції. Це також не зовсім вдале законодавче визначення, тому що, поперше, правозастосування – це засіб здійснення правоохоронних функцій, по-друге, як вже вказувалося, правоохоронні функції здійснюють майже усі державні органи.

В юридичній науці існують подібні визначення правоохоронних органів. Наприклад, Н. Кли-

менко вважає, що «правоохоронними органами є такі органи, діяльність яких (або основна її частина) спрямована на реалізацію правоохоронної функції держави» [2, с. 9]. Правоохоронний орган визначають також як державний орган, основним предметом діяльності якого є законодавчо визначені функції або завдання з охорони права, відновлення порушеного права або організації виконання покарання, захист національної (державної) безпеки, підтримання правопорядку, забезпечення законності [3, с. 8]. Є більш детальні визначення правоохоронного органу: «це державний, як правило, озброєний орган, виконання яким, поряд з профілактичною, однієї чи кількох інших головних правоохоронних функцій є визначальним у його діяльності, який у зв'язку з цим потребує специфічного матеріально-технічного та іншого забезпечення, до працівників якого законом пред'являються спеціальні вимоги та працівники якого з метою ефективного виконання ними своїх обов'язків згідно з законом наділяються різноманітними специфічними правами, мають відповідні пільги і зовнішні ознаки приналежності до правоохоронних органів, користуються підвищеним правовим захистом» [1, с. 22].

Існують й інші визначення правоохоронних органів [4, с. 3; 5, с. 7]. Їх багатоманітність зумовила виникнення в юридичній науці прагнення розглядати це поняття у широкому (всі державні органи, що наділені певними повноваженнями в галузі контролю за додержанням законності та правопорядку) і вузькому (державні органи, спеціально створені для забезпечення законності та правопорядку, боротьби із злочинністю і яким з цією метою надані повноваження застосовувати передбачені законом заходи примусу та перевиховання правопорушників – суд, органи юстиції, прокуратури, внутрішніх справ, безпеки) розумінні [1, с. 5]. Але пропозиція вчених розрізняти правоохоронні органи в широкому та вузькому розумінні або акцентування уваги при їх визначенні на зовнішніх загальних категоріях (сфера діяльності, характер діяльності, функції, що виконуються) не визначає конкретних орієнтирів для вдосконалення організації та функціонування правоохоронних органів.

Невирішеність проблем, пов'язаних із поняттям правоохоронного органу, його призначенням, переліком, видами потребує більш глибокого підходу до вирішення цих питань. За допомогою пізнавального апарату таких юридичних наук, як адміністративне право, правоохоронні та судові органи й інших наук, що вивчають правоохоронні органи, це зробити важко, бо методи дослідження зазначених наук мають, в основному, зовнішньо-описовий характер. Тому потрібно використовувати можливості такої науки, як філософія права, що є юридичною наукою про найбільш сутнісні закономірності виникнення, розвитку та функціонування державно-правових явищ. Вважаємо, що саме за її допомогою можна пізнати глибинні закономірності, які зумовлюють виникнення, розвиток і функціонування правоохоронних органів, що і є **метою цієї статті**.

Зважаючи на назву, функціонування правоохоронних органів, безумовно, пов'язане з правом. Але право – це не безструктурне явище, а складається з елементів, якими є приватне та публічне право, матеріальне та процесуальне право, регулятивне й охоронне право. *Приватне право* – це сукупність правових норм, що регулюють приватні (індивідуальні) інтереси індивідів; *публічне право* – сукупність правових норм, що регулюють публічні (загальні) інтереси індивідів; *матеріальне право* – сукупність правових норм, що встановлюють права, обов'язки та заборони; *процесуальне право* – правові норми, що передбачають порядок реалізації матеріального права; *регулятивне право* – це сукупність правових норм, що регулюють соціально допустиму (корисну) поведінку; *охоронне право* – сукупність норм права, які охороняють від порушень відносини, що організуються регулятивним правом. Одні з цих структурних елементів є основними (первинними), інші допоміжними (вторинними). *Основними (первинними) структурами* є приватне, матеріальне, регулятивне право, *допоміжними (вторинними)* – публічне, процесуальне, охоронне право. Виникнення основних структур зумовлене суспільними потребами, а виникнення допоміжних – необхідністю забезпечення нормального функціонування основних структур.

Поділ права на ці структури є об'єктивним, оскільки кожний із вказаних структурних елементів за змістом відрізняється від іншого, що зумовлює певні особливості у реалізації різних структур права: процедури, засобів, суб'єктів реалізації. Разом із тим поділ права на ці структури не має чітких меж. Норми права, що їх складають, тісно взаємопов'язані. Так, регулятивне й охоронне право не можуть існувати одне без одного, оскільки регулятивне право організує суспільні відносини, а охоронне – охороняє їх від порушень, тобто регулятивне право не може існувати без його охорони, а сенсом існування охоронного права є охорона регулятивного права. Як зазначають фахівці, охоронна норма існує лише у своєму відношенні до регулятивної норми. Інакше бути не може, бо як гіпотеза вона має заперечення диспозиції регулятивної норми. У той самий час регу-

лятивна норма (хоча і первинна по відношенню до охоронної) втрачає без зв'язку з нею якість належності до права [6, с. 10].

Унаслідок тісного взаємозв'язку норми регулятивного й охоронного права існують у всіх галузях права, хоч і в різних пропорціях. Наприклад, у галузі цивільного права переважають регулятивні норми, а у галузі кримінального – охоронні. Але висока суспільна небезпека правопорушення може зумовити такі заходи державного примусу, які за своїм характером не встановлюються тією галуззю права, норми якої порушені. Отже, регулятивним нормам однієї галузі права можуть кореспондувати охоронні норми права іншої [6, с. 22].

Тісний зв'язок існує також між регулятивним та охоронним правом, з одного боку, та приватним і публічним правом, з іншого, тобто як у приватному, так і публічному праві існують регулятивні й охоронні норми права.

Охоронне право (як приватне, так і публічне) складається з охоронно-матеріальних, охоронно-процесуальних, охоронно-спеціалізованих норм права. *Охоронно-матеріальні норми* можуть бути таких видів: норми, що встановлюють засоби попереджень правопорушень; норми, що встановлюють засоби виявлення порушень права; норми, що встановлюють засоби припинення порушень права; норми, що встановлюють засоби захисту права; норми, що встановлюють засоби відновлення права; норми, що встановлюють засоби компенсації шкоди; норми, що встановлюють засоби забезпечення розслідування порушень права; норми, що встановлюють юридичну відповідальність. Слід зазначити, що охоронному публічному праву притаманні всі вказані види норм, а охоронному приватному праву – перші чотири види норм.

Охоронно-матеріальним нормам права кореспондують відповідні *охоронно-процесуальні норми*, які передбачають порядок реалізації першого виду охоронних норм. Охоронно-процесуальні норми можуть бути таких видів: норми, які передбачають умови реалізації матеріально-охоронних норм; норми, які визначають дії, необхідні для реалізації матеріально-охоронних норм; норми, які передбачають послідовність дій з реалізації матеріально-охоронних норм; норми, які визначають суб'єктів цих дій; норми, які визначають права й обов'язки цих суб'єктів; норми, які визначають засоби діяльності цих суб'єктів.

Функціонуванню охоронних матеріальних і процесуальних норм допомагають *охоронно-спеціалізовані норми*, які можуть бути таких видів: норми-принципи; норми-дефініції; колізійні норми; техніко-юридичні норми.

Слід зазначити, що в деяких випадках певна охоронна норма (як приватного, так і публічного права) може мати *матеріально-процесуально-спеціалізований характер*, тобто містить елементи всіх трьох різновидів охоронних норм права. Дія охоронних норм права має зовнішню спрямованість, оскільки здійснювати охорону можна від загроз зовні, хоча при цьому межі внутрішнього

та зовнішнього умовні (як і відносні межі між охоронним публічним і охоронним приватним правом). Це стосується взагалі всіх структур права, бо вони як право мають загальні ознаки, а як окремі структури – власні особливості.

Особливості охоронного права зумовлюють існування правоохоронної діяльності, яка відповідно до викладеного має такі ознаки: ця діяльність спрямована на охорону суспільних відносин, що організує регулятивне право; вона здійснюється на підставі матеріальних норм охоронного права; ця діяльність здійснюється у процедурі, передбаченій процесуальними нормами охоронного права; вона реалізується за допомогою засобів, встановлених охоронним правом; вона здійснюється у формах, передбачених охоронним правом; ця діяльність здійснюється суб'єктами, передбаченими охоронним правом; її дія спрямована зовні цих суб'єктів. Наведені ознаки притаманні як публічній, так і приватній правоохоронній діяльності. Але у зв'язку з тим, що сфера публічного права – це державно-владні відносини, правоохоронна діяльність у них характеризується державно-владним характером. На підставі викладених ознак правоохоронної діяльності в цій сфері можна зробити висновок, що це різновид правозастосовчої діяльності, оскільки вона має основну ознаку цієї діяльності – державно-владний характер. Правозастосовчу діяльність здійснюють органи держави, отже, *правоохоронні органи – це органи держави, які охороняють регулятивне право шляхом реалізації охоронного права у формі правозастосовчої правоохоронної зовнішньосистемної діяльності*. З цього визначення випливають такі ознаки правоохоронних органів:

- це різновид державних органів, тобто вони відповідають усім ознакам державного органу: створюються державою у порядку, передбаченому законодавством; існують для виконання певних функцій держави; наділені для цього владними повноваженнями та матеріально-технічними засобами; комплектуються фахівцями, які мають відповідний спеціальний правовий статус;

- призначенням правоохоронних органів є охорона регулятивного права – це кінцева мета їх діяльності;

- правоохоронні органи охороняють регулятивне право шляхом реалізації охоронного права, тобто здійснюють свою діяльність на підставі матеріальних охоронних норм у порядку, визначеному процесуальними охоронними нормами, за допомогою засобів і у формах, передбачених охоронним правом;

- формою діяльності правоохоронних органів є правозастосовча правоохоронна зовнішньосистемна діяльність, що означає: їх діяльність пов'язана з виданням правозастосовчих актів; ці правозастосовчі акти мають правоохоронний характер; правозастосовча діяльність правоохоронних органів має зовнішньосистемний характер, тобто спрямована за межі системи відповідного правоохоронного органу, поширюється на індивідів, які не є співробітниками цього правоохоронного органу.

Остання ознака є важливою, оскільки правозастосовчу правоохоронну діяльність епізодично здійснює будь-який державний орган, але відносно власних співробітників (наприклад, коли вони порушують трудову дисципліну). Правоохоронному ж органу притаманно те, що його правозастосовча правоохоронна діяльність, в основному, спрямована на зовнішньосистемних суб'єктів права.

Слід зазначити, що правоохоронним органом може бути лише такий орган, який має всі згадані ознаки, перш за все останню. Таким чином, правоохоронними органами України є органи прокуратури, органи внутрішніх справ, органи Служби безпеки України, органи військової служби правопорядку у Збройних Силах України, які мають перелічені ознаки правоохоронних органів. Назва «правоохоронні органи» означає, що їх діяльність спрямована на охорону регулятивного права; що ця діяльність здійснюється шляхом реалізації охоронного права, тобто правоохоронні органи створені для охорони не всього права, а тільки однієї його структури – регулятивного права шляхом реалізації другої структури права – охоронного права.

Методологічно дуже важливо розрізнити первинність регулятивного та вторинність охоронного права, щоб, по-перше, останнє не заповнило всю сферу правового регулювання за принципом «дозволене тільки те, що прямо вказане в законі», який характерний для охоронного права; по-друге, щоб не створити гіпертрофовану систему правоохоронних органів, які тотально заповнять своєю діяльністю суспільне життя та перетворюються із правоохоронних на карально-репресивні органи. У зв'язку з цим правоохоронні органи слід відрізнити від праворегулятивних органів, які здійснюють правозастосовчу праворегулятивну зовнішньосистемну діяльність, тобто реалізують регулятивне право. До них, наприклад, можна віднести: органи державного нотаріату, органи РАГСу.

Деякі органи здійснюють і правоохоронну, і праворегулятивну правозастосовчу зовнішньосистемну діяльність. Це, перш за все, суди. При розгляді приватних (наприклад, цивільних) справ вони здійснюють переважно праворегулятивну діяльність, при розгляді публічних (наприклад, кримінальних) справ – правоохоронну. Це стосується й органів податкової державної служби, в яких податкова міліція здійснює правоохоронну, а податкова адміністрація – праворегулятивну діяльність.

Слід також розрізнити категорії «правоохоронні органи» й «органи, що беруть участь у правоохоронній діяльності». Ними є, перш за все, органи держави, що здійснюють загальноохоронну діяльність. Правоохоронна діяльність не є основним призначенням останніх. У них існує незначний обсяг певних видів цієї діяльності, яку здійснюють окремі структури зазначених органів. До них можна віднести: органи управління державної охорони, органи охорони державного кордону, органи виконання покарань, органи

рибної охорони, органи державної лісової охорони, органи державної пожежної охорони, органи державного нагляду за стандартами, органи захисту прав споживачів, митні органи тощо.

Інколи фахівці виокремлюють не лише правоохоронні, а й правозахисні органи та відносять до них омбудсмена, деякі інші правоохоронні структури [5, с. 308–359]. Але захист права є частиною охорони права й якщо і виокремлювати правозахисні органи, то їх треба вважати частиною та різновидом правоохоронних органів, або органів, що беруть участь у правоохоронній діяльності.

Правоохоронні органи потрібно відрізнити від іншої частини правоохоронної сфери – недержавних правоохоронних структур, які, по-перше, мають недержавне походження, по-друге, охороняють, в основному, приватне регулятивне право шляхом реалізації приватного охоронного права. Інколи їх називають недержавними правоохоронними органами, але з погляду загальнотеоретичного орган – це частина якої-небудь системи. Недержавні правоохоронні структури системою не є, тому називати їх органами неправильно (краще їх іменувати організаціями).

Викладене дає можливість зробити **висновок**, що теоретична невизначеність сутності правоохоронних органів, їх природи, призначення, різновидів є однією з важливих причин недосконалості їх організації та діяльності. Не вирішивши загальних питань, неможливо вирішити окреме питання. На нашу думку, для вирішення цих проблем потрібно з урахуванням відповідних наукових доробок, зокрема філософсько-правових, по-перше, розробити стратегію реформування правоохоронних органів; по-друге, прийняти Кодекс правоохоронної діяльності шляхом кодифікації чинного законодав-

ства про правоохоронні органи й їх діяльність, а саме – законів України: «Про Службу безпеки України», «Про міліцію», «Про прокуратуру», «Про оперативно-розшукову діяльність», «Про контррозвідальну діяльність» та ін. Обов'язково в цьому Кодексі мають бути визначені основні поняття, що стосуються правоохоронної діяльності, загальні та спеціальні повноваження органів, які здійснюють правоохоронну діяльність, загальні та спеціальні вимоги до співробітників цих органів, загальні та спеціальні права й обов'язки співробітників, питання соціального і правового їх захисту, контролю за діяльністю цих органів, організації взаємодії правоохоронних органів, фінансового та матеріально-технічного їх забезпечення.

Більш детальні питання стратегії реформування правоохоронних органів і кодифікації правоохоронного законодавства потребують окремого дослідження. Вважаємо, викладена філософсько-правова характеристика правоохоронних органів буде корисна для вирішення цих проблем.

Література

1. Мельник М. І., Хавронюк М. І. Суд та інші правоохоронні органи: Правоохоронна діяльність: закони і коментарі. – К., 2000. – 512 с.
2. Клименко Н. І. Правоохоронні органи України. – К., 2002.
3. Суд, правоохоронні та правозахисні органи України. – К., 2003.
4. Смоленський М. Б., Фисенко Л. А. Правоохранительные органы Российской Федерации. – Ростов н/Д., 2002. – 192 с.
5. Суд, правоохоронні та правозахисні органи України / О. С. Захарова, В. Я. Карабань, В. С. Ковальський та ін. – К., 2004. – 376 с.
6. Мотовиловкер Е. Я. Теория регулятивного и охранительного права. – Воронеж, 1990. – 136 с.

In the article a philosophical and legal analysis of the main characteristics of law-enforcement agencies is made. In the result of the analysis the author has developed his own definition of law-enforcement and law-regulative agencies, defined and described their characteristics, classified them and proposed the main ways of the improvement of legal regulation of their activities.

В статті осуществлен філософсько-правовий аналіз основних характеристик правоохоронних органів, дано авторське определение правоохранительных и праворегулятивных органов, охарактеризованы их признаки, сформулированы предложения по совершенствованию правового регулирования их деятельности.



МЕТОДОЛОГІЧНІ ПИТАННЯ ДОСЛІДЖЕННЯ ПРОБЛЕМИ ВИХОВАННЯ ПРАВОВОЇ СВІДОМОСТІ

Наталія Ткачова,

д-р пед. наук, канд. юрид. наук,
професор кафедри теорії, історії та конституційного права
Українського державного університету фінансів та міжнародної торгівлі

У статті розглядаються ключові питання вдосконалення правовиховної роботи, формування правосвідомості, орієнтованої на загальнолюдські ідеали та цінності, пропонується авторське бачення методологічних аспектів створення механізму виховання правосвідомості, впливу права на розвиток юридичного гуманістичного мислення у процесі пізнання й усвідомлення його сутності.

Ключові слова: методологія юридичної науки, правова свідомість, принципи та методи наукового і навчального пізнання, принципи права, функції права, правові переконання, гуманістична правова педагогіка.

У сучасних умовах духовне становлення та розвиток особистості, виховання її правової свідомості є державною справою і вимагає посилення ролі правової освіти, дослідження методології юридичної науки, що постійно розвивається, оновлюється, являючи собою складне утворення, інструментарій пізнання правових явищ. Усвідомлення методології як наукового феномена зумовлює необхідність подальшого вивчення методологічних, методичних питань, що передбачає осмислення змісту методологічної системи; класифікації методів наукового пізнання державно-правової дійсності; співвідношення, взаємозв'язку принципів, функцій права, принципів і методів наукового та навчального пізнання.

Дослідження зазначених питань методологічного характеру належить до наукових і практичних завдань, вирішення яких має важливе значення у забезпеченні ефективності правовиховного процесу, зростанні ролі людини, її духовних якостей, необхідних у зв'язку з реалізацією соціально-економічних, політичних змін у нашій країні, зміцненням законності, правопорядку. Отже, актуальність зазначених питань очевидна. Беручи до уваги комплексний характер, багатогранність і складність проблеми методології, зокрема методології юриспруденції, своєрідним пізнавальним базисом якої є теорія держави та права, у статті ми вважаємо за доцільне розглянути лише окремі її аспекти.

Метою цієї статті є дослідження методологічних питань проблеми механізму виховання правосвідомості з точки зору її сучасного значення та ролі як фактора реалізації норм права.

Зважаючи на мету статті, постає завдання вивчення співвідношення та взаємовпливу таких системоформуючих засад правового виховання особистості, як принципи, функції права, принципи та методи наукового і навчального пізнання. У науковій юридичній літературі існує широкий спектр думок щодо розуміння методології правової науки відносно її внутрішньої диференціації – класифікації методів наукового пізнання.

Спираючись на основні положення та висновки теорії стосовно визначення методологічного арсеналу юридичної науки як багаторівневої системи методологічних знань, об'єднаних закономірними зв'язками філософських, загальнонаукових, спеціальних, приватних методів пізнання державно-правових явищ, неминуче доходимо висновку, що передумова і мета продуктивної реалізації методології права, досягнення вищого рівня полягає у визнанні та дотриманні у науковому, пізнавальному процесах ціннісного (аксіологічного) принципу, загальних методологічних орієнтирів. До їх змісту слід віднести фундаментальні, світоглядні, загальнолюдські цінності, ідеали, які акумулюють досвід усього людства, відображені у найважливіших міжнародно-правових актах і визнані всіма державами. Це моральні, соціальні, релігійні, національні цінності, що сповідають принципи соціального гуманізму, поваги до людської та національної гідності. Проте, як зазначається в юридичній літературі, переважна більшість сучасних підручників пишеться у філософсько-правовій традиції радянського правознавства, зберегла її категоріальний устрій, понятійний апарат і структуру. З іншого боку, процеси, що характери-

зують тип цивілізації, яка формується, нове планетарне світосприйняття, багатополісна культура, формування нових способів комунікації та цінностей, *пошуки альтернативних способів життя та світогляду стосуються правознавства, оскільки передбачають формування правосвідомості та правового поля, без яких неможливе утвердження насамперед прав і свобод людини* [1, с. 43].

Орієнтація на права та свободи людини, формування правосвідомості, гуманістичного правового поля – основні напрями обґрунтування правової держави як зразка ідеалу, до якого прагне все людство, оскільки без цього неможлива її побудова. Отже, за умови визнання необхідності дії в суспільстві духовних факторів створюється методологічне підґрунтя посилення виховного потенціалу права, правового впливу на свідомість і поведінку людей. Важливою складовою механізму правового впливу є загальнолюдські цивілізаційні принципи права – провідні (наскрізні) ідеї всієї його системи, що відображають основну, вирішальну духовну сутність права, виступають методологічним фундаментом у формуванні правосвідомості, орієнтованої на загальнолюдські ідеали, вихованні правових переконань. Такий підхід уможливорює доцільність використання психолого-педагогічного механізму правової соціокультурної регуляції для становлення й утвердження гуманістичної парадигми цінностей як цілісного духовного соціального організму. Необхідність пошуку методологічних точок «перетинання» з іншими галузями знань із метою збагачення юридичної науки новими ідеями, посилення її теоретичної та практичної значущості визнається в науковій юридичній літературі. Тому важливо простежити закономірності, зв'язки, які є в юриспруденції з такими галузями знань, як педагогіка та психологія, визначити способи їх оптимізації. Як стверджує Б. Бабій, «правознавство може успішно розвиватися лише за умов правильного врахування його специфіки: регулярного та продуктивного притоку нових даних, їх правильної, суто наукової інтерпретації, систематизації та класифікації, відповідного розвитку категорій і методів окремих суспільних наук і загальнонаукових категорій і методів, співвіднесення методологічних досліджень на різних за ступенем узагальненості рівнях [2, с. 8–9]. Викладене свідчить, що дослідження проблемних питань змісту методологічної системи, зокрема класифікації методів пізнання державно-правової дійсності, співвідношення принципів і методів наукового та навчального пізнання, потребує всебічного поглибленого вивчення як у теоретичному, так і практичному аспектах. У змісті так званої багаторівневої концепції методологічного пізнання, запропонованій

А. Демидовим класифікації методів наукового пізнання заслуговують на увагу *міждисциплінарні методи*, які розуміють як синтетичні, інтегративні методи, що використовуються на стику наукових дисциплін [3, с. 47–48]. Основна особливість застосування цих методів наукового пізнання полягає в тому, що вони реалізують сутність, зміст і призначення таких важливих функцій теорії держави та права, як комунікативна і виховна.

У процесі дослідження методів наукового пізнання необхідно виходити із сучасного розуміння поняття функцій теорії держави і права як основних напрямів наукової та навчальної дії щодо різних державно-правових явищ. Саме функції держави і права, вважає В. Сирих, забезпечують її повне та всебічне перевтілення в надійну теоретичну і методологічну базу для вирішення актуальних політико-правових завдань у сфері науки і практики [4, с. 645]. Специфіка теорії держави та права як фундаментальної юридичної дисципліни загальнотеоретичного характеру і значення, зумовлює необхідність вирішення проблеми піднесення юридичної науки до рівня розвитку науки в цілому. Саме комунікативна функція (від лат. *communico* – роблю загальним, поєдную) шляхом розвитку міждисциплінарних зв'язків юриспруденції з іншими науками, творчого використання, освоєння та вдосконалення методів і результатів інших наук сприяє прирощенню знань і досягнень, їх включенню у методологічний арсенал юриспруденції. Тим самим підвищується ефективність процесу пізнання та осмислення, у тому числі дослідження державно-правових явищ, збагачується загальнонаукова єдність. У цьому зв'язку академік В. Нерсесянц процес формування нових юридизованих знань, юридизації методів інших наук визначає як природний і плідний напрям *модернізації юриспруденції*, суттєвий показник її спроможності до подальшого розвитку і робить висновок, що тільки такий шлях може забезпечити прирощування нових знань, дійсне поглиблення та розвиток загальної теорії права і держави, юриспруденції й юридичної думки в цілому [5, с. 26].

Важливу роль у ефективному функціонуванні механізму правового впливу відіграють психолого-педагогічні засоби, оскільки без суб'єктів права юридичний механізм, функціонування якого безпосередньо пов'язане із свідомою діяльністю, не зможе реалізуватися. Дієвість права, його норм опосередковує природна регулятивність правосвідомості, правової культури. Отже, на стику юридичних і неюридичних знань сформувалися такі юридизовані спеціальні науки, як правова педагогіка та правова психологія. У вихованні правосвідомості суттєве значення має засвоєння й

опанування психолого-педагогічними методами, пізнавальними засобами, прийомами. Тому розв'язання проблеми щодо взаємозв'язку методів навчання та наукового пізнання, трансформації психолого-педагогічних неюридичних методів у зміст правовиховної роботи згідно з її завданнями та призначенням, розроблення у зв'язку з цим відповідних методик, рекомендацій, що входять до арсеналу засобів правового впливу, має надзвичайно важливе значення у забезпеченні ефективності правовиховної роботи.

Правове опрацювання та використання досягнень неюридичних наук, неюридичних методів є необхідною методологічною умовою вдосконалення теоретико-практичного потенціалу юриспруденції. Саме тому дослідження питань співвідношення методів навчання та наукового пізнання у навчально-виховному процесі, запровадження одержаного знання потребують вивчення. Теорія цієї проблеми розроблена переважно у педагогічній науці, зокрема у працях М. Бургіна, Б. Гершунського, В. Краєвського, В. Разумовського, М. Скаткіна, В. Шамардіна, Є. Штульмана, В. Шубинського. Розгляд змісту методів навчання у співвідношенні з методами наукового пізнання підводить до висновку про певну залежність перших від других. Тому слід детальніше зупинитися на вивченні питання про взаємозв'язок понять методу наукового пізнання та методу навчання. У педагогічній літературі метод навчання визначається, перш за все, як спосіб взаємодії педагога і тих, хто навчається, спрямований на досягнення поставленої мети. У навчальному процесі завжди застосовуються дві групи методів – викладання й учіння. Отже, методу навчання притаманні такі компоненти, як мета викладання й учіння, зміст освіти (що викладається та засвоюється), діяльність педагога і тих, хто навчається, її здійснення мети, передбачуваний і досягнутий результат. Тому для того, *щоб заняття було ефективним, необхідне поєднання всіх зазначених компонентів пізнавального та виховного характеру, що визначають оптимальність методу навчання.*

Метод наукового пізнання в науці розуміють як способи та засоби теоретичного і практичного дослідження дійсності, побудовані на закономірностях об'єкта, що вивчається. Стосовно метода навчання зазначається, що він, на відміну від наукового пізнання, є сукупністю не тільки пізнавальних, а й виховних функцій. Крім того, виховна функція впливає з пізнавальною, оскільки глибоке пізнання неодмінно пов'язане з усвідомленням теоретичних положень і ідей, сприяє перетворенню знань в особисті переконання. Виховання базується на знаннях. Удосконалення методів навчання та наукового пізнання

сприяє вирішенню найважливішого завдання, що стоїть перед правознавцем-педагогом – не тільки досягти глибокого засвоєння знань, навчити мислити, а й сформувані правосвідомість, виховати повагу до права.

Питання щодо важливості та значення методів навчання, їх подальшого вдосконалення вимагає виявлення пізнавальної функції кожної різновидності методу. Важливість і значення методів наукового пізнання досліджувались у філософії, психології, але недостатньо вивчені в юридичній науці, а також дидактиці, яка закладає теоретичні основи освіти та навчання. Під керівництвом педагога, за допомогою застосування методів юридичної науки набуваються вміння та навички в осмисленні питань виникнення, сутності та розвитку державно-правових явищ. Опанування необхідними для засвоєння знань методами науки, що мають загальнонаукове значення та широко використовуються юриспруденцією, зокрема такими, як формально-логічний, історико-порівняльний, системний аналіз тощо, їх використання у процесі формування правових знань має займати важливе місце в системі правового навчання і виховання, є однією з необхідних умов не тільки глибокого засвоєння матеріалу, а й розвитку ефективної пізнавальної, розумової діяльності, формує вміння його аналізу, співставлення, узагальнення.

Відомі вітчизняні та зарубіжні психологи, педагоги Г. Щукіна, М. Добринін, Дж. Брукнер, Л. Божович та ін. розглядають пізнавальний інтерес як важливий фактор, що сприяє розвитку самостійності, максимальної ініціативи, відіграє важливу роль у проведенні й активізації навчально-виховної роботи, формуванні в особи належного рівня правової свідомості, правової культури. Осмислення методологічного арсеналу держави та права – методів наукового пізнання, його принципів (історизму, всебічності дослідження, об'єктивності, ціннісного (аксіологічного), соціального гуманізму) та їх використання у навчальному процесі має суттєве значення оскільки поєднання наукового та навчального пізнання взаємозумовлене гранями взаємодії. Це дозволяє творчо застосовувати методи науки з метою виховання правосвідомості з позиції світоглядних ідеалів, які акумулюють досвід усього людства, загальнолюдських інтересів. Із викладеного випливає, що методи навчання мають застосовуватися у безпосередньому зв'язку з методологією відповідної науки. Таким чином, у правовиховній роботі, у сфері методології виховання правосвідомості, у процесі навчання необхідно використовувати всю багатоманітність методів, засобів наукового пізнання щодо вивчення державно-правової дійсності. Отже, методологія юри-

дичної науки є науковою базою, яка уможливує застосування її методів пізнання державно-правових явищ для збагачення методологічного педагогічного багажу викладання правових дисциплін, формування правосвідомості, виховання правових переконань.

Ефективність правовиховної роботи передбачає поглиблене вивчення юридичних дисциплін, усього комплексу методів як наукового, так і навчального пізнання. У випадках коли повідомляється сума знань, але не дається ключ до пізнання цих знань, нівелюється сама методологія. Продуктивним у формуванні правосвідомості є студіювання самої юридичної науки, вживання у навчальному процесі її методів. Специфіка предмета юридичної науки передбачає використання її методів, що застосовуються у пізнанні державно-правових явищ. Опанування методами юридичної науки у процесі формування правосвідомості, зокрема надбання правових знань, сприяє оптимальному розвитку пізнавальної, розумової діяльності, оскільки формує навички аналізу, порівняння й узагальнення. Використання методів наукового та навчального пізнання у процесі правовиховної роботи має особливе методологічне значення, оскільки дозволяє визначити оптимальні шляхи засвоєння знань, зумовлює подальший розвиток як юридичної, так і педагогічної науки.

Слід зазначити, що застосування методів юридичної науки у правовому вихованні, у вивченні проблеми формування правосвідомості, визначення у цьому зв'язку основних напрямів наукової та навчальної дії як у юридичній, так і педагогічній науці не досліджуються. У правовому впливі, зокрема дії права на свідомість, суспільні відносини, суттєву роль відіграє виховна функція права, в якій надзвичайно повно розкривається призначення юридичної науки стосовно забезпечення законності та правопорядку в державі. Право за допомогою психолого-педагогічних засобів, форм, методів, методик правовиховної роботи вводить у суспільну свідомість певну суму знань, провідних ідей, що відображають його духовну сутність, уявлень про необхідні принципи та правила поведінки, моральні цінності, реалізуючи таким чином свій гуманістичний, виховний потенціал.

На сучасному етапі розвитку людства, в діяльності цивілізованої, демократично організованої держави все більшого пріоритетного значення набувають гуманістичні принципи. Тому необхідне вдосконалення методолого-методичних засад формування правосвідомості, правової культури з позиції дослідження механізму впливу права на духовний розвиток особистості, в основі якого мають бути концептуальні досягнення загальної теорії ви-

ховання – курс на загальнолюдські цінності. Вихід на передній план юридичної та педагогічної аксіології, виховної, аксіологічної функції права, переорієнтація на особистість, визначення та закріплення на законодавчому рівні гуманізму, пріоритету загальнолюдських цінностей, а також недостатнє вивчення виховних проблем на всіх рівнях освіти, вимагають її кардинальної перетрансформації у русло стратегії виховуючого навчання, практичну реалізацію принципу єдності правового навчання та виховання. Це повною мірою стосується навчальної функції теорії держави і права як світоглядної науки. В силу невіддільності виховання від навчання у процесі викладання правових дисциплін у навчальних закладах *навчальна функція потребує суттєвого доповнення*. Вона має вбирати в себе загальнолюдські цінності, що сприятиме докорінному поліпшенню всієї виховної роботи, а її реалізація – забезпечуватися державою. Ця функція у ключовому виховному значенні щодо практики реалізації в навчальному процесі часом відображає якщо не відверто формальний, то принаймні абстрактний, занорматизований зміст. Формування правосвідомості, правової культури молодого покоління, перш за все майбутніх фахівців-юристів, – один із найважливіших напрямів правовиховної роботи. Навчальні заклади відіграють важливу роль у вирішенні завдання не тільки сформувати у майбутніх юристів наукові знання, а й виховати правові переконання. Для цього необхідно, щоб педагоги опанували особливості процесу формування правосвідомості, орієнтованої на загальнолюдські ідеали та цінності, у тому числі педагогічними методами та формами правовиховної роботи. Потрібно «перекладати» юридичні формули, положення на аксіологічну мову, наповнювати правові дефініції, категорії, конструкції ціннісним змістом, розглядати їх у духовній площині. Відсутність у навчальному процесі під час викладання ціннісно-орієнтаційного змісту права слід сприймати як нівелювання його сутності, недооцінку прогресивних ідей, що відіграють роль опосередковуючої ланки між існуючими матеріальними соціальними умовами та новими перетворюючими обставинами.

Саме *навчально-виховна функція теорії держави і права як першоосновна дисципліни в опануванні юридичних наук має забезпечити єдність двох процесів – формування системи правових знань і ціннісного ставлення, поваги до права*. Розвиток ідей щодо визнання загальнолюдських цінностей загальними методологічними орієнтирами має стати методологічним підґрунтям, джерелом збагачення та вдосконалення змісту вищих рівнів методологічних знань, посилення виховного

соціокультурного потенціалу права. Такий підхід відповідає сучасній логіці необхідності підвищення рівня педагогічної майстерності формування світогляду правосвідомості у контексті гуманістичної парадигми виховання.

Викладене дозволяє зробити **висновок**, що виховання правової свідомості передбачає творче поєднання викладання права, застосування методів навчального пізнання із загальнометодологічною спрямованістю юридичної науки. *Осмилення методології як для формування юридичної теорії, так і для практики передбачає необхідність дослідження співвідношення змісту принципів, функцій права, принципів наукового пізнання і методів навчального пізнання.* Це допомагає розкрити сутність, призначення права, його найважливіші поняття, положення та ідеї у напрямі вирішення важливого завдання – виховання правових переконань. Сьогодні необхідно оновити методологічний арсенал правознавства. До перспективних напрямів подальших досліджень слід віднести вивчення змісту, специфіки, особливостей застосування у правовиховному процесі психолого-педагогічних методів навчального пізнання як методологічного підґрунтя засвоєння й усвідомлення феномена права, джерела посилення пізнавального та виховного його потенціалу. *Подальше вивчення й якісне використання методів нав-*

чального пізнання відповідно до принципів, функцій права та методів наукового пізнання у правовиховній роботі є ключовим питанням, обов'язковою умовою розвитку нового напрямку вітчизняної науки – гуманістичної правової педагогіки, яка має стати важливим інструментом дослідження психолого-педагогічних аспектів, могутнім засобом виховання правосвідомості.

За своїм змістом педагогічні методи викладання, навчання, навчального пізнання як способи і засоби практичного досягнення ефективності у формуванні високої індивідуальної та суспільної правосвідомості – необхідної умови забезпечення прогресивних державотворчих процесів – мають адекватно відображати принципи права і наукового пізнання.

Література

1. *Актуальні проблеми теорії держави та права:* Ч. 1. / С. М. Тимченко, С. К. Бостан, С. М. Легуша та ін., – К., 2008. – 288 с.
2. *Бабий Б. М.* Основные направления разработки методологических проблем социального познания // Методологические проблемы общественных наук. – К., 1985. – С. 7–29.
3. *Демидов А. Б.* Философия и методология науки. – Витебск, 2006. – 102 с.
4. *Сырых В. М.* Теория государства и права. – М., 2006. – 703 с.
5. *Проблемы общей теории права и государства* / Под ред. В. С. Нерсесянца. – М., 2008. – 832 с.

This article concentrates our attention on the basic questions of the law educational work improvement, at the same time showing us the sense of justice which is oriented on the humanity ideals and values. In this connection the author proposes us the vision of methodology aspects creating the education mechanism the consciousness of the law and its influence on the thought evolution in the process of perception and the essence realization.

В статье рассматриваются ключевые вопросы совершенствования правовоспитательной работы, формирования правосознания, ориентированного на общечеловеческие идеалы и ценности, предлагается авторское видение методологических аспектов создания механизма воспитания правосознания, влияния права на развитие юридического гуманистического мышления в процессе познания и осознания его сущности.



ПРИНЦИПИ ОРГАНІЗАЦІЇ КОМПАРТІЙНО-ДЕРЖАВНОГО УПРАВЛІННЯ В ЗАХІДНИХ ОБЛАСТЯХ УРСР У 40-х РОКАХ ХХ ст. І ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЙОГО КЕРІВНИМИ КАДРАМИ

Андрій Редько,

канд. юрид. наук,

заступник декана Прикарпатського юридичного інституту
Львівського державного університету внутрішніх справ

У статті розглядається галузевий принцип організації компартійно-державної системи влади й управління в західних областях УРСР у 40-х роках ХХ ст., звертається увага на регіональну специфіку функціонування цієї системи в Західній Україні.

Ключові слова: компартійно-державна номенклатура, галузевий принцип організації компартійно-державної системи влади й управління, забезпеченість керівними кадрами компартійно-державної номенклатури.

Організаційні принципи компартійної системи влади та управління в західних областях УРСР у 1940–1960 рр. є маловивченою проблемою в історії держави і права України. Деякі складові цієї проблеми аналізувались у працях В. Барана і В. Даниленка, С. Кульчицького [1–2]. Теоретичні аспекти цієї проблеми представлені у дослідженнях П. Грегори, О. Зінов'єва, В. Карпінського, П. Музиченко, В. Кульчицького та Б. Тищика, О. Кузьминець і В. Калиновського [3–8]. При цьому системного історико-правового аналізу регіональної специфіки функціонування організаційних принципів компартійної адміністративно-командної системи в західних областях УРСР у 40–60 роках ХХ ст. не проводилося.

Перехід від сталінської системи влади й управління, що заснована на галузевому принципі, до хрущовської системи влади й управління, яка базувалася на територіальному принципі, реально відображає процес лібералізації чи децентралізації сталінської централізованої командно-адміністративної системи. Російський соціолог О. Зінов'єв, виходячи із розуміння сталінської системи влади й управління як командно-адміністративної, зазначив, що радянська система управління була надмірно централізованою та працювала за принципом командування (зверху вниз). Така система породжує безініціативність, безгосподарність, безглузді втрати засобів, застій у продуктивності праці та багато інших негативних явищ. Разом із тим у цьому є і переваги: збільшується ступінь плановості, можна зосереджувати засоби на вирішенні великих проблем [4, с. 436]. Американський економіст П. Грегори, послуговуючись для опису сталінської системи влади й управління поняттям «ієрархічна диктатура», зазначав, що в цій ієрархічній системі кожен начальник був для свого підлеглого «диктатором»; кожний підлеглий імітував дію свого «диктатора» на нижчому рівні [3, с. 310]. Він стверджував, що диктатори нав'язували своїм підлеглим накази, розроблені на основі не-

повної та неточної інформації, а підлеглим доводилося зіштовхуватися з лавиною безладних, недороблених і сумнівних інструкцій, за виконання яких вони несли особисту відповідальність [3, с. 340]. Отже, якщо О. Зінов'єв вважав, що сталінська система влади й управління не-ефективна у мирний час, але ефективна під час війни, то П. Грегори наполягав на тому, що ця система неефективна у будь-яких ситуаціях.

Сталінська система влади й управління ґрунтувалася на галузевому організаційному принципі. Цей принцип можна чітко простежити у 1929–1957 рр. і пізніше з 1964–1989 рр., хоча сам галузевий поділ апарату ВРНГ СРСР і його органів на місцях посилилися ще у другій половині 20-х років ХХ ст. Тому вже у 1926 р. працювало 8 главків і кілька комітетів ВРНГ СРСР. У січні 1932 р. Вища рада народного господарства була перетворена на наркомат важкої промисловості, а з його складу виокремлено наркомати лісової та легкої промисловості (як союзно-республіканські) [1, с. 97].

Галузевий принцип організації сталінської системи влади й управління зафіксований у Конституції СРСР 1936 р. і закріплений у Конституції УРСР 1937 р. (статті 46–51, 52). За В. Карпінським, Народні Комісаріати СРСР – це органи, що відають окремими галузями державного управління та народного господарства (народні комісаріати СРСР: оборони, іноземних справ, зовнішньої торгівлі, фінансів, шляхів сполучення, важкого машинобудування, вугільної промисловості, чорної металургії, озброєння, землеробства). В. Карпінський зазначав, що народний комісар є одноособовим керівником дорученої йому галузі управління; він видає накази й інструкції у сфері своєї роботи [5, с. 32–33]; у союзних республіках є свої народні комісаріати, наприклад: народні комісаріати освіти, соціального забезпечення, торгівлі, харчової промисловості, легкої промисловості, землеробства, фінансів. Народні комісари союзної республіки керують відповідними галузями народного госпо-

дарства та державного управління, що відносяться до відання цієї республіки. Вони видають у сфері своєї роботи накази й інструкції на основі та на виконання законів СРСР і союзної республіки. При цьому вони керуються також по-становами і розпорядженнями Ради Народних Комісарів СРСР і союзної республіки, наказами й інструкціями відповідних народних комісаріатів СРСР [5, с. 36]. Таким чином, В. Карпінський, характеризуючи систему влади й управління СРСР, наголошував на галузевому принципі її організації, одноосібному характері керівництва або принципі єдиноначальності.

У Конституції УРСР 1937 р. галузевий принцип організації сталінської системи влади й управління чітко прописаний у ряді статей: у ст. 46 зазначалося, що народні комісари УРСР керують галузями державного управління, які належать до компетенції УРСР; у ст. 47 зазначалося, що народні комісаріати УРСР є або союзно-республіканськими, або республіканськими. Наведений поділ конкретизувався у ст. 48 (до союзно-республіканських народних комісаріатів УРСР належать народні комісаріати з харчової промисловості; легкої промисловості; лісової промисловості; земельних справ; зернових і тваринницьких радгоспів; фінансів; внутрішньої торгівлі; внутрішніх справ; юстиції; охорони здоров'я) та ст. 49 (до республіканських народних комісаріатів належать народні комісаріати УРСР: освіти, місцевої промисловості, комунального господарства, соціального забезпечення [9, с. 217–218]).

Протягом 30-х років ХХ ст. відбувалося роз'єднання наркоматів, кількість яких досягла майже чотирьох десятків, не враховуючи республіканських. У 1946 р. наркомати були перетворені на міністерства, які поділялися на три групи: загальносоюзні, союзно-республіканські та республіканські [1, с. 97], тобто галузевий принцип організації сталінської системи влади й управління не був застиглим, статичним, а динамічно розвивався, змінювався, що призвело до виникнення нових сфер чи галузей управління і відповідних наркоматів або міністерств, які його здійснювали.

Що стосується іншого організаційного принципу сталінської системи влади й управління, а саме – принципу єдиноначальності, то він, як і галузевий, пройшов певну еволюцію у своєму розвитку. Її можна простежити, на рівні і виробництва, і підприємства, і міністерства.

На окремих підприємствах принцип єдиноначальності почав укорінюватися завдяки постанові ЦК ВКП(б) від 05.09.1929 р. «Про заходи з упорядкування виробництва і встановлення єдиноначальності». У цій постанові принцип управління виробництвом описувався таким чином: адміністрація (директор) керує як апаратом управління, так і всіма організаційно-технічними процесами виробництва на підприємстві; всі його оперативно-господарські розпорядження як для нижчестоящої адміністрації, так і для робітників, безумовно обов'язкові, яке б положення вони не займали в партійних, професійних та інших організаціях; адміністрація підприємства безпосередньо призначає весь адміністративно-технічний персонал підприємства та ін.

[10, с. 126–127]. Наступний етап в утвердженні принципу єдиноначальності на виробництві започаткувала постанова Ради Міністрів СРСР від 09.08.1955 р. «Про розширення прав директорів підприємств», згідно з якою директори підприємств повинні при дотриманні принципу єдиноначальності широко спиратися на актив підприємств, для чого регулярно проводити виробничі наради і господарські активи, на яких обговорювати проекти планів та інші важливі питання роботи підприємств [11, с. 244]; вони також мають право затверджувати та змінювати структуру і штати цехів, відділів заводууправління в межах встановленого підприємству плану по праці та чисельності службовців, інженерно-технічних працівників, керуючись при цьому типовими штатами, структурами, а також схемою посадових окладів, встановлених для працівників підприємства, в межах середньої зарплати за штатним розписом [11, с. 248].

На рівні міністерств принцип єдиноначальності укорінювали ряд постанов. Так, постанова Ради Міністрів СРСР «Про розширення прав міністрів СРСР» від 11.04.1953 р. надавала міністрам СРСР право затверджувати структуру та штати адміністративно-управлінського персоналу підприємств, будов, трестів і організацій у межах встановленої міністерству чисельності адміністративно-управлінського персоналу та фонду зарплати, із дотриманням схем посадових окладів, а також штати головних управлінь, управлінь і відділів міністерства в межах загальних штатних контингентів центрального апарату міністерства [11, с. 5]. За міністрами СРСР також закріплювалося право організовувати тимчасові або постійно діючі курси з підвищення кваліфікації з відривом від виробництва в межах загальних асигнувань і контингентів, затверджених для міністерств [11, с. 6]. Постанова Ради Міністрів СРСР «Про деякі додаткові права міністрів СРСР» від 04.05.1955 р. постановляла надати міністрам СРСР право затверджувати штати та типові структури адміністративно-управлінського апарату підприємств і організацій, а також типові штати і типові структури, узгоджуючи їх з міністром фінансів СРСР [11, с. 199]. Міністрам СРСР надавалося також право створювати та ліквідовувати технікуми (середні спеціальні навчальні заклади) за погодженням із Міністерством вищої освіти СРСР і Міністерством фінансів СРСР [11, с. 200]. Отже, принцип єдиноначальності в сталінській системі влади й управління утверджувався на всіх рівнях управлінської вертикалі, починаючи від наркоматів чи міністерств і закінчуючи окремим підприємством.

За галузевим принципом були організовані не тільки наркомати, відомства чи міністерства, а й сама компартійна диктатура. Це відображено у статуті ВКП(б), прийнятому на XVII з'їзді ВКП(б) у 1934 р. Там у розділі IV «Про організаційну будову партії» в п. 25 було зазначено, що для практичної роботи із здійснення партійних директив і постанов (та перевірки їх виконання радянсько-господарськими органами і нижчими парторганізаціями) в обкомах, крайкомах, ЦК національних КП і ЦК ВКП(б) доцільно створювати виробничо-галузеві відділи. Так,

у ЦК ВКП(б) створювалися такі відділи: сільськогосподарський, промисловий, транспортний, планово-фінансово-торговельний, політико-адміністративний, керівних парторганів, культури та пропаганди ленінізму, інститут Маркса-Енгельса-Леніна (а також 2 сектори – управління справами й особливий). Як бачимо, крім виробничих відділів, адміністративна система створила ідеологічно-пропагандистський сектор, на який покладалося завдання ідеологічного просування (у тому числі в Західну Україну) комуністичних постулатів Маркса-Енгельса-Леніна.

У свою чергу, в обкомах, крайкомах і ЦК національних КП створювалися такі відділи: сільськогосподарський, промислово-транспортний, радянсько-торговельний, культури та пропаганди ленінізму, керівних парторганів (міських і районних) та особливий сектор.

У кожному виробничо-галузевому відділі зосереджувалася вся робота в цілому по галузі: оргпартробота, розподіл і підготовка кадрів, агітмасробота, виробнича пропаганда, нагляд за виконанням партійних рішень відповідними радянсько-господарськими органами та партійними організаціями [12, с. 160–161].

Аналіз організації компартійно-державного управління за галузевим принципом у західних областях УРСР свідчить, що в Дрогобицьку область за рішенням ЦК КП(б)У від 25.10.1944 р. повинно було прибути 699 осіб номенклатурних кадрів. Однак на грудень 1944 р. прибуло лише 409 осіб. Серед прибулих партійних кадрів налічувалося 62 особи, радянських керівних кадрів – 29, фінансових кадрів – 38, кадрів охорони здоров'я – 37, торгових кадрів – 40, прокурорських кадрів – 22, судових кадрів – 21, сільськогосподарських кадрів – 62, промислових кадрів – 72 особи [13, арк. 80].

За станом на 30.11.1945 р. номенклатурних працівників у Дрогобицькій області було 2538 осіб, при потребі в 2741. Із підібраних керівних кадрів 1890 осіб входили в номенклатуру обкому КП(б)У, 441 – в номенклатуру ЦК КП(б)У, 207 осіб – в номенклатуру ЦК ВКП(б). Загалом – 90,9 % загальної кількості.

За секторами названі номенклатурні працівники розподілялися таким чином: сектор партійних і комсомольських кадрів – 891 особа (або 85,6 % кількості номенклатурних посад за штатом), сектор радянських кадрів – 491 особа (або 98,3 %), сектор сільськогосподарських і заготівельних кадрів – 271 особа (або 79,8 %), сектор промислових кадрів – 393 особи (або 98,8 %), сектор судово-прокурорських кадрів – 401 особа (або 88,4 %), сектор торгово-кооперативних кадрів – 91 особа (або 100 %) [14, арк. 152].

Якщо у січні 1947 р. на посадах номенклатури міськкомів і райкомів КП(б)У Львівської області працювало 6507 осіб, то у січні 1949 р. – 6852 особи. За групами кадрів у 1947 і 1949 рр., відповідно, налічувалося: партійних кадрів –

864 і 1 872 особи, комсомольських кадрів – 364 і 285 осіб, радянських, планових, фінансових і торгових кадрів – 2084 і 1757 осіб, кадрів МВС, МДБ, суду, прокуратури – 642 і 330 осіб, кадрів промисловості, транспорту і зв'язку – 753 і 749 осіб, кадрів сільського господарства і заготівельних організацій – 640 і 947 осіб, кадрів науки, культури мистецтва, охорони здоров'я – 1160 і 1612 осіб [15, арк. 6].

Таким чином, після приєднання західноукраїнських земель до складу СРСР у західних областях УРСР почала функціонувати компартійно-державна система влади й управління, організована за галузевим принципом. Проте на ефективності цієї системи позначився такий чинник, як недокомплект керівних кадрів, які формувалися в основному у 40-х роках ХХ ст. із представників східних областей УРСР та СРСР.

Література

1. Баран В. К., Даниленко В. М. Україна в умовах системної кризи (1946–1980 рр.). – К., 1999. – 304 с.
2. Кульчицький С. В. Спроби реформ (1956–1964 рр.) // Український історичний журнал. – 1998. – № 3. – С. 91–102.
3. Грегори П. Политическая экономия сталинизма. – М., 2008. – 400 с.
4. Зиновьев А. А. На пути к сверхобществу. – М., 2008. – 576 с.
5. Карпинский В. А. Как управляется наша страна. – М., 1945. – 47 с.
6. Музиченко П. П. Історія держави та права України. – К., 2001. – 429 с.
7. Кульчицький В. С., Тищук Б. Й. Історія держави і права України. – К., 2001. – 320 с.
8. Кузьминець О., Калиновський В. Історія держави та права України. – К., 2002. – 448 с.
9. Слюсаренко А. Г., Томенко М. В. Історія української конституції. – К., 1993. – 192 с.
10. Решения партии и правительства по хозяйственным вопросам: 1929–1940 годы. – М., 1967. – Т. 2. – 798 с.
11. Решения партии и правительства по хозяйственным вопросам: 1953–1961 годы. – М., 1968. – Т. 4. – 783 с.
12. Комуністична Партія Радянського Союзу в резолюціях і рішеннях з'їздів, конференцій і пленумів ЦК: 1931–1941. – К., 1980. – Т. 5. – 415 с.
13. Ф. 5001. Дрогобицький обласний комітет КП(б)У. – Оп. 2. Спр. 97. О работе отдела кадров обкома КП(б)У, 1–31 декабря 1944 г., 104 арк.
14. Ф. 5001. Дрогобицький обласний комітет КП(б)У. – Оп. 6. Спр. 243. О работе, укомплектовании и утверждении кадров номенклатуры ОК КП(б)У, 1 января – 20 декабря 1945 г., 155 арк.
15. Ф. П–3. Львівський обласний комітет КП(б)У. – Оп. 1. Спр. 570. Справки, сведения сектора об укомплектовании кадрами партийных, советских, хозяйственных и комсомольских органов, 20 января – 26 сентября 1946 г., 139 арк.

In the article is examined branch principle of administration communist party-state system of power and governing in Western oblasts of Ukrainian SSR in 40s of XX century. A special attention is focused on regional specification of functioning of that system in Western Ukraine.

В статье рассматривается отраслевой принцип организации компартийно-государственной системы власти и управления в западных областях УССР в 40-х годах ХХ в., обращается внимание на региональную специфику функционирования этой системы в Западной Украине.



ДОКТРИНАЛЬНІ АСПЕКТИ СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТКУ ІДЕЇ ПРАВ ЛЮДИНИ

Наталія Бондаренко,

канд. юрид. наук,
доцент кафедри теорії, історії та конституційного права
Українського державного університету фінансів
та міжнародної торгівлі,
м. Київ

У статті досліджується розвиток ідеї про права людини, її наповнення кількісними й якісними характеристиками, концептуальне оформлення та закріплення у сучасній правовій доктрині.

Ключові слова: права людини та громадянина, свобода особи, Декларація незалежності, Декларація прав людини та громадянина, Загальна декларація прав людини.

Свобода особи, права людини та громадянина, їх генезис, соціальні витоки, призначення є однією з вічних проблем історичного та соціально-політичного розвитку людства. Ця проблема є актуальною протягом багатьох тисячоліть, залишаючись у центрі уваги багатьох дослідників, що аналізували її з різноманітних сторін – політико-правових, філософських, релігійних, етичних, соціальних.

У сучасній вітчизняній науковій юридичній літературі проблема прав і свобод людини, пов'язана з ними нормотворча, правозастосовча й інша практика потребують особливої уваги, переосмислення та внесення невеликих коректив. Це зумовлено, перш за все, відходом від ідей тоталітарного суспільства, глибокими політичними та соціально-економічними перетвореннями, гуманізацією законодавства, потребою введення правогарантуючих функцій сучасної держави у відповідність із конституційними та міжнародними стандартами у сфері прав людини. Вивчення генезису ідеї прав людини надає можливість визначити стан і рівень розвитку суспільства, місце людини в системі суспільних відносин, ефективність впливу права на суспільні процеси.

Різні аспекти теми прав людини стали предметом досліджень таких учених, як П. Євграфов, Н. Коркунов, В. Кудрявцев, О. Лукашова, А. Мішин, В. Погорілко, П. Рабинович, М. Тодика, В. Чиркін, В. Шаповал, Ю. Шемшученко та ін. Аналіз теоретичних концепцій цих науковців дозволяє оцінити стан проблеми, що досліджується, визначити питання, які взагалі не були предметом наукового пошуку або недостатньо розроблені в літературі. Зокрема, це стосується проблеми генезису ідеї прав людини, яка має важливе значення для формування концепції системи прав людини.

Мета цієї статті – простежити як упродовж розвитку людства концептуально розвивалась ідея про права людини, а також з'ясувати вплив цих ідеологічних трансформацій на сучасну теорію про права людини.

Формування уявлень і понять про права людини розпочалося з найдавніших часів людської історії. Положення про цінність і недоторканність людського життя містяться у Ведах, Кодексі Хаммурапі, Біблії, Корані, працях Конфуція. В античних державах і країнах Давнього Сходу обґрунтовувалася рівність людей однаковими природними умовами їх походження з Космосу, «неба». І хоча за часів рабовласництва та феодалізму панувала ідея про права «вільних» людей (Арістотель, Платон та ін.), її розвиток сприяв накопиченню інтелектуального матеріалу для подальшого (буржуазного) стрибка у цьому напрямі – визнання рівності всіх людей перед законом.

Перше закріплення у законодавстві низки ідей щодо прав людини пов'язується з англійською Великою хартією вольностей, яку підписав у 1215 р. в Англії король Іоанн Безземельний унаслідок угоди між ним і англійськими баронами, які повстали проти нього. Хартія складається із 63 статей, що захищають право на приватну власність, недоторканність і свободу особи від абсолютизму (таким чином обмежувалася влада монарха над людиною). Цей важливий правовий документ і сьогодні є одним із чинних конституційних законів у Великій Британії. Досі зберігають своє значення зафіксовані у ньому, зокрема, принципи недоторканності особи: «Жодна вільна людина не буде заарештована або ув'язнена, позбавлена володіння або будь-яким іншим способом знедолена... інакше як за законним вироком рівних їй і за законом країни» (ст. 39); право людини на вільне пересування: «Нехай кожному надалі буде дозволено вільно залишати королівство і повертатись у повній безпеці» (ст. 42) [1, с. 63].

Хартія справила значний вплив на розвиток ідеї прав людини не тільки у Великій Британії, а й у світовій правовій думці. Цей розвиток знаходить вияв у «Петиції про права» (Англія, 1628 р.), в якій конкретизується положення про неможливість позбавити волі й ув'язнити вільного громадянина без законних підстав і підкреслюється незаконність функціонування будь-яких

таємних чи спеціальних судів, які б не керувалися загальним законодавством, неприпустимість позасудових репресій. Отже, тут вбачаються перші спроби розробити механізми забезпечення та захисту прав людини.

Згадані документи визначали окремі права, які можна було обстоювати за певних обставин. Але вони ще не містили всеосяжної філософської концепції особистої свободи. Свободи розглядалися у них здебільшого як такі, що впливають із станового статусу (чи звання) людини [2, с. 26].

Активність у розвитку ідеї про права людини припадає на епоху Відродження та Просвіти. У XVII–XVIII ст. ця ідея втілюється у теорії природного права, яка дозволила оцінювати з позицій справедливості діюче в державі позитивне право, проводити його перетворення в напрямі гуманізму та свободи. Г. Гроцій, Дж. Локк, Б. Спіноза, Ж.-Ж. Руссо, Ш. Монтеск'є, Т. Джефферсон, І. Кант, Дж.-Ст. Мілль, І. Бентам утверджують права особи (на життя, свободу, власність тощо) як священні імперативи та закладають засади сучасного розуміння прав людини. Кожний народ вніс свій внесок у розвиток ідеї про права людини, вирішуючи цю проблему залежно від історичних обставин свого буття.

Виникнення принципу, згідно з яким закон повинен захищати права людини, якими володіють індивіди, від зловживань урядів, бере свій початок у праці Дж. Локка «Два трактати про правління», яка вийшла в світ у 1690 р. За Дж. Локком, свобода людей, які мають над собою уряд, полягає в тому, щоб жити за постійними правилами, загальними для всіх у цьому суспільстві й установленими законодавчою владою, в ньому створеною; це – свобода чинити за власною волею в усіх діяннях, коли це не заборонено правилами, і не підкорятися непостійній, непевній, невідомій, деспотичній волі іншої людини, тоді як свобода природи не має бути обмежена нічим, окрім закону природи [3, с. 143]. Отже, Дж. Локк вважав, що на першому місці за природного порядку речей стоять права людини, а не уряду.

У своїх працях Дж. Локк писав про права, які були даровані англійцям владою у період, що виник після «Славної революції» 1688 р. Конкретні переваги неписаної конституції Англії, передусім розподіл і збалансованість повноважень між законодавчою, виконавчою та судовою гілками влади, знайшов і виклав у 1748 р. у праці «Про дух законів» французький політичний філософ Монтеск'є. У 1762 р. Жан-Жак Руссо заявив про революційний потенціал прав людини: Людина народжується вільною, але повсюди вона у ланцюгах [4, с. 27]. Незабаром спалахнули демократичні революції в Америці та по всій Європі.

Американська Декларація незалежності оприлюднена у Філадельфії 04.07.1776 р. У цьому документі Т. Джефферсона було помітно інтелектуальний вплив Дж. Локка, Монтеск'є, Руссо. Декларація закріпила фундаментальний

принцип, на якому заснована демократична форма правління: «Ми вважаємо самоочевидною істиною, що всі люди створені рівними, що вони наділені Творцем певними невід'ємними правами, серед яких право на життя, свободу та прагнення до щастя» [1, с. 77].

У політичному відношенні останні десятиріччя XVIII ст. були сприятливими для затвердження прав людини. Під час підготовки у 1776 р. конституцій нових незалежних американських штатів до них включали біллі про права, у яких перелічувалися конкретні права. Мода на біллі про права поширилася на Європу. 12 січня 1789 р. Джефферсон писав із Парижу Дж. Медісону: тут усі намагаються скласти декларації про права [5, с. 436]. Джефферсон продовжував свою діяльність, читаючи та критикуючи складений Лафайеттом проект Декларації прав людини і громадянина, яка, через декілька тижнів після падіння Бастилії (27.08.1789 р.) була прийнята Національними зборами Франції. У статті 1 Декларації зазначається: «Люди народжуються і залишаються вільними і рівними в правах. Суспільні відмінності можуть базуватися тільки на міркуваннях загального блага» [1, с. 90]. Це твердження мало загальноєвропейське, загальносвітове революційне значення, оскільки орієнтувало на те, щоб раз і назавжди покінчити із соціальним безправ'ям одних і нічим не обмеженим пануванням інших. Досить нагадати, що у той час, коли було проголошено Декларацію, у США існували рабство та работоргівля, а в Російській імперії селяни, переважно кріпаки, були цілковито безправні: поміщик міг їх продати, подарувати чи навіть убити.

Надзвичайно важливим є й положення ст. 2 Декларації: «Мету кожної державної спілки становить забезпечення природних і невід'ємних прав людини. Це свобода, власність, безпека і опір гнобленню» [1, с. 91].

Принциповим є розуміння свободи, яке зафіксоване у ст. 4: «Свобода полягає у можливості робити все, що не шкодить іншому. Таким чином, здійснення природних прав кожної людини зустрічає лише ті межі, які забезпечують іншим членам суспільства користування тими самими правами» [1, с. 91]. При цьому, як зазначається в Декларації, ці межі мають бути визначені лише законом.

Уперше у світовій практиці в Декларації було зафіксовано так званий загальнодозволений принцип взаємовідносин людини та держави у демократичному суспільстві: дозволено все, що прямо не заборонено законом (ст. 5). Декларацією також передбачалося, що тільки закон може встановити покарання, при цьому «ніхто не може бути покараний інакше, як за законом, належно застосованим, виданим та опублікованим до здійснення правопорушення» [1, с. 91].

Інший важливий принцип правосуддя – презумпція невинуватості – також знайшов відображення у Декларації: особа вважається невинуватою у вчиненні того чи іншого правопорушення доти, доки в судовому порядку на під-

ставі закону не буде доведено її вини. В цілому, незважаючи на те, що вказані принципи та проголошені права людини згодом не раз ігнорувалися. Декларація прав людини та громадянина стала етапним явищем на шляху розвитку ідеї прав людини.

Названі документи США та Франції стали свого роду моделлю (еталоном, зразком) для інших держав, які законодавчо закріпили особисті (громадянські) та політичні права людини в своїх конституціях: Нідерланди (1798 р.), Швеція (1809 р.), Іспанія (1812 р.), Норвегія (1814 р.), Бельгія (1831 р.), Ліберія (1847 р.), Данія (1849 р.), Пруссія (1850 р.). Згодом вони отримали назву прав першого покоління. За сучасних умов поширеним є погляд на громадянські та політичні права як, в основному, на негативні права («свобода від...»), а не позитивні («право на...»), що гарантуються статтями 2–21 Загальної декларації прав людини 1948 р., а об'єднує їх ідея свободи індивіда, одного чи вкупі з іншими, від зловживань державної влади [6, с. 23].

Ідею прав людини пестували, обстоювали, збагачували, поглиблювали, боролися за її реальне втілення в життя і видатні мислителі України: П. Орлик, Т. Шевченко, М. Драгоманов, І. Франко, Леся Українка, М. Грушевський, О. Кістяківський та ін. Слід зазначити, що задовго до Г. Гроція, Дж. Локка, Т. Гоббса український філософ, публіцист, історик Станіслав Оріховський Роксолан обґрунтував теорію суспільного договору щодо походження держави та розробив теорію природного права [7, с. 112–180].

Вже в проєкті Конституції П. Орлика (1710 р.) декларується ідея «виправлення та підйому своїх природжених прав і вільностей», відновлення «усіякого природного права і рівності». Т. Шевченко в поемах оспівував свободу трудящої людини. М. Драгоманов у конституційному проєкті передбачав особисту свободу людини, забезпечення недоторканності особи, повагу її гідності. Правознавець О. Кістяківський наголошував на необхідності обмеження державної влади «невід'ємними, непорушними, недоторканими, невідчужуваними правами людини», найважливішим із яких називав право на гідне існування [8, с. 324].

Процесу розвитку ідеї прав людини властиві як кількісні, так і якісні зміни. Кількісні зміни знання про права людини (їх множення, уточнення та конкретизація, збільшення обсягу тощо) відбуваються в цілому з позицій і в межах того чи іншого поняття права. Якісні зміни ідеї прав людини пов'язані з переходом від попереднього до нового поняття права. Нове поняття права означає концептуальний підхід до вивчення, розуміння, тлумачення як держави та права, так і вже накопичених теоретичних знань про них. Безумовно, кожне нове розуміння прав людини є якісним стрибком у юридичному пізнанні. Історія розвитку ідеї про права людини – це, насамперед, історія нових понять права і тих нових юридичних теорій, що формуються

на основі цих понять (юридико-позитивістська, соціологічна, марксистсько-ленінська, сучасна теорія природного права тощо).

У середині XX ст. ідея прав людини висвітлювалася новими фарбами завдяки підняттю її на конституційний рівень. У Європі з'явилося кілька проєктів конституцій, які містили не тільки «класичні» – («громадянські» та політичні) права, а й статті, що стосувалися прав соціальних, економічних і культурних, приписували урядові обов'язки у сферах зайнятості, освіти, громадського здоров'я тощо. Соціальні права цього типу (права другого покоління) були вперше офіційно включені до мексиканської конституції (1917 р.), до конституції Німеччини (1919 р.), до радянських конституцій Росії (1918 р.) й України (1919 р.). Виразенням цих прав за сучасних вимог є статті 22–27 Загальної декларації прав людини, а науковці їх відносять до позитивних прав [9, с. 68]. Утім деякі з них не можуть бути однозначно віднесені до числа позитивних прав – право на вільний вибір роботи, право створювати та входити до професійних спілок тощо.

Соціально-економічні права вперше дістали міжнародне закріплення, зокрема, у численних конвенціях Міжнародної організації праці (далі – МОП), заснованої у 1919 р. Ці права можуть бути забезпечені, передусім, за допомогою державних механізмів влади. Було покладено край досі традиційній точці зору на те, що держави самі вирішують, як їм ставитися до своїх громадян: права людини було віднесено до сфери (предмета) міжнародного права [2, с. 31].

У другій половині XX ст. під впливом міжнародних документів про права людини відбулося пом'якшення історичного протистояння природно-правового та позитивістського (що отожднює право і закон) підходів до права, навіть їх зближення, що позначилося на конституційній і судовій практиці держав. Позитивістський підхід до природи прав людини, взаємовідносин держави й особистості, що містяться в конституціях Австрії, ФРН, переборов розрив із моральними, особистими, соціальними цінностями і попрямував шляхом позитивного закріплення природних прав і принципів, їх охорони та захисту.

Після Другої світової війни й об'єднання держав в Організацію Об'єднаних Націй необхідність забезпечення основних прав людини була визнана в більшості розвинутих країн.

Особистісні, політичні, соціальні, економічні та культурні права знайшли нормативне вираження у Загальній декларації прав людини 1948 р., у Міжнародному пакті про громадянські та політичні права та Міжнародному пакті про економічні, соціальні і культурні права 1966 р. Ці документи ознаменували наступний етап розвитку концепції прав людини: *по-перше*, як світові стандарти, до яких з часом почав застосовуватися прикметник «загальновизнані»; *по-друге*, в обох цих пактах, крім власне прав людини, були визначені певні права народів,

зокрема право на самовизначення. Це нова група прав, забезпечення яких вимагає колективних зусиль держав і народів. Ці так звані колективні права вважають третім поколінням прав людини. Згадування цих прав знаходимо у ст. 28 Загальної декларації прав людини: «Кожна людина має право на соціальний і міжнародний порядок, при якому права і свободи, викладені у цій Декларації, можуть бути повністю здійснені» [6].

Колективні права людини називають ще солідарними, тобто правами всього людства – правами людини та правами народів. Це право на мир, безпеку, незалежність, на здорове навколишнє середовище, на соціальний і економічний розвиток як людини, так і людства у цілому. Йдеться про ті права особи, які не пов'язані з її особистим статусом, а диктуються належністю до якоїсь спільності (асоціації), тобто є солідарними (колективними), у яких правам особи відведене основне місце (право на солідарність, право на міжнародне спілкування тощо).

Становлення третього покоління прав людини (права людини – частина прав людства) пов'язане з національно-визвольним рухом країн, що розвиваються, а також із загостренням глобальних світових проблем після Другої світової війни. Останні зумовили інтернаціоналізацію юридичних формулювань прав людини, створення міжнародних (або континентальних) пактів про права людини, законодавче співробітництво країн у питаннях про права людини, надбання наднаціонального характеру законодавствами тих держав, що підписали міжнародні пакти про права людини. Міжнародне визнання прав людини стало орієнтиром для розвитку всього людства в напрямі створення співтовариства правових держав.

XX ст. створило потужний імпульс у розвитку ідеї прав людини, але, як вважає Г. Бургерс, цей розвиток ще не досяг кульмінації [10, с. 447]. На зміну філософським роздумам про права, якими наділені люди від природи як

людські істоти, приходить розуміння прав людини як моральних вимог до уряду. Як зазначає Дж. Донеллі, права людини встановлюють моральні стандарти легітимності державної політики й є соціальними та політичними гарантіями, необхідними для захисту індивідів від поширених загроз людській гідності з боку сучасної держави та ринкових відносин [11, с. 35–38].

Викладене дозволяє зробити **висновок**, що розвиток ідеї прав людини зазнав як кількісних, так і якісних змін, наслідком яких є виникнення нових понять права і нових юридичних теорій, які формуються на основі цих понять. У результаті наукової систематизації прав людини в історичному огляді з'явилася теорія трьох поколінь прав людини.

Література

1. Шевченко О. О. Історія держави і права зарубіжних країн: – К., 1995. – 176 с.
2. Рабинович П. М., Хавронюк М. І. Права людини і громадянина. – К., 2004. – 464 с.
3. Локк Дж. Два трактати про врядування / Пер. з англ. О. Терех, Р. Димерець. – К., 2001.
4. Rousseau J. J. The Social Contract [Willmoore kendall, trans. – Chicago: Herry Regnery, 1954.
5. Lawson E. Encyclopedia of Human Rights. – N. Y., Wash., Lnd.: Taylor and Francis Inc., 1991.
6. Загальна декларація прав людини // Права людини: Міжнародні договори України, декларації, документи. – 1992.
7. Оріховський С. Промова у справі закону про целібат // Українські гуманісти епохи відродження: Антологія. У 2 ч. – К., 1995. – Ч. 1. – С. 112–180.
8. Історія вчень про право і державу. – Х., 2002. – 920 с.
9. Rubin E. L. Rethinking Humans Right // International Legal Theory: Humans Right, 2003. – Vol. 9.
10. Byrgers H. The Road to San-Francisco: The Revival of the Human Right Idea in the Twentieth Century // Hum. Rts Q. – 1992. – Vol. 14.
11. Донеллі Дж. Права людини у міжнародній політиці / Пер. з англ. Т. Завалія. Л., 2004. – 280 с.

The article investigates the development of ideas about human rights, filling its quantitative qualitative characteristics, conceptual design and consolidation in the modern legal doctrine.

В статтє исслеуется развитие идеи о правах человека, ее наполнение количественными и качественными характеристиками, концептуальное оформление и закрепление в современной правовой доктрине.



МІЖНАРОДНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ КУЛЬТУРНИХ ПРАВ І СВОБОД ЛЮДИНИ ТА ГРОМАДЯНИНА, ЇХ РЕАЛІЗАЦІЯ

Микола Мацькевич,

канд. юрид. наук, доцент,
докторант кафедри конституційного та міжнародного права
Національної академії внутрішніх справ,
заслужений юрист України

Стаття присвячена проблемам реалізації культурних прав і свобод людини, особи, громадянина в контексті їх міжнародно-правового регулювання.

Ключові слова: права, свободи, культурні права та свободи, реалізація права.

Суб'єктивні права є однією з форм прояву дії права на суспільні відносини. Сутність цієї форми полягає у тому, що у нормах права модель певної поведінки знаходить свій вираз у варіантах можливостей певної поведінки, які входять до змісту відповідних суб'єктивних прав і свобод. З метою забезпечення втілення цих можливостей у реальну повсякденну поведінку суб'єктів, які є носіями певного права, об'єктивне право покладає на інших суб'єктів кореспондуючі вказаним можливостям юридичні обов'язки.

Дослідженню міжнародного правового регулювання культурних прав і свобод людини та громадянина приділяється велика увага. Вагомим є внесок у розвиток науки конституційного права щодо конституційних культурних прав і свобод таких учених України, як А. Колодій, В. Колейчикова, В. Котюк, С. Лисенков та ін. [1–3].

Метою цієї статті є аналіз міжнародних правових актів, що регулюють культурні права і свободи людини та громадянина, визначають особливості їх реалізації.

Реалізація суб'єктивних конституційних культурних прав і свобод як правових явищ, зміст яких визначається приписами відповідних норм права, повинна забезпечуватися тим самим механізмом правового регулювання, яким забезпечується приведення поведінки всіх суб'єктів суспільних відносин у відповідність із приписами, що містяться у нормах права. Таким чином, механізм забезпечення реалізації змісту суб'єктивних конституційних культурних прав і свобод (як і всіх інших суб'єктивних прав і свобод) тотожний механізму правового регулювання суспільних відносин і є однією з форм прояву механізму правового регулювання суспільних відносин.

Кожне з комплексних суб'єктивних культурних прав має специфічне призначення, що зумовлено ознаками тих культурних (інтелектуальних) потреб та інтересів, які особа задовольняє в результаті здійснення відповідних повноважень. *По-перше*, це можливість, що покликані сприяти досягненню певного рівня культурного (інтелектуального) потенціалу, який на тому чи іншому рівні забезпечує особі можливість брати участь в інтелектуальному (культурному) житті, тобто, з одного боку, активно використовувати у своїх інтересах інтелектуально-культурний потенціал суспільства, а з іншого – вносити свій вклад у його розвиток. Такі можливості акумулюються в комплексному праві на освіту, основне призначення якого і полягає у забезпеченні адекватного даному розвитку суспільства рівня інтелектуального розвитку особи. Цей рівень повинен створювати суб'єкту вихідні можливості для користування інтелектуальними (духовними) надбаннями суспільства, а також сприяти формуванню основи для можливостей його участі у створенні нових культурних цінностей.

По-друге, це можливості, які забезпечують особі доступ до культурних надбань людства й їх використання як у суспільних, так і особистих інтересах.

По-третє, це можливості, покликані забезпечити індивіду здатність вільно здійснювати наукову й іншу інтелектуальну творчу діяльність. При цьому не має значення мета такої діяльності – виконання певного суспільного замовлення чи задоволення приватних культурних інтелектуальних потреб та інтересів.

Таким чином, з точки зору цілеспрямованості можливості певної поведінки суб'єктів, що фіксуються в положеннях міжнародно-правових актів і стосуються інтелектуальної

діяльності особи, фактично охоплюються змістом трьох комплексних суб'єктивних культурних прав і свобод:

- правом на освіту;
- правом на доступ і користування досягненнями культури;
- свободою наукової й іншої творчої діяльності.

У міжнародно-правових документах, коли йдеться про суб'єктивні культурні права, зазначається ще й про право на захист прав, що випливають із авторства, і про права батьків. Але ж критерієм, на підставі якого конкретне право особи відноситься до тієї чи іншої видової групи, є та сфера суспільних відносин, в якій це право здійснюється з найбільшою повнотою й ефективністю. У наведеному випадку це сфера культурних відносин та інтелектуальні (культурні) потреби особи. Виходячи з цих критеріїв право на захист прав, що випливають з авторства, і права батьків не можуть належати до групи культурних прав.

Право на захист прав, що випливають із авторства, за своїм змістом і спрямованістю є не суб'єктивним правом у власному розумінні, а юридичною гарантією авторських прав, які, у свою чергу, є окремими правами по відношенню до комплексної свободи наукової й іншої творчої діяльності. Адже ознакою суб'єктивного права є їх безпосередня спрямованість на оволодіння чи користування певним соціальним благом. У цьому випадку при реалізації передбачених повноважень досягається не оволодіння конкретним благом, а поновлення або захист інших повноважень (авторських прав), які безпосередньо спрямовані на конкретне соціальне благо – визнання авторства, одержання гонору тощо.

Таким чином, неважко помітити, що перелік комплексних суб'єктивних культурних прав і свобод досить близький до формулювань, які містяться у відповідних статтях чинної Конституції України. Це свідчить, що Конституція України відповідає сучасним міжнародно-правовим стандартам щодо визначення необхідного рівня можливостей особи у сфері культурної діяльності. Однак з метою забезпечення більшої відповідності конкретних положень національного законодавства положенням міжнародно-правових актів доцільно було б викласти формулювання комплексних суб'єктивних культурних прав у такій редакції: право на освіту; право на доступ і на користування досягненнями культури; свобода наукової й іншої творчої діяльності.

Міжнародно-правові акти неоднозначно підходять до визначення цілей, які ставляться при юридичному закріпленні та реалізації суб'єктивних культурних прав. Із усієї сукуп-

ності цих прав лише при закріпленні права на освіту визначаються і його цілі.

Хронологічно першими цілі права на освіту були сформульовані ще у Загальній декларації прав людини. Потім (з невеликими редакційними відмінностями) вони були відтворені в Міжнародному пакті про економічні, соціальні та культурні права, у Конвенції про боротьбу з дискримінацією в галузі освіти й у Конвенції про права дитини. Відповідно до цих документів зміст і реалізація суб'єктивного права на освіту повинні бути спрямовані на:

- забезпечення певного рівня розвитку особи, який би сприяв усвідомленню нею гідності та поваги до прав і свобод людини;
- сприяння взаєморозумінню, терпимості та дружби між усіма народами, расовими або релігійними групами;
- сприяння діяльності ООН по підтримці миру у світі.

Заслужовує на увагу те, що досягнення цілей, які складають перші дві групи, покликане забезпечити розвиток особи як такої, що має певний рівень інтелектуальної підготовки, свідомого члена спільності людей, для якого органічно неприйнятні будь-які дискримінаційні мотиви поведінки. Іншими словами, визначені цілі виходять із мінімуму потреб, що забезпечують підготовку особи як лояльного учасника суспільних відносин.

Що стосується цілей, об'єднаних у третій групі, то їх формулювання з необхідністю відображають найважливіші завдання, які стоять перед ООН як міжнародною організацією. Тому обійти їх при формуванні змісту найважливіших міжнародних документів неможливо.

Певні особливості закріплення цілей права на освіту притаманні Конвенції про права дитини. В її досить об'ємній ст. 29 зафіксовано широкий перелік цілей права на освіту: від розвитку розумових і фізичних здібностей дитини – до поваги принципів, проголошених у Статуті ООН і виховання поваги до навколишньої природи. Така деталізація зумовлена особливостями суб'єктів права на освіту, про які йдеться в цій Конвенції. Адже, щоб забезпечити розвиток дитини як повноцінного, гармонійно розвинутого й активного члена суспільства їй необхідно прищепити досить широке коло знань, переконань, зразків поведінки. Всі ці навички об'єктивно необхідні людині безвідносно до її расової чи національної належності, політичних уподобань тощо. Формування у дитини таких навичок і переконань передбачається при досягненні перелічених у Конвенції цілей права на освіту. Саме тому вони й подаються досить детально. Крім того, це підкреслює соціальну й особистісну цінність права на освіту і тим

самим спонукає приєднуватися до зазначеної Конвенції максимальну кількість держав.

При формулюванні цілей, які визначаються перед суб'єктивними культурними правами, в національному, перш за все у Конституційному, законодавстві, на нашу думку, слід вказувати не на цілі кожного конкретного суб'єктивного права, коло яких з плином часу може змінюватись, а на цілі всієї групи суб'єктивних культурних прав. При цьому доцільно формулювати їх у найзагальнішій формі (вказуючи, наприклад, що метою культурних прав є досягнення особою такого рівня інтелектуального розвитку, який би забезпечував їй реальні можливості ефективного використання досягнень культури та науки, участь у їх подальшому розвитку). Такий підхід, по-перше, сприяє чіткому визначенню суспільної й особистісної цінності всіх без винятку прав і свобод, які утворюють цю групу; по-друге, надає широкі можливості для деталізації та конкретизації прав і свобод відповідно до можливостей і завдань даного етапу розвитку держави та суспільства.

Суб'єктивні культурні права та свободи є невід'ємною частиною системи прав і свобод особи у сучасному демократичному суспільстві. Саме тому їх реалізація має забезпечуватися тією ж системою економічних, політичних, ідеологічних та юридичних гарантій, що й реалізація інших видів прав і свобод. Отже, гарантії, що передбачаються міжнародними актами для забезпечення всієї системи демократичних прав і свобод особи, стосуються і культурних прав, і свобод.

До таких гарантій відносяться, наприклад, положення про необхідність забезпечення володіння людиною всіма передбаченими правами та свободами незалежно від раси, кольору шкіри, статі, мови, релігії, політичних або інших переконань, національного чи соціального походження, майнового, станового або іншого становища. Сюди слід віднести і заборону встановлювати різницю в правах людини на основі економічного, політичного або міжнародного статусу країни чи території, до якої людина належить, а також вимогу забезпечення рівного захисту від будь-якої дискримінації, ефективного поновлення у правах компетентним судом тощо.

Що стосується гарантій, спрямованих безпосередньо на забезпечення саме суб'єктивних культурних прав, то йдеться лише про необхідність економічного й іншого забезпечення права на освіту як комплексного права, яке є інструментом формування та розвитку індивіда як повноцінного й активного члена суспільства. З цією метою міжнародне співтовариство орієнтує на забезпечення не лише безплатної, а й обов'язкової початкової освіти.

Оскільки матеріальний розвиток багатьох держав ще не дає змоги зробити безплатними технічну, професійну та вищу освіту, вказані документи закликають забезпечувати доступність цих видів освіти, а для підтримки найбільш здібних претендентів на навчання впроваджувати відповідні системи стипендій і пілг аж до поступового запровадження безоплатної освіти.

Крім того вказується, що держава повинна забезпечувати кожній людині захист моральних і матеріальних інтересів, які виникають у зв'язку з будь-якими науковими, літературними чи художніми працями, автором яких вона є. Йдеться про забезпечення певних повноважень, які впливають з комплексної свободи наукової й іншої творчої діяльності. При цьому гарантії інших культурних прав і свобод не конкретизуються. Таким чином, міжнародно-правові акти не зосереджують увагу на деталізації гарантій конкретних повноважень, які впливають із змісту культурних прав. У такий спосіб визначення кола та змісту цих гарантій передається на розсуд держав – учасниць відповідних договорів і зумовлюється їх можливостями. Винятком є лише гарантії права на освіту, які визначаються досить конкретно. Причина цього полягає в особливій ролі цього комплексного права в системі культурних прав і свобод: адже від змісту та рівня його реальності повністю залежать зміст і реальність усіх інших прав і свобод, що входять до цієї групи.

При закладенні основ правового статусу особи міжнародно-правові акти виходять із єдності прав і обов'язків громадянина та держави. Кореспондування прав і обов'язків цих суб'єктів покликане забезпечити їх рівність як учасників тих чи інших суспільних відносин, взаємну заінтересованість у реальності їх взаємних прав і обов'язків. Виходячи з необхідності забезпечення прав та інтересів усіх учасників суспільних відносин, указані документи допускають можливість застосування певних обмежень при здійсненні прав і свобод громадян. Про це йдеться в Загальній декларації прав людини (ст. 29), у Міжнародному пакті про економічні, соціальні та культурні права (ст. 4), у Міжнародному пакті про громадянські і політичні права (ч. 1 ст. 4) [4].

Застосування вказаних обмежень зумовлено сукупністю певних обставин. Серед них перше місце посідає необхідність виключно законодавчого врегулювання підстав і меж застосування таких обмежень, що покликане запобігати проявам свавілля з боку державних органів та їх посадових осіб у сфері прав громадян. Міра таких обмежень повинна відповідати рівню гостроти становища, у зв'язку з яким вони запроваджуються. Вони по-

винні мати на меті забезпечення фактичної реалізації вимог моралі, громадського порядку та загального добробуту в демократичному суспільстві.

Найконкретніше умови, за яких можливе застосування обмежень прав людини, деталізуються щодо громадянських і політичних прав. У відповідному пакті йдеться конкретно про виникнення надзвичайного становища, за якого життя нації перебуває під загрозою, про що має бути офіційно оголошено.

Заслугує на увагу умова застосування обмежень відповідних прав, яка міститься у Міжнародному пакті про економічні, соціальні та культурні права. У цьому Пакті вказується на можливість застосування лише таких обмежень цих видів прав і свобод, які сумісні з їх природою. На нашу думку, при усвідомленні та застосуванні даного положення слід виходити з того, що правомірним і ефективним обмеження будь-якого права може бути за умови його конкретності, адресності, тобто коли воно полягає в утрудненні або в повній забороні користування виключно тими соціальними благами, на оволодіння якими може бути спрямована реалізація того чи іншого конкретного права. На цій підставі абсолютно недопустимо, маючи на меті обмеження культурних прав, прямо чи опосередковано запроваджувати обмеження можливостей, що входять і до складу інших видів

прав, і навпаки. Неправомірно обмежувати можливості, які випливають із змісту культурних прав, коли йдеться про обмеження, наприклад, політичних чи економічних прав.

Висновки

Враховання у національному законодавстві особливостей міжнародно-правового регулювання культурних прав сприятиме забезпеченню його відповідності основним положенням міжнародного права щодо прав особи, людини та громадянина. У той самий час слід мати на увазі, що забезпечення належного співвідношення міжнародного права та національного законодавства на будь-якому його рівні є складним і кропітким процесом, а тому потребує належного наукового забезпечення.

Література

1. *Загальна теорія держави і права* / А. М. Колодій, В. В. Копейчиков, С. Л. Лисенков та ін.; За ред. В. В. Копейчикова. – К., 2000. – 320 с.
2. *Котюк В. О.* Теорія права. – К., 1996. – 208 с.
3. *Лисенков С. Л.* Загальна теорія держави і права. – К., 2006. – 355 с.
4. *Загальна декларація прав людини* (ООН, 1948) // *Права людини: Міжнародні договори України, декларації, документи*. – К., 1992. – С. 18–24.

The article is sanctified to the problems of realization of cultural rights and freedoms of man, person, citizen in a context them of international legal adjusting.

Стаття посвячена проблемам реализации культурных прав и свобод человека, лица, гражданина в контексте их международно-правового регулирования.



ДО УВАГИ АВТОРІВ!

Редакція журналу здійснює роботи
з редагування, коректури та верстки:
дисертацій, авторефератів, монографій,
наукових посібників.
Контактні телефони: 528-34-64, 513-33-16

ПРИНЦИП ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА ТА ПРАВО НА СУД

Тетяна Цувіна,

аспірантка кафедри цивільного процесу
Національного університету «Юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого»

Стаття присвячена принципу верховенства права та праву на суд у цивільних справах, закріпленому в п. 1 ст. 6 Європейської конвенції про захист прав людини та основоположних свобод; розглядається співвідношення цих понять через призму практики Європейського суду з прав людини.

Ключові слова: верховенство права, право на суд.

Конституція України у п. 1 ст. 8 закріпила положення про те, що в Україні визнається та діє принцип верховенства права. Сьогодні цей принцип став однією з визначальних цілей демократичного суспільства, певним ідеалом, до якого прагне більшість держав сучасного світу. Про це, зокрема, свідчить закріплення верховенства права на міжнародному рівні в таких документах, які ратифікувала Україна, як Загальна декларація прав людини, Статут Ради Європи, Європейська конвенція про захист прав людини та основоположних свобод (далі – ЄКПЛ). Вагомим внеском у розбудову даного принципу стало його тлумачення Європейським судом з прав людини, який у своїх рішеннях розробив певні критерії верховенства права. Серед таких критеріїв знаходимо і деякі елементи «права на суд», закріпленого у п. 1 ст. 6 ЄКПЛ, що свідчить про певну дихотомію верховенства права та права на суд, а також зумовлює необхідність дослідження права на суд у цивільному судочинстві в світлі вимог загального принципу верховенства права.

Проблеми верховенства права досліджували Н. Варламова, М. Гартвіг, С. Головатий, А. Дайсі, Р. Деніелс, Р. Клейнфілд, М. Козюбра, Л. Лукайдес, С. Максимов, В. Мармазов, Т. Нешатаєва, М. Ньюмен, Р. Пієренбум, С. Погребняк, А. Пухтецька, П. Рабінович, Д. Раз, Р. Саммерс, Б. Таманага, М. Требілкок та ін.

Ідея верховенства права має давню історію; її витoki знаходимо ще у працях античних і середньовічних мислителів [1–6]. Однак уперше вислів «верховенство права» вжив Дж. Гаррінгтон у 1656 р., характеризуючи республіку як імперію законів, а не людей (imperia of law, not of man) [7, с. 57; 8, с. 150]. Разом із тим зазначене поняття введено в термінологічний обіг та отримало доктринальне тлумачення завдяки англійському вченому-конституціоналісту А. В. Дайсі [9] у 1885 р. Учений виводить три елементи верховенства

права: відсутність свавілля уряду; рівність усіх перед законом; загальні норми конституційного права є результатом звичайного права держави [9, с. 220–230]. Ця концепція верховенства права вважається класичним розумінням принципу верховенства права.

Слід зазначити, що сьогодні не існує єдиної загальновизнаної дефініції верховенства права, більше того плюралізм думок існує також стосовно його елементів. Цей факт зумовлює необхідність класифікації підходів до визначення поняття верховенства права та його складових.

Доктринально майже загальновизнано, що концепції верховенства права поділяються на матеріальні та формальні [10–13]. Разом із тим у літературі є й інші варіанти класифікації. Так, А. Сантос виділяє чотири підходи до верховенства права: два основних критерії класифікації (рівень автономії правопорядку від інших порядків, наприклад моралі та політики, і рівень ступеня відносної вартості щодо конкуруючого погляду). За першим критерієм автор виділяє субстантивний (substantive) й інституційний (institutional) підхід до верховенства права, за другим – поділяє кожен із цих підходів на інструментальну (instrumental) та внутрішню (intrinsic) версії [14]. Серед інших класифікацій є поділ на цільові або результативні (ends-based) та інституційні (institutional) дефініції даного феномена [15, с. 3]. У конституційному праві поширеною є класифікація на товсті або насичені («thick») і тонкі або ненасичені («thin») концепції верховенства права [16–19]. Деякі автори також виокремлюють поряд із формальним і матеріально-правовим підходом функціональний підхід до визначення верховенства права [20, с. 55].

На нашу думку, ідея верховенства права має філософсько-правове підґрунтя й іманентно пов'язана з пануючим типом праворозуміння, а тому класифікація підходів до верховен-

ства права має провадитися в нерозривному зв'язку з останніми. З огляду на це вважаємо за доцільне виділяти інституціональний (формальний), заснований на позитивістському праворозумінні, та субстантивний (матеріальний), заснований на природноправовому праворозумінні, підходи до верховенства права.

Відповідно до інституціональних концепцій верховенство права пов'язується, перш за все, з дотриманням певних формальних вимог, правил, законів. Такими формальними вимогами виступають певні інституціональні атрибути, тобто необхідні зовнішні ознаки, з наявністю або відсутністю яких пов'язується ступінь дотримання верховенства права. Серед таких формальних вимог верховенства права можна виділити такі: загальновідомі та незмінні закони; відсутність законів, які застосовуються тільки до певних індивідів або до певних класів; відсутність зворотної сили законів; незалежна й ефективна судова влада; судовий нагляд за діяльністю уряду; дієві правоохоронні органи тощо [15, с. 16; 20, с. 55].

Прихильники субстантивних концепцій звертають увагу, перш за все, на матеріально-правові вимоги, у залежність від яких ставиться дотримання принципу верховенства права. Слід зазначити, що такими матеріально-правовими критеріями виступають певні загальнолюдські цінності, які повинні бути визначеними для того, щоб оцінити рівень дотримання верховенства права у суспільстві. Зокрема, ними можуть бути дотримання прав людини та громадянина; демократія; наявність у уряду обов'язку дотримуватися закону; рівність перед законом; передбачувані й ефективні рішення; право на соціальне забезпечення; гідність людини [8, с. 162–163; 14, с. 258–266; 15, с. 7–15].

Разом із тим останнім часом відбувається активізація в розробленні таких концепцій верховенства права, які, продовжуючи природноправову парадигму, характеризуються інтегративністю підходу до означеної проблематики. Такі концепції загалом засновані на визнанні дуальності права як вияву його онтологічної структури або природи, існуванні двох самостійних реальностей: природного та позитивного права [21, с. 41]. Такі концепції верховенства права засновані на досягненнях субстантивного й інституціонального підходів (з урахуванням матеріально-правових і формальних вимог верховенства права). Так, до виділення двох рівнозначних аспектів у змісті принципу верховенства права схиляється і більшість вітчизняних учених. С. Погребняк виділяє формальний і матеріальний аспекти верховенства права [8, с. 162–177]. С. Шевчук – формальну й органічну ха-

рактеристики даного принципу [7]. Д. Вовк зазначає, що визначення принципу верховенства права має поєднати природноправовий і позитивістський підходи [22]; М. Козюбра розглядає верховенство права у матеріальному та формальному значенні [23, с. 30].

Зважаючи на викладене, можна зробити висновок, що сьогодні все більше утверджується інтегративний природноправовий підхід до верховенства права, який намагається досягти балансу між формальними та матеріально-правовими вимогами цього принципу. Вирішення зазначеного питання вбачається можливим лише у контексті розв'язання більш широкої проблеми, пов'язаної з сучасними тенденціями зміни парадигми праворозуміння, відходом від суто позитивістських поглядів у бік природноправового розуміння правової реальності. Такі концепції покликані відновити баланс між змістом і формою, та, на нашу думку, найбільше відповідають вимогам сьогодення.

Розглянуті доктринальні підходи можуть бути застосовані при аналізі принципу верховенства права, закріпленого в ЄКПЛ та його інтерпретації у прецедентній практиці Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ).

Ідея верховенства права, демократія та права людини – три опори для Ради Європи, що впливає з Преамбули та ст. 3 Статуту Ради Європи, а також закріплено у Преамбулі ЄКПЛ [24]. Слід зазначити, що закріплення даного принципу в преамбулах цих документів свідчить про особливе значення, яке надається верховенству права у сучасних умовах. Про це свідчить і практика ЄСПЛ, який неодноразово зазначав, що верховенство права є одним із основоположних принципів у демократичному суспільстві, що властивий усім статтям ЄКПЛ. Так, у рішенні в справі «Амуур проти Франції» зазначається, що верховенство права є принципом, який властивий кожній статті ЄКПЛ, і ним слід керуватися при її тлумаченні. Тому ЄСПЛ, дотримуючись даного правила, при тлумаченні тієї чи іншої статті ЄКПЛ постійно виводить нові вимоги даного принципу.

Аналіз прецедентної практики ЄСПЛ свідчить, що у своїх рішеннях ЄСПЛ виводить як формальні (доступ до суду, наявність судового контролю за втручанням виконавчих органів у права людини; підпорядкованість судовому рішенням всіх органів державної влади тощо), так і матеріальні (наявність демократичного режиму, визнання пріоритетності прав людини у діяльності держави тощо) вимоги верховенства права, що є підтвердженням того, що при тлумаченні даного принципу ЄСПЛ дотримується природно-правових поглядів із застосуванням інте-

гративного підходу. Про це, зокрема, свідчить Звіт Комітету Ради Європи з правових питань і прав людини, де зазначається, що дослідження принципу верховенства права у різних правових сім'ях на європейському рівні має на меті наголосити на відмінностях між формальними концептами даних теорій, які досліджують інституційні або процедурні вимоги, і субстантивними концептами, які вимагають, щоб зміст позитивних правових приписів звертався до беззаперечного ідеалу, введеного, зокрема, з посиланням на права людини [25].

У контексті розвитку різних концепцій праворозуміння заслуговує на увагу те, що принцип верховенства права в аспекті його практичного застосування, а не лише доктринального обґрунтування, завжди характеризувався такою його складовою, як право на суд, яке збагачувалось. Особливо це стало очевидним у зв'язку із застосуванням ЄКПЛ та практики ЄСПЛ. Таким чином, право на суд можна розглядати як підсистему принципу верховенства права.

Слід зазначити, що право на суд, закріплене у п. 1 ст. 6 ЄКПЛ, є фундаментальним правом людини, розвиток і регламентація якого здійснювалися у контексті формування уявлень про права та свободи людини. ЄСПЛ при тлумаченні ст. 6 ЄКПЛ послідовно дотримується демократично спрямованого на верховенство права підходу. Так, принцип верховенства права вважається базовим при тлумаченні цього положення, що виводиться з міжнародно-правового принципу верховенства права, закріпленого у ст. 3 Статуту Ради Європи, та вважається його частиною.

Право на суд має досить складну структуру, яку складає сукупність взаємопов'язаних між собою інституціональних і процедурних елементів. Разом із тим з точки зору тлумачення змісту верховенства права та його реалізації відповідно до п. 1 ст. 6 ЄКПЛ у контексті цивільного судочинства цей принцип має такі складові елементи, як доступ до суду, суб'єктивна безсторонність суду, остаточність та обов'язковість рішення суду, принцип правової визначеності, виконання рішень суду, заборона втручання законодавця у процес відправлення правосуддя.

Доступ до суду. Першим рішенням, в якому приділялася увага принципу верховенства права та праву на доступ до суду, було рішення у справі «Голдер проти Сполученого Королівства». Ця справа має вирішальне значення для розвитку права на суд, адже у ній зазначається, що процесуальні вимоги самі собою є недостатніми для встановлення повного змісту п. 1 ст. 6 ЄКПЛ; це лише елементарні гарантії, що відрізняють судовий процес від інших способів визначення юридич-

ного становища особи. Саме ці вимоги, в поєднанні з доступом до судів, є сутністю верховенства права. Процесуальні гарантії важитимуть значно менше, якщо право доступу до них не буде складовою частиною п. 1 ст. 6 ЄКПЛ. На підставі цього ЄСПЛ дійшов висновку, що у цивільних справах неможливо уявити верховенство права, коли не існує можливості мати доступ до судів. Завдяки такому підходу право на доступ до суду визнане невід'ємною складовою права на суд, хоч і не вираженим у ньому текстуально. Такої позиції дотримується ЄСПЛ і у більш пізніх рішеннях, наприклад у рішеннях у справах «Ашангдейн проти Сполученого Королівства», «Фогерті проти Сполученого Королівства», «Занд та інші проти Сполученого Королівства», «Креуз проти Польщі», «Т. П. і К. М. проти Сполученого Королівства». Так, у справі «Занд та інші проти Сполученого Королівства» ЄСПЛ зазначив, що процедурні гарантії не матимуть сенсу, якщо не буде захисту для попередньої умови здійснення цих гарантії, що має назву «доступ до суду», та розглядається як невід'ємний аспект гарантії, закріплених у ст. 6 ЄКПЛ, відповідно до принципу верховенства права та для запобігання свавілля влади.

У справах «Беллет проти Франції», «Де Жере де ла Прудель проти Франції», «Яхтзілар проти Греції» ЄСПЛ звертає увагу на те, що ступінь доступу до суду, встановлений національним законодавством, також повинен бути достатнім для забезпечення особи права на суд, беручи до уваги принцип верховенства права у демократичному суспільстві. Щоб право доступу було ефективним, особа повинна мати недвозначну можливість оскаржити дію, що є втручанням у її права.

У таких справах, як «Файед проти Сполученого Королівства» та «Дайер проти Сполученого Королівства» зазначається, що було б несумісним із принципом верховенства права у демократичному суспільстві та з базовими принципами, закріпленими у п. 1 ст. 6 ЄКПЛ, якщо, наприклад, держава зможе без обмежень або будь-якого контролю з боку конвенційних органів виключити з юрисдикції судів широке коло цивільних справ або надавати імунітети від цивільно-правової відповідальності великим групам або категоріям громадян.

Суб'єктивна безсторонність суду. У рішеннях по справі «Пуллар проти Сполученого Королівства» ЄСПЛ зазначає, що принцип, згідно з яким суд вважається вільним від особистих переконань та упередженості, має давню історію у судовій практиці ЄСПЛ. Він відображає важливий елемент верховенства права: рішення суду має бути остаточним та обов'язковим, якщо воно не відмінене вищестоя-

ящим судом через неправильність або несправедливість. Цей принцип повинен однаково застосовуватися до всіх форм суду, у тому числі до суду присяжних.

Слід зазначити, що інколи питання про безсторонність суду виникає не у зв'язку із тлумаченням права на суд. Так, у справі «Санді Таймс» проти Сполученого Королівства», де розглядалося питання порушення ст. 10 ЄКПЛ, ЄСПЛ підкреслив, що вираз «авторитет і безсторонність судової влади» слід розуміти «у сенсі ЄКПЛ», тобто з урахуванням того, що провідною у даному контексті є ст. 6 ЄКПЛ, де відображений основоположний принцип верховенства права.

Остаточність та обов'язковість рішень суду, принцип правової визначеності. У рішенні у справі «Брумереску проти Румунії», «Світлана Науменко проти України», «Рябих проти Росії», «Праведна проти Росії», «Совтрансавто-Холдинг проти України» ЄСПЛ зазначив, що право на справедливий судовий розгляд, гарантоване п. 1 ст. 6 ЄКПЛ має інтерпретуватися у світлі Преамбули ЄКПЛ, яка закріплює положення про те, що верховенство права є частиною спільної спадщини Договірних держав. Одним із фундаментальних аспектів верховенства права є принцип правової визначеності, який вимагає, зокрема, що якщо суди винесли остаточне рішення у справі, то їх рішення не може ставитися під сумнів.

Виконання рішень суду. У подальшій практиці, наприклад рішення в справах «Хорнсбі проти Греції», «Ромашов проти України», «Васерман проти Росії», «Малиновський проти Росії», «Гізатова проти Росії», ЄСПЛ зазначив, що право на суд стало б ілюзорним, якщо б правова система держави дозволяла, щоб кінцеве й обов'язкове рішення суду залишалося б невиконаним, що завдавало б шкоду одній із сторін. Складно уявити, що ст. 6, докладно описуючи процесуальні гарантії, які надаються сторонам (справедливий, публічний і швидкий розгляд) залишила б виконання судових рішень без захисту; тлумачення ст. 6 як присвяченої виключно праву на суд і проведенню справедливого судового розгляду могло б призвести до наслідків, які були б несумісними з принципом верховенства права, обов'язок дотримуватися якого Високі Договірні Сторони взяли на себе, ратифікувавши ЄКПЛ. Виконання рішень, ухвалених будь-яким судом, слід розглядати як невід'ємну частину «судового розгляду» для цілей ст. 6.

У рішеннях у справах «Імобільєре Саффі проти Італії», «Лучіано Россі проти Італії» ЄСПЛ звернув увагу на те, що право на суд захищає виконання остаточних, обов'язкових судових рішень, які у державах, що

дотримуються верховенства права, не можуть залишатися невиконаними, заподіюючи шкоду одній із сторін. Відповідно у цій справі ЄСПЛ робить висновок, що виконання судового рішення не може безпідставно затримуватися.

У справі «Ясуньєне проти Латвії» зазначається, що затримка у виконанні судових рішень може бути виправдана лише за наявності особливих обставин. Однак затримка не може бути такою, що порушує сутність права, закріпленого у ст. 6 ЄКПЛ.

Заборона втручання законодавця у процес відправлення правосуддя. Дану вимогу, яка, з одного боку, є втіленням принципу поділу влади, а з іншого – відображає прагнення забезпечити рівність можливостей у розумінні справедливої рівноваги між сторонами у цивільному процесі, було виведено у рішенні в справі «Грецькі нафтопереробні заводи «Стрен» і Стратіс Андреадіс проти Греції», де зазначається, що принцип верховенства права та поняття справедливого судового розгляду, закріплене у ст. 6, виключає будь-яке втручання з боку законодавчого органу у процес відправлення правосуддя з метою вплинути на вирішення спору судом. Це положення в подальшому було застосоване при вирішенні справ «Агудімос та судноплавна компанія «Сефаллоніан Скай» проти Греції», «Нікула проти Фінляндії» тощо.

Викладене дозволяє зробити **висновок**, що право на суд є похідним від концепту ідеї верховенства права; його можна розглядати як підсистему принципу верховенства права. Аналіз практики ЄСПЛ засвідчив, що існує певна дихотомія між верховенством права та правом на суд, яка полягає в тому, що такі вимоги принципу верховенства права, як доступ до суду, безсторонність суду, правова визначеність, обов'язковість виконання рішень суду та заборона втручання законодавчого органу в процес відправлення правосуддя, є одночасно й елементами права на суд у цивільному судочинстві; право на суд є певним еквівалентом загального принципу верховенства права у цивільному судочинстві. Такий підхід з очевидністю фундаменталізує проблему судового захисту та правосуддя і виводить її на рівень сучасних методологічних проблем правознавства.

Література

1. Головатий С. Верховенство права: У 3 кн. – К., 2006. – Кн. 1.
2. Пухтецька А. Еволюція доктринального тлумачення принципу верховенства права: від зарубіжної доктрини до вітчизняного праворозуміння // Юридичний журнал. – 2007. – № 12. – С. 37–43.

3. *Губарев К.* Деякі історичні передумови виникнення принципу «верховенства права» // Юридичний журнал. – 2006. – № 9. – С. 31–39.
4. *Рабінович П. М.* Верховенство права // Юридична енциклопедія. – К., 1998. – Т. 1. – С. 341–342.
5. *Лукайдез Л.* Принцип верховенства права и права человека (с особым учетом практики Европейского суда по правам человека) // Права человека: Практика Европейского Суда по правам человека. – 2006. – № 4. – С. 25–34.
6. *Tamanaha B.* On the Rule of Law: History, Politics, Theory. – Press Syndicate of the University of Cambridge, 2004. – 180 p.
7. *Шевчук С.* Формальна та органічна характеристика принципу верховенства права: до нових методів тлумачення конституції // Українське право. – 1998. – № 2. – С. 56–68.
8. *Погребняк С. П.* Основоположні принципи права (змістовна характеристика). – Х., 2008. – 240 с.
9. *Дайси А. В.* Основы государственного права Англии (Introduction to the study of the law of the constitution): Введение в изучение английской конституции / Под ред. П. Виноградова. – М., 1907. – 671 с.
10. *Craig P.* Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework // Public Law. – Autumn, 1997. – P. 467–487.
11. *Summers R. S.* A Formal Theory of the Rule of Law // Ratio Juris. – 1993. – № 6.
12. *Tamanaha B.* On the Rule of Law: History, Politics, Theory. – Press Syndicate of the University of Cambridge, 2004.
13. *Stigal D.* The Rule of Law: a Primer and Proposal // Military Law Review. – 2006. – Vol. 189. – P. 92–111.
14. *Santos A.* The World Bank's uses of the «rule of law» promise in economic development // David M. Trubek, Alvaro Santos. The New Law and Economic Development: a Critical Appraisal. – Cambridge University Press, 2006. – P. 253–300.
15. *Kleinfeld R.* Competing Definitions of the Rule of Law: Implications for Practitioners // Carnegie Papers – Num. 5, Jan. 2005. – Carnegie Endowment for International Peace. – 41 p.
16. *Trebilcock M. J., Daniels R. G.* Rule of Law Reform and Development: Charting the Fragile Path of Progress. – Edward Elgar Publishing Limited, 2008.
17. *Neumann M.* The Rule of Law: Politizing ethics. – Burlington. VT: Ashgate, 2002.
18. *Peerenboom R.* Varieties of Rule of Law: An introduction and provisional conclusion // Asian Discourses of Rule of Law: Theories and implementation of rule of law in twelve Asian countries, France and U. S. edited by R. Peerenboom. – Routledge Curzon, 2004.
19. *Saunders Sh., K. Le Roy* The Rule of Law. – Sidney, 2003.
20. *Пухтецька А.* Щодо еволюції розуміння принципу верховенства права в західній юридичній науці // Вісник Запорізького національного університету: Юрид. науки. – 2006. – № 3. – С. 52–58.
21. *Максимов С.* Дуальність права // Право України. – 2010. – № 4. – С. 36–42.
22. *Вовк Д.* Проблеми визначення та дії принципу верховенства права в Україні // Право України. – 2003. – № 11. – С. 127–130.
23. *Козюбра М.* Принцип верховенства права і конституційна юрисдикція // Вісник Конституційного Суду України. – 2000. – № 4.
24. *Report on the Rule of Law, Adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session (Venice, 25–26 March 2011).* – Режим доступу. – <http://www.venice.coe.int/docs/2011/CDL-AD%282011%29003rev-e.pdf>.
25. *The principle of Rule of Law / Report Committee on Legal Affairs and Human Rights.* – Режим доступу. – <http://assembly.coe.int>.

The article is devoted to the principle of rule of law and the right to a court, fixed in Article 6 Clause 1 of The European Convention on Human Rights. It is considered the relationship of these concepts through the prism of practice of European Court on Human Rights.

Стаття посвячена принципу верховенства права и праву на суд по гражданским делам, закрепленному в п. 1 ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод; рассматривается соотношение данных понятий сквозь призму практики Европейского суда по правам человека.



ОЦІНОЧНІ КАТЕГОРІЇ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ ТА ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ

Ольга Бакалінська,

канд. юрид. наук, доцент

Київського національного торговельно-економічного університету

У статті аналізуються особливості законодавчого закріплення реалізації окремих оціночних категорій у цивільному праві України, розкриваються основні теоретичні підходи до визначення поняття «оціночні категорії» й особливості застосування цих категорій у цивільному праві та процесі України.

Ключові слова: оціночні категорії, добросовісність, розумність, справедливість.

Ефективність національної правової системи України у багатьох випадках визначається тим, як саме сформульовані норми чинного законодавства, які засоби використовує законодавець для побудови правової системи, у тому числі цивільного законодавства. Характерною ознакою сучасного законодавства є широке використання таких оціночних категорій, як добросовісність, розумність і справедливість. Слід зазначити, що відповідні правові категорії отримали своє закріплення та розвиток у цивільному законодавстві під впливом використання досвіду побудови західних правових систем.

Оціночні поняття та категорії – дуже специфічні явища. Вперше поняття «оціночні поняття» ввів у радянську правову доктрину С. Вільнянський. Оціночні поняття він визначав як такі, що дають суду можливість вільної оцінки фактів і обліку індивідуальних особливостей конкретного випадку при обов'язковому застосуванні закону [1, с. 13]. Я. Брайнін також зазначав, що оціночні поняття – це поняття, які не конкретизовані законодавцем і уточнюються органом, що застосовує закон [2, с. 27]. А. Діденко вважає, що оціночним поняттям є поняття, за допомогою якого законодавець надає суб'єктам реалізації правових норм у процесі такої реалізації (використання, виконання, дотримання, застосування норм права) самим визначати межу, що відділяє один правовий стан від іншого, або правовий стан від неправового [3, с. 25–51]. На думку Т. Кашаніної, оціночне поняття в праві – це виражене в нормах права положення (припис законодавця), в якому закріплюються найбільш загальні ознаки, властивості, якості, зв'язки та відношення різноманітних предметів, явищ, дій, процесів, що детально не роз'яснюється законодавцем із тим, щоб вони конкретизувалися шляхом оцінки в процесі застосування права [4, с. 21].

У наукових колах досі точиться дискусія щодо термінологічного визначення оціночних понять і категорій. Зокрема, науковці ви-

користують такі словосполучення, як «оціночні поняття» (С. Вільнянський, О. Шумиліна, А. Миронов, М. Лук'яненко [1; 5, с. 6–8; 6, с. 6; 7, с. 27]), «оціночні терміни» (А. Черданцев, С. Хижняк [8, с. 93–102; 9, с. 68]), «оціночні категорії» (Н. Агамиров, С. Головіна [10, с. 16; 11, с. 154]).

Кожне явище, дія, факт, що узагальнюються в оціночній категорії чи понятті, мають велику кількість властивостей та ознак, які роблять їх якісно визначеними. Якісна визначеність є основою пізнання [12]. В оціночних поняттях фіксуються лише найбільш загальні ознаки узагальнених явищ. Що стосується категорій, то в теорії права їх прийнято визначати як граничні за рівнем узагальнення фундаментальні абстрактні поняття теорії правознавства або загальні поняття, що відображають найбільш істотні зв'язки і відносини реальної дійсності та пізнання [7, с. 33–34]. Зважаючи на специфіку визначення змісту цих понять, найбільш загальні оціночні поняття можуть бути визначені як категорії, наприклад, добросовісність, розумність і справедливість; оскільки вони мають «надгалузевий» характер, їх застосування ґрунтується на нормах етики та моралі, а безпосередній зміст встановлюється залежно не тільки від обставин справи, а й від ментальних особливостей нації, звичаїв тощо.

Дослідженню питань застосування оціночних категорій присвячені праці С. Алексєєва, В. Асмуса, А. Васильєва, В. Жеребкіна, І. Зайцева та ін. Серед сучасних російських дослідників заслуговують на увагу праці Є. Богданова, О. Богданової, В. Грибанова, Т. Дроздової, М. Лук'яненко, Р. Нигматдинова, А. Малиновського. Термін «оціночне поняття» є досягненням науки загальної теорії права, хоча дослідженню проблем застосування оціночних категорій увага приділялась і в галузевих дослідженнях [13, с. 3, 8–12]. Докладно це питання розглядалося в науці кримінального права, зокрема щодо використання оціночних категорій при кваліфікації

злочинів, а також в адміністративному та трудовому праві. В науці цивільного та цивільно-процесуального права подібні дослідження майже відсутні. І це при тому, що понад 70 % суддів посиляються на складнощі при тлумаченні та застосуванні оціночних категорій [13, с. 3].

Незважаючи на бурхливі зміни, що відбулися в українському законодавстві, зокрема на запровадження в різних галузях чинного законодавства великої кількості оціночних понять і категорій (істотна шкода, розумна ціна, значна конкуренція, справедлива частка), їх теоретичне осмислення за часів незалежності України не здійснювалося.

Застосування оціночних категорій у теорії та практиці цивільного права та процесу є неоднозначним; з одного боку, вони надають необхідної гнучкості цивільно-правовому регулюванню, з огляду на те, що при їх застосуванні суд має можливість враховувати обставини конкретної справи, з іншого – використання оціночних категорій призводить до певного суб'єктивізму при застосуванні та тлумаченні відповідних норм права конкретним представником правозастосовчого органу [7, с. 5].

Провідна роль у визначенні змісту оціночних категорій належить суду, який, аналізуючи поведінку суб'єкта права, визначає правильність трактування та застосування відповідної правової норми. Особливістю цього процесу є те, що сам учасник процесу в жодному разі не може бути впевнений у результатах оцінки його поведінки судом.

Цивільно-правовому регулюванню, як і будь-якому правовому, притаманна властивість формальної визначеності. Проте навіть досконале цивільне законодавство не може врахувати всіх можливих ситуацій, що вимагають відповідного правового регулювання [7, с. 3–5]. У зв'язку з цим законодавець досить часто використовує поняття невизначеного змісту, що ґрунтуються на відповідних правилах і звичаях, нормах моралі й етичних канолах, що відпрацьовані суспільством і практикою правозастосування. Відповідно до ст. 12 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України особа здійснює свої цивільні права вільно, на власний розсуд. Якщо законом встановлені правові наслідки недобросовісного або нерозумного здійснення особою свого права, вважається, що поведінка особи є добросовісною та розумною, якщо інше не встановлено судом. Заслугує на увагу те, що положення ч. 5 ст. 12 ЦК України сформульовано як презумпція, тобто добросовісність і розумність поведінки учасників цивільних відносин визнається законом у будь-якому разі, якщо інше не встановлено судом. Встановлення в ч. 5 ст. 12 ЦК України презумпції

добросовісності та розумності поведінки учасників цивільних правовідносин має велике значення як для оцінки дій учасників правовідносин, так і для захисту їх прав і законних інтересів. Зокрема, В. Єм зазначає, що оцінка законності дій по здійсненню цивільних прав і обов'язків через призму моральності не виключає самостійності принципу розумності та добросовісності суб'єктів при здійсненні ними суб'єктивних прав і обов'язків [14, с. 536]. Встановлення презумпції добросовісності та розумності дозволяє стороні вільно реалізовувати свої права й обов'язки, бути захищеною від таких недобросовісних чи недружніх дій з боку інших учасників цивільних правовідносин, як зловживання правом. З огляду на це встановлена в ст. 12 ЦК України презумпція добросовісності учасників правовідносин належним чином підкріплюється положенням ч. 3 ст. 13 ЦК України: «Не допускаються дії особи, що вчиняються з наміром завдати шкоди іншій особі, а також зловживання правом в інших формах».

Проблема використання оціночних понять у цивільному праві та процесі має ще декілька аспектів. *По-перше*, введення нових оціночних понять в українське законодавство вказує на процес його бурхливого розвитку та використання досвіду правотворення розвинутих країн, де принцип «bona fides» є визначальним для розвитку всієї системи приватного права. *По-друге*, заповнення прогалин правотворення розширенням сфери застосування оціночних категорій потребує перегляду підходів до самого правотворення з боку і законодавців, і суб'єктів правозастосування, оскільки це приводить до розширення сфери застосування суддівського розсуду, та врешті-решт до збільшення ролі прецедента як результату правозастосування та джерела права. Разом із тим розширення сфери застосування оціночних категорій потребує від науковців розроблення нових підходів до визначення змісту оціночних категорій, відпрацювання критеріїв їх оцінки.

У вітчизняному праві іноді застосовуються поняття, що дуже схожі з оціночними, але не є такими, оскільки в подальшому вони роз'яснюються законодавцем, інтерпретуються шляхом вказівки на спільні ознаки чи принципи застосування [12]. На відміну від них, оціночні категорії в законі не роз'яснюються та не інтерпретуються. Законодавець надає можливість робити це суб'єктам правозастосування. Слід зазначити, що завданням суду або іншого правозастосовчого органу не є встановлення змісту того чи іншого оціночного поняття чи категорії. Достатнім вважається вирішення питання про те, чи охоплюється конкретний випадок, що розгля-

дається, відповідною оціночною категорією або поняттям. Саме з огляду на це окремі дослідники визначають, що оціночні категорії є за своєю суттю ситуаційними [12].

Особливостями застосування оціночних категорій у цивільному праві є те, що саме ця галузь права опосередковує та законодавчо закріплює найбільшу кількість оціночних категорій, а приватноправовий характер регулювання, притаманний цивільному праву, створює підвалини для поширення відповідних цивільно-правових категорій на норми й інститути інших галузей права. Прагнення формальної визначеності основних цивільно-правових категорій закріплені в ч. 1 ст. 6 ЦК України, в якій зазначається, що сторони мають право укласти договір, який не передбачений актами цивільного законодавства, але відповідає загальним засадам цивільного законодавства, до яких, відповідно до п. 6 ст. 3 ЦК України, відносяться справедливність, добросовісність і розумність. Все це вимагає від науковців відпрацювання підходів до визначення зазначених оціночних категорій.

Принцип справедливості як принцип загальної теорії права знайшов своє продовження в цивільному праві як галузевий принцип права. Принцип справедливості в цивільному праві є реалізацією властивості цивільного права як приватного права, заснованого на засадах рівності сторін, майнової самостійності й автономної волі.

Основні засади цивільного законодавства, закріплені ст. 3 ЦК України, є основними елементами принципу справедливості в цивільному праві. Відповідно порушення (незастосування чи неправильне застосування до конкретних цивільно-правових відносин) хоча б однієї з основних засад цивільного законодавства веде до недотримання принципу справедливості у цивільному праві.

Поняття добросовісності, розумності та справедливості не є тотожними. Добросовісність у цивільному праві передбачає вияв суб'єктами цивільних правовідносин належної обачливості щодо дотримання прав і законних інтересів інших учасників майнового обороту. Розумність у цивільному праві означає вияв суб'єктами цивільних правовідносин так званого почуття міри, раціонального розуміння об'єктивної реальності. Принципи добросовісності та розумності є галузевими принципами цивільного права (характеризують найбільш суттєві ознаки цивільного права), а принцип справедливості є результатом реалізації в цивільному праві принципу загальної теорії права – принципу соціальної справедливості, що має морально-правовий зміст [15, с. 11].

Сучасне українське цивільне законодавство не надає належного значення принци-

пам добросовісності, розумності, справедливості. Очевидний недолік норми ч. 5 ст. 12 ЦК України, що встановлює презумпцію розумності та добросовісності, – вона створює ілюзію того, що випадки захисту цивільних прав на основі дії принципу добросовісності та розумності повинні бути прямо перелічені в законі. Однак цивільне законодавство створюється та реалізується тільки відносно добросовісних суб'єктів, якщо виняток не буде зроблено в самому законодавстві. Крім того, у зазначеній статті не йдеться про необхідність сумлінності на інших стадіях здійснення прав, а також при виконанні юридичних обов'язків.

Конкретизація оціночних категорій може відбуватися на основі різних досліджень – від встановлення термінологічних особливостей відповідних конструкцій до формально-логічних або філософських концепцій співвідношення добра та зла.

Д. Акопян вважає, що уточнення суті оціночних категорій має базуватися на основі аналізу *дій суб'єктів*, якими є як законодавчі органи, що розробляють і закріплюють норми з оціночними категоріями, так і правозастосовчі органи, що оцінюють відповідні факти з точки зору їх відповідності певним стандартам, еталонам, нормам моралі. *Предметом оцінки* є певні дії, результати дій, мотиви, причини дій, які стають основою аналізу. *Підстави аналізу* – це позиції, доводи, правоусвідомлення та правосприйняття, що схиляє суб'єкта оцінити предмет тим чи іншим чином. Слід зазначити, що формування підстави аналізу норм з оціночними поняттями та категоріями базуються на нормах моралі, правоусвідомлення, судової практики, теоретичних поглядів. *Стандарт* – це критерії оцінки, тобто сукупність типових властивостей, що мають бути притаманні предметам оцінки. Стандарти, як правило, складаються емпірично та можуть бути застосовані в певний конкретний проміжок часу. Основною ознакою стандарту, на думку Д. Акопяна, є змінність і розпливчастість. Оскільки еталон оціночного поняття не закріплений юридично, його слід шукати в етичних та естетичних нормах [12].

Більшість юристів, аналізуючи межі здійснення цивільних прав, вказують на об'єктивну межу реалізації цивільних прав, якою, відповідно до змісту ч. 3 ст. 13 ЦК України, є завдання шкоди. Проте ця загальноправова межа втрачає свою «об'єктивність», як тільки законодавець посилається на необхідність учаснику цивільного обігу дотримуватися моральних засад суспільства (п. 4 ст. 13 ЦК України) або встановлення презумпції добросовісності та розумності дій учасника правовідносин (ч. 5 ст. 12 ЦК України).

Висновки

Використання оціночних категорій під час вирішення спорів приводить до розширення сфери суддівського розсуду, підвищує роль доказів і доказування (оскільки при захисті інтересів учасника цивільних правовідносин у суді в предмет доказування входить не тільки формальне дотримання вимог закону, а й встановлення суб'єктивної сторони поведінки – мети, мотивів здійснення правочину). Загальну тенденцію сучасного судочинства в цивільних справах можна визначити таким чином: від форми – до змісту; від норми – до казуїстики.

Література

1. Вильнянский С. И. Применение норм советского права // Ученые записки Харьков. юрид. ин-та. – Х., 1956. – Вып. 7. – С. 13–32.
 2. Брагин Я. М. Уголовный закон и его применение. – М., 1967.
 3. Диденко А. Г. Оценочные понятия в гражданском законодательстве: Избранное (постсоветский период). – Алматы, 2004.
 4. Кашанина Т. В. Оценочные понятия в советском праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Свердловск, 1974.
 5. Шумилина О. С. Оценочные понятия в Уголовном кодексе Российской Федерации и их использование в правоприменительной деятельности: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2002.
 6. Миронов А. В. Оценочные понятия в избирательном законодательстве Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Владивосток, 2004.
 7. Лукьяненко М. Ф. Оценочные понятия гражданского права: разумность, добросовестность, справедливость. – М., 2010.
 8. Черданцев А. Ф. Толкование советского права. – М., 1979.
 9. Хижняк С. П. Юридическая терминология: формирование и состав / Под ред. Л. И. Баранниковой. – Саратов, 1997.
 10. Агамиров Н. И. Оценочные понятия в законодательстве (теоретические вопросы) // Труды ВНИИСЗ. – 1989. – № 43.
 11. Головина С. Ю. Понятийный аппарат трудового права. – Екатеринбург, 1997.
 12. Акопян Д. Оценочные понятия в отечественном праве // <http://journal.zakon.kz/203843-ocenochnye-ponjatija-votchestvennom.html>.
 13. Нугматдинов Р. М. Проблема правовых понятий и оценочных категорий в гражданском процессуальном праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Саратов, 2004.
 14. Ем В. С. Осуществление гражданских прав и исполнение гражданских обязанностей // Гражданское право / Под ред. Е. А. Суханова. – М., 2004. – Т. 1. – С. 532–538.
 15. Иванова С. А. Принцип справедливости в гражданском праве России: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – Владимир, 2006. – 45 с.
- The article analyzes the characteristics of legislative consolidation and implementation of individual evaluation categories in the civil law of Ukraine. The author reveals the main theoretical approaches to defining the concepts of «evaluative concepts», as well the features of these categories in the civil law and litigation in Ukraine.*
- В статье анализируются особенности законодательного закрепления и реализации отдельных оценочных категорий в гражданском праве Украины, раскрываются основные теоретические подходы к определению понятия «оценочные категории» и особенности применения этих категорий в гражданском праве и процессе Украины.*



ЩОДО НЕМОЖЛИВОСТІ ВИЗНАННЯ НЕУСТОЙКИ ВИДОМ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ

Ірина Пучковська,

канд. юрид. наук,

доцент кафедри цивільного права № 1

Національного університету «Юридична академія України ім. Ярослава Мудрого»

У статті з'ясовується сутність неустойки, спростовується подвійна природа неустойки (як виду забезпечення виконання зобов'язання та міри цивільно-правової відповідальності).

Ключові слова: неустойка, види забезпечення виконання зобов'язань, забезпечення договору, міри відповідальності, способи захисту.

Нерозробленість учення про види забезпечення виконання зобов'язання у дореволюційний період, їх незатребуваність на практиці й як наслідок відсутність наукових досліджень у радянські часи, передусім віднесення до останніх неустойки, яка до сьогодні вважається одним із найдієвіших видів забезпечення виконання зобов'язання, не дозволяє дослідникам і в ринкових умовах побачити основну ознаку видів забезпечення виконання зобов'язання – наявність джерела виконання порушеного зобов'язання, завдяки якому кредитор отримує виконання порушеного зобов'язання в порядку захисту.

Метою цієї статті є спростування усталеної в доктрині цивільного права думки щодо подвійної природи неустойки: неустойка – вид забезпечення виконання зобов'язання та міра цивільно-правової відповідальності.

Згідно з положеннями, закріпленими у Цивільному кодексі (далі – ЦК) України неустойкою є грошова сума або інше майно, яке боржник повинен передати кредиторі у разі порушення боржником зобов'язання (ст. 549); право на неустойку виникає незалежно від наявності у кредитора збитків, завданих невиконанням або неналежним виконанням зобов'язання (ст. 550); кредитор не має права на неустойку, якщо боржник не відповідає за порушення зобов'язання (ст. 550); сплата (передання) неустойки не звільняє боржника від виконання свого обов'язку в натурі (ст. 552); якщо за порушення зобов'язання встановлено неустойку, то вона підлягає стягненню у повному розмірі, незалежно від відшкодування збитків (ст. 624) тощо. Незважаючи на закріплення законодавцем положень про неустойку як у гл. 51 ЦК «Правові наслідки порушення зобов'язання. Відповідальність за порушення зобов'язання», так і гл. 49 ЦК, присвяченій забезпеченню виконання зобов'язан-

ня, на нашу думку, останні характеризують сутність неустойки як міри (форми) цивільно-правової відповідальності, що є додатковим майновим обтяженням для боржника, встановленим на користь кредитора.

Подвійна природа неустойки пояснюється науковцями таким чином: з моменту укладення сторонами угоди про неустойку або підписання договору, який забезпечується законною неустойкою, і до моменту порушення зобов'язання неустойка є способом забезпечення виконання зобов'язань. Після порушення зобов'язання, тобто в разі невиконання неустойкою *забезпечувальної функції*, вона трансформується у міру цивільно-правової відповідальності [1, с. 3]. Б. Гонгало також вважає, що необхідно розрізняти *неустойку* як вид забезпечення виконання зобов'язання та *стягнення неустойки* як міру відповідальності. Наявність неустойки в законі або договорі стимулює боржника до виконання своїх обов'язків загрозою того, що у разі порушення зобов'язання відбудеться стягнення неустойки, тобто настане відповідальність. Очевидно, коли йдеться про *стимулюючу функцію*, то мається на увазі неустойка як вид забезпечення виконання зобов'язання. Якщо ж призначенням неустойки є *компенсація* втрат кредитора, то мається на увазі стягнення неустойки, тобто цивільно-правова відповідальність [2, с. 54–55]. Отже, вчені звертають увагу на стимулюючу функцію неустойки, і виконання неустойкою стимулюючої функції вважається достатнім для визнання її видом забезпечення виконання зобов'язання. Одночасно акцентується увага на компенсаційній функції неустойки як міри цивільно-правової відповідальності, припускається, що неустойка як міра відповідальності не виконує стимулюючої функції.

На нашу думку, такі висновки не можуть вважатися безспірними. Ми вважаємо, що визнання неустойки і видом забезпечення ви-

конання зобов'язання, і мірою цивільно-правової відповідальності має означати, що останній притаманні ознаки як забезпечень, так і мір цивільно-правової відповідальності. Але чи має неустойка такі ознаки?

Перш за все заслуговує на увагу спільна спрямованість неустойки як міри відповідальності та видів забезпечення виконання зобов'язання, що пояснюється захисною природою даних мір. На нашу думку, види забезпечення виконання зобов'язання, як і міри цивільно-правової відповідальності, зокрема неустойка, за своїм призначенням є способами захисту прав кредитора у договірному зобов'язанні. При цьому види забезпечення виконання зобов'язання виділяються серед інших способів захисту прав кредитора у договірному зобов'язанні тим, що здійснюють захист завдяки спеціально створеному для цієї мети джерелу. Останнє створюється боржником (за рахунок боржника) на вимогу кредитора в розмірі, не меншому за розмір вимоги кредитора за основним (забезпеченим) зобов'язанням, і у разі порушення останнього за рахунок цього джерела кредитор отримує виконання порушеного боржником зобов'язання. Таке джерело існує у вигляді певного майна при заставі, притриманні або обов'язку певної особи виконати зобов'язання у повному обсязі при його порушенні боржником при поруці, гарантії. Пропонується називати таке джерело *джерелом виконання порушеного зобов'язання*.

Кредитору завдяки джерелу виконання порушеного зобов'язання надається в порядку захисту його прав саме виконання, що виділяє види забезпечення виконання зобов'язання серед інших способів захисту прав кредитора в договірних зобов'язаннях. Отже, наявність даного джерела, на нашу думку, є визначальною ознакою видів забезпечення виконання зобов'язання, що дозволяє кредитору отримати належне виконання забезпеченого зобов'язання, оскільки стимулює боржника до такого виконання, а при порушенні зобов'язання – надає виконання в порядку захисту.

Усі міри, передбачені законодавцем у гл. 49 ЦК України (неустойка, завдаток, порука, гарантія, застава та притримання), призначені для захисту прав кредитора у договірних зобов'язаннях. При цьому з огляду на зміст захисту, що надається даними мірами при порушенні договору, останні поділяються на такі, що надають кредитору виконання порушеного зобов'язання за рахунок спеціально створеного для цього джерела виконання порушеного зобов'язання, і неустойку та завдаток, реалізація яких не приводить до одержання кредитором виконання за порушеним договором.

Відповідно до теорії подвійної природи неустойки серед ознак, властивих неустойці як одному з видів забезпечення виконання зобов'язання, називають додатковий (акцесорний) характер і виконання стимулюючої функції. Стосовно додаткового характеру слід зазначити, що останній притаманний умові про неустойку як складовій частині договору. Відповідно, якщо договір визнається недійсним, то це поширюється і на умову про сплату неустойки у разі порушення цього договору. Домовленість сторін договору про неустойку або вказівка на її сплату у разі конкретного порушення певного договору – це встановлення відповідальності боржника на випадок порушення договірного зобов'язання.

Неустойка як санкція в зобов'язанні в усіх випадках є елементом забезпеченого (основного) зобов'язання. Тому недійсність зобов'язання завжди означає недійсність права на неустойку, що забезпечує його виконання. Але недійсність домовленості про неустойку не може потягти недійсність забезпеченого (основного) зобов'язання, оскільки недійсність частини правочину не тягне недійсності інших її частин, якщо можна припустити, що правочин був би здійснений і без включення недійсної частини [3, с. 52].

Щодо стимулюючої функції неустойки заперечень не виникає. Будь-якому учаснику цивільного обороту зрозуміло, що краще виконати належним чином зобов'язання, ніж виконати його, сплативши певну грошову суму у разі порушення зобов'язання, оскільки сплата неустойки не звільняє боржника від обов'язку виконати порушене зобов'язання. Але стимулювання боржника до належного виконання зобов'язання характерне не тільки для видів забезпечення виконання зобов'язань. Саме стимулююча функція цивільно-правової відповідальності вважається дослідниками визначальною функцією або поряд з компенсаційною, але як завжди притаманна мірам цивільно-правової відповідальності [4, с. 133; 5, с. 87; 6, с. 271].

І *види забезпечення виконання зобов'язання і міри цивільно-правової відповідальності*, безумовно, стимулюють боржника до виконання зобов'язання, але їх *основне призначення – захищати кредитора у разі порушення боржником забезпеченого зобов'язання*. Якщо неустойка у разі порушення не буде стягуватися з боржника або на заставлене майно не буде звертатися стягнення, то встановлення неустойки або застави не стимулюватиме і боржника, бо саме загроза реалізації цих мір і спонукає останнього до виконання договору. Отже, стимулююча функція видів забезпечення виконання зобов'язання і мір відповідальності проявляється однаково пасивно. Саме встановлення даних мір договором чи законом сти-

мулює боржника до виконання зобов'язання. І розмежувати ці міри на стадії виконання ними стимулюючої функції неможливо, а здійснення даними мірами захисної функції дозволяє побачити різницю між ними. Так, міри відповідальності у вигляді сплати неустойки, відшкодування збитків, втрати завдатку чи сплати його подвійної суми, сплати відсотків річних представляють собою додатковий майновий обов'язок, що покладається на боржника нарівні з основним обов'язком із виконання порушеного зобов'язання. Виконання даного обов'язку є майновою карою для порушника й одночасно компенсацією завданих втрат кредиту.

Види ж забезпечення виконання зобов'язання надають кредиту право одержати виконання порушеного зобов'язання в порядку захисту своїх прав за рахунок спеціально створеного для цього джерела виконання порушеного зобов'язання.

Останнім часом розуміння забезпечень як мір, що захищають права кредитора, набуває поширення в літературі [7, с. 85; 8, с. 29], що свідчить на користь переосмислення науковцями місця та призначення видів забезпечення виконання зобов'язання. Зокрема, А. Карапетов визначальною функцією забезпечень називає функцію захисту прав кредитора і пропонує іменувати забезпечення «видами забезпечення прав кредитора» [9, с. 65]. Дослідник вважає підхід до неустойки як виду забезпечення виконання зобов'язання до моменту порушення і міри відповідальності з моменту порушення недостатньо переконливим. Він наголошує, що навіть після порушення неустойка у вигляді пені, нараховуючись на прострочений борг, стимулює до скорішого погашення боргу, отже, продовжує відігравати забезпечувальну роль [9, с. 61], у зв'язку з чим робить висновок: неустойка є видом забезпечення виконання зобов'язання не лише до порушення зобов'язання боржником, а й до її сплати кредиту, одночасно виступаючи і мірою цивільно-правової відповідальності [9, с. 60, 65]. При цьому А. Карапетов зазначає, що як і будь-яка міра відповідальності, неустойка носить компенсаційно-каральний характер, тобто спрямована на покарання правопорушника (боржника) і компенсацію втрат потерпілої сторони (кредитора) [9, с. 61]. Очевидно, що за такого підходу залишається відкритим питання: чому неустойка є і видом забезпечення виконання зобов'язання, і мірою цивільно-правової відповідальності; отже, не видно різниці між мірами відповідальності та видами забезпечення? Одночасно підкреслюється спільна (до змішування) спрямованість даних мір на захист прав кредитора при порушенні договірних зобов'язання, що визначає природу останніх як способів захисту.

Не може одна й та сама міра, зокрема неустойка, стимулювати до виконання зобов'язання як вид забезпечення виконання зобов'язання, а захищати у разі його порушення як міра відповідальності. І види забезпечення виконання зобов'язання, і міри цивільно-правової відповідальності є способами захисту прав кредитора, а сама можливість їх реалізації стимулює боржника до виконання зобов'язання.

Стимулююча функція, притаманна неустойці, дійсно сприяє виконанню зобов'язання боржником, але це її функція як цивільно-правової відповідальності, оскільки механізм дії неустойки – механізм дії цивільно-правової відповідальності.

Реалізація неустойки та завдатку полягає в покладенні на боржника обов'язку сплатити певну грошову суму або передати певне майно. При цьому обов'язок сплатити неустойку або повернути подвійну суму завдатку виникає лише за наявності вини боржника у порушенні зобов'язання та виступає покаранням для боржника і лише частковою компенсацією втрат кредитора, викликаних порушенням зобов'язання. Як зазначається в юридичній літературі, «принцип вини й сьогодні є однією з головних засад інституту відповідальності в цивільному праві» [6, с. 284].

Отже, неустойка та завдаток здійснюють захист порушених прав кредитора в інший спосіб, ніж інші види забезпечення виконання зобов'язання. Їх захист – це захист мір цивільно-правової відповідальності. Відповідно, перелічені в гл. 49 ЦК України міри поділяються на *види забезпечення виконання зобов'язання* (порука, застава, гарантія, притримання) та міри цивільно-правової відповідальності, що застосовуються при порушенні виключно договірних зобов'язань (неустойка та завдаток). Останні традиційно вважаються видами забезпечення виконання зобов'язання, які є мірами цивільно-правової відповідальності [10, с. 202], але при розгляді механізму їх реалізації стає очевидним, що це механізм дії цивільно-правової відповідальності – додаткове майнове обтяження для винного боржника, стягнуте з метою відновлення порушеної майнової сфери кредитора. Очевидно, що при встановленні неустойки боржником джерело виконання порушеного зобов'язання в розмірі вимоги за договором не створюється, а якщо його немає, то й неустойки як виду забезпечення виконання зобов'язання не існує. З огляду на викладене заслуговують на увагу пропозиції дослідників неустойки надати останній властивості видів забезпечення виконання зобов'язання. Так, О. Отрадна пропонує при встановленні неустойки у вигляді майна накладати на нього обтяження – право кредитора звернути стяг-

нення, що повинне слідувати за річчю при переході прав на неї до третіх осіб [1, с. 4]. Але в такому випадку майнова неустойка нічим не відрізнятиметься від уже існуючого виду забезпечення виконання зобов'язання – застави.

Встановлюючи неустойку на випадок порушення боржником договору сторони домовляються про розмір відповідальності боржника на такий випадок і, відповідно, у разі порушення боржником зобов'язання кредитор має право вимагати сплати саме цієї суми, але ніякого джерела, за рахунок якого така сума буде сплачена кредиту неустойка не передбачає. Сплата неустойки не забезпечує та не може забезпечити кредиту виконання порушеного зобов'язання, бо неустойці немає за що це зробити.

Висновки

З моменту домовленості про встановлення неустойки і до її сплати при порушенні договору *неустойка є мірою цивільно-правової відповідальності*, що застосовується виключно при порушенні договірних зобов'язань. Оскільки неустойці притаманні всі ознаки цивільно-правової відповідальності й у неї відсутня основна ознака забезпечень – наявність джерела виконання порушеного зобов'язання, то підстав для визнання за даною мірою подвійної природи ми не вбачаємо. З метою забезпечення виконання договору неустойкою можна скористатися лише з урахуванням її властивостей як міри цивільно-

правової відповідальності – додатковий майновий обов'язок боржника на користь кредитора у разі порушення зобов'язання є *обов'язком боржника передати кредиторів певну грошову суму або інше майно* (ч. 1 ст. 549 ЦК України). Саме з цих позицій і пропонується розглядати неустойку і не надавати їй значення одного з видів забезпечення виконання зобов'язання.

Література

1. *Отрадна О. О.* Неустойка в цивільному праві: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2002. – 20 с.
2. *Гонгало Б. М.* Учение об обеспечении обязательств. – М., 2002. – 222 с.
3. *Гражданское право*: В 2 т. – М., 2004. – Т. 2, полутом 1. – 704 с.
4. *Канзафарова И. С.* Теория гражданско-правовой ответственности. – О., 2006. – 264 с.
5. *Прима В. Д.* Гражданско-правовая ответственность юридических лиц. – К., 2007. – 432 с.
6. *Гражданское право Украины*: У 2 т. / За ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатеевої, В. Л. Яроцького. – К., 2004. – Т. 1. – 480 с.
7. *Покачалова А.* Поняття та правова природа забезпечення зобов'язань // *Юридична Україна*. – 2010. – № 10. – С. 82–87.
8. *Кізова О. С.* Застава в цивільному праві України (концептуальні засади та правова природа): автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – О., 2011. – 38 с.
9. *Каранетов А. Г.* Неустойка как средство защиты прав кредитора в российском и зарубежном праве. – М., 2005. – 286 с.
10. *Иоффе О. С.* Избранные труды: В 4 т. – СПб., 2004. – Т. 3. – 837 с.

The article is devoted to the problem of clarifying the essence of smart money. This conclusion refutes the dual nature of smart money (as the method of ensuring of the obligation fulfillment and measure of the civil-legal liability).

В статті вивчається сутність неустойки, опровергается двойственная природа неустойки (как способа обеспечения исполнения обязательства и меры гражданско-правовой ответственности).



ПОНЯТТЯ «ВЛАСНІСТЬ» У ПРАКТИЦІ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

Олена Гончаренко,

канд. юрид. наук,

доцент кафедри міжнародного права
та державного права зарубіжних країн

Національної юридичної академії України ім. Ярослава Мудрого

У статті розкривається категорія «власність» за ст. 1 Протоколу 1 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. відповідно до прецедентної практики Європейського суду з прав людини, визначається її сучасний зміст, досліджуються тенденції судового захисту.

Ключові слова: власність, право власності, Європейський суд з прав людини, Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р., Протокол 1.

Майже 50 років тому набула чинності Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. (далі – Конвенція), що у перспективі стала одним із найбільш помітних і фундаментальних європейських договорів, яким було запроваджено дієвий та ефективний механізм захисту широкого кола прав і свобод особи шляхом створення Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ). У перспективі цей міжнародний нормативний акт справив безпрецедентний вплив на зміст національного законодавства держав, що його ратифікували.

Конвенція набула чинності для України 11 вересня 1997 р. Наша країна взяла на себе зобов'язання дотримуватись і гарантувати на національному рівні каталог прав людини, що міститься у Конвенції та додаткових протоколах до неї. Серед таких прав особливе місце посідає право власності, а точніше – право на мирне володіння своїм майном (англ. – *peaceful enjoyment of one's possession*), що гарантоване ст. 1 Протоколу 1 до Конвенції. Статистичний аналіз роботи ЄСПЛ за 1959–2010 рр. свідчить, що кількість скарг, за якими встановлені факти порушення державами права власності, є однією з найбільших (16,8 % загальної кількості справ). Крім того, кількість справ, у яких ЄСПЛ встановлено факт порушення Україною права власності, також високий (41,3 % загальної кількості справ, вирішених проти України) [1]. Це пов'язано передусім із відсутністю на національному рівні дієвого механізму гарантування права власності та невідповідністю змісту права власності, що захищається нормами вітчизняного законодавства, тлумаченням цього поняття у практиці ЄСПЛ. Вказане зумовлює актуальність проблеми, що досліджується у статті.

Крім того, поняття власності у практиці Європейського суду з прав людини недостатньо досліджено у вітчизняній юридичній літературі. Воно переважно вивчалось у контексті Конвенції та протоколів до неї й юриспруденції ЄСПЛ. Ідеться про праці вчених загальної те-

орії держави та права, цивільного та міжнародного права, міжнародних відносин М. Буромського, В. Денисова, М. Домашенка, В. Євінтова, Н. Кузнецової, В. Мармазова, П. Рабіновича, І. Панкевича, І. Піляєва, Н. Радановича, А. Федорової, С. Шевчука та ін. Питання про сутність права власності за Конвенцією та практикою ЄСПЛ окремо розглядалося М. Карт-Фріском, В. Лутковською, В. Рум'янцевою, О. Шупінською, Ю. Щокіним, А. Яковлевим [2–7] та ін. Разом із тим, оскільки Конвенція є живим механізмом, що динамічно розвивається, важливим є дослідження сучасного змісту конвенційної категорії «власність» відповідно до ст. 1 Протоколу 1 до ЄСПЛ.

Метою цієї статті є розкриття поняття «власність» за Конвенцією 1950 р. відповідно до прецедентної практики ЄСПЛ, з'ясування його змісту та тенденцій судового захисту.

Перш за все заслуговує на увагу те, що у ЄСПЛ і протоколах до неї лише у загальному вигляді закріплено каталог прав, що вимагає конкретизації їх змісту й особливостей реалізації. У зв'язку з цим принципово важливою є практика ЄСПЛ, в якій втілюється юридичний зміст кожного із закріплених прав. Офіційно тлумачити зміст конвенційних норм, у тому числі щодо захисту права власності, може виключно Європейський суд з прав людини. Правові позиції Суду щодо змісту права власності мають обов'язкову правову природу для всіх країн – учасниць Конвенції, а не лише для тих, що є сторонами у конкретній справі. Аналіз практики ЄСПЛ дозволяє виокремити стандарти (принципи) вирішення певних правових ситуацій, які стосуються захисту права власності. Таким чином, врахування практики Суду є досить бажаним для держави як для належного виконання нею своїх зобов'язань за Конвенцією, так і у превентивних цілях, щоб не допускати порушень конкретних прав у майбутньому. Крім того, особи, які мають право звертатися за захистом до Су-

ду у зв'язку з порушенням прав, гарантованих Конвенцією, з урахуванням принципу правової визначеності можуть прогнозувати позицію Суду щодо того чи іншого факту порушення залежно від аналогічних обставин справи.

Близько тридцяти років Європейський суд з прав людини утримувався від активного застосування ст. 1 Протоколу 1 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, незважаючи на те, що до конвенційних органів надходили численні скарги, а в європейських країнах активно обговорювалося питання необхідності поширення стандартів прав людини на сферу відносин власності. На думку А. Яковлева, певна «стриманість» Суду значною мірою пояснювалася тим, що наявна практика Суду ще не повною мірою забезпечувала вирішення складних проблем тлумачення, які виникали при визначенні того, що власне є об'єктом захисту, тобто, що належить до «власності» у контексті ст. 1 Протоколу 1 [7, с. 64].

Складність у розкритті змісту категорії «власність» пов'язана з різними підходами законодавців держав – членів Ради Європи до сутнісної характеристики зазначеного інституту. У зв'язку з цим визначення змісту поняття «власність» стало можливим лише з формулюванням власного (автономного) підходу Європейського суду з прав людини до сутності вказаного поняття. Так, у справі «Беєлер проти Італії» від 05.01.2000 р. [8] Суд зазначив, що поняття «майно» у ст. 1 Протоколу 1 має автономне значення, яке не обмежується власністю на фізичні речі. Воно є незалежним від формальної класифікації в національному праві: деякі інші права й інтереси, що становлять активи, можуть розглядатись як право власності, та таким чином, як «майно» в цілях даного положення [9, с. 75].

Однією з найбільш суттєвих проблем, з якою зіткнувся Суд під час формулювання конвенційного змісту права власності, було домінування у державах – членах Ради Європи класичних теорій щодо права власності, згідно з якими об'єктами права власності вважалися лише речі як предмети матеріального світу, щодо яких могли виникати права й обов'язки. Поширення права власності на права чи дії принципово обмежувалося неможливістю застосування щодо таких об'єктів правил, що за змістом могли стосуватися лише речей. Наслідком такого поширення могла бути необхідність визнання єдності правового режиму речових і зобов'язальних прав, що суперечило загальним принципам цивільного права.

Із розвитком та ускладненням економічного життя суспільства змінювався і підхід Суду до змісту права власності. Так, на сьогодні зростає значення асоційованої власності, що дає підстави вести мову про формування нової теоретичної моделі права власності — «моделі права власності з виділенням права на управління» як підстави поділу права власності на речову складову та право на управління речами. Цей новий феномен знайшов відображення зокрема в

підході ЄСПЛ до оцінки статусу корпоративних прав у першій справі проти нашої держави «Сов-трансавто-Холдинг проти України» [10], де вводилося розрізнення власне акцій і права на участь у прийнятті рішень.

Поглиблюється процес індивідуалізації правових режимів власності залежно від природи об'єкта права власності, що призводить до особливостей набуття, передачі та припинення права власності [11, с. 18]. Важливе значення має «розщеплення повноважень власника» на окремі спеціальні повноваження, які також можуть бути суттєво різними залежно від об'єкта права власності. Таке розщеплення суперечить традиційній для вітчизняної цивілістики доктрині тріади повноважень власника щодо володіння, користування та розпорядження майном, однак воно набуває все більшого значення в практиці ЄСПЛ.

Радикальні зміни відбулись у системі об'єктів права власності, де одночасно з появою нових видів майна відбувається зближення речових і зобов'язальних прав. Класичні юридичні конструкції права власності, що вироблені для тілесних (матеріальних) об'єктів, не задовольняють новим потребам та умовам. Свого часу Р. Сават'є вказував, що в силу того, як в юридичній техніці почали з'являтися абстрактні види майна, первісний зміст поняття «власність» почав розширюватися. Ми змушені вести мову про право власності для того, щоб вказати на повноту прав [12, с. 90]. Згідно з висновком німецького дослідника В. Мінке, в європейських країнах формується нове бачення власності, що відносить до власності широкий перелік прав та економічних інтересів, наприклад речові права, право вимоги, право членства тощо. Ініціаторами цих новацій виступають конституційні та верховні суди розвинутих демократій (Великої Британії, Німеччини, Франції), а їх застосування в практиці ЄСПЛ перетворює такі позиції на більш універсальні та загальні [13, с. 78–80]. У результаті Суд використав широкий підхід до розуміння власності.

Як свідчить аналіз практики ЄСПЛ у контексті Конвенції, категорія «власність» поширюється, крім рухомих і нерухомих речей, також на майнові права та інтереси. По-перше, це акції компаній (пояснення за скаргами «Бреймлід і Мальстром проти Швеції» [14], «Компанія С. і Т. проти Швеції» [15], «Совтрансавто-Холдинг проти України» [10]). Зокрема, Європейська Комісія у справі «Компанія С. і Т. проти Швеції» заявила, що акція підприємства є комплексною річчю. Вона підтверджує, що її власник володіє частиною статутного капіталу, а тому має відповідні права. Це не лише право опосередкованого контролю над майном, а й інші права, зокрема право голосу та право впливати на діяльність підприємства, які впливають з володіння акцією. У рішенні у справі, винесеній проти нашої держави, «Совтрансавто-Холдинг проти України» Суд зазначив, що акції компанії-заявника, безумовно, мають еко-

номічну цінність і є «власністю» у сенсі ст. 1 Протоколу 1, оскільки уряд не спростовує, що компанія-заявник була власником указаних акцій.

Конвенційне поняття «власність» застосовується також щодо ліцензій. Так, справа «Тре Тракторер Антиболаг проти Швеції» [16] стосувалася порушення права власності заявника діями державних органів, що анулювали його ліцензію на продаж алкогольних напоїв. Суд визнав, що ліцензія є майном у контексті ст. 1 Протоколу 1, оскільки вона становила економічну цінність для заявника, а володіння такою ліцензією є необхідною умовою комерційної роботи ресторану заявника. Таким чином, ліцензія визнана майном, на яке поширюється право власності приватної особи. У той самий час у справах «Бателаан і Хюїджес проти Нідерландів» [17] та «Сторксен проти Норвегії» [18] Суд зазначив, що ліцензія надається за умови дотримання певних умов, тому її власник не може розраховувати на захист ст. 1 Протоколу 1, якщо він порушує такі умови або перестає їм задовольняти. Так само, якщо ліцензія відкликається відповідно до законодавства, яке існувало на момент видання ліцензії, то її власник не може вважатися таким, що має правомірні очікування на продовження здійснення ліцензованої господарської діяльності.

Статтею 1 Протоколу 1 захищаються також господарські інтереси, пов'язані з управлінням бізнесом, а також управління клієнтурою, що охоплює ділову репутацію, нематеріальні активи тощо (справа «Іатрідіс проти Греції» [19], «Ван Марле та інші проти Нідерландів» [20]). Зокрема, в останній справі Суд зазначив, що ділова репутація (*goodwill*) за деяких умов може розглядатися як майно, оскільки заявники у справі завдяки своїй роботі створили мережу постійних клієнтів, що має характер приватного права і становить майно (*asset*), а відповідно і власність згідно із ст. 1 Протоколу 1.

Власність у розумінні ст. 1 Протоколу 1 поширюється також на грошові кошти, що присуджуються за рішенням суду, у тому числі третейського (рішення у справі «Стрен Грік Ріфайнеріз і Стратіз Андреадіз проти Греції» [21]). Так, ЄСПЛ довів, що грошові кошти, призначені до виплати на підставі рішення третейського суду, що є остаточним та обов'язковим для виконання відповідними органами держави, з точки зору Конвенції повинні розглядатися власністю.

Статтею 1 Протоколу 1 захищаються право на позов про відшкодування збитків за внутрішнім законодавством і законні сподівання того, що існує певне становище (Справа «Компанії «Пайн Веллі девелопментс Лтд» проти Ірландії» [22], «Прессос Компані С. А. та інші проти Бельгії» [23]). Так, в останній із вказаних справ Суд зазначив, що право на позов про компенсацію збитків, завданих у результаті цивільних правопорушень, виникає одразу після завдання шкоди. Такий позов за своєю природою є

«активом», а тому прирівнюється до поняття «майно» у сенсі ст. 1 Протоколу 1.

Поняттям «власність» у практиці ЄСПЛ охоплюється право на пенсію та подібні соціальні виплати за умови, якщо протягом певного періоду заявником здійснювалися відповідні внески (Справа «Мюллер проти Австрії» [24]). Так, щодо пенсійних планів і планів соціального забезпечення колишня Європейська Комісія завжди робила розрізнення між планами, відповідно до яких особа, здійснюючи внески, отримує частку у фонді, розмір якої може бути визначений у будь-який момент, та планами, де зв'язок між внесками і винагородами є опосередкованим. У першому випадку право вимоги на отримання пенсії становить володіння для цілей ст. 1 Протоколу 1. У другому випадку йдеться про соціальну солідарність, що є втіленням відповідальності всього суспільства, а тому не створює для окремого учасника будь-якої вимоги на визначену частку відповідного фонду, передбачає лише очікування певного розміру виплат, які, у свою чергу, можуть залежати від умов, що існуватимуть у момент здійснення таких виплат. У зв'язку з цим право вимоги не може розглядатися як право на отримання конкретної суми, оскільки такі суми можуть змінюватися. Ці зміни не можуть становити порушення ст. 1 Протоколу 1, за винятком суттєвого зменшення сум відповідних виплат.

Отже, поняття власності у контексті ст. 1 Протоколу 1 є досить широким. Воно охоплює значне коло економічних інтересів, які потрапляють у сферу дії права власності, включаючи рухоме та нерухоме майно, майнові та немайнові інтереси. При цьому Суд ніколи не намагався дати загальне визначення майна або вичерпний перелік його різновидів. Навпаки, у численних рішеннях Суду підкреслюється відсутність як можливості, так і необхідності давати такі визначення.

В українському законодавстві право власності визначається як право особи на річ (майно), яке вона реалізує відповідно до закону за своєю волею, незалежно від волі інших осіб (ст. 316 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України). Отже, до об'єктів права власності віднесено не тільки речі, що є предметами матеріального світу, щодо яких можуть виникати цивільні права й обов'язки (ст. 179 ЦК України), а й майно, що визначається як особливий об'єкт права власності, до якого відносять окрему річ, сукупність речей, а також майнові права й обов'язки (ст. 190 ЦК України). Окремими видами майна вважаються підприємство як єдиний майновий комплекс та валютні цінності. Разом із тим розуміння об'єктів права власності у вітчизняному законодавстві залишається дещо вузьким, що позначається на ефективності захисту права власності в Україні.

Слід зазначити, що хоча в Конвенції міститься розширене (порівняно з українським законодавством) тлумачення права власності, однак воно не є безмежним. Тому не всі економіч-

ні цінності певного суспільства, на які посиляються заявники в своїх скаргах, належать до власності в контексті конвенційного механізму. Європейські дослідники звертають увагу на те, що визначальними критеріями для оцінки власності є дві основні ознаки: наявність економічної цінності, тобто можливість здійснення її грошової оцінки, виходячи з об'єктивних чинників (вартість на ринку майна або вартість, у яку може бути оцінене майно); реальність власності – майно або майнові права чи інтереси мають бути наявними, оскільки Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод не захищає майбутні права [3, с. 689]. Відповідно, якщо економічна цінність права та інтересу відсутня або державні заходи не впливають на таку цінність, то відповідальність за ст. 1 Протоколу 1 у держави не настає.

Щодо другої ознаки у справі «Маркс проти Бельгії» [25] Суд вказав, що ст. 1 Протоколу 1 застосовується лише до існуючої власності тієї чи іншої особи, а не до права набувати власність («сподівання на майно»). На думку Суду, право наслідувати власність не є майновим правом до того часу, доки воно не оскаржується. Отже, гарантіями ст. 1 Протоколу 1 не можна скористатися доти, доки не виникнуть підстави оскаржити право на власність, що є предметом спору. Правом захищається лише реально існуюча власність, а не гіпотетична можливість набувати власність у майбутньому шляхом наслідування за законом або дарування. Таким чином, за Конвенцією право на майно встановлюється від моменту, коли власник вправі вимагати відшкодування за це майно.

В ухвалі про прийнятність заяви у справі «Гайдук та інші проти України» від 02.07.2002 р. [26] Суд визнав заяву неприйнятною через невідповідність скарг заявників про порушення ст. 1 Протоколу 1 вимозі *ratione materiae* (предметній компетенції Суду). ЄСПЛ зазначив, що згадана стаття не встановлює для держав загального обов'язку щодо проведення систематичного індексування заощаджень для виправлення згубних наслідків інфляції та збереження купівельної спроможності вкладених коштів, і заявники не є жертвами порушення державою щодо них ст. 1 Протоколу 1, оскільки вони не претендували на свою реальну власність (тобто кошти, які були фактично покладені заявниками в банк, незалежно від їх теперішньої реальної вартості), а претендували на отримання благ (компенсаційні виплати), на які вони не мали права на той момент, оскільки це не було передбачено законодавством про компенсацію. Отже, виплати з компенсаційних рахунків не потрапляють під дію ст. 1 Протоколу 1.

С. Шевчук виділяє ще одну ознаку конвенційної власності – належне закріплення відповідного права й інтересу у національному праві [27, с. 693]. На нашу думку, визначення такої вимоги є досить спірним, оскільки держави – учасниці Конвенції можуть не в повному обсязі імплементувати вимоги ст. 1 Протоколу 1 у ро-

зумінні ЄСПЛ у своєму національному законодавстві або цього не зробити взагалі (що розглядатиметься порушенням ними своїх зобов'язань за Конвенцією). Крім того, як неодноразово підкреслювалося прецедентною практикою ЄСПЛ, права, гарантовані Конвенцією та Протоколами до неї, існують об'єктивно, незалежно від їх закріплення у нормах національного законодавства. Зокрема, у справі «Ван Марле та інші проти Нідерландів» ЄСПЛ встановив порушення державою ст. 1 Протоколу 1 за відсутності у її внутрішньому законодавстві поняття права на ділову репутацію, що, у свою чергу, охоплюється категорією «власність» за Конвенцією.

На підставі викладеного можна зробити **висновок**, що поняття категорії «власність» за ст. 1 Протоколу 1 є автономним, що не залежить від його законодавчого закріплення державами – учасницями Конвенції 1950 р., та динамічним, що змінюється у зв'язку з розвитком економічних відносин. ЄСПЛ використовує широкий підхід щодо обсягу вказаного поняття, яким охоплюється, крім рухомого та нерухомого майна, також майнові права й інтереси. Право власності відповідно до юриспруденції ЄСПЛ не є безмежним; воно захищається за наявності двох обов'язкових умов: економічної цінності власності; реального існування власності. При цьому

11 згідно з практикою ЄСПЛ таке право виникає з моменту, коли власник вправі вимагати відшкодування за це майно.

Література

1. *Annual Report 2010 of the European Court of Human Rights* [Електронний ресурс] // Офіційний сайт Європейського суду з прав людини. – Режим доступу: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/F2735259-F638-4E83-82DF-AAC7E934A1D6/0/2010_Rapport_Annuel_EN.pdf. Загол. з екрану.
2. *Карм-Фріск М.* Право на власність: питання імплементації статті 1 Першого Протоколу до Європейської конвенції з прав людини // Європейська конвенція з прав людини: основні положення, практика застосування, український контекст / За ред. О. Л. Жуковської. – К., 2004. – С. 678–692.
3. *Лутковська В. В.* Аналіз практики Європейського Суду з прав людини за статтею 1 Протоколу 1 до Конвенції про захист прав і основних свобод людини // Право на мирне володіння своїм майном: Прецеденти та коментарі. – Л., 2005. – С. 45–59.
4. *Рум'янцева В.* Захист власності фізичних та юридичних осіб в Європейському суді з прав людини // Право України. – 2004. – № 5. – С. 38–40.
5. *Шупінська О.* Міжнародно-правові механізми захисту права власності // Юстиніан. – 2008. – № 11. – С. 52–56.
6. *Защита права собственности и права на справедливое правосудие: практическое руководство для украинского юриста по применению Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г.* / Под ред. Ю. В. Щекіна. – Х., 2008. – 108 с.

7. Яковлев А. А. Міжнародно-правове співробітництво у захисті права власності в системі Ради Європи: дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2009. – 186 с.
8. *Beyeler v. Italy* 05.01.2000 // Reports of Judgments and Decisions 2000-I.
9. *Van Dijk P.* The Theory and Practice of the European Convention on Human Rights / Peter van Dijk, G. J. H. van Hoof. – The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1998.
10. *Sovtransavto Holding v Ukraine* 25.07.2002 // Reports of Judgments and Decisions 2002-VII.
11. *Старженецкий В. В.* Россия и Совет Европы: право собственности. – М., 2004. – 108 с.
12. *Саватте Р.* Теория обязательств. – М., 1972. – 260 с.
13. *Mincke W.* Property. Assets or Power. Objects or Relations as Substrata of Property Rights // Property Problems from Genes to Pensions Funds / Ed. J. W. Harris. – L. Kluwer Law International, 1997. – P. 78–80.
14. *Lars Bramelid and Anne Marie Malmström v Sweden* 25.10.1984 Rights [Електронний ресурс] // Офіційний сайт Європейського суду з прав людини. Режим доступу: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=79911780&skin=hudoc-en&action=request>. Загол. з екрану.
15. *Company S. and T. v Sweden* 11.12.1986 [Електронний ресурс] // Офіційний сайт Європейського суду з прав людини. Режим доступу: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=79911780&skin=hudoc-en&action=request>. Загол. з екрану.
16. *Tre Traktorer AB v Sweden* 10.10.1985 [Електронний ресурс] // Офіційний сайт Європейського суду з прав людини. Режим доступу: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=79911780&skin=hudoc-en&action=request>. Загол. з екрану.
17. *Batelaan and Huiges v the Netherlands* 03.10.1984 [Електронний ресурс] // Офіційний сайт Європейського суду з прав людини. Режим доступу: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=79911780&skin=hudoc-en&action=request>. Загол. з екрану.
18. *Størksen v Norway* 29.11.1995 [Електронний ресурс] // Офіційний сайт Європейського суду з прав людини. Режим доступу: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=79911780&skin=hudoc-en&action=request>. Загол. з екрану.
19. *Iatridis v. Greece* 19.10.2000 // Reports of Judgments and Decisions 2000-XI.
20. *Van Marle and Others v. Netherlands* 26.06.1986 [Електронний ресурс] // Офіційний сайт Європейського суду з прав людини. Режим доступу: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=79911780&skin=hudoc-en&action=request>. Загол. з екрану.
21. *Stran Greek Refineries and Stratis Anreadis v. Greece* 09.12.1994 [Електронний ресурс] // Офіційний сайт Європейського суду з прав людини. Режим доступу: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=79911780&skin=hudoc-en&action=request>. Загол. з екрану.
22. *Pine Valley Developments Ltd v Ireland* 09.02.1993 [Електронний ресурс] // Офіційний сайт Європейського суду з прав людини. Режим доступу: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=79911780&skin=hudoc-en&action=request>. Загол. з екрану.
23. *Pressos Compania Naviera S. A. and Others v Belgium* 20.11.1995 [Електронний ресурс] // Офіційний сайт Європейського суду з прав людини. Режим доступу: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbk&action=prof&highlight=Pressos%20Compania%20Naviera%20S.A.%20Others%20v%20Belgium&sessionId=79911780&skin=hudoc-en>. Загол. з екрану.
24. *Müller v Austria* 16.12.1974 [Електронний ресурс] // Офіційний сайт Європейського суду з прав людини. Режим доступу: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=79911780&skin=hudoc-en&action=request>. Загол. з екрану.
25. *Marckx v Belgium* 13.06.1979 [Електронний ресурс] // Офіційний сайт Європейського суду з прав людини. Режим доступу: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=79911780&skin=hudoc-en&action=request>. Загол. з екрану.
26. *Gayduk and Others v. Ukraine* 02.07.2002 // Reports of Judgments and Decisions 2002-VI.
27. *Шевчук С.* Судовий захист прав людини: Практика Європейського суду з прав людини у контексті західної правової традиції. – К., 2007. – 848 с.

The contest of the category «possession» according to the article 1 of the First Protocol to the Convention of Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms 1950 is determined in this article. It is also studied its modern notion and the tendencies of the European Court of Human Rights protection.

В статье раскрывается категория «собственность» по ст. 1 Протокола 1 Конвенции о защите прав человека и основоположных свобод 1950 г. согласно прецедентной практике Европейского суда по правам человека, определяется ее современное содержание, исследуются тенденции судебной защиты.



ПОНЯТТЯ Й ОСОБЛИВОСТІ ЮРИДИЧНИХ ГАРАНТІЙ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ

Тетяна Крисань,

канд. юрид. наук,

докторант кафедри цивільного права

Національного університету «Одеська юридична академія»

У статті розглядаються поняття й особливості юридичних гарантій у цивільному праві.

Ключові слова: поняття, гарантії, право.

Поняття «гарантія» є поширеною категорією як в юриспруденції, так і в інших науках (соціології, політології, економіці тощо). Особливість використання цього поняття в юриспруденції залежить від його багатозначності.

Аналіз положень Цивільного кодексу (далі – ЦК) України свідчить, що термін «гарантія» згадується приблизно у тридцяти статтях. Однак, якщо врахувати правові конструкції, що містяться в статтях 107, 144, 152, 155, 157, 859, 867, 890, 1066 ЦК України, можна констатувати про наявність «гарантій», змістовна конструкція яких стає безпосереднім предметом нашого дослідження. А саме – питання юридичних гарантій як особливого засобу, за допомогою якого забезпечується реалізація суб'єктивних прав фізичних осіб.

В юридичній науці найбільш вивченими є гарантії прав і свобод людини та громадянина. Дослідженням цього питання займалися як українські, так і російські вчені-правознавці, серед яких М. Рабінович, М. Мікуліна, Р. Стефанчук, М. Добкін, Е. Регушевський та ін. Особливу увагу дослідники приділяють гарантіям у трудовому праві; є дослідження у сфері природного ресурсного законодавства.

Ю. Туктаров розглядає цивільно-правову гарантію як ініціативну поведінку, що залежить від розсуду майново-самостійних, рівних учасників цивільного обігу, має місце (прямо або опосередковано) з приводу матеріальних благ, є реалізацією цивільних прав і обов'язків (засоби цивільно-правового гарантування), створює реальність цивільних прав і обов'язків (об'єкт цивільно-правового гарантування) [1, с. 112–117].

Юридичні словники визначають гарантію як один із способів забезпечення (виконання) зобов'язання, вживаний у відносинах між організаціями [2, с. 59; 3, с. 53; 4, с. 72; 5, с. 52]. Новий тлумачний словник української мови містить такі значення слова «гарантія»: забезпечення, запорука [6, с. 572].

На думку Ю. Туктарова, визначення поняття лише через «забезпечення» порушує закон тотожності. «Забезпечення» та «гарантування» співвідносяться як рід і вид: вони наділені спільними ознаками – мають дієву природу та характеризують форму залежності – саме таку, через яку одне явище впливає на інше. Але якщо забезпечення охоплює весь спектр позитивного

впливу, то гарантія – лише те, що необхідно, тобто за відсутності того, що гарантується, стан не виникає, не здійснюється, стає нереальним [7, с. 83–91].

Термін «гарантія» також застосовується для позначення засобів, за допомогою яких здійснюється забезпечення [8, с. 21–25]. Зазначається, що поняття «гарантія» охоплює сукупність об'єктивних і суб'єктивних факторів, спрямованих на забезпечення та реалізацію прав, свобод громадян, на усунення можливих причин і перегляд їх неповного або неналежного здійснення, захист прав від порушень. Ці фактори різноманітні за своєю природою та характером і виступають як умови, засоби, способи, прийоми та методи забезпечення процесу реалізації прав і свобод учасників суспільних відносин [9, с. 26–30]. У спеціальній літературі слова «засоби» та «способи» іноді вважають синонімами [10, с. 145], однак вони різні за змістом і обсягом. Так, С. Ожегов слову «засіб» надає такого значення: прийом, спосіб дії; предмет, знаряддя для здійснення якої-небудь діяльності. Що стосується слова «спосіб», то воно має лише одне значення: прийом, метод, порядок, спосіб дії [11, с. 167]. Таким чином, засіб – це і прийом, і предмет, а спосіб – лише прийом. Отже, будь-який спосіб можна розглядати як засіб, але не будь-який засіб є способом.

Поняття «умови» також має декілька змістовних значень: обставини, від яких будь-що залежить, котрі що-небудь визначають; сфера, в якій відбувається діяльність; правила, встановлені у тій чи іншій сфері життя, діяльності; статті, пункти договору, що передбачають певні дії його сторін.

Враховуючи напрацювання, доходимо висновку, що гарантія – це вид забезпечувальних умов, а умова – це те, від чого залежить обумовлене. Ознака «забезпечення» характеризує призначення, спрямованість – зробити забезпеченим. «Умову» артикулює зв'язок: «гарантія – що гарантується»; більше того, характер зв'язку – необхідність одного для іншого. Додаткова ознака «успіх чого-небудь» ще більше уточнює зміст, відображаючи позитивну спрямованість цього зв'язку.

Якщо йдеться про забезпечення реальності чого-небудь за допомогою гарантії – те, що гарантується, є вірогідне явище, процес. Воно пе-

ребує у соціальному середовищі, яке містить умови, що сприяють і протидіють його здійсненню. Вони впливають на вірогідні явища. Аналіз їх дозволяє визначити здійсниться вірогідне явище чи ні, тобто реальне воно чи ні? Отже, *гарантія* – це *соціальна умова, що забезпечує реальність вірогідного явища, процесу*.

В юридичній літературі існують різні точки зору стосовно сутності гарантії. Точки зору щодо правових гарантії також різні. Всі їх можна розділити на два блоки: правові норми, права й обов'язки, система правових норм; фактична дійсність, що є результатом правового регулювання. С. Брагусь взагалі заперечує існування такого явища.

Норми – правила поведінки до того моменту, коли вимоги, що містяться в них, знайдуть «життя» в діях людей, – мають природу абстрактного, володіють здатністю впливати в інформаційному, виховному плані, що забезпечує, але не гарантує. С. Харитонов таке визначення правових (юридичних) гарантії визнає не надто вдалим, оскільки в ньому допускається змішування понять змісту правових норм, що встановлюють (або деталізують) певні права, і засобів забезпечення реалізації цих прав [12, с. 28]. Друга позиція також є не правильною, оскільки на один рівень ставляться несумісні за своєю суттю явища: абстрактне та реальне.

Третя позиція, що протиставляється всім іншим, заснована на запереченні наявності такого явища, як правові гарантії в науці і нормотворчості. Існує думка, що гарантії – це переконання та примуси. Але і ця думка є хибною, оскільки під гарантіями все ж слід мати на увазі соціальні умови, що містять поведінковий чинник, що є перетворенням правових вимог.

Таким чином, оскільки право регулює найбільш важливі види суспільних відносин, поведінку учасників, яка піддається соціальному контролю, правові гарантії є сегментом соціальної дійсності, в якій відбувається здійснення цивільних прав; оскільки цивільні відносини, що є гарантіями, засновані на нормі права, мають правове значення, викликають або можуть викликати правові наслідки, остільки гарантії є правовими; правові гарантії є фактичним підсумком правового регулювання; правові гарантії реальні, норми права, права й обов'язки не є гарантіями, оскільки абстрактні. Практика дослідження виходить з того, що правові гарантії розглядаються як такі за двома напрямками: за джерелом і за об'єктом, тому слід визначити, яке явище є об'єктом правових гарантії. Н. Боброва вважає, що в якій би формі правові гарантії не виступали й якого б конкретного змісту не набували, вони завжди є проявом єдиної сутності – умова і засіб перетворення юридичної можливості, закладеної в нормі, на дійсність. З цим слід погодитись, адже норма права – це форма вираження суб'єктивних прав і юридичних обов'язків. Норма (об'єктивне право) перетворюється на конкретне, суб'єктивне право, тобто право, що належить конкретному

суб'єкту для конкретної ситуації, встановлює правомочність, обов'язок, відповідальність, рамки поведінки і все це за певних умов.

Гарантія означає отримати задоволення свого суб'єктивного права за будь-яких умов за рахунок зовнішніх (додаткових) засобів чи дій гаранта – суб'єкта, який бере на себе зобов'язання виконати обов'язок зобов'язаної сторони за умови її власної неспроможності це зробити. Гарантія є своєрідною запорукою на випадок, якщо не спрацювають діючі у суспільній практиці зобов'язання й умови їх здійснення. Іншими словами, гарантія – це своєрідний «страховий поліс» для уповноваженого суб'єкта. Найближчим відповідником цього слова в юриспруденції є його використання в цивільному праві як зобов'язання гаранта погасити перед кредитором заборгованість боржника, якщо останній не виконає її. Отже, *цивільно-правові гарантії* – це соціальні умови, що створюються цивільно-правовим регулюванням, за наявності яких цивільні права й обов'язки його суб'єктів реальні.

Для з'ясування особливостей гарантії у цивільному праві, в цивілістичній літературі пропонується згрупувати гарантії у блоки:

- особливості цивільно-правових гарантії як фактичної поведінки;
- особливості як акт взаємодії з іншими учасниками цивільних правовідносин (соціальний зв'язок);
- особливості психологічних процесів, що стоять за фактичною поведінкою;
- особливості, зумовлені джерелом.

При аналізі взаємозв'язку права з людською поведінкою маєтись на увазі поведінка зовнішня, виражена зовні, а тому вона впливає на фізичні та соціальні події, процеси, явища. Цивільно-правові гарантії є предметом цивільно-правового регулювання, у зв'язку з чим вони володіють відповідними ознаками предмета цієї галузі. Якщо навіть вони є принципово новими суспільними правовідносинами, то існують у межах системи, що склалась, і принципів правового регулювання. Першою ознакою, що дозволяє відокремити їх від інших правових гарантії, служить їх об'єкт. Стаття 1 ЦК України, визначаючи предмет цивільного права, регламентує різні види відносин, які об'єднуються перш за все тим, що вони виникають з приводу майна. Якщо абстрагуватися від об'єкта (цивільних прав і обов'язків), що гарантується, то можна констатувати: прямо або опосередковано цивільно-правові гарантії існують з приводу матеріальних благ. Вони прямо пов'язані з об'єктом, коли акти учасників суспільно-економічних відносин здійснюються з приводу володіння, користування та розпорядження матеріальними благами, і опосередковано – коли акти тих самих учасників, тих самих стосунків існують з приводу нематеріальних благ. Але і ці гарантії обслуговують цивільні права й обов'язки, які мають все ж майновий зміст.

Друга особливість цивільно-правових гарантії першого блоку пов'язана з суб'єктом. Су-

б'єкт цивільно-правових гарантій – майново-самостійний учасник цивільного обігу. Оскільки цивільне право регулює відносини власності в їх статичній, остійкій для них характерна майнова відособленість їх учасників на відміну від інших суб'єктів.

Суб'єкти цивільно-правових гарантій – це переважно учасники правового зв'язку, що гарантується. Держава, впроваджуючи цивільне право в економіку, дійсно послаблює свою роль, оскільки переводить економіку на засади саморегулювання. Реалізація права виконується здійсненням дії, що є його змістом, з чого випливає: цивільно-правові гарантії є змістом саме суб'єктивних прав фізичних осіб.

До іншого блоку особливостей входять такі ознаки: соціальний зв'язок, утворений цивільно-правовою гарантією, завжди характеризується визначеністю складу суб'єктів. Якщо в державно-правових стосунках учасником є держава в особі його органів, якщо в цивільно-процесуальних стосунках обов'язковим учасником завжди є суд, то в правовідносинах, що є предметом цивільного права, учасниками є переважно суб'єкти цивільного обігу – фізичні особи. Таким чином, суб'єктами соціального зв'язку з цивільно-правових гарантій виступають в основному суб'єкти цивільного обігу. Цей зв'язок характеризується рівністю її суб'єктів. Рівність учасників майнових стосунків, регульованих цивільним правом, означає, передусім, відсутність між ними позаекономічної залежності, влади, примусу, відсутність будь-якого іншого соціального зв'язку, крім стосунків власності. Рівність учасників правовідносин полягає в тождественності економічної ролі, яку вони відіграють у правовідносинах, урегульованих цивільним правом: кожен із них виступає як суб'єкт, що володіє майново-розпорядчою самостійністю. Цивільно-правові гарантії мають природу матеріально-правових домагань, але не велінь; зобов'язана особа не підпорядкована управомоченій, а лише функціонально пов'язана з нею за допомогою домагання.

Третій блок пов'язаний з такою стороною поведінки, як свідомість. Право має справу лише із свідомою поведінкою людини, яка розуміє значення своїх дій і здатна керувати ними.

Четвертий блок особливостей зумовлений відмінним характером правових засобів гарантування. Цивільно-правовому гарантуванню властива дозволеність, яка зумовлює нижченаведені характеристики. Відносинам майнового обігу властиве «самогарантування». Одною із закономірностей цивільно-правового регулювання є гнучке поєднання засобів і прийомів нормативного та піднормативного (індивідуального) опосередкування суспільних відносин.

Наступна особливість цивільно-правових гарантій полягає в пріоритеті гарантування від-

носно створення відповідних правових засобів. Цивільне право в своєму регулюванні відносин створює певний пріоритет тій стороні, на користь якої здійснюється регульована діяльність. Новий ЦК України розширює можливості кредитора здійснювати свої права за договором. Законодавець піклується про те, як створити сприятливі умови для осіб, які вступають у відносини з тими, хто перейняв на себе яке-небудь зобов'язання. Таким чином, власник права, яке гарантується, – центральна фігура цивільно-правового гарантування. Отже, *цивільно-правові гарантії* – це ініціативна поведінка, або її результат, залежна від розсуду майново-самостійних, рівних учасників цивільного обігу, що має місце прямо або опосередковано з приводу матеріальних благ, є реалізацією суб'єктивних прав фізичних осіб. Цивільно-правові гарантії відіграють важливу роль у соціально-юридичному механізмі цивільно-правового регулювання, оскільки є об'єктивно необхідним структурним елементом, без якого реалізація суб'єктивних прав неможлива. Вивчення цього феномена дозволить вирішувати питання як теоретичного, так і практичного порядку. Право є ефективним лише у випадку, коли його приписи неухильно виконуються учасниками цивільних правовідносин.

Література

1. Туктаров Ю. Е. Понятие и особенности гражданско-правовых гарантий // Журнал российского права. – 1999. – № 10. – С. 112–117.
2. Юридический энциклопедический словарь. – М., 1984.
3. Энциклопедический юридический словарь. – М., 1998.
4. Юридический энциклопедический словарь. – М., 1987.
5. Тихомиров М. Ю. Юридическая энциклопедия. – М., 1995.
6. Новий тлумачний словник української мови: У 4 т. – К., 2000.
7. Савенкова О. В., Туктаров Ю. Е. Понятие и особенности гражданско-правовых гарантий // Известия вузов: Серия Правоведение. – 1999. – № 3. – С. 83–91.
8. Мицкевич А. В. О гарантиях прав и свобод советских граждан в общенародном социалистическом государстве // Советское государство и право. – 1963. – № 8. – С. 21–25.
9. Витрук Н. В. О юридических средствах обеспечения реализации и охраны советских граждан // Правоведение. – 1964. – № 4. – С. 26–30.
10. Советское государственное право / Под ред. А. И. Лепешкина. – М., 1971. – 468 с.
11. Ожегов С. И. Словарь русского языка. – М., 1953. – 840 с.
12. Харитонов Е. О. Юридичні гарантії особистих немайнових прав кандидатів в депутати // Юридический вестник. – 1994. – № 2.

Notions and features of the legal guarantees in Civil law are reviewed in the article.

В статье рассматриваются понятия и особенности юридических гарантий в гражданском праве.



ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА ВИЗНАЧЕННЯ ПРАВА НА ЗАХИСТ ДІЛОВОЇ РЕПУТАЦІЇ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Наталія Можаровська,

канд. юрид. наук,
доцент кафедри цивільно-правових дисциплін
Навчально-наукового інституту права та психології
Національної академії внутрішніх справ

Стаття присвячена теоретико-правовій характеристиці захисту ділової репутації суб'єктів господарювання з метою визначення підстав виникнення та форм реалізації права на такий захист.

Ключові слова: ділова репутація, суб'єкт господарювання, підприємницька діяльність, правовий захист, правова охорона.

Реалізація конституційного положення щодо заборони недобросовісної конкуренції та конституційного обов'язку держави захищати конкуренцію в підприємницькій діяльності потребує формування в Україні ефективного механізму забезпечення правомірного використання ділової репутації суб'єкта господарювання, рішучої боротьби з недобросовісною конкуренцією в цій галузі й є обов'язковою умовою ефективного соціально-економічного розвитку, інтеграції України в європейський політичний, економічний і правовий простір.

Деякі автори розглядають право на захист як самостійне суб'єктивне право [1, с. 14; 2, с. 31]. Таке право визначається як міра дозволеної поведінки управомоченої особи, виражена в можливості самостійно або за допомогою юрисдикційних органів застосувати відносно зобов'язаної особи засоби державно-примусового характеру з метою усунення перешкод у здійсненні суб'єктивного права або відновлення його до первісного стану. Але традиційною визнана позиція, представлена В. Грибановим [3, с. 104–106] та іншими вченими, згідно з якою право на захист відноситься до однієї з правомочностей власника суб'єктивного права нарівні з правочинном на власні дії та правочинном вимагати певної поведінки від зобов'язаних осіб.

В. Грибанов вважає, що право на захист містить у собі такі можливості управомоченої особи: використовувати дозволені законом засоби власного примусового впливу (самозахист); застосовувати до порушника юридичні заходи оперативного впливу; звертатися до компетентних державних або громадських органів з вимогою зобов'язати особу до певної поведінки [3, с. 107].

Необхідність захисту (відповідно і право на захист) виникає у випадку вчинення правопорушення або наявності реальної загрози його вчинення. Якщо погіршення ділової репутації відбулося внаслідок дій самого суб'єкта господарювання, наприклад зниження якості продукції, підстави для захисту відсутні.

Правопорушення, що є підставою для виникнення права на захист ділової репутації суб'єкта господарювання, є одним із видів недобросовісної конкуренції. Їх характеристика вперше була визначена на світовому рівні Паризькою конвенцією з охорони промислової власності від 20.03.1883 р.

В українському законодавстві перелік і характеристика правопорушень, пов'язаних із неправомірним використанням ділової репутації суб'єктів господарювання, закріплені в главі 2 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» від 07.06.1996 р. Ними є:

- неправомірне використання чужих позначень, рекламних матеріалів, упаковки (ст. 4);
- неправомірне використання товару іншого виробника (ст. 5);
- копіювання зовнішнього вигляду товару (ст. 6);
- порівняльна реклама (ст. 7).

Ці правопорушення закріплені також у ст. 33 Господарського кодексу (далі – ГК) України.

І. Коваль зазначає, що закріплення в ГК норм, які регулюють конкурентні відносини, у тому числі визначені види правопорушень у сфері недобросовісної конкуренції, є обґрунтованим. По-перше, це дозволяє чітко визначити місце таких норм у системі господарського законодавства; по-друге – привести їх у певну систему [4, с. 136].

Закріплені у зазначених нормативно-правових актах правопорушення є найбільш типовими видами неправомірного використання ділової репутації суб'єкта господарювання, якими не вичерпуються всі можливі порушення в цій сфері. У випадку вчинення дій, кваліфікованих як неправомірне використання чужої ділової репутації, але не передбачених формулюваннями ст. 33 ГК України та статей 4–7 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», право на захист ділової репутації може бути обґрунтовано нормами ч. 1 ст. 32 ГК України та ст. 1 зазначеного Закону, які містять загальне визначення недобросовісної конкуренції.

Позиція законодавця, коли нарівні з загальною нормою про поняття недобросовісної конкуренції наведені конкретні типові види недобросовісних конкурентних дій, для України найбільш прийнятна. Аналогічний підхід характерний і для інших країн (Росії, Японії, Польщі, Угорщини тощо).

Як видно з наведених назв правопорушень, в них, як і у самих формулюваннях правопорушень, термін «ділова репутація» не вживається. Йдеться про неправомірні дії відносно чужих позначень (фірмових найменувань, знаків для товарів і послуг), зовнішнього вигляду виробів і т. п. У той самий час розділ 2 називається «Неправомірне використання ділової репутації господарюючого суб'єкта (підприємця)». Така конструкція назви глави та назв правопорушень не випадкова. Вона підкріплена певним зв'язком ділової репутації суб'єкта господарювання та його фірмового найменування, знака для товарів і послуг, упаковки, інших засобів індивідуалізації, товарів, у силу якої неправомірне використання зазначених об'єктів неминуче тягне й неправомірне використання ділової репутації.

Фірмове найменування є найбільш значимим втіленням ділової репутації суб'єкта господарювання. Ще доктрина російського торговельного права пов'язувала поняття «репутація підприємства» саме з фірмою. Вс. Удінцев писав про фірму як про торговельне ім'я, «...которое является репутацией лица как владельца торгового-промышленного заведения, основанием для доверия публики и для торгового кредита» [5, с. 228]. Як зазначає Г. Шершеневич, «экономическое значение фирмы заключается в той ценности, какую имеет хорошо поставленное предприятие благодаря своей известности среди публики» [6, с. 76].

Необхідність використання фірмового найменування зумовлена потребою індивідуалізувати учасників комерційного обороту і тим самим виявляти розбіжності, особливості, властиві виробникам на ринку, попереджувати

можливість змішування результатів їх діяльності. Саме тому важливо, щоб фірмове найменування не було використане іншими суб'єктами господарювання. Належна правова охорона фірмових найменувань забезпечує інтереси не тільки їх власників, а й суспільства в цілому.

Знак для товарів і послуг (торговельна марка), на відміну від фірмових найменувань, покликаний індивідуалізувати вироблені суб'єктами господарювання товари (роботи, послуги). Така індивідуалізація є необхідною саме в умовах ринкової економіки. Вона дозволяє відрізнити продукцію одного виробника від продукції інших. Знак для товарів і послуг, як і інші позначення, що характеризують ділову репутацію господарюючого суб'єкта, є орієнтиром, що вказує споживачеві на певну якість товарів, робіт, послуг.

Висока оцінка продукції з певним знаком споживачем має велике значення на ринку. За наявності декількох аналогічних товарів за рівнозначною ціною важливу роль відіграє репутація знака (торговельної марки). Якщо фірма змогла виробити позитивний бренд, то протягом певного періоду часу він виступатиме в ролі «дарової сили природи», що забезпечить своєму власникові конкурентні переваги [7, с. 90]. Таким чином, знак, який викликає певну асоціацію товару або послуги з їх виробником, концентрує всю працю, всі витрати та результати, вкладені у високоякісну продукцію або послуги, що визначає його цінність у формуванні ділової репутації. Покупець платитиме підвищену ціну за товар із відомим високим рівнем якості протягом певного часу навіть у випадку, якщо якість товару знизиться в порівнянні з первісним рівнем.

Зовнішній вигляд (форма, упаковка) товару також має велике значення у формуванні ділової репутації його виробника. Відомо, що зовнішнє оформлення товарів, їх дизайнерське рішення, відповідність ергономічним вимогам істотно впливають на конкурентоспроможність виробів, на доходи виробників. Продукція, що має відповідний зовнішній вигляд, асоціюється у споживачів із певною якістю, в силу чого зазначений носій ділової репутації є не тільки візитівкою виробника товару, а й важливим інструментом реклами, засобом для формування та стимулювання попиту.

Господарська практика останніх років довела, що у формуванні ділової репутації беруть участь також інші позначення, що індивідуалізують діяльність суб'єкта господарювання, його складові, фірмовий або корпоративний стиль. До них можна віднести форму працівників, інтер'єр приміщень, особливий дизайн візитівок, оформлення сайту тощо. Споживачі, сприймаючи подібні позначення

та символіку, асоціюють їх з певним господарюючим суб'єктом і виробленою продукцією.

Важливе значення має реклама, передусім форми та способи ведення рекламної діяльності. Реклама за допомогою різних засобів і прийомів викликає інтерес, створює популярність продукції певного виробника, у результаті чого асоціюється у свідомості споживачів із цим виробником. Ціль реклами зводиться, як правило, до того, щоб переконати потенційних споживачів у якості та корисності рекламованого товару, сформувати у них думку про необхідність його придбання. Так, наведена характеристика фірмових найменувань, знаків для товарів і послуг (торговельних марок), інших позначень, зовнішнього вигляду виробів тощо свідчить, що вони є посередниками в ході оцінки продукції та діяльності суб'єкта господарювання іншими особами та тим самим беруть участь у формуванні його ділової репутації. З іншого боку, вони несуть на собі відбиток ділової репутації й є формами її матеріального втілення, оскільки саме з їх допомогою ділова репутація, будучи нематеріальною, проявляється в конкурентній боротьбі та може бути використана.

Зазначений зв'язок дає підстави розглядати вказані об'єкти як матеріальні носії ділової репутації суб'єктів господарювання та, як наслідок, предметів конкретного правопорушення, пов'язаного з її неправомірним використанням. У випадку порушення немайнового права на ділову репутацію зазначеними діями потерпілій особі протистоїть конкретна зобов'язана особа (правопорушник) і виникає правовідношення майнового характеру. Як зазначає Г. Знаменський, порушення немайнових прав, що є абсолютними, зумовлює виникнення конкретного майнового зобов'язання з їх захисту [8, с. 78]. При цьому М. Малєїна вважає, що майнові права, вимоги, які виникають після порушення суб'єктивного немайнового права, не змінюють характеру, природи цього немайнового права [9, с. 29].

Право на захист ділової репутації, як правомочність суб'єктивного права, до порушення останнього перебуває в стані статичності. А з моменту здійснення правопорушення воно набуває динамічного характеру та може здійснюватися як самостійно потерпілою особою (самозахист), так і шляхом звернення за захистом до компетентних державних органів.

Необхідно визначити і процесуальну сторону права на захист. Як зазначає В. Грибанов, воно охоплює три основні можливості управленої особи: звернутися з вимогою про захист порушеного права до компетентного органу; користуватися всіма передбаченими законом правами та гарантіями в процесі

розгляду вимоги, встановленими відповідно до зазначеної форми захисту права; оскарження у встановленому законом порядку рішення цього органу. Єдність матеріально-правового змісту права на захист і його процесуальної сторони полягає у можливості матеріально-правового характеру; також припускають і можливість їх здійснення в певній процесуальній формі, в установленому законом порядку [3, с. 113].

У процесі реалізації суб'єктом господарювання права на захист ділової репутації шляхом звернення за розглядом спору до уповноважених державних органів виникають охоронні правовідносини. Своєрідність охоронних правовідносин виражена, як зазначає С. Алексєєв, у тому, що вони опосередковують застосування державно-примусових заходів. Суб'єктивне право в охоронному правовідношенні складається в правочині компетентних осіб із застосуванням державно-примусових заходів, а юридичний обов'язок полягає в їх претерпуванні [10, с. 149]. Ці правовідносини забезпечують реалізацію заходів державно-примусового впливу щодо особи, яка порушила юридичний обов'язок, утримуватися від посягань на ділову репутацію.

Результатом реалізації права на захист є захист порушеного права. При цьому захист прав можна розглядати і як діяльність уповноважених або компетентних державних, громадських органів із застосування до правопорушника правоохоронних заходів державно-примусового характеру, спрямованих на визнання, відновлення порушеного права.

Органами, уповноваженими здійснювати захист щодо неправомірного використання ділової репутації суб'єкта господарювання, є судові органи й органи Антимонопольного комітету України. Антимонопольні органи України, розглядаючи в установленому законом порядку спори про неправомірне використання ділової репутації суб'єкта господарювання та застосовуючи до правопорушників відповідні правоохоронні заходи державно-примусового впливу, здійснюють тим самим захист порушеного права на ділову репутацію.

Щодо співвідношення «охорона» та «захист» у часі, то поняття «охорона» і «захист» співвідносяться як ціле та частина. Отже, *захист прав* – це система заходів, спрямованих на визнання, відновлення цих прав і припинення їх порушень, що застосовуються правомочним суб'єктом права та/або компетентним органом (включаючи застосування до порушників заходів відповідальності). Як свідчить аналіз законодавства та практика діяльності відповідних державних органів, реалізація правової можливості отримання

правового захисту може виникнути в процесі розгляду питання про надання охорони компетентним державним органом або після отримання охоронного документа, коли є факт неправомірного використання ділової репутації [11, с. 27].

Викладене дозволяє зробити **висновок**, що підставою для виникнення права на захист ділової репутації суб'єкта господарювання є правопорушення у вигляді її неправомірного використання. Ці правопорушення здійснюються, як правило, шляхом неправомірного використання фірмового найменування, знака для товарів і послуг (торговельних марок), упаковки, інших засобів індивідуалізації діяльності та продукції суб'єкта господарювання, вироблених ним товарів. Особливість зазначених порушень викликана тісним зв'язком ділової репутації суб'єкта господарювання та зазначених об'єктів. Характер такого зв'язку полягає в тому, що виступаючи свого роду «посередниками» у ході оцінки суб'єкта господарювання іншими особами, вони, з одного боку, самі беруть участь у формуванні ділової репутації, з іншого – є формами її матеріального виразу.

Право на захист ділової репутації суб'єкта господарювання може здійснюватися за допомогою звернення за захистом до органів АМКУ. Ці органи, розглядаючи в установленому законом порядку справи про неправомірне використання ділової репутації, застосовують відносно правопорушників заходи державно-примусового впливу, здійснюючи тим самим захист порушеного права.

The article is devoted to theoretical-legal characterization of the protection of business entities, to determine the base and forms of realization of the right to protection of business reputation of legal entities.

Стаття посвячена теоретико-правовій характеристиці захисту ділової репутації суб'єктів господарювання з метою определения оснований возникновения и форм реализации права на такую защиту.

Література

1. Бутнев В. В. Понятие механизма защиты субъективных гражданских прав // Механизм защиты субъективных гражданских прав. – Ярославль, 1990. – С. 5–17.
2. Шевченко А. С. Охранительные правоотношения в механизме защиты субъективных гражданских прав // Механизм защиты субъективных гражданских прав. – Ярославль, 1990. – С. 27–36.
3. Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав. – М., 2000. – 411 с.
4. Коваль И. Ф. О регулировании Хозяйственным кодексом Украины отношений в сфере конкуренции // Нові Цивільний та Господарський кодекси України та проблеми їх застосування: Матеріали наук.-практ. семінару, м. Харків, 23 квітня 2003 р. – Х., 2004. – Ч. 1. – С. 136–137.
5. Удинцев В. С. Русское торгово-промышленное право: Общие учения. – К.; СПб., 1907. – 479 с.
6. Шершеневич Г. Ф. Учебник торгового права (по изданию 1914 г.). – М., 1994. – 335 с.
7. Тамбовцев В. Товарный знак как капитальный нематериальный актив // Вопросы экономики. – 1999. – № 3. – С. 87–96.
8. Хозяйственное право / В. К. Мамутов, Г. Л. Знаменский, К. С. Хахулин и др.; Под ред. В. К. Мамутова. – К., 2002. – 912 с.
9. Малеша М. Н. О предмете гражданского права // Государство и право. – 2001. – № 1. – С. 25–31.
10. Алексеев С. С. Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. – М., 1966. – 186 с.
11. Можаровська Н. О. Європейська інтеграція в контексті адміністративно-правової охорони та захисту промислової власності від проявів недобросовісної конкуренції // Юриспруденція: теорія і практика. – 2006. – № 10. – С. 20–29.



ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВІДНОСИН ГЕНЕРАЛЬНИХ ПІДРЯДНИКІВ І СУБПІДРЯДНИКІВ У ДОГОВОРАХ ГЕНЕРАЛЬНОГО ПІДРЯДУ

Андрій Гриняк,

канд. юрид. наук,

завідувач наукового сектора проблем цивільного права
НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

Стаття присвячена взаємовідносинам сторін у системі генерального підряду. Встановлено, що субпідрядний договір є різновидом договору підряду, а його умови не можуть суперечити умовам договору підряду, для виконання якого залучається субпідрядник.

Ключові слова: договір підряду, суб'єкти підрядних правовідносин, генеральний підряд, субпідрядний договір, замовник, генеральний підрядник, субпідрядник.

У книзі 5 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України у главі 61, що стосується підрядних договорів, як і в інших главах щодо договорів, основний зміст статей зводиться до встановлення того, хто й як укладає договір, які права й обов'язки сторін, які правові наслідки виникатимуть при порушенні умов договору. Іншими словами, більшість норм договірних відносин стосується саме суб'єктного складу правовідношення, тобто контрагентів за договором.

У загальних нормах про підряд відсутні обмеження щодо суб'єктного складу відносин із виконання робіт. Суб'єктами (сторонами) у договорі підряду є замовник і підрядник; ними можуть виступати як юридичні, так і фізичні особи, зокрема фізичні особи-підприємці. Підрядником визнається особа, яка бере на себе обов'язок виконати замовлену роботу, а замовником – особа, яка замовляє виконання певної роботи та взяла на себе обов'язок прийняти і оплатити її результат.

М. Брагінський зазначає, що загальні норми про підряд не містять обмеження щодо участі суб'єктів цивільного обороту на стороні підрядника чи замовника [1, с. 43]. Це означає, що на стороні як замовника, так і підрядника можуть виступати фізичні особи (повністю дієздатні, а також частково й обмежено дієздатні – в установленому законом порядку) та юридичні особи (комерційні, а також некомерційні, якщо це не суперечить цілям їх діяльності, встановленим установчими документами).

Однак певні обмеження, що стосуються в основному підрядника, розміщені в параграфах, які регулюють окремі види підрядних договорів. Обмеження, визначені главою 61 ЦК України (ч. 3 ст. 837), насамперед стосуються такої підприємницької діяльності підрядника, яка відповідно до ст. 9 Закону

України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» підлягає ліцензуванню. Наприклад, видобування корисних копалин із родовищ, що мають загальнодержавне значення та включені до Державного фонду родовищ корисних копалин, виконання топографо-геодезичних, картографічних робіт, виконання авіаційно-хімічних робіт тощо повинно проводитися лише юридичними особами.

Як зазначає М. Панченко, відповідно до ч. 3 ст. 837 ЦК України для виконання окремих видів робіт у випадках, встановлених законом, підрядник (субпідрядник) зобов'язаний одержати спеціальний дозвіл, що свідчить про можливість виконання цих робіт лише особисто тим підрядником, який має на це дозвіл. Це стосується, наприклад, виконання авіаційно-хімічних робіт, виготовлення, монтажу несучих конструкцій, монтажу конструкцій у будівельній, ремонтно-будівельній діяльності тощо. Підрядником в окремих видах договорів підряду, зокрема побутовому, будівельному тощо, може бути суб'єкт підприємницької діяльності, а тому договір підряду може бути як загальноцивільним, так і підприємницьким. Якщо підрядником-підприємцем виконується робота, призначена для задоволення побутових та інших потреб замовника – фізичної особи, цей договір визнається публічним [2, с. 368–369].

Договірні відносини з виконання робіт, як зазначає В. Луць, складаються за схемою прямого договору між замовником і підрядником або за конструкцією генерального підряду. Остання за попереднім законодавством застосовувалась у підрядних відносинах з капітального будівництва та виконання проектних і пошукових робіт. За новим ЦК України, як зазначає автор, система генерального підряду закріплюється як загальна для до-

говорів підрядного типу [3, с. 213]. У ЦК України цим відносинам присвячено спеціальну ст. 838, згідно з якою підрядник має право, якщо інше не встановлено договором, залучити для виконання роботи інших осіб (субпідрядників), залишаючись відповідальним перед замовником за результат їх роботи; у цьому разі підрядник виступає перед замовником як генеральний підрядник, а перед субпідрядником – як замовник. Деякі вчені (Д. Мейер, М. Брагінський) вважали таку структуру настільки характерною для підряду, що навіть зараховували її до індивідуалізуючих ознак досліджуваного договору [4, с. 123; 1, с. 43]. Так, Д. Мейер свого часу вважав підрядом договір, за яким підрядник не зобов'язується сам виконувати роботу, а передбачає, що вона буде виконана через посередництво інших осіб, а робота самого підрядника переважно не та, що обумовлюється за підрядом, а полягає у посередництві між особою, яка укладає підряд, і робітниками, які виконують роботу. Наприклад, укладається підряд на будівництво споруди; сам підрядник не бере участі в будівництві, а лише наймає робітників, наглядає за ними, тобто керує операцією [5, с. 654]. Г. Шершеневич висловлював думку, що договір субпідряду займає середнє місце між особистим наймом і поставкою. У той самий час він вбачав і відмінності між ними, які полягали в тому, що підрядник самостійно складає план досягнення мети, яку йому вказує його контрагент: підряднику дають тільки завдання – побудувати міст, будинок, а спосіб виконання завдання покладається на його особисте вирішення. Підрядник залучає необхідну робочу силу, стає посередником між робітниками і своїм контрагентом [6, с. 483].

Дослідження Д. Мейєра, Г. Шершеневича та інших учених-цивілістів цього періоду були актуальними стосовно тогочасних економічних умов і засад укладення підрядних договорів. Оскільки, як зазначає С. Сенік, позиція обох учених щодо генерального підрядника зводиться лише до виконання ним посередницької функції між замовником і субпідрядником, тим самим йому надається статус посередника [7, с. 306]. Сьогодні ж економічні умови зазнали істотних змін: від повного знищення приватної ініціативи та повернення до адміністративних методів управління економікою до відродження і законодавчого визнання приватної власності, переходу економіки на ринкові засади функціонування.

Слід зазначити, що підрядні правовідносини у сфері будівництва за своїм характером часто виникають з приводу масштабних і особливо складних робіт. У зв'язку з цим вони передбачають широку участь у них третіх

осіб. Такими третіми особами для виконання окремих робіт у більшості випадків залучаються спеціалізовані організації. Невеликі будівельні організації ведуть, як правило, вузькоспеціалізовані роботи та спеціалізуються на будівництві об'єктів певного типу (житлові будинки, дороги тощо). Спеціалізація і визначає той обсяг роботи, який генпідрядник може доручити менш потужній (субпідрядній) організації. Як правило, генпідрядник має можливість вибирати субпідрядників. Такий підхід є виявом конкурентних відносин у сфері будівництва. Мета діяльності субпідрядних організацій не така масштабна, як у генерального підрядника. Відповідно, обсяг доходів і оборотних коштів значно нижчий. Тому субпідрядника, передусім, цікавить не сам об'єкт у цілому, а його частина, яка виступає предметом його спеціалізації, його основним видом діяльності.

У зв'язку з викладеним цілком слушною видається позиція законодавця у ЦК України, де закріплено як загальну для всіх видів договорів підряду конструкцію «генерального підряду», а саме – систему взаємовідносин між сторонами, за якою робота може виконуватися підрядником або особисто, або за допомогою інших осіб (субпідрядників), якщо особисте виконання роботи не передбачене договором. В останньому випадку підрядник виступає перед замовником як генеральний підрядник, а перед субпідрядником – як замовник. Підрядник залишається відповідальним перед замовником за результат діяльності субпідрядників, а перед субпідрядником – за невиконання або неналежне виконання замовником своїх зобов'язань за договором. При цьому закон (п. 2 ч. 2 ст. 838 ЦК) забороняє замовнику та субпідряднику пред'являти один одному вимоги, пов'язані з порушенням договорів, укладених кожним із них з генеральним підрядником, якщо інше не встановлено договором або законом [8, с. 194].

Слід зазначити, що така заборона викладена у диспозитивній формі (якщо інше не встановлено договором або законом), а тому можна сміливо припустити, що сторони в договорах між собою можуть передбачати можливість пред'явлення замовником будь-яких вимог безпосередньо до субпідрядника та субпідрядником до замовника. Необхідність такого роду прямих зв'язків може виникати при виконанні складних робіт, у здійсненні яких бере участь декілька різних організацій. Наприклад, субпідряднику може бути потрібно нормативно-технічна або проектна документація по об'єкту, що будується, якої немає у генерального підрядника (окремі погодження з органами місцевого самоврядування тощо). Чому ж не передбачити у договорі прямих контактів субпідрядника із за-

мовником, якщо це сприятиме вчасному та якісному виконанню робіт, навіть із пред'явленням претензій один одному. Так, відповідно до абзаца 3 п. 3 Положення про взаємовідносини організацій – генеральних підрядників з субпідрядними організаціями, затвердженого Науково-технічною радою Державного комітету України у справах містобудування і архітектури від 14.12.1994 р. № 4, субпідрядник, який за контрактом субпідряду здійснює монтаж основного технологічного й енергетичного устаткування, зобов'язаний *разом із генпідрядником і замовником* забезпечити введення в дію потужностей і об'єктів у встановлені строки.

Система «генерального підряду» традиційно застосовувалась у будівництві або при проведенні проектних і пошукових робіт. Генеральний підрядник, уклавши договір будівельного підряду із замовником, укладає субпідрядний договір із субпідрядником. На генеральних підрядах, передусім, спеціалізуються потужні будівельні організації. Вони беруть на себе виконання зобов'язань, пов'язаних із будівництвом. Їх функції можуть полягати в організації, забезпеченні та веденні робіт одночасно на декількох будівельних майданчиках; в одержанні, аналізі та використанні економічної, управлінської й іншої інформації, пов'язаної з будівельною сферою; у залученні до виконання робіт менш потужних спеціалізованих будівельних організацій тощо.

Ставлення цивілістів до природи субпідрядних правовідносин не є однозначним. З. Фаткудінов, досліджуючи договір підряду в умовах планової економіки, зазначив, що субпідрядні відносини потребують спеціального нормативного врегулювання, зокрема, в чіткому визначенні прав і обов'язків підрядника та субпідрядника [9, с. 24]. Така позиція З. Фаткудінова дала підстави О. Абрамцовій припустити, що зазначений дослідник схильний вважати субпідряд самостійною договірною конструкцією. Відсутність, на його думку, спеціальних норм, що регулюють взаємовідносини сторін, викликає на практиці неясності та суперечки, передусім з приводу стягнення сум на поповнення оборотних коштів, створення виробничої бази [10, с. 28]. Не погоджується із викладеною позицією М. Кротов, який вважає недоцільною детальну регламентацію договору генерального підряду, оскільки ризик виконання всіх робіт несе генеральний підрядник. На його думку, немає потреби спеціально закріплювати норми про генеральний підряд в законі та договорі [11, с. 308]. Ще раніше схожа думка висловлена у юридичній літературі С. Занковським [12, с. 34].

Аналіз наведених точок зору свідчить, що відповідно до ч. 1 ст. 838 ЦК України підряд-

ник має право, якщо інше не передбачено договором, залучити до виконання роботи інших осіб (субпідрядників). Тому виникає досить просте питання: яким чином підряднику на практиці можна залучити до виконання роботи іншу особу (субпідрядника) та хоча б якимось чином убезпечити себе від невиконання чи неналежного виконання залученою особою взятих на себе зобов'язань? Відповідь на поставлене питання видається досить простою: лише та насамперед за допомогою такого важливого правового інституту, як цивільно-правовий договір.

Отже, субпідрядний договір, на нашу думку, є різновидом договору підряду, на який поширюється дія як загальних положень про договір (глав 52 і 53 ЦК України), так і дія загальних положень про договір підряду. Умови субпідрядного договору повинні відповідати умовам договору підряду, для виконання якого залучається субпідрядник. Наприклад, поряд із будівельною фірмою певні роботи, що потребують спеціальних знань, навичок, специфічної техніки, здійснюються різного роду спеціалізованими організаціями (виконання проектних, пошукових робіт тощо). Ця норма має особливе значення для договору будівельного підряду, договору підряду на проектні та пошукові роботи. Особисте ж виконання робіт, у переважній більшості, має місце у побутовому підряді.

Разом із тим субпідрядний договір має певні особливості, за якими він відрізняється від підрядного договору, тому його умови повинні узгоджуватись із положеннями останнього. Так, до субпідрядних відносин, крім норм ЦК України, застосовуються норми Положення про взаємовідносини організацій – генеральних підрядників з субпідрядними організаціями. Цим Положенням визначаються порядок і строки укладення договору субпідряду, забезпечення матеріалами, умови виконання робіт, обов'язки генпідрядника та субпідрядника тощо. Крім того Положенням передбачається укладення за домовленістю сторін навіть багатосторонніх контрактів (замовник, генпідрядник, субпідрядники).

Договір субпідряду, відповідно до п. 7 зазначеного Положення, укладається між генпідрядником і субпідрядником протягом 40 днів після отримання останнім усієї необхідної проектно-кошторисної документації й інших документів (чи їх проектів), якщо інше не передбачено протоколом намірів. Складання проекту договору субпідряду (з усіма його додатками) та подання його генпідряднику є обов'язком субпідрядника. Договором субпідряду визначається договірна вартість робіт, які повинен виконати субпідрядник із зазначенням обсягів будівельно-монтажних робіт

у базисних цінах. Строки виконання окремих монтажних і спеціальних робіт визначаються з урахуванням строків, встановлених договором, укладеним між генпідрядником і замовником, а також строків виконання робіт, доручених замовником іншим виконавцям за прямими договорами з ними.

Слід зазначити, що на практиці трапляються і більш ускладнені схеми підрядних відносин, які не врегульовані вітчизняним законодавством, але, на нашу думку, не суперечать йому. Наприклад, у законодавстві Російської Федерації (ст. 706 ЦК РФ) генеральному підряднику дозволяється укласти договір із замовником лише на виконання визначеної частини робіт, а далі замовник, обов'язково за згодою генерального підрядника, може вступати у договірні відносини з іншими виконавцями. Іншими словами, система генерального договору може існувати одночасно із системою прямих договорів. Однією з відмінностей таких систем, на думку М. Брагинського та В. Вітрянського, виступатиме те, що генеральний підрядник, зазвичай, виступає фактичним виконавцем робіт [13, с. 45].

Зважаючи на те, що ст. 838 ЦК України, на відміну від ст. 706 ЦК РФ, не передбачено схожої норми про те, що замовник, за згодою генерального підрядника, має право за паралельним договором підряду залучати інших підрядників для виконання специфічних робіт, які генпідрядник виконати самостійно не спроможний, вважаємо, що, керуючись ст. 6 ЦК України, сторони можуть передбачити таку умову в договірному порядку, оскільки вона не суперечить чинному законодавству. Однак слід уточнити, що укладення договорів замовником на виконання окремих робіт іншими особами видається можливим,

якщо ціна договору, стороною якого є генеральний підрядник, визначена у приблизному кошторисі, оскільки відповідно до ч. 5 ст. 844 ЦК України підрядник не має права вимагати збільшення твердого кошторису, а замовник – його зменшення в разі, якщо на момент укладення договору підряду не можна було передбачити повний обсяг робіт або необхідні для цього витрати.

Література

1. Брагинский М. И. Договор подряда и подобные ему договоры. – М., 1999.
2. Панченко М. І. Цивільне право України. – К., 2005. – С. 368–369.
3. Луць В. В. Контракти в підприємницькій діяльності. – К., 2008.
4. Мейер Д. И. Русское гражданское право. – М., 1997.
5. Мейер Д. И. Русское гражданское право. – М., 2000.
6. Шершеневич Г. Ф. Курс гражданского права. – Тула, 2001.
7. Сенік С. Сторони договору субпідряду на капітальне будівництво // Вісник Львівського університету: Сер. юрид. – 2003. – Вип. 38.
8. Цивільне право України: Загальна частина / За ред. І. А. Бірюкова, Ю. О. Заїки. – К., 2006.
9. Фаткудинов З. М. Договор подряда между социалистическими организациями. – М., 1976.
10. Абрамцова Е. Л. Договор подряда в гражданском праве России: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2005.
11. Гражданское право: Ч. 2 / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М., 1998.
12. Занковский С. С. Субподряд в капитальном строительстве: Правовые вопросы. – М., 1986.
13. Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: Кн. 3. Договоры о выполнении работ и оказании услуг. – М., 2007.

Paper is devoted to the relationship of the parties in the general contract. It is established that subcontracting is a form of contract agreement and its terms can not contradict the terms of the contract agreement and for which the subcontractor involved.

Стаття посвящена взаимоотношениям сторон в системе генерального подряда. Установлено, что субподрядный договор является разновидностью договора подряда, а его условия не могут противоречить условиям договора подряда, для выполнения которого привлекается субподрядчик.



ПРОБЛЕМИ КЛАСИФІКАЦІЇ НЕПІДПРИЄМНИЦЬКИХ ТОВАРИСТВ ЯК ЮРИДИЧНИХ ОСІБ ПРИВАТНОГО ПРАВА

Володимир Кочин,

*молодший науковий співробітник відділу проблем приватного права
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва
НАПрН України*

У статті розглядаються проблеми поділу на групи та підгрупи непідприємницьких товариств як юридичних осіб приватного права, формулюються пропозиції про вдосконалення чинного законодавства.

Ключові слова: непідприємницьке товариство, суспільно корисне товариство, приватно корисне товариство, суспільний інтерес, приватний інтерес.

Конституція України передбачає велике коло зобов'язань, які бере на себе держава у відносинах з людиною. Зокрема, положення ст. 3 Основного Закону закріплюють норму, відповідно до якої права та свободи людини, їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави, яка відповідає перед людиною за свою діяльність, а утвердження та забезпечення прав і свобод людини є основним її обов'язком, у тому числі щодо функціонування державної мови (ст. 10), захисту прав усіх суб'єктів власності та господарювання (ст. 13), соціального захисту громадян (ст. 17) тощо.

Однак сьогодні важко назвати державу, яка здатна забезпечити кожному реалізацію своїх прав та обов'язків, охопити своєю діяльністю всіх, хто проживає на її території. У зв'язку з цим природним і логічним є функціонування так званого третього сектора та громадянського суспільства в цілому, які відділені від державного управління та підприємництва, для забезпечення реалізації як приватних, так і публічних інтересів осіб. Інтерес науки цивільного права до третього сектора зумовлений тим, що ключовим його елементом є непідприємницькі товариства, правове регулювання яких на сьогодні не можна вважати задовільним.

Метою цієї статті є визначення класифікаційних груп непідприємницьких товариств як юридичних осіб приватного права.

Про актуальність статті свідчить відсутність в Україні комплексного дослідження щодо непідприємницьких товариств як юридичних осіб приватного права, що дозволило б визначити їх особливу правову природу та місце серед інших учасників цивільних правовідносин.

Першочерговою науковою проблемою цивільного права є питання здійснення та захисту суб'єктивних прав осіб. За допомогою

права на свободу об'єднання фізичні й юридичні особи можуть спільно реалізовувати особисті немайнові та майнові права й інтереси, що не пов'язані з підприємницькою діяльністю.

Дослідженням непідприємницьких юридичних осіб приватного права займалися такі вчені, як О. Батожська, В. Борисова, С. Буко, Ю. Вітка, М. Галянтич, М. Дарем, Т. Ковдій, Ю. Кривенко, І. Кучеренко, Д. Лещенко, В. Лисенко, В. Луць, Л. Мандрика, К. Негребецька, В. Мур, В. Піддубна, Д. Ратцен, В. Чепурнов, В. Фучеджі та ін.

Зважаючи на різноманітність поглядів і завдань, здійснених попередніми дослідниками, ми маємо на меті визначити групи непідприємницьких товариств як юридичних осіб приватного права, в основі яких лежить інтерес, що переслідують засновники (учасники) юридичної особи.

Законодавець у Цивільному кодексі (далі – ЦК) України приділив непідприємницьким товариствам, порівняно з підприємницькими, недостатню увагу. Так, відповідно до ч. 1 ст. 85 ЦК непідприємницькими є товариства, які не мають на меті одержання прибутку для його наступного розподілу між учасниками. Разом із тим зазначено, що особливості правового статусу окремих видів непідприємницьких товариств визначаються законом (ч. 2 ст. 85 ЦК).

Невизначеність правового становища непідприємницьких товариств у чинному законодавстві зумовлена не лише відсутністю належного цивільно-правового регулювання, а й різноманітністю поглядів на цей інститут. Зокрема, Господарський кодекс (далі – ГК) України, оперує поняттям «некомерційного господарювання» (ст. 52), а Податковий кодекс (далі – ПК) України «неприбуткові організації». Більше того, велика кількість законодавчих актів, які визначають окремі види цих юридичних осіб, породжують ще більшу невизначеність у цьому міжгалузевому інституті.

У науці цивільного права зверталася увага на невідприємницькі товариства. Перш за все І. Кучеренко вперше запропонувала визначити такі організаційно-правові форми юридичних осіб приватного права, як невідприємницькі товариства (громадське товариство, товариство співвласників, заклад, невідприємницькі товариства з обмеженою відповідальністю), а також невідприємницький кооператив як вид кооперативного товариства [1]. Проте, на жаль, окремі запропоновані види цих юридичних осіб так і не знайшли відповідного закріплення у чинному законодавстві.

Невтішною склалася доля законопроекту «Про невідприємницькі організації» від 14.03.2000 р. № 0961, який в результаті отримав № 0909 і 23.11.2007 р. був відкликаний як такий, що втратив актуальність, хоча його норми містили принципові положення поділу невідприємницьких організацій на суспільно корисні (що створені та провадять свою діяльність у суспільно корисних напрямках – охорона здоров'я, підтримка науки тощо) та приватно корисні (створені з метою досягнення цілей в інтересах засновників). Такий поділ вирішував би питання щодо спрямованості діяльності невідприємницьких товариств, порядку їх створення та припинення, а також, як викладено у висновку до цього законопроекту, обґрунтованості запровадження та надання таким організаціям податкових пільг і різних заходів державної підтримки, підтримки з боку органів місцевого самоврядування.

Окреслений поділ на приватно корисні та публічно корисні організації відомий ще з часів римського права. Так, Ч. Санфіліппо (C. Sanfilippo) звертав увагу на *sodalitates*, які мали на меті культурні цілі, та *collegia*, які мали на меті суспільно корисні чи професійні цілі [2, с. 48].

Класифікація невідприємницьких товариств може бути здійснена за різними підставами, які матимуть юридичне значення. Перш за все заслуговує на увагу *мета їх діяльності*. На відміну від установи, в установчих документах товариства (частини 1, 2 ст. 88 ЦК) відомості про мету не є імперативною вимогою. Проте, всупереч цій нормі, відповідно до Положення про порядок легалізації об'єднань громадян, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 26.02.1993 р. № 140, засновники громадської організації зобов'язані подати відомості про мету створеного формування (п. 9).

Іншим критерієм поділу є *вид економічної діяльності*, який здійснюють невідприємницькі товариства. Цей критерій мав би знайти своє відображення у ГК, однак законодавець обмежився лише визначенням поняття «некомерційне господарювання», вказавши про державний і комунальний сектори еко-

номіки (ч. 2 ст. 52), і тим самим додав роздумів щодо згаданої проблеми.

Не дає відповіді на питання про поділ невідприємницьких товариств за економічним критерієм і Національний класифікатор України «Класифікатор видів економічної діяльності» (ДК 009:2005), відповідно до якого юридична особа отримує відповідний код у свідоцтві про державну реєстрацію. Більше того, в Україні діють також інституційні сектори економіки, які визначаються відповідно до наказу Державного комітету статистики України «Про затвердження Класифікації інституційних секторів економіки України» від 18.04.2005 р. № 96. Таким чином, цей наказ та ДК 009:2005 потребують суттєвого оновлення, адже невідприємницькі товариства не знаходять у них належного місця.

На нашу думку, з економічної точки зору невідприємницькі організації найповніше класифіковано в межах методологічного дослідження ООН «Керівництво щодо неприбуткових інститутів у Системі національних рахунків»¹ [3] (далі – Керівництво). Пунктом 2.21 Керівництва визначена така група типових організацій «третього сектора»: неприбуткові постачальники послуг (*non-profit service providers*), неурядові організації (*non-governmental organizations*), мистецькі та культурні організації (*arts and culture organizations*), аматорські спортивні клуби (*amateur sport clubs*), правозахисні групи (*advocacy groups*), установи (*foundations*), громадські або низові асоціації (*community-based or grass-roots associations*), політичні партії (*political parties*), соціальні клуби (*social clubs*), спілки, ділові та професійні клуби (*unions, business and professional associations*), релігійні організації (*religious congregations*). Другу групу (п. 2.22 Керівництва) організацій складають формування, які займають проміжне становище, тобто вони не належать повністю до державного, підприємницького чи третього секторів, однак, зважаючи на такий стан, все ж є неприбутковими: кооперативи (*cooperatives*), спільні товариства (*mutuals*), групи самопомогли (*self-help groups*), соціальні підприємства (*social ventury*), квазінеурядові організації (*qiasi-NGO's*), університети (*universities*), лікарні (*hospitals*), групи корінного населення чи територіальні групи (*indigenous or territorial groups*).

На нашу думку, у третьому секторі неможливо вести мову про певну систему організаційно-правових форм чи вичерпний перелік їх видів, порівняно з підприємницькими юридичними особами, визначеними у

¹Слід зазначити, що термін «невідприємницька організація» є найбільш точним для позначення юридичних осіб приватного права; інші ж терміни можуть мати інше логічне навантаження. Так, термін «неприбуткова організація» об'єднує юридичних осіб як приватного права, так і публічного права, а тому використовується, зокрема, у ПК.

ст. 84 ЦК. Однак необхідно все ж окреслити певні орієнтири, які допомогли б упорядкувати хаотичність у секторі в цілому.

Основним критерієм поділу непідприємницьких товариств як юридичних осіб приватного права має бути інтерес засновників такої юридичної особи. Так, слід повернутися до законодавчої ініціативи проекту № 0909 щодо їх поділу на приватно корисні та публічно корисні.

Виділяючи *приватно корисні товариства*, необхідно визначити поняття «приватний інтерес» у межах поняття «непідприємницьке товариство». Так, він спрямований на реалізацію потреб виключно засновників товариства. Цю групу можна поділити на: товариства, створені для реалізації, захисту особистих немайнових прав та інтересів; товариства, створені для реалізації, захисту майнових прав та інтересів.

Перші з них реалізують творчі, професійні, освітні, культурні, медичні, соціальні й інші особисті немайнові інтереси засновників. Як правило, ці юридичні особи законодавець визначає як спілки (закони України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності», «Про професійних творчих працівників та творчі спілки») або загалом організація (Закон України «Про організації роботодавців») чи громадська організація (Закон України «Про об'єднання громадян»). У межах окресленої підгрупи, які є суто товариствами, має бути відсутній статус юридичної особи [4, с. 121].

Другу підгрупу складають товариства, в основі яких лежить майновий інтерес. До них можна віднести об'єднання співвласників (власників), недержавні пенсійні фонди, а також біржі. Законодавець у цьому випадку більш чітко врегулював норми щодо створення та діяльності окреслених видів товариств (закони України «Про об'єднання співвласників багатоквартирного будинку», «Про недержавне пенсійне забезпечення», «Про цінні папери та фондовий ринок», «Про товарну біржу»), однак практика не відповідає закладеним засадам їх діяльності. Так, біржі в Україні створюються у формі акціонерних товариств.

На відміну від першої підгрупи приватно корисних товариств, ці юридичні особи мають в основі свого створення майно та майнові права, а тому доречно було б визначити особливості цивільної відповідальності їх учасників, адже на перше місце виходить вже не організаційна єдність, а майнова відокремленість як ознака юридичної особи. Таким чином, у цьому випадку слід використовувати зарубіжну практику щодо можливості створення непідприємницьких товариств із додатковою та повною відповідальністю [1, с. 15; 5, с. 404–409], а також щодо обов'язковості підтримання ними мінімального обсягу ліквідних майнових активів [6, с. 12].

В основі *суспільно корисних товариств* лежить суспільно корисний інтерес, тобто вони створюються для задоволення інтересів невизначеного кола осіб чи осіб, об'єднаних за певною ознакою (віковою, соціальною, економічною тощо). У літературі висловлювалася думка, що це коло осіб слід визначити поняттям «дистенатори» [7, с. 118], хоча такий термін використовується лише у ч. 2 ст. 103 ЦК при визначенні осіб, на користь яких створюється установа. На нашу думку, все ж доцільніше вести мову не про конкретних осіб, а про інтерес, для реалізації якого створюється суспільно корисна організація у формі непідприємницького товариства.

Суспільні інтереси, які мають на меті непідприємницькі товариства, тісно пов'язані з публічними інтересами, що реалізуються насамперед державою. У зв'язку з цим критерієм поділу суспільно корисних товариств на підгрупи є наявність чи відсутність у таких юридичних осіб владних повноважень. Так, окремі владні повноваження реалізуються так званими громадськими формуваннями (природоохоронні громадські формування, формування з охорони громадського порядку тощо). Ці повноваження надаються власне юридичним особам або їх учасникам [8, с. 103] і реалізуються ними з метою сприяння державній чи місцевій політиці. З одного боку, можна вести мову про публічну природу таких організацій, їх належність до державного механізму, з іншого – порядок їх створення та принципи діяльності свідчать все ж про їх належність до юридичних осіб приватного права.

До підгрупи непідприємницьких товариств, які мають владні повноваження, слід також віднести третейські суди (Закон України «Про третейські суди») й інші самоврядні чи саморегулювні організації (закони України «Про бібліотеки і бібліотечну справу», «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні» тощо).

Другу підгрупу складають непідприємницькі товариства, які не мають владних повноважень. Ці юридичні особи утворюються у формі громадських організацій (Закон України «Про об'єднання громадян»), політичних партій (Закон України «Про політичні партії в Україні»), благодійних організацій (Закон України «Про благодійництво та благодійні організації») та релігійних організацій (Закон України «Про свободу совісті та релігійні організації»). Особливістю цієї групи є відсутність корпоративних відносин тієї природи, які існують у господарських товариствах в учасників (засновників) юридичної особи [9, с. 6–7, 27–31], що призводить, наприклад, до відсутності розподілу відповідальності між засновниками (учасниками) в разі виникнення зобов'язань чи ліквідації юридичної особи. Більше того, ці організації можуть взагалі не мати фіксованого членства [10, с. 10].

Проведене дослідження дозволяє зробити такі **висновки**:

у третьому секторі при реалізації права на свободу об'єднання (асоціації) неможливо встановити вичерпний перелік видів підприємницьких організацій;

у межах організаційно-правової форми товариства як підприємницької юридичної особи можна виділити групи (підгрупи): приватно корисні (що мають на меті особистий немайновий або майновий інтереси) та публічно корисні (що мають чи не мають владних повноважень).

Такий поділ дозволить визначити способи створення товариств, мету їх діяльності, відносини між учасниками (засновниками) та членами, питання цивільної відповідальності тощо.

Окреслена класифікація підприємницьких товариств, на нашу думку, має бути в основі єдиного законодавчого акта щодо регулювання підприємницьких організацій. Більше того, необхідні комплексні зміни до законодавства щодо визначення принципів правового регулювання цих юридичних осіб приватного права, які досі не мають належного місця. Розмежування підприємницьких товариств дозволить також уникнути на практиці випадків, коли товариства, які мають різну мету й інтерес у діяльності, створюються виключно як громадські організації (лікарняні каси, фонди допомоги, тимчасові товариства, громадські формування, спілки тощо).

The article observes the problems of separating into groups and subgroups of non-profit societies as legal entities of private law. After analyzing the characteristics of groups, expressed the position to improve the existing legislation.

В статье рассматриваются проблемы разделения на группы и подгруппы некоммерческих обществ как юридических лиц частного права, формулируются предложения по совершенствованию действующего законодательства.

Література

1. *Кучеренко І. М.* Організаційно-правові форми юридичних осіб приватного права: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – К., 2004. – 30 с.
2. *Санфилиппо Ч.* Курс римського частного права / Под ред. Д. В. Дождева. – М., 2002. – 400 с.
3. *Handbook on Non-Profit Institutions in the System of National Accounts / Studies in Methods Series F., No. 91 Handbook of National Accounting.* – New York, 2003. – 316 p.
4. *Спасибо-Фатеева І.* Деякі розсуди про юридичні особи та їхні організаційно-правові форми // *Право України.* – 2007. – № 2. – С. 118–123.
5. *Боржели Н.* Правовой статус и организационно-правовые формы некоммерческих организаций // *Хрестоматия по некоммерческому праву.* – Алматы, 2007. – С. 403–410.
6. *Примак В. Д.* Цивільно-правова відповідальність юридичних осіб: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2005. – 16 с.
7. *Цивільне право України: У 2 т. / В. І. Борисова, Л. М. Баранова, І. В. Жилінкова та ін.; За ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатеевої, В. Л. Яроцького.* – К., 2004. – Т. 1. – 480 с.
8. *Каблов Д.* Види громадських формувань з охорони громадського порядку // *Право України.* – 2007. – № 10. – С. 103–105.
9. *Саракун І. Б.* Здійснення корпоративних прав учасниками (засновниками) господарських товариств (цивільно-правовий аспект). – К., 2009. – 156 с.
10. *Піддубна В. Ф.* Релігійні організації як суб'єкти цивільних правовідносин: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2008. – 36 с.



НЕВИКОРИСТАННЯ ТОРГОВЕЛЬНОЇ МАРКИ ЯК ПІДСТАВА ДЛЯ ДОСТРОКОВОГО ПРИПИНЕННЯ ДІЇ СВІДОЦТВА

Андрій Пономарьов,

здобувач Інституту права Міжрегіональної академії управління персоналом

Стаття присвячена дослідженню норм чинного в Україні законодавства стосовно дострокового припинення дії свідоцтва на торговельну марку у зв'язку з її невикористанням, аналізу сутності основних правових категорій, що стосуються предмета дослідження.

Ключові слова: торговельна марка, використання торговельної марки, дострокове припинення дії свідоцтва, поважні причини невикористання, заінтересована особа.

На сьогодні торговельна марка є одним із найпопулярніших об'єктів інтелектуальної власності у світі. Про це свідчить, зокрема, щорічне збільшення кількості виданих в Україні охоронних документів (свідоцтв на знаки для товарів і послуг), а також випадків їх міжнародної реєстрації відповідно до Мадридської угоди про міжнародну реєстрацію знаків. Але доволі часто трапляється ситуація, коли з метою боротьби за ринок і майбутній прибуток товаровиробники або інші організації реєструють торговельні марки одразу для великої кількості класів, оглядаючись на майбутній розвиток і розширення бізнесу. Проходить час, а підприємства через причини економічного, організаційного чи іншого характеру є неготовими до фактичного застосування права на використання зареєстрованих торговельних марок. Така поведінка призводить до засмічення реєстрів торговельних марок; створюються штучні перешкоди для реєстрації нових торговельних марок, наприклад, тотожних або схожих із зареєстрованими торговельними марками, які не використовуються і можуть спричинити обмеження доступу на ринок нових суб'єктів або ж викликати інші негативні наслідки для конкуренції. Тому важливе значення має формування дієвих законодавчих норм, спрямованих на обмеження практики невикористання зареєстрованих торговельних марок із урахуванням інтересів як добросовісних власників свідоцтв на знаки для товарів та послуг, так і осіб, заінтересованих у здоровій конкуренції на ринку.

Питання правової охорони торговельних марок широко досліджувалися вітчизняними та закордонними науковцями, зокрема, Г. Андрощуком, О. А. Підпригорою, О. О. Під-

пригорою, Е. Гавриловим, П. Матели та ін. Але слід зазначити, що проблема невикористання зареєстрованих торговельних марок більшою мірою досліджується в статтях спеціалістів профільних державних установ і підприємств, провідних практикуючих юристів у сфері інтелектуальної власності. Про актуальність і практичне значення проблеми свідчить також судової практика.

Метою цієї статті є аналіз чинного в Україні законодавства, норми якого прямо чи опосередковано регулюють основні питання у сфері дострокового припинення дії свідоцтва на торговельні марки (знаки для товарів і послуг) у зв'язку з їх невикористанням, а дослідження слабких сторін законодавчих норм, висвітлення обґрунтованих пропозицій щодо їх удосконалення.

Законодавство України, як і законодавство більшості країн світу, передбачає положення про дострокове припинення дії свідоцтва на торговельну марку у зв'язку з її невикористанням власником свідоцтва. Це свідчить про фактичне законодавче закріплення принципу обов'язковості використання зареєстрованої торговельної марки, порушення якого призводить до втрати прав на неї.

Відповідно до ст. 18 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» від 15.12.1993 р. № 3689-ХІІ (далі – Закон) якщо знак не використовується або недостатньо використовується на території України повністю або щодо частини зазначених у свідоцтві товарів і послуг упродовж трьох років від дати публікації відомостей про видачу свідоцтва або від іншої дати після цієї публікації, будь-яка особа має право зверну-

тися до суду із заявою про дострокове припинення дії свідоцтва повністю або частково.

Зміст поняття «використання торговельної марки» чітко визначений у ст. 16 Закону. Як правило, фактичним використанням торговельної марки вважається нанесення її на товар, для якого її зареєстровано, тару, упаковку, в якій міститься такий товар, вивіску, етикетку чи інший предмет, що має відношення до товару, а також введення позначених товарів (послуг) до цивільного обороту. Разом із тим для підтвердження використання торговельної марки не вимагається, щоб вона фактично була проставлена на товарі чи упаковці, що нею позначається. Достатнім є те, щоб марка була використана під час пропонування до введення товару в господарський обіг або надання послуги. Використанням торговельної марки визнається також застосування її в рекламі, оскільки реклама дає споживачу уявлення про товар, позначений під такою торговельною маркою, а також у друкованих виданнях, на вивісках, при демонстрації на виставках, ярмарках, у діловій документації, мережі Інтернет. Таке використання торговельної марки в правовій літературі називається номінальним [1, с. 15]. Слід зазначити, що так зване номінальне використання має не лише гарантувати збереження охорони торговельної марки, а й бути спрямоване на майбутній фактичний продаж товару (послуги), позначеного знаком або інше фактичне використання торговельної марки.

До питання про використання торговельної марки слід додати також те, що під поняттям «використання» законодавство визнає використання торговельної марки безпосередньо власником свідоцтва та іншою особою, але за умови наявності контролю за таким використанням з боку власника свідоцтва. Використання торговельної марки іншою особою може здійснюватися шляхом передачі належних власнику прав на підставі ліцензійного договору, укладання договору про передачу прав інтелектуальної власності на торговельну марку, а також в інших випадках. Підтвердження факту використання або невикористання торговельної марки іншою особою на підставі ліцензійного договору має певні особливості. Контроль власника за якістю виробленої за таким договором продукції може підтверджуватися, зокрема, наявністю ділового листування, де власник надає дозвіл іншій особі використовувати знак. Іноді як підтвердження факту використання знака суд може прийняти не протидію власника проти використання його знака іншими особами, що постачають продукцію на ринок. Але самі собою ліцензійні договори ще не означають доведення факту використання знака іншою особою. Знак вважається використаним ли-

ше за умови його використання для маркування оспоруваних товарів і послуг, тобто за фактичної наявності на ринку цих товарів і послуг [2, с. 42].

Стаття 18 Закону передбачає, що правову охорону торговельної марки може бути припинено як в повному обсязі, так і стосовно частини товарів (послуг), щодо яких знак не використовується. В цьому випадку правова охорона торговельної марки залишається у силі по відношенню до товарів (послуг) щодо яких має місце використання знака. Отже, правова охорона на знак, що використовується частково, зберігається, але діє в більш вузьких рамках.

Питання, що, на нашу думку, потребує чіткого законодавчого врегулювання, є конкретизація кола осіб, які мають закріплені законом права на звернення до компетентних органів держави щодо дострокового припинення дії свідоцтва на торговельні марки у зв'язку з їх невикористанням. Закон встановлює, що невикористання зареєстрованої торговельної марки у формах, що зазначені в Законі, протягом встановленого строку може призвести до виникнення права у будь-якої особи домогтися припинення дії свідоцтва. Іншими словами, законодавець вважає, що суб'єктом звернення до суду з приводу дострокового припинення дії свідоцтва в цьому випадку може бути будь-яка особа (як заінтересована, наприклад виробник товару того ж класу, який бажає використовувати для позначення свого товару знак, що фактично не використовується власником свідоцтва, або особа, законні права й інтереси якої порушуються використанням такої торговельної марки, так і особа, яка не має правового інтересу до припинення охорони торговельної марки). На нашу думку, логічним є законодавче обмеження кола осіб, які мають право звертатися з приводу дострокового припинення правової охорони, адже зазначений підхід дозволить обмежити випадки недобросовісного використання такого права. Прикладом недобросовісної поведінки може бути ситуація, коли «будь-яка особа», скориставшись нормою про дострокове припинення дії свідоцтва, може з метою наживи шантажувати власників торговельних марок можливістю анулювання свідоцтва. Тому доречно закріпити положення щодо унеможливлення подачі заяв про дострокове припинення дії охоронного документа на торговельну марку будь-якою особою, обмеживши коло суб'єктів подання такої заяви лише заінтересованими особами.

У разі, коли право на звернення щодо дострокового припинення дії свідоцтва належатиме лише заінтересованим особам, власник свідоцтва в багатьох випадках буде звільнений від доказування факту використання

торговельної марки перед кожною особою, що поставить дійсність такого використання під сумнів [3, с. 45–46], та необхідності несення зайвих витрат, пов'язаних із участю в судовому процесі. Доречним було б також закріпити положення щодо необхідності надання суб'єктом господарювання доказів своєї заінтересованості в припиненні свідоцтва.

Суттєвим моментом при вирішенні питання про дострокове припинення дії свідоцтва на торговельну марку у зв'язку з її невикористанням є строк такого невикористання. Стаття 5 С (1) Паризької конвенції про охорону промислової власності від 20.03.1883 р. [4] передбачає, що реєстрація товарного знака може бути скасована лише по закінченні «справедливого строку» і тільки тоді, коли заінтересована особа не надасть докази, що виправдовують причини її бездіяльності. Законодавство України обмежує такий строк трьома роками, що обчислюються з дати публікації відомостей про видачу свідоцтва або від іншої дати після такої публікації. На нашу думку, встановлення такого строку не завжди є виправданим. Наприклад, щодо такої категорії товарів, як лікарські засоби, пестициди й агрохімікати цей строк є невикористовуваним, адже перед безпосереднім фактичним виходом товарів такого роду на ринок вони повинні проходити обов'язкові клінічні дослідження, отримувати відповідні погодження та дозволу державних органів тощо. На практиці такі дії в більшості випадків потребують багато часу, тому не дивно, що в правовій літературі з'явилося питання про необхідність запровадження так званого пільгового періоду, який би охоплював проміжок часу від реєстрації торговельної марки до моменту, коли вступає в дію обов'язковість її використання [5, с. 188]. Тому вважаю доцільним встановити певні законодавчі пільги для окремо визначеної категорії товарів, що передбачає додавання до встановленого трирічного терміну розумного строку для проходження всіх передбачених законом обов'язкових заходів та отримання відповідних дозвільних документів для введення такого товару в господарський обіг.

Суд не вправі прийняти рішення про дострокове припинення дії свідоцтва у зв'язку з невикористанням торговельної марки, якщо власник свідоцтва доведе поважність причин такого невикористання. Із змісту цієї норми випливає, що для збереження прав на торговельну марку правовласник повинен сам надавати докази того, що торговельна марка не використовується в обороті з незалежних від нього обставин або причин, що зробили таке використання неможливим.

У статті 18 Закону визначений перелік обставин, що визнаються поважними причи-

нами. До них Закон відносить такі обставини, що перешкоджають використанню торговельної марки незалежно від волі власника свідоцтва, як обмеження імпорту чи інші вимоги до товарів і послуг, встановлені законодавством, а також можливість введення в обіг стосовно особи, яка виробляє товари або надає послуги, під час використання торговельної марки особою, яка звернулася до суду, чи іншою особою щодо товарів і послуг, відносно яких висунута вимога про припинення дії свідоцтва. В цьому випадку обов'язок доказування наявності поважних причин невикористання знака покладається саме на власника знака, який у даній категорії справ у більшості випадків виступає як відповідач.

У контексті розгляду питання про доказування у справах про дострокове припинення дії свідоцтва слід згадати основоположні норми процесуального законодавства. Так, відповідно до вимог ст. 33 Господарського процесуального кодексу (далі – ГПК) України від 06.11.1991 р. № 1798-XII та ст. 60 Цивільного процесуального кодексу (далі – ЦПК) України від 18.03.2004 р. № 1618-IV кожна сторона зобов'язана довести ті обставини, на які вона посилається як на підставу своїх вимог і заперечень. Це означає, що позивач у справі має довести, що марка не використовувалася відповідачем чи уповноваженою ним особою, а відповідач повинен довести, що торговельна марка ним використовувалася або існують поважні причини її невикористання.

Із формулювання ст. 18 Закону «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» видно, що перелік поважних причин не є вичерпним. Тому при прийнятті рішень суд має брати до уваги положення, що містяться і в інших актах українського законодавства. Зокрема, при вирішенні питання про дострокове припинення дії свідоцтва на торговельну марку у зв'язку з її невикористанням суд повинен взяти до уваги представлені власником свідоцтва докази того, що торговельна марка не використовувалася з незалежних від нього обставин, у тому числі у зв'язку з дією форс-мажорних обставин або непереборної сили. Положення щодо непереборної сили закріплюються у Цивільному кодексі (далі – ЦК) України від 16.01.2003 р. № 435-IV. Так, у ст. 617 передбачено, що особа, яка порушила зобов'язання, звільняється від відповідальності за його порушення, якщо доведе, що це порушення сталося внаслідок випадку або непереборної сили. Схожі положення містяться й у ч. 2 ст. 218 Господарського кодексу (далі – ГК) України від 16.01.2003 р. № 436-IV, де зазначено, що (у разі, якщо інше не передбачено законом або договором) суб'єкт господарювання за порушення господарського

зобов'язання несе господарсько-правову відповідальність, якщо не доведе, що належне виконання зобов'язання виявилось неможливим унаслідок дії непереборної сили, тобто надзвичайних і невідворотних обставин за даних умов здійснення господарської діяльності. Законодавець стверджує, що такими обставинами (тобто непереборною силою) не вважаються порушення зобов'язань контрагентами правопорушника, відсутність на ринку потрібних для виконання зобов'язань товарів, відсутність у боржника необхідних коштів. У контексті наведеної статті ГК під боржником слід розуміти власника свідоцтва, який не використовує торговельну марку. Таким чином, враховуючи положення статей ГК та ЦК України, при вирішенні питання про дострокове припинення дії свідоцтва на торговельну марку до обставин непереборної сили не слід відносити такі:

- порушення зобов'язань з боку контрагентів (наприклад, за договорами поставки, в результаті чого власник свідоцтва не має можливості виготовляти товар чи надавати послуги, позначені торговельною маркою);
- відсутність на ринку товарів, необхідних для надання послуг або виробництва товарів, маркованих торговельною маркою;
- відсутність у власника свідоцтва необхідних грошових коштів для використання торговельної марки.

Стосовно форс-мажору слід зазначити, що в різних випадках такими можуть бути обставини природного (зокрема, землетрус, повінь, пожежа) та соціального (страйк, війна, тероризм тощо) характеру, тобто різноманітні виключні й об'єктивно непередбачувані в конкретній ситуації події.

The article is devoted to researching of operative legislative norms in Ukrainian that arise regarding trade marks in connection with its not use. Including essence of basic legal categories which is touching the subject of research, it is executed the search of weak sides of legal norms, and is also developed the suggestions which can be accepted in attention at perfection of the legal regulation in this sphere.

Статья посвящена исследованию норм действующего в Украине законодательства относительно досрочного прекращения действия свидетельства на торговую марку в связи с ее неиспользованием, анализу основных правовых категорий, касающихся предмета исследования.

Висновки

Основними питаннями, щодо яких проведено дослідження, є способи використання торговельних марок, визначені чинним в Україні законодавством, коло осіб, які можуть ініціювати процес дострокового припинення дії свідоцтва на торговельну марку у зв'язку з її невикористанням, а також осіб, використання якими торговельної марки є достатнім для збереження прав на неї, обставини що вважаються поважними для збереження прав на торговельну марку власником свідоцтва у разі її невикористання. Крім того, звертається увага на важливість удосконалення правових норм у цій сфері, наприклад запровадження законодавцем правил недопущення до процесу дострокового припинення прав власника свідоцтва на торговельну марку осіб, які мають на меті лише корисливі цілі.

Література

1. *Поль Матели*. Новое французское законодательство по товарным знакам: Кн. 1 / Под ред. А. Н. Григорьева. – Душанбе, 1998.
2. *Макаришева Т. С., Рижиков Ю. Ю.* Судові спори щодо дострокового припинення дії свідоцтва на знак // *Наука та інновації*. – 2009. – Т. 5, № 4. – С. 37–43.
3. *Старженецкий В.* Досрочное прекращение охраны товарного знака в связи с его неиспользованием // *ИС. Промышленная собственность*. – 2004. – № 11. – С. 42–46.
4. *Законодавство України про інтелектуальну власність: У 3 т.* – К., 2004. – Т. 3.
5. *Основы интеллектуальной собственности*. – К., 1999.



ОЗНАКИ ГАРАНТІЇ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Олег Паракуда,

здобувач кафедри цивільного права
Київського національного університету ім. Тараса Шевченка

У статті аналізуються ознаки гарантії за законодавством України, презумпції, які впливають на саму гарантію та механізм її регулювання як виду забезпечення виконання зобов'язань.

Ключові слова: банк, гарантія, забезпечення виконання зобов'язань, зобов'язання, фінансові послуги.

Як випливає з § 4 гл. 49 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України, гарантія як вид забезпечення виконання зобов'язань і саме зобов'язання має низку ознак, які відрізняють її від інших видів забезпечення зобов'язання. Правовідносини з гарантії мають, насамперед, самостійний характер і не залежать від основного зобов'язання, особливий суб'єктний склад; вони не обмежені строком пред'явлення кредитором позовних вимог до гаранта, виникають та існують на оплатній основі, характеризуються безвідкличністю гарантії та непередаваністю прав бенефіціара.

Правовідносини, що виникають із гарантії, вже досліджувалися в науці цивільного права М. Брагінським, Л. Єфімовою, Л. Єсіповою, К. Молодику, В. Сломою та ін.

Метою цієї статті є проведення цивілістичного дослідження ознак банківської гарантії, встановлення їх проявів і особливостей формування та впливу на саме правовідношення.

Про те, що гарантія характеризується оплатністю¹, вказується у ст. 567 ЦК України, яка передбачає право гаранта на оплату наданих ним боржникові послуг. Вона передбачає для гаранта резервування, тобто вилучення з обороту певної грошової суми, для забезпечення виконання гарантом його зобов'язань перед кредитором. Ця кваліфікуюча ознака гарантії стосується: спрямованості регулювання цивільних правовідносин у ринкових умовах, що названо «генетичним кодом цивільно-правового регулювання; платності правочину (як юридичного факту, на підставі якого виникає оплатне зобов'язання гаранта перед бенефіціаром); потреби наявності зустрічного надання на протидію зобов'язанню гаранта. Це також впливає із За-

кону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг». Відповідно, ч. 7 ст. 4 до фінансових послуг відносить надання гарантій і порук; згідно із ст. 5 фінансові послуги надаються фінансовими установами як суб'єктами підприємництва на основі договору про надання фінансових послуг (ст. 6), що передбачає платність надання такої фінансової послуги. Стаття 567 ЦК України не встановлює того, хто повинен сплачувати гаранту винагороду за видачу гарантії. Проте вважаємо, що ним є принципал, але не бенефіціар.

Гарантія є своєрідним видом надання оплатних послуг (ст. 567 ЦК України). Це означає, що відносини між стороною, яка зобов'язується надати або надає послугу (гарант), та стороною, якій надана послуга (принципал), регулюються гл. 63 ЦК України. Обґрунтованість застосування до відносин гарантії положень цієї глави впливає з ч. 2 ст. 901 і ст. 903 ЦК України, за якими саме особа, яка споживає послугу, зобов'язана сплатити винагороду виконавцю послуги. Сплата винагороди гаранту стосується тільки відносин принципала та гаранта, між якими встановлюється правовідношення, відповідно до якого гарант зобов'язується надати бенефіціару письмове зобов'язання сплатити грошову суму, а принципал сплачує за це гаранту винагороду. У зв'язку з цим при характеристиці гарантії слід вказувати, що її оплатний характер проявляється в її видачі на платній основі. Такою підставою є оплатний правочин – домовленість про надання гарантії, що укладається між принципалом і гарантом. Але у ЦК України немає правил із встановлення розміру винагороди та порядку її сплати. Це вирішуються договором про видачу гарантії між гарантом і боржником та підтверджується ст. 569 ЦК України, яка встановлює зворотну вимогу до боржника в межах сплаченої гарантом суми.

Порядок сплати винагороди та сума винагороди можуть бути різними. Банки вима-

¹Харитонов Е. О., Саниахметова Н. А. Гражданское право Украины. – Х., 2004.

гають сплати винагороди (комісії) протягом декількох днів після підписання договору про надання гарантії, тобто до видачі гарантії. Можлива її сплата також і після видачі гарантії.

У практиці є гарантії під умови про набрання нею чинності з моменту отримання гарантом винагороди (так званий реальний договір). Як правило, бенефіціар не приймає гарантію із зазначеною умовою, що, на нашу думку, цілком виправдане. У іншому разі бенефіціару необхідно мати докази сплати винагороди та, по суті, втручатись у відносини між принципалом і гарантом, які не повинні його додатково обтяжувати.

Встановлення вказаної умови у договорі не відповідає цивільному законодавству, зокрема ст. 640 ЦК України, яка передбачає, що реальним правочин може бути тільки у випадку, коли це передбачено актами цивільного законодавства, до яких, згідно із ст. 4 ЦК України, договір не належить.

Розмір винагороди гаранта визначається низкою обставин, насамперед ступенем ризику сплати за гарантією. Високий ступінь ризику реального платежу та характер діяльності гаранта націлює його на отримання максимально можливої винагороди. Важливим фактором є також забезпеченість регресного зобов'язання принципала перед гарантом щодо повернення сум, сплачених бенефіціаром за гарантією.

У сучасних економічних умовах *забезпеченість* (або *незабезпеченість*) є одним із основних факторів для визначення ціни гарантії, зумовлює рішення про видачу (або не видачу) гарантії. Здійснення правочину щодо видачі гарантії без забезпечення регресного зобов'язання (фактично на довірі – бланкова гарантія) є винятком. Це можливо лише в інтересах дуже обмеженого фінансово стійкого кола осіб, які добре відомі гаранту. Правил, якого дотримується більшість банків, є 100-відсоткове забезпечення банківської гарантії: купівлею векселя банку, заставою високоліквідних цінних паперів і дорогоцінних металів, заставою нерухомості, обладнання чи високоліквідного товару. Можливі й інші фактори, що визначають розмір винагороди за видачу гарантії, які у різному поєднанні із зазначеними формують тарифну політику гаранта.

Зміст ст. 567 ЦК України дозволяє припустити, що домовленість між гарантом і принципалом може бути передбачене безоплатне надання першим послуг останньому, адже отримання плати за надані послуги є лише правом особи, яка стала гарантом. Невстановлення у договорі між гарантом і принципалом розміру та порядку виплати винагороди гаранту робить послуги, надані ним борж-

никові, безоплатними, хоч і не впливають при цьому на силу гарантійних зобов'язань.

Безоплатність послуг гаранта не означає, що принципал звільнений від будь-якого грошового надання на користь гаранта. Останньому боржник на підставі ст. 904 ЦК України зобов'язаний відшкодувати всі фактичні витрати, необхідні для виконання гарантійного зобов'язання (наприклад, до них може бути віднесена плата за інкасацію грошових коштів, інші витрати).

Важливою ознакою гарантії відповідно до ч. 3 ст. 561 ЦК України є її *безвідкличність*, оскільки вона не може бути відкликана гарантом, який її видав. Тому з моменту набрання нею чинності гарант зобов'язаний перед кредитором. Можливість відкликання гарантії може бути передбачена самою гарантією. У випадку відсутності в гарантії будь-яких вказівок відносно її характеру діє загальне правило про її безвідкличність.

Більшість гарантії є безвідкличними. Правило про безвідкличність гарантії є диспозитивним. Гарантією може бути передбачено право гаранта відкликати гарантію за певних умов (або без них). На практиці трапляються відкличні гарантії. Це хоч і базується на законі, зустрінє опір із боку бенефіціара, що зрозуміло, адже у випадку невиконання основного зобов'язання принципалом і відкликання гарантії гарантом, він не отримає задоволення ні з боку боржника, ні з боку гаранта.

З метою запобігання негативним наслідкам, пов'язаним із можливою зміною фінансово-господарської діяльності принципала після видачі гарантії, виправданим є включення у текст гарантії умови про право гаранта на її відкликання. Це пов'язано з тим, що ризик погіршення економічних показників принципала існує з моменту видачі гарантії та до можливої регресної вимоги гаранта до боржника, а видача відкличної гарантії, безумовно, може бути одним із способів вирішення такої проблеми.

Разом із тим при такому підході не враховується основне – гарантія, хоч і видається гарантом на прохання принципала, видається безпосередньо бенефіціару як стороні (кредитору) за цим гарантійним зобов'язанням. Саме для бенефіціара першочергове значення має зміст даного правового зв'язку (безпосередній та обов'язки, що виникають із правочину щодо видачі гарантії).

Можна констатувати, що фактично відкликання гарантії – це ще один (додатковий до вказаних у ст. 568 ЦК України) способів припинення гарантії, що реалізується гарантом через односторонній правочин. Відкликання гарантії зводиться до направлення гарантом бенефіціару письмового повідомлення про це. Для настання правових наслідків,

пов'язаних із припиненням гарантії, не матиме жодного значення поверне бенефіціар гарантію гаранту, чи ні. Гарантія буде відкликана і, відповідно, припинена в день отримання заяви від гаранта, якщо інший момент відкликання не передбачений у гарантії.

Віділення у ст. 561 ЦК України моменту набрання чинності гарантійним зобов'язанням, що може не збігатися з моментом видачі гарантії, надає змогу припустити, що до настання цього моменту обов'язки особи, вказаної гарантом, не охоплюються гарантією. Ця особа ще не є боржником перед кредитором і гарантійне зобов'язання не виникло. Обов'язки майбутнього гаранта можуть бути анульовані (відкликані) ним до моменту набрання чинності гарантією (звісно, якщо цей момент не збігається з днем видачі гарантії, або якщо інше не впливає з суті правовідносин між сторонами за виданим гарантійним зобов'язанням).

Ще однією специфічною ознакою гарантії є *непередаваність прав* за нею. Відповідно до загальних правил ст. 563 ЦК України права бенефіціара по гарантії не підлягають передачі іншим особам. Проте це правило має диспозитивний характер: самою гарантією може бути передбачене право кредитора передати право вимоги до гаранта іншій особі. Вказівка на можливість передбачити інше свідчить про те, що згода гаранта на поступку прав вимоги до нього повинна міститися саме в тексті гарантії. Таким чином, у ст. 563 ЦК України закріплено виняток із загального правила про перехід прав кредитора до іншої особи без згоди боржника, передбачений ст. 516 ЦК України. Це пояснюється забезпечувальною спрямованістю гарантії щодо основного зобов'язання й її адресуванням конкретному, а не абстрактному, бенефіціару – особі, яка є кредитором в основному зобов'язанні.

Презумпція неприпустимості передавання прав вимоги за гарантією повністю відповідає загальним положенням цивільного законодавства України. Так, ст. 515 ЦК України в загальному вигляді передбачає прямі заборони щодо цесії, сутність яких полягає в недопустимості заміни кредитора у зобов'язаннях, нерозривно пов'язаних з особою кредитора. Такий підхід виправданий і не потребує правок.

Зміст статей 515 та 527 ЦК України надає підстави стверджувати про неможливість заміни кредитора у зобов'язанні, якщо інше

не встановлене договором або законом, не впливає із суті зобов'язання чи звичаїв ділового обороту. Це уточнено у ст. 563 ЦК України, яка передбачає неможливість заміни кредитора у гарантійному зобов'язанні. Якщо гарантія припускає передання прав вимоги від бенефіціара іншій особі, то сторони за правочином про відступлення права вимоги повинні керуватися правилами ЦК України про заміну кредитора в зобов'язанні (статті 512–519 ЦК України).

Беручи до уваги значення незалежності гарантії, ця ознака є ключовою. Вона не притаманна іншому виду забезпечення зобов'язань, а цей принцип є підґрунтям для регулювання банківської гарантії в Україні, що закріплено у ст. 562 ЦК України, згідно з якою зобов'язання гаранта перед кредитором не залежить від основного зобов'язання (його припинення чи недійсності), зокрема і тоді, коли в гарантії є посилення на основне зобов'язання.

Висновки

Викладені у ст. 562 ЦК України положення є новелою, оскільки із ст. 194 ЦК УРСР 1963 р. випливало, що гарантія припиняється одночасно з припиненням забезпечуваного нею зобов'язання. Правильне розуміння та тлумачення змісту властивості незалежності гарантії має не лише теоретичний інтерес, а й практичне значення.

Слід розмежувати назву ст. 562 ЦК України «Незалежність гарантії від основного зобов'язання» та принцип, закріплений у її змісті: «зобов'язання гаранта перед кредитором не залежить від основного зобов'язання...». Від основного зобов'язання залежить зобов'язання гаранта, а не вся гарантія, яка є складним правовим відношенням. Попри неточне формулювання назви ст. 562 ЦК України, її зміна була б невиправданою внаслідок складнощів підбору належного альтернативного варіанта заголовку. Використання словосполучення «незалежність зобов'язання гаранта від основного зобов'язання» більше б пасувало до положень її змісту, ніж до назви. З огляду на це, доцільно і далі використовувати найменування принципу «незалежність гарантії». При цьому йдеться лише про незалежність зобов'язання гаранта перед бенефіціаром від основного зобов'язання.

The article analyzes the signs of a guarantee for the legislation of Ukraine. The author points out the characteristics that define its singularity. Specifies the presumption that affect the warranty and the very mechanism of its regulation as a form of enforcement of obligations.

В статті аналізуються признаи гарантіи по законодательству Украины, презумпции, влияющие на саму гарантію и механизм ее регулирования как вида обеспечения исполнения обязательств.



ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВІ ФОРМИ ТА НАЙМЕНУВАННЯ СПЕЦІАЛІЗОВАНИХ ІПОТЕЧНИХ УСТАНОВ

Ігор Колосінський,

здобувач кафедри цивільного права і процесу
Національної академії внутрішніх справ, м. Київ

У статті аналізуються проблемні питання організаційно-правових форм спеціалізованих іпотечних установ, надається пропозиція про створення спеціалізованих іпотечних установ у формі акціонерного товариства, пропонується обмежити використання слів «спеціалізована іпотечна установа» в найменуваннях виключно емітентів структурованих іпотечних облігацій.

Ключові слова: організаційно-правові форми юридичних осіб, спеціалізована іпотечна установа, акціонерне товариство, найменування юридичної особи, структуровані іпотечні облігації.

Із прийняттям Закону України «Про іпотечні облігації» від 22.12.2005 р. у вітчизняному правовому полі з'явився новий вид фінансових установ – спеціалізовані іпотечні установи. Той факт, що протягом чотирьох років із моменту набрання Законом чинності жодна спеціалізована іпотечна установа не створена, є підтвердженням невдалої її правової конструкції.

У вітчизняній юридичній літературі останнім часом питання організаційно-правових форм юридичних осіб приватного права та підприємницьких товариств досліджувались І. Кучеренко та К. Кочергіною, а питання правового регулювання діяльності таких фінансових установ, як довірче товариство і лізингові компанії, страховиків, у тому числі їх організаційно-правових форм, були предметом вивчення, відповідно, Г. Марченка та І. Шамрай. У російській юридичній літературі окремі питання статусу іпотечних агентів, аналогами яких є українські спеціалізовані іпотечні установи, досліджують російські вчені О. Гортінська, А. Селівановський, Ю. Туктаров, О. Казаков. Але комплексні дослідження спеціалізованих іпотечних установ, у тому числі їх організаційно-правових форм, в Україні відсутні.

Метою цієї статті є аналіз чинного законодавства України щодо організаційно-правових форм спеціалізованих іпотечних установ на предмет достатності нормативного регулювання, виявлення недоліків і надання пропозицій щодо його вдосконалення, а також обґрунтування необхідності нормативного обмеження використання слів «спеціалізована іпотечна установа» у найменуваннях лише певних юридичних осіб.

Закон України «Про іпотечні облігації», на відміну від законодавства багатьох країн, не містить спеціальних правил та обмежень

щодо організаційно-правових форм спеціалізованих іпотечних установ, а лише встановлює, що вони є фінансовими установами. Закон України «Про фінансові установи» від 12.07.2001 р. та Положення про Державний реєстр фінансових установ, прийнятий розпорядженням Держфінпослуг від 28.08.2003 р., визначають, що фінансові установи можуть створюватись у будь-якій організаційно-правовій формі, якщо закони з питань регулювання окремих ринків фінансових послуг не містять спеціальних правил та обмежень. За таких обставин застосуванню підлягають загальні норми про організаційно-правові форми юридичних осіб, що містяться у ст. 83 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України та ст. 63 Господарського кодексу (далі – ГК) України. У теорії цивільного права організаційно-правову форму юридичної особи розуміють як визначену законом сукупність вимог до організації певного виду, необхідних для визнання її юридичною особою [1, с. 62]. Відмінності між організаціями певного виду можуть бути досить значними, тому не кожна організаційно-правова форма придатна для такої фінансової установи, як спеціалізована іпотечна установа. Наприклад, право кожного учасника повного товариства діяти від імені товариства або спільне ведення справ усіма учасниками товариства може призвести до спорів між учасниками з цього приводу і буде занадто складним порядком ведення справ для спеціалізованих іпотечних установ. Крім того, звернення стягнення на частку учасника у складеному капіталі повного товариства за його власними зобов'язаннями може призвести до неналежного виконання зобов'язань спеціалізованою іпотечною установою. Очевидно, що створення спеціалізованих іпотечних установ у формі повного товариства може призвести до порушення прав власників структурованих іпотечних облігацій.

Правове регулювання, коли організаційно-правова форма спеціалізованих іпотечних установ нормативно не визначена, необхідно визнати недостатнім, що підтверджується фактом відсутності застосування на практиці відповідних загальних норм цивільного та господарського кодексів. Слід зазначити, що, на відміну від спеціалізованих іпотечних установ, вітчизняне законодавство визначає форми таких фінансових установ як банки (публічне акціонерне товариство або кооперативний банк), страхові компанії (акціонерні, повні, командитні товариства або товариство з додатковою відповідальністю), кредитні спілки (неприбуткові організації, засновані на кооперативних засадах), довірчі товариства (товариство з додатковою відповідальністю), корпоративні інвестиційні фонди (публічне акціонерне товариство).

Вирішальне значення організаційно-правової форми спеціальної юридичної особи, до числа яких належать спеціалізована іпотечна установа, Ханс Пітер Бер пояснює тим, що форма безпосередньо впливає на вибір можливостей рефінансування, на види та гнучкість управління потоками платежів, а також на обсяг завдань із структурування і в результаті визначає ефективність конкретної угоди [2, с. 114–115].

К. Кочергіна визначає організаційно-правову форму підприємницьких товариств як урегульованих у законодавстві трьох типів відносин: відносин, що виникають всередині підсистем «засновники/учасники» та «юридична особа»; відносин, що виникають між названими підсистемами [3, с. 16]. Порівняння наведеного теоретичного визначення із нормативним поняттям організаційно-правової форми господарювання [4] свідчить, що, в цілому, вони збігаються.

Закон України «Про іпотечні облігації» встановив виключний вид діяльності спеціалізованих іпотечних установ, який передбачає придбання іпотечних активів і випуск структурованих іпотечних облігацій; особливості виконання зобов'язань за структурованими іпотечними облігаціями, які полягають у тому, що вони здійснюються виключно за рахунок іпотечного покриття; особливий правовий режим іпотечного покриття структурованих іпотечних облігацій. Основні положення Закону полягають у тому, що спеціалізовані іпотечні установи не мають права: розпоряджатись іпотечним покриттям в інший спосіб, крім вчинення дій, спрямованих на виконання зобов'язань за відповідним випуском іпотечних облігацій; відчужувати, передавати у заставу або іншим чином обтяжувати іпотечні й інші активи, включені до складу іпотечного покриття, якщо тільки стосовно відповідних іпотечних активів не прийняте рішення

про їх заміну відповідно до закону. Особливості припинення спеціалізованих іпотечних установ полягають у тому, що ліквідація спеціалізованої іпотечної установи до повного виконання зобов'язань за структурованими іпотечними облігаціями може здійснюватися виключно за рішенням суду.

Таким чином, Законом врегульовані відносини лише всередині підсистеми «юридична особа» (з приводу взаємодії її структурних елементів – правоздатності та правового режиму майна) і частково відносини, що виникають між підсистемами «засновники/учасники» й «юридична особа» (з приводу припинення установ). У той самий час відносини всередині підсистеми «засновники/учасники» (з приводу створення спеціалізованих іпотечних установ як організацій), всередині підсистеми «юридична особа» (з приводу порядку управління), а також відносин, що виникають між підсистемами «засновники/учасники» й «юридична особа» (з приводу реорганізації установ) залишилися поза межами нормативного регулювання.

Встановлена Законом України «Про іпотечні облігації» конструкція спеціалізованих іпотечних установ фактично забороняє їм здійснювати підприємницьку діяльність за межами виключного виду діяльності, у тому числі отримувати кредити, позики для виплат по облігаціях, проводити відчуження активів, а тому будь-яке обтяження іпотечного покриття призведе до неналежного виконання зобов'язань за структурованими іпотечними облігаціями. За таких обставин вірогідність обтяження майна установи повинна бути зменшена (наскільки це можливо зробити правовими засобами).

На нашу думку, організаційно-правовою формою спеціалізованих іпотечних установ, що найбільше відповідає її предмету діяльності та врегульовує всі три типи відносин, передбачених К. Кочергіною, є акціонерне товариство, оскільки:

- на відміну від інших організаційно-правових форм господарських товариств, законодавство не передбачає можливість звернення стягнення на вклад акціонера до статутного капіталу акціонерного товариства за його власними зобов'язаннями, що кореспондується із правовим режимом іпотечного покриття;

- на відміну від інших організаційно-правових форм господарських товариств, при виході із складу акціонерів останні не мають права на частку в статутному капіталі;

- приватне розміщення акцій приватного акціонерного товариства передбачає їх розповсюдження серед наперед визначених осіб і тому виключає можливість придбання цих акцій сторонніми особами, що знижує вірогідність корпоративних конфліктів, які можуть потяг-

ти за собою накладення арешту на майно спеціалізованих іпотечних установ, що призведе до неналежного виконання ними зобов'язань;

- законодавство передбачає оплату внесків до статутного капіталу акціонерного товариства до моменту його державної реєстрації, що виключає вірогідність негативних наслідків, пов'язаних із несвоєчасною оплатою капіталу, на відміну, наприклад, від товариства з обмеженою відповідальністю;

- законодавство передбачає можливість створення в акціонерному товаристві наглядової ради як волеутворюючого органу та виконавчого органу як волевиявляючого органу.

Не розкриваючи проблему правового становища виконавчого органу спеціалізованих іпотечних установ, зазначимо лише, що така конструкція органів акціонерного товариства дозволить, після внесення відповідних змін до Закону України «Про іпотечні облігації», передавати повноваження виконавчого органу спеціалізованих іпотечних установ іншим юридичним особам на підставі відповідних договорів. Це дозволить зменшити вірогідність прийняття виконавчим органом неправомірних рішень, які можуть потягти за собою накладення арешту на майно спеціалізованих іпотечних установ, що призведе до неналежного виконання ними зобов'язань. Як приклад можна навести досвід російських іпотечних агентів, в яких повноваження виконавчого органу передаються іншій юридичній особі на підставі відповідних договорів.

О. Гортінська вважає створення спеціальної юридичної особи, аналогом якої є українська спеціалізована іпотечна установа у формі закритого акціонерного товариства, найбільш зручним для забезпечення незмінності складу його акціонерів шляхом використання закритої підписки на акції та переважного права на придбання акцій [5, с. 26].

А. Селівановський, у свою чергу, критикує створення іпотечного агента у формі відкритого акціонерного товариства, обґрунтовуючи це тим, що в управлінні товариством зможе взяти участь особа, цілі якої не збігатимуться з інтересами інвесторів [6, с. 30].

І. Кучеренко до істотних ознак організаційно-правової форми юридичних осіб приватного права відносить ознаки, які за своїм змістом є цивільно-правовими, зокрема види об'єктів права власності учасників, а за відсутності таких об'єктів – право на отримання майна після ліквідації юридичної особи; майнові зобов'язання, виконання яких має право вимагати юридична особа від засновника, учасника; вид відповідальності учасників за зобов'язаннями юридичної особи [7, с. 4].

У запропонованій для спеціалізованої іпотечної установи організаційно-правовій формі акціонерного товариства об'єктом права

власності учасників є акції товариства, майновими зобов'язаннями, виконання яких має право вимагати юридична особа від засновника, є обов'язок оплатити акції, а вид відповідальності учасників за зобов'язаннями юридичної особи буде обмежений (у межах вартості акцій).

Багато зарубіжних правових нормативно визначають організаційно-правові форми спеціальних юридичних осіб. Так, у США це траст або корпорація [2], у Португалії можливі два типи спеціальних юридичних осіб: фонди сек'юритизації, що є колективними інвестиційними фондами відкритого чи закритого типу, і компанії сек'юритизації у вигляді товариства з обмеженою відповідальністю [2]. Разом із тим у Франції це фонди без створення юридичної особи, яких представляє та якими керує управляюча компанія [2]. У пострадянських країнах нормативне регулювання питання, що розглядається, таке: в Російській Федерації іпотечний агент – це акціонерне товариство; в Республіці Казахстан спеціальна фінансова компанія – це акціонерне товариство або товариство з обмеженою відповідальністю, в Республіці Вірменії фонд сек'юритизації – це некомерційна організація.

Слід зазначити, що Російська Федерація раніше, ніж Україна, прийняла закон, що регулює діяльність іпотечних агентів, який виявився більш вдалим, ніж вітчизняний Закон «Про іпотечні облігації», хоча б тому, що в Росії вже створено більше п'яти іпотечних агентів, які здійснили випуск облігацій із іпотечним покриттям.

Зважаючи на статус спеціалізованих іпотечних установ, на нашу думку, необхідно законодавчо встановити обмеження щодо видів майна, якими може здійснюватися оплата вартості акцій, що розміщуються під час їх створення у формі акціонерного товариства. Обмеження може полягати у наданні права оплачувати акції лише грошовими коштами та майновими правами за кредитними договорами (договорами позики), виконання зобов'язань за яким забезпечене іпотекою. Таке обмеження, з одного боку, сприятиме формуванню іпотечного покриття структурованих іпотечних облігацій, а, з іншого – унеможливить спір з приводу майнового внеску до статутного капіталу. В цілому, погоджуючись із позицією А. Шамрай про необхідність нормативного встановлення формування статутного капіталу фінансових установ виключно грошовими коштами [8, с. 15], вважаємо, що для спеціалізованих іпотечних установ до переліку видів майна, яким може здійснюватися оплата акцій, слід включити зазначені майнові права.

У зв'язку з відсутністю вітчизняного досвіду діяльності спеціалізованих іпотечних

установ, заслуговують на увагу досить великі розміри зобов'язань аналогічних їм іноземних спеціальних юридичних осіб. Так, обсяг емісій закордонних спеціальних юридичних осіб, що сек'юритизували 7276,816 та 35 776 іпотечних кредитів становив, відповідно, 522,2 млн німецьких марок, 497,2 млн дол. США та 190 млн фунтів стерлінгів [2]. На думку Ханса Пітера Бера, залучення фінансування за допомогою сек'юритизації активів буде економічно доцільним, якщо обсяг емісії при так званій угоді з одним оригіном складає не менше 100 млн дол. США [2, с. 33]. Таким чином, мінімальний обсяг однієї емісії структурованих іпотечних облігацій, вірогідніше за все, перевищить розміри зобов'язань практично кожного комерційного банку, включеного Національним банком України до четвертої групи банків за станом на 01.07.2010 р. Враховуючи сучасний рівень правосвідомості в Україні, можна зробити **висновок** про високу вірогідність здійснення зловживань іншими юридичними особами із використанням найменування спеціалізованих іпотечних установ і необхідність додаткового захисту прав власників структурованих іпотечних облігацій. Нормативне обмеження використання лише слів «структурована іпотечна облігація» чи похідних від них виключно у назві цінних паперів, які відповідають вимогам, встановленим Законом України «Про іпотечні облігації», на нашу думку, є недостатнім. Так, банківське законодавство обмежує використання слова «банк» і похідних від нього; страхове законодавство – слова «страховик» і словосполучення «страхова компанія» та похідних від них; законодавство про кредитні спілки – словосполучення «кредитна спілка»; законодавство про цінні папери та фондовий ринок – словосполучення «фондова біржа». Іноземні правопорядки містять нормативні вимоги до назв емітентів структурованих іпотечних цінних паперів: в Російській Федерації встановлена заборона на використання словосполучень «іпотечна спеціалізована організація» й «іпотечний агент», особами, що такими не є, а також заборона залучення грошових коштів та іншого майна з використанням слів «облігація з іпотечним покриттям», «іпотечні сертифікати», «іпотечне покриття»; в Республіці Вірменії, встановлене право на використання словосполучення «фонд сек'юритизації»

особам із відповідною реєстрацією у Центральному банку; в Республіці Казахстан, передбачено, що назва спеціальної фінансової компанії повинна містити слова «спеціальна фінансова компанія».

За таких обставин існує необхідність нормативного обмеження використання слів «спеціалізована іпотечна установа» у цивільному обороті.

Враховуючи викладене, пропонуємо внести зміни до Закону України «Про іпотечні облігації» щодо: визначення організаційно-правової форми спеціалізованих іпотечних установ – акціонерне товариство; визначення виду акціонерного товариства, а саме – приватного акціонерного товариства; оплати вартості акцій, що розміщуються під час створення спеціалізованих іпотечних установ у формі приватних акціонерних товариств грошовими коштами, майновими правами за кредитними договорами (договорами позики), виконання зобов'язань за якими забезпечене іпотекою;

встановлення обмеження використання слів «спеціалізована іпотечна установа» чи похідних від них виключно юридичною особою, яка має згідно з цим Законом випускати структуровані іпотечні облігації.

Література

1. *Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України* / За ред. В. М. Коссака. – К., 2008. – 992 с.
2. *Ханс Пітер Бер*. Сек'юритизація активів. – М., 2007. – 114 с.
3. *Кочерзіна К. О.* Зміст організаційно-правових форм підприємницьких товариств: інтереси, функції, правові засоби: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2005. – 23 с.
4. *Державний класифікатор «Класифікація організаційно-правових форм господарювання» (КОПФГ): Наказ Держспоживстандарт України від 28.05.2004 р. № 97* [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документа: www.rada.gov.ua.
5. *Гортинская Е. И.* Правовой статус специальных юридических лиц в сделках секьюритизации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2010. – 22 с.
6. *Селивановский А. С.* На пути к SPV // Рынок ценных бумаг. – 2007. – № 11. – С. 28–35.
7. *Кучеренко І. М.* Організаційно-правові форми юридичних осіб приватного права: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – К., 2004. – 26 с.
8. *Шамрай І. А.* Правові основи створення фінансових установ в Україні та ліцензування їх операцій: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2007. – 22 с.

In the article the problem aspects of legal form of specialized mortgage institutions have been analysed. The author proposes to create the specialized mortgage institutions in the form of joint-stock company. The author also proposes to limit the use of the words «specialized mortgage institution» in the names only issuers of structured mortgage bonds.

В статті аналізуються проблемні питання організаційно-правових форм спеціалізованих іпотечних установ, робиться пропозиція про створення спеціалізованих іпотечних установ в формі акціонерного товариства, пропонується обмежити використання слів «спеціалізоване іпотечне учреждение» в найменуваннях ісключительно емітентів структурованих іпотечних облігацій.



СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТОК ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ПРО ОСОБИСТІ НЕМАЙНОВІ ПРАВА БАТЬКІВ

Тетяна Ковальчук,

ад'юнк特 кафедри цивільного права та процесу
Національної академії внутрішніх справ

У статті досліджуються проблемні питання становлення та розвитку законодавства України про особисті немайнові права батьків починаючи з дохристиянської епохи і закінчуючи прийняттям нині чинного Сімейного кодексу України.

Ключові слова: особисті немайнові права батьків, періоди становлення та розвитку законодавства про особисті немайнові права батьків, шлюбно-сімейні відносини, сім'я, походження дитини, узаконення позашлюбних дітей, абсолютна влада батька, визнання батьківства.

Вивчення історичного процесу становлення та розвитку сімейного законодавства є доречним, для того, щоб виявити прогалини нового Сімейного кодексу (далі – СК) України.

Актуальність статті полягає в тому, що аналіз періодів становлення та розвитку законодавства про особисті немайнові права батьків у сучасних умовах розбудови в Україні демократичної, соціальної та правової держави, дасть змогу глибше зрозуміти процес формування сімейного законодавства, у тому числі законодавства про особисті немайнові права батьків. Це, у свою чергу, стане передумовою виявлення проблем особистих немайнових прав батьків, що є однією з найбільш важливих та актуальних. Адже в нашій державі відбувається активний процес створення вітчизняного законодавства, яке має відповідати вимогам сучасного життя, зокрема у сфері сімейного права, щодо особистих немайнових прав батьків.

У новому СК України міститься багато нових норм, присвячених особистим немайновим правам батьків, проте не всі його норми відповідають потребам суспільства, а тому аналіз законодавства, яке існувало на території сучасної України, дасть змогу висвітлити прогалини у СК України та виробити пропозиції щодо їх усунення.

У статті аналізуються останні дослідження М. Антокольської, Г. Тріпільського, Б. Левківського, Я. Пігача, В. Гопанчука, які започаткували розв'язання проблем становлення та розвитку сімейного законодавства України. Але дослідження зазначених авторів не були присвячені особливостям становлення та розвитку законодавства про особисті немайнові права батьків.

Метою цієї статті є поглиблення історичних і правових знань щодо особистих немайнових прав батьків, а також характеристика історичних періодів становлення та розвитку законодавства про особисті немайнові права батьків.

Слід зазначити, що шлюбно-сімейне законодавство, сформоване на тлі революцій у радянські часи XX ст., найбільш повно відображає реалії сучасного сімейного законодавства України. Проте воно почало зароджуватися ще за часів виникнення перших державностей на території сучасної України. Зокрема, у VI–VII ст. східнослов'янські племена (дулібів, полян, волинян та ін.) заклали фундамент нової держави під назвою Русь (VIII ст.) [1, с. 5].

Відомості про сімейний устрій народів, які населяли територію України ще до прийняття християнства, є досить нечисленими. Проте вміщена в літописах інформація дає можливість зробити висновок, що в полян досить рано з'явилася моногамна (одношлюбна) сім'я; що стосується інших східнослов'янських племен, то в них ще тривалий час зберігалася полігамія. Моногамна сім'я ґрунтувалася на пануванні чоловіка з певно вираженою метою – народження дітей. Походження цих дітей від батька не підлягало сумніву.

Сімейні відносини у цей період регулювалися в основному звичаями, що в умовах державності перетворилися на звичаєве право.

Після прийняття християнства на Русі у X ст. відбувається поступове запозичення положень візантійського сімейного права, яке ґрунтувалося на канонічних уявленнях про шлюб і сім'ю; починає діяти Номоканон – збірник візантійського сімейного права, що включав у себе канонічні правила та постанови візантійських імператорів. На його основі була створена Кормча книга (переклад Номоканону на старослов'янську мову; він був доповнений постановами руських князів) [2, с. 47].

Основою відносин у сім'ї на цей час залишається абсолютна влада батька та чоловіка. Належні голові сім'ї владні повноваження здійснювалися примусово [3, с.17]. Законність походження дітей від батьків не мала вирішального значення, основним було визнання дитини своєю батьком. Тобто право батьків на визначення

походження дитини залежало від їх волі та не було врегульоване державою жодним приписом. Отже, формування норм шлюбно-сімейного права у Київській Русі відбувалося на основі взаємодії місцевих правових звичаїв і християнських, що були привнесені церквою з рецепцією візантійського сімейного права. Таким чином, *перший період становлення та розвитку законодавства про особисті немайнові права батьків* тривав протягом VI–XVI ст. і характеризувався, в основному, звичаєвим правом.

У XVI ст. засновано Запорозьку Січ – українську козацьку державу. На цей час важливе значення на українських землях мало звичаєве козацьке право – сукупність правових звичаїв, що встановлювалися протягом XV – середини XVII ст. Наявність у козацтва свого особливого права визнавалася польським і російським урядами. Шлюбно-сімейні відносини регулювалися переважно нормами православного церковного та звичаєвого права [1, с. 151, 203].

Протягом 1648–1676 рр. відбулася українська національна революція, яка закінчилася падінням гетьманства та початком колоніальної політики Російської імперії [4, с. 150]. У роки перебування України під владою Російської імперії сімейні відносини регулювалися законодавством Росії. Так, відповідно до Уложення 1648 р. заборонялось узаконення позашлюбних дітей навіть у випадку наступного шлюбу їх батьків. Діти не перебували в правовому зв'язку з батьком і визнавалися лише родичами своєї матері [3, с. 20]. Таким чином, порушувалися права не тільки дітей, а й батьків на визначення походження дитини та встановлення батьківства.

У цей період характерним було те, що батько примушував дітей до слухняності за допомогою домашніх покарань. Скаржитися на батьків діти не мали права. Лише після проведення реформ Петра I (кінець XVII ст. – початок XVIII ст.) була посилена роль імператорських законів, які доповнювали директиви канонічного права, що, у свою чергу, призвело до деякого пом'якшення влади батьків над дітьми. Проте право батьків на застосування тілесних покарань до дітей так і не було скасоване. Воно обмежувалося заборною калічити та ранити дітей [2, с. 60].

Батьки мали право витребувати дітей від будь-яких осіб незалежно від інтересів дітей. Православні батьки, які виховували своїх дітей в іншій вірі, могли бути позбавлені батьківських прав. Інших підстав для позбавлення батьківських прав тогочасне законодавство не знало [3, с. 21].

Уже в XIX ст. правила про узаконення змінювалися надзвичайно часто. При правлінні Олександра I дозволялось узаконення незаконнонароджених дітей у випадку укладення їх батьками між собою шлюбу, проте це правило не поширювалося на дітей, народжених від перелюбу. За правління Миколи I таке узаконення було заборонене, а при Олександрі II знову дозволене [2, с. 62].

Отже, до Жовтневої революції шлюбно-сімейні правовідносини на території України ре-

гулювалися законодавством Російської імперії, а також Австро-Угорської монархії, до складу яких входили українські землі [5, с. 261]. Таким чином, *другий період становлення та розвитку законодавства про особисті немайнові права батьків* тривав з XVI по XX ст. і характеризувався відсутністю власного сімейного законодавства.

Саме у XX ст. у нашій юридичній науці були розвинуті та закладені засадничі принципи побудови сімейних відносин, які згодом були запозичені всіма демократичними державами, світовим співтовариством [6, с. 26].

Після революційних подій у Росії, які призвели до розпаду Російської імперії, і до моменту зміцнення радянського уряду (держави), на території України існували національні держави, до яких належали Українська Центральна Рада, Українська Держава (Гетьманська держава), Директорія УНР, Західноукраїнська Народна Республіка [7, с. 12]. Цілком зрозуміло, що кожна нова держава намагалася створити своє законодавство, якісно відмінне від попереднього, що відповідало б її потребам. На жаль, як свідчать історичні документи та наукові розробки з історії розвитку шлюбно-сімейного законодавства України, жодна із національних держав не створила нового шлюбно-сімейного законодавства і користувалася законодавством, яке діяло на цій території до моменту здобуття незалежності [6, с. 28].

Після Жовтневої революції 1917 р. в Україні розпочався третій період становлення та розвитку законодавства про особисті немайнові права батьків, пов'язаний із прийняттям перших декретів у 1919 р. У цьому році більшовики захопили владу в Україні та встановили радянську форму державності. З 6 січня 1919 р. держава, що стверджувалася в Україні радянськими багнетами, одержала нову назву – Українська Соціалістична Радянська Республіка (УСРР) [4, с. 351].

20 лютого 1919 р. Український Радянський Уряд прийняв декрети «Про громадянський шлюб», «Про розлучення» та «Про організацію відділів ЗАГСу», а в липні 1919 р. – перший Сімейний кодекс.

Вказані декрети в основному регулювали особисті відносини подружжя на основі рівності між ними й особисті відносини батьків і дітей. Необхідність врегулювання особистих правовідносин між батьками і дітьми пояснювалася тим, що дореволюційне законодавство встановлювало нерівність у правовому становищі дітей, народжених у законному шлюбі, та позашлюбними дітьми [3, с. 24].

Перші декрети УСРР про шлюб і його розірвання проголосили дійсно демократичні принципи, які потім розвинулися в чітку та послідовну систему інститутів сімейного права, були першим кроком на шляху створення сімейного права України [8, с. 22].

У 1919 р. був прийнятий Кодекс законів про акти цивільного стану, про сім'ю та опіку УСРР. Відносинам між батьками та дітьми був присвя-

чений другий розділ «Про сім'ю» другої книги Кодексу. Ним були повністю зрівняні в правах законно- та незаконнонароджені діти стосовно своїх батьків та інших родичів. Порядок визначення походження дитини встановлювався главою першою даного розділу Кодексу законів про акти цивільного стану, про сім'ю та опіку.

У другій і третій главах другого розділу книги другої Кодексу законів про акти цивільного стану, про сім'ю та опіку УСРР 1919 р. врегульовувалися особисті немайнові, а також майнові права й обов'язки батьків і дітей. Статті, які регулювали ці відносини, передбачали рівні права матері та батька дитини щодо вибору її прізвища (статті 102, 103), громадянства (ст. 104), а також вирішення всіх спорів між батьками з урахуванням інтересів дітей. Батьки могли бути позбавлені опікунських прав за постановою відділу соціального забезпечення (ст. 132).

Хоча цей нормативний акт і не вступив у дію, все ж окремі його положення застосовувалися під час вирішення сімейно-шлюбних спорів на територіях, підконтрольних радянському уряду у 1919–1920 рр. Отже, перша спроба кодифікації сімейно-шлюбного законодавства в Україні була вдалою [6, с. 31–32]. Дійсно, це була вдала кодифікація шлюбно-сімейного законодавства, адже на основі цього Кодексу згодом було прийнято новий. Отже, *третій найкоротший період становлення та розвитку законодавства про особисті немайнові права батьків тривав протягом 1919–1926 рр.* і характеризувався спробою зародження дійсно нового сімейного законодавства, відмінного від попереднього імперського.

Четвертий період становлення та розвитку законодавства про особисті немайнові права батьків пов'язаний із прийняттям Кодексу законів Української РСР «Про сім'ю, опіку, шлюб і акти цивільного стану» (далі – КЗпСОШ) на третій сесії ВУЦВК IX скликання 31.05.1926 р. (набрав чинності 01.09.1926 р. та діяв до 01.01.1970 р.).

КЗпСОШ УРСР регулював відносини в сім'ї, у тому числі немайнові, виходячи з пануючої на той час соціалістичної ідеології. Відповідно до ст. 1 проголошувалася рівність прав та обов'язків дітей незалежно від того народжені вони в шлюбі чи ні, а також батьків і матерів. Безспірним доказом походження дитини від конкретних батьків був запис про її народження у книзі органу ЗАГСу (ст. 2) або подальше визнання батьківства (ст. 3). Регулюванню особистих прав та обов'язків батьків і дітей був присвячений другий розділ першого відділу КЗпСОШ. Було передбачене право батьків вимагати у позовному порядку дітей від осіб, які незаконно утримували їх (ст. 18).

Норми Сімейного кодексу УРСР були докорінно змінені та доповнені з прийняттям Указу Президії Верховної Ради СРСР «Про збільшення державної допомоги вагітним жінкам, багатосімейним і одиноким матерям, посилення охорони материнства і дитинства, про встановлення почесного звання «Мати-героїня» і за-

снування ордену «Материнська слава» і медалі «Медаль материнства» від 08.07.1944 р.

Указ від 08.07.1944 р. по-новому вирішив питання правового становища позашлюбних дітей. Указ забороняв встановлення батьківства стосовно дітей, народжених поза шлюбом. І лише Указом «Про порядок застосування Указу Президії Верховної Ради СРСР від 8 липня 1944 р. по відношенню до дітей, батьки яких не перебувають між собою у зареєстрованому шлюбі» від 14.03.1945 р. Президія Верховної Ради СРСР прирівняла до дітей, народжених у зареєстрованому шлюбі, дітей, які народжені без реєстрації шлюбу, у випадку вступу матері в зареєстрований шлюб із особою, від якої вона раніше народила дитину й яка визнає себе батьком дитини. Такій дитині присвоювалося по батькові за іменем батька, та, за взаємною згодою батьків, прізвище батька (ч. 2 ст. 2 КЗпСОШ).

Таким чином, *четвертий період становлення та розвитку законодавства про особисті немайнові права батьків тривав протягом 1926–1970 рр.* і характеризувався різним підходом до вирішення проблем встановлення батьківства.

П'ятий період становлення та розвитку законодавства про особисті немайнові права батьків пов'язаний із прийняттям Кодексу про шлюб та сім'ю (далі – КпШС) Української РСР 1969 р., який набрав чинності 01.01.1970 р.

Порядок виникнення і здійснення прав та обов'язків батьків і дітей регулювався розділом III «Сім'я». Глава 9 цього розділу визначала підстави виникнення прав та обов'язків батьків і дітей. Главою 10 КпШС «Особисті права та обов'язки батьків і дітей» встановлювався порядок присвоєння дитині прізвища, імені та по батькові; порядок здійснення батьками виховання та порядок вирішення можливих при цьому спорів між ними; порядок вирішення спорів між батьками про місце проживання дитини та право батьків на відібрання дітей; порядок позбавлення батьківських прав.

Правильному й однаковому застосуванню зазначеного законодавства значною мірою сприяла постанова Пленуму Верховного Суду УРСР «Про деякі питання, що виникли в судовій практиці по застосуванню Кодексу про шлюб та сім'ю Української РСР» від 15.06.1973 р.

Отже, *п'ятий період становлення та розвитку законодавства про особисті немайнові права батьків тривав з 1970 р. по 2004 р.* і характеризувався встановленням на законодавчому рівні нових особистих немайнових прав для батьків, що стали основою для сучасного сімейного законодавства.

У зв'язку з кардинальними змінами, що відбулися в економічному та соціальному житті країни після проголошення незалежності, виникла нагальна потреба зміни ряду положень сімейного законодавства. Тому, останній шостий *період становлення законодавства про особисті немайнові права батьків*, який триває і досі, пов'язаний із прийняттям Верховною Радою нового Сімейного кодексу України від 10.01.2002 р., який набрав чинності 01.01.2004 р.

Новий СК України закріплює особисті немайнові права батьків (глава 13). Глава 12 СК України врегульовує відносини з приводу визначення походження дитини.

Висновки

За результатами дослідження виділено та проаналізовано шість періодів становлення та розвитку законодавства про особисті немайнові права батьків.

Перший період становлення та розвитку законодавства про особисті немайнові права батьків тривав протягом VI–XVI ст., що в основному характеризується звичаєвим правом.

Відомості про особисті немайнові права батьків, що існували в першому періоді дуже нечисленні. Проте звичаєве право згодом почало перетворюватися на писане, що можна простежити у наступному періоді, який тривав з XVI по XX ст. Характерним для другого періоду було те, що сімейні правовідносини на території України регулювалися законодавством сусідніх держав, до складу яких на той час входили українські землі.

Третій найкоротший період становлення та розвитку законодавства про особисті немайнові права батьків тривав протягом 1919–1926 рр. і характеризувався спробою зародження дійсно нового сімейного законодавства. У цей період, що характеризувався багатодержавністю, жодна із національних держав не створила нового сімейного законодавства і користувалася законодавством, яке діяло на цій території до моменту входу України до складу Союзу РСР.

Четвертий період становлення та розвитку законодавства про особисті немайнові права батьків тривав протягом 1926–1970 рр. і характеризувався різним підходом до вирішення проблем встановлення батьківства. Зокрема, Указом від 08.07.1944 р. було заборонено вста-

новлення батьківства стосовно дітей, народжених поза шлюбом, і лише Указом від 14.03.1945 р. положення батьків щодо позашлюбних дітей поліпшилося.

П'ятий період становлення та розвитку законодавства про особисті немайнові права батьків тривав з 1970 р. по 2004 р. і характеризувався закріпленням на законодавчому рівні нових особистих немайнових прав для батьків, які стали основою для сучасного сімейного законодавства.

Шостий період становлення та розвитку законодавства про особисті немайнові права батьків, який і досі розвивається, пов'язаний із прийняттям Верховною Радою нового Сімейного кодексу України від 10.01.2002 р., який набрав чинності 01.01.2004 р.

Література

1. *Історія держави і права України* / А. С. Чайковський, В. І. Батрименко, Л. О. Зайцев та ін.; За ред. А. С. Чайковського. – К., 2003. – 512 с.
2. *Антокольская М. В.* Семейное право. – М., 2002. – 336 с.
3. *Трипільський Г. Я.* Процесуальні особливості розгляду спорів, які зв'язані з виникненням, здійсненням та зміною особистих немайнових правовідносин між батьками та дітьми: дис. ... канд. юрид. наук. – О., 2008. – 227 с.
4. *Бойко О. Д.* Історія України. – К., 2007. – 688 с.
5. *Полянська-Василенко Н.* Історія України: У 2 т. – К., 1992. – Т. 2. – 640 с.
6. *Левківський Б. К.* Особисті немайнові права та обов'язки членів сім'ї: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2004. – 198 с.
7. *Пігач Я. М.* Становлення сімейного законодавства Української РСР (1917–1926): дис. ... канд. юрид. наук. – Л., 1994. – 156 с.
8. *Сімейне право України* / За ред. В. С. Гопанчука. – К., 2002. – 304 с.

Investigational about the personal unproperty rights for parents beginning the problem questions of becoming and development of legislation of Ukraine from a pre-christian epoch and concluding acceptance of the presently operating Domestic code of Ukraine.

В статье исследуются проблемные вопросы становления и развития законодательства Украины о личных неимущественных правах родителей начиная с дохристианской эпохи и заканчивая принятием действующего в настоящее время Семейного кодекса Украины.



ДЕЯКІ ПИТАННЯ ВИЗНАЧЕННЯ ЗАСТОСОВУВАНОГО ПРАВА ДО ЗОБОВ'ЯЗАНЬ ІЗ МІЖНАРОДНИХ ПЕРЕВЕЗЕНЬ

Ірина Діковська,

канд. юрид. наук,

доцент кафедри цивільного права

Київського національного університету ім. Тараса Шевченка

У статті досліджуються способи визначення застосовуваного права до зобов'язань із міжнародних перевезень у внутрішньому законодавстві окремих держав.

Ключові слова: міжнародні перевезення, колізійні норми, визначення застосовуваного права.

Окремі аспекти зобов'язань із міжнародних перевезень регулюються національним законодавством, яке визначається у відповідному договорі перевезення або у колізійній нормі, що підлягає застосуванню. Остання може міститись у міжнародному договорі, учасницею якого є відповідна держава або у її внутрішньому законодавстві.

Метою цієї статті є аналіз способів вибору права до зобов'язань із міжнародних перевезень, що містяться у внутрішньому законодавстві окремих держав, проблем, які можуть виникати у зв'язку з цим, а також вироблення рекомендацій із означеної проблематики.

В основу статті покладені дослідження із загальних питань міжнародного приватного права та питань правового регулювання міжнародних перевезень О. Маковського, М. Розенберга, М. Філімоної, інших учених, а також аналіз нормативно-правових актів, що регулюють виконання міжнародних перевезень.

В юридичній літературі визнається, що колізійне регулювання зобов'язань із міжнародних перевезень характеризується застосуванням спеціальних принципів (закону прапора, закону місця розташування транспортного засобу тощо), а також об'єктивною необхідністю створення нових чи пристосування традиційних колізійних принципів шляхом їх тлумачення [1, с. 394].

Застосування спеціальних колізійних принципів до зобов'язань із міжнародних перевезень зумовлене специфікою останніх. Так, застосування прив'язки «закон прапора» до окремих видів відносин із морського перевезення, на думку О. Маковського, зумовлене, в одних випадках, виникненням відносин морського права поза сферою дії якогось національного законодавства (зіткнення, рятування суден, загальної аварії, подіями у відкритому

морі); в інших – тісним зв'язком відносин із правовою системою країни, під прапором якої плаває судно [2, с. 14].

Аналіз регулювання вибору права до зобов'язань із міжнародних перевезень у внутрішньому законодавстві України свідчить про не однаковий ступінь врегульованості цих питань для різних видів перевезень: від достатньо деталізованого для морських перевезень до мало врегульованого на повітряному, автомобільному та залізничному транспорті.

Слід зазначити, що в ряді випадків сторони договору міжнародного перевезення можуть обрати право, що застосовується до нього. Такий висновок впливає із ст. 43 Закону України «Про міжнародне приватне право» від 23.06.2005 р. № 2709, а також норм спеціального законодавства. Так, відповідно до ч. 2 ст. 14 Кодексу торговельного мореплавства (далі – КТМ) України від 23.05.1995 р. № 176 відносини за договорами морського перевезення вантажів регулюються законодавством за згодою сторін. Дещо не чітко сформульовані правила вибору права до договорів морського перевезення пасажирів та морського круїзу. За змістом ч. 2 ст. 14 КТМ України згадані договірні відносини регулюються законодавством за згодою сторін, а «також тим, що зазначено у пасажирському квитку». Таким чином, складається враження, що відповідно до ч. 2 ст. 14 КТМ України до договорів морського перевезення пасажирів та морського круїзу застосовується одночасно законодавство за згодою сторін, а також те, що зазначено у пасажирському квитку. Разом із тим законодавство окремих держав відрізняється за змістом, тому формулювання ч. 2 ст. 14 КТМ України породжує певну правову невизначеність і потребує тлумачення.

Договори морського перевезення пасажирів та морського круїзу, як правило, укладаються як договори приєднання. Їх істотні й інші умови фіксуються у пасажирському квит-

ку. Зазвичай пасажир не має можливості запропонувати свої умови договору. У той самий час пасажир сам вирішує укласти договір чи ні на запропонованих умовах. У зв'язку з цим загальнови́значним є те, що принцип свободи договору у цьому випадку не порушується [3, с. 161]. Придбавши квиток, у якому зазначено право, що застосовується до договору, пасажир погоджується з ним (як і з іншими умовами договору, зазначеними у квитку).

Для уникнення непорозумінь доцільно було б внести до ч. 2 ст. 14 КТМ зміни, зокрема, викласти її у такій редакції:

«Відносини за договорами морського перевезення вантажів, фрахтування судна на термін, фрахтування судна без екіпажу, лізингу, буксирування, морського страхування регулюються законодавством держави за згодою сторін, морського перевезення пасажирів та морського круїзу. Згода сторін про вибір права, що застосовується до договорів морського перевезення пасажирів та морського круїзу, може фіксуватися у пасажирському квитку».

Слід зазначити, що національне законодавство, надаючи сторонам приватно-правового договору можливість обрати право, що до нього застосовується, як правило, встановлює певні обмеження цього права. Такі обмеження можуть встановлюватись як загальними нормами, що стосуються всіх приватно-правових відносин з іноземним елементом, а також спеціальними нормами, зокрема, тими, що регулюють той чи інший вид перевезення.

Загальні обмеження автономії волі сторін щодо вибору права встановлені Законом України «Про міжнародне приватне право». До спеціальних норм, що обмежують можливість вибору права, належить, наприклад, норма ст. 6 КТМ України, яка дозволяє включення до договорів, передбачених КТМ, умов про застосування іноземного законодавства та звичаїв торговельного мореплавства у разі, коли сторони можуть відповідно до КТМ відступати від його правил.

Заслуговує на увагу те, що ст. 14 КТМ України встановлює спеціальні правила, які застосовуються до семи видів договорів у разі відсутності згоди сторін щодо застосування права. Так, у цьому випадку відносини регулюються законодавством тієї держави, де заснована, має основне місце діяльності або постійного перебування сторона, яка є: *перевізником* – у договорі морського перевезення та морського круїзу; *судновласником* – у договорах фрахтування судна на термін і фрахтування судна без екіпажу; *лізингодавцем* – у договорі лізингу; *власником судна, що здійснює буксирування*, – у договорі буксирування;

страховиком – у договорі морського страхування. При цьому прив'язки колізійних норм, що містяться у КТМ, сформульовані вузько та відсилають до «застосовуваного законодавства», а не «застосовуваного права».

Посилання на застосовуване законодавство в ряді випадків може призводити до незастосування норм міжнародних договорів, учасницею яких є держава. Так, М. Розенберг наводить приклад справи, що розглядалася МКАС при ТПП РФ, у якій арбітраж відмовився застосовувати положення міжнародного договору, посилаючись на те, що контракт, укладений між сторонами, містив посилання на «російське законодавство». Автор стверджує, що якби у договорі містилась умова про застосування російського права, а не російського законодавства, то не виникло б сумнівів щодо застосування міжнародного договору, враховуючи, що міжнародні договори РФ як складова частина правової системи РФ (ч. 4 ст. 15 Конституції) входять до права Росії [4, с. 91].

Точка зору про те, що міжнародні договори входять до сфери права і не входять до сфери законодавства заслуговує на підтримку. Однак заслуговує на увагу те, що згідно із ст. 9 Конституції України чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України. Аналогічна норма міститься й у ст. 19 Закону України «Про міжнародні договори». Якщо «застосовуваним» буде українське законодавство, міжнародні договори, учасницею яких є Україна, застосовуватимуться в силу зазначених норм Конституції України та Закону України «Про міжнародні договори», а якщо застосуванню підлягатиме законодавство іноземної держави, то можливість застосування норм міжнародних договорів, а також деяких інших джерел права залежатиме від того, як у цій державі розуміють поняття «законодавство».

Правила повітряних перевезень пасажирів і багажу, затверджені наказом Міністерства транспорту та зв'язку України від 23.04.2010 р. № 216, хоча й не містять колізійних норм, але в окремих своїх положеннях посилаються на «застосовані закони». Так, згідно з п. 2 глави 1 розділу XVII цих Правил жодне їх положення не може тлумачитись як таке, що обмежує права туроператора або третіх осіб, інших ніж пасажир, з якими перевізник уклав договір, вимагати відшкодування або компенсації від перевізника згідно із застосованими законами. При цьому Правила повітряних перевезень пасажирів і багажу визначають застосовані закони як закони, постанови та розпорядження, а також інші нормативно-правові акти, що регулюють здійснення по-

вітряних перевезень пасажирів і багажу будь-якої держави, з території, на територію та через територію якої здійснюються перевезення пасажирів і багажу.

Схожим чином визначають поняття застосованих законів і Правила повітряних перевезень вантажів, затверджені наказом Державіаслужби України від 14.03.2006 р. № 186.

Законодавство України не містить спеціальних колізійних норм щодо зобов'язань із договорів міжнародного повітряного, залізничного, автомобільного перевезення. Тому, якщо сторони таких договорів не визначили право, що до них застосовується, останнє визначатиметься за загальними правилами, встановленими Законом України «Про міжнародне приватне право».

Згідно з ч. 1 ст. 44 та ст. 32 Закону України «Про міжнародне право» впливає, що за відсутності згоди сторін договору про вибір права, яке підлягає застосуванню до нього, застосовується право, що має найбільш тісний зв'язок із договором. При цьому слід зазначити, що деякі автори вважають, що Закон України «Про міжнародне приватне право», визначаючи право тісного зв'язку, використовує колізійну доктрину вирішального виконання [5, с. 10]. На нашу думку, аналіз положень зазначеного Закону не дає підстав для такого однозначного висновку, оскільки право, що має найтісніший зв'язок, визначається на підставі аналізу умов, суті договору та сукупності обставин справи. І тільки якщо ці дії не дають можливості визначити право найбільш тісного зв'язку, то вважається, що договір більш тісно пов'язаний з правом держави, у якій сторона, що повинна здійснити виконання, яке має вирішальне значення для змісту договору, має своє місце проживання або місцезнаходження (для договорів перевезення – перевізник). Крім того, спеціальні правила вибору права передбачені для договорів за участю споживачів (ст. 45 Закону України «Про міжнародне приватне право»).

Аналогічний підхід до визначення права, що застосовується до договірних зобов'язань, властивий і законодавству Російської Федерації (статті 1211, 1212 Цивільного кодексу (далі – ЦК) Російської Федерації від 26.11.2001 р. № 146, із змінами та доповненнями). Слід зазначити, що законодавство деяких держав (наприклад, ст. 1113 ЦК Республіки Казахстан від 01.07.1999 р. № 409) передбачає, що за відсутності згоди сторін стосовно вибору права до договору перевезення застосуванню підлягає не право, що має найтісніший зв'язок із договором, а «закон перевізника».

ЦК Республіки Молдова від 06.06.2002 р. № 1107 не містить спеціальних колізійних норм, застосовуваних до зобов'язань із пере-

везень; загальне правило, встановлене ст. 1611, передбачає, що за відсутності згоди сторін про інше, до договору застосовується закон держави, з якою договір найбільш тісно пов'язаний. При цьому вважаються існуючими зв'язки із законом держави, в якій боржник виконання на момент укладення договору має місце проживання чи місце знаходження або зареєстрований як юридична особа.

Деталізоване регулювання зобов'язань із перевезень міститься у Регламенті № 593/2008 Європейського Парламенту і Ради від 17.06.2008 р. про право, що підлягає застосуванню до договірних зобов'язань («Рим I») [6] (далі – Регламент). Регламент встановлює диференційоване колізійне регулювання договорів перевезення вантажів і пасажирів (для випадків, коли сторони самостійно не здійснили вибору права¹). Так, якщо місце завантаження, місце доставки чи звичайне місце проживання відправника вантажу збігається з місцем звичайного місця проживання перевізника, до договору перевезення застосовуватиметься право держави місця проживання перевізника. Якщо ця умова не виконується, то застосовується право країни, де розташоване місце доставки, узгоджене сторонами. До договорів перевезення пасажирів застосовується право тієї держави, в якій він має звичайне місце проживання, але тільки за умови, що місце відправлення або місце призначення також розташоване у цій країні. Якщо ця умова не виконується, застосовується право тієї країни, де має своє звичайне місце проживання перевізник. Разом із тим Регламент встановлює пріоритет принципу найтіснішого зв'язку, оскільки всі правила, встановлені ним для визначення права, застосовуваного до договорів перевезення за відсутності згоди сторін, не діють, якщо договір явно має більш тісний зв'язок із правом іншої держави, ніж та, право якої підлягає застосуванню відповідно до правил, описаних вище (ст. 5 Регламенту).

На відміну від Регламенту, Конвенція про право, що застосовується до договірних зобов'язань, підписана у Римі 19.06.1980 р. [7] (далі – Конвенція), передбачала спеціальне колізійне регулювання лише для договорів вантажного перевезення (ч. 4 ст. 4). Воно було схоже з тим, що міститься у Регламенті. Іншими словами, норма ч. 4 ст. 4 Конвенції передбачала, що до договорів вантажного перевезення за відсутності згоди сторін застосовується право найтіснішого зв'язку, яке визначалось як право країни, в якій пе-

¹При цьому у договорах перевезення пасажирів сторони обмежені у можливості щодо вибору права альтернативами, встановленими абзацом 2 § 2 ст. 5 Регламенту Рим I.

ревізник мав своє основне комерційне підприємство, за умови, що ця країна є місцем завантаження, розвантаження чи країною основного місцезнаходження вантажовідправника. Проте Конвенція не містила правил щодо визначення права, якщо ця умова не виконується.

До договорів пасажирського перевезення застосовувалося загальне правило, встановлене ч. 2 ст. 4 Конвенції, тобто за відсутності угоди сторін про вибір права до договору пасажирського перевезення застосовувалося право держави, в якій сторона, що повинна здійснити характерне виконання, має своє звичайне місце проживання (для юридичних осіб – місце знаходження адміністративного центру, а якщо договір укладений при здійсненні професійної діяльності – місце знаходження комерційного підприємства, сторони, що здійснює вирішальне виконання, або інше місцезнаходження, якщо виконання здійснюється у такому місці).

Разом із тим Конвенція (як і Регламент) закріплювала можливість застосування іншого права, ніж те, що визначалося на підставі її норм, якщо з обставин справи впливало, що договір має більш тісний зв'язок з іншою країною (ч. 5 ст. 4 Конвенції).

Викладене дозволяє зробити **висновок**, що за загальним правилом сторони договору міжнародного перевезення можуть самостійно обрати право, яке до нього застосовується. Разом із тим можливість вибору права до договорів пасажирського перевезення може бути обмежена певними альтернативами, встановленими законодавством. Найпоширенішою колізійною прив'язкою, що застосовується до договору міжнародного перевезення за від-

сутності згоди сторін про вибір права, є право держави, з якою договір найбільш тісно пов'язаний. Законодавство різних держав встановлює неоднакові способи визначення цього права. У законодавстві окремих держав останнім часом спостерігається тенденція до диференційованого колізійного регулювання договорів вантажного та пасажирського перевезень.

Література

1. *Международное частное право*. – М., 2010. – 656 с.
2. *Иванов Г. Г., Маковский А. Л.* Международное частное морское право. – Л., 1984. – 280 с.
3. *Науково-практичний коментар до Цивільного кодексу України: У 2 т. / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, В. В. Луця*. – К., 2005. – Т. 2. – 1088 с.
4. *Розенберг М. Г.* Контракт международной купли-продажи: Современная практика заключения. Разрешение споров. – М., 2003. – 1072 с.
5. *Пишеничук Д. В.* Колізійний принцип тісного зв'язку у міжнародному приватному праві: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2011. – 23 с.
6. *Регламент (ЕС) № 593/2008* от 17 июня 2008 г. о праве, подлежащем применению к договорным обязательствам («Рим I»): Московская государственная юридическая академия. Кафедра права Европейского Союза, Центр права Европейского Союза [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://eulaw.edu.ru/documents/legislation/collision/dogovornoe.htm>.
7. *Convention on the law applicable to contractual obligations opened for signature in Rome on 19 June 1980 (80/934/EEC)* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: EUR-LEX. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41980A0934:EN:NOT>.

The article contains an analysis of some approaches to the determination of applicable law to the obligations of international carriage in national law of certain states.

В статті досліджуються способи определения применяемого права к обязательствам по международной перевозке во внутреннем законодательстве отдельных государств.



ПРОБЛЕМИ ЗАХИСТУ ПЕРСОНАЛЬНИХ ДАНИХ ПРАЦІВНИКІВ У ТРУДОВОМУ ПРАВІ

Сергій Вавженчук,

канд. юрид. наук,

доцент кафедри цивільного та трудового права юридичного факультету
Київського національного економічного університету ім. Вадима Гетьмана,

Володимир Ємельянов,

юрист

У статті уточнюється поняття «персональні дані працівників», місце цієї правової дефініції в галузі трудового права, її юридична природа як міжгалузевого поняття.

Ключові слова: персональні дані працівника, захист персональних даних, недоторканність приватного життя, інформація, захист осіб у зв'язку з автоматизованою обробкою персональних даних.

На сучасному етапі розвитку суспільства роль і значення трудового права невіддільно зростає серед інших галузей права України. Трудове право регулює суспільні відносини, що забезпечують безпосереднє буття та матеріальне існування особи. Серед них – чітке визначення форм власності, розвиток товарно-грошових відносин, визначення трудової правосуб'єктності роботодавців і працівників, розв'язання проблеми зайнятості населення через впровадження в життя державних соціальних програм.

Серед майнових благ, на які в принципі спрямована трудова діяльність особи (якщо звичайно не виділяти моральну сторону у вигляді задоволення від праці), трудове право через призму поваги до прав людини у сфері праці регулює особисті немайнові права працівника – захист честі та гідності працівника, у тому числі захист його персональних даних. Адже, виходячи з того, що зазначено в Конституції України (ст. 32), ніхто не може зазнавати втручання в особисте та сімейне життя, крім випадків, передбачених Основним Законом України. Персональні дані працівника відносять саме до такої конфіденційної інформації, для використання якої обов'язково має бути надана згода особи, якій вона належить.

Проблема захисту персональних даних з кожним роком загострюється все більше. Розвиток новітніх інформаційних технологій призводить до того, що роботодавець отримує всю необхідну йому інформацію про працівника не відлучаючись від робочого місця. Переважно це відбувається шляхом подачі через електронну пошту резюме про заняття вакантного робочого місця або ж безпосередньо при влаштуванні на роботу й укладенні трудового договору чи контракту. Таким чином, роботодавець має збирати та накопичу-

вати персональну інформацію про особу, що, безумовно, призводить до можливості розголошення цієї інформації та врешті-решт може призвести до порушення особистих трудових прав і законних інтересів працівника та нанести йому моральну, а в деяких випадках і матеріальну, шкоду.

Незважаючи на те, що галузь трудового права в Україні сформувалася вже давно, науковці приділяють їй значну увагу, питання про захист персональних даних працівників недостатньо широко досліджувалося. Серед вітчизняних правників, які досліджували це питання, заслуговують на увагу роботи таких авторів, як А. Баранов, В. Брижко, Ю. Базанов, А. Чернобай, К. Гусов, С. Пазюк та ін.

Питання захисту персональних даних особи розглядається науковцями через призму цивільного права. Так, цю проблему досліджували: О. Дзера, В. Луць, О. Братель, С. Пилипенко та ін.

Метою цієї статті є окреслення юридичних механізмів захисту персональних даних працівників.

Персональні дані по суті є одним із видів особистих немайнових прав фізичної особи. Це право гарантується Конституцією України, а також знаходить своє закріплення у багатьох міжнародних актах, до яких долучилася Україна, зокрема у Декларації прав людини 1948 р., в якій зазначається, що ніхто не може піддаватися неправомірному втручання у його особисте та сімейне життя, неправомірним посяганням на недоторканність житла, на таємницю кореспонденції або на честь і репутацію. Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод (1950 р.) визначає, що кожен має право на повагу до свого приватного та сімейного життя, до сво-

го житла і кореспонденції, а згідно з Міжнародним пактом про громадянські і політичні права 1976 р. кожна людина має право на свободу й особисту недоторканність. З огляду на наведені нормативні дефініції можна стверджувати, що конфіденційна інформація про фізичну особу є тим невід'ємним правом, тією «гарантією», яку держава (у взятих на себе зобов'язаннях, ратифікувавши міжнародні конвенції) та світове співтовариство надає особі.

З правом недоторканності приватного життя, яке передбачається наведеними міжнародними та національними нормативно-правовими актами, пов'язане інше право фізичної особи, а саме – захист честі та доброго ім'я, тобто тих елементів, що визначають право фізичної особи на повагу, визнання та є основою його статусу в суспільстві.

Питання персональних даних врегульовано Цивільним кодексом (далі – ЦК) України (глава 20 «Особисті немайнові права фізичної особи»). Законодавче визначення персональних даних надається в Законі України «Про захист персональних даних» від 01.06.2010 р. Згідно з цим Законом персональні дані – це відомості чи сукупність відомостей про фізичну особу, яка ідентифікована або може бути конкретно ідентифікована [1]. В цілому законодавче визначення персональних даних вказує на те, що персональні дані багато в чому подібні до конфіденційної інформації. Подібної думки можна дійти на основі дослідження Закону України «Про інформацію» від 02.10.1992 р., в якому зазначено, що одним із видів інформації є інформація про особу, тобто персональні дані (ст. 18). У статті 23 цього Закону зазначено, що інформація про особу – це сукупність документованих або публічно оголошених відомостей про особу. Основними даними про особу (персональними даними) є національність, освіта, сімейний стан, релігійність, стан здоров'я, а також адреса, дата та місце народження.

Зважаючи на викладене та враховуючи ст. 38 зазначеного Закону можна дійти висновку, що персональні дані цілком справедливо вважати об'єктом права інтелектуальної власності громадян.

Інформація є об'єктом цивільних прав, тобто по суті вона може виступати як особливий товар, який має грошовий еквівалент. У цьому і полягає основний інтерес до персональних даних. Вони можуть стати економічно цікавим товаром для певної особи. Слід також зазначити, що персональні дані тісно переплітаються з особистим життям людини, яке охороняється законом. Тому доцільно в силу специфіки персональних даних як виду інформації встановити законодавчі обмеження щодо їх цивільного обороту.

Досліджуючи питання захисту персональних даних, доцільно згадати деякі положення Конвенції про захист осіб у зв'язку з автоматизованою обробкою персональних даних. Метою Конвенції є посилення захисту даних, точніше – правовий захист особи при автоматизованій обробці персональних даних. Необхідність прийняття таких правових норм зумовлюється швидким розвитком комп'ютерної техніки та її використанням для цілей управління. Автоматизовані бази даних мають величезну накопичувальну спроможність і створюють можливість для широкого набору операцій, які здійснюються з великою швидкістю. Таким чином, постає справедливе питання: які засоби захисту існують в Україні, тобто які механізми захисту передбачила держава для захисту персональних даних про працівника?

У цьому контексті слід звернутися до законодавства зарубіжних країн, зокрема таких, як Федеративна Республіка Німеччина, Велика Британія, Російська Федерація.

У Німеччині перший закон про захист персональних даних прийнятий у землі Гессен у 1970 р., який у 1990 р. був переглянутий. Основна мета цього закону, насамперед, стосувалася захисту особи від посягань на недоторканність її приватного життя (Persönlichkeitsrecht) шляхом маніпулювання її персональними даними. Заслуговує на увагу те, що, з огляду на федеративний устрій Німеччини, кожна федеральна земля має свій закон, яким регулюється питання захисту персональних даних, що поширюється на державний сектор адміністративного управління.

Існує також спеціальний орган, який відповідає за захист персональних даних в особі Федеральної комісії захисту персональних даних (Bundesbeauftragter für den Datenschutz). У Німеччині у 1996 р. прийнято Положення про захист персональних даних, які передаються телекомунікаційними каналами. Закон про інформацію та комунікаційні послуги 1997 р. визначає механізми захисту інформації, що передається через комп'ютерні мережі.

Аналізуючи законодавство провідних країн Європи, не можна не згадати про *Великобританію*. Об'єднане королівство, як відомо, має не кодифіковану конституцію. З огляду на це у 1998 р. в Британії прийнято Акт про права людини, який надавав Європейській конвенції з прав людини силу національного закону; цей процес повинен завершитися законодавчим затвердженням права на недоторканність приватного життя.

У 1998 р. парламент Великобританії прийняв закон про захист інформації, яким аналогічний закон 1984 р. привведено у відповідність із вимогами Директиви про захист інформації, прийнятої Європейським Союзом.

Цим Законом передбачаються заходи щодо введення обмеження на використання персональних даних; він також зобов'язує юридичних осіб, які ведуть збір та оброблення персональних даних, реєструватися в спеціально створеному органі – Комісаріаті з захисту інформації. Положення про захист персональних даних і будь-якої іншої конфіденційної інформації можна віднайти в інших законодавчих актах, зокрема в Законі про телекомунікації (1984 р.), Законі про поліцію (1997 р.), Законі про захист від переслідувань (1997 р.) тощо.

Великобританія є членом Ради Європи; вона підписала та ратифікувала Конвенцію про захист осіб у зв'язку з автоматизованою обробкою персональних даних разом із Європейською конвенцією про захист прав та основоположних свобод людини. Також Великобританія входить до Організації з економічного співробітництва та розвитку, однією з функцій якої є захист персональних даних, про що свідчать нормативні акти, які вона приймає.

Російська Федерація (далі – РФ) має власний досвід захисту персональних даних працівників. Це питання в РФ врегульоване Трудовим кодексом (глава 14), іншими законами та підзаконними нормативно-правовими актами, якими регламентується захист персональних даних працівників. Зокрема, у Трудовому кодексі РФ визначається поняття «персональні дані працівника» – це інформація, яка необхідна роботодавцю у зв'язку з трудовими правовідносинами та стосується конкретного працівника (ст. 85) [2, с. 115].

Досвід РФ є доволі прогресивним і цікавим для України. Слід зазначити, що введення в російське законодавство дефініції про захист персональних даних працівників зумовлене необхідністю забезпечення конституційної гарантії про захист використання та поширення конфіденційної інформації про особу. Введення інституту захисту персональних даних у трудове законодавство РФ пов'язане з ратифікацією Конвенції про захист осіб у зв'язку з автоматизованою обробкою персональних даних. Виходячи із змісту Конвенції (яка, до речі, ратифікована й Україною), держава, яка долучилася до Конвенції вправі заявляти про її поширення не лише на персональні дані, які проходять автоматизовану обробку, а й на будь-які персональні дані особи. Таким чином, предметом Конвенції є не стільки правила автоматизованої обробки, скільки персональні дані (незалежно від методу їх фіксації та використання). Основними ж завданнями Конвенції є обов'язок держав-учасниць створити на національному рівні повномасштабні законодавчі регулятори у сфері обробки та захисту персональних даних. Основою Конвенції (у частині, в якій

вона спрямована на захист прав особи) є гарантії накопичення та використання персональних даних виключно для точно визначених і законних цілей.

У РФ прийнято Закон «Про інформацію, інформаційні технології та захист інформації», в якому є статті, присвячені порядку правового захисту персональних даних, зокрема п. 7 ст. 3 – недоторканність приватного життя, неприпустимість збору, зберігання, використання та поширення інформації про особу без її згоди.

Слід зазначити, що російський законодавець розглядає персональні дані як міжгалузеве поняття, оскільки у ст. 150 ЦК РФ передбачається право на захист нематеріальних благ особи (у тому числі персональних даних); разом із тим захист персональних даних особи здійснюється в сегменті трудового права.

В Україні, як вже зазначалося, ратифікована Конвенція про захист осіб у зв'язку з автоматизованою обробкою персональних даних. Але все ж до визначення поняття «персональні дані» український законодавець підходить з боку цивільного права. Трудове законодавство України не надає визначення персональних даних працівників.

У розділі 14 Трудового кодексу РФ визначаються: поняття персональних даних; вимоги щодо обробки персональних даних і гарантії їх захисту; положення, що врегульовують зберігання, використання та передачу персональних даних, а також відповідальність за порушення норм законодавства, якими врегульовується обробка та захист персональних даних. У статті 85 Трудового кодексу РФ визначено два основних поняття: поняття персональних даних працівника; обробка персональних даних.

На думку К. Гусова, персональні дані працівника містять ознаки, які відрізняють їх від іншої інформації про працівника. В них зосереджена інформація, необхідна саме роботодавцю і саме у зв'язку з трудовими правовідносинами з конкретним працівником. Персональні дані працівника, передусім, пов'язані з його трудовою діяльністю, є підставою для визначення його трудово-правового статусу, його положення як сторони трудового договору [1, с. 108].

Згідно з трудовим законодавством РФ оброблення персональних даних працівника – це отримання, зберігання, комбінування, передача чи будь-яке інше їх використання. Персональні дані використовуються, насамперед, в інтересах працівників. При цьому важлива умова захисту персональних даних полягає в необхідності отримання всіх персональних даних особисто від працівника. Якщо персональні дані працівника можна отримати лише від третьої особи, працівник

заздалегідь має бути повідомлений і надати на таке отримання персональних даних свою письмову згоду. Крім того, Трудовим кодексом РФ встановлюється обмеження щодо отримання й обробки роботодавцем тих персональних даних, які містять інформацію про політичні, релігійні й інші переконання працівника, його членство в громадських об'єднаннях.

Ми підтримуємо В. Гейхмана, який дійшов висновку, що всю інформацію про персональні дані працівника умовно можна поділити на види [1, с. 756]:

- інформація, що отримується роботодавцем із різних джерел, з волевиявлення працівника. Така інформація, безумовно, підлягає правовому захисту інститутом захисту персональних даних;

- інформація, що отримується роботодавцем від самого працівника в обов'язковому порядку, незалежно від бажання останнього. До такої інформації належать відомості, які надає про себе працівник при працевлаштуванні. Така інформація відноситься до персональних даних і також підлягає правовому захисту в порядку, визначеному Трудовим кодексом РФ;

- інформація, що формується самим роботодавцем під час здійснення трудової діяльності працівником. Вона, як правило, відображається в трудовій книжці (результати атестації, профперепідготовка тощо).

Питання, що розглядається недостатньо досліджене в Україні.

Висновки

Проведений аналіз зарубіжного законодавства стосовно захисту персональних даних працівників дозволяє запропонувати

правові новели, які б нормативно підсилили та закріпили необхідність обмеження та захисту персональних даних працівників у трудовому праві України:

- внесення до Трудового кодексу правових норм, якими б чітко регулювалося питання обробки та захисту персональних даних працівників;

- прийняття правових норм та інших організаційно-технічних заходів, спрямованих на обмеження доступу до конфіденційної інформації про працівників, вжиття заходів захисту від неправомірного втручання, надання, поширення персональних даних про особу;

- встановлення відповідальності в Кодексі законів про працю за порушення норм щодо обробки та захисту персональних даних працівників;

- покладення на роботодавця й осіб, відповідальних за обробку персональних даних, розпорядників баз персональних даних обов'язку: забезпечити попередження несанкціонованого доступу до персональних даних або передачі цих даних особам, які не мають на це права; забезпечити своєчасний контроль щодо несанкціонованого доступу до персональних даних; своєчасно виявляти факти несанкціонованого доступу до інформації й усувати наслідки такого доступу; здійснювати контроль за забезпеченням рівня захищеності інформації.

Література

1. Гусов К. Н. Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации. – М., 2004.
2. Защита персональных данных: опыт правового регулирования. – М., 2001.
3. Гейхман В. Л., Сидоренко Е. Н. Комментарий к Трудовому кодексу РФ. – М., 2010.

In article the concept of the personal given workers, a place of the given legal definition of labor law branch its legal nature as interbranch concept is specified.

В статье уточняется понятие «персональные данные работников», место этой правовой дефиниции в отрасли трудового права, его юридическая природа как межотраслевого понятия.



ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ ПИТАННЯ ІМПЛЕМЕНТАЦІЇ КОНВЕНЦІЙ МІЖНАРОДНОЇ ОРГАНІЗАЦІЇ ПРАЦІ У СФЕРІ ТУРИЗМУ

Ірина Новосельська,

канд. юрид. наук,
доцент кафедри цивільного права
Київської державної академії водного транспорту

У статті аналізуються основні питання імплементації норм, визначених у конвенціях Міжнародної організації праці, у національне законодавство України в частині трудових правовідносин у сфері туризму, визначається значення та спрямування міжнародних норм про працю, пропонуються пріоритетні питання, за якими необхідно здійснювати адаптацію законодавства України про працю у сфері туризму до законодавства ЄС.

Ключові слова: інтеграція України до ЄС, імплементація міжнародних норм, світові стандарти захисту трудових прав, адаптація законодавства, соціальний захист, соціальні гарантії.

Бажаючи України інтегруватися до Європейського Союзу зобов'язує її за допомогою системи правового механізму забезпечити підготовку до реалізації на національному рівні прийнятих зобов'язань за міжнародними договорами, що дозволить досягти ефективного переведення домовленостей між країнами із нормативної сфери в індивідуальне використання, в тому числі у сфері туризму. Це завдання стає дедалі актуальнішим у зв'язку з підготовкою України до Чемпіонату Європи з футболу 2012 р., під час якого збільшиться необхідність у найманих працівниках у сфері як туризму, так і надання послуг іноземним громадянам і співвітчизникам. Відомо, що у таких випадках залучають найманих працівників для сезонної роботи, як правило, студентів, школярів та інших, тобто осіб, вік яких варіюється від 15 до 23 років, а це, у тому числі, неповнолітні особи.

Слід зазначити, що відповідно до п. 2 ст. 9 Глобального етичного кодексу туризму, прийнятого Всесвітньою туристичною організацією (далі – ВТО), яка визнана Генеральною Ассамблеєю ООН від 01.10.1999 р., наймані та незалежні працівники сфери туризму і суміжних галузей мають право та зобов'язані проходити належне початкове навчання та постійно підвищувати свою кваліфікацію; вони повинні мати належне соціальне забезпечення; необхідно максимально підвищувати надійність їх зайнятості; для сезонних працівників зазначеного сектора має бути запропонований особливий статус, насамперед щодо їх соці-

ального захисту¹. Безумовно, цьому має передувати процес удосконалення норм чинного національного законодавства про працю шляхом імплементації норм міжнародного законодавства. Імплементацією визнається фактична реалізація міжнародних обов'язків на внутрішньодержавному рівні, що здійснюється шляхом трансформації міжнародно-правових норм у національне законодавство. Його становленню та розвитку сприяють різні фактори (політичні, економічні, соціальні, юридичні тощо). Зокрема, це прагнення держав до створення єдиного правового простору, що забезпечуватиме рівні умови конкуренції на міжнародному ринку, а також опрацювання єдиних світових стандартів щодо захисту трудових прав найманих працівників.

Якщо розглядати стандарт як норму, то він міститься у міжнародних та європейських деклараціях, конвенціях, договорах, хартіях, інших документах, що встановлюють правила поведінки у трудових правовідносинах і відповідальність за їх порушення. Так, у національне законодавство України імplementовані міжнародні норми з прав людини, які знайшли своє відображення у Конституції України 1996 р. Основними з них є статті 21–59, які закріплюють основні права людини – право на життя, право на повагу до честі та гідності, право на свободу й особисту недоторканність, право на працю, на соціальний захист тощо.

¹Правове регулювання туристичної діяльності в Україні / Під ред. В. К. Федорченка. – К., 2002. – С. 96, 97.

Значним кроком на шляху імплементації міжнародно-правових норм забезпечення права на працю стало прийняття Закону України «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» від 18.03.2004 р., а також Указу Президента України від 21.08.2004 р. щодо питання організації виконання Закону України «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу».

У зв'язку з пріоритетним курсом інтеграції до ЄС можливість гармонізації національного законодавства з міжнародними трудовими стандартами безпосередньо залежить від відповідності останніх праву ЄС. За сучасних умов акти Міжнародної організації праці (далі – МОП) можуть бути імплементовані до національного законодавства лише за умов їх несуперечності нормам ЄС.

Удосконалення національного трудового законодавства під впливом міжнародних стандартів є закономірним і планомірним процесом, важливим елементом правової реформи в Україні.

Національне законодавство про працю України має бути посилене питаннями щодо основних прав найманих і незалежних працівників (перш за все з урахуванням віку), які обслуговують туристичну сферу та суміжні галузі, шляхом встановлення гарантій щодо належного навчання, постійного підвищення кваліфікації, соціального забезпечення, специфічного характеру їх роботи. При цьому слід враховувати також глобальний масштаб туристичної індустрії, гнучкість, потрібну від працівників у зв'язку з особливим характером діяльності. Необхідно максимально підвищити надійність їх зайнятості шляхом встановлення відповідних норм щодо покладення цих зобов'язань як на державні та місцеві органи влади, так і на вищі навчальні заклади, в яких навчаються потенційні наймані працівники. На час залучення таких працівників до роботи в туристичній сфері та суміжних галузях їм мають бути запропоновані особливі умови соціальної захищеності. Крім того, має бути вста-

новлена норма, яка б передбачала заступництво таких найбільш незахищених верств населення, як діти, жінки, іноземці та працівники, які обіймають тимчасові (сезонні) посади (щодо рівних умов оплати праці порівняно з іншими працівниками туристичної сфери та суміжних галузей).

З урахуванням норм, передбачених ст. 3 Європейської соціальної хартії, та з метою забезпечення належних умов праці для зазначеного кола працівників необхідно встановити норми щодо покладення на роботодавця зобов'язань з ліквідації або зведення до мінімуму дії всіх виробничих факторів, що становлять небезпеку життю та здоров'ю працівника, а у разі, якщо у працівника є небезпідставні підозри щодо небезпечності умов праці, він повинен мати право у будь-який час припинити трудову діяльність і покинути робочу зону (без застосування до працівника жодних заходів відповідальності), проінформувавши про це державний орган нагляду та контролю за додержанням законодавства України про працю, представники якого мають бути закріплені за кожним підприємством, установою чи організацією, що надає туристичні послуги, та кожною організацією з суміжної сфери.

Викладене дозволяє зробити **висновок**: цінність і значення міжнародних норм про працю полягає в тому, що вони, по-перше, спрямовані на регулювання не деталей і змін в економічному житті суспільства, а на їх універсальність, яка стосується суті трудових відносин; по-друге, передбачають докладне та чітке визначення обов'язків органів влади, вказують на способи та шляхи (при цьому кожна окрема держава обирає їх на свій розсуд), за допомогою яких можна досягти результату міжнародно-правового регулювання відносин у сфері трудових відносин. Таким чином, імплементація як процес трансформації (запровадження) норм міжнародного права у національне законодавство про працю щодо роботи у сфері туризму відіграє важливу роль у правовому забезпеченні курсу України на міжнародне співробітництво.

The article examines and discusses implementation of the rules defined in the conventions of the International Labor Organization (ILO) in the national legislation of Ukraine, regarding labor relations in tourism; determines the value and direction of international labor standards; proposes priority issues, which need to adapt labor legislation of Ukraine in tourism with EU law.

В статье анализируются основные вопросы имплементации норм, определенных в конвенциях Международной организации труда, в национальное законодательство Украины в части трудовых правоотношений в сфере туризма, определяется значение и направленность международных норм о труде, предлагаются приоритетные вопросы, по которым следует осуществлять адаптацию законодательства Украины о труде в сфере туризма к законодательству ЕС.



ПРАВОВІ ПІДСТАВИ ТА ПОРЯДОК ЗВІЛЬНЕННЯ КЕРІВНИКА ПІДПРИЄМСТВА, УСТАНОВИ, ОРГАНІЗАЦІЇ ЗА ОДНОРАЗОВЕ ГРУБЕ ПОРУШЕННЯ ТРУДОВИХ ОBOB'ЯЗКІВ

Ольга Маленко,

асистентка кафедри цивільного права
Чернівецького національного університету ім. Юрія Федьковича

У статті досліджуються питання звільнення керівника підприємства, установи, організації, визначається поняття «одноразове грубе порушення обов'язків керівником підприємства», розглядаються його основні ознаки, аналізується порядок звільнення керівника за підставою, передбаченою п. 1 ст. 41 Кодексу законів про працю України.

Ключові слова: керівник підприємства, установи, організації, одноразове грубе порушення трудових обов'язків, дисциплінарний проступок, дисциплінарне стягнення.

Необхідність звільнення керівника підприємства, установи, організації (далі – організація) на практиці може бути зумовлена багатьма причинами (наприклад, недобросовісна або неефективна діяльність керівника організації, що призвела до негативних результатів фінансово-економічної діяльності організації за певний період).

Проблема звільнення керівника організації досить гостро стоїть на практиці в умовах нестабільного українського ринку, але недостатньо глибоко висвітлена у правовій літературі. Складність аналізу цього питання пов'язана, насамперед, із неоднорідним, подвійним правовим статусом керівника організації: з одного боку, він є працівником організації і його правове становище як учасника трудових правовідносин визначається нормами трудового законодавства; з іншого – він є одноосібним виконавчим органом юридичної особи, а в цій частині його статус як суб'єкта цивільних правовідносин регулюється цивільним законодавством.

Дослідженням проблеми регулювання праці керівників організацій займалися такі вчені, як О. Акопова, Д. Акопов, В. Глазирін, С. Головіна, Т. Коршунова, О. Курінний, Е. Мартиросян, А. Нуртдінова, Ю. Орловський та ін. Окремі питання цієї проблеми досліджували українські вчені Н. Болотіна, П. Пилипенко, І. Якушев, О. Ярошенко.

Метою цієї статті є визначення специфіки відповідальності керівного працівника за здійснення одноразового грубого порушення трудових обов'язків.

Особливості регулювання праці керівників організацій визначаються Кодексом за-

конів про працю (далі – КЗпП) України. Одна з них полягає у визначенні додаткових підстав для розірвання трудового договору з ініціативи власника або уповноваженого ним органу з керівником підприємства, установи, організації.

За вчинення дисциплінарних проступків керівник організації несе відповідальність на загальних підставах. Слід зазначити, що на керівника, як і на будь-якого іншого працівника організації, поширюються загальні підстави розірвання трудового договору, передбачені ст. 40 КЗпП України. Набагато більше проблем на практиці викликають додаткові підстави звільнення керівника організації.

Особливі підстави для звільнення керівника організації виражають логіку захисту тієї сторони трудового правовідношення, на якій лежить відповідальність за результати виробничої діяльності організації [1]. Підставою звільнення керівника, зокрема, є одноразове грубе порушення ним своїх трудових обов'язків.

Відповідно до п. 1 ст. 41 КЗпП України трудовий договір може бути розірваний у разі одноразового грубого порушення трудових обов'язків керівником підприємства, установи, організації всіх форм власності (філіалу, представництва, відділення, іншого відокремленого підрозділу), його заступниками, головним бухгалтером підприємства, його заступниками, а також службовими особами митних органів, державних податкових інспекцій, яким присвоєні персональні звання, і службовими особами державної контрольно-ревізійної служби й органів державного контролю за цінами.

З постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику розгляду судами тру-

дових спорів» від 06.11.1992 р. № 9 впливає, що перелік працівників, наведений у п. 1 ст. 41 КЗпП України, є вичерпним і розширеному тлумаченню не підлягає. Тому для визначення правомірності звільнення на підставі п. 1 ст. 41 КЗпП України, насамперед, необхідно з'ясувати, чи належить працівник, який підлягає звільненню, до категорії працівників, перелічених у цій статті.

Керівником є особа, яка реалізує управлінсько-розпорядчі повноваження (директор, генеральний директор, ректор, голова представництва, голова правління та ін.). Якщо йдеться про колегіальний виконавчий орган, то керівником є голова правління/дирекції, генеральний директор. У випадку, коли на підприємстві діє одноособовий виконавчий орган, функції керівника виконує, як правило, директор.

Заступниками керівників вважаються не лише особи, у назві посад яких є слово «заступник», а й інші працівники, яким відповідним наказом/протоколом надано статус заступників керівників (у тому числі тимчасово та/або за сумісництвом).

КЗпП України не дає відповіді на питання, що слід розуміти під одноразовим грубим порушенням трудових обов'язків керівниками підприємств, установ, організацій. У деяких коментарях до КЗпП України визначається, що віднесення порушення до грубого здійснює правозастосовчий орган із урахуванням скоєного правопорушення та його наслідків [2, с. 111]. На думку О. Зайкіна, одноразовим грубим порушенням трудових обов'язків слід вважати винне, протиправне діяння, що спричиняє шкоду підприємству чи його працівникам [3, с. 65].

Ю. Орловський, А. Нуртдінова, Л. Чиканова зазначають, що така підстава звільнення керівника, як одноразове грубе порушення трудових обов'язків, може застосовуватися у випадках [4, с. 158]:

- здійснення угод з майном, що перебуває у господарському віданні підприємства;
- порушення вимог охорони праці, що спричинило прийняття органом з нагляду за додержанням законодавства про працю рішення про зупинення діяльності організації або її структурного підрозділу;
- незабезпечення використання майна організації, у тому числі нерухомого, за цільовим призначенням.

Дещо інший погляд має О. Воробйова, яка вважає, що у випадку звільнення за одноразове грубе порушення трудових обов'язків, мова йде про використання службового повноваження керівником організації та його заступниками в особистих цілях або про порушення чинного законодавства про працю, про охорону праці тощо [5, с. 116].

Указом Президента України «Про заходи щодо нормалізації платіжної дисципліни в народному господарстві України» від 16.03.1995 р. зазначається, що органи виконавчої влади, до сфери управління яких належать підприємства-боржники – суб'єкти підприємницької діяльності, засновані на державній власності, які за наявності коштів на депозитних, валютних та інших рахунках мають кредиторську заборгованість строком понад 60 днів, повинні розривати контракти з керівниками цих підприємств. Ці порушення є підставою для розірвання контракту за п. 1 ст. 41 КЗпП України.

У Типовій формі контракту з керівником підприємства, що є у загальнодержавній власності, затвердженій постановою Кабінету Міністрів України від 02.08.1995 р. № 597, передбачена така підстава звільнення з посади керівника, як одноразове грубе порушення керівником законодавства чи обов'язків, передбачених контрактом, у результаті чого підприємство зазнало значних негативних наслідків.

Що ж слід вважати одноразовим грубим порушенням трудових обов'язків керівником підприємства, установи, організації? *По-перше*, правопорушення є грубим. У разі звільнення за одноразове грубе порушення трудових обов'язків визначення ступеня тяжкості проступку в кожному конкретному випадку належить до компетенції осіб, які наділені правом призначення та звільнення керівних працівників. М. Тихомиров вважає, що «грубим» може бути визнано очевидне та винне (умисне або необережне) порушення обов'язків працівника, передбачених нормативними правовими актами, трудовим договором, колективним договором [6].

Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про практику розгляду судами трудових спорів» від 06.11.1992 р. № 9 не містить прямих роз'яснень щодо того, які саме порушення слід вважати грубими, залишаючи право їх оцінки за судами, що розглядають трудові спори. Відповідно до п. 27 зазначеної Постанови суд враховує характер проступку, обставини, за яких його вчинено, шкоду, якою завдана (або могла бути завдана).

Під дію п. 1 ст. 41 КЗпП України підпадають, як правило, порушення, в яких ознакою «грубості» вважаються характер дій або бездіяльності працівника, суттєвість наслідків порушення (наприклад, проступок, який заподіяв або міг заподіяти значну матеріальну або моральну шкоду, зокрема невиконання вимог трудового законодавства), особливості причин, що зумовили порушення та його наслідок, форма вини тощо. Порушення трудових обов'язків із прямим умислом може бути підставою для звільнення й у разі відсут-

ності суттєвих наслідків, а значні негативні наслідки можуть бути підставою для кваліфікації порушення як грубого навіть через необережну вину.

По-друге, порушення стосується трудових обов'язків працівника. Трудові обов'язки визначаються в посадовій інструкції, положенні, статуті, трудовому договорі (контракті) тощо. У справах про поновлення на роботі осіб, звільнених на підставі п. 1 ст. 41 КЗпП України, суди з'ясовують, чи мало місце порушення працівником своїх трудових обов'язків. Так, відповідно до ухвали Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України від 15.10.2008 р. суд перевірів коло трудових обов'язків і визначив, які саме обов'язки порушені працівником, у чому конкретно виявилось порушення, що стало приводом до звільнення, чи могло воно бути підставою для розірвання трудового договору на підставах, визначених законом [7].

По-третє, порушення є одноразовим. Як вважає Судова палата у цивільних справах Верховного Суду України, виходячи із змісту п. 1 ст. 41 КЗпП України, підставою для звільнення керівника за цією нормою є вчинення ним одноразового грубого порушення трудових обов'язків [8], а не тривале, зокрема неналежне, керівництво роботою установи, ослаблення контролю за роботою підлеглих тощо.

На нашу думку, в контексті п. 1 ст. 41 КЗпП України *одноразовим грубим порушенням трудових обов'язків можна вважати будь-яку дію (бездіяльність) керівника підприємства, установи, організації, яка прямо суперечить його посадовим обов'язкам, закріпленим у контракті, статуті й інших локальних актах підприємства, та спричинила негативні наслідки для підприємства*. Щоб у роботодавця були підстави для розірвання трудового договору з керівником організації, всі трудові обов'язки керівника повинні бути чітко прописані в контракті. Не може бути підставою для звільнення керівника невиконання ним дій, які не входять до кола його обов'язків. Разом із тим неможливе звільнення за п. 1 ст. 41 КЗпП України, якщо порушення має тривалий, а не разовий характер. Так, не дає підстав для звільнення за цією статтею послаблення керівником контролю за роботою підлеглих та ін.

На нашу думку, одноразовим грубим порушенням трудових обов'язків керівником підприємства, установи, організації (філії, представництва), його заступниками слід, зокрема, вважати невиконання покладених на керівника контрактом, посадовими інструкціями обов'язків, у результаті чого була спричинена шкода здоров'ю працівників або для підприємства настали значні негативні наслідки (понесено збитки, виплачено штрафи тощо),

або дії керівника призвели до підриву та псування ділової репутації підприємства в цілому, що також могло призвести до збитковості підприємства, установи, організації. Крім того, до грубого порушення трудових обов'язків слід віднести порушення вимог щодо охорони праці, викривлення даних звітності, перевищення своїх повноважень, несвоєчасну виплату заробітної плати працівникам організації, незаконне звільнення працівника, кредиторську заборгованість за наявності коштів на валютних та інших рахунках тощо.

Оскільки звільнення за підставою, передбаченою п. 1 ст. 41 КЗпП України, є дисциплінарним стягненням, воно має проводитись із додержанням правил, встановлених для застосування дисциплінарних стягнень згідно з чинним законодавством. Відповідно до ст. 148 КЗпП України дисциплінарне стягнення застосовується роботодавцем безпосередньо за виявленням проступку, але не пізніше одного місяця з дня його виявлення, не рахуючи часу звільнення працівника від роботи у зв'язку з тимчасовою непрацездатністю або перебування його у відпустці. При цьому дисциплінарне стягнення не може бути накладене пізніше шести місяців із дня вчинення проступку.

Днем виявлення проступку вважається день, коли про нього стало відомо відповідній посадовій особі роботодавця, а не лише тій, яка наділена правом звільнення працівника. Так, відповідно до ухвали Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України не має значення, якій посадовій особі (безпосередньо керівнику підприємства, котрий має право на звільнення з роботи, або іншому відповідальному працівнику, посада якого входить до спеціального переліку) стало відомо про здійснення відповідним працівником проступку [9].

Як правило, факт порушення (виявлення проступку) фіксується у відповідному акті, який складає або власник, або контрольні органи (ревізійна комісія господарського товариства, служба внутрішнього аудиту, незалежні аудитори, працівники прокуратури та ін.). Рекомендується ознайомити працівника керівника з актом під підпис.

Перш як застосувати дисциплінарне стягнення, роботодавець, в особі власника (його представників), повинен з'ясувати причини й обставини вчинення проступку. Для цього він має отримати від керівника письмові пояснення. Дотримання такої вимоги є важливою умовою дисциплінарної відповідальності, оскільки, в разі оскарження керівним працівником звільнення, відсутність пояснень і можливості їх надати (наприклад, у зв'язку з тимчасовою непрацездатністю) може розцінюватися судом як недодержання процедури

звільнення. Зазначене підтверджується актами судової влади. Зокрема, відповідно до постанови Вищого адміністративного суду України від 24.10.2007 р. № К-9380/07, до подання про звільнення з посади додаються проект акта про звільнення, пояснення особи, яка звільняється за порушення трудової дисципліни, у разі потреби – матеріали службового розслідування, інші документи, що безпосередньо стосуються справи. При розгляді справи суд встановив, що пояснень особи щодо порушення трудової дисципліни не було отримано, тому було допущено помилку в застосуванні норм матеріального права, отже, особа була звільнена без законних підстав [10].

Відмова керівника-працівника надати пояснення не є перешкодою для застосування до нього дисциплінарного стягнення. Рекомендується належним чином задокументувати відмову працівника надати пояснення та засвідчити документ підписами свідків.

Після з'ясування причин та обставин вчинення дисциплінарного проступку і прийняття відповідного рішення власника про звільнення видається відповідний наказ (розпорядження) про звільнення за п. 1 ст. 41 КЗпП України, з яким керівника ознайомлюють під підпис.

Якщо відбувається звільнення керівника, який наділений правом видавати відповідні накази, вважаємо, що єдиним можливим рішенням є видання відповідного наказу власником. На практиці наказ може бути оформлений таким чином: в АТ залежно від того, який орган уповноважений обирати керівника (загальні збори акціонерів або наглядова рада згідно з Законом України «Про акціонерні товариства» від 17.09.2008 р.), наказ за дорученням загальних зборів акціонерів може підписати уповноважена особа або голова наглядової ради. Якщо йдеться про керівника підприємства, що перебуває у державній власності, то наказ може бути виданий керівником Органу управління майном (яким є Міністерство, інший підпорядкований Кабінету Міністрів України центральний орган державної виконавчої влади, організація, на яку покладено функції з управління майном, що перебуває у державній власності). Рекомендується в будь-якому випадку визначити ці повноваження в статуті підприємства.

Важливою умовою дисциплінарної відповідальності є дотримання вимоги, встановленої ч. 4 ст. 149 КЗпП України про ознайомлення працівника з наказом під підпис. Так, відповідно до постанови Окружного адміністративного суду м. Києва від 16.10.2007 р. № 2/30 відсутність письмового ознайомлення з наказом про звільнення суд розцінив як доказ порушення порядку звільнення [11]. Відмова працівника поставити свій підпис у

наказі про застосування дисциплінарного стягнення (звільнення за п. 1 ст. 41 КЗпП) не є перешкодою для його застосування. Рекомендується належним чином задокументувати відмову та засвідчити документ підписами свідків.

Відповідно до ч. 3 ст. 40 КЗпП України не допускається звільнення працівника з ініціативи роботодавця в період його тимчасової непрацездатності (крім звільнення за п. 5 цієї статті), а також у період перебування працівника у відпустці. Крім того, в аналітичній довідці Вищого адміністративного суду України «Про вивчення та узагальнення практики розгляду адміністративними судами спорів з приводу прийняття громадян на публічну службу, її проходження, звільнення з публічної служби» від 01.02.2009 р. зазначається, що роботодавець має дотримуватися гарантій, визначених ч. 3 ст. 40 КЗпП України, якою встановлено недопустимість звільнення працівника з ініціативи роботодавця в період його тимчасової непрацездатності. Але це порушення може бути усунене шляхом зміни дати звільнення, тобто після закінчення періоду непрацездатності за наявності підстав для звільнення [12].

Роботодавець зобов'язаний у день звільнення видати керівному працівнику копію наказу про звільнення з роботи, належно оформлену трудову книжку та провести з ним розрахунок. Трудова книжка видається такій особі під підпис у журналі обліку. До неї вноситься запис: «Звільнений за одноразове грубе порушення трудових обов'язків, п. 1 ст. 41 КЗпП України».

Дисциплінарне стягнення може бути оскаржене працівником у порядку розгляду трудових спорів, встановленому гл. XV КЗпП України та постановою Верховного Суду України «Про практику розгляду судами трудових спорів» від 06.11.1992 р. № 9. Слід також зазначити, що відповідно до ст. 43¹ КЗпП України для звільнення за п. 1 ст. 41 КЗпП України згода профспілкового органу не потрібна.

Висновки

Одноразовим грубим порушенням трудових обов'язків керівником підприємства, установи, організації слід вважати винні, протиправні дії (бездіяльність), які заподіяли (могли заподіяти) значну матеріальну чи моральну шкоду організації або її працівникам. До одноразового грубого порушення трудових обов'язків слід віднести: порушення вимог щодо охорони праці, викривлення даних звітності, перевищення своїх повноважень керівником, несвоєчасну виплату заробітної плати працівникам організації, незаконне звільнення працівника, кредиторську заборгова-

ність за наявності коштів на валютних та інших рахунках.

Вирішуючи питання про те, чи є порушення трудових обов'язків грубим, слід виходити з характеру проступку, обставин, за яких його вчинено, яку завдано ним (могло бути завдано) шкоду. Не може бути підставою для звільнення невиконання керівником підприємства, установи, організації дій, які не входять до кола його обов'язків.

При звільненні керівника підприємства, установи, організації за п. 1 ст. 41 КЗпП України слід враховувати, що розірвання трудового договору з цієї підстави є заходом дисциплінарного стягнення, а тому вимоги статей 148, 149 КЗпП України про строки та порядок застосування дисциплінарних стягнень на цей випадок поширюються.

Література

1. Горячев А. С. Особенности дисциплинарной ответственности руководителя освіти: [Електронний ресурс] // Право и экономика. – 2005. – № 4. – С. 43. – Режим доступу: <http://www.allpravo.ru/library/doc4012p0/instrum5497/item5507.html>.
2. Кодекс законов о труде Украины: научно-практический комментарий. – Х., 2001. – 864 с.
3. Зайкин А. Д. Трудовой договор (контракт). – М., 1995. – 254 с.
4. Орловский Ю. П., Нуртдинова А. Ф., Чиканова Л. А. 500 Актуальных вопросов по трудовому

кодексу Российской Федерации: Комментарии и разъяснения. – М., 2007. – 550 с.

5. Воробьева Е. В. Грамотно уволить и уволиться. – М., 2007. – 288 с.

6. Правовое регулирование труда руководителя организации [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.allpravo.ru/library/doc4012p0/instrum5497/>.

7. Ухвала Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України від 15.10.2008 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/VS080597.html.

8. Ухвала Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України від 18.11.2001 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/VS04776.html.

9. Ухвала Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України від 22.02.2002 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.uazakon.com/document/spart08/inx08255.htm>.

10. Постанова Вищого адміністративного суду України від 24.10.2007 р. № К-9380/07 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.nau.ua/doc/?uid=1000.6603.0>.

11. Постанови Окружного адміністративного суду м. Києва № 2/30 від 16.10.2007 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SO3344.html.

12. Аналітична довідка Вищого адміністративного суду України «Про вивчення та узагальнення практики розгляду адміністративними судами спорів з приводу прийняття громадян на публічну службу, її проходження, звільнення з публічної служби» від 01.02.2009 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/AS090091.html.

The article considers the legal status of the enterprise, institution, organization, defines a single gross violation of duties of the head company, considered its main features, it also reviews procedure for the release manager for the grounds referred to Paragraph 1 of Art. 41 Labor Code of Ukraine.

В статті досліджуються питання правового статусу керівника підприємства, установи, організації, визначається поняття «однократне грубе порушення обов'язностей керівником підприємства», розглядаються його основні ознаки, аналізується порядок звільнення керівника на основі, передбачених п. 1 ст. 41 Кодексу законів о труде України.



ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ ЗА ПОРУШЕННЯ КРЕДИТНИХ ОПЕРАЦІЙ У ЗОВНІШНЬОЕКОНОМІЧНІЙ ДІЯЛЬНОСТІ

Ольга Ганич,

асистентка кафедри менеджменту і господарського права
Донецького національного технічного університету

У статті обґрунтовуються напрями удосконалення інституту відповідальності суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності та попередження правопорушень при здійсненні ними кредитних операцій.

Ключові слова: відповідальність суб'єктів господарювання, кредитні операції, валютний контроль, нормативно-правові акти.

На стан економічної безпеки нашої країни великий вплив справляють як внутрішні, так і зовнішні економічні, політичні, фінансові й інші процеси. Недосконалість правового забезпечення зовнішньоекономічної діяльності (далі – ЗЕД), суперечливість норм законодавчого регулювання, залежність національної валюти від курсів іноземних валют, невизначеність спільних дій державних органів щодо попередження правопорушень і притягнення до відповідальності призводить до зростання тіньової економіки.

Зростання залежності та вразливості від негараздів світової фінансової системи спостерігається у країн із відносно слабкими фінансово-кредитними системами, до яких належить і Україна [1, с. 15–18]. А основними правопорушеннями у фінансовій системі є протиправні кредитні операції [2, с. 48].

У практиці зовнішньої торгівлі за останні два десятиріччя значно зросла роль кредиту. З наданням кредитів пов'язані як експорт, так і імпорт, вирівнювання платіжних балансів різних держав [3, с. 374]. Відповідно до ст. 140 Господарського кодексу (далі – ГК) України одним із джерел формування майна суб'єктів господарювання визнано кредити банків та інших кредиторів.

Можливість залучення українськими суб'єктами господарювання зовнішніх фінансових ресурсів за останній час значно погіршилася через підвищення вартості іноземної валюти та/або процентних ставок.

С. Андросов провів аналіз факторів, що сприяють здійсненню господарських правопорушень у сфері банківського кредитування [4, с. 6–13], які, безперечно, мають вплив і на порушення кредитних операцій у зовнішньоекономічній діяльності. Але, враховуючи специфіку ЗЕД, дослідження операція потребує додаткового аналізу.

Метою цієї статті є обґрунтування напрямів удосконалення інституту відповідальності суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності та попередження правопорушень при здійсненні ними кредитних операцій.

Одержання резидентами кредитів в іноземній валюті від нерезидентів, які ведуть свою господарську діяльність за межами України, є зовнішньоекономічною діяльністю відповідно до п. 1 ст. 377 ГК України. Гроші в іноземній валюті, призначені для здійснення фінансових зобов'язань, відповідно до законодавства є коштами суб'єктів господарювання у складі майна, що потребує перетинання митного кордону України. Та відповідно до ст. 4 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» від 16.04.1991 р. (далі – Закон про ЗЕД) кредитування – це один із видів операцій у зовнішньоекономічній діяльності, що відбувається між суб'єктами ЗЕД. Відповідно до п. 2 ст. 345 ГК кредитні відносини здійснюються на підставі кредитного договору, що укладається між кредитором і позичальником у письмовій формі.

Згідно з Указом Президента «Про врегулювання порядку одержання резидентами кредитів, позик в іноземній валюті від нерезидентів та застосування штрафних санкцій за порушення валютного законодавства» від 27.06.1999 р. № 734/99 (далі – Указ) договори, які передбачають виконання резидентами боргових зобов'язань перед нерезидентами за запозиченими у них кредитами, позиками в іноземній валюті, підлягають реєстрації Національним банком України (далі – НБУ).

У разі одержання резидентами кредитів, позик в іноземній валюті від нерезидентів без реєстрації договорів із резидентів стягуються штрафні санкції у сумі, еквівалентній 1 % розміру одержаного кредиту чи позики і перерахованій у національну валюту України за офіційним курсом НБУ на день одержання кредиту, позики з подальшою обов'язковою реєстрацією зазначених договорів. Штрафи повинні сплачуватися, згідно з Указом, не пізніше п'яти днів з дня вручення резиденту, нерезиденту рішення про накладення штрафу. У разі несплати штрафу у зазначений строк сума штрафу списується з рахунків резидента, нерезидента відповідно до законодавства.

НБУ зобов'язав комерційні банки на вимогу Державної податкової адміністрації в безакцептному порядку списувати кошти своїх клієнтів, що мають податкову заборгованість, не тільки з розрахункового, а й з усіх інших рахунків, у тому числі валютних. Зрозуміло, що така вимога збільшить відтік за кордон іноземної валюти, а юридичні особи, що мають кошти на закордонних рахунках, звичайно, не поспішатимуть їх повертати [1, с. 182]. Але слід зазначити, що Указ не передбачав строк, протягом якого суб'єкт ЗЕД повинен надати відповідні документи після укладення кредитного договору для подальшої реєстрації такого договору. Також не визначена процедура притягнення до відповідальності нерезидента за недодержання умов законодавства щодо такої реєстрації й умови обов'язкової подальшої реєстрації договору після накладення санкції державної податкової служби. Постає питання: чи потрібна взагалі така реєстрація, коли кредит вже отримано, тобто здійснено зобов'язання іноземного суб'єкта господарювання перед національним суб'єктом ЗЕД за кредитним договором (контрактом)? Крім реєстрації договорів, одержання кредитів в іноземній валюті від іноземних суб'єктів господарювання потребує індивідуальної ліцензії, яка видається на період, необхідний для здійснення разової валютної операції, відповідно до ст. 5 Декрету Кабінету Міністрів України «Про систему валютного регулювання і валютного контролю» від 19.02.1993 р. (далі – Декрет).

Обов'язок НБУ щодо видачі ліцензії регламентовано п. 2 ст. 44 Закону України «Про Національний банк України» (далі – Закон про НБУ) від 20.05.1999 р. № 679-XIV. Згідно з п. 4 наведеної норми НБУ має право застосовувати заходи відповідальності до резидентів і нерезидентів за порушення правил валютного регулювання. Санкції, передбачені Декретом, застосовуються НБУ та за його визначенням – підпорядкованими йому установами.

Санкції за порушення правил валютного регулювання застосовувалися НБУ до банків та інших фінансово-кредитних установ. А при порушенні валютного законодавства іншими резидентами та нерезидентами (суб'єктів ЗЕД) до відповідальності притягає державна податкова служба. Отже, посилання на органи, що мають право притягати до відповідальності, у ст. 44 Закону про НБУ є неточним, а суб'єкти правопорушення – нерезиденти, зазначені у наведеній нормі, на практиці ніколи не притягалися відповідними державними органами України до відповідальності за здійснення кредитного договору з українським суб'єктом господарювання без реєстрації або без отримання ліцензії НБУ.

Індивідуальна ліцензія видається НБУ, як що термін і суми надання й одержання кредитів в іноземній валюті перевищують встановлені законодавством межі.

Л. Кравченко зазначав, що граничних термінів надання й одержання кредитів та їх сум в

іноземній валюті законодавством України не встановлено [5, с. 139]. Однак такий строк має бути врегульований контрагентами у зовнішньоекономічному договорі (контракті), тобто у відповідному кредитному договорі між суб'єктами ЗЕД, що повинно відповідати умовам вільного волевиявлення сторін господарського договору, передбаченого п. 4 ст. 179 ГК України. Крім того, за здійснення кредитних операцій з валютними цінностями без одержання індивідуальної ліцензії НБУ резидент притягається до відповідальності: з нього стягується штраф у сумі, еквівалентній сумі зазначених валютних цінностей, перерахованій у валюту України за обмінним курсом НБУ на день здійснення таких операцій. Уточнення потребує словосполучення «сума зазначених валютних цінностей».

Оскільки може відбуватися два різних правопорушення: перевищення терміну кредитного договору та перевищення суми договору, повинні застосовуватися різні стягнення. У першому випадку сума штрафу дорівнювала сумі валютних цінностей, що перераховані після закінчення строку договору, у другому – сумі валютних цінностей, що перевищили суму, зазначену у договорі (контракті).

Отже, законодавством встановлено два порушення та дві санкції при здійсненні кредитування між суб'єктами ЗЕД. При отриманні коштів в іноземній валюті за договором кредитування від іноземного суб'єкта господарювання національний суб'єкт ЗЕД без реєстрації такого договору сплачує штраф у розмірі 1 % суми одержаного кредиту, а отримання таких коштів без одержання ліцензії – у розмірі, що дорівнює сумі кредиту.

Ліцензію повинен отримувати один із контрагентів. Разом із тим, навіть, якщо таке зобов'язання було передбачено у кредитному договорі (контракті) сторонами та покладено на іноземного суб'єкта господарювання, до відповідальності притягають національного суб'єкта ЗЕД.

Уточнення потребує також словосполучення «санкції за проведення вказаної операції без належної ліцензії можуть бути застосовані до обох сторін». Мабуть не до «обох сторін», а до «однієї із сторін, на яку покладено контрактом зобов'язання щодо отримання ліцензії», що виглядатиме більш коректним, оскільки за одне правопорушення до відповідальності повинна притягатися лише одна особа – правопорушник. Крім того, обов'язок отримання ліцензії може бути покладений (як на резидента, так і на іноземного суб'єкта господарювання) і це не виключає можливості притягнення до відповідальності останнього. Однак адміністративно-господарські санкції за згадане порушення застосовуються тільки до національного суб'єкта ЗЕД. Також слід зазначити, що процедура притягнення до відповідальності нерезидента чинним законодавством не передбачена. Отже, з переліку потенційних правопорушників правил валютного регулювання через неотримання ліцензії слід на законодавчому рівні виключити нерези-

дентів і покласти зобов'язання її отримання лише на українського суб'єкта господарювання, що отримує кредит в іноземній валюті від нерезидента.

Валютний контроль щодо здійснення кредитування між суб'єктами ЗЕД та іноземними суб'єктами господарської діяльності майже не здійснюється. Основна причина – недоліки правового забезпечення зазначеної операції, відсутність чіткої регламентації процедури «легалізації» отримання кредиту від нерезидента та притягнення до відповідальності за недотримання умов здійснення такого кредитування відповідно до національного законодавства.

На сьогодні ефективність отримання та використання іноземних кредитів занадто низька через неврегульованість відносин із міжнародними фінансовими організаціями, наявність зовнішнього боргу, недостатню кількість вигідних інвестиційних проектів, ненадійні гарантії уряду. Для подолання зазначених проблем необхідна взаємодія різних галузей законодавства, що мають вплив на здійснення зазначених зобов'язань, а також вдосконалення та уніфікація норм господарського законодавства, що регулює здійснення валютних операцій (у тому числі кредитування) між національними суб'єктами господарювання й їх іноземними контрагентами.

Слід зазначити, що в деяких пострадянських країнах склалася схожа ситуація. Так, щоб припинити створення простроченої заборгованості уряд Білорусі надав Мінфіну право проводити платежі за іноземними кредитами, що отримані під гарантії уряду з його валютного рахунку, якщо в позичальника бракує коштів. При цьому з позичальником укладається договір про повернення сплачених сум у період до 6 місяців від дати проведення платежу із платою 8 % річних. Але, незважаючи на прийняті заходи ситуація майже не змінилася [6, с. 66]. Така ситуація має місце і в Україні, оскільки законодавче забезпечення здійснення зазначених операцій не відповідає сучасним світовим процесам та умовам безпеки економіки, складовою якої є фінансова безпека. А тому її незахищеність при порушенні порядку здійснення валютних операцій і господарського законодавства учасниками зовнішньоекономічних відносин призводить до глобальних загроз і втрати економічної самостійності.

Стаття 16 Закону про ЗЕД присвячена ліцензуванню зовнішньоекономічних операцій, але отримання кредиту в іноземній валюті від нерезидента носить специфічний характер і потребує додаткового правового забезпечення, що дозволить попереджати правопорушення й уникати відповідальності.

Здійснення зобов'язань за кредитними договорами повинно відповідати принципу публічності, що в Україні, як зазначав М. Адріанов, базується на системі реєстрації таких договорів, реєстрації забезпечувальних угод, достовірності зареєстрованих відомостей, відкритості для заінтересованих осіб тощо [7]. Процедура отримання кредитів в іноземній валюті від нерезидентів має передбачати порядок належного здійснення зазначених операцій, сприяти ефективності державного контролю за діяльністю суб'єктів ЗЕД, розширенню функцій державних органів щодо взаємодії, аналізу та прогнозування наслідків кредитування, розробленню нових заходів захисту національної економіки та зменшенню впливу іноземної валюти на коливання і курс національної, а регламентація застосування санкцій за недотримання правил здійснення таких операцій повинна бути відтворена на законодавчому рівні, що відповідає загальним вимогам ГК України.

Заслугує на увагу той факт, що реєстрація договору кредитування в іноземній валюті між суб'єктами ЗЕД не відбувається одночасно із отриманням ліцензії. Слід визнати, що проблема притягнення до відповідальності за здійснення кредитування у ЗЕД в іноземній валюті без реєстрації договору й отримання ліцензії тривалий час залишається відкритою. Відповідно до ст. 56 Закону про НБУ та з метою приведення нормативно-правових актів до вимог п. 2.33 наказу Міністерства юстиції «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. № 34/5 НБУ прийняв постанову № 79 про визнання такими, що втратили чинність, деяких постанов Правління НБУ від 17.02.2009 р., за якою втратило чинність Положення № 602, що встановлювало порядок реєстрації договорів, які передбачають виконання резидентами боргових зобов'язань перед нерезидентами за залученими від нерезидентів кредитами, позиками в іноземній валюті, а також встановлювало розмір штрафних санкцій за правопорушення при здійсненні таких операцій. Отже, на сьогодні норми наведеного акта не є дійсними та відповідно за порушення суб'єктами ЗЕД правил здійснення кредитних операцій в іноземній валюті нормативно-правові підстави не передбачені, тобто санкції взагалі не застосовуються.

Висновки

Нормативно-правові акти НБУ, прийняті на виконання Указу, не були приведені у відповідність із нормами Декрету. Узгодження колізій повинно знайти своє відображення у Законі України «Про валютне регулювання та валютний контроль в Україні», проект якого передбачає скасувати Декрет Кабінету Міністрів України «Про систему валютного регулювання та валютного контролю» та багато інших нормативно-правових актів, норми яких неузгоджені. У зазначеному законопроекті слід передбачити загальний перелік правопорушень валютного законодавства та заходів відповідальності до суб'єктів ЗЕД. Оскільки Закон щодо валютного регулювання та валютного контролю ще не прий-

нятий, зазначена сфера на сьогодні має регулюватися підзаконними нормативно-правовими актами, що не відповідає загальним засадам господарсько-правової відповідальності у ЗЕД, передбачених ст. 216 ГК та ст. 32 Закону про ЗЕД.

Суперечливість підзаконних нормативно-правових актів і неузгодженість їх норм із нормами законодавчих актів призводять до того, що кредитні операції в іноземній валюті між учасниками зовнішньоекономічних відносин не потрапляють під вплив державного валютного контролю, що обмежує кредитні ресурси країни, створює «штучний попит» на такі іноземні кредити, призводить до збільшення зовнішнього боргу та заборгованості українських суб'єктів господарювання. На сьогодні нагріла необхідність на законодавчому рівні налагодити механізм і законність процедури отримання та використання кредитів від нерезидентів, підвищення вимог до проектів, що здійснюються за рахунок іноземних кредиторів, та відповідальності національних суб'єктів господарювання за порушення норм валютного законодавства, а також за неефективне використання кредитних ресурсів.

Аналіз сучасного стану економіки країни дає можливість стверджувати, що замість негайного вирішення глобальних проблем і розроблення заходів їх подолання, підвищення якості зовнішньоекономічної політики, опанування наукових досягнень цієї сфери, необхідності зміцнення фінансово-кредитної системи України національне законодавство, а саме суперечливість і недосконалість його норм, зумовлює за непад, пригнічує економічну стабільність.

Одним з найдієвіших засобів усунення суперечливості норм господарського законодавства, контролю та притягнення до відповідальності суб'єктів ЗЕД за порушення порядку одержання резидентами кредитів, позик в іноземній валюті від нерезидентів повинні бути норми права, які пропонуємо передбачити у проекті Закону «Про валютне регулювання та валютний контроль в Україні»:

«1. Одержання резидентами кредитів, позик в іноземній валюті від нерезидентів без реєстрації кредитних договорів Національним банком України тягне накладення штрафу на резидента у сумі, еквівалентній одному відсотку розміру одержаного кредиту чи позики і перерахований у національну валюту України за офіційним обмінним курсом Національного банку України на день одержання кредиту, позики.

Здійснення кредитного договору без подальшої обов'язкової реєстрації після застосування санкції (п. 1) тягне накладення штрафу на резидента у сумі, еквівалентній розміру одержаного кредиту чи позики і перерахований у національну валюту України за офіційним обмінним курсом Національного банку України на день здійснення таких операцій».

В статті обґрунтовуються напрямлення удосконалення інституту відповідальності суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності і запобігання правопорушенням при здійсненні ними кредитних операцій.

The article substantiates the direction of improving the accountability of the Institute of foreign economic activity and preventing crime in the exercise of their lending operations.

дента у сумі, еквівалентній розміру одержаного кредиту чи позики і перерахований у національну валюту України за офіційним обмінним курсом Національного банку України на день одержання кредиту, позики.

2. Здійснення кредитних операцій з валютними цінностями без одержання індивідуальної ліцензії Національного банку України, якщо термін надання й одержання кредитів в іноземній валюті перевищує встановлені законодавством межі тягне накладення штрафу на резидента у сумі, еквівалентній одному відсотку розміру валютних цінностей і перерахований у валюту України за обмінним курсом Національного банку України на день здійснення таких операцій.

Здійснення кредитних операцій з валютними цінностями без одержання індивідуальної ліцензії Національного банку України, якщо суми надання й одержання кредитів в іноземній валюті перевищують встановлені законодавством межі тягне накладення штрафу на резидента у сумі, еквівалентній розміру зазначених (перевищених) валютних цінностей і перерахований у валюту України за обмінним курсом Національного банку України на день здійснення таких операцій».

Література

1. Єрмошенко М. М. Фінансова безпека держави: національні інтереси, реальні загрози, стратегія забезпечення. – К., 2001. – 309 с.
2. Біленчук П. Д., Шульга О. О. Законодавче та навчально-методичне забезпечення економічної політики держави в сфері державного моніторингу // Законодательное обеспечение экономической политики государства и юридическое образование: Материалы междунар. науч.-практ. конф., Донецк, Святогорск, 16–17 апреля 2009 г. – Д., 2009. – С. 44–48.
3. Стровский Л. Е., Казанцев С. К., Паршина Е. А. Внешнеэкономическая деятельность предприятия. – М., 1999. – 824 с.
4. Андросов С. М. Забезпечення виконання господарських зобов'язань у сфері банківського кредитування: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Д., 2008. – 18 с.
5. Кравченко Л. М. Правові засади валютного регулювання і контролю в Україні. – К., 2005. – 156 с.
6. Кредитная политика Белоруссии: проблемы и рекомендации / Под ред. О. С. Булко. – М., 1998. – 135 с.
7. Адріанов М. Принципи публічності як елемент забезпечення виконання кредитних зобов'язань // Право України. – 2004. – № 5 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://pravoznaves.com.ua/period/chapter/2/38/1504#chapter>.



УДОСКОНАЛЕННЯ ГОСПОДАРСЬКО-ДОГОВІРНИХ ВІДНОСИН У СФЕРІ НАДАННЯ ПОСЛУГ ФІКСОВАНОГО ТЕЛЕФОННОГО ЗВ'ЯЗКУ

Ольга Батарська,

здобувачка Інституту економіко-правових досліджень НАН України

У статті досліджується порядок та особливості укладання та виконання договорів про надання послуг фіксованого телефонного зв'язку з суб'єктами господарювання.

Ключові слова: фіксований телефонний зв'язок, договір про надання послуг фіксованого телефонного зв'язку, електрозв'язок, порядок укладання та виконання договору про надання послуг фіксованого телефонного зв'язку, телефонізоване приміщення.

Потреба в дослідженні договірних зв'язків суб'єктів господарювання, що надають послуги телефонного зв'язку іншим суб'єктам господарської діяльності, існує вже кілька десятиків років. Так, ще у 50-х роках ХХ ст. В. Мамутов зазначав, що наша наука не приділяє уваги вивченню регулювання взаємовідносин між підприємствами Міністерства зв'язку, які діють на підставі спеціального Статуту, й іншими особами, у тому числі господарськими організаціями [1]. Адже послуги з надання телефонного зв'язку є одними з перших телекомунікаційних послуг, що надаються відповідними суб'єктами ще з початку минулого століття і без яких неможливо уявити функціонування жодного суб'єкта господарювання на сучасному етапі. Але, незважаючи на тривалість існування у суспільстві такого виду послуг, у науковій літературі практично не приділялась увага дослідженню договорів про надання послуг місцевого, міжміського та міжнародного телефонного зв'язку у сфері господарських відносин.

На сьогодні діяльність із надання послуг телефонного зв'язку регулюється спеціальним законом і більш як п'ятдесятьма підзаконними нормативними актами, норми яких спрямовані, перш за все, на регулювання цивільних відносин, що складаються у сфері зв'язку. Норми, що регулюють відносини між операторами (провайдерами) та споживачами (суб'єктами господарювання), розрізнені за багатьма підзаконними та локальними нормативними актами або взагалі у законодавстві існують прогалини.

Метою цієї статті є внесення пропозицій до чинного законодавства України щодо укладання та виконання договорів про надання послуг фіксованого телефонного зв'язку із суб'єктами господарювання.

Для досягнення зазначеної мети необхідно дослідити поняття та види телефонного зв'язку,

порядок і способи укладання господарських договорів про надання послуг телефонного зв'язку, визначити особливості виконання зазначених договорів.

Постановою Кабінету Міністрів України «Про затвердження Правил надання та отримання телекомунікаційних послуг» від 09.08.2005 р. № 720 телефонний зв'язок визначений як вид електрозв'язку для передавання голосових повідомлень у реальному масштабі часу з використанням номерного ресурсу телефонної мережі. Заслугує на увагу термінологія, оскільки за Законом України «Про телекомунікації» від 18.11.2003 р. № 1280IV (далі – Закон) електрозв'язок і телекомунікації є тотожними поняттями, під якими слід розуміти передавання, випромінювання та/або приймання знаків, сигналів, письмового тексту, зображень і звуків або повідомлень будь-якого роду по радіо, проводових, оптичних чи інших електромагнітних системах. Зазначений Закон визначає фіксований зв'язок як телекомунікації, що здійснюються із застосуванням стаціонарного (нерухомого) кінцевого обладнання, тобто в спеціальному Законі є окремі визначення телефонного зв'язку та фіксованого зв'язку, але відсутнє визначення саме фіксованого телефонного зв'язку, на відміну, наприклад, від Закону Литовської Республіки «Про телекомунікації» від 09.06.1998 р. № VIII-774, що визначає послуги загального фіксованого телефонного зв'язку як послуги місцевого, міжміського та міжнародного телефонного зв'язку, що надаються споживачам загальної фіксованої телефонної мережі.

Із змісту ст. 42 Закону вбачається, що послуги фіксованого телефонного зв'язку можуть здійснюватися двома способами, які підлягають ліцензуванню:

- надання послуг фіксованого телефонного зв'язку з правом технічного обслуговування й експлуатації телекомунікаційних мереж і надання в користування каналів електрозв'язку – місцевого, міжміського, міжнародного;

• надання послуг фіксованого телефонного зв'язку з використанням безпроводового доступу до телекомунікаційної мережі з правом технічного обслуговування та надання в користування каналів електрозв'язку – місцевого, міжміського, міжнародного.

Оскільки послуги з надання фіксованого телефонного зв'язку є найбільш поширеним видом телекомунікаційних послуг, вважаємо, що спеціальний Закон слід доповнити таким визначенням фіксованого телефонного зв'язку: *«Фіксований телефонний зв'язок – це електрозв'язок місцевого, міжміського, міжнародного телефонного зв'язку, що здійснюється із застосуванням стаціонарного (нерухомого) кінцевого обладнання»*.

Згідно із Законом України «Про телекомунікації», Правилами надання та отримання телекомунікаційних послуг отримання зазначених послуг можливе за умови:

• укладення договору між оператором, провайдером телекомунікацій і споживачем телекомунікаційних послуг відповідно до основних вимог до договору про надання телекомунікаційних послуг, установлених НКРЗ;

• оплати замовленої споживачем телекомунікаційної послуги.

Незважаючи на те, що зазначений Закон діє в Україні з 2003 р., судова практика свідчить про неоднозначність у застосуванні його положень у частині форми договору про надання телефонних послуг. Так, ПАТ «Т» звернулося до господарського суду м. Києва з позовом до ТОВ «А» про стягнення заборгованості в розмірі 754026,26 грн за послуги місцевого телефонного зв'язку з наданням чотирьох міських номерів за вказаними у договорі адресами, послуги міжнародного та міжміського зв'язку, надані в період з 01.11. по 30.11.2009 р. на підставі договору, укладеного між сторонами шляхом обміну листами за допомогою електронної пошти. Іншими словами, позивач і відповідач не мали єдиного документа (договору), підписаного сторонами, а правовідносини між ними фактично визначались актами приймання-передавання послуг та рахунками-фактурами із зазначенням у них виду послуг та їх вартості щомісячно з липня по жовтень 2009 р. Вказане суперечить вимогам спеціального законодавства про телекомунікації. У зв'язку з відсутністю між сторонами узгодженого відповідно до вимог закону договору позивач (оператор) на власний ризик надавав відповідачу послуги, які не породжували зобов'язань відповідача та за кожним фактом надання послуг вимагали узгодження умов послуг із відповідачем. Враховуючи обставини справи та вимоги закону, у задоволенні позовних вимог було відмовлено [2, с. 17].

Розглянемо більш детально порядок укладання договору про надання телефонних послуг: для підключення до мережі телефонного зв'язку споживачі подають оператору письмову заяву; підключення здійснюється за наявності технічних можливостей; особливою умовою надання/отримання таких послуг є технічний кри-

терій, тобто наявність у споживача певного справного кінцевого стаціонарного обладнання (телефону, факсу тощо).

Заяви на встановлення телефону юридичним особам приймаються за підписом керівника підприємства, установи, організації або уповноваженої ним особи за наявності:

• документа, що підтверджує право власності чи користування приміщенням;

• згоди орендодавця на прокладення телекомунікацій і встановлення телефону орендарю (у разі потреби);

• копії свідоцтва про державну реєстрацію;

• копії свідоцтва про реєстрацію платника податків;

• гарантійного листа щодо оплати послуг;

• документів, що підтверджують право на встановлення, переустановлення, переоформлення, зміну номера телефону (у разі потреби).

Відповідно до наказу Державного комітету зв'язку України «Про затвердження Інструкції про порядок обліку розгляду заяв на надання послуг місцевого телефонного зв'язку» від 12.12.1997 р. № 45 заяви (листи) юридичних осіб на послуги місцевого телефонного зв'язку розглядаються в місячний термін із дня надходження заяви (листа). Про результати розгляду заявнику надсилається письмове повідомлення за підписом керівника. Якщо для вирішення питання про надання послуг потрібен додатковий час на проведення технічних обстежень, складання спеціального кошторису або виконання інших робіт, заявнику письмово повідомляється термін надання остаточної відповіді за даною заявою. У разі позитивного вирішення питання про надання послуг підприємствам, установам, організаціям надсилається повідомлення з проханням з'явитися на підприємство зв'язку для укладання договору на надання послуг телефонного зв'язку й одержання рахунку на оплату.

Таким чином, укладання договору про надання телефонних послуг суб'єктам господарювання певним чином відрізняється від загального порядку укладання господарських договорів, передбаченого ст. 181 Господарського кодексу (далі – ГК) України. Строк розгляду заяви споживача про укладання договору становить щонайменше один місяць, а остаточний термін законодавством взагалі необмежений. Крім того, у разі позитивного рішення споживачу надсилається тільки лист про необхідність прибуття для укладання договору, а не сам проект договору, належним чином оформлений оператором. Таке положення викликає певні незручності для споживача – суб'єкта господарювання, оскільки на відміну від споживачів – фізичних осіб, повноваження на укладання договору належать тільки певним особам, що підтверджується статутом або довіреністю. У разі їх відсутності це призведе до зволікання з укладанням договору.

Заслугує також на увагу те, що строк для укладання договору з боку споживача чітко законом не встановлений. Постановою Кабінету

Міністрів України «Про затвердження Правил надання та отримання телекомунікаційних послуг» від 09.08.2005 р. № 720 встановлено, що у разі, коли заявник протягом місяця з дня відправлення йому повідомлення про встановлення телефону не уклав договір, оператор здійснює розбронювання номера і лінійних даних, а заява на встановлення телефону передається до архіву. При повторному (протягом трьох років) зверненні до оператора черга заявника відновлюється з дати подання першої заяви. Але, зрозуміло, що ця вимога спрямована на врегулювання відносин із споживачами – фізичними особами. При цьому рахунок на оплату вручається суб'єкту господарювання тільки для оплати безпосередньо встановлення телефону. Тому можна припустити, що у даному разі має укладатися два договори: договір про встановлення телефону та договір про надання послуг телефонного зв'язку. Виходячи із змісту ст. 62 Закону, яка визначає перелік загальнодоступних телекомунікаційних послуг, підключення кінцевого обладнання споживача до телекомунікаційних мереж фіксованого зв'язку загального користування (універсальний доступ) і послуги фіксованого телефонного зв'язку в межах зони нумерації (місцевий телефонний зв'язок) є різними видами послуг.

Постає питання: чи є договір про встановлення телефону договором про надання телекомунікаційних послуг? При цьому відповідно до рішення НКРЗ «Про затвердження Основних вимог до договору про надання телекомунікаційних послуг» від 26.03.2009 р. № 1420 забороняється включати до договору положення, що передбачають стягнення із споживача окремої плати за роботи та послуги, які не є самостійними та призначені для забезпечення належної якості телекомунікаційних послуг. Таким чином, ситуація потребує уточнення на рівні ГК України з метою попередження протиріч, що можуть мати місце у зв'язку з реалізацією положень вказаних нормативних актів.

Підприємства, установи, організації можуть за наявності технічної можливості встановлювати офісні автоматичні телефонні станції, на які є документ про підтвердження відповідності вимогам нормативних документів у сфері телекомунікацій. Підприємства, установи, організації, в яких налічується понад 50 номерів телефонів та/або іншого кінцевого обладнання, мають право встановлювати власні автоматичні телефонні станції (далі – відомчі АТС). Відомчі АТС підключаються до телефонної мережі загального користування згідно з правилами, що затверджуються центральним органом виконавчої влади в галузі транспорту та зв'язку. Право підключення до мережі загального користування з внутрішніх телефонів цих станцій надається після надходження від власника відомчої АТС письмової заяви.

Договір про надання телефонних послуг має також певні особливості виконання та припинення. Так, правонаступник реорганізованої юридичної особи, що залишився у телефонізовано-

му приміщенні, має право на переоформлення телефонів на підставі документів, що підтверджують правонаступництво (за відсутності заборгованості за користування телефоном та за надані телекомунікаційні послуги). В інших випадках телефони встановлюються на загальних підставах.

Національне законодавство, що регулює надання й отримання телефонних послуг у частині, яка регулює стадію укладання договору оператора із споживачами (абонентами), а також у разі правонаступництва, практично збігається із законодавством Російської Федерації (далі – РФ).

Вважаємо за доцільне звернути увагу на відмінності у правовому регулюванні надання телефонних послуг.

Постановою уряду РФ «Про затвердження правил надання послуг місцевого, внутрішнього, міжміського та міжнародного телефонного зв'язку» від 18.05.2005 р. № 310 встановлений порядок надання таких послуг як фізичним особам, так і суб'єктам підприємницької діяльності. Ця постанова скасувала дію попередніх Правил надання послуг телефонного зв'язку, що регулювали відносини з надання телефонних послуг виключно для особистих, сімейних та інших потреб, не пов'язаних із здійсненням підприємницької діяльності. Так, у разі передачі в оренду (суборенду) телефонізованого приміщення, дія договору може бути зупинена на строк дії договору оренди (суборенди). З орендарем (суборендарем) приміщення може бути укладений договір на строк дії договору оренди (суборенди) з виділенням для цих цілей того ж абонентського номера, що був виділений при укладанні договору, що зупиняється.

Законодавством України в цій частині встановлено, що у приміщеннях, які здаються в оренду (суборенду), телефони встановлюються на загальних підставах на час дії договору оренди (суборенди). При цьому не зазначається, яким чином виконуватиметься договір про надання телефонних послуг із власником приміщення, чи повинна вноситися ним у цей період абонентна плата (фіксований платіж, який може встановлювати оператор телекомунікацій для абонента за доступ на постійній основі до своєї телекомунікаційної мережі незалежно від факту отримання послуг), а також чи зберігається за ним абонентський номер. Разом із тим законодавством України передбачена можливість укладання тимчасового договору про надання телефонних послуг, але він поширюється лише на цивільно-правові відносини, а саме – у разі передачі абонентом телефонізованих квартир у найм (оренду) з наймачем (орендарем) укладається тимчасовий договір (за відсутності заборгованості за користування телефоном і надані телекомунікаційні послуги) за заявами абонента та наймача (орендаря) на строк дії договору найму (оренди). Якщо наймач (орендар) не уклав тимчасовий договір з оператором, відповідальність згідно з договором несе абонент (влас-

ник квартири). Також у разі здавання адміністрацією готелю номерів (кімнат) в оренду договір може бути переоформлений на орендаря, який несе всі зобов'язання з оплати рахунків за телекомунікаційні послуги. Після припинення дії договору оренди адміністрація готелю повинна не пізніше ніж за місяць повідомити про це оператора для проведення розрахунків із орендарем.

Таким чином, законодавство України слід доповнити положеннями щодо тимчасового припинення дії договору про надання телефонних послуг у разі передачі суб'єктом господарювання в оренду телефонізованого приміщення й укладання нового тимчасового договору про надання телефонних послуг із орендарем (суборендарем) на період дії договору оренди (суборенди).

Аналогічним чином необхідно уточнити правила надання й отримання телекомунікаційних послуг стосовно припинення договору про надання телефонних послуг у разі ліквідації споживача – суб'єкта господарювання, оскільки не визначено з якого саме моменту в процедурі ліквідації суб'єкта господарювання договір про надання телекомунікаційних послуг може бути припинений, яким чином проводитимуться розрахунки між сторонами такого договору (зважаючи на те, що послуги телефонного зв'язку опосередковують діяльність ліквідаційної комісії, а плата за такі послуги складається з абонентської плати та плати за послуги).

Заслугує також на увагу те, що у разі технічної можливості у оператора та споживача для надання й отримання послуг голосової телефонії (здійснення й одержання зонових, міжміських, міжнародних дзвінків), факсимільного зв'язку тощо фактично не потрібне укладання окремого договору. При цьому за законодавством України основними послугами міжміського та міжнародного телефонного зв'язку є:

- міжміські телефонні розмови та факсимільний зв'язок у межах області та України;
- міжнародні телефонні розмови та факсимільний зв'язок з абонентами інших держав, зокрема держав – членів СНД;
- телефонні розмови й обмін повідомленнями з абонентами мереж операторів рухомого (мобільного) зв'язку (при доступі за кодами мереж операторів рухомого (мобільного) зв'язку);

In article the order and features of the formation and implementation of contracts on provision of services of fixed telecommunication with subjects of economic management is investigated.

В статье исследуется порядок и особенности заключения и выполнения договоров о предоставлении услуг фиксированной телефонной связи с субъектами хозяйствования.

• телефонні розмови й обмін повідомленнями з абонентами глобальних (супутникових) мереж;

• телефонні розмови й обмін повідомленнями за кодами 700, 800, 900 тощо;

• телефонні розмови й обмін повідомленнями за міжнародними номерами 388-3, 800, 979 тощо;

• телефонні розмови й обмін повідомленнями, якість яких відрізняється від нормованої.

Оператор залежно від технічних можливостей своїх мереж, засобів зв'язку та попиту споживачів може надавати на договірних засадах платні та безоплатні додаткові послуги.

Висновки

Проведене дослідження свідчить про доцільність доповнення Закону України «Про телекомунікації» запропонованим нами визначенням фіксованого телефонного зв'язку. Необхідно також внести у телекомунікаційне законодавство низку доповнень та уточнень щодо порядку укладання договору про надання телефонних послуг саме із споживачами – суб'єктами господарювання, а також удосконалити порядок виконання договору у разі передачі в оренду телефонізованого приміщення, у разі припинення суб'єкта господарювання – споживача. Крім того, на нашу думку, однакового застосуванню телекомунікаційного законодавства сприятиме доповнення ГК України розділом «Господарська діяльність у сфері телекомунікацій», однією з глав якого було б врегульовано надання послуг телефонного зв'язку, та окремим параграфом, в якому слід визначити основні засади надання послуг фіксованого телефонного зв'язку.

Література

1. Мамутов В. К. К вопросу о понятиях и видах хозяйственного договора // Хозяйственное законодательство Украины: практика применения и перспективы развития в контексте европейского выбора. – Д., 2005. – 584 с.

2. О правовых основаниях предоставления телекоммуникационных услуг: Постановка ВГСУ від 25.08.2010 р. Справа № 38/71 // Юридическая практика. – 2010. – № 46.



СУСПІЛЬНІ ВІДНОСИНИ У СФЕРІ ОРЕНДИ НЕРУХОМОГО МАЙНА ЯК ОБ'ЄКТ ДЕРЖАВНОГО УПРАВЛІННЯ

Наталія Гонтаренко,

аспірантка

Київського національного економічного університету ім. Вадима Гетьмана

У статті розглядаються проблеми правового регулювання у сфері орендних відносин, запропоновані шляхи їх вирішення.

Ключові слова: оренда, управління об'єктами державної власності, нерухоме майно, конкурс на право оренди.

Надзвичайно важливу роль на сучасному етапі розвитку ринкової економіки відіграє така форма надання державного нерухомого майна в строкове платне користування, як оренда.

Передача в оренду державного нерухомого майна – перспективний та ефективний вид управлінського рішення, оскільки є одним із значних джерел надходження коштів до державного бюджету (наприклад, регіональним відділенням Фонду державного майна України по Чернігівській області у 2007 р. – І півріччі 2009 р. до державного бюджету перераховано понад 10 млн грн орендних платежів [1]), гарантією збереження й ефективного використання державного нерухомого майна, сприяє розвитку підприємництва, створенню нових робочих місць і зниженню рівня безробіття [2, с. 16]. За таких обставин особливої актуальності набувають питання створення належних організаційно-правових засад державного управління у сфері орендних відносин.

Вивченням питань у сфері управління державним майном, у тому числі шляхом надання державного нерухомого майна в оренду, займалися такі вчені, як Т. Альохіна, Р. Биков, Т. Бондаренко, С. Булгакова, О. Вінник, Ю. Голівка, Т. Затиначька, І. Мазурчук, Л. Музика, О. Пашенко, В. Пількевич, В. Плакіда, С. Полковко, І. Селіванова, В. Федорейко та ін.

Перш як перейти до розгляду суспільних відносин у сфері оренди нерухомого майна як об'єкта державного управління, зазначимо, що під об'єктом управління розуміється те, на що спрямовано керуючий вплив. Конкретний зміст поняття «об'єкт державного управління» в літературі трактується по-різному. Найбільш обґрунтованою є точка зору, відповідно до якої об'єкт державного управління розуміють як суспільні відносини, оскільки у структурному розрізі будь-яке суспільне відношення саме собою також пред-

ставляє певну систему елементів (суб'єкти відносин, свідомо-вольові зв'язки між ними, поведінка (дії, вчинки) суб'єктів, матеріальні та нематеріальні об'єкти, на які спрямована ця поведінка) [3, с. 164].

Враховуючи викладене та тісний взаємозв'язок між здійсненням державного управління і правовим регулюванням орендних відносин, розглянемо проблемні аспекти правового регулювання й основні компоненти у сфері оренди нерухомого майна як об'єкта державного управління.

Відносини, що виникають у сфері оренди державного нерухомого майна, регулюються відповідними положеннями Цивільного кодексу (далі – ЦК) України (зокрема, глава 58) з урахуванням особливостей, Господарського кодексу (далі – ГК) України, Закону України «Про управління об'єктами державної власності», Закону України «Про оренду державного та комунального майна», Закону України «Про оренду землі». Крім того, орендні відносини регулюються низкою підзаконних нормативно-правових актів, серед яких, наприклад: постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Методики оцінки вартості об'єктів оренди, Порядку викупу орендарем оборотних матеріальних засобів та Порядку надання в кредит орендареві коштів та цінних паперів» від 10.08.1995 р., наказ Фонду державного майна України «Про затвердження Порядку проведення конкурсу на право оренди державного майна» від 13.10.2004 р. № 2149, наказ Фонду державного майна України «Про затвердження Порядку та умов проведення конкурсів на право укладання договорів оренди військового майна» від 26.07.2000 р. № 1549/241 та ін.

Відповідно до Закону України «Про оренду державного та комунального майна» орендою є засноване на договорі строкове платне користування майном, необхідним орендареві для здійснення підприємницької й іншої

діяльності. Орендодавцями державного нерухомого майна виступають Фонд державного майна України, його регіональні відділення та представництва, Національна академія наук України та галузеві академії наук, вищі навчальні заклади та/або наукові установи, які мають право бути орендодавцем приміщень і обладнання для наукового парку та його партнерів на строк реалізації проектів наукового парку, а також державні підприємства, установи й організації, яким необхідний дозвіл уповноважених органів (наприклад від Фонду державного майна України, його регіонального відділення чи представництва).

Крім того, у Законі України «Про управління об'єктами державної власності» є положення щодо виконання низки функцій власника державного майна уповноваженими органами управління, а саме – міністерствами й іншими органами виконавчої влади, які відповідно до покладених на них завдань надають орендодавцям об'єктів державної власності згоду на оренду державного майна та пропозиції щодо умов договору оренди, які мають забезпечувати ефективне використання орендованого майна та здійснення на орендованих підприємствах технічної політики в контексті завдань галузі; контролюють виконання орендарями інвестиційних і технічних програм розвитку орендованих об'єктів державної власності, якщо такі передбачені договором оренди; організовують контроль за використанням орендованого державного майна.

Орендарями, згідно з Законом України «Про оренду державного та комунального майна», можуть бути господарські товариства, створені членами трудового колективу підприємства, його структурні підрозділи, інші юридичні особи, громадяни України, фізичні та юридичні особи іноземних держав, міжнародні організації, особи без громадянства.

Враховуючи наявність в орендних правовідносинах публічного елемента, а саме – Фонду державного майна України, його регіональних відділень та представництв, значна кількість положень законодавства характеризується високим ступенем імперативності.

Крім того, аналіз чинного законодавства свідчить про наявність у законодавця мети – посилити контроль орендодавців за використанням державного майна, переданого в оренду. Реалізація завдання щодо захисту прав і законних інтересів слабкіших суб'єктів господарювання майже не знаходить свого втілення у законодавстві України. Так, відповідно до ч. 2 ст. 22 Закону України «Про оренду державного та комунального майна» від 10.04.1992 р. № 2269-ХІІ орендар має право передати в суборенду нерухоме й інше окре-

ме індивідуально визначене майно (окремі верстати, обладнання, транспортні засоби, нежилі приміщення тощо), якщо інше не передбачено договором оренди. Однак вказане положення на практиці реалізувати досить проблематично оскільки, згідно з ч. 2 ст. 10 Закону, укладений сторонами договір оренди в частині істотних умов повинен відповідати типовому договору оренди відповідного майна. Типові договори оренди державного майна розробляє та затверджує Фонд державного майна України; типові договори оренди майна, що належить Автономній Республіці Крим або перебуває у комунальній власності, затверджують відповідно Верховна Рада Автономної Республіки Крим та органи місцевого самоврядування. Відповідно до підпункту 6.3 наказу Фонду державного майна України «Про внесення змін до Типового договору оренди індивідуально визначеного (нерухомого або іншого) майна, що належить до державної власності» від 09.08.2007 р. № 1329 передбачено, що орендар тільки за згодою орендодавця може здавати майно в суборенду. Отже, у той час як Закон України «Про оренду державного та комунального майна» передбачає більш широкі права орендаря, підзаконний акт ці права звужує, що є недоцільним і неправомірним.

Слід зазначити, що досить вдалим є положення Закону України «Про оренду землі» щодо затвердження типової форми договору оренди землі Кабінетом Міністрів України, який не є стороною договору та не заінтересований в отриманні привілеїв від закріплених у договорі умов.

Виходячи з викладеного, доцільно у Законі України «Про оренду державного та комунального майна» закріпити положення щодо затвердження типових договорів оренди державного майна, у тому числі нерухомого, саме Кабінетом Міністрів України. Запропоновані зміни повною мірою узгоджуватимуться з п. 5 ст. 116 Конституції України, ч. 1 ст. 4 Закону України «Про управління об'єктами державної власності», відповідно до яких одним із суб'єктів управління об'єктами державної власності є Кабінет Міністрів України.

Крім того, на законодавчому рівні є чітко сформульоване визначення поняття «нерухоме майно», що й є об'єктом орендних відносин. Так, відповідно до ч. 1 ст. 181 ЦК України до нерухомих речей (нерухоме майно, нерухомість) належать земельні ділянки, а також об'єкти, розташовані на земельній ділянці, переміщення яких неможливе без їх знецінення та зміни призначення. Режим нерухомої речі може бути поширений законом на повітряні та морські судна, судна внутрішнього плавання, космічні об'єкти, а також ін-

ші речі, права на які підлягають державній реєстрації.

Схоже визначення міститься і в ст. 1 Закону України «Про іпотеку», за якою нерухоме майно (нерухомість) – це земельні ділянки, а також об'єкти, розташовані на земельній ділянці та невід'ємно пов'язані з нею, переміщення яких неможливе без їх знецінення і зміни призначення.

У пункті 1 підпункту 129 ст. 14 Податкового кодексу (далі – ПК) України надається визначення об'єктів житлової нерухомості, до яких належать будівлі, віднесені відповідно до законодавства до житлового фонду, дачні та садові будинки.

Проблемні питання виникають також на перших етапах, при застосуванні процедури укладення договорів оренди, наприклад, щодо проведення конкурсу на право оренди нерухомого майна. Так, наказом Фонду державного майна України від 13.10.2004 р. № 2149 затверджено Порядок проведення конкурсу на право оренди державного майна. Цей порядок прийнятий з метою вдосконалення та деталізації процедури проведення конкурсу на право оренди державного майна і поширюється на такі об'єкти оренди: цілісні майнові комплекси державних підприємств, організацій, їх структурних підрозділів (філій, цехів, дільниць), нерухоме майно – будівлі, споруди, приміщення й інше окреме індивідуально визначене майно, що належить до державної власності.

Конкурс на право оренди об'єкта (далі – конкурс) проводить конкурсна комісія, утворена орендодавцем. Комісія може бути утворена для визначення орендаря як одного конкретного об'єкта, так і групи об'єктів, що належать до повноважень із управління одного й того самого органу, уповноваженого управляти майном. Конкурс полягає у визначенні орендаря, який запропонував найбільшу орендну плату при забезпеченні виконання інших умов конкурсу.

Однією з істотних проблем є довготривалість процедури укладення договору оренди з моменту надходження відповідної заяви від заявника, що становить у середньому 50 днів у зв'язку з отриманням висновку від органу, уповноваженого управляти відповідним державним майном, про те, що об'єкт не заборонений до оренди; висновку (пропозиції) щодо умов конкурсу і, відповідно, договору оренди, зокрема щодо допустимих напрямів використання майна орендарем (з урахуванням думки балансоутримувача та напряму використання об'єкта до оренди), а також подання кандидатури від органу до складу конкурсної комісії.

Крім того, недоцільною умовою, яка призводить до зловживань є закриті засідання

комісії з розгляду конкурсних пропозицій, тобто необгрунтованою є відмова учасникам конкурсу бути присутніми під час розгляду власних пропозицій, щодо оренди державного нерухомого майна. Їх присутність на розгляді забезпечила б прозорий розгляд та обрання вигідних конкурсних пропозицій для держави.

На сьогодні значна кількість нерухомого майна знаходиться в неналежному стані та потребує ремонту. Вказане майно потенційно могло б здаватися в оренду, забезпечувати надходження до державного бюджету. Щоб подолати цю проблему доцільно створити підрозділ Фонду державного майна, який би займався формуванням переліку об'єктів нерухомого майна, вивченням суспільної думки стосовно необхідних об'єктів оренди, підготовкою об'єктів до конкурсу, а також інформуванням заінтересованих осіб про можливі об'єкти оренди. Зазначений підрозділ має виносити на конкурс саме привабливі для передання в оренду об'єкти нерухомого майна, для запобігання неефективному використанню коштів, необхідних для проведення конкурсу.

Ще одним проблемним аспектом орендних відносин є спори або конфліктні ситуації між орендодавцем та орендарем, які виникають при розірванні договорів оренди. Законом України «Про оренду державного та комунального майна» встановлено, що на вимогу однієї із сторін договір оренди може бути достроково розірваний за рішенням суду у разі невиконання сторонами своїх зобов'язань і з інших підстав, передбачених законодавчими актами України. Однак вказані підстави не конкретизовані в Законі. Невиконання стороною зобов'язань за договором може стосуватися страхування майна або забезпечення пожежної безпеки орендованого майна.

Судова практика Вищого господарського суду України (наприклад постанова від 15.02.2011 р. № 29/250-10; постанова від 15.02.2011 р. № 7/79-2010;) та Верховного Суду України (постанова від 17.09.2002 р. № 12/153) свідчить, що договори оренди державного майна підлягають розірванню в судовому порядку, навіть якщо орендар виконає свої зобов'язання за договором, зокрема щодо страхування майна, перед зверненням орендодавця до суду з позовом про розірвання договору оренди державного майна, оскільки, відповідно до Закону України «Про оренду державного та комунального майна», однією з істотних умов договору оренди є страхування орендарем взятого ним в оренду майна. Однак цією нормою держава зобов'язує орендаря страхувати об'єкт оренди від всіх ризиків пошкодження майна, включа-

ючи малоімовірні, не беручи до уваги особливості місцезнаходження об'єкта оренди. На практиці вказана норма призводить до зловживань посадовими особами своїми правами, зобов'язуючи орендаря страхувати об'єкт оренди у визначених страхових компаніях. У деяких випадках, насамперед при здачі в оренду значних об'єктів, це положення Закону України «Про оренду державного та комунального майна» робить їх не конкурентними по відношенню до об'єктів на вторинному ринку, оскільки вони не потребують обов'язкового страхування й участі орендаря у конкурсі на право оренди нерухомого майна.

Викладене дозволяє зробити такі **висновки**:

доцільно створити підрозділ Фонду державного майна, який би займався формуванням переліку об'єктів нерухомого майна, вивченням суспільної думки стосовно необхідних об'єктів оренди, підготовкою об'єктів до конкурсу, а також інформуванням заінтересованих осіб про можливі об'єкти оренди;

потрібно вдосконалити на законодавчому рівні процедуру укладення договорів оренди, передусім скоротити тривалість організаційних дій при проведенні конкурсу на право оренди нерухомого майна;

слід переглянути обов'язкову умову договору оренди нерухомого майна щодо страху-

вання орендарем взятого ним в оренду майна, оскільки орендар повинен нести відповідальність тільки за шкоду, нанесену об'єкту оренди його діями або бездіяльністю;

доцільно залишити право на розроблення та надання проектів договорів оренди нерухомого майна за Фондом державного майна та місцевих органів самоврядування, але повноваження щодо їх затвердження повинні належати Кабінету Міністрів України, який не є стороною договору та не заінтересований в отриманні привілеїв від закріплених у договорі умов.

Що стосується перспектив подальших досліджень з окресленої тематики, то вважаємо доцільним зосередити увагу на детальному вивченні та вдосконаленні правового регулювання у сфері оренди нерухомого майна.

Література

1. Чернігівська область [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.spfu.gov.ua/ukr/region_view.php?id=28.

2. Пащенко О., Бондаренко Т. Щодо використання державного майна на правах оренди // Державний інформаційний бюлетень про приватизацію. – 2011. – № 3. – С. 16–17.

3. Шамхалов Ф. Основы теории государственного управления. – М., 2003. – 518 с.

The article deals with problem areas of real estate relations legal regulation and focuses on developing ways to overcome these problems.

В статье рассматриваются проблемы правового регулирования в сфере арендных отношений, предложены пути их решения.



ДЕЯКІ АСПЕКТИ ЗАБОРОНИ ВЧИНЯТИ ПЕВНІ ДІЇ ЯК ЗАХОДУ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПОЗОВУ В КОРПОРАТИВНИХ СПОРАХ

Наталя Іванюта,

*асистентка кафедри господарського, цивільного та трудового права
Маріупольського державного університету*

У статті досліджуються питання щодо законодавчого вдосконалення процесу заборони вчиняти певні дії як заходу забезпечення позову в корпоративних спорах, пропонується внесення змін до чинного законодавства.

Ключові слова: забезпечення позову, заборона вчиняти певні дії, недопущення заборони скликати загальні збори, реєстрація змін на підставі рішень загальних зборів.

Ефективний розвиток економіки зумовлює різноманітність господарської діяльності, яка, у свою чергу, передбачає широке коло господарських спорів. Вагомий відсоток господарських спорів припадає саме на корпоративні спори, які останнім часом широко висвітлюються в засобах масової інформації та мережі Інтернет. Корпоративні конфлікти набирають за кількістю оберти, незважаючи на нові стандарти бізнес-етики. Результатом таких конфліктів майже завжди є судові спори, в рамках яких суб'єкти, як правило, заявляють про застосування такого заходу до забезпечення позову, як заборону вчиняти певні дії.

Деякі аспекти, пов'язані з забезпеченням позову, розглядали С. Абрамов, В. Беяневич, С. Боровик, А. Добровольський, І. Денісов, С. Іванова, Я. Львов, В. Нагребельний.

Метою цієї статті є дослідження питань, пов'язаних із заборonoю вчиняти певні дії як заходу до забезпечення позову в процесі вирішення корпоративних спорів у господарському судочинстві.

У жовтні 2008 р. набули чинності зміни до ст. 67 Господарського процесуального кодексу (далі – ГПК) України, згідно з якими не допускається забезпечення позову шляхом заборони: проводити загальні збори акціонерів або учасників господарського товариства та приймати ними рішення; надавати емітентом, реєстратором, зберігачем, депозитарієм реєстр власників іменних цінних паперів, інформацію про акціонерів або учасників господарського товариства для проведення загальних зборів товариства; участі акціонерів або учасників у загальних зборах товариства, визначення правомочності загальних зборів акціонерів або учасників господарського товариства.

Для забезпечення вимог про визнання недійсним рішення загальних зборів товариства про обрання (переобрання) членів його виконавчого органу господарські суди не мають права вживати заходи до забезпечення позову шляхом заборони відповідним посадовим особам товариства вчиняти будь-які дії, що є перешкоджанням здійсненню товариством господарської діяльності. Згідно з п. 46 постанови Пленуму Верховного Суду (далі – ВС) України «Про практику розгляду судами корпоративних спорів» від 24.10.2008 р. № 13, господарські суди, вживаючи заходи до забезпечення позову, зобов'язані точно вказати, які саме дії забороняється вчиняти відповідачу й іншим особам. Забезпечуючи позов шляхом заборони відповідачеві вчиняти певні дії, господарські суди лише за наявності підстав, передбачених ст. 66 ГПК, мають право заборонити товариству приймати на загальних зборах рішення з конкретних питань, включених до порядку денного, і лише за умови, що ці питання безпосередньо пов'язані з предметом спору. Заходи щодо забезпечення позову не повинні призводити до фактичної неможливості господарського товариства здійснювати діяльність, а також порушення товариством чинного законодавства.

Однак у роз'ясненнях і чинному законодавстві не існує визначення дій, які розкривають поняття положення ГПК щодо недопущення забезпечення позову шляхом заборони проведення загальних зборів акціонерів або учасників господарського товариства та приймати ними рішення. На нашу думку, недопущення забезпечення позову шляхом заборони проведення загальних зборів акціонерів або учасників господарського товариства та приймати ними рішення включає: недопущення заборони скликати загальні збори, складати список акціонерів, які мають право

на участь у ньому, надавати приміщення для проведення зборів, розсилати бюлетені для голосування, підводити підсумки голосування з питань порядку денного тощо. Такої конкретизації потребує постанова Пленуму ВС України від 24.10.2008 р. № 13.

Найбільш поширеними варіантами вжиття заходів до забезпечення позову в корпоративних спорах як виду заборони відповідачів і іншим особам вчиняти певні дії є заборона державним органам реєструвати зміни на підставі рішень загальних зборів (в основному це стосується заборон щодо внесення змін до Єдиного державного реєстру юридичних осіб (далі – ЄДРЮО), а також обов'язок загальних зборів товариства не приймати певні рішення чи заборона на винесення будь-яких рішень.

Однак ст. 67 ГПК України допускає прийняття судом забезпечення позову у вигляді заборони відповідачу і іншим особам вчиняти певні дії, що стосуються предмета спору; суд має право заборонити річним або позачерговим загальним зборам акціонерів приймати рішення з окремих питань, включених до порядку денного.

Так, забезпечення позову за справою № 2-2269/05 суддя Малиновського районного суду м. Одеси виніс ухвалу про заходи щодо забезпечення позову, якою було ухвалено заборонити складу наглядової ради і правління, обраним 30.11.2004 р. загальними зборами, і представникам, які діють на підставі актів, довіреностей чи доручень, виданих посадовими особами АТМ ВО «Оріон», призначеними наглядовою радою та правлінням АТ після 01.10.2004 р., здійснювати будь-які дії та правовстановлюючі дії від імені АТМ ВО «Оріон», у тому числі такі, як: приймати рішення про реорганізацію товариства, про вступ до складу учасників інших господарських товариств, підприємств та об'єднань підприємств, передавати як внесок до статутного фонду інших господарських товариств, підприємств та об'єднань підприємств майно і право користування майном, відчужувати та передавати в оренду згідно з будь-яким цивільно-правовим договором основні й оборотні кошти (нерухомість, автотранспорт та інше майно), відчужувати, передавати в користування третім особам знаки для товарів і послуг [1].

Суд має право заборонити акціонерному товариству, його органам чи акціонерам виконувати прийняте загальними зборами рішення з певного питання.

Так, за позовом садівничого товариства робітників і службовців Тернопільського відділення Львівської залізниці «Ювілейне» ТОВ «Ровекс» ухвалою про забезпечення позову господарський суд постановив вжити заходів до забезпечення позову шляхом заборони ТОВ «Ровекс» приступати до використання земельної ділянки до вирішення по суті спору [2].

Для застосування такого заходу до забезпечення позову важливо, щоб ці певні дії були предметом спору або безпосередньо з ним пов'язані.

Деякі суди задовольняють клопотання про забезпечення позову у вигляді заборони повноважному органу реєструвати зміни, що вносяться до установчих документів товариства й інші відомості, які підлягають внесенню до Єдиного державного реєстру. Така заборона може поширюватися, наприклад, на внесення до реєстру даних про знов обраного генерального директора товариства, нову адресу місця знаходження товариства тощо.

Відповідно до ухвали від 20.01.2010 р. господарський суд ухвалив: заборонити державному реєстратору виконавчого комітету Одеської міської ради внесення будь-яких змін до відомостей, про закриті акціонерне товариство «Одесакондитер», які містяться в Єдиному державному реєстрі юридичних осіб і фізичних осіб-підприємців, якщо заяви, реєстраційні картки або інші документи про внесення таких змін подаються до державного реєстратора від імені закритого акціонерного товариства «Одесакондитер», його учасників, засновників, акціонерів, інших уповноважених осіб, за підписом будь-яких осіб, окрім В. Сухоти або уповноважених ним осіб; заборонити державному реєстратору виконавчого комітету Одеської міської ради вчиняти будь-які реєстраційні дії шляхом внесення відповідних записів до Єдиного державного реєстру юридичних осіб і фізичних осіб-підприємців будь-яких змін до установчих документів закритого акціонерного товариства «Одесакондитер», якщо заяви, реєстраційні картки або інші документи про внесення таких змін подаються до державного реєстратора від імені закритого акціонерного товариства «Одесакондитер», його учасників, засновників, акціонерів, інших уповноважених осіб, за підписом будь-яких осіб, окрім В. Сухоти або уповноважених ним осіб; заборонити державному реєстратору виконавчого комітету Одеської міської ради внесення будь-яких змін до відомостей про закриті акціонерне товариство «Одесакондитер», які містяться в Єдиному державному реєстрі юридичних осіб і фізичних осіб-підприємців, якщо заяви, реєстраційні картки або інші документи про внесення таких змін подаються до державного реєстратора від імені закритого акціонерного товариства «Одесакондитер», його учасників, засновників, акціонерів, інших уповноважених осіб, за підписом будь-яких осіб, окрім В. Сухоти або уповноважених ним осіб [3].

Якщо порівняти позицію, яка склалася щодо питання, яке розглядається, в українській судовій практиці з російською судовою практикою, то слід зазначити, що вона в арбітражному судочинстві РФ неоднозначна, оскільки суди різних регіонів РФ трактують це питання по-різному. Зокрема, у Волго-Вятському арбітражному судовому окрузі

суди відмовляються забороняти податковим інспекціям вносити ЄДРЮО зміни, не пов'язані з внесенням змін до установчих документів на підставі рішень, прийнятих на позачергових загальних зборах акціонерів (наприклад, відомості про нового генерального директора товариства). При цьому суди посилаються на той факт, що у випадках, коли позивач оскаржує рішення загальних зборів акціонерів, виконавчий лист не видається. Якщо суд задовольнить позов, то примусове виконання такого судового акта не провадиться. Суд просто констатує недійсність рішення загальних зборів. Отже, прийняття або неприйняття заходів до забезпечення позову щодо вимоги про визнання недійсними рішень загальних зборів акціонерів ніяк не вплине на можливість виконання судового акта. Відмовляючись забороняти податковим інспекціям вносити в ЄДРЮО відомості про нових генеральних директорів, російські суди вказують також, що виникнення або припинення повноважень одноосібного виконавчого органу не пов'язане з фактом внесення до реєстру таких відомостей. Крім того, прийняття забезпечувальних заходів може призвести до порушення товариством обов'язку протягом трьох днів повідомити про зміну свого генерального директора (п. 5 ст. 5 Федерального Закону РФ «Про державну реєстрацію юридичних осіб і індивідуальних підприємств» від 08.08.2001 р. № 129-ФЗ) [4].

На нашу думку, така позиція не зовсім обґрунтована. У разі внесення різного роду змін, що підлягають державній реєстрації, у товариства виникає потреба повідомити про факти, які відбулися, відповідним органам реєстрації. Але товариство не має нести відповідальність за відсутність реєстрації з незалежних від нього причин. Якщо загальні збори акціонерів призначили нового генерального директора і це рішення згодом було оскаржене до суду, товариство все одно зобов'язане надіслати заяву про внесення змін до Єдиного державного реєстру. Однак вносити відповідний запис до державного реєстру чи ні повинен вирішувати орган реєстрації.

Чинне українське законодавство, зокрема ст. 19 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців» (далі – Закон № 755) від 15.05.2003 р. № 755-IV не передбачає такої підстави для відмови в реєстрації внесення відомостей про юридичну особу, як судове оспорування рішення органу управління товариства або прийняття ухвали про вжиття заходів до забезпечення позову. Тому вважаємо за необхідне внесення змін і доповнень до Закону № 755 щодо можливості надання права державному реєстратору зупиняти здійснення реєстрації змін до відомостей про юридичну

особу, які містяться в Єдиному державному реєстрі, на підставі ухвали суду про забезпечення позову, або включення до Єдиного державного реєстру відомостей про те, що стосовно певного запису є спір.

Заслугує на увагу Проект закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо протидії протиправному поглинанню та захопленню підприємств» від 17.11.2009 р. № 1720-VI [5], зокрема в частині внесення змін до ст. 19 Закону № 755. Основна суть таких змін стосується:

- розширення переліку документів, які необхідно надати державному реєстратору для підтвердження факту змін у відомостях про юридичну особу для реєстрації таких змін, і процедури надання таких документів;
- дій реєстраторів при отриманні документів про внесення змін до відомостей про юридичну особу;
- порядку реєстрації таких змін;
- порядку підтримання зворотного зв'язку з заявником;
- порядку надання юридичною особою інформації реєстратору про підтвердження відомостей про юридичну особу;
- наслідків неподання такої інформації (внесення запису про відсутність юридичної особи за її місцезнаходженням, з випливаючими з цього наслідками) тощо.

На підтвердження фактів зміни відомостей про юридичну особу уповноваженою особою зборів учасників (акціонерів) товариства подаються всі можливі документи, що засвідчують такий факт: оригінал рішення загальних зборів з відповідних питань або нотаріально засвідчену копію, оригінали або нотаріально засвідчені копії розпорядчих документів про призначення керівництва підприємства, нотаріально завірена копія документа про право власності/користування приміщеннями (зокрема цивільно-правові договори). При зміні місцезнаходження юридичної особи тощо такі документи подаються (надсилаються) рекомендованим листом з описом вкладення або особисто при пред'явленні паспорта та документа, що посвідчує відповідні повноваження. Скорочені строки надсилання реєстратором повідомлення заявнику про залишення документів без розгляду, чітко вказаний вичерпний перелік підстав залишення документів без розгляду, скорочені строки внесення відповідних змін у єдиний реєстр і інформування про такі зміни уповноважених органів (протягом одного дня після отримання документів) [6].

Положення законопроекту про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо протидії протиправному поглинанню та захопленню підприємств від 17.11.2009 р. № 1720-VI, зареєстрований 24.07.2008 р. за № 3011, передбачають внесення доповнень

до ст. 67 ГПК України щодо встановлення переліку питань, з яких забороняється винесення ухвал про забезпечення позову.

Зазначені положення законопроекту, на нашу думку, позитивно вплинуть на розвиток і динаміку судової практики у вирішенні зазначених питань, сприятимуть мінімізації схем здійснення протизаконних поглинань, протиправних вимивань активів підприємства до закінчення розгляду справи по суті за допомогою вжиття забезпечення позову.

Висновки

Існує об'єктивна необхідність удосконалення та розширення існуючого механізму вжиття заходів до забезпечення позову в корпоративних спорах як виду заборони відповідачеві й іншим особам вчиняти певні дії в господарському судочинстві. На особливу увагу заслуговують такі заходи забезпечення позову, як заборона державним органам реструувати зміни на підставі рішень загальних зборів, а також обов'язки загальних зборів товариства не приймати певні рішення чи заборона на винесення будь-яких рішень.

In the scientific article questions are investigational in relation to the legislative improvement of procedure of putting under the ban of realization of certain actions as method of security for a claim in corporate spores. Making alteration is offered in a current legislation.

В статье исследуются вопросы относительно законодательного совершенствования процедуры наложения запрета на осуществление определенных действий как способа обеспечения иска в корпоративных спорах, предлагается внесение изменений в действующее законодательство.

Література

1. Ухвала господарського суду Одеської області від 16.11.2009 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/8077950>.
2. Ухвала господарського суду Тернопільської області від 24.12.2008 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/10052440>.
3. Ухвала господарського суду Одеської області від 20.01.2010 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.zahvat.net/3/54/55/1501/1503/>.
4. Запрет на внесение изменений в ЕГРЮЛ [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://forum.zakonia.ru/showthread.php?t=109998>.
5. Проект закону від 17.11.2009 р. № 1720-VI «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо протидії протиправному поглинанню та захопленню підприємств» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://portal.rada.gov.ua:7777/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=33084.
6. Дякулич О. Коментар до Проекту Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо протидії протиправному поглинанню та захопленню підприємств» // Враждебные поглощения в Украине. – 2008. – № 4 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.nikitchenko.com/ua/news/press_releases/?pid=733.



ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЕКОЛОГІЧНОЇ БЕЗПЕКИ У СФЕРІ СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКОГО ЗЕМЛЕКОРИСТУВАННЯ

Тетяна Оверковська,

канд. юрид. наук,
доцент кафедри правознавства
Вінницького національного аграрного університету

У статті аналізуються правові аспекти забезпечення вимог екологічної безпеки у сфері сільськогосподарського землекористування, виокремлюються чинники, що зумовлюють безпечність використання земель сільськогосподарського призначення.

Ключові слова: охорона земель, екологічна безпека, сільське господарство, землі сільськогосподарського призначення.

Ведення сільського господарства об'єктивно зумовлює використання земель сільськогосподарського призначення, на які припадає 71 % території України, 78 % із яких є ріллею. При цьому заслуговує на увагу той факт, що ефективність виробництва сільськогосподарської продукції значною мірою залежить від дотримання принципів землекористування, закріплених чинним законодавством України.

Одним із принципів землекористування, нарівні з іншими, є принцип пріоритетності вимог екологічної безпеки. Безумовно, це стосується передусім земель сільськогосподарського призначення. Адже тільки на екологічно безпечних землях вирощується екологічно чиста сільськогосподарська продукція та сировина. Проте слід констатувати, що сучасний стан земельних ресурсів України близький до критичного. За період проведення земельної реформи значна кількість проблем у сфері земельних відносин не лише не розв'язана, а й загострилася. Зокрема, на всій території поширені процеси деградації земель, серед яких найбільш масштабними є ерозія (близько 57,5 % території), забруднення (близько 20 % території), підтоплення (близько 12 % території). Зменшується вміст поживних речовин у ґрунтах, а щорічні втрати гумусу становлять 0,65 т на 1 га (Закон України «Про Основні засади (стратегію) державної екологічної політики України на період до 2020 року» від 21.12.2010 р. № 2818-VI).

Рціональність використання й охорону земель сільськогосподарського призначення, екологізацію землекористування повною мірою слід розглядати як складову забезпечення екологічної безпеки, у тому числі щодо використання земель сільськогосподарського призначення та виробництва сільськогосподарської продукції. У цьому зв'язку забезпечення екологічної безпеки має бути одним із пріоритетних напрямів подальшого розвитку українського суспільства.

Упродовж останніх років категорія «екологічна безпека» досліджувалася багатьма вченими, зокрема В. Андрейцевим, Г. Балюк, М. Бринчуком, М. Красновою та ін. Але, незважаючи на це, постійність проявів екологічного ризику для життя та здоров'я людей і докільї зумовлюють необхідність подальших наукових досліджень зазначених проблем, зокрема, у сфері сільськогосподарського землекористування.

Метою цієї статті є аналіз вимог щодо правового забезпечення екологічної безпеки у сфері сільськогосподарського землекористування.

Екологічна безпека визначена ст. 50 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» від 25.06.1991 р. № 1264-XII як такий стан навколишнього природного середовища, за якого забезпечується попередження погіршення екологічної обстановки та виникнення небезпеки для здоров'я людей.

Екологічна безпека гарантується громадянам здійсненням широкого комплексу взаємопов'язаних політичних, економічних, технічних, організаційних, державно-правових та інших заходів. Фактично це стосується майже всіх сфер господарювання. Заслуговує на увагу наукова позиція В. Андрейцева, згідно з якою можна без перебільшення констатувати, що практично немає такої сфери діяльності, нормативно-правове регулювання якої не зачіпало б забезпечення її з позицій вимог екологічної безпеки, тобто реально в законодавчому процесі простежується процес екологізації багатьох галузей законодавства, що тісно пов'язаний із впровадженням у «тканину» матеріально-правових та процесуально-правових норм і приписів різних вимог, правил та нормативів екологічної безпеки [1, с. 5–20].

Із веденням сільського господарства, що об'єктивно зумовлює використання земель сільськогосподарського призначення, пов'язана низка екологічних проблем. Значну шкоду якісному ста-

ну земель сільськогосподарського призначення завдає забруднення їх хімічними й іншими речовинами, перевищення нормативів застосування яких шкодить не лише земельним ресурсам, а й природі взагалі. Це може стати причиною отруєння живих організмів, водних джерел, атмосферного повітря, що, у свою чергу, негативно впливає на стан життя та здоров'я людей.

Правове регулювання відносин щодо застосування хімічних препаратів у сфері сільськогосподарського землекористування здійснюється на підставі низки нормативно-правових актів, визначальним серед яких є Закон України «Про пестициди та агрохімікати» від 02.03.1995 р. № 86/95-ВР, згідно з яким *пестициди* – це токсичні речовини, їх сполуки або суміші речовин хімічного чи біологічного походження, призначені для знищення, регуляції та припинення розвитку шкідливих організмів, унаслідок діяльності яких вражаються рослини, тварини, люди, завдається шкода матеріальним цінностям, а також гризунів, бур'янів, деревної, чагарникової рослиності; *агрохімікати* – це органічні, мінеральні та бактеріальні добрива, хімічні меліоранти, регулятори росту рослин, інші речовини, що застосовуються для підвищення родючості ґрунтів, урожайності сільськогосподарських культур і поліпшення якості рослинницької продукції. Отже, пестициди призначені для знищення шкідників, а агрохімікати – це добрива, що застосовуються для підвищення родючості ґрунтів.

Слід зазначити, що із великої кількості речовин-забруднювачів наслідки забруднення земель сільськогосподарського призначення хімічними речовинами на зразок пестицидів є найбільш активним і екологічно значущим за своїм токсико-біологічним ефектом. Саме тому Закон України «Про пестициди та агрохімікати» встановлює певні умови їх застосування: висока біологічна ефективність щодо цільового призначення; безпечність для здоров'я людини та навколишнього природного середовища за умови дотримання регламентів їх застосування; відповідність державним стандартам, санітарним нормам та іншим нормативним документам; державна реєстрація пестицидів і агрохімікатів (статті 4, 7).

Спрямування зазначеного Закону на забезпечення екологічної безпеки у сфері сільськогосподарського землекористування зумовлюється регулюванням вимог щодо транспортування, зберігання, застосування, утилізації, знищення та знешкодження пестицидів і агрохімікатів, порядку застосування (ст. 12), а також особливостей їх застосування (ст. 13). Це пов'язано, насамперед, із тим, що основною особливістю пестицидів є їх висока біологічна активність відносно живих організмів. Будь-який пестицид являє собою загрозу для життя та здоров'я людини. Саме тому законодавець у ст. 18 Закону України «Про пестициди та агрохімікати» окреслює вимоги щодо безпечності сільськогосподарської сировини, яка, у свою чергу, вирощується на земельній ділянці певного якісного стану.

Крім того, певні вимоги щодо забезпечення екологічної безпеки у сфері сільськогосподарського землекористування зумовлює Порядок видачі Декларації щодо додержання регламентів застосування засобів захисту рослин при виробництві сільськогосподарської продукції, який затверджено наказом Головдержзахисту України від 11.11.2010 р. № 35. Зазначений документ має на меті недопущення виробництва сільськогосподарської продукції з перевищенням вмісту максимально допустимого рівня залишкових кількостей засобів захисту рослин.

Наказом Міністерства охорони здоров'я України від 11.05.2010 р. № 391 затверджені також Критерії заборони чи суворого обмеження використання окремих небезпечних хімічних речовин, у тому числі пестицидів, за показниками їх небезпечності для здоров'я людини та навколишнього природного середовища. Критерії розроблені відповідно до вимог Роттердамської конвенції про процедуру попередньої обґрунтованої згоди відносно окремих небезпечних хімічних речовин і пестицидів у міжнародній торгівлі, а також Регламенту ЄС «Про реєстрацію, оцінку, авторизацію і обмеження хімічних речовин та препаратів (REACH)» від 18.12.2006 р. № 1907/2006. Метою їх прийняття слід вважати охорону здоров'я людини та навколишнього природного середовища, створення переліку окремих хімічних речовин, що підпадають під процедуру одержання попередньої обґрунтованої згоди при експорті, імпорті та транзиті їх через територію України. Отже, прийняття зазначеного документа є кроком до створення системи інформування про заборонені або суворо обмежені у використанні хімічні речовини.

Заслугує на увагу той факт, що не меншу загрозу сільськогосподарському землекористуванню становлять залишки непридатних до використання пестицидів та агрохімікатів. Накопичення непридатних до використання пестицидів в Україні розпочалося в 70-х роках минулого століття після заборони до використання декількох видів пестицидів. Процес накопичення відбувався безконтрольно, неодноразово змінювалися власники складів пестицидів. Це призвело до виникнення великої кількості безхазяйних пестицидів, втрати документації, руйнування складів, тари й пакувальних матеріалів [2, с. 22]. Незважаючи на те, що порядок вилучення, утилізації та знешкодження непридатних або заборонених до застосування пестицидів та агрохімікатів визначений постановою Кабінету Міністрів України від 27.03.1996 р. № 354, проблема їх утилізації залишається не вирішеною. Це пов'язано з відсутністю відповідних потужностей в Україні, що зумовлює необхідність вивезення їх до спеціальних пунктів утилізації за межі України. Крім того, на нашу думку, однією із причин загострення проблем щодо утилізації непридатних до використання пестицидів та агрохімікатів є відсутність належного фінансового забезпечення.

Важливим чинником екологічно орієнтованого сільськогосподарського землекористуван-

ня слід вважати дотримання науково обґрунтованих сівозмін. Роль сівозмін полягає у збереженні та примноженні вмісту гумусу й інших поживних речовин у ґрунті, запобігання їх вимиванню та вивітрюванню, протидії забур'яненню орних земель [3, с. 25]. З огляду на екологічно безпечне землекористування гострою залишається потреба запровадження обмеження площ сільськогосподарських культур, що завдають шкоди родючості ґрунтів. Зокрема, ст. 22 Земельного кодексу (далі – ЗК) України встановлює, що земельні ділянки сільськогосподарського призначення для ведення товарного сільськогосподарського виробництва використовуються відповідно до розроблених і затверджених у встановленому порядку проектів землеустрою, що забезпечують еколого-економічне обґрунтування сівозмін та впорядкування угідь і передбачають заходи з охорони земель. Закон України «Про охорону земель» від 19.06.2003 р. № 962-IV передбачає встановлення нормативів оптимального співвідношення культур у сівозмінах у різних природно-сільськогосподарських регіонах із метою досягнення високих і стабільних урожаїв, запобігання виснаженню та втраті родючості ґрунтів унаслідок ґрунтової (ст. 33¹). З метою реалізації зазначених законодавчих положень постановою Кабінету Міністрів України від 11.02.2010 р. № 164 затверджені Нормативи оптимального співвідношення культур у сівозмінах у різних природно-сільськогосподарських регіонах. Нормативи встановлені для Поліського, Лісостепового, Північностепового, Південностепового та Передкарпатського регіонів. При цьому встановлені допустимі нормативи періодичності вирощування культури на одному і тому самому полі. Наприклад, для цукрового та кормового буряку, ріпаку озимого й ярого – не менше, ніж через три роки; для соняшника – не менше, ніж через сім років тощо. Проте на практиці такі нормативи фактично не дотримуються, оскільки суб'єкти господарювання мають на меті, передусім, якнайшвидше отримання прибутку.

Забезпечення пріоритету вимог екологічної безпеки у сфері сільськогосподарського землекористування зумовлює об'єктивне існування проблеми щодо утилізації та використання сільськогосподарських відходів. Відповідно до ст. 1 Закону України «Про відходи» від 05.03.1998 р. № 187/98-ВР відходами визнаються будь-які речовини, матеріали і предмети, що утворюються у процесі людської діяльності, не мають подальшого використання за місцем утворення чи виявлення й яких їх власник повинен позбутися шляхом утилізації чи видалення. Проте таке визначення є неповним щодо сільськогосподарських відходів. Адже продукти життєдіяльності сільськогосподарських тварин не можна вважати речовинами, що утворюються у процесі людської діяльності. Тому на найнебезпечніші органічні відходи законодавство про відходи не поширюється [4, с. 432].

Крім того, на законодавчому рівні залишається поза увагою проблема використання сіль-

ськогосподарських відходів як сировини для виробництва біологічних видів палива (біопалива), що виготовляється з біологічно відновлювальної сировини, тобто біомаси. Саме біомаса й є відходами сільського господарства (ст. 1 Закону України «Про альтернативні види палива» (в редакції від 21.05.2009 р. № 1391-VI). Вирішення питань щодо поводження з відходами сільськогосподарського виробництва сприятиме не лише забезпеченню екологічної безпеки у сфері сільськогосподарського землекористування й охорони земель і ґрунтів від забруднення відходами, а й опануванню нетрадиційними та відновлювальними джерелами енергії, які є важливими факторами підвищення рівня енергетичної безпеки та зниження антропогенного впливу на довкілля.

Отже, з метою вирішення специфічних питань, пов'язаних із поводженням з відходами сільського господарства та перспективами їх подальшого використання як вторинної сировини, доцільно було б, на нашу думку, встановити окремий правовий режим для відходів сільського господарства (рослинництва та тваринництва). Без виокремлення зазначеного Закон України «Про відходи» залишається декларативним. Крім того, вважаємо, що вирішенню проблем у сфері поводження з відходами виробничої діяльності сприятиме запровадження «чистих» технологій, тобто безвідходного виробництва.

Особливе значення у сфері забезпечення екологічно збалансованого сільськогосподарського землекористування має перспектива ведення органічного землеробства. При цьому заслуговує на увагу думка експертів, які вважають, що Європа згодом не купуватиме зерно й іншу агропродукцію, вирощену на хімікатах, Україна залишиться житницею Європи, якщо вироблятиме екологічно чисту продукцію. Адже на сьогодні потреба в екологічно чистих продуктах у Франції задоволена лише на 36–40 %, у Німеччині та Великобританії – ще менше. При цьому їх вартість на 25–300 % вища, ніж звичайних [5, с. 17]. Зрозуміло, що виробництво екологічно чистої продукції можливе лише на сільськогосподарських землях, придатних для ведення органічного виробництва.

З метою правового врегулювання зазначеної діяльності виникає потреба у прийнятті Закону України «Про органічне виробництво», спрямованого на визначення правових, економічних і соціальних засад ведення органічного сільськогосподарського виробництва, вимог щодо виробництва, переробки та реалізації органічної продукції, поліпшення стану здоров'я населення, охорону довкілля, забезпечення раціонального природокористування. Безумовно, прийняття зазначеного законодавчого акта буде кроком уперед щодо правового врегулювання відносин у зазначеній сфері.

Проект Закону України «Про органічне виробництво» (реєстр. № 7003 від 19.07.2010 р.) (далі – Проект) з точки зору екологічно безпечного сільськогосподарського землекористування має певні положення, що потребують суттє-

вого вдосконалення. Зокрема, якість сільськогосподарської продукції, виробництво якої неможливе без використання земель сільськогосподарського призначення, повинна відповідати певним показникам. Зазвичай такі показники визначаються в нормативних документах щодо якості самої продукції, якісного стану земель сільськогосподарського призначення (а саме – ґрунтів), щодо технологій вирощування сільськогосподарських культур, маркування продукції тощо. Але Проект не визначає вимог, пов'язаних із нормуванням у зазначеній сфері, тобто такі важливі питання, як стандартизація та нормування залишилися поза увагою. Доцільно було б уточнити склад показників, їх основні параметри, що мають встановлюватися відповідними стандартами, нормами та нормативами. Іншими словами, ст. 17 Проекту, яка регулює придатність земель для виробництва органічної продукції, потребує уточнення.

Аналіз положень проекту Закону України «Про органічне виробництво» свідчить, що значна увага в ньому приділяється Правилам органічного виробництва (статті 12–14, 18 та ін.), розроблення яких віднесене до повноважень Міністерства аграрної політики та продовольства України, а затвердження – Кабінету Міністрів України, тобто на рівень підзаконної правотворчості. Крім того, низка важливих питань у сфері органічного виробництва (наприклад, порядок здійснення державного нагляду (контролю), маркування органічної продукції, сертифікація органічного виробництва тощо) передбачає прийняття численних законодавчих і підзаконних нормативно-правових актів для своєї реалізації. Вважаємо це не обґрунтованою позицією законодавця. Адже охорону життя та поліпшення основних показників стану здоров'я людей слід розглядати як один із найважливіших напрямів діяльності нашої держави щодо забезпечення екологічної безпеки. Саме тому Закон України «Про органічне виробництво» повинен містити норми прямої дії.

Суттєвим недоліком зазначеного Проекту є відсутність системного підходу до питань юридичної відповідальності за правопорушення у сфері органічного виробництва. На нашу думку, доцільно б було конкретно виокремити склади правопорушень, а також визначити види юри-

дичної відповідальності за правопорушення у цій сфері.

Слід зазначити, що ми проаналізували лише деякі правові аспекти забезпечення екологічної безпеки у сфері сільськогосподарського землекористування. Чинне законодавство, правова доктрина та практика можуть слугувати підґрунтям для подальших наукових досліджень у зазначеній сфері суспільних відносин.

Викладене дозволяє зробити **висновок**, що зважаючи на масштабність екологічних проблем і необхідність забезпечення права громадян на безпечне для життя та здоров'я довкілля, питання правового забезпечення вимог екологічної безпеки у сфері сільськогосподарського землекористування з огляду на пріоритетність останніх посідають важливе значення для подальшого реформування в Україні земельних та аграрних відносин. На нашу думку, правове забезпечення екологічної безпеки у сфері сільськогосподарського землекористування має провадитись у межах: помірного застосування хімічних препаратів; дотримання еколого-економічного обґрунтування сівозмінів і впорядкування угідь; вирішення проблем щодо утилізації та використання сільськогосподарських відходів; створення умов для впровадження органічного землеробства й еколого-орієнтованих технологій ведення сільського господарства; охорони ґрунтів шляхом встановлення вимог щодо належного обробітку земель сільськогосподарського призначення (зокрема, запобігання ущільнення земель засобами сільськогосподарської техніки), а також вжиття превентивних заходів, спрямованих на попередження погіршення стану ґрунтів, тощо.

Література

1. *Андрейцев В. І.* Конституційно-правові засади національної екологічної безпеки // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. – 2001. – Вип. 41. – С. 5–20.
2. *Яцук В.* Насамперед – безпека обігу хімічних речовин // Пропозиція. – 2010. – № 10. – С. 20–22.
3. *Бойко Л.* Екологічні загрози і земельні відносини: як вийти з критичної ситуації? // Землепорядний вісник. – 2010. – № 9. – С. 23–25.
4. *Аграрне право України* / За ред. О. О. Погрібного. – К., 2004.
5. *Іщенко Д.* Прийняти закон, щоб не втратити ринок // Урядовий кур'єр. – 2010. – 24 лютого.

In article was analyzed some legal aspects of maintenance of requirements of ecological safety in area of farmlands, also was analyzed the factors which cause safety of use of farmlands.

В статті аналізуються правові аспекти забезпечення вимог екологічної безпеки в області сільськогосподарського землекористування, виділяються фактори, які обумовлюють безпеку використання земель сільськогосподарського призначення.



ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ЯКОСТІ СІЛЬСЬКОСПОДАРСЬКОЇ ПРОДУКЦІЇ В ПРОЦЕСІ ЇЇ ВИРОБНИЦТВА

Сергій Бугера,

канд. юрид. наук,
старший науковий співробітник
Національної академії аграрних наук України

У статті досліджуються проблеми правового регулювання якості сільськогосподарської продукції в процесі її виробництва, зокрема, аналізується стан законодавства з цих питань.

Ключові слова: сільськогосподарська продукція, якість, виробництво, правове регулювання.

Забезпечення належного рівня сільськогосподарської продукції є однією з базових основ сільськогосподарського товарного виробництва. Ефективне вирішення цього питання можливе за умови використання комплексного підходу, який би забезпечував поєднання раціонального використання природно-ресурсного потенціалу та сучасних енергозберігаючих технологій. Особливого значення набуває правове забезпечення цього процесу, оскільки, як свідчить світовий досвід, ефективне аграрне виробництво передбачає наявність відповідної законодавчої бази.

На думку В. Петрини, поняття «якість сільськогосподарської продукції» в правовому розумінні – це не ступінь відповідності властивостей продукції рівню вимог, що пред'являються до неї згідно з діючими нормативними документами, і не сукупність властивостей продукції, що закріплені у нормативних актах, а *сукупність закріплених у праві ознак продукції*. Іншими словами, якість сільськогосподарської продукції в правовому сенсі – це сукупність нормованих ознак продукції, що характеризують її токсикологічну безпеку та придатність задовольняти потребу людей у продуктах харчування, а промисловості – в сировині. На нашу думку, таке визначення відповідає соціальному управлінню, об'єктом якого є люди, їх поведінка, на відміну від технологічного управління, де об'єктом виступають предмети праці, їх властивості [1, с. 7–8].

Метою цієї статті є вдосконалення правового регулювання якості сільськогосподарської продукції в процесі її виробництва, дослідження стану законодавства з даного питання та розроблення відповідних доповнень щодо забезпечення встановленого рівня якості продукції.

Слід зазначити, що до масиву законодавства, яке регулює процес виробництва сіль-

ськогосподарської продукції й її якість належать закони України: «Про колективне сільськогосподарське підприємство» від 14.02.1992 р. № 2114-XII, «Про особисте селянське господарство» від 15.03.2003 р. № 742-IV, «Про сільськогосподарську кооперацію» від 17.07.1997 р. № 469/97-ВР, «Про безпечність та якість харчових продуктів» від 23.12.1997 р. № 771/97-ВР, «Про пріоритетні напрями інноваційної діяльності в Україні» від 16.01.2003 р. № 433-IV, «Про пестициди і агрохімікати» від 02.03.1995 р. № 86/95-ВР та ін.

Особливістю сільського господарства є те, що в ньому одночасно діють економічні та біологічні закони, а основним засобом виробництва є земля. З метою забезпечення сільського господарства основними засобами виробництва Земельний кодекс (далі – ЗК) України передбачає у складі земель категорію земель сільськогосподарського призначення. При цьому сільське господарство об'єднує тісно пов'язані між собою комплексні галузі: рослинництво та тваринництво [2, с. 493]. На думку В. Уркевича, під сільськогосподарською діяльністю слід розуміти в широкому аспекті виробництво, переробку та реалізацію (збут) сільськогосподарської продукції й (або) обслуговування сільськогосподарської діяльності [3, с. 15].

Згідно із ст. 14 Податкового кодексу (далі – ПК) України від 02.12.2010 р. № 2756-VI сільськогосподарський товаровиробник – це юридична особа незалежно від організаційно-правової форми, яка займається виробництвом сільськогосподарської продукції та/або розведенням і виловом риби у внутрішніх водоймах (озерах, ставках, водосховищах), її переробкою на власних чи орендованих потужностях, у тому числі власно виробленої сировини на давальницьких умовах, та здійснює операції з її постачання.

Питання правової регламентації забезпечення якості сільськогосподарської продукції (передусім харчового призначення) в

процесі її виробництва більш докладно регламентується правовими нормами Закону України «Про безпечність та якість харчових продуктів». Зокрема, *належна практика виробництва* – це практика виробництва харчових продуктів, допоміжних засобів і матеріалів для виробництва й обігу харчових продуктів, необхідна для виробництва безпечних та якісних продуктів, що відповідають технічним регламентам, санітарним заходам та іншим вимогам, що визначені у цьому Законі (ст. 1). Виробник сільськогосподарської продукції, призначеної для споживання людиною, харчових продуктів, харчових добавок, ароматизаторів або допоміжних матеріалів для переробки зобов'язаний видавати декларацію виробника на такі об'єкти під час введення їх в обіг. *Декларація виробника* засвідчує відповідність харчових продуктів, харчових добавок, ароматизаторів або допоміжних матеріалів для переробки вимогам, визначеним у декларації за умови, що вимоги, встановлені виробником, виконуються протягом подальших дій. Виробник, що видає таку декларацію, повинен мати документальні докази її дійсності. Такими документальними доказами визнаються, зокрема, протоколи вимірювань, досліджень, проведених акредитованою лабораторією, документи про впровадження на виробництві систем аналізу ризиків і контролю (регулювання) у критичних точках (НАССР) або аналогічних систем забезпечення безпечності й якості вироблених товарів, експлуатаційні дозволи та документи про результати державного контролю, державного нагляду санітарної та/або ветеринарної служби відповідно. Згідно із ст. 27 Закону для забезпечення безпечності харчових продуктів, вироблених в Україні, забороняється, зокрема, використання харчових продуктів як інгредієнтів для виробництва, включаючи сільськогосподарську продукцію, якщо вони містять небезпечні фактори на рівнях, що перевищують обов'язкові параметри безпечності.

Слід зазначити, що показники якості сільськогосподарського напряду безпосередньо залежать від якісного стану земель сільськогосподарського призначення. Зокрема, згідно із ст. 22 ЗК України землями сільськогосподарського призначення визнаються землі, надані для виробництва сільськогосподарської продукції, здійснення сільськогосподарської науково-дослідної та навчальної діяльності, розміщення відповідної виробничої інфраструктури або призначені для цих цілей. До земель сільськогосподарського призначення належать: сільськогосподарські угіддя (рілля, багаторічні насадження, сіножаті, пасовища та перелоги); несільськогосподарські угіддя (господарські шляхи та прогони, полезахисні

лісові смуги й інші захисні насадження, крім тих, що віднесені до земель лісгосподарського призначення, землі під господарськими будівлями та дворами, землі тимчасової консервації тощо).

Згідно із Концепцією Державної цільової програми розвитку земельних відносин в Україні на період до 2020 р. (розпорядження Кабінету Міністрів України від 17.06.2009 р. № 743-р) на сьогодні ситуація щодо володіння, користування та розпорядження землею залишається складною і такою, що вимагає невідкладного поліпшення. Зокрема, відсутнє перспективне прогнозування розвитку земельних відносин, не визначена оптимальна модель сільськогосподарського землекористування. Низькою залишається ефективність використання земель у сільському господарстві через невизначеність системи регулювання земельних відносин, не завершено введення у повному обсязі в економічний оборот земельних ділянок і прав на них.

Відомо, що на показники якості продукції рослинництва впливають такі фактори, як ґрунтово-кліматичні умови вирощування культур, їх сортові та біологічні особливості, використання засобів хімізації, раціональність застосування добрив. В цілому від загальної культури землеробства залежить кінцева якість продукції не тільки рослинництва, а й тваринництва. Так, недостатній кількісний рівень каротину в зеленій масі викликає нестачу вітаміну А в молоці корів, що відповідно призводить до неповноцінності цього продукту харчування при споживанні людиною. Особливо важливим з точки зору кінцевої якості сільськогосподарської продукції є раціональне використання добрив. Зокрема, порушення технології використання азотних добрив може призвести до надлишку нітратів у продукції рослинництва.

Важливою проблемою є дотримання встановлених технологічних вимог щодо застосування пестицидів та агрохімікатів. Згідно із ст. 18 Закону України «Про пестициди і агрохімікати» сільськогосподарська сировина повинна відповідати санітарним вимогам щодо максимальних меж залишків пестицидів і агрохімікатів. Рішення про порядок використання сільськогосподарської сировини, що не відповідає цим вимогам, приймають органи державної санітарно-епідеміологічної служби та державної ветеринарної медицини відповідно до їх компетенції. Сільськогосподарська сировина, яка не може бути використана, підлягає вилученню, утилізації та знищенню у порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України.

Проблеми виробництва продукції тваринництва встановленої якості розглядаються в Концепції Державної цільової економічної

програми розвитку тваринництва на період до 2015 р. (розпорядження Кабінету Міністрів України від 23.12.2009 р. № 121-р), в якій, зокрема, вказується, що необхідно вжити заходів до підвищення інвестиційної привабливості тваринництва, технічної та технологічної модернізації виробництва продукції тваринного походження, поліпшення її якості та просування на зовнішній ринок, приведення системи контролю за безпечністю й якістю продукції тваринного походження і санітарного контролю у сфері її виробництва у відповідність із міжнародними вимогами.

Правова регламентація виробництва окремих видів сільськогосподарської продукції в законодавчій базі представлена недостатньо. Зокрема, згідно із ст. 13 Закону України «Про молоко та молочні продукти» від 24.06.2004 р. № 1870-IV суб'єкти господарювання – виробники молока, молочної сировини та молочних продуктів зобов'язані: дотримуватися вимог нормативних документів при виробництві молока, молочної сировини та молочної продукції, а також при їх зберіганні, транспортуванні, реалізації; забезпечувати контроль якості та безпеки продукції; вести в установленому законодавством порядку документацію, що підтверджує забезпечення належної якості та безпеки продукції; надавати необхідну для здійснення державного контролю і нагляду інформацію, документацію, зразки молока, молочної сировини, компонентів рецептури молочних продуктів для проведення лабораторних досліджень у кількості, передбаченій нормативно-правовими актами; за наявності виробничих потужностей забезпечувати повну переробку вторинної сировини, а в разі їх відсутності – реалізувати вторинну сировину підприємствам, які переробляють дану сировину або здійснюють її утилізацію.

Слід зазначити, що питання забезпечення якості сільськогосподарської продукції в процесі її виробництва остаточно не вирішені. Перш за все це стосується продукції галузі тваринництва. За даними Черкаської лабораторії ветеринарної експертизи Центрального ринку, смак м'яса залежить від того, наскільки ретельно дотримувалася технологія годівлі. Якщо птицю чи тварину перегодувати спеціальними добавками, то м'ясо не матиме природного смаку, а речовини, які там містяться, потраплять і до організму людини. Безумовно, в лабораторії могли б виявити, чим годували тварину чи птицю, однак такого завдання перед нею поки ніхто не ставить. Перш як допустити м'ясо до продажу, перевіряють наявність свідоцтва про те, що його привезли з благополучної в санітарному розумінні місцевості, досліджують його на свіжість і бактеріальну забрудненість. Визначити ж якість м'яса «на око»

дуже важко. Тим більше, що товаровиробники за місяць до забою тварини переводять її на повноцінне харчування, аби всі забруднюючі речовини з неї вийшли. Певною мірою вони домагаються свого, але частина штучних елементів все ж лишається, про що свідчать смак, консистенція та колір м'яса [4, с. 11].

Вітчизняне тваринництво поступово набирає обертів. Але якщо у свинарстві та птицеводстві нарощувати поголів'я господарствам дозволяють сприятливі ринкові умови, то збільшити стада великої рогатої худоби дозволить лише державна підтримка, вихід виробників на зовнішній ринок. У 2010 р. як пріоритетні з точки зору державної підтримки були виділені дві галузі – молочне скотарство та свинарство. Щоб експортувати до ЄС, вітчизняні виробники повинні пройти сертифікацію. Деякі господарства вже почали цей процес, але не відомо скільки він триватиме. Крім того, аграрний ринок Європи – один із найбільш захищених системою внутрішніх субсидій і державним протекціонізмом. Щоб пробити цей кордон держава має докласти певних зусиль [5, с. 12–13].

Висновки

Правове регулювання якості сільськогосподарської продукції в процесі її виробництва потребує вдосконалення в таких питаннях: правова регламентація належної практики виробництва щодо кожного виду сільськогосподарської продукції та забезпечення її якості; розробка та правове затвердження базового переліку кормів і кормових добавок, що можуть бути використані в технологічних процесах відповідно до виду сільськогосподарських тварин;

удосконалення чинного законодавства; нормативно-правове закріплення технологічних режимів ведення органічного виробництва сільськогосподарської продукції;

адаптація чинного законодавства з питань забезпечення якості сільськогосподарської продукції в процесі її виробництва до міжнародних вимог.

Зокрема, доцільно внести зміни та доповнення до таких законодавчих актів:

до абзацу 7 ст. 7 Закону України «Про пріоритетні напрями інноваційної діяльності в Україні» в редакції: «Стратегічним пріоритетним напрямом інноваційної діяльності в Україні на 2003–2013 роки є високотехнологічний розвиток сільського господарства та переробної промисловості, забезпечення встановленої якості сільськогосподарської продукції»;

до ст. 6 Закону України «Про колективне сільськогосподарське підприємство» в редакції: «Основними завданнями підприємства є

виробництво товарної продукції рослинництва та тваринництва встановленої якості, а також її переробка й інші види діяльності, спрямовані на задоволення інтересів членів підприємства, трудового колективу, всього населення України»;

до абзацу 1 ст. 1 Закону України «Про особисте селянське господарство» щодо поняття «особисте селянське господарство» в редакції: «Особисте селянське господарство – це господарська діяльність, що здійснюється без створення юридичної особи фізичною особою індивідуально або особами, які перебувають у сімейних чи родинних відносинах і спільно проживають, із метою задоволення особистих потреб шляхом виробництва, переробки та споживання сільськогосподарської продукції встановленої якості, реалізації її надлишків і надання послуг з використання майна особистого селянського господарства, у тому числі у сфері сільського зеленого туризму». Доцільно також внести доповнення до абзацу 24 ст. 7 щодо обов'язків членів особистого селянського господарства в редакції: «Члени особистого селянського господарства зобов'язані: дотримуватися діючих нормативів щодо якості сільськогосподарської продукції, санітарних, екологічних та інших вимог відповідно до законодавства»;

In the article problems of legal regulation of quality of agricultural production are investigated during its manufacture. A condition of the legislation on the given questions in particular is investigated.

В статті досліджуються проблеми правового регулювання якості сільськогосподарської продукції в процесі її виробництва, в частині аналізується стан законодавства по даним вопросам.

до абзацу 4 ст. 1 Закону України «Про сільськогосподарську кооперацію» щодо визначення поняття «сільськогосподарський виробничий кооператив» у редакції: «Сільськогосподарський виробничий кооператив – це юридична особа, створена шляхом об'єднання фізичних осіб, які є сільськогосподарськими товаровиробниками, для спільного виробництва продукції сільського, рибного та лісового господарства встановленої якості на засадах обов'язкової трудової участі у процесі виробництва».

Література

1. Петрина В. Н. Организационно-правовые вопросы обеспечения качества сельскохозяйственной продукции (на материалах Украинской ССР): дис. ... канд. юрид. наук. – К., 1990. – 16 с.
2. Юридична енциклопедія: У 6 т. – К., 2003. – Т. 5. – 736 с.
3. Уркевич В. Ю. Правові проблеми становлення сільськогосподарських кооперативів в умовах ринкової економіки України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2001. – 20 с.
4. Кирей В. М'ясо з «хімією» важко відрізнити від натурального // Урядовий кур'єр. – 2009. – № 117.
5. Гармаш Т. Меню з присмаком курки і свинини // Урядовий кур'єр. – 2010. – № 136.



ПРОБЛЕМИ ЕКОЛОГІЗАЦІЇ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

Марія Ващишин,

*доцент кафедри трудового, аграрного та екологічного права
Львівського національного університету ім. Івана Франка*

У статті досліджується стан і перспективи екологізації національного законодавства, аналізуються екологістичні норми міжнародного права, Конституції України, аграрного, цивільного та земельного законодавства України.

Ключові слова: екологізація національного законодавства, екологічний підхід, екологізація господарської діяльності.

Зростаюче антропогенне навантаження на довкілля у процесі суспільного виробництва та постійне погіршення середовища існування людини до критичного рівня зумовлює необхідність поглиблення екологічного підходу до економіки та права, адже шляхом екологізації вітчизняного законодавства здійснюється поступова екологізація господарської діяльності. Держава на підставі системи норм, що регулюють відносини у сфері довкілля, встановлює та забезпечує науково обгрунтоване співвідношення економічних (у сфері природокористування) й екологічних (підтримання сприятливого для людини стану навколишнього середовища) інтересів суспільства.

Окремим аспектам екологізації вітчизняного законодавства присвячені праці Н. Багай, Я. Гасцької-Колотило, Т. Діденко, Е. Шамсутдінова.

Метою цієї статті є з'ясування поняття й ознак екологізації національного законодавства, визначення ступеня екологізації окремих галузей законодавства України.

Аналіз основних тенденцій і напрямів розвитку сучасного екологічного законодавства, здійснений Т. Діденко, свідчить про активний процес його розширення й удосконалення шляхом прийняття нових нормативно-правових актів природоохоронної, природоресурсної й антропоохоронної спрямованості, розширення його системи за рахунок процесу екологізації інших галузей законодавства [1, с. 4]. Однак не можна однозначно стверджувати, що екологізація законодавства України зумовлює віднесення його до системи екологічного законодавства. *Екологізовані за змістом законодавчі норми зберігають свою галузеву належність.*

Екологічні проблеми проникають за межі державних кордонів; їх вже не можна подолати на рівні окремих держав чи навіть на регіональному рівні. Глобальності екологічної кризи можна протиставити лише послідовну міжнародну співпрацю, спрямовану на усунення причин її поглиблення. Така співпраця має бути реалізована, передусім, на основі міжнародної екологічної політики, прийняття належного

екологічного законодавства та впровадження механізмів контролю за його реалізацією на національному та локальному рівнях [2, с. 317–321]. *Екологізація національного законодавства відбувається з урахуванням міжнародного досвіду у сфері охорони довкілля.*

Стурбована станом довкілля й екологічними проблемами людства католицька Церква. Вагомим вкладом у справу збереження природи є екологічне вчення папи Івана Павла II. Понтифік неодноразово вказував, що необдумане застосування досягнень науково-технічного прогресу спричиняє тривалі негативні наслідки. У багатьох випадках завдана довкіллю шкода виглядає незворотною, в інших вона ще може бути відвернена, тому необхідно, щоб суспільство — окремі люди, держави та міжнародні організації усвідомили свою відповідальність [3, с. 37–38].

Екологічне вчення папи Івана Павла II стоїть на ґрунті й юридичних аспектів екологічної проблеми. У своєму посланні з нагоди Всесвітнього дня миру 1 січня 1999 р. Понтифік пов'язав захист людської гідності з правом на здорове довкілля. У цьому контексті очевидно стає динаміка відносин між окремою особою та суспільством. Пакет міжнародних, регіональних і національних норм відносно довкілля поступово надає цьому праву юридичної форми [3, с. 75].

Загострення екологічної кризи зумовило формування екологічного підходу, який зародився наприкінці XX ст. й ілюструє перехід від антропоцентристського до біоцентристського типу розвитку людства. Саме комплексний екологічний підхід, що пронизуватиме всі сфери суспільного життя, дозволить досягти стабілізації та наступного поліпшення екологічної обстановки, гарантувати екологічну безпеку, забезпечити сталий розвиток суспільства. В умовах взаємопроникнення різноманітних галузей права та законодавства, як зазначає Е. Шамсутдінов, екологічний підхід стає одним із найважливіших спеціальних засобів дослідження правової науки [4, с. 3], а *нормативним втіленням екологічного підходу є екологізація законодавства.*

Дослідження проблеми екологізації законодавства ґрунтується, насамперед, на положеннях, що є узагальненнями принципів міжнарод-

ного права навколишнього середовища, адже саме *норми міжнародного екологічного права визначають перспективи розвитку національного екологічного законодавства*.

Система спеціальних (галузевих) принципів міжнародного права навколишнього природного середовища найповніше зафіксована у Стокгольмській декларації з навколишнього середовища, Декларації Ріо-де-Жанейро з навколишнього середовища і розвитку та у Всесвітній хартії природи, що є актами універсального характеру. Закріплені цими деклараціями принципи є орієнтиром для всього світового співтовариства у забезпеченні глобальної екологічної рівноваги [5, с. 759]. Одним із найважливіших принципів міжнародного права навколишнього природного середовища є принцип сталого розвитку: політика держав повинна розроблятися з урахуванням економічного, *екологічного* та соціального аспектів, а досягнення цілей в одній із сфер політики не повинна стримувати прогрес в іншій.

Одним із пріоритетних напрямів діяльності Європейського Союзу є стале управління природними й екологічними ресурсами (створення стратегічного партнерства з міжнародними організаціями, урядами та заінтересованими особами для сприяння сталому управлінню водними ресурсами; ініціатива співпраці у сфері енергетики; заохочення інвестицій у сталий та екологічний вид транспорту тощо) [6, с. 87]. Принцип інтеграції екологічних питань у розроблення та застосування інших видів політики, який є важливим для досягнення сталого розвитку, закріплений Маастрихтським договором про заснування *Європейського Союзу*. Тим самим *Європейський Союз* визнав пріоритетність вирішення екологічних проблем і прийняття екологічно значущих рішень при розробленні політики в інших сферах суспільного життя.

В умовах колізії екологічних та економічних інтересів суспільства потреба екологізації законодавства найбільш очевидна й актуальна, оскільки її належне вирішення сприяє підвищенню ефективності правової охорони навколишнього природного середовища, поліпшенню екологічної ситуації в країні, забезпеченню природних умов життя в цілому [4, с. 5]. Однак не можна повністю погодитися з Е. Шамсутдіновим у тому, що поняття «екологізація законодавства» в сучасних умовах має доволі широке застосування лише в науці екологічного права [4, с. 8].

Втіленням принципу екологізації законодавства на національному рівні є ч. 7 ст. 41 Конституції України, норми якої визначають конституційні засади права власності в Україні: використання власності не може завдавати шкоди правам, свободам та гідності громадян, інтересам суспільства, погіршувати екологічну ситуацію і природні якості землі. Право приватної власності не є абсолютним, суспільні інтереси охорони довкілля домінують над інтересами власника.

У переліку конституційних прав можна виділити право на безпечне для життя та здоров'я

довкілля, на відшкодування завданої порушенням цього права шкоди; право вільного доступу до інформації про стан довкілля та право на її поширення (ст. 50 Конституції України). Разом із тим Т. Діденко вказує на необхідність посилення екологізації норм Конституції України, адже її положення повинні бути єдиним орієнтиром для всієї системи національного законодавства, у тому числі екологічного [1, с. 11].

Статтею 66 Конституції України передбачено обов'язок не заподіювати шкоду природі та відшкодовувати завдані збитки. За недотримання цього конституційного обов'язку та порушення екологічних вимог передбачена юридична відповідальність. Норми комплексного інституту юридичної відповідальності за порушення екологічного законодавства містяться в природо-ресурсових джерелах, а санкції за вчинення екологічних правопорушень передбачені у главі 7 Кодексу про адміністративні правопорушення (далі – КпАП) «Адміністративні правопорушення в галузі охорони природи, використання природних ресурсів, охорони пам'яток історії та культури» і розділі VIII Кримінального кодексу (далі – КК) України «Злочини проти довкілля».

Цивільний кодекс (далі – ЦК) України відтворює ст. 50 Конституції України і на розвиток конституційного положення про право на безпечне для життя та здоров'я довкілля як особистого немайнового права, що забезпечує природне існування фізичної особи, передбачає, що діяльність фізичної й юридичної особи, яка призводить до нищення, псування, забруднення довкілля, є незаконною. Кожен має право вимагати припинення такої діяльності. Діяльність, що завдає шкоди довкіллю, може бути припинена за рішенням суду (ст. 293 ЦК України).

Запровадивши інститут емфітевзису (права користування чужою земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб), законодавець передбачив обов'язок землекористувача ефективно використовувати земельну ділянку відповідно до її цільового призначення, підвищувати її родючість, застосовувати природоохоронні технології виробництва, утримуватися від дій, що можуть призвести до погіршення екологічної ситуації (ст. 410 ЦК України). Ці екологізовані положення цивільного законодавства передбачають обмеження у використанні земель, що не характерно приватно-правовому регулюванню.

Серед усіх галузей національного законодавства України (крім власне екологічного) *найповніше закріплення екологічного підходу спостерігається у земельному законодавстві*. Відповідно до ст. 5 Земельного кодексу (далі – ЗК) України земельне законодавство базується на принципі пріоритету вимог екологічної безпеки. Це закономірно, адже земля є базовим природним ресурсом і нерациональне її використання призведе до порушення екологічної рівноваги.

Саме норми ЗК України, законів України «Про охорону земель», «Про охорону навколишнього природного середовища», «Про державний контроль за використанням та охороною

земель» та окремі положення інших законів містять екологічні вимоги, покликані запобігати негативному впливу на землі, не допускати погіршення родючості ґрунтів, деградації земель, їх нецільового та нерационального використання.

Правовий інститут охорони земель найбільшою мірою пронизаний екологічними вимогами. Відповідно до ст. 163 ЗК України завданнями охорони земель є забезпечення збереження та відтворення земельних ресурсів, екологічної цінності природних і набутих якостей земель. Забезпечення екологічної безпеки та підтримання екологічної рівноваги на території України відповідно до ст. 16 Конституції України є обов'язком держави. Як зазначає О. Вівчаренко, з урахуванням цього конституційного положення формується державна політика у сфері охорони земель в Україні [7, с. 30].

На основі сформульованого Е. Шамсутдіновим загального визначення екологізації законодавства як процесу юридичного оформлення антропогенної діяльності людини відповідно до сучасних екологічних вимог [4, с. 130], можна запропонувати визначення *екологізації земельного законодавства як послідовного та закономірного процесу вдосконалення правової охорони земель, що юридично оформлений відповідно до сучасних екологічних вимог, зокрема вимог екологічної безпеки*. Екологізація земельного законодавства повинна не лише бути перспективним напрямом земельно-правових досліджень, а й мати нормативний характер. Тому *перелік принципів земельного законодавства необхідно доповнити принципом екологізації, який справлятиме цілеспрямований вплив на підвищення ефективності правового регулювання земельних відносин як у сфері сільськогосподарського землевикористання (правової охорони ґрунтів), так і в процесі раціонального використання земель інших категорій*.

Процес екологізації пронизує й інші галузі сучасного національного законодавства, зокрема – аграрне, адміністративне, господарське, кримінальне, однак представники цих галузевих правових наук лише розпочали комплексні дослідження зазначеної проблеми. Так, Н. Багай вважає, що екологізація аграрного законодавства полягає у втіленні екологічних принципів і вимог у змісті нормативно-правових актів, які регулюють сільськогосподарську виробничу діяльність [8, с. 118]. На думку Л. Усманової, основним завданням такої екологізації є нормативне закріплення оптимальної міри впливу аграрного виробництва на навколишнє природне середовище з урахуванням специфіки такого впливу [9, с. 27]. Однак не тільки аграрне виробництво впливає на стан довкілля, а й сільське господарство суттєво залежить від природно-кліматичних факторів. Тому при екологізації аграрного законодавства необхідно враховувати цей подвійний зв'язок. Важливим аргументом на користь необхідності прийняття аграрних законів, які б містили екологічні імперативи, є прагнення України до консолідації з Європейським Співтова-

риством, що неможливо зробити без узгодження українського законодавства із законодавством ЄС у сфері регламентації аграрних відносин [10, с. 58].

Слід зазначити, що аграрне законодавство України недостатньо екологізоване, позитивні зрушення відбулися лише у правовому забезпеченні безпечності та якості сільськогосподарської продукції, продовольчої сировини, а також вирощування продуктів дитячого і дієтичного харчування у спеціальних сировинних зонах, які розташовуються в екологічно чистій місцевості. *Перспективним напрямом розвитку аграрного законодавства України має стати правове забезпечення органічного сільськогосподарського виробництва з вирощування екологічно безпечної продовольчої продукції*. Як екологізація аграрного законодавства України є необхідною умовою екологізації сільського господарства як галузі матеріального виробництва, що відповідає стратегічним державним цілям і потребам сталого розвитку [8, с. 119], так і *екологізація національного законодавства є необхідною передумовою екологізації суспільних господарських відносин, врегульованих правом*.

Генеральною схемою планування території України, затвердженою Законом України від 07.02.2002 р. передбачено:

- надзвичайно високий, економічно й екологічно необґрунтований рівень господарського (передусім сільськогосподарського) освоєння території;

- надмірне техногенне навантаження на довкілля, високий ступінь його забруднення та природно-техногенної небезпеки в нашій державі, тому одним із стратегічних напрямів використання території України визнано формування національної екологічної мережі як складової Всеевропейської екологічної мережі та підтримання життєзабезпечуючих функцій довкілля, створення необхідних умов для реструктуризації та зниження антропогенного впливу на нього до екологічно допустимого рівня. Зазначене положення свідчить про необхідність посилення екологізації всієї містобудівної документації. Зона національної екологічної мережі є об'єктом особливого правового режиму переважного використання для забезпечення формування єдиної територіальної системи природоохоронних територій і невідновлюваного використання рекреаційних, оздоровчих та інших ресурсів.

Законодавство України про надра містить вимоги, згідно з якими у проєктах будівництва гірничодобувних об'єктів, об'єктів із переробки мінеральної сировини, при розробці родовищ корисних копалин мають передбачатися та забезпечуватися заходи, що гарантують безпеку людей і навколишнього природного середовища (статті 50, 53 Кодексу України про надра).

На взаємозв'язок екологічного права з екологізацією інших галузей законодавства звертав увагу В. Петров, який зазначав, що фундаментальні галузі права є базою для формування

основних норм та інститутів екологічного права. Разом із тим норми екологічного права є основою для екологізації інших галузей права, так чи інакше пов'язаних своїми інститутами чи нормами із сферою взаємодії суспільства та природи [11, с. 77]. Саме В. Петрова, який довго та плідно досліджував проблеми правової охорони природи, можна вважати засновником теорії екологізації. Визначаючи структуру еколого-правового механізму охорони навколишнього природного середовища, він виділяв у ньому такі складові елементи:

- природоохоронні норми, що виконують функції базових еколого-правових
- вимог, адресованих усім природокористувачам;
- екологізовані норми господарського законодавства, що виконують функції
- конкретизації еколого-правових вимог природоохоронного законодавства
- стосовно планування, проектування, будівництва, реконструкції, експлуатації
- виробничо-господарських об'єктів і комплексів;
- екологізовані норми адміністративного, цивільного, кримінального, трудового, інших галузей законодавства, що здійснюють функції закріплення матеріальних, організаційних і правових гарантій дотримання еколого-правових норм [12, с. 22–23], тобто охоронні норми комплексного правового інституту, які застосовуються при притягненні винних осіб до юридичної відповідальності за порушення екологічних вимог.

Висновки

Аналіз чинних норм національного законодавства свідчить про позитивну тенденцію до його певної екологізації, однак загальний стан екологізації законодавства України залишається незадовільним. Екологічний підхід потрібно втілювати у господарському, фінансовому, транспортному, муніципальному законодавстві, поглиблювати в аграрному, містобудівному та надровому законодавстві. Для системного й уніфікованого закріплення екологічних вимог у правових нормах необхідне наукове обґрунтування

правотворчості, результати якої можуть впливати на відносини у сфері довкілля. *Екологізацію національного законодавства можна визначити як урахування та дотримання екологічних вимог у процесі нормопроєктування, найважливішим результатом якого є екологізація господарської діяльності, що має на меті охорону, відтворення і збереження довкілля в усіх сферах суспільного життя.*

Література

1. Діденко Т. І. Становлення та розвиток екологічного законодавства України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Запоріжжя, 2011. – 19 с.
2. Крисаченко В., Хилько М. Екологія: Культура. Політика. Концептуальні засади сучасного розвитку. – К., 2002.
3. *Екологічне* вчення Церкви: Папа Іван Павло II на тему створіння та екології. – Івано-Франківськ, 2006. – 100 с.
4. Шамсутдинов Э. Р. Проблемы экологизации российского законодательства. – М., 2010. – 144 с.
5. *Екологічне* право України: Академічний курс / За ред. Ю. С. Шемшученка. – К., 2005. – 848 с.
6. Микієвич М. М., Андрусевич Н. І., Будякова Т. О. Європейське право навколишнього середовища. – Л., 2004. – 256 с.
7. Вівчаренко О. А. Правова охорона земель в Україні. – К., 2010. – 336 с.
8. Багай Н. О. Питання екологізації аграрного законодавства України // Сучасні екологічні проблеми та методика викладання еколого-правових дисциплін: Республіканська наук.-практ. конф. / За ред. А. П. Гетьмана. – Х., 2010. – С. 118–119.
9. Усманова Л. Ф. Правовое регулирование природопользования и охраны окружающей среды в аграрном секторе экономики: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – Уфа, 2000. – 48 с.
10. Гаєцька-Колотило Я. З. Проблеми екологізації аграрного законодавства // Екологічне законодавство України: стан та перспективи розвитку: Матеріали міжнар. наук.-практ. конф. – Х., 2008. – С. 57–60.
11. Петров В. В. Экологическое право России. – М., 1995.
12. *Правовая охрана природы* / Под ред. В. В. Петрова. – М., 1980.

In the article the status and prospects of the ecologization of the national legislation are researched, the norms of the international environmental law, the Ukraine's Constitution, agricultural, civil and land legislation of Ukraine are analyzed.

В статье исследуются состояние и перспективы экологизации национального законодательства, анализируются нормы международного права, Конституции Украины, аграрного, гражданского и земельного законодательства Украины.



ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ ГРОМАДЯН УКРАЇНИ НА ЗЕМЛЮ

Лариса Мілімко,

*доцент кафедри господарсько-правових дисциплін
Національного університету державної податкової служби України*

У статті аналізується ситуація, пов'язана із захистом права власності громадян на землю в процесі їх приватизації й одержання безоплатно у власність із земель державної та комунальної власності.

Ключові слова: право власності, поліпшення, титул, обмеження прав на землю, територіальна громада, орган місцевого самоврядування.

В умовах продовольчої кризи українські землі стають предметом особливої уваги для багатьох країн світу, у зв'язку з чим основним завданням держави є забезпечення своїм громадянам права власності на землю, адже для українців земля залишається однією з найбільших цінностей, гарантією їх економічного благополуччя та добробуту.

Проблемним при забезпеченні права власності на землю громадянам є етап надання у власність земель. Саме цим зумовлена необхідність наукового обґрунтування ситуації, що склалася, та підготовка пропозицій щодо вдосконалення законодавства у сфері забезпечення права власності на землю громадянам України при набутті у власність земельних ділянок.

Означена проблематика була об'єктом дослідження багатьох учених, зокрема В. Андрійцева, В. Носіка, О. Паценка, Н. Титової, Ю. Шемшученка та ін.

Найбільшою цінністю для українця була в усі часи земля. З цього приводу, зокрема в роки зародження марксистської революційної думки в Росії (а також на українських територіях), В. Ленін зазначав, що революційні селяни, ведучи боротьбу за різні форми ліквідації поміщицького землеволодіння, в тому числі за скасування приватної власності на землі, боролися саме як господарі, як дрібні підприємці. Однак після перемоги Жовтневої революції ці пріоритети не знайшли відображення у законодавстві. Л. Троцький зазначав, що право стає важелем, за допомогою якого держава задовольняє свій інтерес, зневажаючи інтересами приватного та суспільного, де суспільне складається з окремого приватного. Радянська доба – це доба революційного законодавства. Потреби суспільства відходять на останній план [1, с. 8].

Соціально-економічні зміни в Україні суттєво позначилися на правах громадян у сфе-

рі земельних відносин. Зокрема, громадяни отримали право мати землю на праві власності (на відміну від радянського періоду, коли громадянам та юридичним особам землі надавалися лише у користування). Право власності на землю громадянам України гарантується Конституцією України (ст. 14).

Підставами набуття права власності на земельні ділянки громадянами України відповідно до ст. 81 Земельного кодексу (далі – ЗК) України є договори купівлі-продажу, ренти, дарування, міни, інші цивільно-правові угоди; безоплатна передача із земель державної та комунальної власності; приватизація земельних ділянок, що раніше були надані громадянам у користування; прийняття спадщини; виділення в натурі (на місцевості) належної їм земельної частки (паю).

Крім того, відповідно до ст. 119 ЗК України громадяни можуть набути земельну ділянку у власність чи у користування за давністю користування якщо добросовісно, відкрито та безперервно користуються земельною ділянкою протягом 15 років, але не мають документів, які б свідчили про наявність у них прав на цю земельну ділянку. Але слід зазначити, що скористатися таким правом громадяни зможуть лише через 15 років від дня набрання чинності (01.01.2002 р.) ЗК України.

Право надавати громадянам земельні ділянки у власність мають органи виконавчої влади або органи місцевого самоврядування шляхом прийняття відповідних рішень у межах їх повноважень (ст. 116 ЗК України).

Слід зазначити, що процедура одержання громадянами земельних ділянок, які належать територіальним громадам відповідно до чинного законодавства, вкрай заплутана та непрозора. Неврегульованість питання щодо переважного права постійного землекористувача на придбання земельної ділянки у влас-

ність породжує проблеми, пов'язані з вибором способу переоформлення права на землю, відшкодуванням вартості проведених землекористувачем поліпшень за час користування землею тощо. Крім того, неналежне формулювання ст. 121 ЗК України суттєво обмежує права громадян на отримання безоплатно у власність земельних ділянок. Зміст цієї статті не дає змоги зрозуміти, в яких випадках громадянин може отримати земельну ділянку у власність, а в яких у користування. Це різні титули, що характеризуються суттєвими відмінностями у правах та обов'язках суб'єктів. Безумовно, органи місцевого самоврядування мають право на суб'єктивні підходи до передачі у власність або користування тієї чи іншої земельної ділянки. Однак зміна постійного землекористування на тимчасове (переважно, як свідчить практика, на правах короткострокової оренди (до п'яти–семи років), яке періодично слід переоформляти та сплачувати за це кошти, є суттєвим порушенням майнових прав громадян. Такі підходи до вибору титулу (на власний розсуд) породжують ситуації зловживання владою та корупційні діяння в органах місцевого самоврядування.

Переоформлення відповідних прав передбачає також земельно-кадастрові роботи й інші послуги, які суб'єкти підприємницької діяльності надають на платній основі, водночас встановлюючи їх розцінки на свій розсуд. Таким чином, постійні землекористувачі не мають гарантованої можливості змінити законно набуте право за сприяння та за рахунок держави, яка є ініціатором таких змін.

В окремих випадках державні органи в результаті викупу земель, що мають особливу екологічну, наукову, історичну, естетичну та культурну цінність, прикриваючись суспільними потребами, несуть реальну загрозу правам власників земельних ділянок через те, що ці питання не врегульовані належним чином на законодавчому рівні. При цьому суттєвою гарантією захисту права власності на земельну ділянку є положення, закріплене п. 3 ст. 152 ЗК України, яким передбачено, що колишній власник земельної ділянки, яка викуплена для суспільних потреб, має право звернутися до суду з позовом про визнання недійсним чи розірвання договору викупу земельної ділянки та відшкодування збитків, пов'язаних з викупом, якщо після викупу земельної ділянки буде встановлено, що земельна ділянка використовується не для суспільних потреб.

Закон України «Про відчуження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, які перебувають у приватній власності, для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності» від 17.11.2009 р. також не зміг остаточно вирішити цієї проблеми.

На противагу вказаним правовідносинам, у багатьох регіонах України спостерігається тенденція, коли всупереч громадським інтересам здійснюється встановлення та ліквідація рекреаційних зон населених пунктів і розпорядження ними. Надаючи, зазвичай, перевагу корпоративним та особистим інтересам, порушуються права громадян на безпечне для життя та здоров'я довкілля, що передбачено ст. 50 Конституції України. Такі дії вже нині породжують велику диспропорцію та дезорганізацію в окремих регіонах, як це спостерігається у Криму, Києві та Київській області, інших регіонах і населених пунктах. При цьому органи місцевого самоврядування шляхом прийняття колегіальних рішень мають можливість передавати земельні ділянки зелених зон міст та інших населених пунктів, об'єктів фізичної культури і спорту, дитячих туристичних станцій, дитячих і спортивних таборів, інших територій під розважальні комплекси й об'єкти для здійснення підприємницької діяльності чи будівництва елітного житла, що для них економічно більш вигідно.

Критичні зауваження слід висловити з приводу можливості отримання у приватну власність іноземними фізичними та юридичними особами земель сільськогосподарського призначення. Хоча п. 4 ст. 81 та п. 4 ст. 82 ЗК України чітко визначено, що іноземні громадяни й іноземні юридичні особи не можуть набувати у приватну власність землі сільськогосподарського призначення, існує реальна загроза, що такі землі будуть переходити в їх власність незаконним шляхом, перш за все в умовах запровадження ринку земель сільськогосподарського призначення. На нашу думку, з метою уникнення такої ситуації у ЗК України необхідно встановити заборону на право власності на землю спільних підприємств, а також максимально обмежити права іноземців на землі сільськогосподарського призначення. Крім того, доцільно передбачити, що іноземні фізичні й юридичні особи можуть мати такі землі лише у короткостроковому користуванні на умовах оренди (до 10 років). З метою збереження якісного складу ґрунтів у процесі їх експлуатації слід передбачити більш суворий порядок перевірки його якості до надання земельної ділянки у користування та після закінчення строку користування.

Ще й досі багато проблем викликає відсутність нормативно закріпленої процедури приватизації земельних часток (паїв). Акти, що приймалися Президентом України (Указ «Про додаткові заходи щодо соціального захисту селян – власників земельних ділянок та земельних часток (паїв)» від 02.02.2002 р.), Верховною Радою України (Постанова «Про стан дотримання законодавства України щодо видачі державних актів на право власності

на землю, сертифікатів на право на земельну частку (пай) та їх обігу; про дотримання законодавства України щодо виділення в натурі (на місцевості), використання та обігу земельних ділянок сільськогосподарського призначення» від 22.05.2003 р.), належних результатів не дають.

У Постанові Верховної Ради України від 22.05.2003 р. проаналізована ситуація, що склалася з видачею органами влади громадянам та юридичним особам державних актів на право власності на земельну ділянку. Зокрема, констатується, що зволікання з видачею державних актів на право власності на земельну ділянку призводить до порушення права власності громадян на землю. Зроблені висновки, що причиною незадовільного стану видачі громадянам державних актів на право власності на земельну ділянку (заміна сертифікатів на Державний акт про право на земельну частку (пай)) є відсутність законодавчого забезпечення цього процесу та значною мірою неспроможність громадян оплатити вартість робіт, необхідних для виготовлення цих актів. З цього приводу у Постанові Верховної Ради України «Про Рекомендації парламентських слухань «Сучасний стан та перспективи розвитку земельних відносин в Україні» від 22.09.2005 р. зазначено, що ситуація, яка складається на місцях у процесі реформування земельних відносин, зумовлює ряд критичних зауважень, про що свідчать факти незаконного надання у власність і користування земельних ділянок, яке провадиться за безпосередньої участі відповідних органів виконавчої влади або за їх сприяння.

Набуття громадянином права власності на земельну ділянку, яка перебуває у його користуванні, у загальному порядку, визначеному ст. 118 ЗК України, не передбачає встановлення обмеження щодо строків набуття цього права. Відповідно до п. 2 постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження форм державного акта на право власності на земельну ділянку та державного акта на право постійного користування земельною ділянкою» від 02.04.2002 р., раніше видані державні акти на право приватної власності на землю, державні акти на право власності на землю та державні акти на право постійного користування землею залишаються чинними і підлягають заміні в разі добровільного звернення громадян або юридичних осіб. Це положення знайшло своє відображення і в ч. 5 ст.3 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень» від 01.07.2004 р., яким передбачено, що право власності й інші речові права на нерухоме майно підлягають реєстрації, а також, якщо вони набуті згідно з

чинними нормативно-правовими актами до набрання чинності цим Законом, то вони визнаються державою. Але спадкоємці громадянина, який свого часу одержав Державний акт на право постійного користування земельною ділянкою, не мають права ні на постійне, ні на тимчасове користування цією земельною ділянкою, допоки не переоформлять на себе таке право. На жаль, жодних гарантій того, що спадкоємець отримає таку земельну ділянку у власність чи у користування немає, оскільки така земельна ділянка після смерті постійного землекористувача повертається у власність територіальної громади. При цьому орган місцевого самоврядування (як представник територіальної громади, як власник) може розпорядитися такою землею на власний розсуд, аргументуючи це різними причинами.

Однак відповідно до законодавчих актів держава взяла на себе обов'язок гарантувати своїм громадянам право власності на землю. Найбільш детально способи та гарантії права власності на землю передбачені ЗК України (статті 152–155), відповідно до норм якого держава забезпечує власникам рівні умови захисту прав власності на землю, встановлює можливість вимагати усунення будь-яких порушень їх прав власності на земельну ділянку, в тому числі у разі, якщо вони не пов'язані з позбавленням права володіння нею та відшкодування збитків.

Статистичними даними підтверджено, що у 2001–2005 рр. кількість розглянутих адміністративних справ про самовільне зайняття земельної ділянки збільшилася на 38 % (з 20 535 до 23 871). При цьому заслуговує на увагу те, що посягати на права власників на земельні ділянки осіб спонукає недовіра громадян до влади через байдужість влади до їх проблем (74 %), складна та заплутана процедура отримання земельної ділянки законним шляхом (2 %), не чітко налагоджений контроль з боку держави за діями громадян у цій сфері (15 %) [2, с. 90]. При цьому ЗК України передбачає способи захисту прав громадян на земельні ділянки шляхом визнання земельних прав; відновлення якісного стану земельної ділянки, який існував до правопорушення, запобігання вчиненню дій, здатних порушити або створити ризик такого порушення прав на землю; визнання земельних угод недійсними; визнання недійсними рішень органів виконавчої влади або органів місцевого самоврядування, які спрямовані на виникнення, зміну або припинення права власності на земельну ділянку; відшкодування збитків, заподіяних у зв'язку з порушенням, обмеженням або іншим обтяженням прав на земельні ділянки; встановлення юридичної відповідальності різних органів та осіб за порушення права власності на землю.

На думку В. Андрейцева, з об'єктивної точки зору право власності на землю гарантується, насамперед, системою земельно-правового регулювання. Гарантом такого регулювання виступає держава, яку репрезентують відповідні державні органи й інституції відповідно до розподілу функцій влади – законодавчої, виконавчої та судової. Зрозуміло, що законодавча система гарантій має бути не тільки обґрунтованою, виваженою, повною та логічною, а й сталою, ефективною, спроможною забезпечити мотиваційну поведінку суб'єктів власності, а у разі порушення їх повноважень – здатною поновити та захистити від правопорушення, компенсувати шкоду у разі її заподіяння власникам [3]. При цьому не можна трактувати як обмеження прав громадян на землю, обмеження, що закріплені ст. 111 ЗК України.

Отже, право власності громадян на землю в Україні гарантоване та захищене держа-

вою не достатньо. Поліпшенню ситуації у цій сфері сприятиме заборона на право приватної власності на землі сільськогосподарського призначення спільних з іноземним капіталом підприємств; прискорення процедури приватизації земель; чітке визначення підстави набуття земель у власність.

Література

1. Троцкий Л. Д. К истории русской революции. – М., 1990. – 446 с.
2. Кузьменко О. В., Мілімко Л. В. Адміністративна відповідальність за правопорушення у сфері земельних відносин. – Тернопіль, 2010.
3. Андрейцев В. І. Механізм гарантування права власності на землю [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.anvou.org.ua/index.php?module=pagemaster&PAGE_user_op=view_page&PAGE_id=401.

Analyzed situation and makes suggestions in relation to securing of right of ownership of citizens for earth in the process of their privatizing and receipt gratuitously in property from earth of public and communal domain.

В статье анализируется ситуация, связанная с защитой права собственности граждан на землю в процессе их приватизации и получения безвозмездно в собственность из земель государственной и коммунальной собственности.



СЕРТИФІКАЦІЯ ЯК ФОРМА АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ЛІСОВОГО ГОСПОДАРСТВА В УКРАЇНІ: проблемні питання запровадження

Віталій Печуляк,

канд. юрид. наук,
доцент кафедри фінансового права
Національного університету державної податкової служби України

У статті аналізуються питання сертифікації як форми адміністративно-правового регулювання лісового господарства України, характеризуються міжнародна та загальноєвропейська системи лісової сертифікації.

Ключові слова: лісове господарство, адміністративно-правове регулювання, форма адміністративно-правового регулювання, сертифікація, стандарти сертифікації.

Сталий розвиток лісового господарства передбачає досягнення екологічно орієнтованого, соціально прийняттого й економічно життєздатного ведення лісового господарства. Саме такий спосіб ведення лісового господарства спрямований на підтримку та збереження біологічного різноманіття; охорону рідкісних і зникаючих видів тварин і рослин; збереження лісів, які мають високе природоохоронне значення; відмову від застосування хімічних препаратів і мінімізацію негативного впливу на довкілля. Економічно життєздатне лісове господарство спрямоване на досягнення економічної ефективності з урахуванням екологічної та соціальної складових.

Для забезпечення оптимального адміністративно-правового регулювання використання лісових ресурсів у країні має бути визначений ефективний його зміст, що розкривається через мету, функції та принципи, а також через його зовнішній вираз – форми адміністративно-правового регулювання.

У вітчизняній юридичній літературі практично відсутні дослідження, присвячені питанням змісту та форм адміністративно-правового регулювання лісовикористання, незважаючи на загальнодержавне значення останнього. Необхідність таких досліджень, однак, є очевидною, оскільки у такому регулюванні поєднуються публічно-правові та приватноправові компоненти, що потребують узгодження. Йдеться про те, що лісовикористання має загальнодержавне значення та здійснюється як підприємницька діяльність. Тематика ж лісовикористання у цілому досліджується не в адміністративно-правовій літературі, а переважно у роботах з проблем права навколишнього природного середовища (Ю. Шемшученко, О. Колбасов, М. Бринчук, В. Петров та ін.), земельного права (О. Бондар, О. Вівчаренко, Л. Заславська, І. Каракаш, П. Кулинич, О. Погрібний та ін.), охорони довкілля (С. Кравчен-

ко, М. Орлов та ін.). Окремим аспектам управління у лісовому господарстві присвячені праці вчених-економістів С. Лебедевич, Г. Бондарука, І. Букші.

Метою цієї статті є характеристика сертифікації як однієї з форм адміністративно-правового регулювання лісовикористання, встановлення основних проблем у її запровадженні в Україні та визначення шляхів вирішення останніх.

Для забезпечення економічно, екологічно та соціально збалансованого ведення лісового господарства провадиться оцінка відповідності системи ведення лісового господарства встановленим міжнародним вимогам щодо управління лісами та лісовикористання на засадах сталого розвитку. У цьому контексті йдеться про лісову сертифікацію, передбачену ст. 56 Лісового кодексу (далі – ЛК) України, згідно з якою організація та проведення лісової сертифікації здійснюються відповідно до порядку, що встановлюється центральним органом виконавчої влади з питань лісового господарства за погодженням з центральними органами виконавчої влади з питань економічної політики й охорони навколишнього природного середовища. З урахуванням змін, внесених у структуру центральних органів виконавчої влади Указом Президента України «Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади» від 09.12.2010 р., цей порядок визначається Державним агентством лісових ресурсів України за погодженням з Міністерством економічного розвитку та торгівлі України і Міністерством екології та природних ресурсів України.

З науково-практичної точки зору сертифікація визнається однією з форм адміністративно-правового регулювання. Дослідження лісової сертифікації є надзвичайно важливим, оскільки

в адміністративно-правовому регулюванні у сфері лісовикористання поєднуються державно-правові та приватно-правові механізми. Крім того, як зазначає А. Берлач, форми державного управління дозволяють встановити мету формування системи виконавчої влади та виконання окремими її ланками певних управлінських завдань і функцій. При цьому управлінська діяльність реалізується в рамках правових норм через закріплення відповідних форм управління у законодавчих і нормативно-правових актах [1, с. 132]. М. Яковчук у цьому зв'язку додає, що відповідна форма адміністративно-правового регулювання має відповідати характеру функцій державного управління, компетенції державного органу, особливостям конкретного суб'єкта управління, а щодо використання суб'єктом адміністративно-правового регулювання тієї чи іншої форми, то вона (форма) визначається конкретними обставинами, в яких діє суб'єкт, та його власними переконаннями в межах дозволеного законом [2, с. 131–132].

У науковій літературі форми управління залежно від правових наслідків поділяються на дві групи [3, с. 27; 4, с. 274]:

- правові, що фіксують управлінські рішення і дії, які мають юридичний зміст (або форма, що має юридичні наслідки);
- організаційні (або неправові), що безпосереднього юридичного значення не мають і не спричиняють виникнення конкретного юридичного результату (або форма, що не має юридичних наслідків).

Відповідно до міжнародного законодавства лісова сертифікація розглядається переважно як добровільна ініціатива, спрямована на забезпечення підтвердження ведення лісового господарства вимогам щодо сталого розвитку, які закріплені відповідними міжнародними стандартами. Вона започаткована у 90-ті роки XX ст. під впливом «зеленого руху» у зв'язку з погіршенням стану навколишнього природного середовища та масовим винищенням лісів планети, насамперед у тропічній зоні.

Метою лісової сертифікації, регламентованої на міжнародному рівні, є запобігання неетичному та невідповідальному веденню лісового господарства. Нині у світі лідирують дві схеми лісової сертифікації – всесвітня схема Лісової наглядової ради¹ (FSC) та схема Загальноєвропейської лісової сертифікації (PEFC).

Стандарти FSC більш відомі як принципи та критерії FSC, які мають три просторові рівні: міжнародний, національний і регіональний. На міжнародному рівні діє 10 принципів і 56 критеріїв, які визначають умови ведення лісового господарства, що спричиняють якнайменше екологічної, соціальної й економічної шкоди. Перші п'ять принципів мають переважно соціально-економічну спрямованість, інші п'ять – екологічну. Національний і регіональний рівні стандартів складаються з індикаторів і показників

(верифікаторів), які розкривають зміст критеріїв із урахуванням існуючих особливостей ведення лісового господарства в країні чи регіоні.

Кожна акредитована Лісовою наглядовою радою організація, яка провадить сертифікацію, чи кожна країна, яка впроваджує сертифікацію під егідою FSC, зобов'язані використовувати міжнародні принципи та критерії як основоположний міжнародний стандарт. Цей стандарт може бути адаптований до умов кожного регіону за допомогою індикаторів і показників, що розробляються в межах існуючих принципів і критеріїв, враховують місцеві особливості ведення лісового господарства.

Ліси, які сертифіковані за схемою Лісової наглядової ради, отримують загальне визнання у тому, що ведення лісового господарства в них відбувається належним чином. Сертифікація лісів провадиться, як правило, третьою незалежною стороною (аудиторською організацією) з метою гарантування об'єктивної та неупередженої оцінки лісоуправління.

Передбачається, що проведення лісової сертифікації допоможе вирішити конфлікти, які виникають у лісовому господарстві, отримати розуміння та довіру з боку місцевого населення.

Сертифікація лісів як оцінка відповідності системи ведення лісового господарства встановленим міжнародним вимогам щодо управління лісами та лісокористування на засадах сталого розвитку в Україні розпочалася у 1999 р. і вже наступного року швейцарська незалежна аудиторська компанія «Інститут ринкової екології» за схемою FSC провела сертифікацію Тернівського дослідно-виробничого лісгосподарського підприємства у Київській області та трьох державних лісгосподарських підприємств у Житомирській області. Сертифікація підтверджує як екологічну чистоту продукції цих підприємств, так і належний рівень ведення лісового господарства, що не шкодить навколишньому природному середовищу.

Наступним поштовхом до розвитку лісової сертифікації в Україні став вступ у травні 2004 р. країн – традиційних імпортерів української лісової продукції, насамперед Польщі, Словаччини та Угорщини, до ЄС. Відповідно, у цих країнах значно зріс попит саме на сертифіковану продукцію лісового господарства. За станом на 2009 р. [5, с. 155], загальний обсяг сертифікованих за системою FSC лісів в Україні становить близько 1 млн га, зокрема в Житомирській області – 184, Закарпатській – 496, Харківській – 30, Чернігівській – 105, Чернівецькій – 177 тис. га.

З метою розроблення українських національних стандартів добровільної лісової сертифікації у 2004 р. створена Національна робоча група, яка розробила проект українських стандартів лісової сертифікації, узгоджених із принципами та критеріями FSC, та започатковане польове тестування цих стандартів [6].

Оскільки сертифікація провадиться з метою підтвердження правильності ведення лісового господарства та відповідності його визначним стан-

¹У деяких джерелах – Лісова опікунська рада.

дартам, а саме – лісгосподарювання має відповідати загальносуспільним цілям, сертифікація лісів повинна розглядатись як одна з форм адміністративно-правового регулювання лісового господарства. При цьому йдеться про її класифікацію як правової форми.

На світовому рівні FSC діє як саморегульована організація, що самостійно акредитує організації, на які покладається здійснення аудиту, тобто сертифікації лісів у певних регіонах. На сьогодні у світі акредитовано близько 18 організацій, 10 з яких знаходяться у Німеччині (власне, і сама FSC має місце розташування у Бонні), а за системою FSC у світі сертифіковано понад 120 млн га лісових площ.

У контексті регіональної діяльності FSC слід зазначити, що система сертифікації цієї організації з початку існування конкурує з системами сертифікації, затвердженими лісовими підприємствами й органами управління лісових ресурсів в окремих країнах. Експерти вважають, що причина такої конкуренції полягає у боротьбі за клієнта (який оплачує сертифікацію), а також у безпосередній конкуренції сертифікатів, за якими лісову продукцію отримує кінцевий споживач [7, с. 480]. Зокрема, через ці причини у Європі наприкінці 90-х років XX ст. виникла згадана система сертифікації лісів PEFC. Засновники її (переважно дрібні лісо- та деревообробні підприємства Європи) критикували бюрократичні та достатньо дорогі для них процедури FSC. За стандартами PEFC нині сертифіковано близько 229,0 млн га лісу у світі.

Незважаючи на суттєві статистичні переваги PEFC щодо сертифікованої лісової продукції (на противагу FSC), система загальноєвропейської лісової сертифікації критикується з огляду на:

- пануючу регіоналізацію, що зумовлює відхилення від правил при сертифікації окремих лісопідприємств;
- відсутність попередніх оцінок лісгосподарств, наявність лише вибірових досліджень діяльності «за фактом», що значно здешевлює сертифікацію, але не поліпшує її [8].

Україна визнала дію стандартів FSC, але поки що не нормативно, а через їх застосування у діяльності Українського науково-дослідного інституту лісового господарства та агролісомеліорації, Національного аграрного університету та Національного лісотехнічного університету. При цьому фінансування програм лісової сертифікації за

системою FSC здійснюється за підтримки альянсу WWF та Світового банку (ідеологів і лобістів FSC).

У науковій (здебільшого економічній) літературі переважно обговорюється та поширюється інформація про стандарти FSC (П. Кравець, І. Синякевич, В. Корнієнко та ін.). Разом із тим в Україні практично відсутня інформація про лісову сертифікацію за стандартами PEFC, яка сприймається переважно невеликими лісовими господарствами Європи. Так, лише у Німеччині, за стандартами FSC сертифіковано близько 7 % лісових площ, а за стандартами PEFC – $\frac{2}{3}$ таких площ.

Викладене дозволяє зробити **висновок**, що Україна знаходиться лише на початковому етапі реалізації програми лісової сертифікації, за якою їй належить ухвалити стратегічні рішення щодо співробітництва з міжнародними схемами з організацією національних органів сертифікації. У цьому сенсі поглиблене адміністративно-правове дослідження лісової сертифікації як однієї з форм адміністративно-правового регулювання лісового господарства дозволить визначити регуляторний характер такого національного органу (державний чи саморегульовний), а також його компетенцію.

Література

1. Берлач А. І. Адміністративне право України. – К., 2005. – 472 с.
2. Яковчук М. Ю. Адміністративно-правове регулювання страхової діяльності в Україні: дис. ... канд. юрид. наук. – Ірпінь, 2009. – 244 с.
3. Рябченко О. П. Держава і економіка: адміністративно-правові аспекти взаємовідносин. – Х., 1999. – 304 с.
4. Адміністративне право України: Академічний курс: У 2 т. – К., 2007. – Т. 1. – 592 с.
5. Науково-практичний коментар Лісового кодексу України / Г. І. Балюк, А. П. Гетьман, Т. Г. Ковальчук та ін.; За ред. Г. І. Балюк. – К., 2009. – 368 с.
6. Стандарт управління лісами та лісокористування на засадах сталого розвитку [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://ncsu.nubip.edu.ua/publ.htm>.
7. Gulbrandsen L. H. Creating markets for eco-labelling: are consumers insignificant? // International Journal of Consumer Studies. – 2006. – Nr. 5. – P. 476–481.
8. Wood R. Die Oeko-Kontras und der verwirrte Engel [Електронний ресурс] // Режим доступу: www.umwelt.org/robin-wood.

The article deals with the aspects of certification as a form of administrative control of forestry in Ukraine and gives attitudinal characteristic to the International and All-European systems of forestry certification.

В статтє анализируются вопросы сертификации как формы административно-правового регулирования лесного хозяйства Украины, характеризуются международная и общеевропейская системы лесной сертификации.



ПРАВОВЫЕ И ОРГАНИЗАЦИОННЫЕ ОСНОВЫ РЕАЛИЗАЦИИ «СТАЛИНСКОГО ПЛАНА ПРЕОБРАЗОВАНИЯ ПРИРОДЫ» 1948 г. В СФЕРЕ ЛЕСОВОДСТВА В УКРАИНЕ

Борис Киндюк,

д-р геогр. наук, профессор
Мариупольского государственного университета

В статье рассматриваются организационно-правовые основы реализации в Украине «сталинского плана преобразования природы» 1948 г. в сфере лесоводства, исследуются причины принятия этого законодательного акта, его содержание, основные направления.

Ключевые слова: сталинский план преобразования природы, нормативно-правовой акт, искусственные леса, правовое регулирование.

Актуальность темы исследования связана с несколькими обстоятельствами. Во-первых, для условий Украины создание искусственных лесов является необходимым мероприятием, без которого невозможно стабильное получение высоких урожаев сельхозкультур. Во-вторых, документ являлся хорошо подготовленным законодательным актом, с целью реализации которого выполнено правовое, организационное и материально-техническое обеспечение. В-третьих, исследование содержания этого законодательного документа дает ценный исторический правовой опыт, который может быть использован в современных условиях.

Анализ публикаций свидетельствует, что исследования этого законодательного акта велись по нескольким направлениям. Это работы политического, экономического, экологического, юридического и аграрного направления. К их числу следует отнести исследования, выполненные А. Бовиновым, В. Борейко, Г. Гладуном, В. Колдановым, П. Лукьяновым, Б. Логиновым, В. Массоловым, И. Мелиховым, М. Ткаченко. Среди работ юридического направления вопросам правового обоснования «сталинского плана» полностью посвящались работы Л. Дембо, Б. Крынской, а фрагментарно вопрос затрагивался в исследованиях юристов В. Лозо, О. Логвиненко, В. Мунтяна. Таким образом, вопрос правового регулирования реализации «сталинского плана охраны природы» в сфере лесоводства является своеобразным «белым пятном» в юридической науке.

Целью настоящей статьи является исследование причин принятия, содержания, а также правовых и организационных аспектов реализации «сталинского плана преобразования природы» в Украине.

Следует отметить, что официальным названием «сталинского плана преобразования при-

роды» являлось Постановление Совета Министров СССР и ЦК ВКП(б) «О плане ползащитных лесонасаждений, внедрения травопольных севооборотов, строительства прудов и водоемов для обеспечения высоких и устойчивых урожаев в степных и лесостепных районах европейской части СССР» от 20.10.1948 г. [1]. Специфика тогдашней советской правовой системы определила высокий уровень юридической силы этого документа. Причина заключалась в том, что законодательный акт являлся совместным постановлением Центрального комитета коммунистической партии и высшего органа государственной власти – Совета Министров (далее – СМ) СССР. Это означало привлечение к его реализации всего партийного аппарата, что значительно увеличивало уровень и качество исполнения документа. Кроме этого, законодательный акт подписал И. Сталин, являвшийся на тот исторический момент одновременно Генеральным секретарем ЦК ВКП(б) и Председателем СМ СССР, а на самом деле – единоличным диктатором, обладающим неограниченной властью.

Невзирая на достаточно сложное название документа, основная идея, заложенная в нем, состояла в создании системы искусственных лесов в южных районах СССР. С помощью увеличения площадей этого природного ресурса планировалось значительно улучшить микроклимат, защитить земли от эрозии, суховеев и поднять урожаи сельхозкультур. Исходя из этого, законодательный акт следует считать крупнейшей и масштабнейшей программой во всей истории лесоводства по созданию искусственных лесов. Причины, которые повлияли на принятие документа, можно разделить на три группы: экономические, социальные, политические.

Экономические причины. На начало первого тысячелетия, по данным С. Генсирука, леса занимали 40 % территории Украины [2, с. 21].

Широкое и варварское использование этого природного ресурса в промышленных, строительных и военных целях привели к тому, что на начало 40-х годов XX ст. украинские леса занимали лишь 8 % территории страны. Особенно уменьшились (точнее – исчезли) лесные массивы в степных районах Украины. До наших дней дошли литературные источники, в которых, основываясь на описаниях Геродота, указывается на громадные лесные массивы в устье р. Днепр. Даже название этого региона Гализья означало в переводе с греческого «страна дубов». К 40-м годам прошлого века эта территория превратилась в полупустынную местность, на которой сформировался новый ландшафт в виде песчаных массивов, наносивших громадный ущерб сельскому хозяйству южных областей. Руководители СССР понимали необходимость создания искусственных лесов в южных районах как наиболее эффективного средства борьбы с засухой. Так, в 1931 г. была проведена всесоюзная конференция по борьбе с засухой и принято Постановление Совета Народных Комиссаров (далее – СНК) СССР и ЦК ВКП(б) «О создании полезащитных полосных насаждений на орошаемых и неорошаемых землях». Следующим нормативным документом, принятым с целью создания искусственных лесов в степной части СССР, явилось Постановление СНК СССР и ЦК ВКП(б) «О мерах обеспечения устойчивого урожая в засушливых районах Юго-Востока СССР» от 26.10.1938 г. № 1169.

К экономическим причинам, способствовавшим принятию законодательного акта следует отнести также засуху 1946 г., поразившую Украину и приведшую к голодовке, подобной голодомору 30-х годов.

Социальные причины. Степные районы Украины занимали большие площади, охватывающие почти 40 % страны (Днепропетровская, Запорожская, Харьковская, Донецкая, часть Луганской, Херсонская, Николаевская, Одесская, Кировоградская, часть Крымской области). Создание лесополос должно было привести к изменению социальной инфраструктуры этих регионов, появлению новых населенных пунктов, предприятий, рабочих мест.

Политические причины. Важнейшим элементом любых проводимых в СССР крупных мероприятий являлась мощная политическая кампания. Все советские газеты, средства массовой информации начали подробно освещать ход реализации «сталинского плана».

К политическим причинам необходимо отнести то обстоятельство, что правительство США подобный план пыталось реализовать в 30-х годах прошлого века. Так, 11 июня 1934 г. Президент США Ф. Д. Рузвельт подписал закон по созданию искусственных лесов в степных районах Великой равнины. Американский план предусматривал создание единого широкого лесного защитного массива, протянувшегося с севера на юг в меридиональном направлении через прерии. Общая ширина пояса

должна была составлять 150–160 км; внутри его планировалось создать 100 ветроломных полос, имеющих ширину 35 м каждая и располагающихся на расстоянии 1,5 км друг от друга. Длина лесных массивов планировалась не менее 500 км и могла быть увеличена при дополнительном финансировании из федерального бюджета. Второй задачей американского плана являлась борьба с безработицей, так как на этих работах планировалось задействовать тысячи людей. На пути реализации указанного законодательного акта у американского правительства возникли серьезные сложности. Дело заключалось в том, что лесные полосы планировалось расположить на землях, принадлежавших тысячам мелких фермеров. Многие из владельцев отказывались предоставить свои участки в пользование федеральному правительству. Начались массовые судебные тяжбы и реализация плана приостановилась. Невзирая на все эти сложности, в 1934–1942 гг. американцам удалось создать 50 тыс. га искусственных лесов и высадить 279 млн деревьев.

Проблема увеличения лесистости остро стояла в другом крупнейшем капиталистическом государстве – Великобритании. Мощное антропогенное воздействие на природную среду привело к тому, что к началу прошлого века, площадь английских лесов составляла около 3 %. В 1919 г. Парламент принял два закона, предусматривавших, во-первых, создание Комитета по лесоводству, во-вторых, выделение денег на создание искусственных лесов. Перед этим государственным органом поставили задачу в течение 80 лет увеличить площадь английских лесов на 710 тыс. га. При этом основную часть работ по лесоразведению (474 тыс. га) должны были выполнить к 1960 г. На практике англичане не смогли реализовать эту программу полностью, однако удалось провести лесовосстановительные работы на площади в 136 тыс. га.

Ситуация, сложившаяся после Второй мировой войны, характеризовалась мощным противостоянием победителей. С одной стороны – СССР со своими сателлитами, с другой – США, Британия и их союзники. Соревнование между двумя блоками шло во всех сферах, от атомной промышленности до сельского хозяйства. Вполне понятно, что советским руководителям хотелось доказать превосходство СССР, социалистического строя на примере преобразования природы.

План по созданию искусственных лесов хорошо вписывался в идеологические догмы социализма и одновременно с этим должен был решить одну из важнейших экономических задач. Кроме того, неудачи американцев и достаточно скромные успехи англичан в деле создания искусственных лесов на фоне выполнения сталинского плана должны были продемонстрировать всему миру преимущества советской системы. Таким образом, к 1948 г. в СССР сложился комплекс условий, повлиявших на необходимость подготовки и введения в дейст-

вие законодательного акта, предусматривавшего коренные преобразования природы.

Нормативный документ состоял из восьми разделов, охватывающих следующие вопросы: создание государственных и защитных лесополос, новых организационных структур, закрепление песков, выращивание посадочного материала. В первом из них ставилась задача по созданию восьми крупных лесных государственных полос длиной от 170 до 1080 км. По территории Украины должна была пройти по берегам реки Северный Донец так называемая Белгородская полоса длиной 500 км и шириной 30 м.

С целью технического, научного и организационного обеспечения выполнения плана документ ставил перед Министерством лесного хозяйства СССР и Всесоюзной академией сельскохозяйственных наук задачу по подготовке технических планов лесонасаждений. В пункте 5 документа предусматривалось внесение изменений в землепользование колхозов и других хозяйств на землях, где планировалось создать лесополосы. Решение этого вопроса возлагалось на министерства лесного и сельского хозяйства СССР, которые к 1 января 1950 г. обязывались передать свои предложения в СМ СССР.

Согласно п. 6 законодательного акта планировалось создать экспедиции в составе 12 отрядов для обследования трасс прокладки будущих лесополос и проведения отвода земель.

С целью руководства работами по насаждению искусственных лесов п. 7 документа обязывал Министерство лесного хозяйства СССР создать новую организационную структуру, состоящую из трех территориальных управлений. Кроме того, образовывалось проектно-исследовательское объединение «Агролеспроект». Следует отметить, что деятельность этих трех управлений не распространялась на территорию Украины.

Вопросы лесоразведения в Украине рассматривались в разделе 2 законодательного акта «По развитию защитных лесонасаждений на полях колхозов и совхозов». Так, на период 1949–1965 гг. в республике планировалось создать силами колхозов 791,5 тыс. га, силами совхозов – 105,1 тыс. га защитных лесонасаждений. Для Украины важное значение имел п. 10 документа, предусматривающий работы по облесению песков, оврагов, балок водоразделов рек. Согласно п. 11 министерствам сельского хозяйства, совхозов лесного хозяйства СССР, руководящим партийным и советским органам ставилась задача по подготовке в трехмесячный срок единых планов по созданию искусственных лесов. Законодательный акт предусматривал, что такие планы должны быть подготовлены по всем республикам, областям, районам и доведены до каждого конкретного хозяйства.

На территории Украинской ССР п. 14 документа рекомендовал производить посадку ползающих лесных полос шириной 9–12 и 17 м.

В те годы колхозы имели крайне ограниченное количество техники, а основная ее масса сосредотачивалась в тракторных стан-

циях (далее – МТС). Исходя из этого, п. 15 законодательного акта предусматривал привлечение МТС к работам по подготовке почвы, посадке, посеву и уходу за лесонасаждениями. За их выполнение колхозы имели право произвести расчеты деньгами по расценкам, установленным Министерством сельского хозяйства СССР. В тогдашней советской системе особое значение, с точки зрения усиления исполнительской дисциплины по реализации законодательного документа, имел п. 18. В нем предусматривалось, что планы общих сельхозработ по колхозам и совхозам считались выполненными только при условии выполнения всех работ по защитному лесонасаждению.

Пункты 19–24 законодательного акта посвящались комплексу организационных мероприятий, которые должны были сопровождать исполнение «сталинского плана». Это создание при областных сельскохозяйственных школах отделений по подготовке кадров по агролесомелиорации, введение в районных отделах сельского хозяйства и МТС должностей агролесомелиораторов. Для руководства работами по организации лесопитомников, выращиванию посадочного материала СМ УССР разрешалось создать секторы агролесомелиорации в Министерстве совхозов (п. 22). Это министерство обязывалось создать при сельскохозяйственных техникумах школы для подготовки агролесомелиораторов. В техникумах, согласно п. 23, планировалось увеличить численность учащихся по специальности «агролесомелиорация». Законодательный акт ставил перед всеми заинтересованными министерствами задачу по разработке системы поощрения рабочих, служащих и специалистов за успешное выполнение заданий по лесоразведению. Пункт 24 обязывал Министерство лесного хозяйства СССР организовать дополнительно 50 степных лесхозов и 200 лесничеств, а также создать при двухгодичных лесных школах подготовку младших техников – механиков, а п. 25 документа предусматривал, что три министерства (лесного, сельского хозяйства, совхозов) должны подготовить специальную инструкцию по проектированию и выращиванию искусственных лесов.

В разделе 3 документа «По закреплению и облесению песков» перед руководством УССР ставилась задача за 1949–1955 гг. произвести закрепление и облесение песков на площади 91,2 тыс. га. Согласно планам подготовки посадочного материала в украинских питомниках, принадлежащих различным ведомствам, планировалось за 1949–1955 гг. вырастить 8 млн 834 тыс. саженцев. По каждому питомнику п. 41 документа утвердил необходимость иметь перечень технического оборудования, состоящий из 20 наименований различных сельскохозяйственных орудий. Аналогичный перечень, согласно п. 75, должна была иметь в своем оснащении каждая лесозащитная станция.

С целью координации всех работ по созданию искусственных лесов раздел 8 законода-

тельного акта регламентировал создание Главного управления полезащитного лесоразведения при СМ СССР. Согласно п. 81 документа на новый государственный орган возлагались следующие обязанности: руководство работами по созданию искусственных лесов всеми ведомствами; контроль за работой этих ведомств и сбор информации о результатах их деятельности; подготовка предложений по корректировкам планов лесонасаждений; систематизация передового опыта достижений науки и техники в деле создания искусственных лесов; контроль за подготовкой специалистов высшей, средней и массовой квалификации по полезащитному лесоразведению. При этом отдельный подпункт документа предусматривал, что указания нового Главка являются обязательными для всех министерств и ведомств, занимающихся созданием искусственных лесов. Пункт 83 документа разрешал Главному управлению издавать специальный научно-практический журнал с целью популяризации работ в этой сфере.

Выводы

«Сталинский» план 1948 г. являлся серьезно и профессионально подготовленным законодательным актом, предусматривавшим для Украины кардинальные сдвиги в деле создания искусственных лесов. Результатом его реализации должны были стать изменения микроклимата украинских степей, улучшение экологического состояния территорий и увеличение урожайности.

Законодательным актом предусматривалось проведение комплекса организационных мероприятий, которые должны были обеспечить его реализацию. Это – создание новой структуры Главного управления полезащитного лесоразведения, которое подчинялось непосредственно СМ СССР и имело серьезные полномочия по координации деятельности трех

министерств (сельского, лесного хозяйства и совхозов) в деле создания искусственных лесов. Кроме того, в областных управлениях сельского хозяйства создавались секторы, а в районных вводились должности агролесомелиораторов. С целью подготовки кадров открывались отделения при техникумах, школы по подготовке специалистов среднего и младшего звена. Для обеспечения технической документацией всех работ был создан проектно-исследовательский институт «Агролеспроект».

Реализация законодательного акта должна была происходить в четыре этапа: создание технических проектов лесных полос; подготовка ведомственных нормативных актов по изменению землепользования; организация сети питомников для снабжения лесопосадочным материалом; создание трех территориальных управлений по проведению лесопосадочных работ. Законодательный акт предусматривал также серьезное усиление техникой машинотракторных станций, питомников.

В документе на законодательном уровне устанавливались меры поощрения в виде премий в зависимости от приживаемости деревьев, за выращивание сверхпланового посадочного материала, начислялись дополнительные трудодни за работы на лесопосадках. При этом оплату премиальных разрешалось производить деньгами, что являлось исключением для тогдашней советской колхозной системы.

Задачей наших дальнейших исследований является изучение законодательных актов, изданных в УССР, по реализации «сталинского плана».

Литература

1. Сталинский план преобразования природы: Великие стройки коммунизма. – М., 1952. – 86 с.
2. Генсірук С. А., Фурдичко О. І., Бондар В. С. Історія лісівництва в Україні. – Л., 1995. – 422 с.

The article enlightens legal and organizational basis for implementation of the Stalin's plan of transforming nature in Ukraine. The reasons for the adoption of the statute, its context and highlights are analysed.

У статті розглядаються організаційно-правові засади реалізації в Україні «сталінського плану» перетворення природи 1948 р. у сфері лісівництва, досліджуються причини прийняття цього законодавчого акта, його зміст, основні напрями.



ТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ ВИЗНАЧЕННЯ ПРАВОСУБ'ЄКТНОСТІ ОРГАНІВ ДЕРЖАВНОЇ ПОДАТКОВОЇ СЛУЖБИ УКРАЇНИ ЯК СУБ'ЄКТА АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДОЧИНСТВА

Дмитро Мулявка,

начальник кафедри організації оперативно-розшукової діяльності,

Лілія Берднікова,

аспірантка Національного університету державної податкової служби України

Стаття присвячена дослідженню теоретичних аспектів визначення правосуб'єктності органів Державної податкової служби України як суб'єкта адміністративного судочинства.

Ключові слова: правосуб'єктність, податкові органи, адміністративне судочинство, суд.

Проблеми правосуб'єктності певного державного органу лежать у площині можливості здійснювати певні види діяльності, реалізовувати надані права та виконувати обов'язки. Фактично це питання можливості повністю реалізувати власну компетенцію.

Проблематика діяльності органів Державної податкової служби (далі – ДПС) України як суб'єкта адміністративного судочинства є малодослідженою, оскільки у сучасних наукових працях основна увага приділялася питанням правового й організаційного забезпечення функціонування податкових органів, їх взаємовідносин із іншими державними органами, а питання участі в адміністративному судочинстві ґрунтовно не досліджувалися. Тому питання, що розглядаються у статті є актуальними.

Серед українських учених, які досліджували проблеми функціонування податкових органів та органів адміністративного судочинства, заслуговують на увагу роботи О. Бандурки, В. Білоуса, Л. Вороної, Л. Касьяненко, М. Кучерявенка, В. Поповича, Т. Проценка, В. Полюховича, Л. Савченко та ін.

Метою цієї статті є дослідження теоретичних аспектів визначення правосуб'єктності органів ДПС України як суб'єкта адміністративного судочинства.

Визначення правосуб'єктності ДПС України в адміністративному судочинстві необхідно розпочати із загальнотеоретичного аналізу категорії «правосуб'єктність», а також, зважаючи на представницький характер відносин, що досліджуються, категорії «процесуальна правосуб'єктність».

Слід зазначити, що в науці існують позиції, які в цілому заперечують саме існування такого поняття, як «правосуб'єктність». Зокрема, Ю. Толстой заперечував існування правосуб'єктності як самостійного інституту, ототожнюючи останню з правоздатністю. Він зазначав, що право-

здатність – це право володіти правами й обов'язками, які визнані об'єктивним правом. Від правоздатності слід відрізнити дієздатність, тобто своїми діями приймати та здійснювати права й обов'язки. Для розмежування понять «правоздатність» і «правосуб'єктність» немає ні теоретичних, ні практичних підстав [1, с. 9–11].

Ми не поділяємо згадані позиції, перш за все, через те, що вважаємо правосуб'єктність узагальнюючою, системоутворюючою категорією, яка формує цілісне уявлення про первинний статус учасника певних правовідносин.

Правосуб'єктність – це загальнотеоретична категорія, дослідженню якої присвячені, насамперед, роботи науковців, які вивчали проблеми теорії держави та права.

М. Кельман та О. Мурашин вважають, що правосуб'єктність – це передбачена нормами права здатність виступати учасником правовідносин. Це складна юридична властивість, що містить два елементи – правоздатність і дієздатність. Остання поділяється на угодоздатність і деліктоздатність [2, с. 274–275].

О. Скакун визначає правосуб'єктність як передбачену нормами права здатність (можливість) особи бути суб'єктом (учасником) правовідносин, здійснювати безпосередньо або через свого представника суб'єктивні права й юридичні обов'язки [3, с. 192].

М. Патей-Братасюк зазначає, що бути суб'єктом права означає володіти правосуб'єктністю, тобто здатністю мати природні права й обов'язки, їх реалізовувати на засадах рівної справедливості чи справедливої рівності (правової рівності) [4, с. 108].

Аналіз інших наукових праць із теорії держави та права дозволяє зробити висновок про достатню сталість визначення правосуб'єктності та загальне її розуміння як здатності бути суб'єктом (учасником) правовідносин через правоздатність і дієздатність.

Теорія правосуб'єктності, сформована загальною теорією держави та права, надала мож-

ливість розробити кожній галузі права власне спеціалізоване розуміння правосуб'єктності. Для нашого дослідження особливу актуальність мають питання адміністративної правосуб'єктності.

М. Костів визначає адміністративну правосуб'єктність як потенційну здатність мати права й обов'язки у сфері державного управління (адміністративна правоздатність), реалізовувати надані права й обов'язки у сфері державного управління (адміністративна дієздатність) та як наявність суб'єктивних прав і обов'язків [5, с. 177–178].

Є точка зору, згідно з якою адміністративно-правовий статус встановлюється обсягом і характером його адміністративної правосуб'єктності, яку становлять адміністративна правоздатність і адміністративна дієздатність. Адміністративна правоздатність – це визнана законом фактична можливість бути суб'єктом адміністративного права, мати права й обов'язки адміністративно-правового характеру. Адміністративна дієздатність – це визнана законом спроможність своїми діями набувати та здійснювати права, виконувати обов'язки адміністративно-правового характеру [6].

Значення адміністративної правосуб'єктності в загальнотеоретичному контексті зводиться до визнання певної особи (юридичної або фізичної, державної чи недержавної) учасником певних правових відносин, що врешті-решт дозволяє формувати певну компетенцію, визначати коло напрямів діяльності.

Слушною є думка про те, що правосуб'єктність податкових органів визначена такими елементами: призначенням, завданнями, функціями, владними повноваженнями та відповідальністю [7, с. 35]. Таку позицію підтримує О. Бандурка. Крім того, він зазначає, що права податкової служби розкривають демократизм її діяльності, зумовлюють ефективність і результативність останньої. Вони прямо пов'язані з виконанням покладених на ДПС обов'язків. Уся діяльність цієї служби здійснюється лише на підставі тих прав, які їй надані законодавством, і обов'язків, які на неї покладені. Саме їх комплекс визначає зміст і межі діяльності ДПС України. Відповідальність є засобом забезпечення належної реалізації прав і повного виконання обов'язків. Отже, обов'язки, права та відповідальність ДПС є взаємозумовленими і взаємозалежними [8, с. 123]. Таким чином, органи ДПС України, через правову регламентацію їх компетенції та статусу набувають загальної адміністративної правосуб'єктності.

Діяльність органів ДПС України в контексті їх участі в адміністративному судочинстві фактично зводиться до представницьких повноважень. Тому нарівні з загальнотеоретичним визначенням адміністративної правосуб'єктності актуальним і необхідним для подальшого дослідження є з'ясування сутності процесуальної правосуб'єктності.

Процесуальна правосуб'єктність (процесуальна правоздатність і процесуальна дієздат-

ність) – це специфічна властивість суб'єктів процесуального права, яка дозволяє їм бути носіями процесуальних прав та обов'язків, вступати в цивільні процесуальні правовідносини, самостійно реалізовувати процесуальні права та виконувати обов'язки. Визначення процесуальної правосуб'єктності представників має здійснюватися на підставі того, що їх процесуальна правоздатність невід'ємна від процесуальної дієздатності, вона має певні особливості прояву, регулюється спеціальними нормами й обумовлена вимогами закону [9, с. 111].

Адміністративно-процесуальна правоздатність – це здатність мати юридичні права й обов'язки в адміністративному процесі [10, с. 116].

Стаття 48 Кодексу адміністративного судочинства (далі – КАС) України передбачає, що здатність мати процесуальні права й обов'язки в адміністративному судочинстві (адміністративно-процесуальна правоздатність) визнається за громадянами України, іноземцями, особами без громадянства, органами державної влади, іншими державними органами, органами влади Автономної Республіки Крим, органами місцевого самоврядування, їх посадовими та службовими особами, підприємствами, установами, організаціями (юридичними особами). Згідно з ч. 3 цієї статті КАС України здатність особисто здійснювати свої адміністративні процесуальні права й обов'язки, у тому числі доручати ведення справи представникові (адміністративна процесуальна дієздатність), належить органам державної влади, іншим державним органам, органам влади Автономної Республіки Крим, органам місцевого самоврядування, їх посадовим і службовим особам, підприємствам, установам, організаціям (юридичним особам).

Узагальнюючи зазначені теоретичні положення, можна визначити *адміністративну правосуб'єктність ДПС України як здатність ДПС України (через загальну компетенцію та повноваження окремих структурних підрозділів ДПС України) бути учасниками певних правовідносин, які пов'язані із сферою оподаткування, а також інших сфер державного управління, тобто мати та реалізовувати права й обов'язки у зазначених сферах*.

Адміністративна процесуальна правосуб'єктність органів ДПС України – це здатність ДПС України мати процесуальні права й обов'язки в адміністративному судочинстві та здійснювати (через діяльність відповідних структурних підрозділів) функції представництва у судовому процесі у справах, де учасником виступають органи ДПС України.

Наведені визначення характеризують правосуб'єктність ДПС України в цілому, не розкриваючи особливостей різних напрямів їх діяльності. Натомість, склад даної правосуб'єктності для різних підрозділів залежно від поставлених завдань є різним. Це логічно, адже завдання, які в цілому поставлені перед ДПС України, не можуть бути реалізовані одним структурним підрозділом ДПС України.

Функціональна структура органу ДПС України – це сукупність різних видів, напрямів діяльності, що зумовлені його метою та завданням, а також сукупність функцій підрозділів, які його складають, і функціональних обов'язків їх працівників [11, с. 58].

Реалізація мети діяльності ДПС безпосередньо пов'язана з ефективним функціонуванням її підрозділів, тому для виконання різних завдань-направів була сформована розгалужена організаційна структура, яка налічує нині 35 управлінь і департаментів. У контексті нашого дослідження найбільш актуальною є діяльність департаменту правової роботи. Основними завданнями його є:

- організація й участь у реалізації правової політики, спрямованої на забезпечення надходжень до бюджетів усіх рівнів;
 - пропаганда та роз'яснення законодавства України про права і порядок захисту законних інтересів держави та платників податків;
 - організація правової роботи ДПА України та підпорядкованих органів ДПС, спрямованої на правильне застосування, неухильне додержання та запобігання невиконанню вимог актів законодавства;
 - забезпечення супроводження справ у судах;
 - аналіз стану розгляду справ у судах; узагальнення судової практики; встановлення причин звернення платників податків до суду;
 - підготовка пропозицій щодо вдосконалення податкового законодавства;
 - забезпечення проведення перевірок актів і договорів;
 - забезпечення захисту прав і законних інтересів платників податків та громадян при оскарженні ними рішень органів державної податкової служби, якщо вони обмежують їх права, передбачені законами України, в адміністративному порядку.
- Департамент виконує такі основні функції:
- забезпечення законності діяльності органів ДПС і представництво їх інтересів у судах;
 - перегляд рішень органів ДПС під час проведення процедури адміністративного оскарження.

Реалізація завдань, пов'язаних із участю в адміністративному судочинстві, здійснюється структурними підрозділами юридичного відділу департаменту правової роботи: відділом розгляду договорів, розпорядчих документів, звернень; відділом експертизи проектів нормативно-правових актів, візування роз'яснень; відділом взаємодії підрозділів і представництва у судах інтересів ДПС України; відділом представництва інтересів ОДПС у судах касаційної інстанції й

узагальнення судової практики; відділом моніторингу, інформаційно-аналітичного забезпечення та контролю за діяльністю юридичних підрозділів.

Юридичний відділ департаменту правової роботи є суб'єктом реалізації відповідної функції, яка передбачає сукупність процедур, серед яких є й організація та ведення позовної роботи, спрямованої на забезпечення надходжень до бюджетів усіх рівнів, представництво в установленому законодавством порядку інтересів органів ДПС у судах та інших органах під час розгляду спорів, а також для захисту законних інтересів органів ДПС та їх посадових осіб; представництво органів ДПС у судах касаційної інстанції по актуальних і резонансних справах.

Таким чином, положення нормативно-правового регулювання, яке визначає структуру, завдання та функції ДПС України, фактично є юридичною підставою, яка через загальну та процесуальну правосуб'єктність дозволяє здійснювати представництво органів ДПС в адміністративних судах.

Література

1. Толстой Ю. К. К теории правоотношения. – Л., 1959. – 86 с.
2. Кельман М. С., Мурашин О. Г. Загальна теорія держави і права. – К., 2006. – 477 с.
3. Скакун О. Ф. Теорія права і держави. – К., 2009. – 520 с.
4. Патей-Братасюк М. Антропоцентрична теорія права. – К., 2010. – 396 с.
5. Костів М. В. Адміністративна правосуб'єктність юридичних осіб та особливості її реалізації в адміністративно-деліктних відносинах: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2005. – 202 с.
6. Адміністративне право України / Ю. П. Битяк, В. М. Гарашук, О. В. Дьяченко та ін.; За ред. Ю. П. Битяка. – К., 2007. – 544 с.
7. Селіванов А. Адміністрування податків: нові проблеми в адміністративному та фінансовому праві // Право України. – 2002. – № 2. – С. 34–38.
8. Бандурка О. О. Управління державною податковою службою в Україні: організаційно-правові аспекти: дис. ... д-ра юрид. наук. – К., 2007. – 500 с.
9. Балюк М. І., Луспенік Д. Д. Практика застосування цивільного процесуального кодексу України (цивільний процес у питаннях і відповідях): коментарії, рекомендації, пропозиції. – Х., 2008. – 708 с.
10. Кузьменко О. В., Гуржій Т. О. Адміністративно-процесуальне право України / За ред. О. В. Кузьменко. – К., 2007. – 416 с.
11. Касьяненко М. М., Гришук М. В., Цимбал П. В. Організація роботи та управління органами державної податкової служби України. – Ірпінь, 2001. – 229 с.

Стаття посвячена дослідженню теоретичних аспектів визначення правосуб'єктності органів Государственной налоговой службы Украины как субъекта административного судопроизводства.

The article is devoted to research of theoretical aspects of determination of legal personality of organs of Government tax service of Ukraine as a subject of the administrative proceedings.



СВІТОВІ МОДЕЛІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ УЗГОДЖЕНИХ ДІЙ СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ

Інна Сарган,

здобувачка кафедри комерційного права
Київського національного торговельно-економічного університету

У статті аналізуються найбільш усталені, виразно окреслені у світовій практиці моделі правового регулювання узгоджених дій суб'єктів господарювання: американської, європейської й японської форм правового забезпечення цієї сфери, досліджуються специфіка та особливості кожної моделі у контексті їх функціональної ефективності в захисті конкуренції за сучасних умов.

Ключові слова: узгоджені дії (картелі), світовий досвід антимонопольного регулювання, конкурентне законодавство, моделі правового регулювання узгоджених дій, Європейський Союз.

На сучасному етапі переважна більшість країн світу має достатньо розвинуте законодавство з питань захисту економічної конкуренції. Це сприяє розвитку міжнародної торгівлі й економічній інтеграції державно-регіональних суб'єктів господарювання. Останні 20 років стали переломним етапом у формуванні та функціонуванні конкурентного законодавства. Це зокладніше зумовлено тим, що всі країни – учасниці колишнього Радянського Союзу почали створювати власні правові системи захисту конкуренції, які ґрунтуються на класичних моделях конкурентного законодавства з одночасним врахуванням усієї складності ринкових відносин у сучасному світі.

В Україні впродовж майже 60 років законодавче регулювання захисту економічної конкуренції було відсутнє. Тому аналіз теорії та практики антимонопольного регулювання країн з транзитивною економікою, а також держав, які в цьому напрямі працюють уже більше століття, запозичення позитивного загальносвітового досвіду в цій сфері має вагоме значення для становлення та розвитку вітчизняної економіки.

Окремі аспекти міжнародного досвіду правового регулювання узгоджених дій суб'єктів господарювання були предметом дослідження таких вітчизняних і зарубіжних учених, як З. Борисенко, С. Мельник, О. Бакалінська, О. Каштанов, В. Лук'янець, Г. Филлок, В. Мамутов, А. Бутиркін, А. Циганова, О. Кусакіна та ін.

Узагальнюючи зарубіжний досвід державного регулювання конкуренції в ринковій економіці, доцільно вдатися до найбільш усталеного поділу цих явищ на світові моделі. Залежно від правового змісту та процесуальних способів реалізації прийнято розрізняти американську, європейську й японські моделі антимонопольного регулювання (останню, проте, дослідники понятійно розмежовують не завжди, включаючи її до європейської) [1, с. 45].

Американська антитрестівська модель. Сполучені Штати Америки прийнято називати батьківщиною антимонопольного законодавства, започаткованого у світовій практиці. В ос-

новному через те, що зазначене законодавство формувалося в період загострення антитрестівської боротьби у США, воно дістало назву «антитрестівське». Перший антитрестовий статут, що започаткував прийняття низки антимонопольних законів на загальнонаціональному та федеральному рівнях, ухвалено у 1877 р. у штаті Алабама. Впродовж тринадцяти років (1877–1890 рр.) вісімнадцять штатів спромоглися ухвалити власні антимонопольні закони. Проте основним законодавцем у цій царині став сенатор Дж. Шерман, який у 1890 р. ініціював розгляд Конгресом США акта «Про захист торгівлі та комерційної діяльності від незаконних обмежень і монополії» («An Act to Protect Trade Commerce Against Unlawful Restrain and Monopolies»). Після схвалення Конгресом документ дістав назву «Закон Шермана».

Сутність зазначеного нормативно-правового акта полягала в забороні будь-якої угоди, об'єднання або таємної змови, якими обмежувались умови торгівлі між штатами. Результатом прийняття закону Шермана стало віднесення таємних змов щодо ціноутворення та розподілу ринків між конкурентами до сфери кримінальних правопорушень проти федерального уряду. Фірми, яким інкримінувалося порушення закону Шермана, за рішенням суду могли бути ліквідовані. Також суд міг заборонити види діяльності, які згідно із згаданим актом визнавалися незаконними. Сторони, що постраждали від незаконних об'єднань або таємних змов, отримували право на триразове відшкодування завданих збитків [1, с. 48].

Незважаючи на те, що закон Шермана став одним із перших у світі комплексних законодавчих актів в означеній сфері, ним було започатковано широкомасштабну судову практику, яка заклала підвалини для реалізації двох принципів, якими активно послуговуються дотепер. Йдеться про змістовно протилежні принципи заборони *per se* (самі собою) та принцип *розумного підходу*.

Принцип *per se* передбачає, що окремі дії вважаються забороненими безвідносно до спричинених ними наслідків. Згідно з роз'ясненням

Верховного суду США принцип заборони *per se* поширюється також на дії й угоди, в яких необхідно оцінити рівень збитків, завданий конкурентам, і позитивний ефект, отриманий суб'єктами господарської діяльності. Якщо при розгляді справи суд вирішить, що негативний ефект від узгоджених дій є більшим, то провина порушника вважається доведеною і розгляд справи зупиняється. Спеціального розслідування з метою виявлення конкретної шкоди, заподіяної конкурентам, такі дії не потребують.

Згідно з *принципом розумного підходу* антиконкурентні дії й угоди американський суд визнає незаконними після аналізу впливу таких дій на конкуренцію. Якщо позитивний ефект від дій проти конкурентів у цілому є сприятливим для ринку, антиконкурентна негативна складова цього діяння не береться до уваги, дії визнаються правомірними. Визначальним у таких випадках є задоволення інтересів кінцевих споживачів, які суд зобов'язаний ретельно проаналізувати [2, с. 284–285].

Наступним кроком у формуванні системи антитрестівського законодавства США, що безпосередньо стосується регулювання узгоджених дій у цій країні, стало прийняття у 1914 р. двох нормативних актів: Закону Клейтона (*The Clayton Act*) і Закону «Про Федеральну торгову комісію» (*The Federal Trade Commission Act*), які розширили та вдосконалили антитрестівське законодавство США.

Разом із тим, як про це висловлюються окремі американські економісти, незважаючи на відносно велику кількість ухвалених законодавчих актів з питань регулювання конкурентних відносин, основним федеральним законом у США у цій сфері й донині залишається Закон Шермана, який із самого початку встановив досить суворі правила щодо припинення узгодженої ділової практики.

Боротьба з картельною практикою посідає значне місце в американській моделі антитрестівської політики. Законодавець керувався тим, що картельні змови, або антиконкурентні узгоджені дії, як правило, є таємними, завуальованими, такими, які непросто виявити. Вони, на думку американських економістів, завдають суспільству значно більшої шкоди, ніж інші види порушень антитрестівського законодавства, забезпечуючи вигоду лише учасникам картелю. Тому за такий вид порушень антитрестівського законодавства у США передбачено не тільки адміністративну, а й кримінальну відповідальність.

Європейська модель антимонопольного регулювання. Конкурентне право Європейського Союзу, яке вважається одним із найбільш досконалих і формалізованих, базується на більш, як 50-річному досвіді американського антимонопольного регулювання, а також на національному досвіді країн-учасниць ЄС.

Основою створення європейської моделі антимонопольного регулювання послужила необхідність правового забезпечення процесів інтеграції та концентрації окремих сегментів націо-

нальних економік західноєвропейських країн із метою створення спільного ринку та координації економічної політики перших країн-учасниць домовленостей у рамках ЄС.

Потужним поштовхом для формування антимонопольного законодавства ЄС стала необхідність балансування економічних інтересів усіх країн-учасниць Союзу в межах єдиного європейського міждержавного утворення, а також регулювання домовленостей між суб'єктами господарювання на внутрішніх ринках національних держав.

Оскільки в західноєвропейських країнах антимонопольне законодавство почало виразно формуватися пізніше, ніж у США, воно, природно, відрізняється від американського деякими характерними ознаками. Однією з них є спрямованість антимонопольного права Західної Європи на боротьбу, насамперед, із картелями, які фактично до Другої світової війни були найпоширенішою формою монополістичних об'єднань. Оскільки картелі у своїй діяльності переважно керуються домовленостями між незалежними компаніями щодо ціни, частки на ринку або розподілу ринків, то ця форма монополістичних об'єднань є нестійкою, супроводжуються обмеженими можливостями впливу на ринки.

Американські трести, на противагу картелям, побудовані за принципом об'єднання власності конкурентів в єдине підприємство. Така форма об'єднань, зарекомендувала себе дуже стійкою, що спричиняє особливо руйнівну антиконкурентну дію на ринок. Тому американські законодавці були змушені вживати більш суворі заходи щодо захисту вітчизняного конкурентного середовища, а перед європейцями проблема трестів стояла не так гостро. В Європі картельні домовленості нерідко сприймалися як досить корисні організації, що запобігають «надмірній» конкуренції, дають змогу контролювати ринкову стихію.

Особливо виразно протекціонізм картельним договорам проявився у Німеччині довоєнного періоду. Вмотивований прагненням до світового панування німецький уряд вдавався до вдосконалення ринкових механізмів у бік поглиблення концентрації виробництва. У 30-ті роки та на початку 40-х років XX ст. картелі створювалися у примусовому порядку – з метою отримання переваг у міждержавній конкурентній боротьбі, зокрема економії на витратах в управлінні.

У 1947 р. під політичним тиском США прийняті спеціальні правила про заборону картелів, а пізніше й Закон «Про недопущення обмеження конкуренції», який дістав назву «Картельний закон». Ним значно обмежувалася монопольна діяльність, у тому числі діяльність картелів (аналог антиконкурентних узгоджених дій в українському законодавстві). Заходи щодо демонополізації Німеччини розглядалися США як один із засобів зниження рівня концентрації та мілітаризації економіки Німеччини.

У подальшому саме картельне законодавство Німеччини стало основою формування конку-

рентного законодавства країн Європейського Союзу, чим переконливо доведено, на думку багатьох експертів, ефективний вплив на динаміку та зростання міжнародної торгівлі, прогрес промислового розвитку [3].

Із розширенням Європейського Співтовариства, із збільшенням кількості його членів і поглибленням економічної інтеграції між ними подала необхідність виробити чіткі правила гри у сфері захисту економічної конкуренції країн-учасниць євроінтеграційного процесу. Тісна післявоєнна співпраця держав-засновниць Європейського Союзу із США також спричинилася до того, що більшість із них проголосила свою офіційну підтримку політики сприяння конкуренції й обмеження монополістичних тенденцій [1, с. 59].

Тепер країни – члени ЄС постійно рухаються в бік поглиблення економічної, торговельної, політичної інтеграції, яка знаходить свій правовий вияв у розвитку національного законодавства, а також у вдосконаленні міждержавних нормативних актів. Останнім найбільш суттєвим актом, який вніс значні зміни до системи функціонування ЄС, став Договір про функціонування Європейського Союзу, підписаний представниками держав-членів ЄС 13.12.2007 р. у м. Лісабоні. Цей договір фактично набрав чинності 1 грудня 2009 р. Ним запроваджені реформи інститутів ЄС і процедур прийняття рішень. Проте основні підходи до контролю за узгодженими діями залишилися незмінними [4, с. 46]. Так, відповідно до ст. 101 Договору про функціонування ЄС через несумісність із спільним ринком ЄС заборонені будь-які угоди між суб'єктами господарювання, рішення об'єднань суб'єктів господарювання й узгоджені практики, що можуть вплинути на торгівлю між державами-членами та метою або наслідком яких є перешкодження, обмеження або спотворення конкуренції на внутрішньому ринку. Слід зазначити, що наведений перелік не є вичерпним, антиконкурентними можуть бути визнані й інші угоди, дії та рішення.

Балансуючи між необхідністю встановлення правил, які б сприяли добросовісній конкуренції та необхідності уникнути введення небажаних обмежень приватного підприємництва, Європейська Комісія змушена у сфері здійснення своєї компетенції застосовувати та забезпечувати дію частини 1 та 2 ст. 101 Договору про функціонування ЄС. Одна з них встановлює загальну заборону, а інша обмежує її застосування. Проте заборона не застосовується до будь-якої угоди або категорії угод між суб'єктами господарювання, будь-якого рішення або категорії рішень об'єднань суб'єктів господарювання; будь-якої узгодженої практики або категорії узгоджених практик, що сприяють удосконаленню виробництва або розповсюдженню продукції, технічному або економічному прогресу, надають споживачам змогу отримати належну частку здобутої вигоди та не накладають на заінтересованих суб'єктів господарювання обмежень, що не є обов'язковими для досягнення цієї мети; не дають таким суб'єктам господарювання можли-

вості усунути конкуренцію стосовно істотної частини відповідної продукції. Іншими словами, заборонена угода є дозволеною за умови, що позитивний ефект від неї переважає над негативними антиконкурентними наслідками.

Для отримання права користуватися певним вилученням необхідно була попередня нотифікація (від лат. *notifico* – робити відомим, сповіщувати) угоди до Європейської Комісії й отримання відповідного дозволу на заявлені дії.

За умов нової системи суб'єкт господарювання, що укладає угоду, яка, на його думку, підпадатиме під заборону, має самостійно визначити чи дотримані вимоги вилучення, передбачені ст. 101 (3) Договору про функціонування ЄС. При цьому ризик неправильного визначення відповідності комерційної угоди відповідним критеріям цілком покладається на суб'єктів господарювання. Отже, право Європейського Союзу відходить від вузько-формального (безапеляційного) тлумачення норм права (заборона дій *per se*) і фактично базується на концепції «вільної гавані», згідно з якою бізнес набув досвіду, потрібного для визначення наявності антиконкурентності узгоджених дій; він може цілком кваліфіковано та самостійно приймати рішення про допустимість їх здійснення. При цьому, за Європейською Комісією залишився контроль за всіма узгодженими діями. Цей контроль на національному рівні доповнено повноцінним контролем з боку конкурентних відомств держав-членів ЄС і їх національних судових органів, він може бути більш жорсткий, ніж на європейському рівні.

Існуюча в Україні модель контролю за узгодженими діями до певної міри є компромісом між старою та новою моделями контролю за узгодженими діями в ЄС. Так, з одного боку, в Україні існує система надання індивідуальних дозволів, а з іншого – в Україні побудовано доволі широку «вільну гавань» для здійснення господарської діяльності, яка базується як на нормах статей 7–9 Закону України «Про захист економічної конкуренції», так і на положеннях типових вимог, прийнятих на виконання ст. 11 цього Закону.

Японська конкурентна модель. В Японії механізм антимонопольного законодавства почав формуватися під тиском американської влади після Другої світової війни, в результаті чого був прийнятий Закон «Про заборону приватної монополії та забезпечення вільної торгівлі». Він став першим нормативним актом у сфері антитрестівського законодавства, який урегульовував відносини у сфері конкуренції, чим у цілому проголошував незаконними різні види картелів. Однією з цілей антимонопольного закону була заборона нечесного укладення та несправедливих засобів угод [5]. Під нечесним обмежуванням угод у законодавстві японської моделі розуміється діяльність підприємств (угоди, домовленості тощо) щодо визначення, зберігання або підвищення цін, обмеження кількості техніки, обладнання, товарів, партнерів за угодами, наслідком чого є обмеження підприємницької

діяльності, конкуренції у сфері торговельних відносин.

У своєму первинному вигляді антимонопольний закон Японії виявився найбільш суворим серед законів інших країн, оскільки забороняв об'єднання, картельні угоди, різні види ринкової дискримінації, створення жорстких монопольних структур, інші форми узгодженої ділової практики без винятків із цих правил. Однак після внесення відповідних змін в антимонопольному законі Японії з'явилася велика кількість винятків, згідно з якими цілі галузі та групи підприємств звільняються від забороненої діяльності, в результаті якої підприємці за допомогою контракту, угоди чи інших узгоджених дій обмежують свою господарську діяльність або спрямовують її у такий спосіб, щоб фіксувати, підтримувати, встановлювати ціни, обмежувати обсяги продукції на постійних або тимчасових засадах. Тому підтримання конкуренції між національними компаніями на внутрішньому ринку не тільки поступається в пріоритетності загальної експортної експансії, а й повністю підпорядковується цій меті.

Отже, кожна з розглянутих моделей має свою специфіку в регулюванні узгоджених дій у вигляді припинення монополістичної діяльності (саме намаганням утворення картельних змов). Так, американська система більш суворя у ставленні до обмежувальних угод, ніж європейська й японська, які засновані на принципі контролю, а не заборони створення та діяльності монополістичних структур. Аналіз сфери застосування антимонопольних (антитрестівських) законів різних країн світу свідчить, що в більшості випадків законодавство має чітко територіальний характер, тобто регулює операції фірм у межах національних регіонів (ринків). Лише законодавчі акти США та ЄС в окремих деталях є екстериторіальними.

Висновки

Незважаючи на те, що антимонопольне законодавство США, країн Західної Європи, Японії позначене істотними відмінностями, правовий режим державного захисту та регулювання узгоджених дій у цих країнах залишається досить сприятливим для стимулювання економіки. Ми вважаємо, що можна переймати успішний досвід внесення змін до законодавства, які мали на меті виправлення негативних наслідків, спричинених як недосконалістю антимонопольного законодавства, так і помилками державної антимонопольної політики.

Загальносвітовий досвід державного регулювання конкуренції в частині вчинення уго-

джених дій суб'єктами господарювання в усіх типах соціально-економічних систем становить значний науковий і практичний інтерес для України. Динамічні трансформаційні процеси у вітчизняній економіці, необхідність належним чином законодавчо забезпечити ці процеси, зокрема у частині розробки та втілення ефективного механізму функціонування конкурентного права, у тому числі й щодо регулювання узгоджених дій суб'єктів господарювання, вимагають подальшого аналізу і врахування світової практики правового регулювання конкуренції.

Разом із тим безпосереднє перенесення нагромадженого досвіду на ґрунт перехідної економіки неможливе і недоцільне з огляду на їх специфіку. Адже в країнах усталених ринкових відносин напрями реалізації конкурентної політики спрямовані на підтримку вже сформованих конкурентних відносин і підвищення їх ефективності, у той час як інший тип країн, до яких належить і Україна, ще перебуває на етапі проведення політики формування конкурентного середовища [6, с. 261].

Перед дослідниками насамперед постає завдання не запозичати господарсько-правові форми з одного соціально-економічного середовища до іншого (бо це лише в окремих випадках забезпечує бажаний результат), перш за все, критично переосмислити позитивний досвід у названій сфері з метою адаптації його до специфічних умов нового середовища, потреб і завдань сучасної економічної політики.

З-поміж трьох світових моделей правового регулювання узгоджених дій українським реаліям найбільше притаманна саме європейська. Ця модель узгоджується з прагненням України досягти відповідності критеріям набуття членства в Європейському Союзі, виступає однією з пріоритетних складових зовнішньої політики нашої держави, спрямованої на забезпечення процесу інтеграції України до Європейського Союзу.

Література

1. Кусакина О. Н., Мищенко В. М. Антимонопольная политика России. – Ставрополь, 2007.
2. Мамутов В. К., Чувило О. О. Господарче право зарубіжних країн. – К., 1996. – 352 с.
3. Цыганов А. Г. Конкурентное и антимонопольное регулирование. – М., 1999.
4. Стахеева Г. Влияние Лисабонского договора на право конкуренции Европейского Союза // Конкуренция. Вісник Антимонопольного комітету України. – 2010. – № 1. – С. 42–47.
5. Бакалінська О. О. Конкурентне право. – К., 2010. – 388 с.
6. Филук Г. М. Конкуренція і монополія в епоху глобалізації. – Житомир, 2009. – 403 с.

The typical models of legal regulation of the concerted antitrust actions in the international practice of economic entities have been studied in this article. These include: the American, the European and the Japanese antitrust forms of legal support. The specific and most common characteristics of each of these models have been analyzed concerning their functional efficiency in protecting and promoting competition in the current economic world situation.

В статті аналізуються найбільш устоявшіся, виразительно очерченні в мировій практиці моделі правового регулювання согласованих дій суб'єктів господарювання: американської, європейської й японської форм правового обеспечення цієї сфери, досліджуються специфіки й особливості кожної моделі в контексті їх функціональної ефективності в умовах конкуренції в сучасних умовах.



АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ДІЯЛЬНОСТІ ОРГАНІВ ДПС УКРАЇНИ

Альона Шатка,

*лаборант кафедри управління,
адміністративного права, процесу та адміністративної діяльності
Національного університету державної податкової служби України*

У статті досліджується сучасний стан адміністративно-правового регулювання діяльності органів ДПС України в умовах реалізації положень Податкового кодексу та євроінтеграційного поступу України.

Ключові слова: правове регулювання, нормативне забезпечення, адміністративно-правове регулювання, органи ДПС України.

Прагнення України до європейської інтеграції, вступу до СОТ та інших міжнародних інститутів, глобалізація економічної та податкової сфери зумовлює необхідність і важливість адміністративно-правового регулювання діяльності органів державної податкової служби України (далі – органи ДПС України) у контексті формування відповідної сучасним вимогам нормативно-правової бази й організаційно-функціональної структури податкових органів в Україні.

Світовий досвід і практика господарювання свідчить, що для забезпечення своєчасного та повного надходження податків і загальнообов'язкових платежів до бюджету країни виникає потреба в удосконаленні чинної системи, у тому числі її реформування та модернізації.

Міжнародна податкова практика свідчить, що кожна країна прагне до економічно обґрунтованого збільшення своїх доходів. Рівень доходів країни залежить від багатьох чинників. Найважливішим із них являється діяльність податкових органів. Треба зазначити, що у країнах із розвинутою ринковою економікою найбільше уваги приділяється питанням діяльності податкових служб.

Формування централізованих фінансових ресурсів держави, передусім її бюджету, а також позабюджетних державних фондів в умовах прийняття Податкового кодексу потребує не тільки чіткої організаційної системи контролю за цим процесом, але й фінансової дисципліни. Відповідальність за стягнення податків та обов'язкових платежів з усіх підприємств, організацій, фізичних осіб покладена на Державну податкову службу України.

Дотримання платниками податків податкової дисципліни потребує здійснення з боку держави та податкової служби комплексу організаційно-правових та управлінських заходів, спрямованих на створення надійної системи адміністративно-правового регулювання діяльності органів ДПС України.

Для стабільного соціально-економічного та політичного розвитку країни необхідне систематичне надходження коштів до бюджетів усіх рівнів. У зв'язку із цим особливої важливості набуває процес адміністративно-правового регулювання діяльності податкової служби.

Вирішення актуальних завдань у сфері оподаткування, з одного боку, потребує посилення правоохоронної функції держави, зокрема активізації боротьби із різними податковими правопорушеннями та злочинами, з іншого – перегляду форм і методів адміністративно-правового регулювання діяльності підрозділів податкової служби України.

Проведений автором аналіз норм чинного національного та міжнародного законодавства і практики діяльності органів ДПС України дає можливість для обґрунтування необхідності проведення подальшого наукового дослідження адміністративно-правового регулювання діяльності органів податкової служби, удосконалення механізму функціонування та розроблення форм і методів їх діяльності.

Організація діяльності органів ДПС України, як і будь-якої іншої державної інституції, вимагає наявності власної актуальної нормативно-правової бази, яка б цілковито, своєчасно й ефективно регулювала суспільні відносини у сфері оподаткування із забезпечення виконання податковими органами положень Податкового кодексу України.

Зазначимо, що належне нормативно-правове забезпечення функціонування органів ДПС України є однією із передумов формування повноцінної податкової системи у державі, яка б відповідала європейським і міжнародним стандартам.

З урахуванням цього, дослідження адміністративно-правового регулювання діяльності органів ДПС України є важливою й актуальною проблемою із наступних причин: по-перше, новому якісному періоду у розвитку держави, пов'язаного із реформуванням податкової системи взагалі та модернізацією податкової служби України зокрема, мають діяти такі нормативно-правові акти, які відповідають сучасним світовим та європейським вимогам; по-друге, в умовах зростання загальної кількості платників податків (юридичних і фізичних осіб) та збільшення податкового навантаження на діяльність податкових органів, їх праця має бути нормативною, оперативною та доступною; по-третє, результати дослідження розглянутого напрямку мають велику практичну значимість для діяльності органів ДПС України у контексті прийняття Податкового кодексу.

Вагомий внесок у дослідження адміністративно-правового регулювання діяльності органів ДПС України зробили такі науковці та практики-податківці: В. Авер'янов, М. Азаров, В. Антипов, О. Бандурка, В. Білоус, А. Брезвін, В. Басай, З. Варналій, В. Копейчиков, Р. Калюжний, О. Костенко, М. Коваль, П. Мельник, О. Солдатенко, А. Папаїка, Л. Тарангул, Д. Семир'янов, П. Цимбал, І. Шинкаренко, Ф. Ярошенко та ін.

Водночас питання щодо значення адміністративно-правового регулювання діяльності податкової служби в умовах реалізації положень Податкового кодексу й євроінтеграційного поступу України вимагає від практиків і науковців подальших досліджень.

Метою цієї статті є дослідження теоретичних основ адміністративно-правового регулювання діяльності органів ДПС України.

Так, Конституція України визначила обов'язок кожного громадянина сплачувати податки та збори у порядку та розмірах, установлених законом, щорічно подавати до податкових інспекцій декларації про свій майновий стан і доходи за минулий рік у порядку, урегульованому законом. Це зумовило активізацію процесу у напрямі вдосконалення, у тому числі і створення нової нормативно-правової бази діяльності податкових органів.

Удосконалення адміністративно-правового регулювання діяльності органів ДПС України є однією із загальнодержавних проблем, що потребують негайного вирішення. У період проведення реформ, зокрема модернізації податкової служби, вибору нового вектора соціально-економічного розвитку держави, організація ефективної діяльності податкової служби поряд із удосконаленням самої податкової системи стає важливою складовою державотворення.

Основним завданням органів державної податкової служби є контроль за дотриманням вимог податкового законодавства, правильністю нарахування, повнотою і своєчасністю сплати податків, зборів та обов'язкових платежів. Чинне українське законодавство чітко визначає основні напрями контрольної роботи податкових органів, що зумовило певний рівень відпрацьованості та методичної забезпеченості обліку платників податку, організації та проведення податкових перевірок і заходів щодо скорочення недоїмки по податкових платежах. Але при цьому результативність контрольної й іншої роботи у податковому процесі постійно залежить від якості адміністративно-правового регулювання діяльності податкових органів.

Необхідність подальшого вдосконалення адміністративно-правового регулювання діяльності органів ДПС України визначається як *об'єктивними*, так і *суб'єктивними* факторами. До об'єктивних належать: певна нечіткість правових норм податкового законодавства, що часом утруднює їх тлумачення та практичну реалізацію; наявність великої кількості методичних вказівок у сфері податкового контролю, які інколи суперечать нормативним актам вищої юридичної сили тощо. До суб'єктивних факторів необхідно віднести: ненавмисні помилки платників податків під час розрахунку сум платежів, які більшою мірою пов'язані як із змінами податкового законодавства, так і з періодичним введенням звітності; низька податкова дисципліна платників податків, які навмисно йдуть на порушення податкового законодавства, а також і ті, котрі свідомо намагаються ухилятися від сплати податків; інколи – некомпетентність працівників підприємств (податкові менеджери, бухгалтери) та ін.

Так, нормативною основою адміністративно-правового регулювання діяльності органів ДПС України є такі кодифіковані та законодавчі акти: Податковий кодекс України, Бюджетний кодекс України, Митний кодекс України та закони України: «Про державну податкову службу в Україні», «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства Укра-

їни до законодавства Європейського Союзу», «Про державну статистику», «Про державну службу», «Про Державний реєстр фізичних осіб – платників податків та інших обов'язкових платежів», «Про патентування деяких видів підприємницької діяльності», «Про джерела фінансування органів державної влади», «Про ліцензування певних видів господарської діяльності», «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами», «Про електронні документи та електронний документообіг», «Про електронний цифровий підпис», «Про загальнообов'язкове пенсійне страхування», «Про спеціальний режим інвестиційної діяльності на територіях пріоритетного розвитку в Чернігівській області», «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності» та ін.

Грунтовний розгляд питання щодо адміністративно-правового регулювання діяльності органів ДПС України неможливе без аналізу загальноправових елементів цього поняття.

Одним із перших у юридичну науку поняття «механізм правового регулювання» ввів і розкрив С. Алексєєв. Так, на думку цього вченого, під таким механізмом треба розуміти взяття у єдності сукупність юридичних засобів, за допомогою яких забезпечується правовий вплив на суспільні відносини [1, с. 24].

На думку Л. Шестопалової, механізм правового регулювання суспільних відносин – «комплексне явище, сукупність правових засобів, за допомогою яких поведінка суб'єктів суспільних відносин приводиться у відповідність до приписів, що містяться у нормах права. Елементи механізму правового регулювання: а) норми права – основа механізму правового регулювання, оскільки з них, їх змісту, починається дія права на соціальні відносини; б) правові відносини – суспільні відносини, що відбуваються у визначених нормах права межах; в) акти реалізації прав і обов'язків – дії суб'єктів щодо здійснення приписів правових норм; г) акти застосування права; г) законність; д) правосвідомість; е) правова культура. Чинники (явища), що впливають на правове регулювання: законність; правосвідомість; правова культура» [2, с. 157–158].

Так, наприклад, І. Голосніченко визначає, що «механізм адміністративно-правового регулювання суспільних відносин – це сукупність адміністративно-правових засобів, за допомогою яких справляється вплив на відносини, що виникають у процесі здійснення виконавчої влади. До його структури входять такі елементи: 1) норми адміністративного права; 2) адміністративно-правові відносини;

3) акти тлумачення норм адміністративного права; 4) акти реалізації адміністративно-правових норм і відносин» [3, с. 20–21].

Дослідник згоден із позицією С. Ківалова та Л. Білої, які зазначають, що до структури механізму адміністративно-правового регулювання входять наступні елементи: а) адміністративно-правові норми; б) адміністративно-правові відносини, структурою яких є: об'єкт (дія, поведінка людей, матеріальні предмети, речі), суб'єкт (громадяни, особи, державні органи, підприємства, установи, організації та ін.), зміст (сукупність прав і обов'язків сторін) [4, с. 14–17].

Адміністративно-правове регулювання діяльності органів ДПС України у контексті побудови та подальшого розвитку податкової служби ґрунтується на таких основних напрямках, як: удосконалення податкового законодавства та методології адміністрування податків із чітким визначенням прав та обов'язків як платників податків, так і органів державної податкової служби України (ліквідація прогалин у нормативних актах, спрощення норм, адаптація законодавства до норм ЄС); удосконалення системи подання й оброблення податкової звітності (подання звітності в електронному вигляді, створення інформаційної бази даних, спрощення й уніфікація податкових декларацій, що дасть можливість проводити камеральні перевірки та аудит, відшкодування ПДВ в автоматичному режимі); створення інтегрованої інформаційної системи органів державної податкової служби (формування та збереження баз даних на обласному рівні й у розподільчому режимі, доведення інформації до кожного податкового органу, проведення міжвідомчого обміну інформацією); заміна чинної структури змішаного типу запровадження організаційної структури органів ДПС України за функціональною ознакою.

У процесі виконання завдань, передбачених національним законодавством, органи ДПС України наділені повноваженнями здійснювати чітко визначену юрисдикційну діяльність.

Для цього податкові органи наділені широким колом повноважень, у рамках яких вони реалізують надане їм право притягнення до адміністративної відповідальності за скоєні податкові правопорушення. При цьому юрисдикція податкових органів, порівняно з іншими органами адміністративної юрисдикції та судовою юрисдикцією, має свої особливості.

Так, згідно із Законом України «Про державну податкову службу в Україні», ці особливості впливають саме із завдань, покладених законодавцем на податкові органи.

Ми розділяємо думку Ю. Руснака, котрий стверджує, що органи державної податкової служби є суб'єктами юрисдикційних повноважень у справах, що перебувають у їх підвідомчості [5, с. 11].

Отже, адміністративно-юрисдикційна діяльність органів державної податкової служби – це врегульований нормами адміністративного права (адміністративного законодавства) спеціальний різновид адміністративної діяльності, який полягає у виявленні протиправних порушень у зборі та оцінці матеріалів і доказів, кваліфікації адміністративних правопорушень, а також здійсненні адміністративного провадження у справах про адміністративні правопорушення [5, с. 3].

Тому з урахуванням викладеного вище ми пропонуємо розглядати «адміністративно-правове регулювання діяльності органів ДПС України» як комплекс організаційно-правових та управлінських норм і засобів, що застосовується у встановленому законодавством порядку уповноваженими на те суб'єктами з метою впорядкування суспільних відносин з організації і сплати податків із подальшим їх перерахуванням до державного бюджету України.

This article examines the modern administrative and legal regulation of activity of the STS of Ukraine in implementation of the provisions of the Tax Code and the promotion of European integration of Ukraine.

В статье исследуется современная административно-правовая регуляция деятельности органов ГНС Украины в условиях практической реализации положений Налогового кодекса и евроинтеграционного продвижения Украины.

Отже, маємо зазначити, що актуальність і важливість подальшого розгляду питання щодо адміністративно-правового регулювання діяльності органів ДПС України в умовах реалізації положень Податкового кодексу тільки зростає. Основними напрямками адміністративно-правового регулювання діяльності податкових органів є: створення якісно нової податкової служби, яка буде спроможна забезпечити сприятливі умови для залучення та ведення бізнесу, здійснення інвестицій та збільшення сукупних податкових надходжень до всіх рівнів бюджетів і державних цільових фондів.

Література

1. Алексеев С. С. Общая теория права: В 2 т. – М., 1982. – Т. 2. – 360 с.
2. Шестопалова Л. М. Теория держави і права. – К., 2006. – 197 с.
3. Голосніченко І. П. Адміністративне право України: основні поняття. – К., 2005. – 231 с.
4. Ківалов С. В. Адміністративне право України. – О., 2002. – 312 с.
5. Руснак Ю. І. Адміністративно-юрисдикційна діяльність органів державної податкової служби України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Ірпінь, 2004. – 21 с.



ДИСЦИПЛІНАРНІ ПРОВАДЖЕННЯ ЯК ОДИН ІЗ ВИДІВ КОНФЛІКТНИХ ПРОВАДЖЕНЬ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ ПРОЦЕСІ

Віктор Тімашов,

здобувач

Міжрегіональної академії управління персоналом

У статті розглядаються поняття дисциплінарного провадження, суб'єкти які здійснюють провадження, її об'єкти, стосовно яких воно здійснюється, а також джерела, що регулюють діяльність дисциплінарних проваджень.

Ключові слова: дисциплінарне провадження, конфліктні провадження, процес, адміністративний процес, державні службовці, дисциплінарний проступок, органи внутрішніх справ, судді, дисциплінарний статут.

Завдання щодо побудови в Україні демократичної, соціальної, правової держави вимагає якнайшвидшого реформування правової системи, запровадження надійних гарантій дотримання прав і свобод громадян, закріплених Конституцією України. Особливо актуальним у цьому плані є проведення адміністративної реформи в державному управлінні, владного впливу держави на різноманітні суспільні процеси, у тому числі адміністративно-деліктного права.

В адміністративно-деліктному праві накопичилося чимало проблем, пов'язаних як із належним виконанням завдань правоохорони, так і з забезпеченням прав і свобод громадян, інших суб'єктів від незаконного притягнення до юридичної відповідальності. До основних, найбільш вагомих із них належать питання запровадження, визначення змісту заходів адміністративної відповідальності, її реалізація.

У питанні соціального призначення адміністративної відповідальності можна виділити дві кардинальні проблеми. З одного боку, ця відповідальність як один із найважливіших методів державної діяльності має забезпечувати належне виконання завдань і функцій держави, надійну охорону відповідних суспільних відносин, з іншого – реалізація її заходів повинна ґрунтуватися на якнайсуворішому дотриманні принципів гуманізму, соціальної справедливості, законності тощо.

Конституція України проголошує нашу державу суверенною та незалежною, демократичною, соціальною та правовою державою, в якій громадяни мають рівні конституційні права та свободи, є рівними перед законом (ст. 1, 24).

Процесуальна діяльність у галузі кримінального, цивільного, господарського або адміністративного права фактично зводиться до наділення відповідними правами й обов'язками суб'єктів цих правовідносин. Для забезпечення виконання наведеного конституційного принципу рівності належне виконання обов'язків однієї сторони повинно забезпечуватися наданням відповідних

прав іншій. Зважаючи на це, необхідною й обов'язковою умовою належного регулювання процесуальних правовідносин є чітка регламентація прав та обов'язків їх суб'єктів із дотриманням наведеного правила, порушення якого тягне за собою зловживання уповноваженою особою своїми правами, їх перевищення, недотримання своїх обов'язків аж до їх повного ігнорування.

Адміністративно-процесуальне право передбачає види правового регулювання за порушення норм і правил поведінки суб'єктів адміністративної діяльності. Таке реагування можна визначити низкою конфліктних проваджень, визначених в адміністративному процесі, які є наслідком порушень. До видів конфліктних проваджень відносять: дисциплінарні провадження; провадження з розгляду скарг громадян; провадження у справах про адміністративні правопорушення [1, с. 213–214].

Під дисциплінарною відповідальністю згідно з Кодексом законів про працю України (далі – КЗпП) слід розуміти винне порушення трудової дисципліни та службових обов'язків. Такі порушення можуть бути виражені як у діях, так і бездіяльності, допускатися як свідомо, так і з необережності. Деякі категорії державних службовців у зв'язку з виконанням своїх повноважень відповідають у дисциплінарному порядку і за проступки, які порочать їх як державних службовців або дискредитують органи, в яких вони працюють (керівники, державні службовці, працівники правоохоронних органів, військовослужбовці та ін.).

Законодавством закріплені такі види дисциплінарної відповідальності державних службовців: у порядку, встановленому законами України; у порядку, встановленому КЗпП; відповідно до правил внутрішнього трудового розпорядку для робітників і службовців; на підставі дисциплінарних статутів і спеціальних положень, чинних у низці галузей управління та деяких сферах державної діяльності.

Підставою дисциплінарної відповідальності є дисциплінарний проступок, сутність якого по-

лягає у невиконанні або неналежному виконанні працівником покладених на нього трудових чи службових обов'язків.

Нормами адміністративного права встановлюються дисциплінарна відповідальність і порядок її реалізації, коло суб'єктів і повноваження органів управління (посадових осіб), які наділені «дисциплінарною» владою, категорії службовців, відповідальність яких регулюється адміністративним правом. Стосовно більшості працівників дисциплінарна відповідальність передбачена нормами трудового й адміністративного права.

Заслужує на увагу те, що незалежно від того, на підставі якого законодавчого акта настає дисциплінарна відповідальність, вона характеризується такими загальними ознаками:

- підставою є дисциплінарний проступок;
- за такий проступок передбачено накладення дисциплінарного стягнення;
- стягнення застосовується уповноваженим на те органом (посадовою особою) в порядку підлеглості;
- межі «дисциплінарної» влади цього органу (посадової особи) чітко встановлюються правовими нормами;
- службовець, на якого накладено дисциплінарне стягнення, може його оскаржити у вищій орган (вищій посадовій особі) або суд;
- за один дисциплінарний проступок може бути накладено лише одне дисциплінарне стягнення.

З огляду на зміни у сфері суспільної організації праці, зумовлені перебігом складних економічних процесів, особливої актуальності набула проблема дисциплінарної відповідальності працівників за невиконання або неналежне виконання своїх трудових обов'язків. Перехід України до ринкових відносин, посилення у зв'язку з цим господарської влади роботодавця у трудових правовідносинах зумовили необхідність перегляду низки усталених підходів до ролі та значення юридичних методів і способів забезпечення трудової дисципліни учасників цих правових стосунків.

До питань дисциплінарної відповідальності неодноразово зверталися провідні вчені – фахівці з трудового права. Це, насамперед, О. Процевський, В. Венедиктов, Л. Сироватська, О. Карпенко. У своїх публікаціях вони вказували на необхідність удосконалення законодавства, що покликане забезпечувати належний рівень трудової дисципліни та відповідальності працівників за вчинення ними дисциплінарного проступку. Хоча в цьому напрямі дещо зроблено, однак залишається не до кінця з'ясованою юридична природа дисциплінарних повноважень роботодавців, системи санкцій, що застосовуються до порушників правил внутрішнього розпорядку. Потребують ґрунтовного висвітлення й інші питання, що постали на етапі здійснення ринкових трансформацій в економіці, широкого впровадження приватного підприємництва.

Правовою підставою дисциплінарної відповідальності прийнято вважати трудове правопо-

рушення (дисциплінарний проступок). Воно виражається у винних протиправних діях чи бездіяльності, що спричинили порушення встановленого в організації внутрішнього трудового розпорядку. Коли йдеться про юридичні підстави, то, як правило, визначають конкретні правові обов'язки, порушені працівником. Л. Сироватська з цього приводу зазначає, що дисциплінарний проступок матиме місце тільки тоді, коли правопорушення пов'язане з невиконанням трудових обов'язків, але за своїм характером не становить суспільної небезпеки і допускає застосування до особи дисциплінарних санкцій чи заходів громадського впливу. При цьому дисциплінарний проступок необхідно виключити з числа інших правопорушень – кримінальних та адміністративних, оскільки те чи інше правопорушення у сфері трудової дисципліни не є злочином чи адміністративним проступком [2, с. 43].

Для трудового правопорушення характерна низка ознак, які відрізняють його від інших правопорушень і розкривають зміст цього поняття. *По-перше*, трудове правопорушення не є суспільно небезпечним діянням, а виражається в неналежному виконанні працівником трудової функції, визначеної трудовим договором. Зміст трудової функції окремих категорій працівників (суддів, прокурорів, державних службовців, працівників, які здійснюють виховні функції) охоплює також дотримання вимог морального змісту. Недотримання ними таких норм, їх аморальна поведінка не лише під час роботи, а й у побуті є підставою для притягнення таких працівників до дисциплінарної відповідальності аж до звільнення з посади. *По-друге*, трудове правопорушення може бути вчинене тільки працівниками, які перебувають у трудових правовідносинах із роботодавцем. *По-третьє*, таке правопорушення виражається в протиправному та винному невиконанні чи неналежному виконанні працівником своїх трудових обов'язків, покладених на нього трудовим договором, нормативними актами, що регулюють внутрішній трудовий розпорядок, та іншими нормами трудового права.

Необхідними елементами складу трудового правопорушення (як і інших видів правопорушень) є суб'єкт, суб'єктивна сторона, об'єкт й об'єктивна сторона. Суб'єктами трудового правопорушення можуть бути лише фізичні особи, які досягли встановленого законом віку й є дієздатними, тобто здатними усвідомлювати свої дії та керувати ними. Коло суб'єктів трудових правопорушень обмежене. Такими можуть бути лише працівники, які вчинили порушення трудової дисципліни.

Законодавство розрізняє кілька видів суб'єктів трудового правопорушення. Загальне поняття суб'єкта трудового правопорушення поширюється на будь-якого працівника, винного в невиконанні обов'язків, передбачених правилами внутрішнього трудового розпорядку. Трудове право містить також поняття спеціального суб'єкта. Останні відрізняються за характером трудової функції, яка здебільшого пов'язана із здійснен-

ням управлінських повноважень, колом трудових обов'язків, що виражаються у здійсненні функцій державного апарату, й особливостями умов праці.

Суб'єктивна сторона дисциплінарного проступку виражається в психічному ставленні порушника трудової дисципліни до своєї протиправної поведінки. Для визнання протиправної поведінки працівника трудовим правопорушенням роботодавець повинен встановити наявність його вини, яка класично поділяється на умисел і необережність.

У Типових правилах внутрішнього трудового розпорядку порушенням трудової дисципліни визнається також винне невиконання чи неналежне виконання працівником покладених на нього трудових обов'язків. Вина як складова трудового правопорушення містить у собі два моменти – інтелектуальний і вольовий, від поєднання яких розрізняють форму вини. Інтелектуальний момент вини характеризує усвідомлення особою протиправності вчинюваного проступку та настання шкідливих результатів. Натомість вольовий критерій виражається у бажанні досягти настання протиправних наслідків.

Щодо трактування поняття «об'єкт дисциплінарного проступку», то в науці трудового права існують різні позиції. Узагальнено можна виділити два підходи до розуміння цього елемента складу трудового правопорушення. Одні науковці наголошують, що об'єктом трудового правопорушення слід вважати трудову дисципліну. Л. Сироватська вважає, що дисципліна праці є загальним об'єктом різних правопорушень у сфері трудової діяльності. При цьому вона стверджує, що трудова дисципліна може бути об'єктом різних правопорушень, у тому числі злочинів [3, с. 232].

На суперечливість такої позиції звертає увагу А. Абрамова. Констатуючи той факт, що ряд науковців об'єктом дисциплінарних проступків вважає трудову дисципліну, встановлювану державою, вона зазначає, що таке визначення об'єкта дисциплінарного правопорушення одразу ж вимагає пояснення поняття «дисципліна», оскільки воно розглядається в різних аспектах. На думку А. Абрамової, загальним об'єктом дисциплінарного проступку є суспільні відносини, що виникають у процесі спільної праці, регульовані нормами трудового права. Безпосереднім об'єктом порушення трудової дисципліни можуть бути окремі елементи внутрішнього трудового розпорядку, які стосуються порядку оформлення трудового договору, виконання трудових обов'язків, урахування міри праці та споживання, оцінки трудової діяльності працівника, загальних правил поведінки, що забезпечують нормальну обстановку колективної праці, охорону майна підприємства тощо [4, с. 65].

Об'єктивною стороною будь-якого правопорушення вважається власне поведінка суб'єкта, тобто протиправне діяння, що виражається у формі дії чи бездіяльності. Об'єктивна сторона трудового правопорушення характеризується низ-

кою ознак, властивих цій категорії, – протиправність, наявність суспільно шкідливих наслідків, причинний зв'язок між діянням правопорушника та наслідками, час, місце, спосіб вчинення діяння. Посягаючи на ті чи інші охоронювані правом суспільні відносини, особа порушує відповідні приписи, тобто допускає поведінку, заборонену законом.

Ознака протиправності, яка характеризує об'єктивну сторону трудового правопорушення, означає заборону діяння під загрозою наслідків, передбачених правовими санкціями. Протиправність поведінки в трудовому праві виявляється, насамперед, як порушення трудових обов'язків. У зв'язку з цим слід відмежовувати трудові обов'язки від тих, що закріплені іншими галузями права. Крім того, для деяких категорій працівників через особливий характер виконуваних ними функцій поняття трудового правопорушення розширюється за рахунок включення проступків, безпосередньо не пов'язаних із виконанням ними своїх трудових обов'язків.

Трудове право розрізняє загальну та спеціальну дисциплінарну відповідальність. Якщо загальна дисциплінарна відповідальність регулюється КЗпП України та правилами внутрішнього трудового розпорядку, то спеціальна дисциплінарна відповідальність регулюється також іншими законодавчими нормативними актами.

Слід зазначити, що в спеціальних актах дисциплінарний проступок визначається в дещо загальній формі або взагалі не дається жодного його визначення. Основні відмінності спеціальної відповідальності від загальної полягають у визначеному колі суб'єктів такої відповідальності, ширшому понятті дисциплінарного проступку та дещо суворіших заходах стягнення [5, с. 93].

Сукупність правопорушень, що тягнуть дисциплінарну відповідальність за статутами та положеннями про дисципліну, можна розділити на *власне дисциплінарний проступок* – порушення трудових (службових) обов'язків та *порушення інших обов'язків*, які не завжди характеризують трудову функцію. В основу розмежування дисциплінарної відповідальності на види покладені характер діяльності різних категорій службовців, умови їх роботи, система дисциплінарних стягнень, порядок їх накладення й оскарження.

Законом України «Про державну службу» від 16.12.1993 р. встановлені особливості дисциплінарної відповідальності державних службовців, органів виконавчої влади й їх апарату. Її сутність полягає в тому, що дисциплінарні стягнення застосовуються до державного службовця за невиконання чи неналежне виконання службових обов'язків, перевищення своїх повноважень, порушення обмежень, пов'язаних із проходженням державної служби, а також за проступок, який порочить його як державного службовця або дискредитує державний орган, в якому він працює (ст. 14).

Службовці державних підприємств, установ, організацій, а також державних органів, на яких не поширюються положення Закону України «Про

державну службу», відповідних дисциплінарних статутів чи положення про дисципліну, несуть дисциплінарну відповідальність згідно з КЗпП чи Правилами внутрішнього трудового розпорядку.

Загальними підставами для застосування дисциплінарних стягнень є:

- невиконання чи неналежне виконання службових обов'язків;
- перевищення повноважень; порушення обмежень, пов'язаних з проходженням державної служби;
- здійснення вчинку, який порочить особу як державного службовця або дискредитує державний орган, в якому він працює.

Крім загальних підстав, передбачених законодавством про працю, підставою для звільнення або іншого усунення від виконання посадових функцій може бути вчинення порушень, зазначених у статтях 21, 22 Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції» від 07.04.2011 р.

Особливим заходом спеціальної дисциплінарної відповідальності державних службовців є відсторонення службовця від виконання повноважень за посадою та проведення службового розслідування відповідно до постанови Кабінету Міністрів України від 13.06.2000 р. № 950 у разі невиконання службових обов'язків, що призвело до людських жертв або заподіяло значну матеріальну чи моральну шкоду громадянину, державі, підприємству, установі, організації чи об'єднанню громадян.

Невиконання покладених службових обов'язків може бути підставою для притягнення до кількох видів відповідальності; при цьому в основі складу проступку може лежати одна й та сама посадова дія (вчинок). Наприклад, згідно з Дисциплінарним статутом органів внутрішніх справ України (Закон України від 22.02.2006 р.) на осіб рядового та начальницького складу можуть накладатися такі стягнення: зауваження; догана; сувора догана; затримка у присвоєнні чергового спеціального звання або поданні до його присвоєння на строк до одного року; попередження про неповну службову відповідальність; пониження в спеціальному званні на один ступінь; звільнення з органів внутрішніх справ (ст. 12).

Дисциплінарні стягнення застосовуються начальниками в межах наданих їм прав. Перелік посад начальників й їх прав щодо накладення дисциплінарних стягнень визначається додатком до статуту. Дисциплінарні права інших на-

чальників встановлюються Міністром внутрішніх справ України стосовно дисциплінарних прав начальників, передбачених переліком.

Висновок

Попередження й усунення причин і умов, що сприяють учиненню та запобігання вчинення державними службовцями під час виконання ними службових обов'язків правопорушень чи дій, що можуть призвести до скоєння протиправних дій, потребують нормативного врегулювання питання профілактики правопорушень такими особами.

Удосконаленню механізму дисциплінарної відповідальності слугуватиме прийняття дисциплінарних статутів для різних державних органів, в яких слід нормативно визначити межі дозволеної та забороненої поведінки їх службових осіб. У таких нормативних актах пропонуємо передбачити здійснення заходів *загальної профілактики*: інформування органів державної влади, заінтересованих міністерств та інших органів виконавчої влади про наявні обставини, що можуть сприяти вчиненню злочинів, пов'язаних із здійсненням службової діяльності, для вжиття заходів щодо усунення цих обставин; інформування особового складу щодо відповідальності за службові злочини, а також про стан дотримання законності, про результати службових розслідувань та наслідки правопорушень, учинених співробітниками; проведення нарад профілактичного напрямку уповноваженими посадовими особами у разі наявності негативних явищ чи обставин у трудових колективах тощо), та *індивідуальної профілактики* (індивідуального впливу на свідомість і поведінку осіб, дії яких можуть призвести до скоєння правопорушень, пов'язаних із виконанням покладених на них службових обов'язків).

Література

1. Кузьменко О. В. Теоретичні засади адміністративного процесу. – К., 2005. – 352 с.
2. Сыроватская Л. А. Ответственность за нарушение трудового законодательства. – М., 1990. – 243 с.
3. Сыроватская Л. А. Трудовое право. – М., 1998. – 305 с.
4. Абрамова А. А. Дисциплина труда в СССР. – М., 1969. – 236 с.
5. Карпенко О. И. Дисциплинарная ответственность работника в трудовом праве: понятие и виды: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2003. – 166 с.

We consider the notion of disciplinary proceedings, are subjects which carry out the proceedings, and objects to which it is conducted, and sources governing disciplinary proceedings.

В статье рассматриваются понятие дисциплинарного производства, субъекты, которые осуществляют производство, и объекты, относительно которых оно проводится, а также источники, регулирующие действие дисциплинарных производств.



ХАРАКТЕРИСТИКА ПУБЛІЧНОГО ІНТЕРЕСУ У МІЖБЮДЖЕТНИХ ПРАВОВІДНОСИНАХ

Сергій Безрутченко,

канд. екон. наук,

Олена Кузьменко,

канд. юрид. наук, доцент,

Національна академія внутрішніх справ

У статті на основі аналізу наукових позицій і чинного законодавства характеризується публічний інтерес у міжбюджетних правовідносинах, обґрунтовується важливість його врахування для належного правового регулювання.

Ключові слова: освіта, державна соціальна допомога, права студентів, соціальний захист студентів, соціальне забезпечення студентів.

У перше поділ інтересів на публічні та приватні здійснено Ульпіаном, який у першому титулі першої книги Дігест Юстініана писав: публічне право, яке (належить) до положення римської держави, приватне, яке (належить) на користь окремих осіб [1, с. 83]. Це твердження є основою як для дискусії про співвідношення публічних і приватних інтересів, так і розмежування публічного та приватного права.

У різний час категорію «інтерес» і його зв'язок з правом досліджували такі вчені, як С. Братусь, Г. Гак, В. Грибанов, О. Іоффе, С. Муромцев, Л. Петражицький, Ю. Тихомиров, Ю. Толстой, Д. Чечот, Г. Шершеневич. Проте однозначного розуміння природи, ролі та місця інтересу в юриспруденції до цього часу не існує.

Метою цієї статті є визначення та характеристика публічного інтересу в міжбюджетних правовідносинах на основі аналізу наукових позицій і чинного законодавства.

Об'єктивна сторона правоутворення – це соціально значимі потреби різних суб'єктів суспільства та суспільства в цілому, що матеріалізуються в суспільних відносинах, які потребують правового регулювання [2, с. 101–102].

Від адекватного усвідомлення інтересів залежить ефективність правового регулювання, оскільки помилкове розуміння інтересів і стану їх балансу створює додаткову напругу в державі та суспільстві.

Норми бюджетного права регулюють відносини щодо фінансування виконання державою в особі органів державної влади й адміністративно-територіальними утвореннями в особі органів місцевого самоврядування всіх без винятку завдань і функцій. Ці відносини зачіпають інтереси платників податків, інших обов'язкових платіжів, розпорядників та одержувачів бюджетних коштів, а також інтереси територіальних громад, яким виділяються кошти у вигляді міжбюджетних трансфертів [3, с. 82].

І. Луніна стверджує, що корисність більшості суспільних благ має територіальні обмеження, тому забезпечення ефективного використання обмежених ресурсів економіки та справедливого розподілу відповідних витрат і вигод потребує децентралізованої структури державного управління та багаторівневої бюджетної системи. Вона зазначає, що нині в Україні в багатьох випадках має місце протиставлення місцевого самоврядування та держави, хоча згідно з чинним законодавством гарантії місцевого самоврядування, як і в інших унітарних державах, розглядаються в організаційному сенсі – як право територіальних громад самостійно вирішувати питання місцевого рівня в межах Конституції та законів України [4, с. 408–409]. На нашу думку, таке протиставлення, насамперед, завдячує відсутності як чіткої ідентифікації інтересів держави й інтересів адміністративно-територіальних одиниць у бюджетній сфері, так і їх збалансованості.

Ю. Тихомиров вважає, що публічне право має своїм девізом забезпечення гармонії та згоди у суспільстві, балансу інтересів особистості, колективів, громад і суспільства в цілому, стабільності держави й її інститутів, стійкості засад економічного і соціального розвитку [5, с. 32]. Загальне родове поняття публічного інтересу, на думку науковця, співвідноситься з видовими нормативними поняттями – інтереси суспільства та держави, національної безпеки, загальні інтереси, інтереси націй, народів, населення, загальноекономічні інтереси, регіональні та місцеві інтереси [6, с. 4–5].

Однією з ключових ознак публічного права є наявність публічного інтересу, що виражає у концентрованій формі загальносоціальні цінності та намагання. Під публічними інтересами одні дослідники розуміють визнані державою та забезпечені правом інтереси соціальної спільноти, задоволення яких є умовою та гарантією її існування і розвитку [5; 6], інші визначають публічний інтерес як життєво необхідний стан великих соціальних груп (включаючи суспіль-

ство в цілому), обов'язок щодо реалізації якого лежить на державі [7, с. 25] або як об'єктивно існуюче і таке, що охороняється державою, намагання досягти соціально значимого позитивного результату у рамках існуючих суспільних відносин [8, с. 35].

Ми поділяємо позицію В. Чернадчука, який обґрунтовує, що публічний інтерес – це об'єктивна категорія, що за формою є суспільними відносинами, змістом яких є публічна потреба, що має соціальний характер, який і робить її публічним інтересом [3, с. 83]. Предметом публічного інтересу є те благо, яке необхідне для повноцінного функціонування та розвитку суспільства, окремих соціальних груп.

У юридичній науці дискусійним залишається питання про існування державних інтересів як самостійної категорії, а також з'ясування співвідношення таких понять, як «публічний інтерес», «суспільний інтерес», «державний інтерес», «муніципальний інтерес» тощо, які використовуються у нормативно-правових актах, що регулюють бюджетні відносини, та наукових працях із цих питань. Так, на думку Д. Ігнат'єва, державні інтереси похідні від категорії «національні інтереси», а співставлення національних, державних, особистих інтересів із державно-правової точки зору не може вестися з позицій «основні – другорядні» або «первинні – вторинні», оскільки держава як політична організація публічної влади покликана забезпечувати реалізацію і національних, і особистих інтересів. Саме в цьому і виявляється власне державний інтерес [9, с. 16–17].

Л. Андреєва зазначає, що не можна ставити знак рівності (ототожнювати) між державним і публічним інтересом, оскільки необхідно відрізнити діяльність держави як виразника публічного інтересу та діяльність держави як власника свого майна [10, с. 260].

На нашу думку, не є обґрунтованою позиція В. Степаняна, який стверджує, що поняття публічного інтересу необхідно відрізнити від поняття державного інтересу, оскільки носієм публічного інтересу є суспільство, а не держава [11, с. 82].

Більшість авторів державні інтереси визначає як концептуальний вираз державою сукупних потреб суспільства на певному етапі його розвитку [12, с. 453]. З. Черниловський стверджує, що саме держава, у межах якої існує громадянське суспільство, дає йому захист у тому, що стосується добробуту громадян, їх особливих цілей, якщо останнє не суперечить законам [13, с. 150]. У той самий час, на нашу думку, безпідставними є спроби Л. Завадської протиставити інтересам держави інтереси громадянського суспільства: публічний інтерес відрізняється від державного тим, що він є соціально виправданим, суспільно легітимованим, корениться у громадянському суспільстві [14, с. 39]. А. Павлушина наголошує, що реалізація законних прав будь-якого суб'єкта – постійно існуючий публічний інтерес [15, с. 24]. Ми поділяємо позицію А. Нечай, згідно з якою не всі суспільні інтереси ста-

ють публічними, а лише ті з них, які отримали визнання держави або її адміністративно-територіальних одиниць в особі відповідних органів [16, с. 33].

На взаємозв'язок об'єкта інтересу у бюджетних правовідносинах і безпосередньо об'єкта бюджетних правовідносин вказує В. Чернадчук [3, с. 84]. На думку В. Нерсесянца, зв'язок об'єкта з інтересами учасників виводить нас за межі аналізу юридичної форми правовідносин і дає змогу встановити зв'язок цієї форми з різними формами матеріальних, організаційних і культурних потреб особи та суспільства [17, с. 382].

У ряді нормативних актів інтереси особистості, суспільства, держави визначаються щодо конкретної сфери життєдіяльності соціуму. У тексті Конституції України поняття «публічний інтерес» не згадується, проте ст. 18 містить термін «національні інтереси», ст. 140 – «спільні інтереси територіальних громад». У той самий час на конституційному рівні визначені в узагальненому вигляді найважливіші публічні інтереси суспільства, громади, громадянина. Деталізація закріплених у Конституції публічних інтересів (механізмів їх реалізації та захисту) знайшла прояв у законодавстві, що регламентує бюджетні відносини – про місцеве самоврядування та безпосередньо у бюджетному законодавстві. Зазначимо, що категорія «інтерес» застосовується у різних словосполученнях, наприклад: інтереси національної безпеки (Бюджетний кодекс (далі – БК) України), загальнодержавні, регіональні та місцеві інтереси (Закон України «Про стимулювання розвитку регіонів»), загальнодержавні та місцеві інтереси, спільні інтереси територіальних громад (Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні»), державні та місцеві інтереси (Закон України «Про місцеві державні адміністрації»).

Отже, публічний інтерес завжди є законним інтересом, оскільки відображається у законодавстві та відповідає йому. Так, публічний інтерес об'єктивований нормою бюджетного права, тобто визначений у бюджетному законодавстві. У законах про державний бюджет враховується все розмаїття інтересів суспільства, держави, окремих регіонів, соціальних груп. У рішеннях про місцеві бюджети враховуються інтереси територіальних громад, що проживають у адміністративно-територіальних одиницях. Також очевидно є позиція українського законодавця щодо співвідношення інтересів держави та суспільства, держави й адміністративно-територіальних утворень – у чинних нормативно-правових актах ці інтереси переважно відмежовані, проте остаточно не ідентифіковані.

Чи є публічний інтерес власне інтересом суб'єктів міжбюджетних правовідносин? У міжбюджетних відносинах носієм державного інтересу виступає держава в особі відповідних органів державної влади, місцевого (муніципального) інтересу – територіальна громада в особі органів місцевого самоврядування. Об'єктом міжбюджетних відносин є не лише перерозподіл бю-

джетних коштів (матеріальний аспект), а й розподіл компетенцій, сфер відповідальності, доходів і видатків за рівнями бюджетної системи (організаційний аспект, що за змістом невід'ємний від матеріального – бюджетних коштів). Так, п. 2 ч. 2 ст. 101 БК України, яка регламентує міжбюджетні трансферти між місцевими бюджетами, передбачено, що Верховна Рада Автономної Республіки Крим і відповідні ради можуть передбачати (слід зазначити, що це не обов'язок, а право) у відповідних бюджетах субвенції на виконання власних повноважень саме територіальних громад сіл, селищ, міст та їх об'єднань. Отже, власні повноваження зазначених територіальних громад базуються на їх власних інтересах і реалізуються в особі відповідних органів місцевого самоврядування, що означає, що в зазначеному випадку публічний інтерес є власне інтересом суб'єктів міжбюджетних відносин.

В. Чернадчук стверджує, що об'єкт бюджетних правовідносин зумовлюється публічним інтересом, тобто визнаними публічними потребами, які є об'єктом не бюджетних правовідносин, а інших видів правовідносин [3, с. 84]. Це твердження, на нашу думку, видається спірним на підставі таких міркувань: чи не є власне інтересом місцевого самоврядування, наприклад, отримання достатніх доходів для фінансування видатків шляхом вертикального бюджетного регулювання? Ми вважаємо, що це є безумовним публічним інтересом місцевого самоврядування як суб'єкта міжбюджетних відносин. Об'єктом цього інтересу є блага (наприклад, надання фінансової допомоги в обсязі певної визначеної суми бюджетних коштів у вигляді бюджетних трансфертів), за допомогою яких задовольняються визнані публічні потреби у додаткових бюджетних коштах, без яких неможливо забезпечити бюджетне фінансування передбачених видатків. У даному випадку описана потреба є об'єктом міжбюджетних правовідносин, оскільки є потребою безпосередньо органу місцевого самоврядування (його бюджету), тобто перерозподільчі процеси, спрямовані на збалансування державного та місцевих бюджетів, зумовлені публічними потребами або держави, або місцевого самоврядування та виступають об'єктом міжбюджетних правовідносин.

Об'єктивне існування публічного інтересу вимагає його ідентифікації й усвідомлення, тобто визначення. Останнє (завдяки закріпленню у бюджетному законодавстві) набуває правового характеру і публічні інтереси офіційно визнаються державою та місцевим самоврядуванням шляхом чіткої фіксації в актах про бюджет. При цьому розподіл бюджетних повноважень, доходів, видатків і сфер відповідальності (організація міжбюджетних відносин) регламентується БК України, а безпосереднє фінансове забезпечення публічних потреб суб'єктів міжбюджетних відносин на кожний бюджетний період – у Законі України «Про Державний бюджет» і рішеннях про місцеві бюджети. Отже, публічний інтерес реалізується у процесі бюджетної

діяльності суб'єктів міжбюджетних відносин, результати якої задовольняють публічні потреби.

Сфері міжбюджетних відносин притаманний тісний взаємозв'язок публічних інтересів суспільства, територіальних громад і особистих (усереднених) інтересів громадян. Законодавство, яке регламентує міжбюджетні відносини, зумовлено потребою балансу (подолання конфлікту) публічних інтересів держави та місцевого самоврядування у бюджетній системі, а також загальносуспільних публічних і особистих інтересів громадян щодо отримання суспільних благ і послуг шляхом бюджетного фінансування.

У зазначеній сфері баланс інтересів доцільно розглядати у трьох аспектах: як збалансоване співвідношення гарантованих державою прав громадян (у тому числі щодо отримання благ і послуг) і обов'язків органів державної влади та місцевого самоврядування щодо їх реалізації та захисту; як збалансоване співвідношення публічних державних інтересів і публічних муніципальних інтересів у сфері розмежування бюджетних повноважень, розподілу доходів, видаткових зобов'язань і відповідних сфер відповідальності; як збалансоване співвідношення публічних інтересів суспільства, громад і окремих громадян у бюджетному фінансуванні.

Вважаємо, що у бюджетній сфері інтереси громадян (у сфері освіти, лікування, соціального забезпечення, житлово-комунального господарства тощо), пов'язані з бюджетним фінансуванням, яке забезпечує надання їм як фактичним отримувачам гарантованих суспільних благ і послуг, постають публічними особистими інтересами громадян. Зазначені інтереси громадян носять публічний характер оскільки де-юре втілюються у нормах бюджетного законодавства у сумарно-усередненому соціальному інтересі, наприклад щодо окремих верств населення або окремих сфер їх життєдіяльності, тобто не визначаються окремо для кожного громадянина. З цього приводу підтримуємо твердження Ю. Тишмирова, що сьогодні необхідно по-новому осмислити поняття публічності в суспільстві, не звужуючи його лише до державних інтересів і розуміючи під цим також спільні інтереси людей як інтереси різного роду товариств, об'єднань (у тому числі територіальних), інтереси колективної самоорганізації, саморегулювання та самоуправління [5, с. 3–33].

Без задоволення публічних інтересів (шляхом вирівнювання умов життя в регіонах і справедливості розподілу та перерозподілу суспільних благ) неможливо реалізувати особисті інтереси громадянина, в якому б регіоні країни він не проживав. З викладеного випливає, що правове регулювання міжбюджетних відносин має, по-перше, одночасно враховувати як сукупні публічні інтереси жителів усієї держави, жителів окремого адміністративно-територіального утворення, так і особисті публічні інтереси громадянина; по-друге, визначати адекватні правові засоби для реалізації цих інтересів, оскільки забезпечення публічних інтересів у бюджетній

сфері здійснюється шляхом розподілу повноважень між органами державної влади й органами місцевого самоврядування, а також видаткових зобов'язань і доходних джерел між бюджетами різних рівнів, та завдяки механізму бюджетного регулювання.

Між публічними та приватними інтересами існує взаємозв'язок і взаємозалежність – без задоволення публічних інтересів неможливо реалізувати приватні інтереси, забезпечити цілісність, стабільність і нормальний розвиток держави, адміністративно-територіальних одиниць, суспільства в цілому.

Таким чином, можна зробити **висновок**, що об'єкт міжбюджетних відносин зумовлений публічними інтересами держави, адміністративно-територіальних утворень, різних суспільних груп (суспільства в цілому, територіальних громад, усереднених інтересів громадян), тобто визначеними законодавством публічними потребами, які пов'язані із забезпеченням відповідних бюджетів необхідними та достатніми фінансовими ресурсами. Між зазначеними носіями публічного інтересу відбувається постійна боротьба за задоволення певних потреб і отримання благ. Міжбюджетні відносини впливають на рівень добробуту та загальну якість життя суспільства, територіальних громад, окремих громадян, одночасно коригуючи суспільні та приватні інтереси.

Отже, *об'єкт публічного інтересу у міжбюджетних відносинах* – це блага, за допомогою яких задовольняються визнані публічні потреби у забезпеченні відповідних бюджетів фінансовими ресурсами, необхідними для виконання передбачених законодавством функцій і повноважень держави та місцевого самоврядування; потреби у фінансуванні видатків місцевих бюджетів відповідно до гарантованого державою мінімального рівня соціальних послуг на одного мешканця; потреби у ліквідації значних диспропорцій у здійсненні бюджетних видатків за окремими територіями; потреби у збалансуванні державного та місцевих бюджетів; потреби у створенні заінтересованості органів місцевого самоврядування у повній мобілізації доходів на відповідній території тощо.

In article on the basis of the analysis of the scientific positions is given the description of the public interest in inter budget law relations and is grounded the importance of its consideration for the appropriate law regulation.

В статті на основі аналізу наукових позицій і діючого законодавства характеризується публічний інтерес в міжбюджетних отношениях, обосновывается важность его учета для правильного правового регулирования.

Література

1. *Дигесты* Юстиниана. – М., 1998. – Т. 1.
2. *Исайчева Ю. Н.* Правотворчество и правообразование: соотношение понятий // Сборник научных трудов аспирантов и соискателей-юристов. – Н. Новгород, 2005. – Вып. 5.
3. *Чернадчук В.* До питання об'єкта бюджетних правовідносин // Підприємництво, господарство і право. – 2007. – № 3. – С. 79–84.
4. *Луїна І. О.* Державні фінанси та реформування міжбюджетних відносин. – К., 2006.
5. *Тихомиров Ю. А.* Публичное право. – М., 1995.
6. *Тихомиров Ю. А.* Публично-правовое регулирование: динамика сфер и методов // Журнал рос. права. – 2001. – № 5. – С. 4–7.
7. *Тотьев К. Ю.* Публичный интерес в правовой доктрине и законодательстве // Государство и право. – 2002. – № 9. – С. 22–27.
8. *Маслаков А. В.* Публичные интересы и их классификация // Право и государство: теория и практика. – 2009. – № 2. – С. 33–37.
9. *Игнатьев Д. В.* Интересы и функции в условиях глобализации // Право и государство: теория и практика. – 2008. – № 6. – С. 15–17.
10. *Андреева Л. В.* Государственные нужды: гражданско-правовое и бюджетное регулирование // Российская академия юридических наук: Научные труды. – М., 2001. – Т. 1.
11. *Степанян В. В.* Социальная справедливость и социалистическое право. – Ереван, 1987.
12. *Политическая энциклопедия* / Под ред. Г. Ю. Семигина. – М., 1999. – Т. 1.
13. *Черниловский З. М.* Гражданское общество: опыт исследования // Государство и право. – 1992. – № 6. – С. 148–152.
14. *Завадская Л. Н.* Механизм реализации права. – М., 1992.
15. *Павлушина А. А.* Теория юридического процесса и практика процессуального регулирования / Под ред. В. М. Ведяхина. – Самара, 2005.
16. *Нечай А. А.* Проблемы правового регулирования публичных финансов та публичных выдатків. – Чернівці, 2004.
17. *Проблемы общей теории государства и права* / Под ред. В. С. Нерсисянца. – М., 1999.



ЗАХИСТ ПРАВА КЛІЄНТІВ БАНКІВ НА ОБҐРУНТОВАНІСТЬ БАНКІВСЬКИХ КОМІСІЙ

Кирило Молодик,

канд. юрид. наук,
старший науковий співробітник
відділу міжнародного приватного права і порівняльного правознавства
НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

У статті розглядаються питання формування змісту понять «банківська комісія», «банківська послуга», а також захисту прав отримувачів послуг споживчого кредитування від стягнення з них необґрунтованих платежів.

Ключові слова: банківська послуга, банківська комісія, споживчий кредит.

Уявіть собі, що на вітрині супермаркету ви бачите розфасовані цукерки із зазначенням їх ціни, а на касі вам повідомляють, що до цієї ціни буде додана комісія за розфасування, доставку з підсобки в торговельний зал, прокат візка та вибивання касового чека. У банківському кредитуванні, по суті, так і відбувається, оскільки комерційні банки штучно розділяють послугу на окремо не потрібні клієнтові етапи технологічного процесу. Майже три роки тому ми констатували наявність такої ганебної ситуації [1], але з того часу, на жаль, нічого не змінилося. Стягнення банками комісій з населення при споживчому кредитуванні невідомо, що викликає справедливе обурення громадян. Прийшов час для осмислення цієї ситуації на більш високому, науковому рівні.

Як стверджує народний депутат України А. Пінчук, кожен четвертий споживач фінансових послуг в Україні мав негативний досвід. Найбільші проблеми виникають при користуванні банківським депозитом, споживчим кредитом та банківською кредитною картою. А скільки помилок роблять люди, навіть не замислюючись, що вони втрачають кошти? При розрахунку кредитною картою на касі вам обов'язково повинні видати чек про трансакцію, навіть якщо зняти кошти не вдалося. А чи часто ви цікавилися розміром комісії за переказ грошей з вашого рахунку на рахунок магазину? Обслуговувати ці рахунки можуть різні банки, між якими немає домовленості про відсутність комісії. І, звичайно, комісію знімають з рахунку клієнта. Ось чому кошти закінчуються швидше, ніж ви того очікуєте [2].

Начальник профільного управління Міністерства юстиції України Л. Кравченко зазначає, що аналіз звернень громадян-позичальників до міністерства дає всі підстави стверджувати: пропасаючи таку послугу, як кредит, банки свідомо чи з необачності практично в кожному випадку укладання кредитного договору жодним чином не намагалися звернути увагу позичальника на його обов'язки за цим договором і повідомити про можливі наслідки його невиконання або несвоєчасного виконання. Наприклад, в одному з ук-

раїнських банків щомісяця доведеться платити по 300 грн, якою б не була сума позики. Це називається плата за послугу «надання кредиту». Іншими словами, це плата за те, що людині дозволили віддавати банку гроші як відсотки, страхування життя, комісійні за картою та інші збори. Набігає 40 % річних. При цьому кредитні експерти змусять клієнта заповнити кілометри анкет і при цьому будуть просвічувати його критичним поглядом: а раптом шахрай? [3].

Мають рацію А. Дубинський і В. Пасочник, коли, аналізуючи запропоновані поправки до банківського законодавства, зазначають, що не припинюючи важливості боротьби з недобросовісними позичальниками, не можна забувати, що у вітчизняній громадській думці ще не стерлися факти одностороннього та часто необґрунтованого підвищення відсоткових ставок, нарахування підвищених комісій, нав'язування родинних страхових компаній і багатьох інших дій, що ставлять під сумнів свідомість багатьох представників банківської спільноти [4].

Не слід перебільшувати й рівня обізнаності західних споживачів із тонкощами банківських платежів. Як зазначив Федеральний Суд ФРН, найтипівішими клієнтами банків є особи, які мають лише незначні економічні пізнання чи взагалі їх не мають, для яких порівняння відсотків залишається таємницею за сімома печатками [5, с. 66].

Чимало науковців, які спеціалізуються на сфері споживчого кредитування [6, с. 133, 155; 7, с. 16, 114, 118, 121, 128; 8, с. 50, 124, 140–141], досліджували питання порушення банками прав позичальників отримати повну інформацію про комісії, розібратися з нею; нав'язування послуг конкретного виконавця в ситуаціях, коли споживачу має бути надано право вибору останнього. Однак цілісної теорії того, які банківські комісії (й інші платежі отримувачів банківських послуг) є законними, а які – ні, не розроблено. Тому автор має на меті запропонувати певні концептуальні підходи до зазначеної теорії.

Слід зазначити, що О. Непомнящий звертав увагу на наявність у практиці споживчого кредитування таких комісій, як: за розгляд заявки,

за видачу та супровід позики, за відкриття, ведення й обслуговування позичкових, поточних рахунків, за розрахункове й операційне обслуговування, за повне чи часткове дострокове повернення кредиту, за зняття кредитних коштів готівкою, за надання інформації про стан заборгованості. Він описав, як за рахунок маніпулювання комісіями комерційний банк може збільшити реальну відсоткову ставку за кредитом в одному випадку із задекларованих 19 % річних до реальних 38 %, а в іншому – із задекларованих 14 % річних до реальних 59 % [9, с. 79–80, 90].

Цікаво, що на практиці суми комісій є пропорційними сумам платежів навіть у випадках, коли комісія береться за технічну дію (наприклад, ведення рахунку), собівартість якої є однаковою для банку незалежно від суми платежу [10].

Питання про правомірність певних банківських комісій стало одним з «каменів спотикання» у наших сусідів на засіданні Президії Вищого арбітражного суду РФ 19.05.2011 р. (відеозапис дуже цікавої дискусії на цьому засіданні доступний у мережі інтернет). Ухвалення рішення з цього питання відкладене. З питання про банківські комісії були підготовані навіть дві альтернативні позиції Президії ВАС РФ: про правомірність комісій (виходячи із свободи договору та відсутності їх законодавчої заборони) і про неправомірність (виходячи з того, що вони безпосередньо не створюють для клієнта банку будь-якого майнового блага, не пов'язаного з укладеним сторонами договором, чи іншого корисного ефекту, а тому не є послугою в розумінні ЦК РФ (комісія за розгляд кредитної заявки, за ведення позичкового рахунку). Отже, питання не таке просте: має місце певна колізія загальних принципів правового регулювання цивільних правовідносин.

Слід погодитися з Є. Ращевським, який вважає, що стягнення з позичальника комісії за ведення позичкового рахунку, на якому, наприклад, відображена сума одноразово виданого кредиту на купівлю певного товару, що поступово списується при погашенні, виглядає так само, як якщо б одна комерційна організація включила в рахунок, що виставляється іншій комерційній організації за відвантажений товар, вартість «послуги» з проведення по своїм бухгалтерським рахункам операції з відвантаження товару цій особі [11, с. 4]. Хоча Є. Ращевський веде тут мову, звичайно, про неспоживчі кредити, але порушене ним питання насправді є єдиним як для споживчих кредитів, так і неспоживчих.

Дуже корисною для розуміння питання є й аргументація О. Прусакова, який стверджує, що комісія – це нерідко необґрунтоване зобов'язання позичальника сплатити «зверх основної суми договору» за те, що не має навіть натяку на певний самостійний об'єкт цивільного правовідношення, тобто не має ознак товару, роботи, послуги, того, навколо чого будуються відносини за участю споживача. Він аргументує неправомірність поширених на практиці комісій «за відкриття та ведення позичкового рахунку» (адже це суто технічна бухгалтерська операція); за «видачу кредиту»

(адже неможливо видати кредит без видачі кредиту). Це те саме, що в крамниці, крім ціни товару за ціною цінника, вимагати додаткової плати за «продаж товару», «за дострокове повернення кредиту», оскільки за російським законодавством банк вправі дозволити чи ні дострокове погашення кредиту у кредитному договорі. Якщо ж дозволить, то це вже перетворюється на законне право позичальника, за реалізацію якого не можна вимагати грошей [12].

На необхідності стягнення комісій лише за реально надані банківські послуги та навіть можливе встановлення вичерпного переліку комісій у законодавстві наголошує і Л. Пепеляєва [13].

Добре відомо, що законодавство про захист прав позичальників за споживчими кредитними договорами в Україні ґрунтується на частковій імплементації відповідних стандартів ЄС. Однак і в останніх немає чіткої відповіді на питання: за що банки можуть брати комісії із споживачів? У новій редакції Закону України «Про захист прав споживачів» від 2004 р. (далі – Закон) частково імplementовані положення чинної на той час Директиви ЄС 87/102/ЄЕС, яка на сьогодні замінена Директивою Європейського парламенту та Ради 2008/48 ЄС від 23.04.2008 р. по кредитній угоді для споживачів і скасуванні Директиви Ради 87/102/ЄЕС (далі – Директива 2008/48) [14]. В останній йдеться про супутні послуги, необхідність інформування споживача про всі комісії. Проте директива залишила за окремими державами ЄС право на національному рівні дозволяти чи ні вимагати від споживача у зв'язку з кредитною угодою відкривати банківський рахунок або укладати договори щодо інших додаткових послуг, або сплачувати платежі чи збори за такий банківський рахунок або послуги. При цьому директива по суті дозволяє, окремо виділяючи послуги нотаріусів і комісії кредитним посередникам, «витрати на додаткові послуги стосовно кредитної угоди», зокрема страхові премії, збори за ведення одного чи більше рахунків, збори, які стягуються при невиконанні зобов'язань, компенсації кредиторам за дострокове погашення кредиту, збори, що впливають з кредитної угоди, інші збори, що впливають з кредитної угоди (пункти 16, 20, 22 преамбули, статті 3 «g», 4.3, 5.1. i, j, k, l, p, 6.1. e, 10.2. i, k, l, n, r, 16, 21 зазначеної Директиви).

На жаль, ЦК України питання банківських комісій ніяк не врегульовує. Згідно з ч. 8 ст. 47 Закону України «Про банки і банківську діяльність» від 07.12.2000 р. комерційні банки самостійно встановлюють відсоткові ставки та комісійну винагороду по своїх операціях. Є також невелике регулювання комісій у ст. 53 цього Закону, але з питань, не пов'язаних з правами споживачів.

У пунктах 2.2, 2.3, 2.4 глави 2 розділу II «Правил бухгалтерського обліку доходів і витрат банків України», затверджених постановою Правління НБУ від 18.06.2003 р. № 255, доходи банків поділені на процентні та комісійні за ознакою того, що є базою для їх обрахунку: перебіг часу та ефективна відсоткова сума (процентні доходи); або сума активу чи зобов'язання; комісія

може бути й фіксованою (комісійні доходи). З цих визначень вбачається, що на комісії не повинні жодним чином впливати часові параметри, але на практиці це, на жаль, не так.

Зазначимо також, що у п. 2.4 згаданих правил НБУ йдеться, зокрема, про комісії: за обслуговування кредитної заборгованості; за оцінку фінансового стану позичальника; за оцінку гарантій, застав; за обговорення умов інструменту; за підготовку, оброблення документів та завершення операції тощо.

Пунктом 3.6 Правил надання банками України інформації споживачу про умови кредитування та сукупну вартість кредиту, затверджених постановою Правління НБУ від 10.05.2007 р. № 168, передбачено, що банки не мають права встановлювати платежі, які споживач повинен сплатити на користь банку за дії, які банк здійснює на власну користь (ведення справи, договору, облік заборгованості споживача тощо), або за дії, які споживач здійснює на користь банку (прийняття платежу від споживача тощо), або дії, що їх вчиняє банк чи споживач з метою встановлення, зміни або припинення правовідносин (укладення кредитного договору, внесення до нього змін, прийняття повідомлення споживача про відкликання згоди на укладення кредитного договору тощо).

Однак у пункті 3.1 цих правил НБУ фактично дозволяє комісії за не потрібні клієнтам «псевдопослуги», «пов'язані з наданням, обслуговуванням і погашенням кредиту, у тому числі комісії за обслуговування кредитної заборгованості, розрахунково-касове обслуговування, здійснення валютно-обмінних операцій, юридичне оформлення тощо». Тобто перелік комісій є ще й відкритим.

НБУ зобов'язав комерційні банки надати поточну розгорнуту статистику щодо таких комісійних доходів за операціями з кредитування: за відкриття поточного/карткового рахунку; за надання кредиту; за обслуговування кредитної заборгованості; за розрахунково-касове обслуговування; за надання консультаційних, у тому числі юридичних, послуг; за інші послуги, що пов'язані з операціями з кредитування (лист від 14.09.2010 р. № 40-512/4391-15799). Отже, НБУ вважає всі зазначені комісії законними. Він же не регулював би постановами незаконні доходи і не запитував би статистику з незаконних операцій!

У чинній редакції Закону прямого визначення комісій у споживчому кредитуванні немає, але зміст таких платежів дещо побічно можна встановити з підпункту 11.2 «д» Закону як орієнтовну сукупну вартість кредиту та вартість послуги з оформлення договору про надання кредиту (перелік усіх витрат, пов'язаних з одержанням кредиту, його обслуговуванням та поверненням, зокрема таких, як адміністративні витрати, витрати на страхування, юридичне оформлення тощо). При цьому Закон безпосередньо забороняє лише одну банківську комісію – за відмову від кредиту протягом 14 днів з моменту надання згоди на його отримання (підпункт 11.6).

Найближчим часом очікується ухвалення законопроекту № 7351 про зміну окремих поло-

жень Закону. У цьому законопроекті комісії також фактично визначені лише опосередковано – як орієнтовна сукупна вартість кредиту (в процентному значенні та грошовому виразі) з урахуванням відсоткової ставки за кредитом і вартості всіх послуг (реєстратора, нотаріуса, страховика, оцінювача тощо), пов'язаних з одержанням кредиту й укладенням договору про надання споживчого кредиту. Однак в іншому місці цього законопроекту йдеться вже про вартість усіх послуг (реєстратора, нотаріуса, страховика, оцінювача тощо), пов'язаних з одержанням, *обслуговуванням, погашенням кредиту* та укладенням договору про надання споживчого кредиту. Звісно, нічого позитивного в цій розбіжності немає. Крім того, кредитодавцю буде заборонено встановлювати у договорі про надання споживчого кредиту будь-які збори, відсотки, комісії, платежі тощо за дії, які не є *послугою* у визначенні цього Закону. Однак проблема цим не вирішується, оскільки, що саме є *послугою* при споживчому кредитуванні із змісту законопроекту однозначно встановити неможливо. Законопроект, захищаючи право позичальника на інформацію про комісії, а також убезпечуючи його від нових банківських комісій, не обумовлених кредитним договором (що, звичайно, теж позитивно), не зачіпає суті інституту комісії.

Ми вважаємо, що є багато банківських послуг, не пов'язаних із наданням клієнту в користування грошей банку (наприклад, платежі в межах залишку на рахунку клієнта, послуги із зберігання цінностей у депозитарній комірці тощо). За такі послуги цілком обґрунтовано береться комісія. У «класичному» ж кредиті, тобто коли банк просто дає гроші клієнту як позику, інтерес клієнта полягає виключно в користуванні грошима протягом певного часу, і цей інтерес повністю вичерпується процентною ставкою за кредит. Вартість залучених ресурсів плюс усі витрати банку на внутрішні технологічні процеси в результаті становлять собівартість послуги і мають бути закладені (разом із запланованим прибутком) у відсоткову ставку за кредитом.

Не слід обмежувати питання лише споживчими кредитами фізичним особам. Воно має бути поставлено ширше, в аспекті банківських операцій у цілому. Якщо певні комісії несправедливі, «фіктивні» за своєю суттю, то вони так само не повинні стягуватися й з усього кола банківських операцій, та з будь-яких клієнтів, у тому числі з юридичних осіб.

Пропонуємо встановити на законодавчому рівні такі принципи оплати банківських послуг:

- принцип платежу споживачем лише за власний основний інтерес, який охоплює, поглинає всі технологічні процедури виконання послуги;
- предмет стягнення відсотків чи комісії не може бути суто внутрішньотехнологічною операцією банку. Він має становити самостійний інтерес для клієнта банку, який можна відокремити від будь-якого іншого інтересу, пов'язаного із взаємовідносинами між банком і його клієнтом;

- сплачуються або відсотки, або комісія, але не відсотки і комісія за одне і те саме одночасно;
- за послуги, пов'язані з часовими параметрами (перебігом часу), можуть стягуватися лише відсотки, але не комісії;
- можуть існувати невеликі за розміром, розумні, обмежені законом комісії за непередбачувані «майнові втрати» банку, що є наслідком правомірної дії клієнта.

Слід зазначити, що не можна «платити» комісії з неустойками, іншими економічними санкціями. Адже комісія є суто платежем клієнта за надані йому реальні правомірні послуги банку, що мають самостійний економічний інтерес для клієнта. За порушення умов договору клієнт має сплачувати неустойку, інші економічні санкції, але не комісію. Отже, правомірний інтерес клієнта при кредитуванні полягає в отриманні грошей за проценти, а правомірний інтерес банку, який підлягає захисту, – в наданні грошей за проценти, отриманні певного рівня доходу. Тому комісія в «класичних» кредитах, на нашу думку, має право на існування лише у вичерпно визначених у законодавстві випадках, коли банк має певні реальні економічні «негаразди» від правомірних дій клієнта. Наведене стосується комісії за відкриття кредитної лінії в частині, не використаної клієнтом (адже банк резервував на неї гроші), та, можливо, комісії за дострокове повернення кредиту.

Дійсно, законопроект № 7351 пропонує встановити заборону останньої комісії, однак, тут потрібен справедливий баланс інтересів сторін. У банку є розумні сподівання на очікування економічного прибутку від надання конкретного кредиту і, на нашу думку, невеличка комісія за дострокове його повернення, розмір якої встановлений законом, може існувати. Такий підхід не суперечить праву ЄС (п. 40 преамбули Директиви 2008/48), застосовується, наприклад, в Італії та Литві, де в окремих ситуаціях дозволяється невелика, обмежена законом комісія за часткове дострокове повернення кредиту. При встановленні у законодавстві її граничного розміру враховуються загальна сума кредиту, сума дострокового повернення, загальний термін кредиту та строк, який спливає з дня його надання. Законопроект № 7351, на жаль, не забороняє набагато більш очевидно неправомірні комісії: за ведення позичкових рахунків, за розгляд кредитної заявки, за надання кредиту, за видачу готівки на кредит тощо.

The article is related to the problematic of creation of the content of the terms «banking service», «banking fee», protection of citizens who conclude the consumer credits agreements from groundless payments.

В статье рассматриваются вопросы формирования содержания понятий «банковская услуга», «банковская комиссия», а также защиты прав получателей услуг потребительского кредитования от взимания с них необоснованных платежей.

Перспективи подальших наукових досліджень полягають у вивченні банківських комісій в інших банківських послугах, передусім розрахунково-касових, оцінці їх правомірності, виробленні загальних умов стягнення з клієнтів банків платежів.

Література

1. Молодикова К. Ще раз про фінанси, банки і будівельників // Дзеркало тижня. – 2009. – № 4 [Електронна версія. – Режим доступу: <http://dt.ua/articles/56042>].
2. Пінчук А. Коли фінанси керують нами // Економічна правда. – 2011. – 8 червня. – Режим доступу: <http://www.epravda.com.ua/columns/2011/06/8/288017/>.
3. Рейтинг банків: тунель без світла // Економічна правда. – 2011. – 17 травня. – Режим доступу: <http://www.epravda.com.ua/publications/2011/05/17/285954/>.
4. Дубинский А. В., Пасочник В. Банкиры и их клиенты: чьи права важнее // Зеркало недели. – 2011. – 10 червня [Електронна версія]. – Режим доступу: <http://zn.ua/articles/82565>.
5. Каримуллин Р. И. Права и обязанности сторон кредитного договора. – М., 2001.
6. Данилов В. В. Защита прав потребителей в системе конституционных прав человека в России: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2009. – 207 с.
7. Путьнина Е. В. Кредитный договор на удовлетворение потребительских нужд: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2009. – 165 с.
8. Сарнаков И. В. Правовое регулирование потребительского кредита: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2009. – 238 с.
9. Непомнящий А. В. Потребительское кредитование в России и роль банков в его развитии: дис. ... канд. экон. наук. – М., 2008. – 175 с.
10. Путилова О. Кредитная слепота // Новая газета. – 2011. – № 63. – Режим доступу: <http://novaya-gazeta.ru/data/2011/063/00.html>.
11. Раицеский Е. С. Некоторые вопросы защиты прав заемщиков в отношениях по потребительскому кредитованию // Банковское право. – 2007. – № 4.
12. Прусаков О. Идеальный банк – это банк, который соблюдает требования закона. – Режим доступу: <http://www.tatcenter.ru/article/102732/>.
13. Депутат: комиссии должны взиматься только за реально оказанные банковские услуги. – Режим доступу: <http://www.otherbank.ru/news/deputat-komis-sii-dolzhen-vzimatsya-tolko-realno-okazannye>-11052410230043/.
14. Directive 2008/48/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2008 on credit agreements for consumers and repealing Council Directive 87/102/EEC // Official Journal of the European Union 22.5.2008 L 133/66.



ГЕНЕЗИС ДОКТРИНАЛЬНИХ ПІДХОДІВ ДО РОЗУМІННЯ ПОДАТКОВО-ПРАВОВОГО КОМПРОМІСУ

Віталій Вдовічен,

канд. юрид. наук,
асистент кафедри конституційного, адміністративного і фінансового права
Чернівецького національного університету ім. Юрія Федьковича

У статті розкривається сутність генезису доктринальних підходів до розуміння податково-правового компромісу, існування якого в різні історичні епохи визначалося в доктринальних підходах до оподаткування.

Ключові слова: податково-правовий компроміс, етатистська доктрина оподаткування, ліберально-демократична доктрина оподаткування, соціологічно-політичний підхід.

Спрямованість сучасної держави України на забезпечення законних інтересів, прав і свобод громадян, встановлення демократії, формування громадянського суспільства та правової державності фактично призвела до значних змін у поглядах сучасних науковців-правників на сутність методів правового регулювання об'єктивно існуючих суспільних відносин. Проблема пошуку шляхів удосконалення механізму правового регулювання є, за визначенням багатьох учених, дійсно актуальною, оскільки адекватно цілям державно-правової реформи змінюється мета правового регулювання.

У науці механізм правового регулювання більш досконало вивчений як інструментальним і спеціально-юридичним підходами крізь призму визначення сутності та значущості його структурних елементів. Але, на нашу думку, недостатньо вивченим залишається підхід, який на теоретико-прикладному рівні повною мірою не відображає динаміку правовідносин, швидкість і гнучкість їх регулювання у процесі трансформації волі, інтересів суб'єктів права. Не враховується й роль компромісу як фактора, що впливає на механізм правового регулювання суспільних, зокрема податкових, відносин. Трансформація правового регулювання податкових відносин на практиці здійснюється, як правило, без належного обґрунтування її необхідності, об'єктивності, системності та прогностичного впливу на юридичний результат. Такі недоліки в підході до регулювання податкових відносин завдають суттєвої шкоди правам і свободам людини та громадянина, режиму законності, правопорядку в державі та суспільстві. Тому залишається актуальною проблема пошуку шляхів, засад, за врахування яких можливе вдосконалення правового регулювання без завдання значної шкоди суб'єктам, інтереси яких захищаються законом, та з урахуванням динаміки правовідносин.

Вивчення елементної частини основного методу фінансово-правового регулювання свідчить, що він передбачає у тому чи іншому ступені компроміс, що виявляється у формі поступки, угод,

домовленостей, конструктивної співпраці. Але його використання в регулюванні податкових відносин є безсистемним, часто науково не обґрунтованим, теоретично та практично недосконалим. Саме це й спонукало нас до вивчення ролі в правовому регулюванні та власне у формуванні податкових відносин компромісу, зокрема податкового.

Метою цієї статті є з'ясування сутності та ролі доктринальних підходів до розуміння податково-правового компромісу.

Питання існування податково-правового компромісу в різні історичні епохи визначалося в доктринальних підходах до оподаткування. Про це свідчить існування етатистської доктрини оподаткування, ліберально-демократичної доктрини оподаткування. Саме в їх основі крилися інтереси держави та безпосередньо місце цих інтересів в ієрархічній структурі інтересів суспільства.

Етатистський підхід до розуміння податково-правового компромісу виражається у сутності етатистської доктрини оподаткування. *По-перше*, держава абсолютизує свої фінансові інтереси в цій сфері та фактично протиставляє їх інтересам суспільства, індивідів. Держава «змушена» конфронтувати з явищами приватного характеру, які підривають дану єдність. У цьому протистоянні держава турбується про самозбереження, про власну міць, що й є інтересом держави. Могутність держави тримається на фінансовому фундаменті, тому здійснення державних завдань проголошується етатистами основною функцією фінансів, основним напрямом фінансової діяльності: за допомогою фінансової діяльності створюється матеріальна основа, необхідна для функціонування органів державної влади й управління, правоохоронних органів, забезпечення обороноздатності та безпеки країни [1, с. 29]. Л. Мамут зазначає, що з етатистської точки зору держава є незаперечним носієм публічної влади, має володіти всією її повнотою та здійснює публічну владу всіма доступними їй

методами і засобами [2, с. 129]. Право є забезпеченою примусом системою наказів чи приписів держави, адресованих громадянам і їх об'єднанням. Відповідно складається певне відношення, в якому, на думку Г. Мальцева, з одного боку – держава та право, логічно й історично пов'язані між собою, з іншого – громадянське суспільство, інтереси якого відображаються в праві лише після того, як вони трансформуються в державні інтереси [3, с. 152].

По-друге, етатистський податково-правовий компроміс характеризує державу як фактичного монополіста публічної влади, а тому остання вільно, виключно на власний розсуд визначає зміст і межі прав, свобод та обов'язків членів суспільства, у тому числі в оподаткуванні. Якщо турбота про загальне благо з етатистської точки зору забезпечується альтруїстськими міркуваннями держави, то найсуворіше виконання приватними особами своїх податкових обов'язків забезпечується силою закону, армією чиновників, ідеологічною могутністю держави, її апаратом примусу. Згідно з етатистськими канонами держава вважає себе вільною у визначенні змісту прав, свобод та обов'язків громадян, меж власного втручання у життя приватних осіб, у тому числі як суб'єктів податкових правовідносин. Закріплення на конституційному рівні основних прав і свобод людини не є гарантією невтручання держави, проте вони виступають напрямками розвитку правової системи чи окремих галузей права.

По-третьє, етатистський податково-правовий компроміс, тотально лобіюючи фінансові інтереси держави, приховує ці інтереси від широкого загалу під виглядом інтересів суспільства, окремих його верств чи навіть окремих громадян. І хоч Ю. Ровінський стверджував, що фінансова діяльність соціалістичної держави дійсно забезпечує задоволення колективних потреб суспільства [4, с. 10], проте він не дав відповіді на питання: як саме забезпечується це задоволення – або держава є суб'єктом, який згідно із законом зобов'язаний здійснювати дану функцію щодо суспільства, чи держава, як благодійник, надає ці послуги в порядку добровільності щодо підлеглих з боку владарюючих. «У сфері фінансової діяльності держави» – відмітив І. Бабін – «ці ідеї проявляються в тому, що держава сама, керуючись «загальним інтересом», «колективними (суспільними) потребами», «соціальною корисністю» встановлює цілі суспільного розвитку, визначає ті пріоритети, ту мету, на яку спрямована ця діяльність. При цьому загальними інтересами та суспільними потребами, насамперед, стають державні потреби та інтереси, а інтереси та потреби суспільства, окремих індивідів стають суспільними, загальними потребами та інтересами лише в тій мірі й тоді, коли вони збігаються з державними» [5, с. 34–35].

По-четверте, за етатистського підходу, держава не служить людям, суспільству, не виконує свого прямого обов'язку перед ними. Вона тільки милостиво надає їм відповідні послуги. По-ін-

шому неможливо кваліфікувати ті акції, здійснення яких неможливо вимагати від держави в силу відсутності у тих, хто користується послугами держави, відповідного права на ці послуги, норм і процедур забезпечення реалізації цього права. Подібної думки дотримуються прихильники даного напрямку в науці фінансового права, коли розглядають таку ознаку податку як безвідплатність. Як пишуть Д. Вінницький та В. Бєлих, податки передаються державі у власність і юридично держава нічим не зобов'язана конкретному громадянину за сплату податків і не передбачає жодних особистих компенсацій платнику податків. Тому виконання платником податків обов'язку із сплати податку не породжує у держави зустрічного обов'язку з надання цій особі будь-яких матеріальних благ чи здійснення на її користь дій. Держава в особі своїх служб буде зобов'язана надати відповідні послуги конкретному платнику податку навіть у тому випадку, якщо він не виконав належно свої податкові зобов'язання. Так само і невиконання державою свого соціального призначення юридично не звільняє громадян від оподаткування [6, с. 43]. І. Бабін в свою чергу з цього приводу відзначив: «Такий розгляд податку як безвідплатного платежу є наслідком панування юридичного позитивізму як у радянській юридичній науці, так і на практиці діяльності держави, коли в якості центрального елемента суспільства розглядалась держава, право було продуктом цієї держави і забезпечувалось її примусом, а податок розглядався як безвідплатний платіж, що стягується державою без будь-яких зустрічних зобов'язань перед суспільством та окремими його членами. Така модель податку була вигідна виключно державі, давала їй можливість використовувати отримані кошти на власний розсуд, нерідко всупереч суспільним інтересам, позбавляла суспільство права контролю над витратами цих коштів» [5, с. 57].

Природно, такі теоретичні погляди й їх практичне втілення не відповідають ліберально-демократичній доктрині Конституції України. Можна стверджувати, що етатистська доктрина оподаткування історично себе вичерпала.

Альтернативою етатистському підходу є **ліберально-демократичний підхід до розуміння податково-правового компромісу**, що базується на ліберально-демократичній доктрині податків. Змістом цієї доктрини, згідно з Ф. Нітті, є те, що фінансовий інтерес держави визначається винятково публічними потребами суспільства; основним конституційним обов'язком держави є затвердження та забезпечення прав і свобод людини в усіх сферах, у тому числі в оподаткуванні; відносини держави та платника податків позбавляються характеру протистояння, набувають ознак партнерства; держава перестає бути монополістом публічної влади, а розділяє її з окремими суб'єктами суспільства, громадянським суспільством у цілому [7, с. 340].

Основою ліберально-демократичної доктрини податків є визнання природного пріоритету права приватної власності перед правом влас-

ності публічних утворень, яка завжди є похідною від першої. Якщо індивід є продуктивною силою суспільства й у силу своєї природи здатний сам створювати умови свого самовідтворення (у тому числі, створивши із собі подібних суспільство) і продукувати появу держави на відповідному етапі свого розвитку, то держава такою властивістю не наділена, тобто, маючи природну потребу у функціонуванні держави, індивід приречений утримувати не тільки себе, а й державу, сам розподіляти через відповідні суспільні інститути в необхідних пропорціях створені ним блага між собою і державою. Разом із тим системний аналіз конституцій демократичних держав світу свідчить, що право публічної власності є похідним від права приватної власності, що перша без другої у чистому вигляді в принципі неможлива. Звідси очевидно, що відповідно до своєї дійсної природи податкове право має рівною мірою виражати, представляти та захищати природні права і законні інтереси не тільки публічних суб'єктів податкових правовідносин, а й, передусім, інтереси платника податків.

Відповідно до ліберально-демократичної доктрини С. Пепеляєв податок розуміє як єдину законну (встановлену законом) форму відчуження власності фізичних і юридичних осіб на засадах обов'язковості, індивідуальної безоплатності, забезпечену державним примусом, що не носить характеру покарання або контрибуції, з метою забезпечення платоспроможності суб'єктів публічної влади [8, с. 26]. Зокрема, С. Пепеляєв звертає увагу, насамперед, на той факт, що запропоноване ним визначення податку підкреслює прерогативу законодавчої влади встановлювати податки. Визначення виходить також із того, що платником податку є власник, а не громадянин, тобто сила податку – це соціальний обов'язок, який випливає з права приватної власності. Обкладаючи власність податком, держава тим самим поширює свій податковий суверенітет на будь-які доходи або майно приватних осіб, що одержані на її території або перебувають на ній. Нарешті, визначення вказує, що податок встановлюється з метою забезпечення доходами бюджету публічної влади [8, с. 26].

На відміну від етатистської, ліберальній доктрині характерний так званий стан повної свободи, що означає керування своїми діями, розпорядження власним майном та особою так, як вони вважають за потрібне, у межах закону природи. Природному стану притаманний закон природи, який ним керує і зобов'язує кожного: оскільки всі є рівними та незалежними, ніхто не повинен завдавати шкоди життю, здоров'ю, свободі чи майну іншого. Але хоч у природному стані людина має таке право, все ж користування ним вельми ненадійне і постійно перебуває під загрозою зазіхання інших. Адже, оскільки всі є такими ж, як і вона, суверенами, оскільки кожен їй рівний, а більша частина людей не дуже суворо дотримується вимог рівності та справедливості, то користування власністю, яку вона має у цьому стані, є вкрай ненадійним і небезпечним.

І тому людина не без причин розшукує і хоче приєднатися до суспільства з іншими, хто вже об'єднався, для збереження своєї власності [9, с. 623]. Тому першочерговою й основною метою об'єднання людей у держави та передачі себе під владу уряду, відповідно і згода приватного суб'єкта на сплату податків, є збереження власності.

Відповідно до ліберально-демократичної доктрини зобов'язанням держави є захист людини, її власності тощо. Вона цей захист здійснює за рахунок частини приватної власності громадян, яку вони відчужують державі з метою отримання захисту іншої частини своєї власності, інших публічних послуг і задоволення інтересів. У цьому аспекті справедливий податок, отже, законодавчо закріплений, дає можливість забезпечити приватному суб'єкту свої законні інтереси від посягань інших, а разом із тим і стабільний розвиток. Податок, який регулюється чітким законом, визначає чіткі правила поведінки суб'єктів, тобто їх права, обов'язки та можливості, забезпечує в разі порушення прав суб'єктів наявність правового захисту від держави. Саме в такому вигляді реалізується податково-правовий компроміс.

Аналіз праць зарубіжних і вітчизняних учених дає можливість виділити й соціологічно-політичний підхід до розуміння компромісу, який є похідним від ліберально-демократичної доктрини.

Соціологічно-політичний підхід до розуміння компромісу побудований на аналізі праць учених у галузях соціології (В. Андрущенко, М. Горлач, Н. Смелзер), політології (Джарол Б. Мангейм, Ричард К. Рич, Карл Р. Поппер), психології (Л. Берковиць, З. Фрейд, В. Роменець), погляди яких спрямовують нас на обґрунтування теорії юридичного компромісу [10, с. 30]. Наприклад, К. Гаджиев зазначає, що політика починається там, де існують конфлікти, оскільки вона покликана знайти шляхи та засоби їх вирішення. Він стверджує, що в громадянському суспільстві політика забезпечує утворення механізму громадянської злагоди, основна функція якого спрямована на досягнення компромісу між різними конфліктуючими силами й їх інтересами [11, с. 88].

На нашу думку, для утворення механізму громадянської злагоди та досягнення компромісу між конфліктуючими сторонами (в даному разі маємо на увазі державу та платника податків) таку злагоду спочатку треба юридично закріпити у вигляді правил гри, психологічно-правових установок (з метою забезпечення її переходу від ідеального до реального). Ми вважаємо, що явище компромісу в регулюванні податкових відносин має значні політико-правові, соціально-психологічні, культурно-виховні резерви. Вивчення та використання його потужного потенціалу, закономірностей у цілому в праві сприятиме гармонізації суспільних відносин, оптимізації мобільності права з утворенням і поліпшенням психологічного комфорту його суб'єктів при взаємному стимулюванні до правомірної поведінки. *Мобільність права* слід розуміти як здатність сис-

теми загальнообов'язкових формально визначених норм у правовому регулюванні, на підставі компромісу, універсально збільшувати (або зменшувати) швидкість, рухомість і комплексність їх реалізації, утворюючи гнучкість функціонування досліджуваного механізму з метою повного або часткового забезпечення публічних та приватних інтересів суб'єктів правовідносин [10, с. 30]. Тому дослідження податково-правового компромісу, перш за все, базується на визначенні основних потреб та інтересів держави і суспільства. Це виражається у встановленні та закріпленні на законодавчому рівні публічного інтересу, який є свого роду гармонійним поєднанням фінансових потреб держави та суспільства, а також частково – платника податків. У контексті такого підходу податково-правовий компроміс виступає феноменом, який на базі юриспруденції координує податкові, фінансові, соціально-політичні, міжнародні й інші відносини, наповнюючи їх новим змістом, спрямованим на соціальну злагоду держави та платника податків (суспільства).

Висновок

Дослідження доктринальних підходів до розуміння податково-правового компромісу знаходяться на початковому етапі та носять хаотичний характер. Певні сторони, притаманні даному феномену, простежуються навіть у періоди, коли про правовий компроміс, передусім у податковій сфері, й мови не могло бути. Безспірним є те, що податково-правовий компроміс пов'язаний із ліберально-демократичною доктриною оподаткування.

In the article the author investigates essence of genesis doctrine approaches to understanding of the tax-legal compromise. The question of existence of the tax-legal compromise during different historical epoch was defined in doctrine approaches to the taxation, namely in etatistic and liberally-democratic doctrines of the taxation.

В статье раскрывается сущность генезиса доктринальных подходов к пониманию налогово-правового компромисса, существование которого в разные исторические эпохи определялось в доктринальных подходах к налогообложению.

даткування. Така взаємозумовленість впливає з того, що правовий компроміс є своєрідним узгодженням приватних і публічних інтересів, а вказаний доктринальний підхід завжди веде пошук щодо зазначеної проблеми. В Україні ліберально-демократична доктрина оподаткування ще не стала дійсністю, в практику втілені тільки окремі її елементи, однак з точки зору суспільного розвитку вона є неминучою.

Література

1. *Финансовое право*. – М., 1999. – 600 с.
2. *Мамут Л. С.* Этатизм и анархизм как типы политического сознания (домарксистский период). – М., 1989. – 253 с.
3. *Мальцев Г. В.* Понимание права: Подходы и проблемы. – М., 1999. – 419 с.
4. *Ровинский Е. А.* Основные вопросы теории советского финансового права. – М., 1960. – 193 с.
5. *Бабін І. І.* Юридична конструкція податку. – Чернівці, 2008. – 272 с.
6. *Белых В. С.* Налоговое право России / В. С. Белых, Д. В. Винницкий. – М., 2004. – 320 с.
7. *Нитти Ф.* Основные начала финансовой науки / Под ред. А. Смирновского. – М., 1904. – 614 с.
8. *Налоговое право* / Под ред. С. Г. Пепеляева. – М., 2003. – 591 с.
9. *Локк Дж.* Цілі політичного суспільства та врядування: Лібералізм. Антологія. – К.; Х., 2002. – 1126 с.
10. *Новікова М.* До питання створення правового компромісу теорії гармонізації суспільних відносин // *Право України*. – 2006. – № 1. – С. 29–31.
11. *Гаджиев К. С.* Политическая наука. – М., 1996. – 400 с.



ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ СИСТЕМ ЕЛЕКТРОННИХ ГРОШЕЙ В УКРАЇНІ

Ігор Трубін,

здобувач

Національного університету
державної податкової служби України

У статті досліджуються особливості правового регулювання відносин у сфері функціонування систем електронних грошей в Україні, аналізується сучасний стан підготовки проектів нормативно-правових актів, що мають відповідне спрямування.

Ключові слова: правове регулювання, системи електронних грошей, правотворчість.

Розвиток сучасних інформаційних технологій, поява Інтернет і використання їх у сфері господарювання є беззаперечною умовою підвищення конкурентоспроможності економіки України. Так, виникнення електронної комерції та систем електронних грошей відкрило можливості для виробництва нової продукції нових моделей господарської діяльності в межах віртуального ланцюжка додавання вартості або в результаті освоєння новоствореного сектора ринкового простору [1, с. 103]. Що стосується електронних грошей, то їх важливість і значення для здійснення комерційних операцій в мережі Інтернет вже не викликає сумніву. Функціонуючи в електронних платіжних системах, вони справляють значний вплив на розвиток електронної комерції, а прогресивний розвиток систем електронних грошей має сприяти зміцненню та росту економіки України в цілому.

Розширення сфер використання електронної форми грошей неминуче у зв'язку з тим, що, незважаючи на деякі, іноді навіть істотні, недоліки, вони мають такі незаперечні переваги, як зручність, висока швидкість здійснення фінансових операцій, простота використання, забезпечення повного контролю за платежами й їх висока безпека, анонімність, можливість передачі третім особам [2]. При цьому, на думку спеціалістів, скорочення транзакційних витрат є внутрішнім ресурсом економічного розвитку країни [3].

Незважаючи на переваги та масовий характер систем електронних грошей, чітка позиція теоретиків і практиків стосовно перспектив нормотворчого процесу у цій сфері відсутня.

В останні роки посилилася робота над законопроектами щодо регулювання електронної комерції та систем електронних грошей, проте прийняття їх у парламенті не знаходить підтримки. В державі не сформовано чіткої системи правових норм, що були б спрямовані на регулювання відповідних суспільних відносин. Тому відкритими й актуальними

залишаються наукові дослідження питань, що пов'язані з особливостями правового регулювання функціонування систем електронних грошей.

Певні міркування, що стосуються вдосконалення механізму функціонування систем електронних грошей, висловлюються в працях учених економічного й юридичного напрямку, зокрема А. Абдуджалилова, Є. Алісова, А. Беліча, Т. Долі, С. Квашніна, А. Тлустлого, А. Юрова та ін.

Метою цієї статті є дослідження сучасного стану й особливостей правового регулювання відносин, що виникають у сфері функціонування систем електронних грошей.

Слід враховувати, що електронні гроші є наступним щаблем розвитку грошей як засобу платежу. Для проведення аналізу впливу електронних грошей на грошову систему та виявлення основних наслідків їх широкого поширення, насамперед, необхідно чітко визначити саме поняття «електронні гроші», щоб відрізнити платіжні системи, які використовують електронні гроші, від інших систем і виокремити їх із більшості фінансових продуктів [4, с. 403]. Крім того, для розвитку й удосконалення систем електронних грошей необхідно створити відповідні *організаційні та правові умови*.

Суть організаційних заходів зводиться до відновлення довіри населення до банківського сектора шляхом відповідних дій держави у фінансовій сфері [5, с. 42]. Що стосується формування правових умов, то важливим аспектом у цьому напрямі правової роботи є вибір актуального підходу до регулювання електронної комерції та систем електронних грошей.

У світовій юридичній практиці виникли та розвиваються два підходи до регулювання відносин у сфері електронної комерції та сфері функціонування систем електронних гро-

шей: *ліберальний* та *радикальний*. Цей поділ не пов'язаний із географічними чи політичними ознаками, а безпосередньо залежить від специфіки теорії правотворчих процесів і процесів правозастосування.

На сьогодні більшість учених схиляється до того, що в теоретичному розробленні концептуальних підходів до питання правового регулювання відносин у мережі Інтернет можна визначити два основних напрями. Перший, по аналогії з теорією держави та права, можна назвати *природним* [6, с. 120]. Його суть полягає в тому, що Інтернет – це сфера суспільних відносин, в якій право принципово неприйнятне. Існує декларація віртуального незалежного простору, система одноголосного прийняття рішень, і вона є спільною для всіх користувачів. Відповідно, вона є природним правом, що знаходиться над позитивним [6, с. 120].

Другий напрям можна визначити як *нормативістський*. Він базується на правовій складовій вирішення питання. Якщо є Інтернет (сильний інструмент і серйозне соціальне явище), то необхідно шляхом видання нормативних актів у короткий час ввести правове регулювання мережі, оскільки не можна допустити, щоб проблема виходила з-під контролю організацій, держав і світового співтовариства [6, с. 120]. Проте в процесі здійснення комерційних операцій у мережі Інтернет, а також проведення розрахунків із використанням систем електронних грошей досить часто виникають правові проблеми. Для їх вирішення практика правозастосування повинна базуватися на законодавчих актах, які детально регулюють всі аспекти суспільних відносин, що народжуються всередині мережі. А правовідносини в цій сфері виникають, змінюються або припиняються на основі юридичних фактів. Особливість подібних фактів у тому, що з урахуванням їх характеру вони повинні потягти за собою цілком конкретні правові наслідки [6, с. 122].

Необхідно також враховувати, що сучасній економіці притаманна імперативна форма організації національних грошових систем. При цьому основною ознакою сучасної імперативної форми грошової системи є законодавчо оформлена жорстка централізація емісії грошових знаків, яка в сучасних умовах покладається на центральні банки держав. Чинна національна грошова система України побудована саме на таких засадах [7, с. 36].

На думку Є. Алісова, природа централізованої грошової системи не може допустити існування не ліцензованих державою форм організації розрахунків і товарообміну, якими, у більшості випадків, є сучасні електронні платіжні системи (чи так звані системи електронної комерції) [7, с. 37]. Іншими словами, відносини у сфері електронної комерції, а та-

кож у сфері функціонування систем електронних грошей не мають і не можуть мати виключно диспозитивного характеру. Адже формування взаємовідносин приватного сектора з органами державної влади, вирішення проблем захисту учасників, визначення та застосування існуючих способів відповідальності за протиправні дії, а також перенесення у віртуальний простір процесів виконання органами державної влади окремих видів організаційно-розпорядчої діяльності можливі лише шляхом використання імперативних норм. Саме тому «природний» напрям вирішення проблем, пов'язаних із здійсненням комерційних операцій у мережі Інтернет, а також проведенням розрахунків із використанням систем електронних грошей, не може бути визнано необхідним. Разом із тим розвитку нормативістського напрямку правові системи різних країн приділяють мало уваги.

Аналіз чинного законодавства, що регулює відносини у фінансовій сфері, свідчить, що Україна обрала та частково використовує «радикальний підхід» Європейського Союзу, тобто нормативістський. Так, за останні роки на державному рівні вчинено ряд кроків, спрямованих на посилення імперативного втручання у сферу електронної комерції та процес функціонування систем електронних грошей. Зокрема, прийняті спеціальні нормативно-правові акти: Закон України «Про електронний цифровий підпис», Закон України «Про електронний документообіг», Положення про електронні гроші в Україні тощо.

Зазначеними нормативно-правовими актами: запроваджено на законодавчому рівні поняття «електронний документ», «електронний документообіг», «електронний підпис», «електронний цифровий підпис», «електронні гроші», «випуск електронних грошей»; визначені особливості й організаційно-правові засади електронного документообігу та використання електронних документів; визначено правовий статус електронного цифрового підпису та врегульовані відносини, що виникають при використанні електронного цифрового підпису; запроваджено моніторинг за діяльністю, пов'язаною з випуском електронних грошей в Україні.

На думку більшості вчених, одним із найважливіших актів реалізації права як елемента механізму правового регулювання суспільних відносин у сфері електронної комерції залишається угода сторін. Найбільш проблемним є порядок укладання договорів в електронній формі, в яких однією із сторін є нерезидент. Так, удосконаленню підлягають вимоги до форми угоди та процесу захисту інформації, охорони інтелектуальної власності, відповідальності сторін тощо.

Електронні гроші та безпосередньо системи електронних грошей є невід'ємним еле-

ментом електронної комерції, а тому не врегульовані аспекти їх функціонування мають схожий характер. Особливо важливим питанням, що найбільш часто обговорюються в наукових колах, залишається легітимність окремих систем електронних грошей і розрахунків за їх використання, оскільки, незважаючи на обов'язок емітентів електронних грошей проходити своєрідну легалізацію в банківській сфері, останні його не виконують; відсутні або не застосовуються конкретні норми, що передбачають відповідальність за відповідне невиконання акта державної влади.

Слід зазначити, що в Україні розроблені проекти нормативно-правових актів, спрямовані на вдосконалення механізму правового регулювання відносин у сфері електронної комерції та функціонування систем електронних грошей: підготовлено та подано до Верховної Ради проект Закону про електронну комерцію (реєстр. № 6086 від 18.02.2010 р.), проект Закону про внесення змін до законів України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» і «Про банки і банківську діяльність» (щодо визначення деяких термінів і понять) (реєстр. № 8277 від 22.03.2011 р.), проект Закону про внесення змін до законів України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» і «Про банки і банківську діяльність» (щодо визначення деяких термінів і понять) (реєстр. № 8277-1 від 18.04.2011 р.) тощо.

Що стосується проекту Закону про електронну комерцію від 18.02.2010 р. № 6086 (далі – проект Закону № 6086), то його метою є забезпечення в Україні правового порядку дистанційного укладання та виконання правочинів із застосуванням електронних інформаційно-комунікаційних засобів і технологій. Вказаний нормативно-правовий акт спрямовується на врегулювання відносин суб'єктів, що виникають у зв'язку з реалізацією електронних процедур при укладанні та здійсненні правочинів із продажу та/або постачання товарів, виконання робіт і надання послуг і інших, із ними пов'язаних, юридичних дій на основі інформаційно-комунікаційних засобів і технологій, що утворюють сферу електронної комерції. У статті 3 проекту Закону № 6086 пропонується закріпити поняття «електронні гроші», «електронна платіжна система», «електронна комерція» тощо. Важливою особливістю вказаного проекту Закону є те, що на законодавчому рівні закріплені основні принципи правового регулювання у сфері електронної комерції. Так, згідно із ст. 4 правове регулювання у сфері електронної комерції ґрунтується на принципах забезпечення рівності учасників цивільно-правових відносин, свободи договору, безперешкодного здійснення підприємницької діяльності, вільного переміщення товарів, послуг і фінансових коштів на всій території

України, а також гарантії судового захисту прав суб'єктів електронної комерції.

Серед важливих аспектів слід виділити законодавче визначення складу учасників правовідносин у сфері електронної комерції, до яких належать: сторони цивільно-правових правочинів, агенти, довірені або інші уповноважені особи, які опосередковано беруть участь або сприяють виконанню електронних правочинів. При цьому до сторін належать: з одного боку – продавці (постачальники або виконавці) товарів, робіт і послуг, а з іншого – покупці (замовники, споживачі). До агентів, довірених або інших уповноважених осіб в електронній комерції відносяться: оператори (провайдери) зв'язку; оператори платіжних систем; організатори торгів, конкурсів і аукціонів; органи державної влади й інші установи, організації.

У проекті Закону № 6086 запропоновано закріпити порядок укладання правочинів у сфері електронної комерції.

Важливе значення, на нашу думку, має розроблення законопроектів про внесення змін до законів України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» і «Про банки і банківську діяльність» (щодо визначення деяких термінів і понять). На перший погляд, проекти схожі, але вони мають суттєві відмінності.

Проект Закону про внесення змін до законів України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» і «Про банки і банківську діяльність» (щодо визначення деяких термінів і понять) від 22.03.2011 р. № 8277 (далі – проект Закону № 8277) передбачає внесення до ст. 1 законів таких термінів і понять, як «випуск електронних грошей», «електронні гроші», «погашення електронних грошей». Крім того, пропонується законодавчо закріпити існування електронної форми грошових коштів. Так, підготовлено нову редакцію п. 1 ст. 3 Закону про платіжні системи та переказ коштів в Україні:

«3.1. Кошти існують у готівковій формі (формі грошових знаків), у безготівковій формі (формі записів на рахунках у банках) та в електронній формі».

Проект Закону про внесення змін до законів України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» і «Про банки і банківську діяльність» (щодо визначення деяких термінів і понять) від 18.04.2011 р. № 8277-1 (далі – проект № 8277-1) передбачає визначення нових термінів, що, на думку авторів вказаного законопроекту, сприятиме формуванню єдиного правового підходу до їх розуміння. Вказане стосується поняття ліцензії на здійснення окремих видів банківських операцій, порядку здійснення окремих банківських операцій на її підставі тощо. В цілому до предмета правового регулювання проекту За-

кону автори відносять суспільні відносини, що виникають при здійсненні діяльності андеррайтера на ринку цінних паперів, визначення переліку окремих видів банківських операцій, що може здійснювати юридична особа, яка отримала відповідну ліцензію Національного банку України, але не є банком. Необхідність введення таких положень пов'язана з тим, що на сьогодні норми законодавства створюють юридичний бар'єр для входу суб'єкта на ринок платіжних послуг (що суперечить ч. 3 ст. 19 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» – метою державного регулювання ринків фінансових послуг в Україні є створення сприятливих умов для розвитку та функціонування ринків фінансових послуг).

Викладене дозволяє зробити **висновок**, що в сучасному українському законодавстві фактично закладені основи правового регулювання відносин у сфері здійснення електронної комерції та проведення розрахунків із використанням систем електронних грошей. Разом із тим, незважаючи на останні досягнення нормотворчої роботи, на нашу думку, правові прогалини заповнені частково.

При формуванні проектів нормативно-правових актів не враховано, що в сучасних умовах електронна комерція набула форми суспільних відносин і потребує більш ґрунтовного дослідження, розроблення та впровадження досконалих правових норм для її правового регулювання. Так, аналіз наукових публікацій свідчить про недосконалість визначення понять «електронна комерція» та «елект-

ронні гроші». В чинних нормативно-правових актах не враховані важливі аспекти, що стосуються суті явищ, яку виражають відповідні поняття.

Що стосується проектів нормативно-правових актів, розглянутих у статті, то необхідною є їх уніфікація та розроблення комплексного, спеціального проекту закону про електронну комерцію, який би враховував усі особливості здійснення комерційних операцій у мережі Інтернет, перш за все процес функціонування систем електронних грошей.

Література

1. Желіховський В. М. Правові засади електронної комерції в Україні: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2007. – 218 с.
2. Доля Т. С. Платіжні системи Internet як інструменти електронної комерції // Торгівля, комерція, підприємництво. – Л., 2009. – 234 с.
3. Квашнин С. С. Электронные деньги как новое направление развития денежного обращения России [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.unn.ru/pages/issues/vestnik/99990193-West_econ_finans_2004_1\(5\)/B_25.pdf](http://www.unn.ru/pages/issues/vestnik/99990193-West_econ_finans_2004_1(5)/B_25.pdf).
4. Глустий А. О. Еволюція електронних грошових форм // Фінансова система України. – Острог, 2008. – Вип. 10, ч. 3. – С. 397–403.
5. Юров А. В. Наличные деньги и электронные средства платежа: оценка перспектив // Деньги и кредит. – 2007. – № 7. – С. 37–42.
6. Абдуджалилов А. Правовое регулирование электронной коммерции в глобальной сети Интернет законодательством Республики Таджикистан: дис. ... канд. юрид. наук. – Душанбе, 2009. – 161 с.
7. Алісов Є. О. Проблеми правового регулювання грошового обігу в Україні: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – Х., 2006. – 47 с.

The article investigates the peculiarities of legal regulation of relations in the functioning of electronic money in Ukraine, and analyzes the current state of preparation of draft legal acts of the corresponding direction.

В статті досліджуються особливості правового регулювання відносин в сфері функціонування систем електронних грошей в Україні, аналізується сучасне становище підготовки проектів нормативно-правових актів відповідного напрямку.



КРИМІНАЛЬНА СУБКУЛЬТУРА ТА РОК-МУЗИКА ЯК ВИЯВИ ДЕВІАЦІЇ ТА ПРОТЕСТУ

Віталій Радзівський,

канд. культурології, доцент

Київського національного університету культури і мистецтв

У статті досліджуються питання субкультури у кримінологічно-історичному аспекті, зокрема, щодо впливу та проблеми музики, у тому числі року, і кримінальної субкультури на поведінку.

Ключові слова: поведінка, музика, рок, кримінальна субкультура, злочин, кримінологія.

Кримінальна субкультура, як і захоплення молоді роком, стали актуальними проблемами з другої половини 80-х років ХХ ст., коли відбувалася «перебудова» М. Горбачова. З'явилися статті та монографії психологів, кримінологів, культурологів, музикознавців, юристів про впливи музики на мислення, поведінку, спосіб життя, світогляд і цінності. Дослідники вбачали в рок-музиці негативний чинник, що деструктивно впливав на радянських людей, на формування їх етичних, правових, естетичних понять, оцінок та уявлень.

Мета цієї статті полягає у спробі з точки зору кримінологічної науки зробити екскурс і часткове порівняння субкультур криміналу та року, зокрема, проводячи паралелі у протиправній поведінці, антисуспільних протестах, різних формах девіацій, розглянути рок як своєрідну протестно-конфліктну форму, що може іноді виступати як асоціальне, протиправне явище.

Роль року в боротьбі з нормами традиційної моралі, права та культури відзначають Б. Бергер, П. Гуревич, Д. Йінгер, М. Мід, К. Мяло, І. Набок, Т. Парсонс, Ч. Рейч, К. Розлогов, С. Саркітов, Д. Хебдідж та ін. У рок-культурі виділяли навіть смисловий заряд, «альтернативний традиційній системі етичних цінностей» (К. Саркітов), з квазірелігійною установкою на «культ Природи» (Ю. Давидов), анархічним протестом (А. Файн) і т. п. Виникають нові терміни («метамузыка», «постмузыка») та процеси, які подібні та характерні й для відозмін у кримінальній субкультурі.

У роботах дослідників є різні пояснення року: біт-музика, поп-музика, молодіжна музика, музика гітарних ансамблів тощо. А. Сохор, пропонує «біт» як визначення року у сенсі широти та нейтральності, а «рок» – як міжнародне універсальне поняття з формально-стилістичними особливостями [1]. У науковій літературі є тенденція визначення року як соціокультурного (а подекуди й асоціального) феномена. А. Сохор

вважає, що слід розглядати рок з позицій соціології (а на нашу думку, ще і права та кримінології, бо у житті переважають соціологічний і юридичний аспекти року, а вже потім – музичний), адже у «рокерів» є домінанта конфліктної поведінки [1]. Рок (музика, напрям культури, визначеність життя тощо) подекуди ідентифікує, стверджує конфліктні цінності, впливає на мислення, задає тон повсякденності. А. Фендрик називав рок «релігією» сучасної молоді [2]. Є. Андреева і Е. Фаустова, вивчаючи ціннісні орієнтації студентів, з'ясували, що молодь (96,3 % респондентів) віддає перевагу музиці (зокрема, року) у вирішенні життєвих проблем [3]. Рок починає «захоплювати» сфери свідомості молоді, які раніше належали (за А. Залесоцьким, Б. Перілем, С. Пучковим та ін.) високому, справжньому мистецтву [4]. За Ч. Рейчем, рок відповідає колективним «містичним церемоніям», де концентруються спільні ідеї, декларуються цінності, утверджується той чи інший тип поведінки. Відбувається відродження довербального досвіду передачі інформації примітивних культур, поєднання у рок-музиці екстатично «темного» (буйність ритму, звукової архаїки) та рефлексії «безсонного» (критичний смисловий заряд) роблять її ідеальним засобом боротьби з «одноплщинною» свідомістю (Т. Роззак). І весь цей комплекс здійснюваних рок-братством дій спрямований на протиставлення себе всьому раціонально організованому офіційному суспільству [5, с. 70].

У колишньому СРСР рок розглядали як контркультурне явище, що деструктивно впливало на суспільство, сприяло його занепаду. Ю. Давидов є прихильником зарахування «року» до контркультури, бо «мову тут слід вести не просто про музику, а про особливий спосіб життя» [6]. М. Манульський уточнює, що це пошук саме «своїх цінностей» [7, с. 36]. За контент-аналізом (1987–1988 рр.) В. Семенов не знаходить в рок-текстах загальнолюдських цінностей. Навпаки, цінності набувають саркастичного відтінку та девальвуються [8, с. 126–127], з'являється «синдром наркотичного гедонізму» [8, с. 127].

Кримінальна субкультура, як і рок, змінювалася в Україні в останні 30 років, набуваючи нових форм і проявів. При виникненні вони діяли як «ізоляти». Згодом у 90-х роках неформали вивели їх на інноваційний рівень, наче легалізуючи «протестні» цінності, проте у XXI ст. рок і кримінальна субкультура потрохи зникають із офіційного горизонту. Серед підстав – нормалізація суспільних умов і законодавчі зміни (новий КК України, Закон України «Про захист суспільної моралі» тощо). Музика, у тому числі рок, як комунікативний символ – джерело стильової диференціації й ідентифікації не лише законослужняних громадян. Кримінальним може бути не тільки мовне, а й, насамперед, музичне «есперанто», у вигляді якого може поставати і рок у своїх певних, хибних, деструктивних різновидах.

Мова музики – інтернаціональна й якщо її «кримінальний» текст потребує перекладу, то сама музика (звуки, шуми, тональності, експресія, атмосфера, стиль тощо) не потребує перекладачів. Самі «фішки» фанів року нагадують кримінальне «арго» [9; 10]: «рокобели» (зосереджені на рок-ролі); «мракобели» (прихильники «важкого металевих року»), «ньюейшники» (захоплюються роком «нова хвиля») [11]. Рок у 90-х роках, як і кримінальна лексика, проникає практично скрізь. В. Конен називає «вільну музичну свідомість епохи», «урбаністичне дітище», «третім пластом», емоційною заразливостю, певним (у тому числі дисидентським) сенсом. Як зазначає Я. Левчук, спостерігається дух нігілізму, насолоди або психоделічного забуття (нестримний культ насолоди, що використовується диско-стилем, частково готичний рок, реп, стиль «індастріал»), «новий психоделічний вибух» [5, с. 62] і «матимемо справу з дев'ятністю в художній практиці молоді (приклад – більшість субкультурних об'єднань рокерів)» [5, с. 64].

За Е. Енді [12], рок – не тільки агресивні напрями («хард-рок», «психоделічний рок», «панк-рок» тощо). Рок не одноманітний («психоделічний рок», «важкий рок», «електронний рок», «афро-рок», «барокко-рок», «фольк-рок», «джаз-рок», «рок-авангард», «рок-андеграунд» і культура молодіжного «протесту», «оригінальний» рок тощо) [13, с. 13]; він має «мутації» (наприклад, гібридний вид поп-року у вигляді «дози схваленої ересі» [14]. Хоча не можна «криміналізувати» рок, є «рокопопсовики», а «фанати техно знаходять новий психоделічний світ» [5, с. 53], «репери демонструють підлітковий нонконформізм» [5, с. 53], «шансоністи» заклопотані псевдоідеологічними мандрами, впливаючи на поведінку, стилі й суспільний розвиток.

Рок має ознаки європейської й африканської музики, породивши за 50 років десятки напрямів. Звучання року сприяє психофізичним очікуванням молоді; це – спосіб спілкування, протидія «батькам». Суперечка та «конфліктність» року як антимузики (для білих старшого покоління) [5], перетворили його на символ протесту та свавілля. «Музика негрів» несла дух змін, приреченості, «рокованості» [5, с. 48], заперечення авто-

ритетів. З поширенням року в Європі посилювалася мова про денаціоналізацію й американський вплив. Англія з середини 60-х років стає «законодавцем мод» із субкультур; виникнення їх пов'язане з народженням знакових рок-груп: «найзнаменитіші паралелі: група «Beatles» – хіппі, група «Deep Purple» (хард-рок), «Rolling Stones» і «Black Sabbath» – металісти, група «Sex Pistols» – панки, група «Iron Maiden (трэш)» – ньюейшники, група «Prodigy» – рейвери (незважаючи на те, що популярність групи «Prodigy» відкрила з початку 90-х років шлях до техно-музики, її музичною базою став і залишається панк-рок)» [5, с. 72].

Своєрідний музичний протестантизм є «ритуалом дистанціювання» (Я. Левчук) від культури старших. Дисгармонійність і оглушливе звучання електронної апаратури демонструє прірву між «контркультурним поколінням» і поколінням «батьків», неспроможних терпіти «шумову», «електронну» музику. Народжується модель певного типу спілкування, що характеризується безпосереднім єднанням людей, доведених до екстазу музикою, яка «вибиває» індивідуальне «Я», аби зануритись у лоно анонімного «Ми» [15]. Вияв колективного несвідомого втілено й у невербальній комунікації: звуках, шумах, жестах, позах, ритмах. Рок-музиканти часто порівнюються з шаманами, які керують думками та волею людей, а учасники рок-концерту вважаються частиною світу «рок-покоління» [5]. В. Марочкін вважає, що любительський рок привертає увагу через нонконформістський дух.

Рок потрапляв у СРСР через «Радіо Люксембург» з Лондона, чехословацьку, угорську та румунську служби «Радіо Свобода», російську службу «Бі-Бі-Сі» та «Голос Америки», «Радіо Швеція» тощо. Було і так зване «радіоперехоплення», коли «радіоперехоплювачі» на слух занотовували «Кел», замість «Girl», «Плейс Плейс Мі» замість «Please Please Me» або «Мері Пі», замість «Let It Be» [5, с. 74]. Радянська критика боролася з музикою біт-біт, зокрема, з «Бітлз» (карикатура у 1964 р. у журналі «Перець» із назвою «Чотири пройдисвіти ревуть, рвучи струни на гітарах» тощо), а «восени 1966 року агресивні «бітломани» вечорами, маршируючи вулицями Львова, перекидали смітники, співаючи «Yellow Submarine»» [5, с. 75]. Але у 1967 р. у «Музыкальной жизни» з'явилася стаття «Бітлз» – більше, ніж музика». Найзапекліші політичні опозиціонери з часом від рок-ролу перемістились у джаз-рок, арт-рок тощо.

Західні групи приваблювали іміджем або сценічним образом (маски Satyr і frost, демонічне обличчя Мерілін Менсона, експресивна манера К. Кобейна). «Metallica», «Scorpions», «Sepulture» вважаються грубими та скандальними, їх звинувачують у нацистських поглядах і протиправних витівках прихильників. «Х. Ортега-і-Гассет як промутер масової культури виділяв спорт і кінематограф... ми можемо додати до них ще одне нове дітище європейської культури другої половини XX століття – рок-музику» [5, с. 81]. Ю. Шевчук сумує з приводу зміни у рок-публіці: «Я спостерігаю, як покоління Pepsi відспівує покоління

двірників і сторожів». Ю. Сафонов, описуючи концертний проект рок-груп «Сплін» і «Бі-2» під імпозантною назвою «Феліні», охарактеризував слухачку аудиторію – «дівчатка покоління Cool-girls». Нову публіку звуть «пивні підлітки», «молоді debilі» і т. п. (такими їх роблять вульгарність і грубість, що панують на сцені, нісенітниця та нецензурщина текстів із механічним звуковим набором на синтезаторі, ефектно приправлені фонтанчиками з вогню і голографічним мерехтінням лазерного проміння [5, с. 82].

Про психотропну дію рок-музики заявила третина опитаних [5]: рок впливає емоційно, розслаблює, «відволікаючи від життєвих проблем»; «рок-музика розтліває суспільство»; у молоді популярні хард-рок і панк-рок; у школярів ця музика викликає «потяг» відпочити, підвищує настрій і працездатність (зазначили 39,3 % школярів); у свідомості слухачів агресія рейв-стилю відповідає динамізму, бо цей ритм раніше виразив рок, що дозволило вважати рейв продовженням року.

Інколи «музична поведінка» супроводжується агресивністю (майже всі використовують нецензурну лексику, оцінюючи музику, вважають, що рок їх загартує, роблячи більш жорсткими тощо). Тому створюються умови для реалізації різних форм девіацій: від творчих (і на кримінальній «пісенній ниві») пошуків до негативних правових і соціальних протиріч, паразитуванні на чужих (іноді благородних) ідеях і музичному матеріалі, звідси – «падіння художнього рівня і прояв негативних форм соціальної поведінки» [5, с. 105]. Російські та західні соціологи фіксують моду на безкультурність серед молоді: вульгарні манери, нецензурні слова, проблеми антисоціальної поведінки та деякі форми соціальної патології стають нормативним псевдоправилом, зумовлюючи правопорушення та злочини.

Незважаючи на те, що про негативне ставлення до наркотиків висловили 70,5 % опитаних, все ж 9,7 % їх вживають під час прослуховування музики (ще 1,9 % ухилялися від відповіді). Школярі зізналися, що використовують «травички» посилює збудженість від музики (психоделічний ефект). Студенти (3,1 %) для цього вживали сильні наркотичні засоби (героїн, галлюциногени). Практично всі респонденти, які підтвердили свою пристрасть до різних «допінгових засобів», прихильники року, рейву і поп-музики. Серед студентів, які вдавалися до наркотиків, половина – прихильники «важкого рок-напрямку» 90-х років групи «Нірвана». Характерно те, що вживають наркотики, як правило, на дискотеці, потім – у барах, кафе, на різних вечірках і пікніках, де «під кайфом» насолоджуються музикою. Звідси стає зрозуміло, чому 62 % респондентів при її прослуховуванні вживає алкоголь. Формуванню денормативної «музичної поведінки» сприяє «впроваджений ЗМІ імідж вічно відпочиваючого, граючого все життя авантюриста. За допомогою показу на екрані (концерт, кліп, інтерв'ю) розв'язані манери поведінки улюбленого музиканта, з підкреслено еротичним, готичним, шаманячим антуражем, створюється установка на наслідування:

«Роби як я, і ми будемо разом». Завдяки чому в молодіжному середовищі підвищується агресивність і різні види епатажу. В нашому опитуванні 37,1 % учасників позитивно висловилися стосовно вживання ненормативної лексики як реакції на музику. Крім того, кількість школярів, які грубо висловлюються, досягла 50 % (дівчата у два рази перевершили юнаків); якість створюваної та пропагованої мас-медіа музичної продукції є джерелом поширення грубих і вульгарних форм поведінки, які межують з антисоціальними проявами [5, с. 106]. Навіть американські соціологи вважають медіа – звалищем «культурних відходів», а кліпи MTV – «балістичними ракетами» психоделічного світогляду [7, с. 15].

Середній темп деяких сучасних рок-композицій досягає 140 ударів на хвилину, що відповідає темпу presto. Так, у стилі «джангл» прокручується платівка з прискоренням у два-чотири рази. На думку Я. Левчук, сурогатні стилі поп-року, диско та всюдисущу «попсу» можна назвати музичними психотропами сучасності. Фраза 16-річного рокера: «Під рок не можна танцювати!» [5, с. 122] багато пояснює. Під рок «можна» сваритися, лаятися, битися! Дорослі засуджують молодь за варваризм: «під тиском звукового мас-поток на дискотеках підлітки поведуться агресивно: збадьорюють себе алкоголем (98,8 % опитаних), деякі приносять із собою наркотики (21,4 %), після цього влаштовують бійки (60,5 %) під «акомпанемент» нецензурної лайки (використовують 4,9 % відвідувачів дискотек). Унаслідок, дискотеки з танцювального розважального марафону перетворюються на оргії тинейджерів, доведених усім комплексом засобів до божевільного екстазу [5, с. 123].

Об'єднує всіх фанатів «року» відчуття особливої енергетики, яке дає їм «живий образ» і «живий звук» рок-музикантів.

У сучасному році відчутна дія трьох контрастних субкультурних видів (з виділених В. Луковим чотирьох типів) які відтворюють ознаки радянського минулого (любители року); схильних до західної моди (металісти); з елементами криміналу (скіни, частково фанати панк-року). При цьому, більша частина представників субкультури «року» – молодь (85 %), для яких у цій музиці втілений ідеал чоловічої сили, незалежності, самоствердження [5].

Рокери байдужі до техно- і шансону; любителів поп-року вважають молодиками-дилетантами, а до реперів ставляться вороже. Рокери, які відвідують дискотеки, вважають реперів провідними ініціаторами бійок. Але їх об'єднує відчуття роздратування до масової звукової поп-продукції. Репери підкреслюють індивідуальність, що викликано смисловою трансформацією, якої зазнав новий вид «субкультури «чорношкірих самців» (за образним висловом американців) у європейській редакції: маскулінні цінності негритянських гетто повернулися звичайним підлітковим епатажем з використанням оригінальних прийомів» [5, с. 122]. Індивідуалізм рокерів проявляється і щодо дискотек (відвідують їх не більше одного разу на місяць (60 % респондентів), або взагалі не відвідують

(35 %), посиляючись на постійні бійки). Рок (і пов'язані з ним танці, нічні дискотеки та клуби, агресія, бійки) як базова форма протестної, аморальної, позаформальної субкультури близька до кримінальної [9; 10] (як і шахрайства у магазинах, кафе, ресторанах тощо).

Нонконформізм рокерів і реперів зумовлюють протиправну, асоціальну поведінку: на дискотеки йдуть «групами по 5–10 осіб: «Повинна бути «група» для того, щоб відбити напад інших музичних команд. Це перевірка на хоробрість – «стінка на стінку» [5, с. 136]. Кримінальний сюжет лише підсилює ефект «мужності». У цьому плані показовою є оцінка музики поп-року, званої «солоденькими пісеньками для 13-літніх дівчаток». Знімаючи правові межі, психологічну та моральну напругу, рок «розмовляє» жорсткою, відвертою мовою про хвилюючі проблеми. На думку Я. Левчук, «це – жартівливо-хуліганська (скомороська) тематика панк-груп і підкреслено патріотичний настрій у націоналістичних тонах року скинів; прагнення повернути минуле протестне ідеологічне звучання рокерів і руйнівні мотиви сучасної соціальності металістів, аж до неоязичності блек-металу. Головна мета рокерів – індивідуалізм, який не сприяє цілісності, зате створює прекрасні умови для експериментування з різними моделями культурної поведінки, що допомагає знайти власний життєвий стиль» [5, с. 138].

Висновок

На сучасному етапі є необхідність у розробленні законодавчих ініціатив, а у подальшому – у внесенні змін до українського законодавства (КК України, КпАП України, низку законів і підзаконних нормативно-правових актів України), враховуючи специфіку музики, її художні, ідеологічні та мистецькі якості, пропаганду цінностей і способу життя, поведінку та стиль життя виконавців, їх послідовників, звуковий і шумовий впливи, імідж, манеру виконання та сприйняття. На особливу увагу заслуговують юридичні наслідки та кримінологічні особливості, пов'язані, зокрема, з окремими музичними напрямками, у тому числі з

деякими рок-групами, рок-виконавцями та їх прихильниками.

Література

1. Сохор А. Быть или не быть? // Вопросы социологии и эстетики музыки. – Л., 1980. – С. 234–264.
2. Фендрик А. И. Духовная культура молодежи как объект социологического исследования: автореф. дис. ... д-ра социол. наук. – М., 1991. – 57 с.
3. Андреева Е. Н., Фаустова Э. И. Студент в мире музыки: ценностные ориентации студентов в сфере музыки: Взгляд социолога // Московский музыкальный журнал. – 1990. – Вып. 1. – С. 252–259.
4. Залесовский А. С. Молодежь в современном мире: проблемы индивидуализации и социально-культурной интеграции. – СПб., 1996. – 350 с.
5. Левчук Я. М. Масова музика як соціалізуючий чинник молодіжних субкультур України: дис. ... канд. мистецтвознавства. – К., 2011. – 179 с.
6. Різник О. О. Автори-виконавці в жанрі бардівської пісні в культурно-освітньому ландшафті України // Художня освіта і суспільство ХХІ століття: духовні, культурологічні, мистецькі виміри: Зб. матеріалів Всеукр. практ. конф., 22–23 жовтня 2004 р. – К., 2004. – С. 97–104.
7. Рошкофф Д. Медіавірус: Як поп-культура тайно впливає на наше свідомість. – М., 2003. – 368 с.
8. Семенов В. Е. Искусство как межличностная коммуникация: Социально-психологическая концепция. – СПб., 1995. – 200 с.
9. Старков О. В. Кримінальна субкультура. – М., 2010. – 240 с.
10. Шемякина В. В. Кримінальна субкультура в современной России: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Челябинск, 2010. – 24 с.
11. Шаронов В. И., Файн А. П. Альтернативные объединения молодежи: от средневековья к современности. – Сыктывкар, 1988. – 88 с.
12. Энди Э. Стилистика рока. – К., 1993. – 26 с.
13. Васильева Л. Л. Рок-музыка как фактор развития культуры второй половины XX столетия: автореф. дис. ... канд. мистецтвознавства. – К., 2004. – 19 с.
14. Адорно Т. В. Избранное: Социология музыки. – М., 1998. – 445 с.
15. Yinger J. M. Presidential address: Counterculture and social change // Amer. Social. Rev. – 1977. – Vol. 42, № 6. – P. 833–844.

In the paper some issues of subculture are analyzed in the criminological and historical aspects. In particular, on the influence and problems of music (e. g., rock) and the criminal subculture on behaviour.

В статье исследуются вопросы субкультуры в криминологическо-историческом аспекте, в частности, о влиянии и проблемах музыки, в том числе рока, и криминальной субкультуры на поведение.



ОСОБЛИВОСТІ ВІДМЕЖУВАННЯ ЗАЛИШЕННЯ В НЕБЕЗПЕЦІ ВІД ІНШИХ ЗЛОЧИНІВ ПРОТИ ЖИТТЯ ТА ЗДОРОВ'Я ОСОБИ ЗА КРИМІНАЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Євгенія Пилипенко,

здобувачка кафедри кримінального права та кримінології
Донецького юридичного інституту

У статті розглядаються проблемні питання відмежування залишення в небезпеці (ст. 135 Кримінального кодексу України) від інших злочинів проти життя та здоров'я особи, досліджуються спільні та відмінні ознаки і властивості цих складів злочинів.

Ключові слова: залишення в небезпеці, суміжні склади злочинів, відмежування від суміжних складів злочинів.

Залишення в небезпеці згідно з чинним кримінальним законодавством України відноситься до злочинів проти життя та здоров'я особи. У відповідний розділ Кримінального кодексу (далі – КК) України входить 31 стаття, родовим об'єктом посягання яких є суспільні відносини у сфері забезпечення життя та здоров'я осіб. Однак, незважаючи на те, що ці злочини охоплюють єдиний об'єкт посягання, вони все ж різняться за об'єктивною стороною, суб'єктом і суб'єктивною стороною. Саме цей факт слід брати до уваги при проведенні кваліфікації дій особи, яка вчинила злочин, оскільки правильна кваліфікація дій суб'єкта злочину не тільки впливатиме на строк та обсяг проведення розслідування за кримінальною справою, а й дозволить суду своїм вироком призначити справедливий і достатній саме для виправлення злочинця та попередження скоєння подібних злочинів із боку інших осіб вид покарання. Тому важливо розмежовувати склади злочинів, що відносяться до одного родового об'єкта посягання.

Окремі питання відмежування злочинів висвітлювались у роботах І. Гореліка, О. Дудорова, В. Касинюка, Н. Мірошніченко, М. Хавронюка, однак проблема відмежування залишення в небезпеці від інших суміжних злочинів не була об'єктом комплексного дослідження й аналізу в кримінальному праві України, тому вона потребує більш глибокого вивчення та наукового дослідження.

Метою цієї статті є детальне вивчення та дослідження особливостей відмежування залишення в небезпеці від інших суміжних із ним злочинів.

Серед суміжних із залишенням у небезпеці злочинів слід визначити злочини, перед-

бачені статтями 117, 136, 137, 139 КК, та адміністративне правопорушення, передбачене ст. 122⁴ Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП). Щоб зрозуміти чим саме різняться ці злочини, необхідно проаналізувати складові елементи кожного злочину окремо та в порівнянні з залишенням у небезпеці.

Так, ст. 117 КК, що суміжна з частинами 2, 3 ст. 135 КК України, передбачає кримінальну відповідальність за умисне вбивство матерію своєї новонародженої дитини. Безпосереднім об'єктом посягання зазначеного злочину є життя новонародженої дитини.

Об'єктивна сторона складу злочину, передбаченого ст. 117 КК України, складається з трьох взаємопов'язаних елементів: діяння, що виражаються у формі дії чи бездіяльності, наслідку у вигляді смерті потерпілого та причинного зв'язку між діянням і наслідком (злочин із матеріальним складом). Обов'язковим елементом об'єктивної сторони цього складу злочину є час і певна обстановка – діяння може бути вчинене лише під час пологів або відразу після пологів (оскільки під час пологів і деякий час після них жінка перебуває в особливому фізичному та психічному стані, що послаблює її здатність повністю усвідомлювати свої дії та керуватися ними [1, с. 119; 2, с. 83].

Об'єктивна сторона складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 135 КК, характеризується тільки діянням у формі бездіяльності, тому це злочин із формальним складом (на відміну від злочину, передбаченого ст. 117 КК України). Однак, якщо дії винної особи кваліфікуватимуться за частинами 2 та 3 ст. 135 КК, цей злочин буде злочином з матеріальним складом. Різниця між цими складами злочинів полягає також, у тому, що за ч. 2 ст. 135

КК мати дитини не повинна знаходитись у зумовленому пологами стані. Що стосується різниці в наслідках зазначених складів злочину, то за ст. 117 КК це завжди смерть новонародженої дитини, а за частинами 2, 3 ст. 135 КК – смерть або інші тяжкі наслідки (під іншими тяжкими наслідками слід розуміти спричинення потерпілому тяжких або середньої тяжкості тілесних ушкоджень, а також знищення його безвісти).

Суб'єктом злочину, передбаченого ст. 117 КК України може бути лише мати потерпілої дитини, яка є осудною і на момент вчинення злочину досягла 14-річного віку [3, с. 45]. Суб'єктом злочину, передбаченого частинами 2, 3 ст. 135 КК, також може бути лише мати потерпілої дитини, яка є осудною і на момент вчинення злочину досягла 16-річного віку.

Суб'єктивна сторона умисного вбивства матір'ю своєї новонародженої дитини характеризується прямим або непрямым умислом. Психічне ставлення особи при вчиненні цього злочину характеризують такі особливості:

- його вчинення зумовлене емоційною напругою, викликаною вагітністю та пологами, психічними процесами, що їх супроводжували (зокрема сімейним конфліктом, подружньою зрадою, матеріальними й іншими соціально-побутовими негараздами);
- тимчасовий психічний розлад послаблює здатність матері усвідомлювати свої дії та керувати ними, у зв'язку з чим вона є обмежено осудною.

Із суб'єктивної сторони злочин, передбачений частинами 2, 3 ст. 135 КК України, характеризується прямим умислом: мати усвідомлює суспільно небезпечний характер своєї бездіяльності, однак бажає діяти та діє саме так, але психічне відношення до можливих наслідків може характеризуватися тільки неосторожністю (змішана форма вини) [4, с. 293].

Заслужовує на увагу те, що зазначені злочини різняться між собою й мірою покарання. Санкція ст. 117 КК України передбачає покарання у вигляді обмеження волі на строк до п'яти років або позбавлення волі на той самий строк, а частинами 2, 3 ст. 135 КК передбачають покарання у вигляді позбавлення волі на строк від трьох до восьми років.

Залишення в небезпеці (ст. 135 КК) також слід відмежовувати від такого складу злочину, як ненадання допомоги особі, яка перебуває в небезпечному для життя стані (ст. 136 КК). Ці злочини схожі між собою тим, що потерпілого залишають у небезпечному для життя стані, отже, безпосереднім об'єктом таких злочинів є життя особи.

Об'єктивна сторона злочинів, передбачених статтями 135, 136 КК України, має певні відмінності, що дозволяє розмежовувати їх.

Так, об'єктивна сторона залишення в небезпеці характеризується двома видами злочинної бездіяльності: так звана бездіяльність-невтручання, що полягає у невиконанні особою обов'язку щодо надання необхідної допомоги потерпілому, який перебуває у небезпечному для життя стані; бездіяльність, спричинена попередніми діями особи, яка поставила тим самим потерпілого в небезпечний для життя стан.

Об'єктивна сторона злочину, передбаченого ст. 136 КК, полягає тільки у бездіяльності-невтручанні – особа не надає допомоги іншій особі, яка перебуває в небезпечному для життя стані, коли винна особа не повідомляє належним установам чи особам про знаходження іншої особи (потерпілого) в небезпечному для життя стані.

Що стосується наслідків злочинів, передбачених статтями 135, 136 КК України, то слід зазначити, що злочини, кваліфіковані за частинами 1, 2 ст. 135 КК, є злочинами з формальним складом, тобто для визнання злочину закінченим настання наслідків не потрібне. Злочини, передбачені ч. 3 ст. 135 КК, є злочинами з матеріальним складом, тобто настання наслідків для визнання злочину закінченим є обов'язковою умовою.

Слід зазначити, що ст. 136 КК України охоплює декілька складів злочину, які передбачають настання наслідків. Це злочини, передбачені ч. 1 ст. 136 КК та ч. 3 ст. 136 КК. Злочин, передбачений ч. 2 ст. 136 КК України, є злочином із формальним складом.

Суб'єкти злочинів, передбачених статтями 135, 136, також мають певну відмінність між собою. Так, суб'єктом злочину, передбаченого ст. 135 КК, можуть бути дві категорії осіб: які зобов'язані турбуватися про осіб, які перебувають у небезпечному для життя стані; які самі поставили потерпілого в небезпечний для життя стан. Іншими словами, суб'єкт злочину, передбаченого ст. 135 КК України, наділений певними обов'язковими характеристиками, отже, є спеціальним. Крім того, він повинен бути осудною особою та на момент скоєння злочину досягти 16-річного віку.

Суб'єктом злочину, передбаченого ст. 136 КК, є фізична осудна особа, яка на момент скоєння злочину досягла 16-річного віку, однак не зобов'язана була турбуватися про потерпілого та не ставила його своїми діями в небезпечний для життя стан, тобто суб'єкт злочину загальний.

Суб'єктивна сторона злочинів, передбачених статтями 135, 136 КК України, характеризується умислом щодо самого діяння. Що стосується наслідків цих видів злочинів, то за ст. 135 КК ставлення суб'єкта злочину до них завжди характеризується необереж-

ністю, а за ст. 136 КК ставлення суб'єкта злочину може характеризуватися як умислом, так і необережністю.

Аналіз санкцій статей 135 та 136 КК України свідчить, що види покарання за скоєння злочину, передбаченого ст. 136 КК більш м'які, ніж за скоєння злочину, передбаченого ст. 135 КК, тобто залишення в небезпеці має більшу тяжкість і соціальну небезпеку в порівнянні із злочином, передбаченим ст. 136 КК України.

Наступним складом злочину, від якого слід відмежовувати залишення в небезпеці (ст. 135 КК України), є неналежне виконання обов'язків щодо охорони життя та здоров'я дітей (ст. 137). Об'єктом посягання злочину, передбаченого ст. 137 КК, на відміну від залишення в небезпеці (ст. 135 КК) є не тільки життя, а й здоров'я особи. Крім того, особа потерпілого має чітко виражену обов'язкову властивість – обмеження у віці, тобто вона повинна бути неповнолітньою (дитиною). Дитиною є особа віком до 18 років (повноліття), якщо згідно із законом України «Про охорону дитинства» від 26.04.2001 р. вона не набуде права повнолітнього раніше.

Набуття права повнолітньої особи до досягнення 18 років можливе у випадку одруження цієї особи. Згідно із ст. 34 Цивільного кодексу України громадянин, який у випадках, передбачених чинним законодавством, одружився до досягнення 18-річного віку, набуває повної дієздатності з моменту одруження.

Об'єктивна сторона злочину, передбаченого ст. 137 КК України, складається з таких обов'язкових елементів: діяння у вигляді невиконання або неналежного виконання особою своїх професійних чи службових обов'язків щодо охорони життя та здоров'я неповнолітніх, спосіб його скоєння (недбале або несумлінне відношення до своїх обов'язків); наслідки у вигляді істотної шкоди здоров'ю потерпілого (ч. 1), його смерті або інших тяжких наслідків (ч. 2 ст. 137); причинний зв'язок між діянням і наслідками, тобто злочин, передбаченого ст. 135 (окрім ч. 3 ст. 135), є злочином з матеріальним складом [3, с. 319].

Суб'єкт злочину, передбаченого ст. 137 КК України, – спеціальний, тобто це особа, на яку у зв'язку з виконанням нею певної роботи або заняттям певної посади покладені обов'язки з охорони життя та здоров'я неповнолітніх, у тому числі обов'язки контролю виконання таких обов'язків іншими особами. Зокрема, згідно із Законом України «Про дошкільну освіту» від 11.07.2001 р. суб'єктами злочину можуть бути посадові особи та співробітники органів та закладів охорони здоров'я, освіти, які зобов'язані здійснювати

контроль за охороною здоров'я дітей, проведенням оздоровчих заходів у дитячих виховних і навчальних закладах.

Суб'єкт злочину, передбаченого ст. 135 КК України, також є спеціальним, але, на відміну від суб'єкта ст. 137 КК невиконання обов'язку вчинення певних дій стосується не тільки дітей, а й інших осіб, відносно яких покладено обов'язок турботи.

Що стосується суб'єктивної сторони злочину, передбаченого ст. 137 КК України, то, на відміну від суб'єктивної сторони залишення в небезпеці (де саме діяння характеризується умислом), вина особи у скоєнні злочину за ст. 137 виражається у формі як умислу, так і необережності. Ставлення до наслідків характеризується тільки необережністю.

Ще один злочин, від якого слід відмежовувати залишення в небезпеці, – ненадання допомоги хворому медичним працівником (ст. 139 КК України).

Основними факторами, що розмежовують ці два злочини між собою є: в об'єктивній стороні злочину, передбаченого ст. 139 КК, відсутня така обставина, як небезпечний для життя стан, що безпосередньо передбачений ст. 135; суб'єктом злочину за ст. 139 КК може бути тільки медичний працівник. Слід зазначити, що суб'єктом злочину можуть бути не тільки медичні працівники, які працюють у закладах охорони здоров'я, а й особи, які згідно з чинним законодавством мають право займатися індивідуальною підприємницькою діяльністю в галузі охорони здоров'я [3, с. 325].

Заслугує також на увагу відмежування залишення в небезпеці (ст. 135 КК) від адміністративного правопорушення, передбаченого ст. 122⁴ КУпАП.

Найважливішим фактором, за яким можна відокремити залишення в небезпеці (ст. 135 КК) від залишення місця дорожньо-транспортної пригоди (ст. 122⁴ КУпАП), є об'єкт посягання. При залишенні в небезпеці об'єктом виступає життя особи, а при залишенні місця дорожньо-транспортної пригоди (далі – ДТП) – суспільні відносини у сфері безпеки дорожнього руху.

Об'єктивна сторона правопорушення за ст. 122⁴ КУпАП, як і злочину, передбаченого ст. 135 КК України (крім ч. 3 ст. 135), не передбачає настання наслідків, як обов'язкового елементу, тобто є відповідно правопорушенням із формальним складом. Залишення місця ДТП (ст. 122⁴ КУпАП) на відміну від залишення в небезпеці (ст. 135 КК) не містить у собі обов'язкової, як для залишення в небезпеці, обставини – небезпечного для життя стану, а тому настання шкідливих наслідків для життя та здоров'я особи не охоплюється складом правопорушення, передбаченого ст. 122⁴ КУпАП.

Суб'єкт правопорушення, передбачений ст. 122⁴ КУпАП, на відміну від залишення в небезпеці (ст. 135 КК), охоплює тільки одну категорію осіб – учасників дорожнього руху (водіїв, пішоходів, пасажирів) [5, с. 8].

Суб'єктивна сторона правопорушення, передбаченого ст. 122⁴ КУпАП, як і в залишенні в небезпеці (ст. 135 КК України), характеризується діянням у формі умислу, однак, на відміну від злочину, передбаченого ч. 3 ст. 135 КК, не передбачає настання наслідків, тому суб'єктивна сторона залишення місця ДТП (ст. 122⁴ КУпАП) охоплює відношення особи тільки до діяння.

Викладене дозволяє зробити **висновок**, що для правильної кваліфікації такого злочину, як залишення в небезпеці (ст. 135 КК України), його необхідно відмежовувати від інших складів злочинів проти життя та здоров'я особи, а також від адміністративного

правопорушення – за відмінністю в елементах складу злочину та правопорушення, а саме – об'єктом, об'єктивною стороною, суб'єктом і суб'єктивною стороною.

Література

1. Кругликов Л., Каплин М. Посягательства на личность и уголовная ответственность // Уголовное право. – 2000. – № 3.
2. Трясоумов Н. А. Уголовно-правовые и криминологические проблемы борьбы с убийствами матерью новорожденного ребенка (ст. 106 УК РФ): дис. ... канд. юрид. наук. – Екатеринбург, 2002. – 193 с.
3. Яценко С. С. Научно-практический комментарий к Криминальному кодексу Украины. – К., 2004. – 1096 с.
4. Мельник М. І. Научно-практический комментарий к Криминальному кодексу Украины. – К., 2004. – 1056 с.
5. Правила дорожнього руху. – К., 2010. – 64 с.

In the article the problem questions of delimitation of abandonment in a danger (art. 135 of Criminal code of Ukraine) from other crimes against life and health of personality. General and distinctive signs and properties of these compositions of crimes are investigational.

В статье рассматриваются проблемные вопросы ограничения оставления в опасности (ст. 135 Уголовного кодекса Украины) от других преступлений против жизни и здоровья личности, исследуются общие и отличительные признаки и свойства этих составов преступлений.



ОБОВ'ЯЗКОВА УЧАСТЬ АДВОКАТА – ПРЕДСТАВНИКА ПОТЕРПІЛОГО В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Олександр Рибалка,

канд. юрид. наук,
м. Черкаси

У статті досліджується питання обов'язкової участі адвоката як представника потерпілого в кримінальному процесі та пропонуються зміни до чинного кримінального-процесуального законодавства України.

Ключові слова: правова допомога, професійне представництво, адвокат, адвокат-представник, обов'язкова участь у справі, законодавча регламентація.

Представництво інтересів особи, потерпілої від злочину, є особливо актуальним в умовах реформування сучасного кримінально-процесуального законодавства України, оскільки законні права потерпілого часто не враховуються на тих чи інших етапах кримінального судочинства.

Статтею 59 Конституції України передбачено, що кожен має право на правову допомогу. У випадках, передбачених законом, ця допомога надається безоплатно. Для надання правової допомоги при вирішенні справ у судах та інших державних органах в Україні діє адвокатура.

Проблемі забезпечення особі права на правову допомогу у науці кримінального процесу присвячені праці В. Адаменка, О. Бойкова, Т. Варфоломєєвої, В. Введенської, Ю. Грошевого, Н. Дрьоміної, П. Елькінд, С. Єфімічева, Г. Кожевнікова, Л. Кокорева, Т. Омельченка, І. Петрухіна, А. Рівліна, В. Савицького, О. Савич, Ю. Стецовського, В. Трофіменка, Ю. Хомотова. Але ці вчені, розглядають в основному право на правову допомогу як право на захист підозрюваного, обвинуваченого, підсудного.

Разом із тим, крім захисту від обвинувачення, існує ще такий вид правової допомоги у кримінальному процесі, як професійне представництво. Відповідно до статей 49, 52 Кримінально-процесуального кодексу (далі – КПК) України представником потерпілого може бути адвокат. Саме адвокат може найкращим чином надати юридичну допомогу потерпілому, сприяти здійсненню правосуддя у кримінальній справі. Однак адвокати надто рідко представляють законні інтереси потерпілих. Це пояснюється, з одного боку, тим, що потерпілі елементарно не обізнані із

своїм правом запросити адвоката як представника своїх прав та інтересів, а з іншого – тим, що, на жаль, не всі потерпілі можуть оплатити його участь у справі [1, с. 52]. У зв'язку з цим актуальною є проблема обов'язкової участі адвоката як представника потерпілого при провадженні досудового розслідування та розгляді кримінальної справи в суді.

Відсутність законодавчої регламентації обов'язкової участі адвоката – представника потерпілого у кримінальному судочинстві ставить у нерівноправне положення учасників процесу, що не узгоджується з положенням ст. 261 КПК України, згідно з якою сторона обвинувачення (прокурор, а також потерпілий, цивільний позивач та їх представники) і сторона захисту (підсудний, захисник і законний представник, цивільний відповідач і його представник) користуються рівними правами на заявлення відводів і клопотань, подання доказів, участь в їх дослідженні та доведенні їх переконливості, виступ у судових дебатах, оскарження процесуальних рішень суду. Іншими словами, на стороні обвинуваченого у випадках, передбачених ст. 45 КПК, обов'язково виступає кваліфікований юрист – адвокат, а на стороні потерпілого подібна правова допомога відсутня. Таким чином, цілком слушно можна ставити питання про те, що обов'язкова участь адвоката – представника потерпілого у справі має бути врегульована у кримінальному процесуальному законі.

В юридичній літературі неодноразово зверталася увага на проблему, що розглядається. Так, А. Кожевніков вважає, що обов'язкову участь адвоката – представника потерпілого слід визнати необхідною у випадках [2, с. 62]:

- коли потерпілий є неповнолітнім і не має законних представників;

- коли потерпілими є особи, які страждають психічними або фізичними вадами, що ускладнює здійснення покладених на них процесуальних функцій;

- коли потерпілий не володіє мовою, якою ведеться судочинство;

- коли адвокат представляє інтереси цивільного відповідача.

Т. Омельченко зазначає, що чинне кримінально-процесуальне законодавство передбачає обов'язкову участь адвоката лише у справах про злочини неповнолітніх підозрюваних, обвинувачених, а також осіб, стосовно яких ведеться провадження щодо застосування примусових заходів виховного характеру. Разом із тим, як свідчить практика, потерпілий, який є неповнолітньою особою, є одним із найменш захищених учасників кримінального судочинства. Питома вага неповнолітніх у загальній кількості потерпілих від злочинних діянь становить близько 35 %. У зв'язку з цим пропонується передбачити у законі випадок обов'язкової участі в процесі представника з числа адвокатів для захисту прав і законних інтересів неповнолітнього потерпілого [3, с. 14].

О. Герасимчук стверджує, що обов'язкове представництво потерпілого має покладатися на адвоката. Це твердження впливає з тих підстав, через які призначається обов'язкове представництво – фізичні та психічні вади особи, малолітство, а також такі обставини, як похилий вік, неволодіння особою мовою, якою ведеться судочинство. В цих випадках необхідна правова допомога, оскільки потрібно компенсувати неповну процесуальну дієздатність особи. Саме тому за відповідних підстав має обов'язково надаватися така допомога [4, с. 45].

О. Кучинська вважає, що кримінально-процесуальний закон має бути доповнений нормами, які б передбачали підстави та порядок: обов'язкової участі представника недієздатного чи обмежено дієздатного потерпілого; участі представника потерпілого у справі не поряд із потерпілим, а замість нього, впродовж усього процесу чи в окремих слідчих або судових діях; відсторонення від участі в справі законного представника та заміни його представником-адвокатом [5, с. 60].

У подальшому О. Кучинська запропонувала розширити у законі перелік випадків забезпечення потерпілих юридичною допомогою за рахунок держави. На її думку, такими випадками можуть бути [5, с. 11]:

- відмова прокурора від підтримання державного обвинувачення (представник надається за бажанням потерпілого);

- потерпілий є неповнолітнім (з моменту вчинення щодо нього діяння);

- потерпілий має фізичні або психічні вади, які не дозволяють йому достатньою мірою здійснювати захист своїх прав;

- потерпілий не володіє мовою, якою ведеться судочинство;

- усі справи про умисні вбивства.

З наведеними пропозиціями, за винятком останньої, можна погодитись. Обов'язкову участь представника потерпілого – адвоката потрібно передбачити не у справах про умисні вбивства, а в усіх випадках смерті потерпілого, навіть не пов'язаних із злочинном, якщо у нього немає близьких родичів.

О. Почечуєва висловила пропозицію про доповнення кримінально-процесуального закону положенням про обов'язкову участь адвоката – представника потерпілого, якщо кримінальна справа є складною як з правового, так і фактичного поглядів [6, с. 31].

С. Давиденко звертає увагу на нагальну потребу визнати в КПК обов'язковою участь адвоката – представника потерпілого у судовому розгляді кримінальної справи судом першої інстанції та перегляді судових рішень в апеляційному чи касаційному порядку в разі відмови прокурора від підтримання обвинувачення, а також зміни ним обвинувачення в суді [7, с. 13].

Можна погодитися з думкою науковця, що у таких випадках представник потерпілого обов'язково повинен брати участь у розгляді справи в суді у разі:

- заявлення потерпілим відповідного клопотання перед судом із метою забезпечення сторін достатніми та реальними можливостями для обстоювання та реалізації своїх прав і законних інтересів;

- застосування до потерпілого заходів безпеки та звільнення його від обов'язку з'являтися у судові засідання, оскільки позиція потерпілого та прокурора щодо обвинувачення, що є предметом дослідження, можуть не збігатися.

Слід зазначити, що майже всі науковці, які розглядають проблему, що постала перед судочинством із введенням інституту відмови прокурора від підтримання державного обвинувачення, звертають увагу на необхідність обов'язкового забезпечення потерпілого адвокатом, якщо потерпілий наполягає на продовженні розгляду справи та бажає підтримувати обвинувачення.

В існуючій судовій практиці, зазначає О. Кучинська, в разі відмови прокурора від підтримання державного обвинувачення в судовому засіданні потерпілий залишається

без будь-якої юридичної допомоги або він має за власний кошт запрошувати адвоката, який буде його представником. Іншими словами, потерпілий залишається один на один із захистом обвинуваченого і стає постраждалим не тільки від злочину, а й від законодавства, яке не забезпечує йому права мати адвоката-представника [5, с. 11].

Дійсно, у наведеній ситуації інтереси потерпілого має представляти професійний юрист. Пояснюється це також тим, що закріплена у КПК України правова конструкція відмови прокурора від державного обвинувачення (ч. 3 ст. 264 КПК України) характеризується низкою проблемних моментів. Більшість із них стосується участі потерпілого у кримінальному судочинстві. Такі проблемні ситуації, як відсутність потерпілого в судовому засіданні, смерть потерпілого, наявність у справі декількох потерпілих, вимагають правового врегулювання.

Основним засобом подолання багатьох перешкод щодо участі потерпілого у судовому розгляді в разі відмови прокурора від підтримання державного обвинувачення є розширення представницьких засад у кримінальному процесі. «Участь у справі представника потерпілого, – зазначають П. Каркач та А. Лапкін, – дозволить уникнути проблем, пов'язаних із відсутністю останнього у судовому розгляді, а також дасть змогу узгодити та захистити спільні інтереси кількох потерпілих (близьких родичів потерпілого, який помер внаслідок злочину), наявних у справі. А якщо такий представник водночас буде професійним юристом, то зможе забезпечити і належний рівень підтримання обвинувачення, що дасть можливість якнайповніше виконати завдання кримінального судочинства» [8, с. 87].

В. Маляренко також наголошує на тому, що у разі, коли щодо потерпілого застосовуються заходи безпеки і він звільнений від обов'язку з'являтися в судові засідання, у розгляді справи повинен брати участь його представник. Цю «проблему законодавцеві необхідно вирішити, тому що законом не визначено, як саме повинен діяти суд, коли прокурор відмовився від підтримання державного обвинувачення, а щодо потерпілого застосовано заходи безпеки і він має свого представника в судовому засіданні» [9, с. 317].

Незаперечним є той факт, що за наявності законодавчої регламентації обов'язкової участі адвоката – представника потерпілого у судовому розгляді кримінальної справи прокурори будуть стриманіше приймати рішення щодо відмови від підтримання державного обвинувачення. Адвокат-представ-

ник фактично перетвориться на контролера прокурора в судовому засіданні. Неважко уявити долю прокурора, який відмовився від підтримання державного обвинувачення, якщо з ним не тільки не погодилися потерпілий і його представник, а й останній продовжив підтримувати обвинувачення та домігся винесення обвинувального вироку [9, с. 319].

Актуальним є питання про обов'язкову участь у справі адвоката – представника потерпілого в разі зміни прокурором обвинувачення в суді. Змінами, внесеними до КПК згідно із Законом від 21.06.2001 р., суттєво розширено обсяг прав потерпілого під час судового розгляду справи. Новелою стало введення ч. 4 ст. 277 КПК України, відповідно до якої передбачено право потерпілого та його представника підтримувати обвинувачення у раніше заявленому обсязі в разі зміни прокурором обвинувачення на таке, що передбачає відповідальність за менш тяжкий злочин чи в разі зменшення обсягу обвинувачення. Безумовно, ця норма спрямована на захист прав і законних інтересів потерпілого. Разом із тим на практиці вона застосовується рідко. Причина цього полягає у правовій необізнаності потерпілих і відсутності у них коштів для оплати послуг адвоката. Судді дотримуються єдиної думки, – зазначає Т. Матієк, – згідно з якою з метою забезпечення принципу рівності сторін у разі бажання потерпілого підтримати раніше заявлене обвинувачення доцільно ввести інститут обов'язкової участі адвоката як представника потерпілого у справі за умови, що потерпілий бажає такого представництва, але через відсутність коштів чи інші об'єктивні причини не може цього зробити [10, с. 51].

Незважаючи на те, що у юридичній літературі пропонується досить широкий перелік законодавчого визначення випадків обов'язкової участі адвоката – представника потерпілого у кримінальному процесі, автори проекту КПК (реєстраційний № 1233) обмежилися лише двома випадками. Відповідно до ч. 1 ст. 64 проекту КПК, участь адвоката – представника потерпілого – фізичної особи у справі є обов'язковою, якщо потерпілий: є неповнолітнім; через свої психічні або фізичні вади не може самостійно реалізувати право на захист своїх законних інтересів.

Викладене дозволяє зробити **висновок**, що слід підтримати пропозицію С. Михайлів про доповнення ч. 1 ст. 64 проекту КПК положеннями, що передбачають обов'язкову участь адвоката – представника потерпілого у справі, коли [11, с. 35]:

потерпілий не володіє мовою, якою ведеться судочинство;

адвокат представляє інтереси цивільного відповідача;

сталася смерть потерпілого, у якого немає близьких родичів;

прокурор відмовився від підтримання державного обвинувачення, а потерпілий вимагає продовження розгляду справи;

прокурор змінив обвинувачення в суді, а потерпілий хоче підтримувати обвинувачення у раніше заявленому обсязі.

Література

1. Гошовський М. І., Кучинська О. П. Потерпілий у кримінальному процесі. – К., 1998. – 189 с.
2. Кожевников А. В. Участие адвоката – представителя потерпевшего, гражданского истца и гражданского ответчика в уголовном процессе // Применение норм процессуального права. – Свердловск, 1977. – Вып. 57. – С. 62–65.
3. Омельченко Т. В. Конституційне право особи на правову допомогу і його реалізація на досудових стадіях кримінального процесу: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2004. – 19 с.
4. Герасимчук О. П. Професійний захист прав потерпілого // Адвокат. – 2008. – № 2.
5. Кучинська О. П. Проблеми захисту прав потерпілого в кримінальному процесі України // Адвокат. – 2009. – № 5. – С. 9–12.
6. Почечуева О. С. Особенности этических норм в деятельности адвоката-защитника и представителя в уголовном судопроизводстве // Адвокат. – 2009. – № 4. – С. 30–32.
7. Давиденко С. В. Потерпілий як суб'єкт кримінально-процесуального доказування: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2007. – 20 с.
8. Каркач П., Латкін А. Проблемні аспекти участі потерпілого у кримінальному процесі при відмові прокурора від державного обвинувачення // Вісник академії прокуратури України. – 2007. – № 3. – С. 84–88.
9. Малярєнко В. Т. Про відмову прокурора від підтримання державного обвинувачення в суді та її правові наслідки // Кримінальний процес України: стан та перспективи розвитку. – К., 2004. – С. 298–330.
10. Матієк Т. В. Узагальнення практики застосування судами законодавства, що забезпечує захист прав потерпілих у кримінальному судочинстві // Адвокат. – 2004. – № 2. – С. 47–51.
11. Михайлів С. В. Обов'язкова участь адвоката – представника потерпілого в кримінальному процесі // Адвокат. – 2009. – № 9. – С. 33–35.

The article examines the urgent issue of compulsory participation of the lawyer as a representative of the victim in the criminal community process, and suggests changes to the current criminal procedure law of Ukraine.

В статье исследуется вопрос обязательного участия адвоката как представителя потерпевшего в уголовном процессе и предлагаются изменения в действующее уголовно-процессуальное законодательство Украины.



ПРОБЛЕМНЫЕ ВОПРОСЫ ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ПОЛОЖЕНИЯ СЛЕДОВАТЕЛЯ В СФЕРЕ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ ЗАДАЧ УГОЛОВНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА

Юрий Фролов,

канд. юрид. наук, доцент, адвокат,

Виктор Педан,

старший преподаватель

кафедры уголовного и административного права
Бердянского университета менеджмента и бизнеса

В статье рассматриваются основные научные взгляды, касающиеся самостоятельности процессуального положения следователя при осуществлении им задач уголовного судопроизводства на досудебных стадиях процесса, а также высказаны предложения по совершенствованию его процессуальной деятельности.

Ключевые слова: следователь, процессуальная деятельность, независимость, взаимодействие, досудебное следствие, уголовное дело, Следственный комитет, ведомство, защищенность.

Обеспечение выполнения задач уголовного судопроизводства, предусмотренных действующим Уголовно-процессуальным кодексом (далее – УПК), требует разработки необходимых мер по совершенствованию деятельности органов досудебного следствия в общей системе правоохранительных органов, за которыми закреплены эти функции. В Концепции судебно-правовой реформы в Украине указано на необходимость законодательного закрепления реальной процессуальной самостоятельности следователя, его прав и обязанностей; разграничения функций органов предварительного (досудебного) следствия и органов, которые осуществляют оперативно-розыскную деятельность, как в процессуальном, так и в организационном плане; научного обоснования критериев нагрузки на следователя; разработки и принятия актов по созданию Следственного комитета, программы его материально-технического обеспечения. Изучением настоящих вопросов в последнее время занимались А. Горпенюк, П. Коляда, В. Вапнярчук, В. Тертишник, Е. Доля, а также другие ученые и практические работники, однако вопросы о процессуальной самостоятельности следователя и создании единого Следственного комитета до сегодняшнего дня так и остаются открытыми.

Целью настоящей статьи является исследование и анализ научных точек зрения

относительно нормативного закрепления процессуальной самостоятельности следователя и создания независимой структуры досудебного следствия.

Действующий УПК Украины (ст. 114) закрепляет принцип процессуальной самостоятельности следователя при производстве досудебного следствия. Вместе с тем законодатель вносит некоторые исключения в данное правило, в частности, ограничивая его прокурорским надзором, а также контролем со стороны начальника следственного отдела (ст. 114¹). Такие ограничения процессуальной самостоятельности следователя и другие положения указанных норм свидетельствуют о некоторой декларативности и незащищенности положения следователя при осуществлении им своей профессиональной деятельности. Прежде всего, на это обстоятельство указывает и ст. 102 УПК, в которой разграничена ведомственная принадлежность следственных подразделений в органах внутренних дел, прокуратуры, службы безопасности Украины и налоговой милиции, что, по нашему мнению, не способствует достижению поставленных перед следователями задач. Однако на сегодняшний день среди ученых и практиков не сложилось единой точки зрения относительно места следственного аппарата в структуре правоохранительных и судебных органов. Отечествен-

ная процессуальная наука сформулировала основные подходы относительно положения следствия в этой структуре, а именно: существование объединенного из следователей различных ведомств следственного аппарата при МВД Украины, на базе Главного следственного управления этого министерства (например, Государственного следственного департамента в структуре или при МВД Украины); сосредоточение всех следователей в органах прокуратуры; функционирование следственного аппарата при судебном ведомстве; создание самостоятельной специализированной структуры для производства досудебного следствия (а именно – Следственного комитета Украины) [1, с. 66]. Как отмечает А. Горпенюк, ведомственная разобщенность следователей тормозит борьбу с преступностью. С одной стороны, отрицательными последствиями существующей разобщенности являются параллелизм и дублирование в деятельности этих органов, с другой – распыленность их сил и средств, споры по поводу подследственности. Кроме того, нежелательные коррективы вносит усложненность анализа причин преступности, обобщения следственной практики, непринятие мер по ее совершенствованию и т. д. Одним из существенных факторов является давление ведомственных интересов, что сказывается на процессуальной самостоятельности и независимости следователя [1, с. 65].

Выражая согласие с данной авторской позицией, следует отметить целесообразность выделения следственного аппарата именно в самостоятельный Следственный комитет, а не его реорганизацию в составе отдельного ведомства (прокуратуры, МВД). *Во-первых*, это будет способствовать достижению задач уголовного судопроизводства. Обосновывая данную точку зрения, следует взять, к примеру, ст. 22 УПК, в которой закреплено правило о том, что следователь обязан принять все предусмотренные законом меры для всестороннего, полного и объективного исследования обстоятельств дела, выявить как уличающие, так и оправдывающие обвиняемого обстоятельства, а также обстоятельства, смягчающие и отягчающие его ответственность. Исходя из этого правила, следователь должен в предоставленный ему законом двухмесячный срок всесторонне, полно и объективно исследовать все факты, входящие в предмет доказывания по делу и принять самостоятельное, законное и справедливое решение. В действительности же следователя, который едва успел возбудить уголовное дело, начальник органа дознания

уже обязывает предъявить подозреваемому лицу обвинение и выставить соответствующую статистическую карточку. Естественно, что предъявив подозреваемому обвинение, следователь в ходе расследования по делу будет выявлять не смягчающие либо оправдывающие доказательства, а только факты, которые подтверждают предъявленное обвинение. В противном случае следователь столкнется с ситуацией необоснованного привлечения лица к уголовной ответственности и понесет, как минимум, дисциплинарную ответственность, которую орган дознания с ним никоим образом не разделит. Если же следователь в этом случае проявит самостоятельность и не станет привлекать лицо к уголовной ответственности, вокруг него со стороны органа дознания открыто будет создаваться морально неблагоприятный климат лица, не дорожающего интересами службы. Эти же проблемы можно отнести и к возбуждению уголовного дела, задержанию лица, подозреваемого в совершении преступления, на основании ст. 115 УПК Украины и разрешению ряда других процессуальных вопросов.

Фактическая зависимость следователя от органа дознания в рамках одного ведомства негативно сказывается и на качестве досудебного следствия. Нередко следователю для разрешения вопроса в порядке ст. 97 УПК Украины предоставляются откровенно неполные материалы, не содержащие основания для возбуждения уголовного дела. Вместе с тем руководство органа дознания настаивает на немедленном принятии соответствующего решения. В итоге следователю вынужден возбуждать уголовное дело, надеясь, что необходимые факты, имеющие доказательственное значение, будут ему предоставлены органом дознания в ходе расследования. Но практика показывает, что и в этом случае у следователя возникают достаточные затруднения. Получив от следователя статистическую карточку о возбуждении уголовного дела и предъявлении лицу обвинения, орган дознания «забывает» об этом деле, считая его раскрытым. В итоге следователь остается «один на один» со всеми неразрешенными процессуальными вопросами и вынужден «вытягивать дело» самостоятельно. О надлежащем взаимодействии следователя и органа дознания в этом случае речь не идет. Существует мнение отдельных авторов (П. Коляда и др.) о том, что создание единого следственного комитета отрицательно скажется на взаимодействии следователя и органа дознания в ходе расследования по

уголовным делам. Эта точка зрения находит свое опровержение в утверждении А. Горпенюка, согласно которому разговоры о том, что это вызовет дополнительные сложности в выявлении, раскрытии и расследовании преступлений, являются преувеличением. С принятием Закона Украины «Об оперативно-розыскной деятельности» появилась реальная правовая база для законодательного, а не только ведомственного, регулирования взаимодействия следователя с подразделениями, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность [1, с. 66]. Развивая это положение, следует отметить, что указанная правовая база будет только способствовать четкой регламентации и гарантированному обеспечению соблюдения необходимого и достаточного взаимодействия в процессе расследования по уголовному делу между органом дознания и независимым органом следствия в рамках различных ведомств.

Кроме того, разобщенная ведомственная принадлежность органов досудебного следствия возлагает на них ряд других, несвойственных задач. Вместо того, чтобы непосредственно заниматься расследованием по уголовным делам, следователь вынужден выполнять обязанности несения службы по охране общественного порядка при проведении культурно-массовых мероприятий (концертов, праздников и т. д.), выезжать в составе оперативно-следственной группы на семейные скандалы, изучать приемы самбо и др. Все это, несомненно, сказывается как на качестве расследования, так и на формировании профессионального ядра в следственных органах.

Во-вторых, ведомственная разобщенность следственных подразделений отрицательно влияет на формирование и закрепление в органах досудебного следствия профессионально грамотных, опытных сотрудников, их социальное обеспечение. В настоящее время эта проблема среди следователей является весьма актуальной. Средний возраст следователей в большинстве органов не превышает 30 лет, а стаж работы в следствии – 5 лет. Данная устойчивая тенденция имеет место на протяжении последних 10 лет. Необоснованно завышенная нагрузка, огромная личная ответственность заставляют следователей искать работу в других, более объективно престижных службах. Величина заработной платы следователя немногим отличается от зарплаты в других подразделениях (МРЭО, ОГСО); такими же остаются и критерии срока выслуги, являющиеся явно менее престижными по сравнению с основными

службами правоохранительных органов (например, оперативными подразделениями). Кроме того, для следователей различных ведомств не одинаковы основания для начисления размеров пенсий, что также не способствует престижу следственной работы.

Анализ приведенных точек зрения о месте органов досудебного следствия в системе правоохранительных и судебных органов, свидетельствует, прежде всего, о *недопустимости объединения в одном ведомстве различных уголовно-процессуальных функций*. Так, объединение в органах Министерства внутренних дел, Службы безопасности Украины, Государственной налоговой администрации функций дознания и досудебного следствия приведет к односторонности следствия и подчинению его задачам выявления и раскрытия преступлений, т. е. к обвинительному уклону в процессуальной деятельности. Это касается и досудебного следствия в органах прокуратуры, среди основных функций которой – поддержание государственного обвинения в суде и надзор за соблюдением законов органами досудебного следствия. Сочетание этих функций с деятельностью следственного аппарата в указанном ведомстве приведет, во-первых, к обвинительному уклону в деятельности следственных органов в прокуратуре; во-вторых, – к формальному осуществлению прокурорского надзора за следователями в этой правоохранительной структуре. Кроме этого, следует исходить также из того, что на временный характер функции досудебного расследования в органах прокуратуры указывают и Переходные положения Конституции Украины.

Необоснованным, по нашему мнению, будет и объединение досудебного следствия в рамках судебного ведомства, вследствие чего функция правосудия утратит свою объективность и независимость, будучи поставленной в один ряд с правоохранительной функцией, выполняемой органами следствия, что является недопустимым в современном демократическом обществе. В организации следственной структуры следует учесть, что одно и то же звено объективно не может выполнять разные функции без вредной конкуренции между ними, а связь между органами, действующими на досудебных стадиях уголовного судопроизводства, должна состоять в постоянном контроле друг друга. При этом контроль должен исключать повторение неправильных решений, последовательно принятых в разных инстанциях [2, с. 16].

Мы считаем, что объединение следователей в рамках единого Следственного комитета приведет к созданию независимой в процессуальном отношении структуры, лишенной дублирования процессуальных функций, деятельность которой будет непосредственно направлена на достижение задач уголовного судопроизводства. Кроме этого, создание единого следственного ведомства создаст необходимые условия для формирования стабильного профессионального ядра, устранения кадрового непостоянства, специализации в деятельности по расследованию отдельных категорий уголовных дел, социальной защищенности следователей. В связи с этим необходимо принятие ряда нормативно-правовых актов, а именно законов «О досудебном следствии», «О статусе следователя», регламентирующих организационно-правовые основы деятельности органов досудебного следствия, а также закрепляющих гарантии правовой и социальной защищенности следователей.

Анализ современных научных точек зрения относительно места досудебного следствия в общей структуре правоохранительных и судебных органов позволяет сделать **вывод** о целесообразности создания единого и независимого Следственного комитета, который бы объединил в себе следственные подразделения различных ведомств, а также о необходимости принятия соответствующей нормативно-правовой базы, регламентирующей независимую деятельность органов досудебного следствия, закрепляющую гарантии их правовой и социальной защиты.

Литература

1. Горпенюк А. Організаційно-правові питання вдосконалення досудового слідства в Україні // Вісник прокуратури. – 2010. – № 2.
2. Горпенюк А. У следователя нет четко определенного статуса // Голос Украины. – 2010. – 18 мая.

In the article the basic scientific looks are considered in relation to independence of judicial position of investigator at realization to them tasks of criminal trial on the pre-trial stages of process, and also separate suggestions are outspoken on the improvement of his judicial activity.

У статті розглядаються основні наукові погляди, що стосуються самостійності процесуального положення слідчого при здійсненні ним завдань кримінального судочинства на досудових стадіях процесу, а також висловлені пропозиції з удосконалення його процесуальної діяльності.



ШАНОВНІ ЧИТАЧІ!

РЕДАКЦІЯ ЖУРНАЛУ ЗМІНИЛА АДРЕСУ

**Статті для опублікування в журналі
надсилати поштою рекомендованим листом
без повідомлення за адресою:**

а/с 23, м. Київ-133, 01133

Контактні телефони:

(044) 528-34-64, (044) 513-33-16 тел./факс

ПРОКУРОРСЬКИЙ НАГЛЯД ЗА ЗДІЙСНЕННЯМ НАЧАЛЬНИКОМ ГОЛОВНОГО СЛІДЧОГО УПРАВЛІННЯ ВІДОМЧОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО КОНТРОЛЮ ЗА РОЗСЛІДУВАННЯМ ЗЛОЧИНІВ

Василь Фаринник,

*начальник Головного слідчого управління МВС України,
заслужений юрист України, генерал-майор міліції*

У статті досліджуються питання сучасного стану та перспектив розвитку правового регулювання прокурорського нагляду за здійсненням начальником слідчого відділу відомчого процесуального контролю.

Ключові слова: начальник слідчого відділу, прокурор, прокурорський нагляд, відомчий процесуальний контроль, процесуальне керівництво.

Серед гарантій кримінального судочинства, що сприяють забезпеченню дотримання законності органами досудового слідства та відновлення порушених прав громадян, важливу роль відіграють прокурорський нагляд і процесуальний контроль начальника слідчого підрозділу за розслідуванням злочинів.

На сучасному етапі розвитку вітчизняного законодавства відбувається реформування кримінально-процесуального законодавства. Прийняття нового Кримінально-процесуального кодексу зумовлює перегляд підходів до функцій прокуратури та повноважень прокурора в кримінальному судочинстві, які б відповідали європейським стандартам. Тому серед учених ведуться дискусії щодо визначення ролі та місця прокуратури в системі органів досудового розслідування, функцій, завдань і повноважень прокурора під час розслідування кримінальних справ, правової природи прокурорського нагляду та шляхів реформування діяльності прокуратури при розслідуванні злочинів.

Серед наукових досліджень, які сприяли розв'язанню цієї проблеми, слід назвати праці Ю. Аленіна, Ю. Грошевого, В. Долежана, М. Косюти, В. Маляренка, О. Михайленка, М. Мичка, В. Нора, Р. Трагнюка, В. Сухоноса, Г. Середи, а також праці П. Мінюкова, А. Мінюкова, Х. Таджієва, О. Ларіна та А. Чувільова, в яких розглядалися питання співвідношення прокурорського нагляду та відомчого контролю.

Дискусії науковців здебільшого стосуються визначення змісту поняття «прокурорський нагляд» (це процесуальна чи і позапроцесуальна діяльність прокурорів) [1]; співвідношення прокурорського нагляду, кримінального переслідування та розслідування злочинів [2, с. 49]. Не новою, але досі невирішеною, є проблема визначення правової природи проку-

рорського нагляду у стадії досудового розслідування (це прокурорський нагляд чи процесуальне керівництво досудовим розслідуванням) [3, с. 538; 4, с. 191–225]. Вказані питання є досить актуальними, адже від правильного, виваженого та науково обґрунтованого підходу до їх вирішення залежить якість нового кримінально-процесуального законодавства.

Метою цієї статті є аналіз сучасного стану та перспектив розвитку правового регулювання прокурорського нагляду за виконанням законів органами досудового слідства, за здійсненням начальником слідчого відділу відомчого процесуального контролю за розслідуванням злочинів і порівняльна характеристика співвідношення прокурорського нагляду та відомчого процесуального контролю за розслідуванням кримінальних справ для обґрунтування пропозиції щодо вдосконалення шляхів реформування даної проблеми.

Згідно з Резолюцією Парламентської Асамблеї Ради Європи від 2001 р. № 1244 Україна взяла на себе зобов'язання змінити роль і функції прокуратури шляхом перетворення цього інституту на орган, що відповідатиме стандартам Ради Європи. Аналіз кримінально-процесуального законодавства країн Європи та міжнародних документів свідчить, що у більшості європейських країн на органи прокуратури покладаються функції, які знаходяться у сфері кримінального судочинства.

У Меморандумі про домовленість Генеральних прокурорів європейських країн зверталася увага на те, що у національному законодавстві потрібно врахувати міжнародні документи щодо статусу та повноважень прокуратури, особливості країни, що базуються на традиціях і правовій культурі, мають свої при-

чини й є важливими для досягнення завдань правової держави [5, с. 9].

Аналіз Концепції реформування кримінальної юстиції (далі – Концепція) та двох останніх проектів Кримінально-процесуального кодексу (далі – КПК) України свідчить про постійний пошук напрямів удосконалення участі прокурора у кримінальному судочинстві. Так, згідно з ч. 1 ст. 31 проекту КПК України за реєстраційним № 1233 передбачено, що «прокурор здійснює кримінальне переслідування у досудовому провадженні при здійсненні нагляду за додержанням законів органами, які провадять дізнання чи досудове слідство, та при участі у розгляді справ судом, а також наглядає за додержанням законів при виконанні судових рішень у кримінальних справах і при застосуванні інших заходів примусового характеру, пов'язаних із обмеженням особистої свободи громадян» [6].

У Концепції визначено, що прокуратура в Україні має стати єдиним органом, на який покладається виконання функцій кримінального переслідування. При цьому на прокуратуру покладається функція процесуального керівництва, що полягає в організації процесу досудового розслідування, визначенні напрямів розслідування, координації процесуальних дій, сприянні створенню умов для нормальної функціонування слідчих, забезпечення дотримання у процесі розслідування вимог законів України. Відповідно до ст. 38 проекту КПК України, підготовленому робочою групою, створеною Указом Президента України від 17.08.2010 р. № 820, також передбачено, що «прокурор здійснює нагляд за додержанням законів при проведенні досудового розслідування у формі процесуального керівництва досудовим розслідуванням» [7, с. 19].

У зв'язку з викладеним виникає питання: в чому полягає відмінність між прокурорським наглядом за досудовим розслідуванням кримінальних справ і процесуальним керівництвом досудовим розслідуванням? І в чому ж тоді різниця між процесуальним контролем за розслідуванням злочинів, який здійснює начальник слідчого відділу чи начальник Головного слідчого управління, та процесуальним керівництвом досудовим розслідуванням, яке згідно з вказаним проектом має здійснювати прокурор.

За чинним КПК України прокурор здійснює нагляд за виконанням законів органами дізнання та досудового слідства. З цього приводу серед науковців ведеться багаторічна дискусія щодо правової природи повноважень прокурора у стадії досудового розслідування. Науковці виділяють три основні точки зору щодо зазначеної проблеми [3, с. 538]:

- прокурор здійснює лише нагляд, тобто його роль зводиться до спостереження за розслідуванням;

- нагляд та керівництво розслідуванням – різні функції (тобто прокурор керує слідством та здійснює за ним нагляд);

- прокурор є процесуальним керівником на досудовому слідстві.

У тлумачних словниках вказано: контроль – це перевірка, облік діяльності, нагляд за кимось, чимось. Контролювати – означає перевіряти [8, с. 451]; наглядати – пильнувати, слідкувати за ким-, чим-небудь для контролю, забезпечення порядку, або стежити, спостерігати з метою нагляду [8, с. 555], тобто в тлумачних словниках великої відмінності в цих термінах ми не знаходимо; термін «контроль» близький за змістом до терміна «нагляд».

Що стосується твердження, згідно з яким роль прокурора під час досудового розслідування зводиться до спостереження, то такий підхід є хибним. Прокурорський нагляд за виконанням законів органами досудового розслідування не можна ототожнювати з іншими видами прокурорського нагляду. На користь такого твердження свідчить те, що під час досудового розслідування кримінальних справ незаконні рішення слідчого не опротестовуються, а скасовуються (ст. 100 КПК України). Крім того, прокурорський нагляд є обов'язковою складовою досудового провадження, адже окремі дії слідчого можуть проводитися лише за згодою (ч. 4 ст. 187 КПК України) чи санкцією прокурора (ч. 3 ст. 177 КПК України). Ще однією відмінністю можна назвати те, що прокурор здійснює нагляд за слідчим, який має процесуальну самостійність і може у визначених законом випадках не погодитися з вказівками прокурора (ч. 2 ст. 114 КПК України).

Зазначені особливості дозволили науковцям стверджувати, що повноваження прокурора при здійсненні нагляду за виконанням законів органами дізнання та досудового слідства мають владно-розпорядчий характер [9, с. 504]. Таким чином, необхідно підтримати думку про те, що роль прокурора у кримінальному процесі не може зводитися лише до спостереження за розслідуванням.

Інша точка зору науковців полягає в тому, що нагляд і керівництво розслідуванням – різні функції, тобто прокурор керує слідством і здійснює за ним так званий чистий нагляд. На думку прихильників такої позиції, функції нагляду та процесуального керівництва є самостійними напрямками діяльності прокурора з відповідними, специфічно властивими для кожного з них повноваженнями [10]. При цьому нагляд за слідством і процесуальне керівництво – це речі різні, нетотожні один одному, але однопланові. У зв'язку з таким тлумаченням повноважень прокурора науковці намагаються у ст. 227 КПК Ук-

раїни «Повноваження прокурора по здійсненню нагляду за виконанням законів органами дізнання і досудового слідства» виділяти різні групи повноважень. На нашу думку, більш переконливою є позиція авторів, які критикують таку точку зору. В. Савицький вважає, що помилка тих, хто розглядає обов'язки прокурора у стадії досудового слідства як здійснення нагляду нарівні з функцією керівництва, полягає в тому, що при такому трактуванні діяльності прокурора ігноруються специфічні особливості цієї галузі. Тутгляд не може бути зведений лише до спостереження за виконанням законів. Адже чіткий регламент часу, відведений законом на пошук і викриття винних, не дозволяє в таких випадках застосовувати звичайні для прокурорського нагляду інстанційну процедуру звернень і повідомлень. Тут необхідно, що і робиться постійно на практиці, оперативне втручання [4, с. 193–194].

Що стосується третьої точки зору, то її прихильники вважають, що прокурорськийгляд за розслідуванням злочинів завдяки специфіці цієї галузі прокурорського нагляду органічно включає в себе процесуальне (оперативне) керівництво слідством [4, с. 195–197; 3, с. 539].

Наявність у прокурора функцій процесуального керівництва діяльністю слідчого пов'язують із наявністю у нього відповідно до вимог кримінально-процесуального законодавства повноважень, згідно з якими прокурор під час досудового розслідування має право вирішувати всі процесуальні питання, що виникають у цій стадії процесу, за винятком питань, рішення яких належить до виняткової компетенції судді або суду. Так, у ст. 227 КПК України передбачено, що, здійснюючигляд за виконанням законів органами дізнання та досудового слідства, прокурор у межах своєї компетенції скасовує незаконні та необґрунтовані постанови, дає письмові вказівки про розслідування злочинів, про обрання, зміну або скасування запобіжного заходу, кваліфікацію злочину, проведення окремих слідчих дій і розшук осіб, які вчинили злочини тощо. Ця точка зору знаходить свій розвиток у ст. 38 проекту КПК України, підготовленому робочою групою при Адміністрації Президента України, де зазначено, що «прокурор здійснюєгляд за додержанням законів при проведенні досудового розслідування у формі процесуального керівництва досудовим розслідуванням» [7, с. 19].

Аналогічне бачення перспектив реформування ролі прокуратури на досудовому слідстві має і В. Маляренко, який стверджує, що прокурор має бути справжнім «процесуальним господарем» на досудовому провадженні кожної кримінальної справи. Прокурор по-

винен бути зобов'язаним на досудових стадіях процесу контролювати кожну процесуальну дію слідчого, кожне його процесуальне рішення, спонукаючи до об'єктивності та неупередженості, суворого виконання закону [1]. Яким же чином мають співвідноситися повноваження начальника слідчого відділу чи начальника Головного слідчого управління з таким широким процесуальним керівництвом досудовим розслідуванням з боку прокурора? Адже мета їх діяльності – забезпечення дотримання законності та досягнення завдань кримінального судочинства під час розслідування кримінальних справ, а одночасне процесуальне керівництво чи контроль за діяльністю слідчого із боку як прокурора, так і начальника слідчого відділу може призвести до певних колізій і негативно вплинути на процесуальну самостійність та незалежність слідчого.

Згідно з чинним законодавством повноваження начальника слідчого відділу визначені ст. 114¹ КПК України та відомчих нормативно-правових актах. Оскільки начальник слідчого відділу знаходиться «ближче» до слідчого, ніж прокурор, можна стверджувати, що це дозволяє йому успішно контролювати діяльність слідчого, своєчасно виявляти прогалини й упущення в справі, швидко реагувати та допомагати у подоланні труднощів, що виникають перед слідчим під час розслідування кримінальних справ. Вказані особливості діяльності начальника слідчого відділу зумовлюють те, що на практиці прокурор виконує свої наглядові функції відносно слідчих, як правило, через відповідних начальників слідчих підрозділів, які, реалізуючи свої повноваження, доводять окремі рішення прокурора до того рівня конкретизації, який є необхідним для їх практичного здійснення. Таким чином, начальник слідчого відділу слідкує (контролює та керує) за виконанням вказівок прокурора щодо усунення порушень закону слідчими.

Кримінально-процесуальне законодавство України врегульовує окремі аспекти взаємодії прокурора та начальника слідчого відділу. Так, у ч. 4 ст. 114¹ визначено, що вказівки начальника слідчого відділу в кримінальній справі можуть бути оскаржені прокурором, проте таке оскарження не зупиняє їх виконання за винятком випадків, передбачених ч. 2 ст. 114 КПК України; ч. 5 ст. 114¹ КПК передбачає, що вказівки прокурора в кримінальних справах, які дані відповідно до вимог КПК України, обов'язкові для начальника слідчого відділу. Оскарження цих вказівок вищестоящому прокурору не зупиняє їх виконання.

У наказі Генерального прокурора від 19.09.2005 р. № 4 передбачено, що засобами прокурорського нагляду необхідно домогатися підвищення відповідальності керівників слідчих підрозділів і принципово реагувати

на випадки неналежного виконання своїх процесуальних повноважень щодо контролю за законністю дій слідчих, за якісним розслідуванням і розкриттям злочинів (п. 11). При цьому прокурорам рекомендується використовувати передбачене у ст. 30 Закону України «Про прокуратуру» право надання доручень щодо проведення перевірок. Дані про порушення законів начальниками слідства прокурор може отримати як при оскарженні підпорядкованими йому слідчими вказівок прокурору, так і при вивченні кримінальних справ.

Разом із тим заслуговують на увагу певні відмінності у завданнях, що покладаються на прокурора та начальника слідчого відділу як суб'єктів кримінального процесу. Так, згідно із ст. 114¹ КПК України начальник слідчого відділу здійснює контроль за своєчасністю дій слідчих. Його повноваження спрямовані на організацію роботи конкретного слідчого підрозділу та вирішення всіх пов'язаних із цим завданням питань, а функція прокурора на досудовому розслідуванні, визначена ст. 30 Закону України «Про прокуратуру», полягає у запобіганні, виявленні й усуненні допущених порушень закону під час розслідування злочинів.

Висновки

Забезпечення правильного застосування закону (з тим, щоб кожний, хто вчинив злочин, був притягнутий до кримінальної відповідальності і жоден невинний не був покараний) – пріоритетний напрям діяльності як прокуратури, так і керівництва слідчих підрозділів. Те, що на виконання цього завдання спрямована діяльність начальника слідчого відділу і прокурора є додатковою гарантією кримінального судочинства. Втім, діяльність і прокурора, і начальника слідчого відділу має бути врегульована таким чином, щоб вони не підміняли, не суперечили та не заважали досягненню завдань кримінального судочинства. Іншими словами, і прокурор, і начальник слід-

чого відділу мають зайняти свою, властиву лише цьому конкретному суб'єкту кримінального процесу нішу в структурі кримінального судочинства. Подібна тенденція простежується під час реформування кримінального судочинства, адже аналіз проектів КПК України дозволяє стверджувати, що їх автори розрізняють функцію процесуального керівництва досудовим розслідуванням і функцію організаційного забезпечення діяльності.

Література

1. *Маляренко В. Т.* Щодо ролі прокуратури // Голос України. – 2010. – № 235 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.golos.com.ua/Article.aspx?id=209341>.
2. *Долежан В. В.* Проблеми участі прокурора у кримінальному судочинстві в аспекті судової реформи // Право України. – 2010. – № 5. – С. 48–54.
3. *Кримінально-процесуальне право України* / За ред. Ю. П. Алєніна. – Х., 2009. – 816 с.
4. *Савицкий В. М.* Очерк теории прокурорского надзора в уголовном судопроизводстве. – М., 1975. – 383 с.
5. *Меморандум* про домовленість Генеральних прокурорів 11 європейських країн (членів Ради Європи), представлених на зустрічі в Каста-Пальєрніка 7–9 грудня 1999 року // Вісник прокуратури. – 2000. – № 1.
6. *Проект* Кримінально-процесуального кодексу України [Електронний ресурс] від 13.12.2007 р. реєстраційний № 1233. – Режим доступу: http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=31115.
7. *Проект* Кримінально-процесуального кодексу України (з порівняльними таблицями) розроблений Робочою групою при Президентові України. – К., 2011. – 416 с.
8. *Великий тлумачний словник сучасної української мови.* – К.; Ірпінь, 2004. – 1440 с.
9. *Кримінально-процесуальний кодекс України:* Наук.-практ. коментар / За ред. В. Т. Маляренка, Ю. П. Алєніна. – Х., 2009. – 944 с.
10. *Серєда Г. П.* Майбутня роль прокурора в кримінальному процесі: нотатки на полях законопроектів [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.yuricom.com/ua/analytical_information/?id=6501.

The present article investigates the problematic issues of the current state and future development of legal regulation of prosecutor's supervision over execution of departmental procedural control by the head of investigation department.

В статье исследуются вопросы современного состояния и перспективы развития правового регулирования прокурорского надзора за осуществлением начальником следственного отдела ведомственного процессуального контроля.



ПРОКУРОРСЬКИЙ НАГЛЯД ЗА ЗАКОННІСТЮ ПЕРЕБУВАННЯ У МІСЦЯХ ПОПЕРЕДНЬОГО УВ'ЯЗНЕННЯ ОСІБ, ДО ЯКИХ ЗАСТОСОВАНА ПРОЦЕДУРА ТИМЧАСОВОГО АРЕШТУ

Віктор Мотиль,

*здобувач кафедри кримінального процесу
Національної академії внутрішніх справ*

У статті розглядаються основні наукові проблеми, що стосуються прокурорського нагляду за законністю перебування у місцях попереднього ув'язнення осіб, до яких застосована процедура тимчасового арешту.

Ключові слова: екстрадиція, прокурорський нагляд, тимчасовий арешт.

Порядок участі прокурора у процедурі тимчасового арешту, врегульований ст. 462 Кримінально-процесуального кодексу (далі – КПК) України. Відповідно до ч. 3 зазначеної статті орган дізнання, який затримав особу, вносить за згодою прокурора до суду за місцем затримання подання про застосування тимчасового арешту. Таке саме подання має право внести прокурор. При розгляді подання суддя встановлює особу затриманого, пропонує йому зробити заяву, перевіряє наявність документів, передбачених п. 2 ч. 3 ст. 462, вислуховує думку прокурора, інших учасників і виносить постанову про:

- застосування тимчасового арешту;
- відмову в застосуванні тимчасового арешту, якщо для його обрання немає підстав.

На постанову судді до апеляційного суду прокурором, особою, до якої застосовано тимчасовий арешт, її захисником чи законним представником протягом трьох діб із дня винесення постанови може бути подана апеляція. Подання апеляції на постанову судді не зупиняє набрання нею законної сили й її виконання. Ухвала апеляційного суду оскарженню не підлягає. Іншими словами, участь прокурора у процедурі тимчасового арешту полягає у:

- погодженні подання про застосування тимчасового арешту, яке вноситься до суду органом дізнання, або самостійному внесенні такого подання;
- участі у судовому розгляді подання про застосування тимчасового арешту;
- подачі апеляції на постанову судді відносно подання про застосування тимчасового арешту (за необхідності).

Слід зазначити, що погодження з прокурором певних дій і рішень є одним із право-

вих засобів прокурорського нагляду¹, тобто ст. 462 КПК України прокурорський нагляд за тимчасовим арештом зведений до погодження подання про застосування тимчасового арешту, яке вноситься до суду органом дізнання.

Проведений нами аналіз нормативного підґрунтя тимчасового арешту свідчить про необхідність додаткового вивчення питання щодо прокурорського нагляду за законністю перебування у місцях попереднього ув'язнення осіб, до яких застосована процедура тимчасового арешту.

Окремі питання прокурорського нагляду за додержанням законів розглядали наприкінці XIX – початку XX ст. С. Вікторський, Л. Владимиров, С. Мокринський, М. Муравйов, А. Коні, М. Розін, І. Фойницький та ін.

У сучасних умовах подальшого розвитку теорія прокурорського нагляду за додержанням законів набула у працях І. Вернідубова, Л. Давиденка, В. Долежана, В. Зеленецького, П. Каркача, В. Клочкова, М. Ковальова, Г. Кожевнікова, І. Козьякова, М. Косюти, В. Ломовського, М. Маршунова, М. Мичка, Г. Мурашина О. Ніколаєва, В. Нора, М. Руденка, В. Чеканова, М. Шалумова, В. Шинди й ін.

Незважаючи на значний масив спеціальної літератури з питань прокурорського нагляду за додержанням законів у ході застосування запобіжних заходів у вигляді взяття під варту, у вітчизняній правовій науці, зокрема у науці кримінального процесу України, залишаються не повністю дослідженими питання прокурорського нагляду за законністю пере-

¹Ниндіпова В. І., Назарчук К. Є. Прокурорський нагляд за додержанням законів при виконанні судових рішень у кримінальних справах та інших примусових заходів. – К., 2010. – С. 10.

бування у місцях попереднього ув'язнення осіб, до яких застосована процедура тимчасового арешту.

Метою цієї статті є аналіз доцільності включення до кримінально-процесуального законодавства норм щодо прокурорського нагляду за законністю перебування у місцях попереднього ув'язнення осіб, до яких застосована процедура тимчасового арешту, формулювання пропозицій щодо вдосконалення чинного нормативного підґрунтя тимчасового арешту.

Статтею 462 КПК України прокурорський нагляд за тимчасовим арештом фактично зведений до погодження подання про застосування тимчасового арешту, яке вноситься до суду органом дізнання. Разом із тим існує необхідність включення до кримінально-процесуального законодавства норм прокурорського нагляду за законністю перебування у місцях попереднього ув'язнення осіб, до яких застосована процедура тимчасового арешту. На користь цієї наукової позиції, на нашу думку, свідчать такі аргументи.

По-перше, обмеження сфери прокурорського нагляду виключно погодженням подання про застосування тимчасового арешту, яке вноситься до суду органом дізнання суттєво знижує ефективність прокурорського нагляду за процедурами екстрадиції в цілому.

По-друге, для окремих, визначених законодавцем випадків, КПК України закріплена необхідність здійснення прокуратурою нагляду за додержанням законів під час перебування особи, яка вчинила злочин за межами України, у місцях тримання затриманих, попереднього ув'язнення, в установах виконання покарань, інших установах, що виконують покарання або заходи примусового характеру. Так, ч. 4 ст. 469 КПК встановлена обов'язковість здійснення прокурорського нагляду за процесом відбування покарання особою, яка вчинила злочин за межами України, після прийняття рішення про відстрочку фактичної передачі особи іншій державі. Відсутність у КПК України положень, що стосуються прокурорського нагляду за законністю перебування у місцях попереднього ув'язнення осіб, до яких застосована процедура тимчасового арешту, свідчить, що відповідний вид прокурорського нагляду не закріплений кримінально-процесуальним законодавством як обов'язкова складова процедур екстрадиції (на відміну від інших визначених законодавцем випадків).

По-третє, згідно із ст. 44 Закону України «Про прокуратуру» від 05.11.1991 р. № 1789-ХІІ предметом прокурорського нагляду за додержанням законів при виконанні

судових рішень у кримінальних справах, а також при застосуванні інших заходів примусового характеру, пов'язаних із обмеженням особистої свободи громадян, є додержання законності під час перебування осіб у місцях тримання затриманих, попереднього ув'язнення, в установах виконання покарань, інших установах, що виконують покарання або заходи примусового характеру, які призначаються судом, додержання встановленого кримінально-виконавчим законодавством порядку й умов тримання або відбування покарання особами у цих установах, їх прав і виконання ними своїх обов'язків.

Прокурор, який здійснює даний вид нагляду, має право:

- у будь-який час відвідувати місця тримання затриманих, попереднього ув'язнення, установи, в яких засуджені відбувають покарання, установи для примусового лікування та перевиховання, опитувати осіб, які там перебувають, знайомитися з документами, на підставі яких ці особи затримані, заарештовані, засуджені або до них застосовані заходи примусового характеру;

- перевіряти законність наказів, розпоряджень і постанов адміністрації цих установ, зупиняти виконання таких актів, опротестовувати або скасовувати їх у разі невідповідності законодавству, вимагати від посадових осіб пояснень з приводу допущених порушень;

- прокурор зобов'язаний негайно звільнити особу, яка незаконно перебуває в місцях тримання затриманих, попереднього ув'язнення, обмеження чи позбавлення волі або в установі для виконання заходів примусового характеру.

Постанови та вказівки прокурора щодо додержання встановлених законодавством порядку і умов тримання затриманих, заарештованих, засуджених до позбавлення волі та виконання інших покарань, а також осіб, до яких застосовано заходи примусового характеру, є обов'язковими і підлягають негайному виконанню. Загальні підстави здійснення прокурорського нагляду за законністю перебування у місцях попереднього ув'язнення осіб, до яких застосована процедура тимчасового арешту, визначені Законом України «Про прокуратуру».

По-четверте, у відомих документах прокуратури України закріплені окремі положення, що стосуються прокурорського нагляду за законністю перебування у місцях попереднього ув'язнення осіб, до яких застосована процедура тимчасового арешту. Зокрема, наказ Генеральної прокуратури України від 05.05.2011 р. № 8гн містить п. 7.6, відповідно до якого, прокурорам Автономної Республіки Крим, областей, міст Києва і Севастополя, військовим прокурорам регіонів і Військово-Морських Сил України, Дніпровсько-

му екологічному прокурору, міським, районним, міжрайонним і прирівняним до них прокурорам у межах компетенції доручено забезпечити нагляд за додержанням законів з питань екстрадиції, зокрема не допускати порушення передбаченого відповідним міжнародним договором України строку тимчасового арешту особи до надходження запиту про видачу. У разі неотримання такого запиту у визначені строки за дорученням Генеральної прокуратури України або зверненням Міністерства юстиції України вживати передбачені ст. 464 КПК України заходи до звільнення особи з-під варті, про що невідкладно інформувати відповідний центральний орган.

Проведений аналіз дозволяє зробити **висновок**, що прокурорський нагляд за законністю перебування у місцях попереднього ув'язнення осіб, до яких застосована процедура тимчасового арешту, не закріплений кримінально-процесуальним законодавством як обов'язкова складова процедур екстрадиції (на відміну від інших визначених законодавцем випадків). Загальні підстави здійснення даного виду прокурорського нагляду встановлені Законом України «Про прокуратуру».

The paper contains description of the main scientific issues concerning the prosecutor's supervision over the legality of stay in pre-trial detention of persons to whom to apply the procedure of temporary arrest.

В статье рассматриваются основные научные проблемы, касающиеся прокурорского надзора за законностью пребывания в местах предварительного заключения лиц, к которым применена процедура временного ареста.

Окремі положення, що стосуються прокурорського нагляду за законністю перебування у місцях попереднього ув'язнення осіб, до яких застосована процедура тимчасового арешту, закріплені у відомчих документах прокуратури України.

З метою приведення змісту КПК України у відповідність із чинним законодавством (зокрема Законом України «Про прокуратуру»), а також для усунення ситуації, коли окремі питання здійснення прокурорського нагляду за тимчасовим арештом регулюються відомчими нормативно-правовими актами, які не є джерелами кримінально-процесуального права, ми пропонуємо внести зміни до ст. 462 КПК України та доповнити її окремими положеннями, що стосуються прокурорського нагляду за законністю перебування у місцях попереднього ув'язнення осіб, до яких застосована процедура тимчасового арешту.

Одним із основних перспективних напрямів подальших наукових розвідок ми вважаємо науковий аналіз стану нормативної врегульованості механізмів реалізації судового контролю за законністю процедур тимчасового арешту.

ДО УВАГИ АВТОРІВ!

Постановою президії ВАК України
від 16 грудня 2009 р. № 1-05/6
журнал «Підприємництво, господарство і право»
внесено до списку наукових видань, в яких
можуть публікуватися основні результати
дисертаційних робіт у розділі

Юридичні науки

ВСТАНОВЛЕННЯ ВИНУВАТОСТІ ОБВИНУВАЧЕНОГО У КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВАХ ПРО ВБИВСТВА

Олександр Алексійчук,

*ад'юнкт кафедри кримінального процесу
Національної академії внутрішніх справ*

У статті розглядаються особливості встановлення одного з елементів предмета доказування – винуватості обвинуваченого у кримінальних справах про вбивства.

Ключові слова: предмет доказування у кримінальній справі, винуватість обвинуваченого, вбивства.

Статистика останніх років свідчить про достатньо високий рівень вчинення особливо тяжких злочинів проти особи, зокрема вбивств. Так, за даними МВС України, у 2010 р. зареєстровано 2356 умисних вбивств (і замахів), у тому числі двох або більше осіб – 107, на замовлення – 19. Незважаючи на те, що у порівнянні з 2009 р. загальна кількість зареєстрованих умисних убивств (і замахів) знизилася на 4,9 %, не всі вони на сьогодні розкриті; щодо 2173 із них особам пред'явлено обвинувачення і справи направлені до суду.

У I кварталі 2011 р. зареєстровано 636 умисних убивств (і замахів), у тому числі двох або більше осіб – 21, на замовлення – 4 [1].

На перший погляд, наведені дані є достатньо невисокими у порівнянні з іншими видами злочинів, однак, враховуючи особливу соціальну небезпечність убивства, навіть невеликий відсоток убивств, що залишаються нерозкритими, визначає, зокрема, негативну оцінку та ставлення суспільства до роботи правоохоронних органів у цьому напрямі.

Дані статистики, вивчення матеріалів кримінальних справ дозволяють із упевненістю стверджувати, що доволі часто якість провадження досудового слідства у справах про вбивства істотно знижується через допущення слідчими порушень закону та помилок, зокрема, пов'язаних із неповнотою встановлення обставин предмета доказування в цій категорії справ. Як правило, найбільш складним є встановлення винуватості обвинуваченого у вчиненні вбивства та мотивів злочину. Як свідчить аналіз слідчої та судової практики, існує низка проблем, пов'язаних із виявленням і викриттям особи у вчиненні вбивства, проведенням слідчих дій за її участю, зокрема допиту такої особи у разі заперечення своєї вини та перевірки її показань при визнанні обвинуваченим своєї вини. Є випадки, коли, незважаючи на наявність у справі показань, в яких особа визнає свою вину у вчиненні умисного вбивства, ці злочини так і залишаються нерозкритими. В одних випадках слідчий не може довести винуватість дійсного злочинця,

який, наприклад, відмовився від раніше зробленого зізнання, в інших – до кримінальної відповідальності притягається особа, яка з тих чи інших причин обмовила себе у вчиненні вбивства.

У зв'язку з викладеним актуальними є дослідження кримінально-процесуального законодавства та наукові рекомендації щодо його застосування при розслідуванні вбивств. Одним із важливих напрямів такого дослідження вважаємо з'ясування особливостей встановлення одного з елементів предмета доказування у справах про вбивства – винуватості обвинуваченого. Основою такого дослідження виступатимуть роботи вчених, присвячені питанням доказового права (І. Фойницького, Л. Владимірова, М. Строговича, Ю. Алєніна, В. Бахіна, Ю. Грошевого, А. Дубинського, В. Нора, С. Стахівського, Л. Удалової та ін.), у тому числі питанням предмета доказування, а також праці вчених у галузі кримінального права та криміналістики.

Метою цієї статті є виявлення та дослідження особливостей встановлення одного з елементів предмета доказування у справах про вбивства – винуватості обвинуваченого.

Встановлення слідчим винуватості обвинуваченого у вчиненні вбивства, форми його вини та мотивів передбачає доказування суб'єктивної сторони цього складу злочину. Вимога закону щодо встановлення винуватості обвинуваченого у вчиненні злочину та мотивів злочину означає з'ясування в процесі доказування його психічного ставлення до вчиненого суспільно небезпечного діяння. Винуватість особи у вчиненні злочину існує об'єктивно, тобто поза межами свідомості суб'єктів пізнання та правозастосування (слідчого, прокурора, суду). Доказування винуватості обвинуваченого та мотивів злочину, а також інших обставин предмета доказування, здійснюється шляхом збирання, перевірки й оцінки доказів.

Слід зазначити, що викриття особи у вчиненні злочину, встановлення винуватості обвинуваченого у кримінальних справах про вбивство представляють особливу складність. Це пов'язано

як з об'єктивними чинниками, що виникають у процесі доказування у цій категорії справ, так і з недоліками досудового провадження. Так, достатньо складними з точки зору доказування винуватості обвинуваченого у вчиненні вбивства є такі ситуації:

- у справі наявні докази присутності обвинуваченого на місці події, його зв'язків із потерпілим та інші докази, що дають підстави для обґрунтованого припущення про винуватість обвинуваченого у вчиненні вбивства, однак обвинувачений заперечує свою вину, пояснює це іншими обставинами та причинами (наприклад, випадковість появи на місці події, придбання речей потерпілого у невідомих осіб тощо);

- на місці події (у конфлікті) були присутні декілька осіб, один із яких був убийцею (наприклад, убивство у груповій бійці);

- убивство під час масових заворушень.

В усіх перелічених випадках основним завданням слідчого є повне встановлення механізму вчинення та приховування злочину. Необхідно чітко з'ясувати характер дій усіх осіб, які були учасниками події: коли і як вони потрапили на місце події; ким, як, у якій послідовності наносили удари потерпілому, якими знаряддями; яким на цей момент було взаємне розташування потерпілого й інших осіб, зокрема, підозрюваного чи обвинуваченого; як, ким і куди переміщалося тіло потерпілого після нанесення йому тілесних ушкоджень. Ці обставини можуть бути встановлені під час допитів свідків, обвинуваченого (підозрюваного) шляхом дослідження слідів, виявлених на місці події, одягу на тілі потерпілого, обвинуваченого (підозрюваного) й інших учасників події.

Виявлені сліди злочину разом із знаряддями злочину можуть бути досліджені комплексною судово-медичною та криміналістичною експертизою. Експертам у цьому випадку можна поставити питання, що стосуються механізму формування слідів: в якому положенні перебували потерпілий і особа, яка наносила удари, в момент їх заподіяння; чи могли бути нанесені виявлені на тілі потерпілого тілесні ушкодження предметами, представленими для експертного дослідження, тощо.

Максимально точне з'ясування обставин події має важливе значення у справах про вбивства, за вчинення яких обвинувачення пред'явлено декільком особам (наприклад, про вбивство, вчинене у груповій бійці). У таких ситуаціях достатньо складно визначитись, які саме дії вчинив кожен із учасників бійки. В процесі встановлення цих обставин і дослідження доказів доцільно розділити всю подію на окремі епізоди, з'ясовуючи учасників цих епізодів, їх дії, знаряддя.

Певні складності у доказуванні винуватості обвинуваченого виникають також під час перевірки на досудовому слідстві його алібі. Докази, що підтверджують перебування обвинуваченого у момент вчинення вбивства в іншому місці, мають бути ретельно перевірені та в жодному разі не ігноруватися слідчим. Для перевірки алібі, перш за все, допитується обвинувачений із ве-

ликою кількістю уточнюючих і контрольних запитань з метою з'ясування всіх деталей для подальшої їх перевірки [2, с. 11–12; 3, с. 27; 4, с. 30].

Крім того, перевірка показань обвинуваченого, як правило, полягає у проведенні допитів свідків, витребуванні необхідних документів. Особливо ретельно необхідно аналізувати докази, які подає обвинувачений і на які він посилається, оскільки не виключена можливість їх фальсифікації.

Так, у кримінальній справі про вбивство Р. обвинувачений заявив клопотання слідчому про допит як свідка С., який повідомив, що ввечері дня вбивства він був з обвинуваченим у ресторані. Під час детального допиту свідок також повідомив, що у той день працював у першу зміну. Після перевірки цих даних за місцем роботи свідка з'ясувалося, що в цей день він працював у другу зміну і тому не міг бути ввечері з обвинуваченим у ресторані. Викриття неправдивих показань свідка дозволило спростувати висунуте обвинуваченим алібі.

Слід зазначити, що іноді показання свідків можуть бути неправдивими через об'єктивні причини, коли, наприклад, дата та час події не запам'яталися ними з достатньою чіткістю або перемістилися в їх свідомості у часі.

Вбивство належить до числа злочинів, які можуть бути вчинені як з прямим, так і з непрямым умислом. Під час досудового розслідування вбивства необхідно встановити не тільки обставини, що дають підстави для висновку про те, що злочин учинений із умислом, а й ті, що свідчать про його форму. Лише встановлення прямого чи непрямого умислу дозволяє вести мову про те, що подія злочину дійсно мала місце, оскільки поза межами конкретної форми вини діяння не може бути визнане злочинним.

Розмежування прямого та непрямого умислу дозволяє індивідуалізувати відповідальність і покарання обвинуваченого, а також відокремити вбивство від інших злочинів. Це стосується, наприклад, замаху на вбивство, який можливий лише з прямим умислом.

Пленум Верховного Суду України у своїй постанові «Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи» від 07.02.2003 р. № 2 роз'яснив, що замах на злочин може бути вчинено лише з прямим умислом (коли особа усвідомлює суспільно небезпечний характер свого діяння, передбачає його суспільно небезпечні наслідки та бажає їх настання).

Про наявність чи відсутність умислу обвинуваченого вчинити вбивство, його зміст можна зробити висновок за низкою обставин: характер і походження знаряддя злочину, ступінь тяжкості та локалізація тілесних ушкоджень тощо. Так, наявність у трупа численних поранень у життєво важливі органи, слідів мордування та катування з достатнім ступенем вірогідності свідчать про наявність у обвинуваченого умислу на завдання смерті.

Особливо складним у справах про вбивства є встановлення мотивів злочину, тобто тих внутрішніх спонукань, які формують у особи готовність вчинити злочин і якими вона керується під час його вчинення. Мотиви злочину є не тільки обставиною, що підлягає обов'язковому встановленню в кожній кримінальній справі (п. 2 ст. 64 Кримінально-процесуального кодексу (далі – КПК) України), а й структурним елементом криміналістичної характеристики злочину. Саме встановлення мотиву дозволяє оптимізувати процес розкриття вбивства, обрати правильний напрям його розслідування, вести ефективний пошук доказової інформації, що має особливе значення на початковому етапі досудового розслідування. У зв'язку з цим вже на стадії порушення кримінальної справи, а також на початкових етапах досудового розслідування повинні висуватися і досліджуватися версії про мотив убивства, враховуватися системні зв'язки мотиву злочину з особою злочинця й іншими елементами криміналістичної характеристики вбивств.

Традиційно, версії про мотив убивства висувуються після виявлення трупа та підтвердження факту насильницької смерті. В окремих випадках (за умов маскування вбивства) версії про мотив убивства висувуються та досліджуються одночасно із загальною версією про вбивство.

Відповідно до загальної методики встановлення мотивів злочину, фактичними даними (ознаками), на підставі яких вони встановлюються, є [5, с. 126; 6, с. 54–55]:

- об'єктивні ознаки злочину (спосіб, знаряддя, місце та час злочину, поведінка обвинуваченого в момент вчинення злочину, до і після його вчинення, характер відносин обвинуваченого з потерпілим тощо);

- ознаки, що характеризують особу обвинуваченого;

- позиція обвинуваченого щодо мотивів злочину.

Аналіз усієї сукупності слідів злочину дозволяє конкретизувати та систематизувати знання про мотиви вчиненого вбивства. Однак без порівняння зібраних даних із типовими криміналістичними характеристиками окремих видів убивств висунуті версії про мотиви злочину, як правило, не дають позитивного результату. Прогалини в знаннях щодо мотивів злочину можуть бути заповнені за рахунок звернення до кримі-

налістичних, оперативних і довідкових обліків, матеріалів інших кримінальних і оперативно-розшукових справ тощо.

Висновки

Висунення версій про мотиви вбивства, як і вчинення інших злочинів, не можна розглядати як одномоментний акт. Це – складний процес, що лежить в основі планування досудового розслідування. На практиці достатньо часто це положення ігнорується, до питання висунення версій підходять формально, що призводить до неефективного використання сил і засобів у розкритті злочину, втрати часу, внаслідок чого злочин тривалий час залишається нерозкритим, а злочинець вчиняє нові злочини.

Обставини, що підлягають доказуванню та стосуються будь-яких злочинів (ст. 64 КПК України), відносно кожного складу злочинів набувають певних особливостей, орієнтуючись на ті ознаки, які є характерними для конкретного складу злочину, його відмежування від суміжних складів. Такі особливості можуть бути виділені й у кримінальних справах про вбивства. Без встановлення фактичних обставин події, дій обвинуваченого, його мотивів і наслідків неможливо вирішити питання про те, чи мала місце подія злочину, чи винен обвинувачений і в чому конкретно, якою має бути кваліфікація вчиненого злочину.

Література

1. *Статистика* МВС України: сайт МВС України: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://mvs.gov.ua/mvs/control>.
2. *Юсупов В. В.* Організація і тактика перевірки алібі у досудовому слідстві: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2005. – 17 с.
3. *Шиканов В. И.* Проверка алиби в процессе расследования уголовных дел об убийстве. – Иркутск, 1978. – 51 с.
4. *Тиммербаев А. Т., Сердюк Л. В.* Тактика проверки заявлений алиби на предварительном следствии. – Хабаровск, 1987. – 60 с.
5. *Котов Д. П.* Мотивы преступлений и их доказывание (вопросы теории и практики). – Воронеж, 1975. – 152 с.
6. *Волков Б. С.* Мотивы преступлений: Уголовно-правовое и социально-психологическое исследование. – Казань, 1982. – 152 с.

Features of an establishment of one of subject elements proved – guilts accused on criminal cases about murders are considered.

В статье рассматриваются особенности установления одного из элементов предмета доказывания – виновности обвиняемого по уголовным делам об убийствах.



ОКРЕМІ ПИТАННЯ ТАКТИКИ ПРОВЕДЕННЯ ЗАТРИМАННЯ В УМОВАХ ПРОТИДІЇ З ВИКОРИСТАННЯМ СОЦІАЛЬНОЇ НАПРУЖЕНОСТІ

Ксенія Гутнік,

канд. юрид. наук,

доцент кафедри спеціальних правових дисциплін

Кримського економічного інституту

ДВНЗ «Київський національний економічний університет ім. Вадима Гетьмана»

У статті досліджуються окремі питання тактики проведення затримання особи в умовах протидії з використанням факторів соціальної напруженості.

Ключові слова: затримання, затримувана особа, опір, захоплення, протидія, соціальна напруженість.

Тактика затримання підозрюваного була предметом ґрунтовного дослідження відомих учених-криміналістів Р. Белкіна, Е. Лівшица, А. Гуляєва, І. Гуткіна, А. Дубинського, В. Гончаренка, М. Салтєвського, В. Образцова та ін. Однак реалії сьогодення, що пов'язані з удосконаленням своєрідного антиподу слідчої діяльності – тактики злочинної діяльності, потребують прогресу в розробленні положень цього підрозділу криміналістики. Зокрема, це стосується тактики проведення затримання в умовах протидії розслідуванню злочинів, що вчиняється з використанням факторів соціальної напруженості.

В юридичній літературі затриманню підозрюваного згідно із статтями 106, 106¹, 115 Кримінально-процесуального кодексу (далі – КПК) України приділено значну увагу [1–4], але точки зору науковців з цього приводу різняться між собою й єдиного підходу не вироблено. Частина науковців вважає, що затримання підозрюваного – слідча дія, інші – не відносять затримання до слідчих дій. Так, В. Малярова звертає увагу на те, що відповідно до ч. 2 ст. 29 Конституції України та ч. 2 ст. 149 КПК України затримання названо тимчасовим запобіжним заходом. Проте за-тримання – це єдиний з існуючих запобіжних заходів, при застосуванні якого складається протокол (ч. 3 ст. 106 КПК України), а відповідно до ст. 84 КПК України закон зобов'язує протоколювати саме слідчі дії, тобто і в законодавця однозначного підходу до сутності затримання немає [5, с. 112].

Ми приєднуємося до групи вчених, які відносять затримання як до заходів процесуального примусу, так і до слідчих дій, що характеризують його як самостійний спосіб отримання доказів [5, с. 119; 6, с. 13; 7, с. 128; 8,

с. 87]. Повний алгоритм діяльності слідчого щодо затримання особи, яка скоїла злочин, зафіксований у ст. 106 КПК України.

Затриманню, яке проводиться з метою обмеження волі особи (припинити намагання сховатися від досудового слідства, злочинну діяльність) і одержання доказів, має обов'язково передувати планування, яке передбачає:

- прийняття рішення про проведення затримання;
- збір необхідної інформації (вивчення способу життя, злочинних зв'язків, особистості особи, яка підлягає затриманню);
- вибір часу, місця затримання (за можливості попереднього ознайомлення з місцем майбутнього затримання);
- підбір учасників слідчо-оперативної групи;
- підбір та оснащення учасників технічними засобами;
- складання плану затримання й інструктаж учасників слідчо-оперативної групи;
- відпрацювання окремих елементів затримання (проведення «репетиції»).

При підготовці до затримання в аналізованих умовах важливо вивчити не тільки особистість затримуваної особи й обстановку передбачуваного місця захоплення, а й обстановку в регіоні, ймовірний ступінь використання факторів соціальної напруженості для чинення протидії розслідуванню. Крім психофізіологічних характеристик затримуваної особи, необхідно з'ясувати ступінь її суспільної небезпеки: кримінальне минуле; ступінь агресивності; досвід поведінки в аналогічних ситуаціях; наявність кримінальних і корупційних зв'язків тощо; її відносини з іншими членами родини, сусідами (якщо затримання буде проводитися за місцем проживання) і колегами по службі (якщо затримання провадитиметься за місцем роботи);

характер взаємовідносин з місцевим населенням; належність до тих або інших суспільних, релігійних рухів, політичних партій тощо.

Відомості про затримувану особу слід збирати оперативним шляхом в умовах суворої конспірації, щоб не насторожити ні її саму, ні інших осіб, заінтересованих у протидії слідству. Грамотний ретельний аналіз зібраних відомостей про затримувану особу й обстановку проведення планованого затримання дозволить правильно побудувати тактику слідчої дії, нейтралізувати опір заінтересованих осіб.

Відсутність у розпорядженні слідчого відповідної інформації та неможливість її використання для грамотного планування й організації затримання може призвести до негативних наслідків у ході його проведення.

Затримання осіб, які можуть вчинити опір, слід планувати, продумуючи не тільки акт затримання, а й порядок фіксації дій, що супроводжують захоплення, варіанти поведінки затримуваних осіб, можливу наявність у них предметів і речей, що мають значення для справи. У плані важливо передбачити: час, місце і спосіб затримання; маршрут прибуття працівників до місця; можливу наявність зброї в затримуваних; склад осіб, серед яких вони перебувають; обстановку затримання; кількість і склад групи, яка здійснюватиме захоплення; способи зв'язку учасників групи між собою; можливість тайного підходу до затриманого; ступінь його агресивності; забезпечення групи затримання транспортом; умови застосування вогнепальної зброї та спецзасобів тощо. Кожна з перелічених обставин впливає на вибір тактики затримання й інтенсивність протидії, що можуть чинити затримувані, тому усі вони повинні бути ретельно оцінені заздалегідь. Особливу увагу слід приділяти відомостям, зібраним із процесуальних джерел, а також оперативній інформації працівників міліції [9, с. 161–162].

Особливе значення при проведенні затримання в умовах, що аналізуються, на нашу думку, має використання фактора раптовості. Раптовість у психологічному аспекті спрямовується на створення несподіваності для недобросовісного учасника, виклику у нього стану розгубленості, руйнування підготовленого стереотипу поведінки, неправдивих варіантів відповідей. Застосування тактичних прийомів раптовості під час проведення слідчих дій полягає у виборі та реалізації слідчим системи прийомів і засобів, що забезпечують необхідні умови для збирання доказової інформації на основі їх несподіваного характеру та змісту для певних учасників слідчих дій. Як зазначає В. Кузьмичов, несподіваність при проведенні слідчих дій може бути досягнута за рахунок різних чинників – часу, місця, характеру й виду здійснюваних заходів [10, с. 152].

В умовах соціальної напруженості (що, як правило, стимулюється суб'єктами протидії розслідуванню), коли населення готове до активного вираження протесту, слід по можливості уникати проведення «відкритого» затримання. З метою ефективного проведення затримання особи та недопущення конфліктів з особами, які її оточують (родичі, заінтересовані у протидії особі, населення регіону), при проведенні слідчої дії, на нашу думку, доцільно застосувати тактичну операцію «інсценування».

Якщо захоплення підозрюваного провадиться в оточенні співчуваючих йому осіб, то це поєднується з додатковими труднощами. У таких випадках захоплення краще здійснювати під зручним приводом, обрати момент, коли хоча б частина його оточення буде відсутньою. Можна замаскувати факт затримання особи, домовившись про версію прикриття з сім'єю підозрюваного чи його товаришами по службі. Це можливо тільки у разі повної впевненості слідчого у тому, що у залучених осіб немає причин перешкоджати встановленню істини у кримінальній справі [5, с. 147]. У випадку, коли працівникам правоохоронних органів сподіватися на допомогу осіб з оточення затримуваного не доводиться, слід вдаватися до більш хитрих способів інсценування затримання. До них можна віднести проникнення в житло затримуваної особи під видом працівників комунальних служб, виклик особи на роботу під приводом, що не викличе підозр, інсценування виходу з ладу енергопостачання квартири, спрацювання сигналізації автомобіля чи інші дії, здатні спровокувати залишення приміщення затримуваним, або його запрошення до установи, яке не викличе настороженості (наприклад, для отримання кореспонденції на пошті) тощо.

Тактика затримання злочинців на вулиці, площі, у сквері, тобто людних місцях, передбачає забезпечення безпеки сторонніх осіб, оскільки не виключається опір з боку злочинців. Не менш важливо провести затримання непомітно для оточуючих, оскільки неподалік можуть знаходитися співники або пособники затриманого, які можуть самі втрутитись або спровокувати втручання перехожих (нібито через незаконні дії міліції) з метою перешкодити затриманню. У разі здійснення тактичної комбінації із затримання на вулиці або у громадському місці слід попередньо попереджати найближчих до місця події постових міліціонерів, співробітників ДАІ з метою отримання від них допомоги щодо припинення можливого втручання сторонніх [5, с. 160–161].

З метою стабілізації обстановки під час проведення затримання доцільно також залучати для посередництва між громадськістю та групою, що проводить затримання, автори-

тетних політичних, релігійних і суспільних діячів.

Крім безпосереднього фізичного захоплення злочинця, важливе значення має одержання доказів і належне їх процесуальне закріплення. Тактичні прийоми фіксації ходу та результатів затримання мають бути спрямовані на створення умов, що забезпечують максимально ефективне застосування відповідних техніко-криміналістичних засобів і прийомів відображення доказової інформації у встановлених законом формах. Фіксація доказової інформації має на меті не тільки засвідчення, а й отримання фактичних даних. Основними процесуальними засобами фіксації є протоколи слідчих дій, які являють собою джерела доказів. На особливу увагу в процесі протоколювання затримання заслуговують випадки фізичного опору з боку затримуваної особи, спроби викинути об'єкти, що були предметом чи знаряддям злочину. У таких випадках слід докладно описувати в протоколі всі дії цієї особи, а також дії, вжиті слідчим [5, с. 170–172]. Однак слід враховувати, що бланк протоколу затримання нумерований і вкрай формалізований, що обмежує можливість слідчого щодо фіксації необхідної інформації та внесення відповідних даних. Тому, на нашу думку, доцільно складати у необхідних випадках розгорнутий протокол затримання, а також використовувати додаткові джерела задокументованої інформації: рапорти учасників затримання тощо. Значну допомогу при цьому може надати використання відповідних технічних засобів.

Застосування технічних засобів відео-, фотодокументування дозволяє точно фіксувати етапи й окремі дії учасників затримання, які

практично не піддаються фіксації шляхом протоколювання, а також має відповідне орієнтуюче та превентивне значення щодо активності заінтересованих осіб. Перегляд відео-, фотоматеріалів створює ефект присутності, сприяє формуванню правильних уявлень про факти, що відбувались у процесі затримання, забезпечує об'єктивність, наочність, точність оцінки подій.

Література

1. Гуляев А. П., Данилюк С. А., Забарин С. Н. Задержание лиц, подозреваемых в совершении преступления. – М., 1988. – 44 с.
2. Гуткин И. М. Актуальные вопросы уголовно-процессуального задержания. – М., 1980. – 90 с.
3. Зинатуллин З. З. Уголовно-процессуальное принуждение и его эффективность (вопросы теории и практики). – Казань, 1981. – 136 с.
4. Клюков Е. М. Мера процессуального принуждения. – Казань, 1974. – 112 с.
5. Мальярова В. О. Тактико-криминалистичні та процесуальні основи пошуку та затримання злочинця: дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2005. – 215 с.
6. Аленин Ю. П. Процессуальные особенности производства следственных действий. – Кировоград, 2002. – 264 с.
7. Андреев И. С., Грамович Г. И., Порубов Н. И. Курс криминалистики / Под ред. Н. И. Порубова. – Минск, 2000. – 336 с.
8. Гаврилов А. К. Задержание подозреваемого в совершении преступления. – Волгоград, 1984. – 268 с.
9. Петрова А. Н. Противодействие расследованию, криминалистические и иные меры его преодоления: дис. ... канд. юрид. наук. – Волгоград, 2000. – 250 с.
10. Кузьмичев В. С. Научные основы и практика реализации принципа внезапности в следственной деятельности: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 1986. – 182 с.

Detention of person in a counter using the factors of social tension requires progressive improvements. Preparations should include planning detention study of individual identity and place of seizure situation, use the factor of surprise, tactical operations «staging».

В статье исследуются отдельные вопросы тактики проведения задержания лица в условиях противодействия с использованием факторов социальной напряженности.



МЕТОДИ ЦИФРОВОЇ ОБРОБКИ ЗОБРАЖЕННЯ У СУДОВІЙ ФОТОГРАФІЇ

Олег Кобилянський,

канд. юрид. наук, д-р філософії,
доцент кафедри криміналістичної техніки
Навчально-наукового інституту підготовки слідчих і криміналістів
Національної академії внутрішніх справ

У статті розглядаються сучасні методи цифрової обробки зображень, що використовуються в процесі дослідження об'єктів криміналістичних експертиз та їх значення для створення нових методик дослідження.

Ключові слова: судова фотографія, цифрові технології, методи цифрової обробки зображень, криміналістична експертиза, спеціальне значення.

Візуальні дослідження, що ґрунтуються на одержанні та обробці зображень, дозволяють вирішувати широке коло завдань криміналістичних експертиз. При дослідженні об'єктів експертиз необхідно виявляти невидимі та слабопомітні ознаки або деталі об'єктів, підсилювати контраст кольорів і яскравостей, здійснювати порівняльні дослідження, вивчати механізм слідоутворення. До недавнього часу вирішення зазначених завдань обмежувалося лише добром фотографічних матеріалів, освітлення, фільтрів, а також хімічною обробкою фотоматеріалів, що є основою фотографічних методів дослідження об'єктів криміналістичних експертиз. Для проведення таких досліджень необхідні великі витрати фотоматеріалів і фотореактивів, а також тривалий час, що витрачається на одержання готового зображення. Вивчення альтернативних способів одержання й обробки зображень дало можливість перейти до цифрових технологій – цифрової фотографії та цифрової обробки зображення.

Методи цифрової обробки мають математичне обґрунтування й успішно застосовуються у різних галузях людської діяльності протягом тривалого часу. ґрунтуючись на знаннях із фізики, фізіології зору, електронної техніки, математики, цифрова обробка зображення забезпечує нові можливості дослідження об'єктів, дозволяє отримати необхідний результат у випадках, де фотографічні методи малоефективні.

Після впровадження цифрової фотографії у діяльність експертно-криміналістичних підрозділів МВС України цифрова обробка зображень стала наступним етапом на шляху вдосконалення криміналістичної фотографії. При попередньому аналізі зображень можна використовувати декілька інструментів, що візуалізують певні характеристики зображення, допомагають у проведенні аналізу. Ці інструменти можна використовувати також для контролю обробки. Таким інструментом, наприклад, є гістограма.

Гістограма зображення – діаграма розподілу значень інтенсивності елементів зобра-

ження, що показує загальну яскравість і контраст зображень. Як правило, застосовуються діаграми, які відображають кількість елементів одного і того самого значення. Проведення аналізу за гістограмою дозволяє правильно оцінити якість зображення, визначити, що необхідно зробити для його поліпшення. Для поліпшення зображення може бути збільшений контраст, при цьому тоновий діапазон звужиться і гістограма буде рівномірнішою.

Найбільш простими та поширеними для обробки є так звані **точечні методи**, які змінюють значення яскравості елемента в зображенні; при цьому інші параметри не змінюються. Зміни здійснюються заміною початкових значень на значення, що обчислюються. Цей процес застосовується до всіх елементів. Тому точечні методи не можуть змінити деталі в зображенні. До точечних методів відносяться зміна яскравості, інверсія негатив/позитив, зміна контрасту.

Зміна яскравості – це лінійне перетворення, в результаті якого до початкового значення елемента додається (або віднімається) деяке значення, що буде постійним для всіх елементів зображення. Зміна яскравості не змінює зовнішній вигляд гістограми, а тільки переміщає її вправо чи вліво на певне значення.

Перетворення негатив/позитив (інверсія) – це лінійне перетворення, в результаті якого від максимально можливого значення тонового діапазону віднімається значення елемента. Відповідно білі елементи перетворюються на чорні. Розподіл тонів на гістограмі при інверсії не зміниться, проте вона буде дзеркально обернена. Якщо ввести граничне значення, з якого елементи перетворюватимуться на негативні, то зображення буде негативним тільки частково. Це використовується, наприклад, для того, щоб прибрати світлі деталі та висвітлити інші. Перетворення зображення у негативне використовують, якщо необхідно детально проаналізувати яскраві деталі зображення, оскільки людське око більш чутливе до деталей у темній ділянці зображення, ніж у світлій.

Зміна контрасту зображення. Розподіл світла та тіні в зображенні визначається контрастом, який можна оцінити безпосередньо за зображенням або з використанням гістограми. Із збільшенням контрасту частина деталей може бути втрачена, проте інші деталі сприйматимуться краще. За рівнем контрасту виділяють зображення з низьким контрастом, нормальні, з високим контрастом.

Зображення з низьким контрастом складаються з тонів обмеженого діапазону. На гістограмі тоновий розподіл буде звужений. Якщо тони зміщені в лівий бік гістограми, зображення буде чорним. При поліарному зсуві зображення буде світлим. Якщо тоновий розподіл буде в центрі гістограми, то зображення за яскравістю буде нормальним. Зображення з низьким контрастом мають невеликий динамічний діапазон. Зображення з нормальним контрастом має широкий діапазон і використовує більшість можливих значень. Гістограма зображення з нормальним контрастом має більш-менш рівний розподіл тонів, без великих піків і впадин. Зображення з високим контрастом має широкий діапазон і використовує не всі можливі значення; розподіл тонів нерівномірний; гістограма має піки, які, як правило, групуються на обох кінцях тонового діапазону.

Зміна контрасту зображення необхідна для того, щоб розширити динамічний діапазон зображень з невеликим контрастом і дещо звузити діапазон зображень з високим контрастом. У результаті такої процедури поточний тоновий діапазон має бути рівномірно розподілений по всьому можливому тоновому діапазону.

Локальні методи. Ця група методів для перетворення одного елемента використовує елементи, що примикають до нього. Аналіз сусідніх елементів навколо центрального дає додаткову інформацію про локальний розподіл яскравості. Оскільки перетворення одних елементів відрізняється від перетворення інших, а інформація, необхідна для перетворення, береться у невеликій ділянці зображення, ці методи можна назвати локальними.

Оскільки зображення складається із сукупності точок, то таке сприймання візуальної інформації зручне при проведенні досліджень і для пояснення простих операцій цифрової обробки. Однак існують й інші, наприклад у вигляді спектра частот. Частоти залежать від ширини лінійчатого узору. Чим щільніше лінії йдуть одна за одною, тим більше деталей міститься в зображенні і тим вища одержувана частота. Таким чином, деталі в зображенні можуть бути представлені частотами; чим тонша деталь, тим вище відповідна їй частота.

Просторова частота визначається як швидкість зміни яскравості елементів зображення, поділена на відстань, на якій відбувається ця зміна. Просторова частота має компоненти як горизонтального, так і вертикального напрямків у зображенні. Зображення з високою просторовою частотою містить різкі близько розта-

шовані зміни у значеннях яскравості сусідніх елементів, наприклад слід пальця руки. Чим менше елементи такого зображення, тим більше буде значення частоти. Зображення з низькою просторовою частотою містить великі ділянки постійних або таких, що повільно змінюються, значень яскравості елементів зображень. Знаючи просторову частоту, можна використовувати розглянуті локальні методи як фільтри, шляхом зміни компонентів певної частоти, виявлених у зображенні.

Просторова фільтрація використовується для виділення деяких деталей зображення, наприклад контурів, для збільшення різкості, згладжування, розмиття зображення, зменшення шумів.

Розглянемо два алгоритми – згортки й усередненого фільтрування. Згортка – це алгоритм загального призначення, який можна використовувати в різних методах обробки. Для розуміння згортки можна подати її як процес лінійної комбінації. По полю зображення, від елемента до елемента, переміщається матриця певного розміру. Така матриця називається ядром згортки, а її елементи – коефіцієнтами згортки. При розташуванні центра ядра поверх поточного елемента утворюється матриця того самого розміру, що й ядро згортки, і містить елементи зображення з сусідніх ділянок цього елемента. Нове значення поточного елемента виходить за допомогою обчислення зваженої суми. Кожний елемент із сусідніх ділянок помножується на відповідний коефіцієнт згортки. Результуюча сума при цьому заміняє значення розглянутого елемента зображення. Зазначена процедура повторюється для кожного елемента зображення.

Кожний елемент ядра згортки є коефіцієнтом згортки. Розміри та структура коефіцієнтів, що містяться в ядрі згортки, визначають тип просторового перетворення. Зміна коефіцієнта в межах ядра згортки впливає на величину та, можливо, на знак загальної суми і, таким чином, на значення розглянутого елемента зображення.

Оскільки динамічний діапазон зображення обмежений, нове значення елемента не може бути більше максимального чи мінімального значення. Але після перетворення нове значення може вийти за межі граничних значень. З цієї причини в алгоритм згортки вводиться масштабування. Після масштабування отримане значення перетворюваного елемента заміняє старе.

Низькочастотні просторові фільтри залишають низькочастотні компоненти зображення незмінними та послабляють високочастотні компоненти. Такі фільтри використовуються для зниження візуального шуму, що міститься в зображенні, а також для видалення високочастотних компонентів із зображення, щоб можна було ретельніше досліджувати вміст низькочастотних компонентів. Із зменшенням вмісту високочастотних компонентів можуть

бути ідентифіковані більш слабкі зміни низької частоти.

Низькочастотна фільтрація може використовуватися для підвищення різкості зображення. Якщо відфільтроване за допомогою низькочастотного фільтра зображення відняти з вихідного зображення, то в результаті буде збільшено вміст високочастотних компонентів без збільшення шуму в зображенні. Суб'єктивно результуюче зображення видається різкіше, ніж вихідне.

Високочастотні просторові фільтри підсилюють високочастотні компоненти зображення, залишаючи вміст низькочастотних незмінними. Така фільтрація використовується у випадках, коли необхідно досліджувати об'єкти з високою просторовою частотою. Ділянки зображення з високою частотою стануть яскравіші, а ділянки з низькою частотою – чорними. Іноді різкість зображення збільшується після високочастотної фільтрації за рахунок видалення шуму зображення. При використанні високочастотної фільтрації можливе посилення краю зображення.

Велике значення центрального коефіцієнта ядра визначає дія високочастотного фільтра. З переміщенням центру з більшим коефіцієнтом по ділянці зображення з високою просторовою частотою нове значення розглянутих елементів зображення багаторазово збільшується. Менші негативні значення коефіцієнтів на краях ядра зменшують ефект великого вагового фактора. В результаті більші зміни інтенсивності елементів зображення підсилюються, а ділянки постійної інтенсивності елементів залишаються незмінними.

Іншим просторовим процесом із застосуванням згортки є посилення контурів (країв), що використовується як попередній крок у процесі аналізу зображень і виявлення порівняльних ознак об'єктів. Алгоритми посилення контуру стискають напівтони зображення, видаляючи проміжні градації. Яскравість контуру після посилення пропорційна зміні яскравості навколо контуру у вихідному зображенні. Інформація про контур, отримана у процесі його посилення, може використовуватися для збільшення різкості.

За визначенням, контур складається з елементів із більшою інтенсивністю, ніж оточуючі їх елементи. Для посилення контурів можна використовувати декілька підходів, які забезпечують аналіз інтенсивності елементів зображення, що містяться навколо розглянутого елемента.

Метод посилення контуру за Лапласом відрізняється від інших методів тим, що він не залежить від напрямку й утворює більш різкий край, висвічуючи краї з позитивними та негативними змінами яскравості. При посиленні ядра згортки послаблюються низькочастотні компоненти зображення. Ділянки постійної інтенсивності або лінійно зростаючої інтенсивності стають темнішими, а ділянки значень інтенсивності, що швидко змінюються, – яскравішими. Ядра згортки, що послаблюють низькочастотні компоненти, мають коефіцієнти, сума яких дорівнює нулю.

Посилення краю методом зсуву та різниці підсилює краї зображення, зсовуючи зображення на елемент і потім віднімаючи зміщене зображення з вихідного. Результатом віднімання є зміна нахилу розподілу яскравості. В ділянці постійної інтенсивності результатом віднімання будуть значення чорних елементів зображення. В ділянці з більшими змінами інтенсивності (контур) віднімання призводить до появи світлого елемента зображення. Чим більша різниця інтенсивностей, тим світлішим буде результуючий елемент. Коли виконується посилення вертикальних контурів, зображення зміщується вліво на один елемент і потім віднімається з вихідного. Для посилення горизонтальних – зміщується вгору; для посилення вертикальних і горизонтальних контурів – зміщується вліво, а потім вгору.

Якщо необхідно висвітлити контури зображення не суто вертикальні чи горизонтальні, то використовують *метод направленої градієнту*. Для висвітлювання країв у восьми різних напрямках використовують вісім різних ядер згортки. Якщо існує позитивний нахил у напрямку ядра, у вихідному зображенні буде поміщений яскраво розфарбований елемент. Інтенсивність вихідного елемента зображення залежатиме від нахилу змін яскравості. Чим більше нахил, тим яскравіший елемент.

Для більш точного виділення контурів можна використовувати шаблони контурів, які необхідно підсилити. Якщо контур відповідає шаблону, то елементи контуру висвітлюються.

Усереднене фільтрування – процес, який використовує значення елементів, що містяться навколо, для визначення нового значення розглянутого елемента. Втім нове значення елемента не обчислюється алгоритмічно з елементів навколо, а відбирається із зростаючого ряду значень елементів довкола. Нове значення елемента буде середнім у даній послідовності.

Результатом усередненого фільтрування є те, що будь-який випадковий шум, що міститься в зображенні, буде ефективно видалений. Це відбувається тому, що будь-яка випадкова різка зміна інтенсивності елемента буде замінена середнім значенням у сусідніх ділянках.

Крім згортки, для аналізу та зміни просторової частоти може використовуватися перетворення зображення з просторової ділянки в частотну і навпаки. Математична операція, що використовується для перетворення просторової ділянки в просторово-частотну, називається *перетворенням Фур'є*. Часті зміни в яскравості (різкий контраст) припускають високочастотні складові, а поступові зміни – тільки низькі частоти. Оскільки зображення конвертувалося в частотну ділянку, складові різних компонентів частот (спектральні лінії – вузькі ділянки спектра, що характеризуються однією довжиною хвилі) розділені та можуть бути легко відредаговані. В частотній ділянці повторювані структури, наприклад паралельні лінії або точки, представляються у вигляді яскравих плям чи ліній. Ці компоненти можуть бути легко

змінені та знищені використанням спеціальної функції (Spike cut). Зворотне перетворення дозволяє перейти з частотної ділянки у просторову. Ефективність такої процедури залежить від декількох факторів, у тому числі від ступеня складності моделі фону. При правильному видаленні частотних компонентів фону (перешкода) може бути зменшений або видалений.

Методи спільної обробки декількох зображень. При обробці конкретного зображення доцільно використовувати інформацію з декількох зображень; наприклад, при візуальному дослідженні зображення для порівняння або видалення фону (перешкоди). Для посилення деталей зображення можна застосувати методи алгебраїчних обчислень – віднімання (Sub), додавання (Add), множення (Mult), ділення (Div). Основою методів є алгебраїчні операції з елементами зображення, що мають однакове положення.

При виконанні алгебраїчних операцій інформація не створюється та не втрачається доти, доки не відбудеться вихід підсумкового значення за межі інтервалу інтенсивностей. Для запобігання цьому використовується параметр масштабування – Scale. Результуюча інтенсивність дорівнюватиме відніманню, додаванню, множенню або діленню інтенсивностей двох елементів вихідних зображень відповідно. Наприклад, для зменшення фонового шуму можна використовувати віднімання зображення об'єкта і фону та зображення фону. Для посилення деталей – додавання. В результаті множення двох зображень підсилюється контраст одного зображення, що ґрунтується на значеннях яскравості елементів іншого.

Крім зазначених операцій, можна використовувати логічні операції – мінімум (Min), максимум (Max), середнє (Ave). Перетворення Min/Max розміщує менше/більше значення з двох вихідних у результуюче зображення. Перетворення Ave для одержання кінцевого результату ділить суму значень двох елементів на 2. Якщо ця функція використовується для усереднення двох ідентичних зображень, результатом цього є зменшення випадкового шуму, оскільки шум по відношенню до будь-якого зображення після усереднення зростає.

Геометричні перетворення використовують не значення інтенсивності елементів, а їх місце розташування. До геометричних перетворень можна віднести такі методи: обертання, зсув, дзеркальне відображення, а також масштабу-

вання. Слід зазначити, що при використанні деяких геометричних перетворень може бути втрачена відповідність між вихідним і результуючим зображенням.

Для проведення геометричних перетворень (масштабування, обертання) застосовують інтерполяцію для розрахунку нового положення точки, яка розміщується між іншими елементами відомого значення і на відомій відстані. Елементи навколо нового елемента справляють вплив на нього, який змінюється лінійно з відстанню між ними (лінійна інтерполяція).

Масштабування дозволяє змінювати розмір зображення. При масштабуванні один елемент зображення відображатиметься в декількох елементах результуючого – при збільшенні, і декілька елементів в одному – при зменшенні. Процеси масштабування представлені з точки зору результуючого зображення, тобто для кожного елемента у результуючому зображенні представлено зворотне перетворення, щоб розрахувати, які елементи у вихідному зображенні відповідають елементам у результуючому зображенні. Масштабування може змінювати просторове положення елементів і просторова інформація може бути втрачена. Обертання дозволяє повертати зображення навколо точки центра на будь-який довільний кут. Зсув дозволяє переміщати зображення або його частину; при цьому розрахунок відбувається від вихідного зображення і без застосування інтерполяції. Дзеркальний переверот розміщує елементи вихідного зображення відносно вертикальної або горизонтальної осі.

Проведене дослідження дозволяє зробити **висновок**, що у наукових дослідженнях методами обробки зображення можна поліпшити зображення, виділити необхідну інформацію, порівняти та виміряти кількісні характеристики зображень, їх елементів і частин.

Впровадження нових методів візуального дослідження об'єктів криміналістичних експертиз вносить зміни у структуру криміналістичної фотографії. Нові методи частково замінюють традиційні фотографічні та відкривають можливість для створення нових методик дослідження, які раніше у експертній практиці не використовувалися. Проте нові засоби та методи вимагають розширення спеціальних знань експертів-криміналістів, що забезпечить усунення невідповідності між існуючим і необхідним рівнями підготовки цих фахівців.

The article deals with modern methods of digital image processing, which is used in the study of objects and their forensic significance for the development of new research techniques.

В статье рассматриваются современные методы цифровой обработки изображений, которые используются в процессе исследования объектов криминалистической экспертизы и их значение для создания новых методик исследования.



ДЕЯКІ АСПЕКТИ СПІВВІДНОШЕННЯ ПОЛОЖЕНЬ КІОТСЬКОЇ КОНВЕНЦІЇ ТА МИТНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

Сергій Денисенко,

аспірант

Українського державного університету
фінансів та міжнародної торгівлі, м. Київ

У статті аналізуються Міжнародна конвенція про спрощення та гармонізацію митних процедур і чинне митне законодавство України з метою виявлення його відповідності міжнародним стандартам, спрощення та гармонізації митних процедур у зовнішньоторговельній діяльності.

Ключові слова: Кіотська конвенція, Митний кодекс України, стандарти здійснення митних процедур, митна служба.

Проблема одноманітного правового регулювання митних процедур є актуальною, оскільки приведення національного митного законодавства держави у відповідність із міжнародними стандартами Міжнародної конвенції про спрощення та гармонізацію митних процедур (далі – Кіотська конвенція) цілком обґрунтовано розглядається як одна з важливіших тенденцій розвитку міжнародного права.

Унаслідок приєднання України до оновленої Кіотської конвенції та всіх її додатків і відповідно до Закону України «Про приєднання України до Протоколу про внесення змін до Міжнародної конвенції про спрощення та гармонізацію митних процедур» від 05.10.2006 р. № 227-V від нашої держави вимагається узгодження та нормативне закріплення положень цієї Конвенції у внутрішньому митному законодавстві з метою спрощення та одноманітного застосування митних процедур під час переміщення через митні кордони України осіб, товарів і послуг.

Активно займаються проблематикою, пов'язаною із спрощенням і гармонізацією митних процедур у зовнішньоторговельній діяльності такі вітчизняні вчені, як К. Сандровський, С. Колобов, О. Ніколайчук, С. Жлуктенко, С. Коваль, М. Ланг, І. Коновалов, В. Давидюк, В. Наумов, С. Фесенко, провідні фахівці Державної митної служби України П. Пашко, М. Каленський, а також російські науковці: К. Бекашев, А. Вилегжанін, В. Драганов, Г. Ігнатенко, Р. Каламкарян, А. Капустін. Окремі аспекти проблеми, що розглядається, відображені в учбових посібників для юридичних вузів, однак міжнародно-правові механізми спрощення та гармонізації митних процедур у цих працях не розглядаються як основний предмет і мета дослідження, а лише згадуються для більш широкого розгляду питань міжнародного митного співробітництва.

Метою цієї статті є порівняльний аналіз Кіотської конвенції з митним законодавством України з метою виявлення узгодженості, нормативного закріплення положень міжнародної

угоди в митному законодавстві України та застосування митними органами одноманітних міжнародних норм і правил у сфері спрощення митних процедур.

Напрями спрощення та гармонізації митних процедур у міжнародній торговельній діяльності держав, відповідно до вимог Кіотської конвенції швидко розвиваються та є значним стимулом у міжнародному митному співробітництві держав. Розвиток систем аналізу й управління ризиками, досягнення у галузі інформаційних технологій і електронного обміну даними зумовлює нові вимоги і створює нові можливості для вдосконалення митних процедур. Ці вимоги та можливості враховуються також у практиці митного регулювання в Україні, але застосування міжнародних стандартів Кіотської конвенції без створення відповідних правових умов може істотно знизити їх результативність у будь-якій державі.

Міжнародна конвенція про спрощення та гармонізацію митних процедур, була укладена в м. Кіото (Японія) у 1973 р. та набрала чинності у 1974 р. Членами Кіотської конвенції є більш як 60 держав світу (у тому числі держави Європейського Союзу, США, Китай, Канада, Японія та ін.). У 1999 р. у Брюсселі Всесвітньою митною організацією схвалена нова редакція Конвенції. Цю Конвенцію у новій редакції називають іноді переглянutoю Кіотською конвенцією або Кіотською конвенцією у редакції Брюссельського протоколу 1999 р. Переглянута Кіотська конвенція набрала чинності з 03.02.2006 р. Кіотську конвенцію можна охарактеризувати як універсальний кодифікований міжнародно-правовий акт, що регулює питання у сфері спрощення та гармонізації митних процедур.

На даний час Україна є договірною стороною Кіотської конвенції. Так, відповідно до Закону України «Про приєднання України до Протоколу про внесення змін до Міжнародної конвенції про спрощення та гармонізацію митних процедур» від 05.10.2006 р. № 227-V Україна приєдналася до оновленої Міжнародної

конвенції про спрощення і гармонізацію митних процедур та всіх її додатків. Це означає, що Україна, приєднавшись до оновленої Кіотської конвенції, взяла на себе зобов'язання запровадити стандарти конвенції в діяльності митних органів України протягом 3-х років із дня її приєднання, тобто до 05.10.2010 р.

У цілому чинний Митний кодекс (далі – МК) України від 11.07.2002 р. № 92-IV орієнтований на принципи Кіотської конвенції, але при цьому його необхідно вдосконалювати у зв'язку з деякими розбіжностями українського митного законодавства та Кіотської конвенції. Так, у тексті конвенції, на відміну від української правової термінології, не застосовується термін «митний режим», а використовується термін, що його заміщує – «митна процедура». Слід також зазначити, що українське митне законодавство не повною мірою відображає положення Кіотської конвенції про організацію митного контролю з суміжними митними службами.

Приведення українського митного законодавства у формальну відповідність із Кіотською конвенцією є важливим аспектом нормотворчої роботи, яка в подальшому приведе до належного виконання стандартів Кіотської конвенції в Україні та унеможливить будь-які юридичні колізії.

Положення Кіотської конвенції не передбачають обов'язкової структурної, інституціональної та текстуальної відповідності митним кодексам (митним законодавствам) будь-яких держав світу, в тому числі в Україні. При цьому ст. 2 розділу 2 Кіотської конвенції дозволяє навіть встановлювати більш сприятливі умови функціонування, ніж це передбачено самою конвенцією. Такою є особливість міжнародного договору. Основна вимога полягає в тому, щоб національне законодавство, по-перше, передбачало умови та порядок здійснення митних операцій і процедур, що містяться в Кіотській конвенції; по-друге, містити правила, закріплені в Кіотській конвенції.

У зв'язку із зазначеним проведемо короткий порівняльний аналіз Генерального додатку і Спеціальних додатків Кіотської конвенції з положеннями МК України, що, на нашу думку, є важливим для розуміння процесів уніфікації та гармонізації двох систем законодавства – національного і міжнародного.

Розділ 1 «Загальні положення» Генерального додатку Кіотської конвенції зобов'язав митну службу встановлювати та підтримувати офіційні відносини консультативного характеру з учасниками зовнішньої торгівлі, що вже охоплено главою 4 МК України – «Інформування та консультування з питань митної справи».

У розділі 2 «Визначення понять» Генерального додатку Кіотської конвенції всі поняття сформульовані, по суті, як і в МК України. Окремі текстові розбіжності не змінюють значення цих понять. Так, поняття «декларация на товары» (E19/F8) Генерального додатку Кіотської конвенції за своїм значенням відповідає поняттю «митна декларация», що застосовується в МК України.

Розділ 3 «Митне оформлення й інші митні формальності» Генерального додатку Кіотської конвенції описує процедуру подачі та перевірки декларації на товари, у тому числі такі складові її елементи, як місце, час, форми (паперова, електронна) й особливості декларування (попереднє, неповне), пільги, а також можливість застосування спрощених процедур для окремої категорії осіб. Всі положення митного оформлення Генерального додатку Кіотської конвенції за своєю сутністю відповідають розділу III МК України. Однак існують у даному розділі і деякі неузгодженості. Наприклад, стандартом 3.21 розділу 3 Генерального додатку Кіотської конвенції передбачено подачу митної декларації електронним способом, а МК України не містить такої норми, як подача митної декларації в електронному вигляді, що, у свою чергу, не сприяє належній реалізації митними органами України даного стандарту Конвенції.

Розділ 4 «Мита і податки» Генерального додатку Кіотської конвенції також відповідає закріпленім у МК України правилам сплати митних платежів. Крім того, в МК України відображені окремі аспекти застосування митних платежів, предмет регулювання яких відноситься до рівня національного законодавства.

Розділ 5 «Гарантії» Генерального додатку Кіотської конвенції має відношення до інституту митних платежів і відповідає редакції чинного МК України, в якому гарантіями називається забезпечення сплати митних платежів. На рівні національного законодавства визначені необхідні умови й особливості застосування заходів із забезпечення сплати митних платежів, як того вимагає Генеральний додаток Кіотської конвенції.

Розділ 6 «Митний контроль» Генерального додатку Кіотської конвенції структурно повністю втілений у МК України (предмети, форми і засоби контролю, принципи контролю та застосування ризиків, співпраця з учасниками зовнішньоекономічної діяльності). Єдине, що недостатньо чітко відображене в МК України, так це митний контроль на основі методів аудиту. Проте ця процедура охоплена митною ревізією, що виступає самостійною формою митного контролю.

Розділ 7 «Застосування інформаційних технологій» Генерального додатку Кіотської конвенції на даний момент відсутній у МК України як самостійний розділ або параграф стосовно інституту митного оформлення товарів. Проте ряд підзаконних нормативно-правових актів дозволяють митній службі застосовувати інформаційні технології при здійсненні митних операцій і проведенні митного контролю. Таким чином, вже зараз частково виконуються стандартні правила розділу 7 Генерального додатку Кіотської конвенції.

Розділ 8 Генерального додатку Кіотської конвенції («відносини між митною службою і третіми особами») в МК України відсутній. Проте МК України передбачена участь митних брокерів (представників), від імені і за дорученням заінтересованих осіб (декларантів), у взаємостосунках з митними органами.

Розділ 9 «Інформація, рішення і розпорядження митної служби» Генерального додатку Кіотської конвенції знаходить своє відображення в розділі 4 МК України «Інформування та консультування з питань митної справи».

Розділ 10 «Оскарження з митних питань» Генерального додатку Кіотської конвенції в МК України також відсутній. Однак ці питання у митному законодавстві України регулюються Законом України «Про звернення громадян» від 02.10.1996 р. № 393/96-ВР та Порядком розгляду звернень громадян у Держмитслужбі України та інших митних органах, затвердженим наказом ДМС України від 10.08.2004 р. № 584, згідно з якими передбачено позасудовий (адміністративний) порядок оскарження рішень, дій (бездіяльності) посадових осіб митних органів.

Спеціальний додаток «А» «Прибуття товарів на митну територію» складається з двох розділів. Ці розділи не містять нових норм для українського митного законодавства. Більше того, умови та порядок ввезення товарів на територію України, по-перше, деталізує МК України (перетин товарами митного кордону, транспортування товарів у місце прибуття, внутрішній митний транзит до місця подачі митної декларації на товари); по-друге, не передбачає сплати будь-яких митних зборів за здійснення митних формальностей до подачі митної декларації на товари.

Спеціальний додаток «В» «Ввезення» складається з трьох розділів. Порядок ввезення товарів в Україну відповідає вимогам цих розділів (при дотриманні основного правила про залишення ввезених в Україну товарів без зобов'язань їх зворотного вивезення). Українським законодавством передбачені також можливості умовного випуску товарів із наданням звільнення від сплати митних платежів (гуманітарна допомога, внесок до статутного капіталу) та застосування різних форм митного декларування (подача письмової, електронної митної декларації).

Спеціальний додаток «С» «Вивезення» відповідає в Україні митному режиму експорту, за якого українські товари вивозяться без зобов'язань повернення в державу.

Спеціальний додаток «D» «Митні склади та вільні зони» складається з двох розділів. Зміст першого розділу відповідає, передбаченому МК України митному режиму митного складу, за якого допускається зберігання товарів із наданням переваг (звільнень) із сплати митних платежів. Другий розділ присвячений митному режиму «вільні зони». Зміст другого розділу відповідає передбаченому МК України митному режиму «спеціальні митні зони». Ці питання регулюються Законом України «Про загальні засади створення і функціонування спеціальних (вільних) економічних зон» від 13.10.1992 р. № 2673-ХІІ. Отже, в Україні існує законодавство про вільні митні зони, які існують на практиці.

Аналіз загальних процедурних особливостей застосування режиму вільної митної зони в Україні свідчить, що другий розділ спеціального додатку «D» в основному відповідає алгорит-

му митного регулювання даного режиму в Україні (ввезення товарів у вільну митну зону, звільнення від митних платежів, допустимі операції з товарами, вивезення товарів або продуктів їх переробки за межі вільної митної зони).

Спеціальний додаток «Е» «Транзит» складається з трьох розділів. Перший розділ присвячений митному транзиту; зміст його відповідає передбаченому МК України митному режиму транзит (глава 33 МК України) та главі 22 МК України «Переміщення товарів і транспортних засобів між митними органами. Транзитні перевезення». Слід зазначити, що рекомендоване правило 5 спеціального додатку «Е» Кіотської конвенції передбачає існування інституту уповноважених вантажовідправників або уповноважених вантажоодержувачів, що визнаються такими митною службою та виконують ряд її контрольних функцій. Другий розділ «Перевантаження» має значення самостійного митного режиму, відмінного від власне транзиту. В МК України самостійного митного режиму «Перевантаження» не міститься. Разом із тим операції перевантаження можуть здійснюватися відповідно до положень даного додатку при використанні митного режиму транзиту (глава 33 МК України). Третій розділ «Каботажне транспортування товарів» у МК України не має статусу самостійного митного режиму. Проте МК України надає всі можливості перевезення товарів із використанням каботажного транспортування. Іншими словами, стосовно іноземних товарів каботажне транспортування можна здійснювати відповідно до митних процедур внутрішнього митного транзиту або міжнародного митного транзиту. Стосовно українських товарів можливість здійснення каботажних перевезень передбачена, митним режимом «транзит» та главою 22 МК України «Переміщення товарів і транспортних засобів між митними органами. Транзитні перевезення».

Спеціальний додаток «F» «Переробка» складається з чотирьох розділів. Перший і другий розділи («переробка на митній території», «переробка за межами митної території») відповідають положенням однойменних митних режимів, передбачених в МК України. Третій розділ присвячений митному режиму «Повернення». В МК України окремого режиму повернення не існує, але в митному законодавстві існують митні режими, що охоплюють зазначені випадки повернення. Згідно з МК України повернення здійснюється, як правило, відповідно до митного режиму реекспорту. Четвертий розділ містить митний режим «Переробка товарів для внутрішнього споживання». Цей митний режим включений у главу 38 МК України «Переробка на митній території України».

Спеціальний додаток «G» «Тимчасове ввезення» складається з першого розділу «Тимчасове ввезення». Зміст глави відповідає положенням МК України, що відносяться до митного режиму «тимчасове ввезення (вивезення)» – глава 34.

Спеціальний додаток «H» «Правопорушення» складається з розділу «Митні правопорушення».

Зміст глави не передбачає конкретних видів митних правопорушень, як і не вирішує питань притягнення до відповідальності. Окремі положення про можливість арешту та конфіскацію товарів, а також застосування митними органами заходів розслідування розкриті в розділі XVIII і XIX МК України. Єдиним не врегульованим у МК України моментом залишається можливість застосування митними органами порядку вирішення конфліктів на основі компромісу.

Спеціальний додаток «J» «Спеціальні митні процедури», складається з розділів, присвячених пасажирам, поштовим відправленням, транспортним засобам комерційного призначення, припасам, вантажам допомоги відповідає розділу V та розділу IX МК України, що стосуються одиницьних процедур.

Спеціальний додаток «K» «Походження товарів» відповідає розділу XVI МК України «Верифікація сертифікатів про походження товарів з України».

Таким чином, результати порівняльного аналізу положень МК України та Генерального додатку і Спеціальних додатків Кіотської конвенції дозволяють зробити такі **висновки:**

положення Генерального додатку Кіотської конвенції повністю знаходять своє віддзеркалення в змісті розділів, глав, параграфів і статей МК України;

зміст окремих розділів Генерального та Спеціальних додатків Кіотської конвенції має деякі розбіжності з митним законодавством України, що створює незручності для реалізації цих міжнародних стандартів у зв'язку з чим необхідно:

привести у відповідність з Генеральним додатком Кіотської конвенції термінологію Митно-

го кодексу України (ввести у МК України таке поняття, як «митні формальності»);

внести зміни до МК України й інших нормативно-правових актів щодо проведення електронного декларування під час здійснення митних процедур без обмежень їх певними митними режимами, як це передбачено стандартом 3.21 розділу 3 Генерального додатку Кіотської конвенції;

внести зміни до МК України щодо проведення митного контролю на основі методів аудиту, як це передбачено розділом 6 Генерального додатку Кіотської конвенції;

внести до МК України самостійний розділ або параграф стосовно застосування інформаційних технологій під час митного оформлення, як це передбачено розділом 7 Генерального додатку Кіотської конвенції;

внести до МК України самостійний розділ стосовно оскарження з митних питань і вирішення конфліктів між митними органами та суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності;

внести до МК України самостійний розділ стосовно організації митного контролю з суміжними митними службами.

Проведений аналіз свідчить, що в Україні є достатня законодавча база для належного виконання Україною взятих зобов'язань у зв'язку з приєднанням до Кіотської конвенції без завдання шкоди національним інтересам і цілям митного регулювання. Однак для повної реалізації процесів уніфікації та гармонізації національного і міжнародного законодавства з митних питань митне законодавство України ще потребує приведення його у відповідність із вимогами стандартів Кіотської конвенції.

In given article the comparative analysis of the International convention on simplification and harmonization of customs procedures (further – the Kyoto convention 1973) and the operating customs Legislation of Ukraine for the purpose of definition of its conformity to the international standards concerning simplification and harmonization of customs procedures in the foreign trade activity is carried out.

В статті аналізуються Международная конвенция об упрощении и гармонизации таможенных процедур и действующее таможенное законодательство Украины с целью выявления его соответствия международным стандартам, упрощения и гармонизации таможенных процедур во внешнеторговой деятельности.

Співзасновники:

Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва

Національної Академії правових наук України,

ТОВ «Гарантія»

Видавець: ТОВ «Гарантія»

Свідцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації
серія KB № 15779-4251ПР від 02.11.2009 р.

**Журнал рекомендовано до друку вченою радою Науково-дослідного інституту
приватного права і підприємництва Національної Академії правових наук України
(протокол № 10 від 30.11.2011 р.)**