

**5**  
2012 (197)

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:*

ХАВРОНЮК  
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.  
МАЙДАНІК Р.  
МАМУТОВ В.  
НАВРОЦЬКИЙ В.  
СТЕЦЕНКО С.  
ТОРГАШИН О.  
ШАКУН В.  
ШЕВЧЕНКО Я.

## АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО. ФІНАНСОВЕ ПРАВО. ІНФОРМАЦІЙНЕ ПРАВО

<b>Тетяна Коломоєць</b>	Громадський контроль за діяльністю органів місцевого самоврядування як суб'єктів адміністративного права України: пріоритети дослідження та вдосконалення правових засад	3
<b>Спартак Позняков</b>	Сучасна роль адміністративно-правового регулювання реалізації державної економічної політики в Україні	7
<b>Олександр Бідей</b>	Адміністративно-правовий статус місцевого самоврядування	12
<b>Анфіса Нашинець-Наумова</b>	Адміністративні послуги у діяльності вітчизняних корпорацій	17
<b>Тетяна Друцул</b>	Поняття органів публічної адміністрації як складової частини державного апарату	21
<b>Костянтин Радзівіл</b>	До питання визначення адміністративної відповідальності у фінансовій сфері	25
<b>Оксана Шевчук</b>	Поняття та правова природа фінансових послуг	29
<b>Олег Латинін</b>	Загальна характеристика способів захисту прав кредиторів у відносинах неспроможності (банкрутства)	33
<b>Ольга Селезньова</b>	Інформаційне законодавство України: перспектива кодифікації	37
<b>Марина Дімчогло</b>	Основи теорії консолідації інформаційного законодавства	41
<b>Кирил Череповський</b>	Інкorporація як етап до кодифікації інформаційного законодавства України	47
<b>Андрій Тунік</b>	Персональні дані, інформація про особу, конфіденційна інформація про особу: аспекти співвідношення	50

## ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

<b>Елена Зельдіна, Олег Хрипун</b>	Рассмотрение споров, связанных с управлением акционерными обществами	55
<b>Віталій Пашков</b>	Проблеми класифікації суб'єктів господарювання	60
<b>Юлія Гелич</b>	Механізми захисту прав та інтересів суб'єктів господарювання під час контрольно-наглядової діяльності органів державної влади України	65
<b>Наталія Петренко</b>	Щодо використання термінів «підвідомчість», «компетенція», «юрисдикція» та «підсудність спорів» у господарському процесуальному законодавстві	70

## ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС. СІМЕЙНЕ ПРАВО

<b>Христина Майкут</b>	Спеціальні способи захисту честі, гідності та ділової репутації	73
<b>Ірина Пучковська</b>	Притримання – міра оперативного впливу та вид забезпечення виконання зобов'язання: критерій розмежування	77

<b>Володимир Бобко</b>	Захист права власності фізичних осіб, визнаних безвісно відсутніми або оголошених померлими	82
<b>Михайло Біда</b>	Поняття й особливості способів захисту цивільних прав за договором банківського вкладу (депозиту): науково-правовий аспект	85
<b>Ірина Верес</b>	Поняття та правова природа договору факторингу	89
<b>Андрій Гриняк</b>	Нормативно-правові засади регулювання підрядних відносин	93
<b>Дмитро Кирилюк</b>	Об'єкт незавершеного будівництва як особливий об'єкт цивільних прав	98
<b>Мар'яна Вербицька</b>	Законодавча регламентація вимог, за якими видається судовий наказ: проблеми та перспективи розвитку (частина перша)	102
<b>Тетяна Цувіна</b>	Криза цивільного судочинства другої половини ХХ століття як фактор інтернаціоналізації цивільного судочинства	107
<b>Богдан Левківський</b>	Проблеми захисту батьками прав та інтересів дитини при окремому проживанні батьків: перспективи вдосконалення	112
<b>МІЖНАРОДНЕ ПРАВО</b>		
<b>Ірина Серова</b>	Формування норм міжнародного права щодо протидії нелегальній міграції	116
<b>Діна Мурзагалієва</b>	Нові моделі євроінтеграційного процесу	120
<b>Ель-Кафарна Мухаммед Салем Хассан</b>	Статус Організації Освобоження Палестини в міжнародному праві	124
<b>ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА. ІСТОРІЯ ПОЛІТИЧНИХ І ПРАВОВИХ УЧЕБЬ</b>		
<b>Любов Заморська</b>	Системний підхід до нормативності сучасного права: гносеологічний зміст	128
<b>Борис Киндюк</b>	Правове регулювання лесопольовання в УРСР в годы первых пятилеток	132
<b>Ольга Хохленко</b>	Історико-правові аспекти розвитку університетської автономії в Україні	136
<b>Людмила Адашис</b>	Теоретичні уявлення про політичні партії: історичний і методологічний аспекти	138
<b>КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО. КРИМІНОЛОГІЯ</b>		
<b>Єгор Назимко</b>	Визначення поняття «кримінально-правова санкція» з позиції юридичного позитивізму	143
<b>Юлія Раковська</b>	Процес інституціоналізації торгівлі людьми в сучасних умовах	146
<b>Ігор Рижов</b>	Стратегії боротьби з тероризмом в умовах урегулювання кризових ситуацій соціального характеру	150
<b>КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС. КРИМІНАЛІСТИКА</b>		
<b>Ірина Літвінова</b>	Поняття «інше володіння» у кримінально-процесуальному законодавстві України	155
<b>Дмитро Бочаров</b>	У пошуках Химери або дещо про «об'єктивні властивості» доказів	159
<b>ТРУДОВЕ ПРАВО</b>		
<b>Сергій Вавженчук, Юрій Рибак</b>	Окремі проблеми правової охорони комерційної таємниці в трудових правовідносинах	164
<b>АГРАРНЕ ПРАВО. ЗЕМЕЛЬНЕ ПРАВО</b>		
<b>Ярослав Сидоров</b>	Приватноправові та публічно-правові засади в аграрних організаційно-управлінських правовідносинах	168
<b>Софія Резніченко</b>	Перехід прав на земельні ділянки, на яких розташовані об'єкти нерухомого майна	172

## ГРОМАДСЬКИЙ КОНТРОЛЬ ЗА ДІЯЛЬНІСТЮ ОРГАНІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ ЯК СУБ'ЄКТІВ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА УКРАЇНИ: пріоритети дослідження та вдосконалення правових засад

**Тетяна Коломоєць,**

*д-р юрид. наук, професор,  
декан юридичного факультету  
Запорізького національного університету,  
заслужений юрист України*

*У статті у систематизованому вигляді окреслюються основні пріоритети дослідження та вдосконалення правових засад участі громадськості у контролі за діяльністю органів місцевого самоврядування як суб'єктів адміністративного права України.*

**Ключові слова:** громадськість, контроль, органи місцевого самоврядування, суб'єкти адміністративного права України, пріоритети.

Початок нового етапу адміністративної реформи, який, одночасно з оптимізацією системи центральних органів виконавчої влади, вдосконаленням правових засад їх функціонування, переглядом пріоритетів використання потенціалу державної служби, передбачає зосередження уваги на місцевому самоврядуванні, оптимізації управлінської діяльності, реформуванні системи підготовки, перепідготовки та підвищення кваліфікації посадових осіб органів місцевого самоврядування, у тому числі кардинальні зміни ролі та призначення відповідних органів у публічному адмініструванні. Традиційно органи місцевого самоврядування не розглядаються як домінуючі, базові суб'єкти адміністративного права (таким є доктринальний і нормотворчий підхід), однак сучасні реформаційні процеси у державотворенні, правотворенні, перегляд ролі, значення та зміну адміністративного права децю змінюють пріоритети доктринальних досліджень і нормотворчих процесів, посилюючи роль і значення органів місцевого самоврядування в системі суб'єктів адміністративного права. Певна їх організаційно-правова і функціональна модернізація, розширення сфери участі у відносинах публічного адміністрування, зростання ролі та значення у системі суб'єктів адміністративного права України, у свою чергу, зумовлюють необхідність посилення контролю за їх діяльністю задля забезпечення ефективності, доцільності, законності такої діяльності. Одним із можливих суб'єктів контролю за діяльністю зазначених органів завжди була і залишається громадськість (мова йде про громадський контроль).

Незважаючи на те, що проблематика контролю з боку громадськості привертає увагу вітчизняної наукової спільноти, все ж комплексні дослідження, безпосередньо присвячені громадському контролю за діяльністю органів місцевого самоврядування, передусім як суб'єктів адміністративного права, є скоріше винятком із «загального правила». Деякі питання контролю за діяльністю органів місцевого самоврядування привернули увагу В. Стрельцова, М. Гідняка, О. Скопич, В. Авер'янова, Г. Абасова та ін. Питання громадського контролю ґрунтовно досліджувалися В. Гарашуком, О. Андрійко, С. Денисюком, С. Кушніром та ін. Проте проблематика контролю за діяльністю органів місцевого самоврядування саме як суб'єктів адміністративного права зацікавила лише П. Матвієнка, який, нарівні з іншими аспектами, намагається охарактеризувати і громадську складову відповідного контролю [1]. Разом із тим контроль з боку громадськості за діяльністю органів місцевого самоврядування як суб'єктів адміністративного права України П. Матвієнко досліджує в контексті аналізу всього організаційно-правового механізму контролю, але вважати комплексним, ґрунтовним (саме в аспекті громадського контролю) його роботи не можна. Все це зумовлює прогалину у вітчизняній правовій доктрині, яка, у свою чергу, негативно впливає на нормотворчий процес, на правозастосування, оскільки результатом ігнорування принципу науковості у зазначених процесах є низька їх результативність та ефективність. Відповідно актуалізується необхідність аналізу існуючої джерельної бази з відповідної проблематики задля з'ясування

можливих пріоритетів доктринальних і нормотворчих процесів, покликаних сприяти вдосконаленню правових засад контролю за діяльністю органів місцевого самоврядування як суб'єктів адміністративного права України, забезпеченню його дієвості, результативності, що і є **метою цієї статті**.

Слід зазначити, що громадський контроль взагалі вважати контролем можна лише умовно, оскільки він позбавлений елемента примусового тиску, втручання в оперативно-господарську діяльність підконтрольного, застосування заходів примусу. Разом із тим він є «важелем обмеження державної влади», «інструментом громадської оцінки ступеня виконання органами місцевого самоврядування їх соціальних завдань». Іншими словами, відмінність громадського контролю від будь-якого іншого виду контролю лежать у суб'єктивно-об'єктивній сфері: *по-перше*, він здійснюється саме громадськістю; *по-друге*, у процесі здійснення громадського контролю контролюється виконання саме соціальних завдань, безпосередньо пов'язаних із захистом і реалізацією прав і свобод громадян, завданням та узгодженням соціальних потреб та інтересів населення [2, с. 46–47]. У той самий час недооцінювати роль громадськості, яка фактично може виявити неузгодженості між визначеними та реальними результатами діяльності органів місцевого самоврядування, причини, умови, що зумовлюють такі неузгодженості, використовуючи множинність і розмаїття специфічних форм і методів контролю, не можна.

Ми поділяємо точку зору, згідно з якою у діяльності органів місцевого самоврядування роль громадськості у контрольній діяльності є важливою [3, с. 149–150]. Громадськість не тільки формує, а й опосередковує їх діяльність, у тому числі здійснюючи контроль.

Серед суб'єктів контролю з боку громадськості відносно органів місцевого самоврядування слід виокремити: територіальні громади, політичні партії, громадські організації, окремих осіб, ЗМІ тощо. У вітчизняній правовій доктрині до числа таких суб'єктів пропонується відносити також адвокатські об'єднання та персонально адвокатів, аудиторів [3]. Цілком виправданими є варіанти «відкритого переліку» ймовірних суб'єктів громадського контролю за діяльністю органів місцевого самоврядування як суб'єктів адміністративного права України, оскільки організаційні форми громадської участі можуть бути різними, змінюватися з плином часу. Саме тому доцільним виглядає поглиблений науковий пошук можливих варіантів організаційного існування громадськості як суб'єктів контролю. Заслуговує на увагу пропозиція запровадження в Україні інституту місцевих

(регіональних) омбудсменів [4], хоча запропоновані у доктрині варіанти можливого законодавчого врегулювання засад їх існування викликають певні запитання й інколи виглядають дещо суперечливими. Так, І. Недов, на підставі зарубіжного досвіду, перш за все Російської Федерації (Москви та Санкт-Петербургу), пропонує запровадження в Україні місцевого омбудсмена як «контрольно-наглядового органу» за діяльністю органів місцевого самоврядування [5, с. 10]. Ми не заперечуємо в цілому проти такої ідеї запровадження додаткового важеля контролю, але виникають питання: чому він є контрольно-наглядовим органом; чому він діє «на власний розсуд», «неформально», в той час як його діяльність законодавчо регламентується; чому цей орган (особа) призначається самим же органом місцевого самоврядування; чому цей орган може бути одноосібним, а іноді й колегіальним? [5, с. 10]. Крім того, дещо звучено виглядає пропозиція І. Недова відносно доцільності прийняття Закону України «Про Уповноваженого міської ради з прав людини» [5, с. 10], оскільки поза увагою залишаються інші органи місцевого самоврядування.

Слід зазначити, що запозичення позитивного досвіду лише при акценті на практиці Москви та Санкт-Петербургу не може бути повним, оскільки бази аналізу досвіду є одиничними і специфічними. Більш аргументованою виглядає пропозиція Г. Абасова щодо запровадження в Україні місцевих омбудсменів (уповноважених з прав територіальних громад), які були б фінансово, організаційно незалежними від держави, забезпечували б захист прав та інтересів громадян, слугували б налагодженню співпраці, були б своєрідною об'єднуючою ланкою між органами місцевого самоврядування, органами державної влади та громадянами [6, с. 10].

Заслуговує на увагу позитивний досвід країн Європи з можливим окресленням конкретних пропозицій щодо формування законодавчого підґрунтя та функціонування цих інституцій. Слід підтримати точку зору, П. Матвієнка щодо доцільності розроблення та прийняття окремого законодавчого акта, який би визначав засади існування інституту муніципальних омбудсменів, «максимально наближених до мешканців регіону, більш доступних, вільних від так званих відомчих інтересів, зорієнтованих на інтереси мешканців [7, с. 151]. Запровадження цього інституту сприяло б ліквідації прогалів у сфері функціонування механізму захисту прав, свобод людини, розвитку демократії, посиленню гарантій реалізації прав і свобод громадян у відносинах із органами місцевого самоврядування, посиленню контролю за діяльністю останніх, а

також відіграло б роль «нового правозахисного каналу у випадках порушень або обмежень прав і свобод особи органами місцевого самоврядування» [7, с. 46]. У цьому напрямі необхідно зосередити зусилля і вчених юристів, і нормотворців. Однак слід пам'ятати, що важливим є і пошук оптимальних важелів реагування, впливу муніципальних омбудсменів на ймовірні факти порушення прав, свобод, законних інтересів осіб. Варто відійти від моделі парламентського омбудсмена у частині реальних можливостей ефективної діяльності муніципальних аналогів. Лише за таких умов існування зазначеного інституту буде ефективним.

Контроль з боку громадськості за діяльністю органів місцевого самоврядування як суб'єктів адміністративного права України вирізняється також своїми формами та методами. Незважаючи на дискусійність у вітчизняній правовій доктрині питання співвідношення, розмаїття форм і методів контролю, у тому числі громадського, стосовно діяльності зазначених органів, прийнятими є: громадські слухання, громадські інспекції та їх функціонування, громадські експертизи, звернення осіб, діяльність громадського телебачення, правотворча ініціатива громадян, опитування громадян, збори громадян, звіти органів місцевого самоврядування перед населенням тощо. Слід погодитися із С. Кушніром, що «чинні нормативно-правові акти України визначають достатньо обмежений арсенал засобів здійснення громадського контролю» [8, с. 9].

Необхідно активізувати роботу у напрямі формування наукового базису для подальшого нормативного закріплення засад цілодобового відеозапису у приміщеннях органів місцевого самоврядування та всіх фактів контакту посадових осіб цих органів із громадянами поза адміністративними будівлями з розміщенням відеозаписів на офіційних веб-сторінках цих органів та у депозитаріях із можливістю перегляду; веб-сайтів громадського контролю з можливістю інтерактивної участі громадян в обговоренні проектів нормативних актів; створення багатоканальних телефонів довіри з цілодобовим аудіозаписом повідомлень громадян і розмов із посадовими особами, а також спеціалізованих електронних поштових скриньок для передачі повідомлень, таких самих аналогів і скриньок правоохоронних органів для передачі інформації; створення і належної організації громадського телебачення [8, с. 14]. Заслугує на увагу нормативна деталізація механізму доступу осіб до публічної інформації, впливу на прийняття рішення. Слід посилити засади участі громадськості як суб'єкта не тільки підсумкового контролю, а й попереднього, по-

точного (активно залучати ініціативні групи, органи самоорганізації населення тощо до прийняття рішень відповідними органами, до вчинення певних дій), що сприяє прозорості діяльності зазначених органів і дієвості самого громадського контролю. Можливим є запровадження інституту «громадської довіри» до органів місцевого самоврядування із висвітленням результатів у ЗМІ та можливістю оперативного адекватного реагування, он-лайн системи контролю за рухом справ, розглядом звернень тощо.

Заслугує підтримки пропозиція Т. Шолкової стосовно можливості запровадження обов'язкового всеукраїнського порталу місцевого самоврядування, який би існував в мережі Internet і відображав визначені у законодавстві дані про діяльність кожного органу місцевого самоврядування, його плани, аналіз стану справ тощо [9, с. 13]. Доцільною також є пропозиція щодо активізації використання у контролі за діяльністю органів місцевого самоврядування як суб'єкті адміністративного права України електронних ресурсів, що сприятиме максимальному використанню потенціалу «електронної демократії», виступатиме своєрідним «різновидом прямої демократії з поправкою на особливості епохи, в якій ... живемо, так званої інформаційної епохи» [10, с. 219–224].

Розширення сфери електронного зв'язку, збільшення кількості користувачів, урізноманітнення форм і способів дозволяє обґрунтувати можливість і доцільність розширення сфери так званої електронної демократії у відносинах із органами місцевого самоврядування, що, у свою чергу, є додатковою гарантією для осіб на доступ до інформації (підвищується ефективність і прозорість діяльності, якість результату такої діяльності), реалізації права на участь в управлінні справами, вирішенні питань місцевого значення, свободи вираження своїх думок (користування в он-лайн режимах під час діяльності, прес-конференції в режимі он-лайн, електронна пошта, електронні дошки оголошень, миттєвий обмін інформацією, блоги тощо), частинною громадського контролю за діяльністю зазначених органів. Зв'язок між органами місцевого самоврядування й іншими суб'єктами стає прямим, зручним.

Слід зазначити, що запровадження згаданих форм і методів контролю не позбавлене певних проблемних питань, пов'язаних із дезінформацією, вторгненням у приватне життя осіб, у тому числі службових осіб органів місцевого самоврядування, недостатньою технічною осначеністю всіх верств населення та вмінням їх використовувати, що, як свідчить вітчизняний і зарубіжний досвід (наприклад, досвід КНР), обмежує певним чином участь

у зазначених відносинах деяких категорій осіб і, відповідно, є виявом «обмежувальної ознаки» електронної демократії. Однак остання є новим способом здійснення демократії в інформаційну епоху і при адекватному вдосконаленні «за допомогою правових засобів» її очікує гідне майбутнє [10, с. 219–224].

У зв'язку з викладеним логічно виглядає пропозиція концентрації спільних зусиль учених – юристів, нормотворців стосовно урізноманітнення форм і методів контролю з боку громадськості за діяльністю органів місцевого самоврядування України, реального використання ресурсу кожного різновиду.

### Висновки

Засади громадського контролю стосовно діяльності органів місцевого самоврядування повинні бути законодавчо закріплені. Варіанти вирішення цього питання можуть бути різними: внесення змін і доповнень до чинного законодавства про місцеве самоврядування, прийняття окремого законодавчого акта про громадський контроль (однак він матиме узагальнене значення), прийняття окремого законодавчого акта про контроль за діяльністю органів місцевого самоврядування України із окремим розділом, присвяченим громадському різновиду контролю, прийняття Муніципального кодексу України із наявністю окремого розділу спеціалізованого змісту. Кожен із варіантів має свою специфіку, однак, на нашу думку, дієвим є прийняття окремого спеціалізованого законодавчого акта про контроль за діяльністю органів місцевого самоврядування України, який у по-

дальшому у процесі кодифікації може стати складовою Муніципального кодексу України.

### Література

1. *Матвієнко П. Д.* Історіографія дослідження контролю за діяльністю органів місцевого самоврядування як суб'єктів адміністративного права у вітчизняній адміністративно-правовій доктрині // Вісник Запорізького національного університету: Юрид. науки. – 2011. – № 4. – Ч. 1. – С. 119–127.
2. *Денисюк С. Ф.* Громадський контроль як гарантія законності у адміністративній діяльності правоохоронних органів в Україні. – Х., 2010. – 368 с.
3. *Гарашук В. М.* Контроль та нагляд у державному управлінні. – Х., 2002. – 176 с.
4. *Голяк Л. В.* Місце регіональних, муніципальних та спеціалізованих омбудсманів у правовому механізмі захисту прав людини // Митна справа. – 2011. – № 5, ч. 2. – С. 43–50.
5. *Недов І. М.* Місцевий омбудсман як суб'єкт адміністративного права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Запоріжжя, 2011. – 16 с.
6. *Абасов Г. Г.* Гарантії прав місцевого самоврядування в Україні: актуальні проблеми теорії та практики. – К., 2011. – 248 с.
7. *Коломоєць Т. О., Матвієнко П. Д.* Контроль за діяльністю органів місцевого самоврядування як суб'єктів адміністративного права України. – Запоріжжя, 2011. – 256 с.
8. *Кушнір С. М.* Правові засоби громадського контролю в механізмі правового регулювання: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Запоріжжя, 2011. – 18 с.
9. *Шолкова Т. Б.* Правові основи публічних фондів органів місцевого самоврядування: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Ірпінь, 2011. – 19 с.
10. *Ліу Й.* Електронна демократія в інформаційну епоху: досвід Китаю // Право України. – 2011. – № 10. – С. 218–224.

*The article highlighted in systematic form the main priorities of research and improvement of legal frameworks for public participation in monitoring of local authorities as agents of the administrative law of Ukraine.*

*В статтє в систематизированном виде выделяются основные приоритеты исследования и совершенствования правовых основ участия общественности в контроле за деятельностью органов местного самоуправления как субъектов административного права Украины.*



## СУЧАСНА РОЛЬ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ РЕАЛІЗАЦІЇ ДЕРЖАВНОЇ ЕКОНОМІЧНОЇ ПОЛІТИКИ В УКРАЇНІ

**Спартак Позняков,**

*канд. юрид. наук,*

*доцент кафедри господарсько-правових дисциплін*

*Національного університету державної податкової служби України,*

*м. Ірпінь*

*У статті на основі досвіду інших країн досліджується сучасне значення адміністративно-правового регулювання у реалізації державної економічної політики в Україні.*

**Ключові слова:** державна економічна політика, адміністративно-правове регулювання, публічні господарські відносини.

Проведення політико-економічних реформ, спрямованих на втілення в життя закріплених у Конституції України демократичних принципів свободи особи, приватної власності, підприємництва, справедливості, людського виміру політики, висуває нагальне завдання щодо розроблення інноваційних методологічних підходів у галузі економічних і політико-правових досліджень, вивчення та критичного використання світового досвіду політико-економічного реформування суспільства на правових засадах. Це потребує переосмислення багатьох методологічних позицій, які протягом понад сімдесяти років були основою радянського право- та державознавства, теоретично обґрунтовували функціонування радянської системи господарювання й управління. Це, насамперед, стосується переосмислення наших уявлень про сутність права, його систему, закон, їх співвідношення, державне регулювання економіки тощо [1, с. 40].

**Метою цієї статті** є з'ясування ролі адміністративно-правового регулювання суспільних відносин у сфері реалізації сучасної державної економічної політики в Україні.

Протягом XIX ст. у найбільш розвинутих країнах світу сформувалося громадянське суспільство, становлення якого було початком нового розвитку держави та правових засад діяльності публічної адміністрації. Завдяки розвитку різних форм громадського самоуправління наприкінці XIX ст. все частіше з'являлися ідеї щодо необхідності створити державу не лише за принципом так званого нічного сторожа<sup>1</sup> або поліцейської держави,

<sup>1</sup>З середини XVII ст. до середини XIX ст. роль держави обмежувалася виконанням функцій, пов'язаних із забезпеченням безпеки громадян, збе-

що забезпечуватиме правопорядок у внутрішніх справах країни, а й державу, що проводитиме політику в інтересах усіх членів суспільства так званої соціальної держави. Обґрунтування її матеріалістичного розуміння<sup>2</sup> та фундаментальних засад соціально-матеріалістичних теорій у царині політичної економії, соціалістичного способу виробництва розроблені К. Марксом і Ф. Енгельсом; етико-психологічні аспекти народного господарства – Г. Шмоллером, А. Вагнером<sup>3</sup>; соціально-матеріалістичні підходи у регулюванні суспільних відносин та ідея загальної організації й централізованого управління народним господарством – Р. Штаммлером та ін.

До середини XX ст. під впливом соціалістичних теорій та історичних суспільно-політичних, економічних факторів «усуспільнення засобів виробництва» в індустріально розвинутих країнах світу розвинулася ідеологія держави загального добробуту, «соціальної держави», змістом якої було досягнення

реженням їх майна (захист прав власності), створенням правової основи для відносин суб'єктів господарювання, контролем за виконанням контрактів [2, с. 22].

<sup>2</sup>«Матеріалістичне розуміння історії учит, що все окремішні проявлення суспільного існування людей, в частині, відповідно, і юридическа форма его, равно как и государственная организация, в конечном результате обуславливаются и определяются развитием социального хозяйства» [3, с. 35].

<sup>3</sup>По мнению А. Вагнера, народное хозяйство находится в зависимости от государства и правового строя. Ученый определял, что в естественную организацию народного хозяйства вносится планомерный момент организующей человеческой деятельности, благодаря которому народное хозяйство из естественного продукта простых человеческих инстинктов становится продуктом разумного человеческого искусства [3, с. 193].

загального добробуту. Проведення соціальної політики у цих країнах дозволило стабілізувати суспільство, захистити від конфліктів. Разом із тим світова економічна криза 1974–1975 рр., розпад у 90-х роках адміністративно-командної економіки в СРСР і в країнах Східної Європи, фінансові кризи політики загального добробуту, що збільшували рік у рік дефіцит державного бюджету, стала поштовхом до переосмислення сучасного місця та ролі держави, соціально-економічних цілей і напрямів суспільного розвитку, зокрема від політики «соціальної держави» до політики «ефективної держави»<sup>1</sup>, у тому числі в умовах глобалізації міжнародних суспільно-економічних зв'язків.

Аналіз сучасного стану суспільних господарських відносин в Україні свідчить про детермінацію державно-політичної потреби відродити духовно-моральні цінності у народногосподарському розвитку в Україні, моральний фундамент у системі публічно-правових відносин влади та громадян (суб'єктів господарювання). Так, В. Селіванов слушно зазначав, що по закінченні двадцяти років незалежності України ринкова трансформація економіки фактично не сприймалася ще інструментом політики морально-духовного відродження людей; поступово починає усвідомлюватися необхідність реального впровадження «людиноцентристської» ідеології економічного та соціального розвитку українського суспільства. На думку вченого, йдеться про ідеологію, де позитивні соціальні чинники стимулюють поведінку людини, домінують у структурі духовного відродження й економічного зростання в суспільстві [4, с. 21]. Отже, лише через це можна «ефективно» визначити нові адміністративно-правові підходи у відносинах громадян із державними органами влади, публічною господарською адміністрацією, органами місцевого самоврядування<sup>2</sup>.

Сучасний вимір адміністративно-правових відносин має трансформуватися не лише за принципом «взаємного права вимоги» та «дозволеної поведінки» [6, с. 152–153], а й за такими принципами як визнання взаємного публічного обов'язку кожного; самообмежен-

ня у реалізації особистих прав і публічно-адміністративних повноважень; взаємодія та взаємодопомога приватного сектора економіки та публічної господарської адміністрації щодо досягнення суспільних цілей; державна підтримка суспільно необхідних галузей і секторів економіки та підприємництва; публічно-правове сприяння розвитку економіки. Зазначені принципи можуть бути реалізовані у форматі відносин «людина–сім'я–державна–суспільство» за умови вироблення «суспільно-інституційної довіри» у публічних суспільно-господарських відносинах.

Розкриваючи проблему сучасної ролі адміністративно-правового регулювання реалізації державної економічної політики (далі – ДЕП) в Україні, необхідно зосередити особливу увагу на пізнанні особливостей природи досліджуваного предмета, виходячи із постулатів духовно-правових аспектів суспільствознавства, відповідних уявленнях щодо об'єктивних підстав формування політичних, юридичних і соціально-економічних положень суспільного розвитку у даному історичному періоді. Безумовно, пізнання політико-економічних аспектів є постійним процесом, що пов'язаний із змінами суспільного життя. Тому ми не маємо на меті у межах зазначеної статті розкрити значення адміністративно-правового регулювання в останній «інстанції». Основним у дослідженні окресленого нами предмета має бути виявлення значення та місця юридичного методу<sup>3</sup>, методологічних орієнтирів і засад в адміністративно-правовому підході регулювання суспільних господарських відносин в Україні, імперативно-правового забезпечення господарської безпеки та публічно-правового порядку в геополітичному й економічному «морі» хаосу й агресії, реалізації власної української формули соціально-політичного, економічного та правового розвитку. Проте невід'ємною умовою «юридичної ефективності» в організації відносин у народному господарстві має бути принцип «закона доброї громадської, суспільно-господарської волі та відповідальності кожного»<sup>4</sup> на противагу соціалістично-матеріалістичним принципам закону «державної волі та примусу», «централізації управління потребами й інтересами людей», що, по суті, надає можливість реалізовувати економічну

<sup>1</sup>На думку економістів, сутність зазначеної політики полягала у тому, що держава повинна була виступати не як джерело економічного зростання, а як партнер, каталізатор і помічник [2, с. 27].

<sup>2</sup>Класическа византийська формула взаємодіє між собою властью государственной и церковной заключена в «Эпанагоге» (вторая половина IX века): «Мирская власть и священство относятся между собою, как тело и душа, необходимы для государственного устройства точно так же, как тело и душа в живом человеке. В связи и согласии их состоит благоденствие государства» [5, с. 27].

<sup>3</sup>«Юридический метод – есть тот путь, по которому мы следуем для достижения задачи данной отрасли юридической науки, тот прием, которым мы пользуемся для определения природы явления, которые исследует наша наука [7, с. 15].

<sup>4</sup>«Твердейшим основанием» взаимной зависимости людей является не полицейское принуждение, а «неоспоримо свободное покорение каждой воли особо, которое поддерживается очевидною добротой законов» [8, с. 13].



функцію держави не для суспільного розвитку, а для існування самої держави.

У сучасних умовах народного господарювання економіко-правовий підхід регулювання господарських відносин у розкритті проблеми, що розглядається, вимагає врахування не лише характеру існуючих господарських відносин [9, с. 27–34] та комплексності правового регулювання господарських відносин (цивілістичний, господарсько-правовий, адміністративістський), що був обґрунтований за умов «державоцентристської» ідеології, функціонування єдиного народногосподарського комплексу, домінування державної (загальнонародної) форми власності та впровадження соціалістичного способу виробництва [10, с. 191]. Найважливіше при формуванні та реалізації положень ДЕП врахувати фактори прийнятого у сучасному суспільстві світогляду на співвідношення ідеального (духовно-морального) і матеріального (народногосподарського) у людині, державі, суспільстві. Будь-яка найбільш довершена система засобів і методів соціального управління та правового регулювання не буде спроможна виконати своє суспільне призначення поки людина не сформує свою духовно-моральну сутність, перебуваючи у статусі громадянина, суб'єкта господарювання, посадової особи органу державного управління, що є основою у задоволенні необхідних суспільству потреб і інтересів.

Методологічний підхід щодо розуміння поняття «ДЕП» розкритий фахівцями у царині суспільних наук і досить широко висвітлює досліджуване явище, що пов'язано з його складністю. В. Базилевич визначає ДЕП як систему економічних ідей, цілей держави, завдань і засобів їх досягнення, а також засад діяльності органів державної влади й управління щодо їх реалізації [11, с. 584]. Теоретико-економічними постулатами встановлено, що економічна політика передбачає вирішення двох основних завдань: досягнення цілей розвитку господарства, а також визначення необхідних засобів, що повинні бути мобілізовані для досягнення поставлених цілей (наприклад, економічного зростання й ефективності, а також соціальної ефективності) [12, с. 29–35]. Із економічних уявлень впливає методологічна підстава враховувати об'єктивну основу соціально-економічних зв'язків і відповідної суспільної потреби у цілеспрямованому адміністративно-правовому забезпеченні діяльності органів публічної адміністрації у царині політико-правової господарської реальності та прогнозованості розвитку суспільних відносин.

Іноземний досвід економічно розвинутих країн континентального права й юридичних досліджень концепцій адміністративно-пра-

вового регулювання реалізації ДЕП свідчить, що основні питання, пов'язані з цією проблемою, розробляються у світлі публічного економічного права, наприклад, Франції, Росії [13, с. 12–27], а також концепції господарсько-адміністративного права Німеччини [14, с. 37–40]. Так, на думку Р. Штобера, *господарсько-адміністративна політика* встановлює межі політичного маневру у царині управління економікою й у рамках господарсько-адміністративного права, що є частиною науки про управління економікою. Значення такої політики полягає не лише у законності здійснюваних заходів, а й у їх доцільності, економічності, об'єктивності, своєчасності та соціальної ефективності, що відповідно потребує проведення економічного аналізу для отримання важливих знань щодо способів функціонування публічної адміністрації та правового забезпечення їх діяльності. Крім того, німецький учений визначає одну з основних проблем у господарсько-адміністративному праві – питання конституційно-правового визначення необхідної моделі економічної системи і розробки нової (адекватної) моделі управління соціально орієнтованою економікою, що базується на теорії менеджменту в приватній економіці [14, с. 34–47].

Російський досвід державно-політичної діяльності у сфері економіки та роль адміністративного права в регулюванні суспільних господарських відносин розглядається у системі заходів Концепції адміністративної реформи. У Концепції особлива увага приділяється засобам досягнення цілей обмеження втручання держави в економічну діяльність суб'єктів підприємницької діяльності через оптимізацію функцій органів виконавчої влади та формування ефективних механізмів протидії корупції [13, с. 50].

Сучасні вітчизняні економічні дослідження свідчать, що в сучасній економічній ситуації в Україні однією із прийнятних моделей економічної політики є концепція випереджаючого розвитку внутрішнього ринку, обґрунтована ще у XIX ст.<sup>1</sup> і ефективно використана у Росії на початку XX ст. у межах державної економічної політики Століпінської реформи. Враховуючи конституційний принцип (ст. 13 Конституції України) про те, що держава забезпечує соціальну спрямованість економіки, реалізацію цілей, завдань ДЕП можна здійснити за допомогою прин-

<sup>1</sup>Один із її авторів Ф. Ліст виходив з того, що визначальна роль у її здійсненні повинна належати державі, яка покликана активно сприяти реалізації конкурентних переваг національного виробництва, захищати його. Наприкінці XIX ст. на цих принципах розбудовувалася економіка Німеччини та Росії [15, с. 38].

ципів як персональної, так і солідарної відповідальності держави та представників громадського господарського суспільства (союзів, асоціацій, спілок та ін.)<sup>1</sup>.

### Висновки

ДЕП – це публічно-правове явище, що представляє системний політико-методичний підхід державного регулювання. Його метою є організація взаємодії та досягнення довіри з боку суспільних інститутів самоорганізації і самоуправління, громадянського господарського суспільства до публічної господарської адміністрації та держави в цілому. Крім того, ДЕП є системою науково обґрунтованих соціально-економічних цілей (орієнтирів), сукупність організаційних, економічних і правових засобів, способів, принципів і методичних напрямів державно-правового впливу (у формі регулюючої та регламентуючої діяльності) на суспільні господарські відносини й їх зв'язки. Зазначені зв'язки виявляються на рівні взаємодії таких понять, як «державно-правовий вплив у сфері національної економіки», «публічно-правове комунальне управління, регулювання відносин у сфері територіальної (регіональної) економіки», а також підтримання необхідних адміністративно-правових умов добробуту громадян, економіко-правового прогнозу соціальних наслідків реалізації ДЕП.

Сучасну ДЕП необхідно формувати та реалізовувати на рівні компетентних органів державної влади у взаємодії з громадськими господарськими організаціями і вона повинна відповідати потребам людини і суспільства. В основу цілей ДЕП доцільно покласти три методичних напрями розвитку: духовно-моральний, соціальний й матеріальний (забезпечуючий), що ґрунтуються на об'єднуючій ідеї – формування духовно-моральної (правової) людини у публічно-правових господарських відносинах.

Адміністративно-правове регулювання господарської діяльності має свої засади, насамперед у сфері як формування, так і ре-

алізації положень (принципів, мети, завдань, основних напрямів, засобів, суб'єктів тощо) ДЕП. Її формування ґрунтується на необхідності реалізації норм Конституції України та принципів сучасного адміністративного права в економіці.

Основним призначенням методу адміністративно-правового регулювання суспільних публічно-господарських відносин формування та реалізації положень ДЕП в Україні є, насамперед, закріплення норм юридичної (публічної адміністративно-господарської) відповідальності посадових осіб публічної адміністрації й органів місцевого самоврядування щодо досягнення визначених ДЕП цілей, забезпечення контролю за виконанням публічних господарських обов'язків громадянами, суб'єктами господарювання, а також реалізація та захист їх конституційних економічних свобод, прав і законних інтересів.

ДЕП необхідно розглядати як організаційно-методичний економіко-правовий шлях до формування «матеріально ефективного духовно-морального суспільства» і лише внаслідок цього ми отримаємо «ефективну державу» й необхідну матеріальну основу для формування духовно-моральної людини в Україні. У цьому контексті роль адміністративного права полягає у трьох аспектах. *По-перше*, методичне забезпечення конституційного обов'язку публічної господарської адміністрації щодо утвердження та забезпечення реалізації економічних прав і свобод людини та громадянина шляхом створення чітких, простих у сприйнятті адміністративно-правових, доступних з точки зору людської поведінки, юридичних умов в адміністраціях за принципом «від необхідних потреб підприємців до стратегічної політики держави» (потреби підприємця формують державну політику, а не навпаки). *По-друге*, методичне забезпечення застосування необхідних засобів і способів реалізації конституційно-правової відповідальності органів виконавчої влади за прийняття та виконання політичних рішень відносно стратегічного соціально-економічного розвитку країни в умовах економічної глобалізації й інтеграції. *По-третє*, забезпечення формування адміністративно-юридичних засобів обмеження адміністративного розсуду та сваволі у діяльності конкретних органів публічної господарської адміністрації й їх посадових осіб у сфері народного господарства і правового стимулювання діяльності державного апарату публічно-господарського управління, спрямованої на збільшення довіри з боку громадян, суб'єктів господарювання до влади, партнерства, сприяння і стимулювання у публічно-правових господарських відносинах.

<sup>1</sup>Наприклад, ґрунтуючись на судовій практиці, Федеральний конституційний суд Німеччини у своєму рішенні підкреслював, що участь економіки у політичних процесах формування волі і прийняття рішень має служити підвищенню компетентності та спрощенню адміністративних процедур. Під взаємодією держави та приватного сектора розуміється загальна відповідальність за виконання державних завдань. У цьому випадку необхідно не лише суворо дотримуватися закону з боку будь-якого економічного утворення і суспільства, а й здійснювати відповідальне планування, брати активну участь у напрацюванні цілей і способів дії [14, с. 7].

У подальшому необхідно дослідити можливі види засобів і способів реалізації визначеної ролі адміністративно-правового регулювання у публічно-правових господарських відносинах.

### Література

1. Селіванов В. М. Проблеми розмежування публічного і приватного права в системі права України // Проблеми методології сучасного правознавства: Матеріали Міжнар. наук.-теорет. конф. 9–10 жовтня 1996 р., м. Київ. – К., 1996. – С. 40–43.
2. Государственное регулирование рыночной экономики. – М., 2002. – 280 с.
3. Штаммлер Р. Хозяйство и право с точки зрения материалистического понимания истории: социально-философское исследование. – М., 2010. – 312 с.
4. Селіванов В. М. Демократичний вимір конституційної реформи в Україні: сучасне розуміння // Право України. – 2003. – № 9. – С. 15–23.
5. Основы социальной концепции Русской Православной Церкви / [Электронный ресурс] Официальный сайт Московского Патриархата. Режим доступа: <http://www.patriarchia.ru/db/text/141422.html>.
6. Права громадян у сфері виконавчої влади: адміністративно-правове забезпечення реалізації та захисту / За ред. В. Б. Авер'янова. – Д., 2008. – 588 с.
7. Берендтсь Э. Н. Опыт системы административного права: Т. 1. Обзор истории административного права и истории его литературы. – Ярославль, 1898. – Вып. 1. – 247 с.
8. Елистратовъ А. И. Основныя начала административного права. – М., 1917. – 294 с.
9. Мамутов В. К. Юридические концепции регулирования хозяйственных отношений // Советское государство и право. – 1979. – № 5. – С. 27–34.
10. Мамутов В. К. Совершенствование правового регулирования хозяйственной деятельности (методология, направления). – К., 1981. – 236 с.
11. Економічна теорія: Політекономія / За ред. В. Д. Базилевича. – К., 2006. – 615 с.
12. Гальчинський А. С., Єщенко П. С. Економічна теорія. – К., 2007. – 503 с.
13. Талатина Э. В. Публичное право и экономика. – М., 2011. – 520 с.
14. Штобер Р. Хозяйственно-административное право: Основы и проблемы. Мировая экономика и внутренний рынок. – М., 2008. – 400 с.
15. Україна і світове господарство: взаємодія на межі тисячоліть / А. С. Філіпенко, В. С. Будкін, А. С. Гальчинський та ін. – К., 2002. – 470 с.

*The article is based on the experience of other countries studied present value of administrative and legal regulation of state economic policies in Ukraine.*

*В статье на основе опыта других стран исследуется современное значение административно-правового регулирования реализации государственной политики в Украине.*



## АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВИЙ СТАТУС МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ

**Олександр Бідей,**

*канд. юрид. наук,  
старший викладач кафедри конституційного  
і адміністративного права і процесу  
Миколаївського університету ім. Петра Могили*

*У статті розглядається таке питання теорії адміністративного права та галузевого законодавства, як визначення правового статусу органів місцевого самоврядування.*

**Ключові слова:** міське самоврядування, правовий статус, державна служба, територіальні громади.

Однією з найважливіших ознак побудови демократичної держави є розвиток місцевого самоврядування. Конституція України закріпила дві системи влади на місцях: місцеві державні адміністрації, які є відповідними органами виконавчої влади, та місцеве самоврядування як публічну владу територіальних громад. Поява та розвиток інституту місцевого самоврядування зумовлені усвідомленням суспільством того, що зміцнення державної влади в центрі не може бути ефективним і корисним для суспільства в цілому без її одночасної децентралізації, функціонування первинних територіальних громад, об'єднаних певними спільними місцевими інтересами. Це також пов'язано з тим, що більшість звернень громадян до влади стосовно забезпечення різноманітних умов життя забезпечення зосереджуються на місцевому рівні та мають вирішуватися тут. Конституція України закріпила принцип, згідно з яким в Україні визнається та гарантується місцеве самоврядування (ст. 7). Становлення України як демократичної, соціальної та правової держави неможливе без ефективного здійснення органами місцевого самоврядування управлінської діяльності. У контексті посилення ролі останніх у наданні управлінських послуг необхідно визначити особливості їх адміністративно-правового статусу з метою вдосконалення механізму реалізації державного управління на місцевому рівні.

Формування механізму раціонального управління місцевими справами викликане, перш за все, неузгодженістю в положеннях чинного законодавства щодо сфер компетенції місцевих органів державної виконавчої влади й органів місцевого самоврядування, а також проблемами, що стосуються форм і методів управлінської діяльності місцевих рад, їх виконавчих органів.

Реформування організації та функціонування органів місцевого самоврядування, підвищення ефективності їх управлінської діяльності зумовлене об'єктивними закономірностями соціально-економічного буття, адже від регулювання й управління місцевими справами залежить реалізація гарантованих Конституцією України соціальних, економічних та інших прав і свобод громадян.

Аналіз загальних засад адміністративно-правового статусу органів місцевого самоврядування є об'єктом дослідження багатьох вітчизняних учених, серед яких В. Авер'янов, О. Андрійко, Ю. Битяк, А. Васильєв, І. Голосніченко, Е. Демський, Є. Додін, С. Дубенко, В. Зуй, Р. Калюжний, В. Кампо, І. Коліушко, В. Колпаков, В. Копейчиков, О. Копиленко, В. І. Кравченко, В. В. Кравченко, Є. Кубко, Н. Мироненко, Н. Нижник, Н. Оніщенко, П. Рабінович, О. Рябченко, А. Селіванов, О. Скакун, О. Фрицький, В. Цветков, В. Шаповал, В. Шкарупа, Л. Юзьков, О. Ющик, а також російські вчені Г. Атаманчук, І. Бачило, Ю. Козлов, Б. Лазарєв, Ю. Тихомиров, В. Чиркін та ін.

В Україні вивченню особливостей адміністративно-правового статусу органів місцевого самоврядування приділяється недостатньо уваги. Окремі питання зазначеної проблеми частково з'ясувалися в дисертаційних дослідженнях Г. Чапали «Міське самоврядування в системі публічної влади», Ю. Делія «Правові основи місцевого самоврядування в Україні: проблеми теорії та практики» та С. Болдирєва «Організаційно-правові питання місцевого самоврядування в Україні». Наукові здобутки у сфері вивчення особливостей адміністративно-правового статусу органів місцевого самоврядування свідчать про необхідність децентралізації державного управління в умовах розгортання адміністративної, адміністративно-територіальної та політичної реформ.

**Метою цієї статті** є визначення правового статусу органів місцевого самоврядування в порівнянні з правовим статусом державних органів.

Місцеве самоврядування в Україні конституційно визначено як право територіальної громади самостійно вирішувати питання місцевого значення, що здійснюється нею як безпосередньо, так і через органи місцевого самоврядування: сільські, селищні, міські ради та їх виконавчі органи (ст. 140 Конституції України). Право та здатність територіальної громади (далі – громади) щодо вирішення цих питань, що вперше встановлено Законом України «Про місцеве самоврядування в Україні» від 21.05.1997 р., означають:

- конституційне визнання та гарантування місцевого самоврядування в країні;
- гарантовану державою здатність місцевого самоврядування в результаті власних дій одержувати права та нести обов'язки;
- самостійно вирішувати, які права й обов'язки здійснювати громадою або її органами (тобто органами місцевого самоврядування), а які – доручити або делегувати іншим органам, організаціям, установам.

Залежно від характеру, змісту, суб'єктного складу суспільних відносин, що виникають при реалізації право- та дієздатності громади, вона або органи місцевого самоврядування одержують відповідний статус, закріплений нормами різних галузей права – конституційного, адміністративного, цивільного, земельного, екологічного, фінансового або окремої комплексної галузі права – муніципального.

Правове становище органів місцевого самоврядування як суб'єктів адміністративного права характеризується їх адміністративно-правовим статусом. Це означає, що органи місцевого самоврядування мають визначену нормами адміністративного права компетенцію – предмет відання, права й обов'язки (повноваження), несуть відповідальність за дії або бездіяльність у межах власної чи делегованої компетенції, виконують публічні, виконавчо-розпорядчі, дозвільно-реєстраційні, контрольні функції, беруть участь в адміністративних правовідносинах регулятивного чи охоронного характеру.

Предметами відання органів місцевого самоврядування є, за Законом «Про місцеве самоврядування в Україні» питання місцевого значення. Передусім адміністративна правосуб'єктність виявляється в органах місцевого самоврядування при здійсненні функцій, які виконуються на підставі делегованих їм повноважень. Про це йдеться в п. 5 ст. 3 Все-

світньої декларації місцевого самоврядування, п. 5 ст. 4 Європейської хартії про місцеве самоврядування та має відображення в Конституції України (ч. 3 ст. 143), законах України «Про місцеве самоврядування в Україні» та «Про місцеві державні адміністрації» від 09.04.1999 р. № 586-XIV.

Конституція України передбачає можливість надання органам місцевого самоврядування повноважень органів виконавчої влади (ч. 3 ст. 143) та делегування повноважень районних і обласних рад місцевим державним адміністраціям (ч. 4 ст. 118). Закон «Про місцеве самоврядування в Україні» містить перелік вісімдесяти таких повноважень і близько сімдесяти – власних щодо органів місцевого самоврядування.

Отже, окремою групою повноважень органів місцевого самоврядування як суб'єктів адміністративного права є їх *власні повноваження*, завдяки яким ці органи виконують свої завдання та функції. Серед цих повноважень виокремлюються:

- дозвільно-реєстраційні повноваження. Органи місцевого самоврядування надають дозвіл (і скасовують його), зокрема, на спеціальне використання природних ресурсів районного або обласного значення, на спорудження об'єктів містобудування, на розміщення реклами, їм надано право, наприклад, реєструвати об'єднання співвласників багатоквартирних будинків, житлово-будівельних і гаражних кооперативів;

- розпорядчі повноваження щодо будь-яких суб'єктів на відповідній території. Зокрема, адміністративна правосуб'єктність органів місцевого самоврядування пов'язана з підпорядкованістю, коли складаються субординаційні відносини, наприклад, між органами місцевого самоврядування та підприємствами, організаціями й установами комунальної власності або відносини з координації. Прикладом може бути координація органами місцевого самоврядування діяльності суб'єктів містобудування щодо комплексної забудови населених пунктів, затвердження місцевих містобудівельних програм, генеральних планів населених пунктів (ст. 12 Закону України «Про основи містобудування»);

- повноваження щодо: планів і програм будівництва та реконструкції об'єктів, які мають екологічну, історичну, культурну або наукову цінність, визнані пам'ятками природи, історії або культури, охороняються законом; підготовки пропозицій про передачу або продаж у комунальну власність підприємств, організацій, установ, що належать до інших форм власності; участі у підготовці загально-

державних і регіональних програм охорони довкілля.

Місцеве самоврядування передбачає здійснення контролю. Внутрішній контроль органів місцевого самоврядування повинен регулюватися законодавством про місцеве самоврядування (муніципальним правом).

Зовнішній контроль має адміністративно-правову природу незалежно від галузевого законодавства. Так, органи місцевого самоврядування здійснюють контроль за місцевими адміністраціями у частині повноважень, делегованих їм радами, а також у виконанні рішень рад із цих питань щодо стану благоустрою виробничих територій, організації озеленення, охорони насаджень і водойм, створення місць відпочинку громадян, діяльності стоянок автомобільного транспорту тощо.

Слід зазначити, що адміністративно-правовий характер мають і обов'язки органів місцевого самоврядування. Зокрема, загальним обов'язком органів місцевого самоврядування й їх посадових осіб є обов'язок діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України (ч. 2 ст. 19 Конституції України, ст. 24.3 Закону «Про місцеве самоврядування в Україні»).

Певні обов'язки встановлюються поточним законодавством і статутами територіальних громад. Так, Закон «Про місцеве самоврядування в Україні» передбачає обов'язок органів і посадових осіб діяти в інтересах територіальної громади, поєднуючи їх з інтересами держави, звітувати територіальній громаді про свою діяльність, управляти об'єктами комунальної власності так, щоб не ослаблювати економічних засад місцевого самоврядування, не зменшувати обсяг і не погіршувати умови надання послуг населенню та ін.

Адміністративно-правовий статус органів місцевого самоврядування гарантується державою, охороняється державними органами, які можуть вжити заходів щодо захисту прав органів місцевого самоврядування, наприклад, при зверненні цих органів до Кабінету Міністрів, Президента України.

У Законі України «Про державну службу» від 16.12.1993 р. (ст. 1) державні службовці визначаються як особи, які займають посади в державних органах та їх апараті і мають відповідні службові повноваження. Структура будь-якого органу складається із взаємозв'язаних посад, що визначають службове місце та становище учасників управлінських відносин. Посада є первиною клітинкою, вихідною організаційно-структурною одиницею державного органу.

Організаційно-правова форма органу держави залежить від формально визначеного змісту його діяльності. Таке формальне визначення можливе тільки через закріплення за конкретними посадами в органі певних прав і обов'язків, тобто їх правового статусу. Саме тому діє правило: не посада підбирається під конкретну особу, а людина за своїми діловими, професійними, адміністративними та моральними якостями – під відповідну посаду. Разом із тим слід зазначити, що ефективність реалізації закріплених за посадою повноважень прямо залежить від якостей того, хто обіймає цю посаду.

Отже, повноваження державних службовців визначаються цілями та завданнями управлінської діяльності, залежать від призначення органу, його місця у системі управління та від адміністративно-правового статусу посади, яку обіймає службовець [1, с. 312]. Тому адміністративно-правовий статус службовців державних органів безпосередньо відображає закріплення як у законодавчих актах, так і в інших правових документах (положеннях, статутах, рішеннях тощо) статус відповідних посад в органах виконавчої влади та апараті інших державних органів.

Прийнято виділяти статус: *допоміжного (технічного) персоналу; спеціалістів; посадових осіб; представників адміністративної влади.*

Діяльність допоміжного персоналу пов'язана з виконанням матеріально-технічних дій (операцій), які не тягнуть за собою юридичних наслідків, але мають велике значення в управлінській практиці, оскільки в процесі такої діяльності створюються умови для здійснення юридично значущих дій. До складу допоміжного персоналу входять: секретарі, діловоди, архіваріуси, лаборанти, стенографісти та ін. Як правило, вони не визнаються державними службовцями.

До спеціалістів належать службовці, які мають професійні знання в окремих галузях і здійснюють професійну діяльність. Їх посади не пов'язані з керівною діяльністю і не породжують юридичних наслідків. Лише в окремих випадках їх дії можуть створювати юридичні наслідки (наприклад, викладач Української академії державного управління при Президентові України приймає іспити та виставляє оцінку).

До посадових осіб належать службовці, на яких покладено здійснення організаційно-розпорядчих і консультативно-дорадчих функцій. Їх дії, пов'язані з виконанням цих функцій, завжди спричиняють юридичні наслідки, оскільки створюють юридичні акти, які

здатні породжувати, змінювати, припиняти конкретні юридичні відносини.

До представників адміністративної влади належать службовці, чії дії поширюються на осіб, що їм не підпорядковані (працівники міліції, державних інспекцій, державної контрольно-ревізійної служби та ін.). Вони наділені правом застосовувати адміністративний примус, а деякі з них – і адміністративні стягнення за вчинені адміністративні правопорушення. При виконанні службових повноважень вони майже завжди є посадовими особами.

Адміністративно-правовий статус службовців органів місцевого самоврядування визначений у Законі України «Про службу в органах місцевого самоврядування».

Органи місцевого самоврядування до кола державних органів не входять. Про це свідчить і порядок їх створення, і відсутність підлеглості один одному, і встановлений порядок матеріально-фінансового забезпечення, проходження служби в цих організаціях тощо. Але якщо проаналізувати їх адміністративно-правовий статус, завдання, функції, взаємовідносини з державними органами, то можна вести мову про особливий статус цих утворень, який значною мірою наближається до статусу державних органів, передусім місцевих державних адміністрацій. У зв'язку з цим слід навести ознаки, що свідчать про зазначену близькість:

- обласні та районні ради як органи місцевого самоврядування представляють спільні інтереси територіальних громад сіл, селищ і міст, затверджують програми соціально-економічного та культурного розвитку відповідних областей, районів, контролюють їх виконання. Виконання ж державних і регіональних програм згідно із ст. 119 Конституції України забезпечують місцеві державні адміністрації;

- аналіз закріплених у чинних законах завдань і функцій органів місцевого самоврядування і місцевих державних адміністрацій дає змогу зробити висновок, що по шістнадцяти позиціях вони збігаються повністю, а по дванадцяти – частково;

- органам місцевого самоврядування можуть надаватися законом окремі повноваження органів виконавчої влади, здійснення яких фінансується державою у повному обсязі за рахунок коштів Державного бюджету України або шляхом віднесення до місцевого бюджету у встановленому законом порядку окремих загальнодержавних податків, передання органам місцевого самоврядування відповідних об'єктів державної власності;

- органи місцевого самоврядування наділені правом делегування місцевим державним адміністраціям окремих своїх повноважень, і навпаки;

- держава фінансово підтримує місцеве самоврядування, бере участь у формуванні доходної частини бюджетів місцевого самоврядування. Якщо витрати органів місцевого самоврядування виникли внаслідок рішень органів державної влади, то вони компенсуються державою;

- з питань здійснення органами місцевого самоврядування повноважень органів виконавчої влади вони підконтрольні відповідним органам виконавчої влади;

- до прийняття Закону України «Про службу в органах місцевого самоврядування» на службовців органів місцевого самоврядування поширювалися положення Закону України «Про державну службу». Служба в органах місцевого самоврядування не є державною, але вона не може прирівнюватися і до служби в недержавній сфері (в об'єднаннях громадян) з огляду на те, що у держави зовсім інші відносини з місцевим самоврядуванням, ніж з об'єднаннями громадян. Достатньо констатувати факт, що на рівні Закону України врегульовано правовий статус службовців органів місцевого самоврядування, чого не зроблено щодо жодного з громадських об'єднань, які діють відповідно до Закону України «Про об'єднання громадян». Служба в органах місцевого самоврядування є професійною; на постійній основі діють особи, які обіймають посади в органах місцевого самоврядування й їх об'єднаннях; їх діяльність спрямована на здійснення завдань і функцій місцевого самоврядування, реалізацію повноважень органів місцевого самоврядування; вони отримують заробітну плату за рахунок коштів місцевого бюджету.

Важливими ознаками будь-якого органу місцевого самоврядування є його права, організаційна та фінансова автономія щодо інших органів місцевого самоврядування, а також державних органів. Суть правової автономії зумовлюється наявністю в органів місцевого самоврядування власних повноважень, визначених Конституцією і законодавством. Організаційна автономія виражається в тому, що орган місцевого самоврядування має змогу сам визначати власну внутрішню структуру з тим, щоб вона відповідала місцевим потребам і забезпечувала ефективне управління. Фінансова автономія полягає у праві органів місцевого самоврядування на володіння та розпорядження власними коштами, достатніми для здійснення своїх функ-

цій і повноважень [2, с. 217]. Хоча місцеве самоврядування, його органи згідно з Конституцією України не входять до механізму державної влади, це не означає його повної автономності від державної влади, державного управління. Місце та роль органів місцевого самоврядування в системі державного управління визначаються структурою їх повноважень, що включають:

- власні (самоврядні) повноваження, здійснення яких пов'язане з вирішенням питань місцевого значення, наданням громадських послуг населенню;

- делеговані повноваження (окремі повноваження органів виконавчої влади, надані законом органам місцевого самоврядування), здійснення яких пов'язане з виконанням функцій виконавчої влади на місцях.

### Висновки

Служба в органах місцевого самоврядування має розглядатися як самостійний вид публічної служби. Вона не повинна ототожнюватися як із державною (незважаючи на те, що категорії та ранги службовців органів місцевого самоврядування встановлені за зразком для державних службовців), так і службою в недержавній сфері – об'єднаннях громадян. Служба в органах місцевого самоврядування базується на загальних засадах публічної служби в Україні (законності, прі-

оритету прав і свобод людини, професіоналізмі та компетентності службовців, рівного доступу громадян до служби з урахуванням їх ділових якостей і професійної підготовки, підконтрольності та підзвітності службовців, їх відповідальності за невиконання своїх службових обов'язків, заборони сумісництва та зайняття підприємницькою діяльністю, гласності публічної служби, правової та соціальної захищеності службовців, позапартійності публічної служби) і здійснюється на основі єдиної державної політики. Крім того, в її основу мають бути покладені специфічні принципи, притаманні лише цій формі публічної служби: самостійності органів і посадових осіб місцевого самоврядування в межах їх повноважень; відповідальності службовця перед територіальною громадою; поєднання загальних вимог до служби в органах місцевого самоврядування, встановлених законодавством, національних, історичних та місцевих традицій служби, визначених статутами територіальних громад [3, с. 232].

### Література

1. *Адміністративне право України*: Академічний курс: У 2 т. – К., 2004. – Т. 1. – 584 с.
2. *Державне управління* / А. Ф. Мельник, О. Ю. Оболенський, А. Ю. Васіна, Л. Ю. Гордієнко; За ред. А. Ф. Мельник. – К., 2003. – 343 с.
3. *Ківалов С. В., Біла Л. Р.* Адміністративне право України. – О., 2002. – 312 с.

*In this paper we consider the question of the theory of administrative law and sector-specific legislation, the definition of the legal status of local governments.*

*В статье рассматривается такой вопрос теории административного права и отраслевого законодательства, как определение правового статуса органов местного самоуправления.*





## АДМІНІСТРАТИВНІ ПОСЛУГИ У ДІЯЛЬНОСТІ ВІТЧИЗНЯНИХ КОРПОРАЦІЙ

*Анфіса Нашинець-Наумова,*

*старший викладач кафедри конституційного і адміністративного права  
Національного авіаційного університету*

*У статті розглядаються проблемні питання ефективності надання адміністративних послуг у сфері діяльності вітчизняних корпорацій.*

**Ключові слова:** надання адміністративних послуг, корпоративні правовідносини, законодавство, корпоративна діяльність.

Одним із найгостріших питань, що стоять перед владними інституціями української держави впродовж усього часу її самостійного та незалежного існування, залишається необхідність проведення в Україні адміністративної реформи. За результатами аналізу стану правового регулювання відносин у сфері надання адміністративних (управлінських) послуг як в українському законодавстві, так і в законодавстві європейських держав, узагальнення думки провідних українських та іноземних фахівців, з метою врегулювання на законодавчому рівні багатоманітних процедурних відносин в управлінській діяльності органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб та на виконання відповідних доручень Кабінету Міністрів України Міністерством юстиції України розроблено проект Адміністративно-процедурного кодексу України, який знаходиться на розгляді Верховної Ради України. На необхідність впровадження адміністративної реформи та прийняття Адміністративно-процедурного кодексу України звертає увагу і Президент України. На відкритті десятої сесії Верховної Ради України шостого скликання В. Янукович зазначив, що основне завдання – це суттєве скорочення бюрократичного апарату, підвищення дисципліни та якості послуг на рівні регіонів.

Правове регулювання порядку надання адміністративних послуг існує в більшості європейських країн, де ефективно діють кодифіковані акти, присвячені детальній регламентації процедур у діяльності органів влади в частині їх взаємовідносин з фізичними й юридичними особами. Зокрема, у Федеративній Республіці Німеччині й Естонії існують закони про адміністративну процедуру, в Австрійській Республіці – Загальний закон про адміністративну процедуру, в Нідерландах – Акт із загального адміністративного права, в Польщі – Кодекс адміністративного провадження, в США – Федеральний закон

про адміністративну процедуру. Серед країн СНД уперше в Україні розроблено законодавчий акт про адміністративні процедури.

В останні роки питанню впорядкування адміністративних послуг надається особливе значення на вищому рівні державної влади. В умовах кризи та депресії малого та середнього бізнесу ця сфера державного управління, яка давно вже потребувала змін і ґрунтовного підходу, стає ще актуальнішою.

**Метою цієї статті** є правовий аналіз надання адміністративних послуг у сфері корпоративної діяльності.

Теоретичні та практичні питання надання адміністративних послуг, їх особливості й ознаки досліджувалися такими вченими-адміністративістами, як І. Коліушко, І. Голосніченко, А. Вишневський, В. Дубович, В. Колпаков та ін.

Вітчизняна правова наука єдиного підходу до розуміння поняття «адміністративні послуги» ще не виробила. Більше того, вони не сприймаються українськими ученими. Деякі представники юридичної науки ставлять під сумнів саму можливість вживання категорії «послуги» щодо діяльності органів влади, які здійснюють владні повноваження. Запровадження нової ідеології функціонування, насамперед, органів виконавчої влади є одним із основних завдань адміністративної реформи, в ході реалізації якої необхідно досягти такого стану, коли виконавча влада, реалізуючи призначення демократичної соціальної правової держави, створює умови для реалізації прав і свобод громадян, а також надання їм широкого кола адміністративних послуг. Саме такий підхід до запровадження нової ідеології функціонування виконавчої влади закладений у Концепції адміністративної реформи в Україні, основні положення якої Указом Президента України від 22.07.1998 р. № 810 покладені в основу здійснення реформування системи державного управління.

Наголос робиться на необхідності вироблення нової управлінської ідеології, спрямованої на оновлення адміністративної культури, орієнтацію управлінського персоналу на служіння людині. Зазначена Концепція вихідними концептуальними засадами реформування органів виконавчої влади визначає необхідність, зокрема, переорієнтації діяльності цих органів із суто адміністративно-розпорядчих функцій на надання адміністративних послуг усім особам. Демократична, гнучка й ефективна організація управління повинна базуватися на формуванні ефективного механізму надання населенню повноцінних адміністративних послуг. Концепцією адміністративної реформи в Україні пропонується законодавчо унормувати порядок надання органами виконавчої влади адміністративних послуг, у тому числі у сфері корпоративної діяльності [1].

Досить важливим у світлі належного забезпечення конституційних прав, свобод та інтересів фізичних і юридичних осіб є питання надання адміністративних (управлінських) послуг у сфері корпоративної діяльності.

При визначенні терміна «управлінські послуги» слід виходити з етимології слів «послуги» (як діяльність із задоволення певних інтересів) та «управлінські» (що вказує на характер діяльності суб'єкта, який надає такі послуги). Отже, адміністративні (управлінські) послуги – це діяльність уповноважених на те органів виконавчої влади й органів місцевого самоврядування, спрямована на забезпечення передбачених законом прав та інтересів фізичних і юридичних осіб, які виявили ініціативу в їх реалізації [2, с. 30–34]. І. Голосніченко зазначає, що адміністративна послуга – це система організаційних дій, які вчиняються органами виконавчої влади або органами місцевого самоврядування (в деяких випадках із застосуванням заходів примусу), врегульованих адміністративним правом, спрямованих на створення умов щодо задоволення прав, свобод і законних інтересів людини та громадянина або юридичної особи приватного права за їх заявою або за ініціативою органу публічної адміністрації (державного органу або органу місцевого самоврядування) [3, с. 95].

На відміну від послуг цивільно-правового характеру, адміністративні послуги мають певні особливості [4, с. 79–86]:

- переважна кількість адміністративних послуг надається за рахунок коштів державного чи місцевого бюджетів;

- адміністративні послуги надаються виключно органами державної влади, уповноваженими на те державними підприємствами, установами й організаціями, органами місцевого самоврядування – в порядку здійснення ними своїх завдань, які визначені законом;

- адміністративні послуги надаються для реалізації фізичними й юридичними особами своїх прав, свобод і законних інтересів шляхом вирішення відповідних процедурних питань.

Можна виділити такі ознаки адміністративних (управлінських) послуг у сфері корпоративної діяльності: управлінські послуги, що надаються лише за ініціативою акціонерів і корпорації (за їх зверненням); необхідність (і відповідно можливість) отримання конкретної управлінської послуги, безпосередньо передбаченої законом; надання кожної управлінської послуги відповідним органом виконавчої влади або органом місцевого самоврядування в межах наданих їм повноважень; виконання певних вимог, визначених законом, при отриманні управлінських послуг акціонерами та корпораціями (тобто має бути дотриманий встановлений порядок (процедура) надання відповідної послуги).

Для кращого розуміння сутності такого явища, як адміністративні (управлінські) послуги відносно діяльності корпорацій можна навести конкретні приклади. Для цього було б корисно створити загальний перелік управлінських послуг і спробувати їх класифікувати. У чинному законодавстві на сьогодні можна виділити такі групи управлінських послуг за їх предметом:

- видача дозволів (наприклад, на зайняття окремими видами підприємницької діяльності; на проведення мітингів, демонстрацій; на розміщення реклами; на придбання, зберігання, носіння та перевезення зброї; на створення творчих груп для виготовлення телерадіопродукції), у тому числі акредитація, атестація, сертифікація (наприклад, акредитація вищих навчальних закладів, закладів охорони здоров'я; атестація підприємств, робочих місць, судових експертів; сертифікація товарів, робіт і послуг);

- реєстрація з веденням реєстрів (наприклад, реєстрація актів громадянського стану, суб'єктів підприємницької діяльності, автомобілотранспортних засобів), у тому числі легалізація суб'єктів (наприклад, легалізація об'єднань громадян);

- легалізація актів (наприклад, консульська легалізація документів), нострифікація (визнання дипломів, виданих в інших країнах) та верифікація (встановлення достовірності сертифікатів про походження товарів з України);

- соціальні управлінські послуги (наприклад, призначення субсидій, пенсій) тощо.

Забезпечення управлінських послуг має бути спрямоване на розроблення певних уніфікованих стандартів для впорядкування діяльності органів у зазначеній сфері. Така уніфікація своїм результатом може мати уза-

гальнений нормативний акт, який був би важливою гарантією прав громадян у їх відносинах із публічними інституціями та реально сприяв би громадянам у реалізації їх прав і свобод. Певним підтвердженням цього стали прийняті Кабінетом Міністрів України постанови щодо впорядкування адміністративних (управлінських) послуг [6; 7], Пере-

лік адміністративних послуг, які надаються як платно, так і безоплатно Державною комісією з регулювання ринків фінансових послуг України (розпорядження Держфінпослуг від 24.11.2011 р. № 706; розпорядження Кабінету Міністрів України від 21.11.2011 р. № 892) та ін. Наведемо деякі приклади таких послуг (табл. 1, 2).

Таблиця 1

**Перелік платних адміністративних послуг, що надаються Державною комісією з регулювання ринків фінансових послуг України**

Найменування послуг	Нормативно-правовий акт, яким встановлено розмір плати за надання послуг
I. Проведення страхової діяльності	
Видача ліцензії на:	
страхування фінансових ризиків	Постанова КМУ від 13.04.2005 р. № 286
страхування інвестицій	Постанова КМУ від 13.04.2005 р. № 286
Видача дублікатів ліцензії	Постанова КМУ від 13.04.2005 р. № 286
Видача копії ліцензії	Постанова КМУ від 13.04.2005 р. № 286
II. Проведення діяльності з надання фінансових послуг, що передбачають пряме або опосередковане залучення фінансових активів від фізичних осіб	
Видача ліцензії на здійснення переказу коштів	Розпорядження Держфінпослуг від 29.12.2003 р. № 188
III. Проведення господарської діяльності, пов'язаної із збиранням і використанням інформації, яка складає кредитну історію	
Видача ліцензії	Постанова КМУ від 29.11.2000 р. № 1755

Таблиця 2

**Перелік адміністративних послуг, які безоплатно надаються Державною комісією з регулювання ринків фінансових послуг України**

Найменування послуг	Нормативно-правовий акт, яким встановлено розмір плати за надання послуг
Внесення інформації про фінансову установу до Державного реєстру фінансових установ і видача свідоцтва про реєстрацію фінансової установи	Розпорядження Держфінпослуг від 28.08.2003 р. № 41
Внесення інформації про аудитора до реєстру аудиторів, які можуть проводити аудиторські перевірки фінансових установ	Розпорядження Держфінпослуг від 19.02.2004 р. № 86
Видача свідоцтва на право займатися актуарними розрахунками та посвідчувати їх	Розпорядження Держфінпослуг від 08.02.2005 р. № 3519
Погодження Держфінпослуг проектів рішення щодо тимчасового припинення сплати пенсійних внесків	Розпорядження Держфінпослуг від 17.09.2009 р. № 682
Внесення інформації про юридичну особу публічного права до Державного реєстру фінансових установ та видача свідоцтва про реєстрацію фінансової установи	Розпорядження Держфінпослуг від 28.08.2003 р. № 41
Внесення інформації про фінансову компанію до Державного реєстру фінансових установ	Розпорядження Держфінпослуг від 05.12.2003 р. № 152

Наведений у таблицях перелік адміністративних послуг дає можливість встановити, що надання адміністративних послуг як вид процесуальних відносин може бути здійснене лише державними органами за чітко визначеним порядком і виключно за законом. Законодавцем повинні бути чітко регламентовані загальні вимоги до проваджень із надання адміністративних (управлінських) послуг у сфері корпоративної діяльності, розмір оплати за адміністративні послуги повинен обмежуватися фактичними витратами на їх надання. Акціонеру має гарантуватись отримання результату в найкоротший, розумно обґрунтований строк (максимум – один місяць). Обмеження строками не лише дисциплінують вповноважені владні органи, а й стимулюватиме їх до перегляду та спрощення процедур надання управлінських послуг, наприклад, шляхом спрощення чи скасування внутрішніх процедур погодження, візування тощо.

#### Висновки

Чітка та максимально повна регламентація способу діяльності органів виконавчої влади під час надання адміністративних (управлінських) послуг унеможливить зловживання при здійсненні посадовими особами своїх повноважень, що, у свою чергу, сприятиме забезпеченню дотримання прав, свобод

і законних інтересів фізичних та юридичних осіб. Крім того, законодавче встановлення процедури надання адміністративних (управлінських) послуг сприятиме утвердженню конституційного принципу, за яким органи державної влади й органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України (ч. 2 ст. 19 Конституції України). Президент України В. Янукович під час засідання Комітету з економічних реформ зазначив: «Необхідно забезпечити створення єдиного державного Інтернет-порталу адміністративних послуг, аби люди, суспільство, підприємці чітко усвідомлювали, де самодіяльність чиновників, а де чітко затвержені за державою повноваження».

#### Література

1. *Адміністративні послуги – обличчя влади для громадян* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.center.gov.ua>.
2. *Коліушко І., Тимошук В.* Управлінські послуги – новий інститут адміністративного права // *Право України*. – 2001. – № 5. – С. 30–34.
3. *Голосніченко І., Стахурський М.* Адміністративний процес / За ред. І. П. Голосніченка. – К., 2003. – 256 с.
4. *Демський Е. Ф.* Адміністративні послуги та їх юридична природа // *Юридична наука*. – 2001. – № 1. – С. 79–86.

*In the article the problem questions of efficiency of grant of administrative services are examined in the field of corporate activity.*

*В статье рассматриваются проблемные вопросы эффективности предоставления административных услуг в сфере деятельности отечественных корпораций.*



## ПОНЯТТЯ ОРГАНІВ ПУБЛІЧНОЇ АДМІНІСТРАЦІЇ ЯК СКЛАДОВОЇ ЧАСТИНИ ДЕРЖАВНОГО АПАРАТУ

*Тетяна Друцл,*

*здобувачка кафедри управління, адміністративного права  
і процесу та адміністративної діяльності  
Національного університету державної податкової служби України*

*Стаття присвячена вивченню природи походження, змісту та сутності поняття «публічна адміністрація», а також аналізу сучасного стану теоретичного та практичного розроблення питання статусу органів публічної адміністрації як складової частини державного апарату України.*

**Ключові слова:** публічна адміністрація, органи виконавчої влади, органи місцевого самоврядування, органи публічної адміністрації.

Однією з важливих проблем, що постає перед нашою державою, є забезпечення ефективної організації та діяльності всієї системи органів державної влади. Проголошений Україною курс на інтеграцію до Європейського Союзу передбачає досягнення реальної демократії, побудову громадянського суспільства, дотримання верховенства права. Європейський вибір пояснюється тим, що саме завдяки ефективній організації та відкритості діяльності владних структур вдається забезпечити високий рівень життя, реалізувати надані законом права і свободи людини та громадянина.

Аналіз сучасного стану теоретичного та практичного розроблення питання статусу органів публічної адміністрації як складової частини державного апарату України дозволяє виявити деякі проблемні моменти, які необхідно розглянути, та запропонувати шляхи їх вирішення. Зокрема, йдеться про збереження впливу традиційних підходів і методів у теоретичному аналізі феномена виконавчої влади, існування прогалін і суперечностей у правовому регулюванні питань, пов'язаних із діяльністю органів публічної адміністрації в Україні.

**Метою цієї статті** є вивчення й аналіз терміна «публічна адміністрація» та розкриття змісту поняття «органи публічної адміністрації» як складової частини державного апарату України.

У сфері виконавчої влади України відбуваються зміни, зумовлені реорганізацією органів державної влади з метою подальшої «європеїзації» державного апарату України.

Науковий аналіз, проведений нами, свідчить про те, що питання статусу органів пуб-

лічної адміністрації потребує подальшого вивчення. Так, для розкриття змісту поняття «органи публічної адміністрації» велике значення мають наукові розробки таких вітчизняних і зарубіжних учених – теоретиків держави і права та фахівців у галузі конституційного й адміністративного права, як В. Авер'янов, Є. Курінний, А. Пухтецька, Н. Гнидюк, М. Беньо, Ю. Панейко, О. Васильєва, І. Коліушко, В. Тимошук, В. Галуцько, В. Олефір, М. Пихтін, О. Онищук, Ю. Гридасов, М. Новіков, У. Палієнко, І. Дьомін, О. Єшук та ін.

Органи публічної адміністрації відіграють важливу роль у системі державної влади, хоча законодавчо визначення «публічна адміністрація» в Україні не закріплено. Щодо вживання власне конструкції «публічна адміністрація», то це одна з принципових новацій Концепції адміністративної реформи, її методологічна основа. Враховуючи зміст адміністративної реформи важко не погодитися з точкою зору Є. Курінного, який під адміністративною реформою розуміє комплекс організаційно-правових заходів, спрямованих на трансформацію діючої системи і структури органів публічної адміністрації, виконання покладених на них завдань, надійне забезпечення прав і законних інтересів людини та громадянина, а також на створення, за необхідності, нових інститутів державної влади [1, с. 3].

В юридичній науці та науці управління, а також у вітчизняному законодавстві державне управління та місцеве самоврядування розглядали як два абсолютно незв'язаних явища. Але теорія та практика розвинутих зарубіжних країн, реалізація адміністративної реформи в Україні переконливо свідчить, що систему органів виконавчої влади, які здійснюють адміністративно-управлінські функції, слід розглядати цілісно. Для означення від-

повідної системи органів виконавчої влади у багатьох країнах світу використовується термін «публічна адміністрація» (*public administration*).

Поширений на Заході термін позначення всієї системи публічних інституцій та їх діяльності – «публічна адміністрація» дає можливість розв'язати цю проблему. Ядром поняття «публічне» є «спільне, доступне для всіх, яке служить всім» [2, с. 51]. «Публічність, – зазначав Г. Гегель, – важливий формуючий засіб для державних інтересів... через публічність утверджується перш за все момент загальної обізнаності» [3, с. 351]. На думку І. Куян, публічність передбачає, що організація та діяльність держави, її владних структур є «прозорою» для всіх своїх членів – індивідів та їх множин [4, с. 55].

З точки зору права прикметник «публічне» дає змогу органічно поєднати в собі державну та самоврядну адміністрації, а слово «адміністрація», яке походить від латинського *ministrare* (служити), вказує на підпорядкованість політичній владі та служіння публічним інтересам як основне завдання в діяльності публічної адміністрації [1, с. 3]. Загалом поняття «публічна адміністрація» в адміністративному праві західних країн визначають як організацію і діяльність органів та установ, підпорядкованих політичній владі, які забезпечують виконання закону, діють у публічних інтересах і наділені прерогативами публічної влади [5, с. 32]. Таке розуміння природи адміністративної влади й адміністративної діяльності органів державної влади, місцевого самоврядування, інших публічних інституцій дає можливість також чітко розмежовувати політику й адміністрування.

В літературних джерелах, на жаль, нерідко зустрічається переклад терміна «публічна адміністрація» як «державне управління» [6, с. 160], проте поняття «публічна адміністрація» не тотожне поняттю «державне управління», воно значно ширше за обсягом, багатше за змістом [5, с. 28].

Науковий термін «публічна адміністрація» почав застосовуватися у країнах із континентальною системою адміністративного права, зокрема у Франції, а згодом був сприйнятий адміністративно-правовою наукою більшості країн світу. Проте вперше він використаний у праві Європейського Союзу. Аналіз окремих нормативно-правових актів Європейського Союзу свідчить, що у європейському праві існує два визначення поняття «публічна адміністрація»: у вузькому та широкому розумінні. У вузькому розумінні «публічну адміністрацію» розглядають як регіональні органи, місцеві й інші органи публічної влади, «центральні уряди» та «публічну службу» [7, с. 74].

У праві Європейського Союзу органи публічної влади розглядають як: «інституції регіонального, місцевого або іншого характеру, інші органи, діяльність яких регулюється нормами публічного права або діями держав-членів; органи, наділені достатніми суверенними повноваженнями країни, які з формальної точки зору не є частиною адміністративного апарату держави-члена, але структура та завдання якого визначені в законі (причому ці завдання належать сфері функціонування держави)» [7, с. 75]. Таким чином, у вузькому розумінні публічна адміністрація – це система органів публічної влади, які здійснюють свої завдання у сфері функціонування держави виключно в інтересах суспільства. У широкому розумінні в європейському праві до «публічної адміністрації», крім органів публічної влади, відносять органи, які не входять до неї організаційно, але виконують делеговані нею функції [8, с. 27].

Ми поділяємо точку зору, згідно з якою публічну владу (або органи публічної влади) слід розуміти як будь-яку установу публічного права (включаючи державу, регіональні та місцеві органи державної влади, незалежні публічні підприємства) та будь-яких фізичних осіб під час виконання ними повноважень офіційних органів [9]. Таким чином, у широкому розумінні до «публічної адміністрації», крім органів публічної влади, органів, що виконують делеговані їм органами публічної влади функції, відносяться незалежні публічні підприємства та будь-які фізичні особи під час виконання ними повноважень офіційних органів.

Підтвердженням існування тлумачення терміна «публічна адміністрація» у широкому та у вузькому розумінні є роботи європейських учених, які під поняттям «публічна адміністрація» розглядають як сукупність органів, установ та організацій, що здійснюють адміністративні функції, або адміністративну діяльність, яка здійснюється цією адміністрацією в інтересах суспільства; сферу управління публічним сектором з боку тієї ж публічної адміністрації [10, с. 42]. Так, М. Бенно термін «публічна адміністрація» розуміє як сукупність організаційних дій, діяльності та заходів, які виконуються різними суб'єктами, органами й інституціями на основі закону та у межах визначених законом форм для досягнення публічного інтересу [11, с. 10].

Із викладеного випливає, що термін «публічна адміністрація» може означати «діяльність» відповідних органів влади. Публічна адміністрація – це організація та діяльність органів і установ, які підпорядковані політичній владі та забезпечують виконання законів, діючи в публічних інтересах, і наділені прерогативами публічної влади [5, с. 32].

Слід також зазначити, що поняття публічної адміністрації не є новинкою для України. Воно вживається у працях українських адміністративістів, які працювали поза межами радянської правової школи, наприклад у Ю. Панейка [12, с. 167]. Основою адміністративного права є саме те, що воно регулює організацію та діяльність органів публічної адміністрації. Важливість цього поняття для права адміністративної процедури важко переоцінити, оскільки саме на регулювання діяльності публічної адміністрації спрямоване адміністративно-процедурне законодавство [13].

У вітчизняній правовій науці поширеним є тлумачення публічної адміністрації як сукупності органів виконавчої влади й органів місцевого самоврядування [14, с. 201]. Все це зумовлює необхідність повернення до теорії публічної адміністрації як методологічної основи адміністративного права та до використання категорії «публічна адміністрація» як базової.

О. Васильєва вважає, що на першому місці для органів публічної адміністрації має знаходитися принцип служіння людині, громадянину та суспільству в цілому [15]. Публічна адміністрація – це органи виконавчої влади, місцевого самоврядування та інші суб'єкти, які відповідно до закону чи адміністративного договору мають повноваження забезпечувати виконання публічних функцій, свою діяльність спрямовують на забезпечення інтересів громадян. Різноманітні контрольні механізми покликані не лише запобігати певним ризикам у діяльності публічної адміністрації, не лише виявляти невиконання прямих обов'язків посадовцями чи органами публічної адміністрації, а й впливати на владу, вчасно повідомляти про потребу застосування відповідних заходів, що можуть позитивно позначитися на виконанні поставлених завдань, дотриманні встановлених норм і правил, на здійснення діяльності в інтересах громадян [16, с. 63].

У Концепції адміністративної реформи України публічна адміністрація розглядається як сукупність органів та інших інституцій, підпорядкованих політичній владі, які забезпечують виконання закону та здійснюють інші публічно-управлінські функції. Насамперед, увага приділяється органам виконавчої влади, які виконують адміністративні функції держави та у зв'язку з цим є найближчими до населення, тобто здійснюють свою діяльність публічно. Призначення органів публічної адміністрації полягає у виконанні рішень, прийнятих безпосередньо народом або його представницькими органами; втіленні вираженої в законах волі суспільства; розробленні та реалізації програм розвитку суспіль-

ства; забезпеченні дотримання законодавчих норм (дії органів публічної адміністрації мають спиратися на закони та бути спрямовані на їх виконання); нормотворчій діяльності (видання указів, розпоряджень); організації, здійсненні й управлінні внутрішніми та зовнішніми справами в державі; в управлінні галузями народного господарювання; управлінні функціонуванням органів та установ, що забезпечують повсякденну життєдіяльність людей і громад; у забезпеченні громадського порядку, стабільності, безпеки в суспільстві; захисті прав і свобод людини та громадянина [17, с. 205]. До органів та інституцій публічної адміністрації функціонально можуть належати також будь-які інші суб'єкти, що здійснюють публічно-управлінські функції (наприклад, орган професійного самоврядування, який держава законом уповноважила здійснювати певні реєстраційні функції, або підприємство, яке відповідно до законодавства надає адміністративні послуги, тощо). Для прикладу в італійській доктрині права до публічної адміністрації відносять усі структури, створені переважно для виконання одного з трьох завдань: сприяння політичним інститутам у сфері управління; виконання діяльності, спрямованої на досягнення завдань і функцій держави, визначених політичними інститутами; виготовлення продукції, надання послуг та отримання прибутку в колективних інтересах відповідно до настанов. Іншими словами, до органів публічної адміністрації відносяться структури, які відрізняються між собою за структурою організації та виконанням повноважень, які законодавчо на них покладені [18].

Слід зазначити, що, наприклад, В. Авер'янов, І. Коліушко, В. Тимошук під терміном «публічна адміністрація» пропонують розуміти сукупність органів виконавчої влади й органів виконавчого самоврядування, підпорядкованих політичній владі, які забезпечують виконання закону та здійснюють інші публічно-управлінські функції [19, с. 117; 20].

Учені-адміністративісти, зокрема В. Галуцько, Ю. Гридасов, І. Дьомін, О. Єщук, М. Новіков, В. Олефір, О. Онищук, У. Палієнко, М. Пихтін, на доктринальному рівні до органів публічної адміністрації відносять: органи виконавчої влади; органи місцевого самоврядування; об'єднання громадян чи підприємства при здійсненні делегованих державних функцій; посадових осіб будь-яких із зазначених колективних суб'єктів публічної адміністрації [21, с. 16].

На нашу думку, оскільки до складу публічної адміністрації входять не лише органи виконавчої влади, а й органи місцевого самоврядування, категорія «державне управління» не може на теоретичному рівні сприяти

визначенню основних засад місцевого самоврядування та взаємодії органів місцевого самоврядування з органами виконавчої влади, отже, і належним чином забезпечити ефективне функціонування публічної адміністрації в Україні.

Органи виконавчої влади, що здійснюють виконавчо-розпорядчу діяльність, та органи місцевого самоврядування, що розв'язують значну частину місцевих справ, управляють ними в інтересах суспільства та формуються навколо органів виконавчої влади, необхідно розглядати як одне ціле, тобто як систему органів публічної адміністрації, яка здійснює адміністративно-управлінські функції, а основні складові частини такої системи доповнюють і взаємодіють одна з одною з метою забезпечення інтересів як держави, так і суспільства.

Проведений аналіз дозволяє сформулювати таке визначення: *Органи публічної адміністрації* – це система органів виконавчої влади та місцевого самоврядування, підприємства, установи й організації у випадку делегування їм органами виконавчої влади та місцевого самоврядування частини своїх повноважень, будь-які інші суб'єкти, що здійснюють публічно-управлінські функції з метою досягнення публічного інтересу та надійного забезпечення прав й свобод людини та громадянина.

### Висновки

Основною метою внесення змін до Концепції адміністративної реформи в Україні є найповніше забезпечення конституційних прав і свобод громадян, правових засад організації державної влади, принципу верховенства права, гуманістичних вимог щодо діяльності держави шляхом створення системи органів публічної адміністрації, здатної істотно сприяти економічній стабільності в країні, підвищенню якісних стандартів життя й ефективності проведення економічних, політичних і соціальних реформ.

### Література

1. *Чи можна сподіватися на успіх адміністративної реформи в Четвертій республіці?* // Голос України. – 1997. – № 227.

*This article is devoted to the study of nature origin, meaning and essence of the concept of «public administration» as well as analysis of current theoretical and practical development of the status of public administration as part of Ukraine's state apparatus.*

*Стаття посвячена изучению природы происхождения, содержания и сущности понятия «публичная администрация», а также анализу современного состояния теоретической и практической разработки вопроса статуса органов публичной администрации в качестве составной части государственного аппарата Украины.*

2. *Гончак Я., Гнидюк Н.* Адміністративна реформа: нездійснені мрії та втрачені можливості. – К., 2002.

3. *Гегель Г.* Філософія права. – М., 1990.

4. *Куян І.* До питання про публічність і суверенність державної влади // Право України. – 2009. – № 11. – С. 52–57.

5. *Административное право зарубежных стран* / Под ред. А. Н. Козырина, М. А. Штатиной. – М., 2003. – 464 с.

6. *Райт Г.* Державне управління. – К., 1994. – 191 с.

7. *Гнидюк Н.* Визначення поняття публічної адміністрації в ACQUIS COMMUNAUTAIRE // Законодавство України. – 2006. – № 10. – С. 74–77.

8. *Ковалюк М. В.* Деякі проблемні питання делегування повноважень у сфері здійснення місцевого самоврядування // Держава та регіони. Сер.: Право. – 2001. – № 2. – С. 27–31.

9. *Recommendation No. R (84) 15 relating to public liability* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.coe.int>.

10. *Пухтецька А.* Європейський адміністративний простір як новела української адміністративно-правової науки: понятійно-термінологічна характеристика // Юридична Україна. – 2006. – № 8. – С. 41–45.

11. *Беньо М.* Вплив теорії публічної адміністрації на розвиток адміністративного права (приклад Польщі) // Законодавство України. – 2006. – № 7. – С. 8–12.

12. *Панейко Ю.* Теоретичні основи самоврядування. – Мюнхен, 1963. – 194 с.

13. [http://www.pravo.vuzlib.net/book\\_z1150\\_page\\_5.html](http://www.pravo.vuzlib.net/book_z1150_page_5.html).

14. *Адміністративне право України: Академічний курс: У 2 т.* – К., 2004. – Т. 1. – 584 с.

15. *Васильєва О. І.* Концептуальні підходи до реформування владних відносин в Україні [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.nbuv.gov.ua/portal/Soc\\_Gum/Dtr/du/2010\\_1/files/DU110\\_02.pdf](http://www.nbuv.gov.ua/portal/Soc_Gum/Dtr/du/2010_1/files/DU110_02.pdf). – Назва з екрану.

16. *Адміністративна реформа в Україні: шлях до Європейської інтеграції.* – К., 2008. – 322 с.

17. *Основи демократії* / За ред. А. Колодій. – К., 2004. – 668 с.

18. ([http://www.kapa.com.ua/lib/admin\\_pravo\\_zarubezh\\_stran\\_kozyrin-05-3.php](http://www.kapa.com.ua/lib/admin_pravo_zarubezh_stran_kozyrin-05-3.php)).

19. *Авер'янов В. Б.* Реформування українського адміністративного права: ґрунтовний привід для теоретичної дискусії // Право України. – 2003. – № 5.

20. *Коліушко І., Тимошук В.* Реформа публічної адміністрації на місцевому та регіональному рівні як один із напрямків адміністративної реформи [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.municipal.gov.ua/fond/default.asp?cid=1139>.

21. *Адміністративне право України в сучасних умовах (виклики початку ХХІ століття)* / В. В. Галунько, В. І. Олєфір, М. П. Пихтін та ін.; За ред. В. В. Галунька. – Херсон, 2010. – 376 с.





## ДО ПИТАННЯ ВИЗНАЧЕННЯ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ У ФІНАНСОВІЙ СФЕРІ

**Костянтин Радзівіл,**

*аспірант кафедри правознавства*

*Київського національного торговельно-економічного університету*

*У статті розглядаються проблеми вдосконалення адміністративної відповідальності у фінансовій сфері, аналізуються шляхи її вдосконалення.*

**Ключові слова:** юридична відповідальність, адміністративна відповідальність, адміністративна відповідальність у фінансовій сфері, державна фінансова безпека, забезпечення державної фінансової безпеки.

Здійснення будь-якого процесу у суспільстві вимагає участі держави. Ця участь може виявлятися у різних формах. Однією з основних форм впливу держави на розвиток суспільних відносин є правове регулювання останніх, що здійснюється за допомогою розроблення та закріплення у нормах права суб'єктивних юридичних прав і обов'язків. Разом із тим участь держави у регулюванні суспільних відносин не обмежується (не вичерпується) вказаним процесом. Важливим елементом діяльності держави є юридична відповідальність, яка може наставати у разі порушення будь-яким суб'єктом прав іншого суб'єкта або у разі неналежного виконання чи невиконання суб'єктом певного обов'язку, закріпленого у правових нормах.

Слід зазначити, що донині точаться наукові дискусії з приводу поняття «юридична відповідальність» та її видів. Свого часу О. Лейст звертав увагу на те, що поняття «юридична відповідальність» і ряд її вузлових проблем є предметом дискусії, яка не зупиняється протягом ряду років і в процесі якої закономірно виявляється потреба уточнення та розроблення методологічних питань, без чого немислимим є вироблення загальноновизнаного її поняття. Тривогу викликає не стільки кількість точок зору та визначень відповідальності, скільки уможливість деяких із них, відірваність їх від чинного законодавства і практики його застосування. Безумовно, завдання теорії права полягає не в коментуванні нормативних актів, але безспірним є й те, що вона не повинна настільки відриватися від правової реальності, щоб підняти один предмет дослідження іншим [1, с. 17]. Дослідники, як правило, розглядають юридичну відповідальність як один із різновидів соціальної відповідальності, вказуючи при цьому, що юридична відповідальність повинна містити основні ознаки соціальної відповідальності та мати відповідну їй структуру. Оскільки останню розглядають як єдність позитивного та ретроспективного аспектів, то ті самі аспекти повинні виділятися і в її юридичній формі [2, с. 26–27]. При цьому юридична

відповідальність матиме здебільшого ретроспективний характер, оскільки вона виникає після вчинення відповідного порушення [3, с. 33].

Останнім часом з'явилося багато нових проявів юридичної відповідальності, зафіксованих у різноманітних нормативно-правових актах, активізувалися наукові дослідження в галузі юридичної відповідальності, але й досі не створено цілісної системи логічно пов'язаних між собою уявлень про її зміст, цілі, функції, видове різноманіття. Цим зазвичай зумовлена певна хаотичність у правовому регулюванні відносин юридичної відповідальності, прикладом якої може бути підхід до визначення господарсько-правової відповідальності в Господарському кодексі (далі – ГК) України [3, с. 34].

Представники переважно галузевих юридичних наук не завжди обгрунтовано почали виділяти автономні види юридичної відповідальності, наприклад, конституційну відповідальність [4, с. 19; 5, с. 17], фінансові санкції [6, с. 281–283], оперативно-господарську відповідальність [7, с. 7–8], економічну відповідальність [8, с. 136–147] і навіть цивільно-адміністративну відповідальність [9, с. 17] тощо.

Слід зазначити, що, незважаючи на розмаїття підходів до визначення видів юридичної відповідальності, основний перелік її видів є таким: конституційна, кримінальна, адміністративна, дисциплінарна, цивільно-правова та матеріальна відповідальність. Безумовно, кожен із перелічених видів юридичної відповідальності має важливе суспільне значення, але у нашому дослідженні ми вважаємо за доцільне зупинитися лише на одному з них, а саме – на адміністративній відповідальності, яка, на нашу думку, істотно впливає на забезпечення державної фінансової безпеки.

Дослідження різних аспектів адміністративної відповідальності відображені у працях видатних учених-юристів. Але, на жаль, у жодній із них не було комплексно досліджено питання адміністративної відповідальності як засобу забезпечення фінансової безпеки України.

**Метою цієї статті** є визначення адміністративної відповідальності, яка настає за вчинення адміністративних правопорушень у фінансовій сфері.

Питання, що розглядається, є складним і багатоаспектним. Складність його полягає, по-перше, у тому, що серед науковців існують різні підходи до визначення адміністративної відповідальності; по-друге, у відсутності комплексного дослідження проблеми забезпечення фінансової безпеки України з юридичної точки зору; по-третє, у відсутності системного дослідження саме адміністративної відповідальності, що настає за вчинення адміністративних правопорушень у фінансовій сфері.

Насамперед слід з'ясувати змістовне наповнення поняття «адміністративна відповідальність у фінансовій сфері». В науці адміністративного права склалося кілька поглядів на визначення поняття та змісту адміністративної відповідальності в загальному розумінні. Так, М. Студенікіна вважає, що адміністративною відповідальністю, як правило, є застосування частини заходів адміністративного примусу, а саме – адміністративних стягнень [10, с. 88]. На думку І. Галагана, адміністративну відповідальність слід розуміти як застосування у встановленому порядку уповноваженими на це органами та службовими особами адміністративних стягнень, сформульованих у санкціях адміністративно-правових норм, до винних у вчиненні адміністративних проступків, що містять державний і громадський осуд, засудження їх особи і протиправного діяння, що виявляється у негативних для них наслідках, які вони зобов'язані виконати, і мають на меті їх покарання, виправлення та перевиховання, а також охорону суспільних відносин у сфері радянського державного управління [11, с. 41].

Адміністративна відповідальність, вважає Г. Бондаренко – «це форма реагування держави на правопорушення, що виявляється в застосуванні повноважними державними органами, службовими особами, громадськістю до винної особи адміністративних санкцій у межах і порядку, встановлених законодавством; це обов'язок правопорушника звітуватися за свою протиправну поведінку та зазнавати за неї несприятливі наслідки, що передбачені санкцією правової норми [12, с. 84]. На нашу думку такі погляди суттєво звужують значення адміністративної відповідальності, обмежуються лише застосуванням санкцій і не розкривають основну мету адміністративної відповідальності.

С. Гончарук зазначає: «Адміністративна відповідальність, як різновид правової відповідальності, – це специфічна форма негативного реагування з боку держави в особі її компетентних органів на відповідну категорію протиправних проявів (передусім адміністративних проступків), згідно з якою особи, що скоїли ці правопорушення, повинні дати відповідь перед повноважними державними органами за свої не-

правомірні дії і понести за це адміністративні стягнення в установленому законом порядку» [13, с. 19]. На нашу думку, це визначення ставить акцент лише на негативній формі реагування з боку держави, применшуючи значення адміністративної відповідальності в цілому.

Л. Попов визначає адміністративну відповідальність як реалізацію адміністративно-правових санкцій, застосування уповноваженим органом або посадовою особою адміністративних стягнень до громадян та юридичних осіб, які вчинили правопорушення [14, с. 335–336]. І. Голосніченко вважає, що адміністративна відповідальність – «це різновид юридичної відповідальності, що являє собою сукупність адміністративних правовідносин, які виникають у зв'язку із застосуванням уповноваженими органами (посадовими особами) до осіб, що вчинили адміністративний проступок, передбачених нормами адміністративного права особливих санкцій – адміністративних стягнень» [15, с. 430–432].

Є. Додін зазначає, що адміністративна відповідальність – «це визначення повноважними державними органами через застосування адміністративно-примусових заходів обмежень майнових, а також особистих благ та інтересів за здійснення адміністративних правопорушень» [16, с. 265–274].

Заслугує на увагу дефініція адміністративної відповідальності, запропонована В. Колпаковим, який вважає, що адміністративна відповідальність – «це примусове, з додержанням установленної процедури застосування правомочним суб'єктом передбачених законодавством за вчинення адміністративного проступку заходів впливу, які виконані правопорушником» [17, с. 290].

Іноді в спеціальній літературі трапляються досить незвичні визначення поняття, що розглядається. Так, російський дослідник А. Агапов вважає, що адміністративна відповідальність є різновидом правової відповідальності, суб'єктами якої є Російська Федерація, її регіони, уповноважені ними юридичні особи – органи виконавчої та законодавчої влади, суди, наділені повноваженнями у сфері адміністративного правосуддя, посадові особи зазначених органів, а також фізичні особи [18, с. 85–86].

Викладене дозволяє отримати чітке уявлення про сутність адміністративної відповідальності, її багатогранність. І хоча велика кількість досить різних за змістом визначень свідчить про відсутність загальноприйнятого поняття «адміністративна відповідальність», не будемо зупинятися на розкритті його змісту. Для нас важливішим є дослідження цього виду юридичної відповідальності за правопорушення, вчинені у фінансовій сфері. У зв'язку з цим вважаємо за необхідне навести думку Д. Лук'янца, який під час дослідження класифікації юридичної відповідальності зазначає, що «подальший поділ може відбуватись у межах зазначених видів юридичної відповідальності, але в будь-якому випадку слід звертати увагу на підстави класифі-

кації, дотримуючись положення про те, що наукова класифікація має бути природною. Таким чином, підставами подальшої класифікації можуть бути, наприклад, вид суб'єкта, що притягується до відповідальності, сфера відносин, які охороняються за допомогою цього виду відповідальності (об'єкт відносин відповідальності), а також особливості порядку реалізації відповідальності» [19, с. 47]. Разом із тим науковець зазначає, що найбільші можливості подальшої класифікації дають адміністративна та дисциплінарна відповідальність. Це цілком зрозуміло, адже з-поміж усіх гілок влади саме виконавча вирізняється найбільшою різноманітністю проявів владного впливу, що зумовлює різноманітність відносин адміністративної відповідальності [19, с. 47].

Зважаючи на наведену позицію та надзвичайну актуальність наукового розроблення питання забезпечення фінансової безпеки України, у тому числі засобів її забезпечення, вважаємо за необхідне у контексті нашого дослідження за об'єктом відносин адміністративної відповідальності виокремити адміністративну відповідальність у фінансовій сфері. Таке виокремлення, на нашу думку, є цілком природним, оскільки зростає значення суспільних відносин, що формуються у фінансовій сфері України. Запропоноване виокремлення автоматично потребує дослідження дефініції адміністративної відповідальності в фінансовій сфері, що дозволить виявити й окреслити певні особливості цього виду юридичної відповідальності, чітко відрізняти її з-поміж інших видів.

Ми пропонуємо *адміністративну відповідальність у фінансовій сфері розуміти як реакцію з боку держави, що виникає внаслідок вчинення певними суб'єктами адміністративних правопорушень у фінансовій сфері та полягає у цілеспрямованому застосуванні частини заходів адміністративного примусу – адміністративних стягнень.*

Після визначення поняття адміністративної відповідальності за правопорушення у фінансовій сфері, доцільно проаналізувати чинні адміністративно-правові норми, що встановлюють таку відповідальність.

Аналіз чинного Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП) підтверджує необхідність виокремлення існуючого масиву адміністративних правопорушень у фінансовій сфері, за які передбачена адміністративна відповідальність, оскільки глава 12 «Адміністративні правопорушення в галузі торгівлі, громадського харчування, сфері послуг, в галузі фінансів і підприємницькій діяльності» не відповідає сучасним вимогам щодо систематизації різних видів адміністративної відповідальності у межах одного кодифікованого акта. Із назви вказаної глави видно, що практики не виділяють в окрему главу адміністративні правопорушення у фінансовій сфері, за які передбачена адміністративна відповідальність. Розглядаючи більш детально вказане питання,

слід зазначити, що глава 12 КУпАП, яка фактично закріплює адміністративну відповідальність за правопорушення у фінансовій сфері, насправді закріплює лише певні її види, а саме – адміністративну відповідальність за порушення податкового та бюджетного законодавства.

Зазначимо, що при аналізі статей вказаної глави виникає ряд запитань, першим із яких є занадто абстрактне формулювання диспозиції правових норм, які передбачають адміністративну відповідальність у досліджуваній сфері. Так, ст. 164<sup>12</sup> КУпАП містить таке формулювання: використання бюджетних коштів усупереч їх цільовому призначенню або недотримання порядку проведення операцій з бюджетними коштами, як це встановлено чинним бюджетним законодавством, тягне за собою накладення штрафу на посадових осіб від тридцяти до сімдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Як видно з наведеного, у ст. 164<sup>12</sup> робиться посилання на інші нормативно-правові акти. Така ситуація, на нашу думку, значно ускладнює застосування адміністративної відповідальності за вчинені правопорушення.

Для вирішення питання, що розглядається, необхідно принаймні чітко визначити назви нормативно-правових актів, які містять зазначені правила. Іншими словами, необхідно чітко визначити адміністративно-правові норми, що встановлюють адміністративну відповідальність у фінансовій сфері.

Іншим проблемним питанням є фрагментарність закріплення правових норм у статтях чинного КУпАП. На нашу думку, необхідно відокремити в окрему главу (розділ) усі адміністративно-правові норми, що передбачають адміністративну відповідальність у фінансовій сфері (з одночасним погалузевим її формуванням). Це лише частина з існуючого масиву проблем правового регулювання адміністративної відповідальності за правопорушення у сфері фінансів.

Вихід із ситуації, що склалася, ми вважаємо у проведенні наукової систематизації адміністративно-правових норм, які передбачають адміністративну відповідальність за правопорушення у фінансовій сфері. Під час вказаного процесу насамперед доцільно звести всі існуючі статті в один акт, а потім доповнити їх необхідними нормами та закріпити в окремій главі КУпАП. У процесі вирішення вказаної проблеми постає проблема існування значного масиву правових норм, які встановлюють адміністративну відповідальність за правопорушення у фінансовій сфері. Оскільки проаналізований чинний КУпАП містить лише невелику кількість статей, що встановлюють адміністративну відповідальність у фінансовій сфері, то після глибокого аналізу нормативно-правової бази фінансової сфери було виявлено, що значна кількість адміністративно-правових норм міститься в інших нормативно-правових актах, які не завжди є законодавчими актами.

Адміністративно-правові норми, що стали безпосереднім об'єктом нашого дослідження, міс-

тяться у законах України: «Про Національний банк України», «Про банки та банківську діяльність», «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні», «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг», Бюджетному кодексі України, Митному кодексі України та КУпАП.

### Висновки

Проведений аналіз свідчить про неоднаковий рівень розроблення законів, що стосуються встановлення адміністративної відповідальності за правопорушення у фінансовій сфері.

Для врегулювання існуючих проблем, користуючись запропонованим визначенням адміністративної відповідальності у фінансовій сфері, вважаємо за необхідне розширити главу 12 КУпАП, додавши відповідні норми із зазначенням у них конкретних санкцій за визначені правопорушення, без відсилання до інших нормативно правових актів. Такі зміни, у разі їх прийняття, зможуть суттєво поліпшити ситуацію щодо притягнення до адміністративної відповідальності осіб за правопорушення у сфері фінансів.

### Література

1. *Лейст О. Э.* Санкции и ответственность по советскому праву (теоретические проблемы). – М., 1981. – 240 с.
2. *Похмелькин В. В.* Социальная справедливость и уголовная ответственность. – Красноярск, 1990. – 176 с.
3. *Лук'янець Д. М.* Адміністративно-деліктні відносини в Україні: теорія та практика правового регулювання. – Суми, 2006. – 367 с.
4. *Конституційне* право України / За ред. В. Ф. Погорілка. – К., 2000. – 732 с.
5. *Конституційне* право України / За ред. В. В. Кравченко. – К., 2000. – 320 с.
6. *Фінансове* право / Є. О. Алісов, Л. К. Воронова, С. Т. Кадькаленко та ін. – Х., 1998. – 496 с.
7. *Хавронюк М.* До питання про дію законів, що встановлюють юридичну відповідальність // Предпринимательство, хозяйство и право. – 1998. – № 4. – С. 7–8.
8. *Государственная* дисциплина и ответственность / Б. В. Дрейшев, Л. А. Николаева, Б. И. Кожохин и др. – Л., 1990. – 152 с.
9. *Фурса С. Я., Щербак С. В.* Виконавче провадження в Україні. – К., 2002. – 480 с.
10. *Советское* административное право / Под ред. В. И. Поповой, М. С. Студеникиной. – М., 1988. – 320 с.
11. *Галаган И. А.* Административная ответственность в СССР. – Воронеж, 1970. – 267 с.
12. *Бондаренко Г. П.* Адміністративна відповідальність в СРСР. – Л., 1975. – 176 с.
13. *Гончарук С. Т.* Адміністративна відповідальність за законодавством України. – К., 1995. – 78 с.
14. *Административное* право / Под ред. Ю. М. Козлова, Л. Л. Попова. – М., 1999. – 728 с.
15. *Адміністративне* право України: У 2 т. – К., 2004. – Т. 1. – 584 с.
16. *Державне* управління: теорія і практика / За ред. В. Б. Авер'янова. – К., 1998. – 432 с.
17. *Колтаков В. К.* Адміністративно-деліктний правовий феномен. – К., 2004. – 528 с.
18. *Агапов А. Б.* Административная ответственность. – М., 2000. – 251 с.
19. *Лук'янець Д. М.* Адміністративно-деліктні відносини в Україні: теорія та практика правового регулювання. – Суми, 2006. – 367 с.

*The purpose of this paper is to improve the administration in finance. The author of this definition of administrative responsibility in the financial sector and ways to improve it.*

*В статье рассматриваются проблемы совершенствования административной ответственности в финансовой сфере, анализируются пути ее совершенствования.*



## ПОНЯТТЯ ТА ПРОВАВА ПРИРОДА ФІНАНСОВИХ ПОСЛУГ

**Оксана Шевчук,**

канд. юрид. наук,

доцент кафедри правового регулювання економіки та правознавства  
Тернопільського національного економічного університету

*У статті розглядаються особливості визначення фінансових послуг у законодавстві України, а також ознаки та критерії класифікації фінансових послуг, запропоновані у науковій літературі та міжнародно-правових актах.*

**Ключові слова:** ринок фінансових послуг, фінансова послуга, супровідна послуга, операційна послуга, фінансова операція, фінансове посередництво, небанківська фінансова установа, універсальна фінансова установа, систематизація законодавства про фінансові послуги.

Зміна вектора економічного розвитку й обрання Україною курсу на побудову ринкової економіки зумовила у нашій державі ситуацію, коли у повному нормативно-правовому вакуумі розпочалося інтенсивне формування нових суспільних відносин, підпорядкованих виключно законам об'єктивного економічного розвитку. Сфера фінансових послуг уперше, подолавши рамки державної монополії, формувалася стихійно, що призводило до порушення прав вкладників фінансових установ, а також недоотримання значних податкових надходжень до бюджету. В таких умовах був прийнятий Закон України «Про фінансові послуги і державне регулювання ринку фінансових послуг» від 12.07.2001 р.

|| **Метою цієї статті** є аналіз поняття та правової природи фінансових послуг.

Окремі терміни, що перейшли в українське законодавство із західних джерел, не враховують національних стандартів нормативної лексики, не зовсім точно передають зміст відповідних понять. У Законі України «Про фінансові послуги і державне регулювання ринку фінансових послуг» (далі – Закон) фінансові послуги визначаються як операції з фінансовими активами, що здійснюються в інтересах третіх осіб за власний рахунок або за рахунок цих осіб, а у випадках, передбачених законодавством, – і за рахунок залучених від інших осіб фінансових активів, з метою отримання прибутку або збереження реальної вартості фінансових активів. Перелік фінансових послуг, зазначений у ст. 4 Закону, фактично продубльований у Законі України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом» від 28.11.2002 р. під назвою

«фінансова операція». У банківському законодавстві поняття «фінансова операція» є одним із основних і часто заміняє поняття «фінансова послуга». Глава 35 Господарського кодексу (далі – ГК) України регламентує фінансову діяльність суб'єктів господарювання, яка включає грошове й інше фінансове посередництво, страхування, а також допоміжну діяльність у сфері фінансів і страхування. Таким чином, у законодавстві відбувається підміна понять, яка негативно впливає на якість правового регулювання.

Насамперед, слід відрізнити фінансові послуги від фінансових операцій. Ці поняття, на нашу думку, співвідносяться як ціле та частина. Фінансові послуги та фінансові операції мають ряд спільних ознак, вони, зокрема:

- опосередковують рух фінансових активів;
- здійснюються в інтересах третіх осіб;
- надаються фінансовими установами;
- здійснюються на підставі відповідних дозволів і ліцензій;
- надаються з метою отримання прибутку;
- надаються на підставі договору, укладеного між фінансовою установою та клієнтом.

До ознак, які відрізняють фінансові послуги від фінансових операцій, належать:

- фінансова операція – найменший структурний елемент у системі фінансових послуг;
- фінансова операція конкретна і не може поділятися на складові частини;
- фінансова операція є складовою фінансової послуги;
- фінансова послуга може включати декілька фінансових і допоміжних операцій, а за необхідності – супутніх послуг і дій;
- фінансова послуга має споживчу вартість, яка відображається в тарифах.

Процес надання фінансової послуги передбачає низку фінансових і допоміжних операцій. *Фінансові операції* – це залучення, збе-

рігання, видача, управління, купівля, продаж та інші дії з фінансовими активами [1, с. 90]. *Допоміжні операції* – це здійснення обов'язкових дій (операцій) з не фінансовими активами, наприклад інформаційні та контрольні операції. Таким чином, фінансові послуги – це здійснення фінансових і допоміжних операцій, які в сукупності набувають споживчої вартості, мають попит і задовольняють потреби споживача [2, с. 31].

У 1997 р. в Україні запроваджена нова статистична класифікація видів економічної діяльності, в якій виокремлена фінансова діяльність (код 65), що охоплює, фінансове посередництво, грошове посередництво, фінансовий лізинг, надання кредитів, страхування (код 66), допоміжна діяльність у сфері фінансів і страхування (код 67) [3, с. 45]. Аналіз класифікації дозволяє зробити висновок, що фінансова діяльність, регламентована ГК України, включає фінансові послуги та супутні послуги. Супутні послуги надаються для поліпшення якості та ліквідності фінансових послуг. Так, для отримання довгострокового кредиту підприємству необхідно подати до банку пакет документів, серед яких має бути: аудиторський висновок щодо фінансового стану позичальника, звіт оцінювача майна з визначеною ліквідною вартістю предмета застави у разі його реалізації, належним чином підготовлений бізнес-план тощо. Отже, фінансова послуга – це надання довгострокового кредиту, що зумовлює споживання супутніх послуг аудиторських компаній, професійних оцінювачів майна, консалтингових та інших фірм [2, с. 21]. Таким чином, глава 35 ГК України фактично регулює порядок надання фінансових послуг, а саме: правовий статус фінансових установ, факторингові послуги банків, лізингові операції банків, ліцензування посередницької діяльності у сфері випуску й обігу цінних паперів та ін.

Закон України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» визначає загальні правові засади у сфері надання фінансових послуг, здійснення регулятивних і наглядових функцій за діяльністю з надання фінансових послуг. Тому цей Закон відносно ГК України є спеціальним у сфері регулювання ринку фінансових послуг.

Визначення фінансової послуги, зафіксоване у законодавстві України, фактично обмежує її економічний зміст терміном «операції з фінансовими активами». Але фінансова операція не завжди опосередковує рух фінансових активів. Прикладом цього є надання гарантій і поручительств. Так, у ч. 1 ст. 546 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України від

16.01.2003 р. зазначено: виконання зобов'язання може забезпечуватися неустойкою, порукою, гарантією, заставою, притриманням, завдатком. Таким чином, у Законі України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» засоби забезпечення зобов'язань трактуються як «фінансова послуга»; при цьому особливий статус надано лише двом видам забезпечення зобов'язань. Під засобами забезпечення зобов'язань, на думку В. Мамутова, слід розуміти передбачені законом або договором спеціальні засоби, покликані додатково стимулювати боржника до належного виконання ним свого зобов'язання за основним зобов'язанням, а у разі невиконання ним свого зобов'язання – служити засобом задоволення законних вимог кредитора [4, с. 607].

Якщо розглядати засоби забезпечення зобов'язань з позиції авторів Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг», то ознаки фінансових послуг притаманні також і заставі, завдатку та неустойці; адже це також операції з фінансовими активами, що здійснюються за власний рахунок, а у випадках, передбачених законодавством, і за рахунок залучених від інших осіб фінансових активів, з метою збереження реальної вартості фінансових активів. Ця колізія свідчить про необхідність законодавчого розмежування видів фінансових послуг і способів забезпечення зобов'язань.

Віднесення факторингу до переліку фінансових послуг, на нашу думку, також здійснено необґрунтовано. Відповідно до ч. 1 ст. 1077 ЦК України за договором факторингу одна сторона (фактор) передає або зобов'язується передати грошові кошти в розпорядження другої сторони (клієнта) за плату, а клієнт відступає або зобов'язується відступити факторові своє право грошової вимоги до третьої особи (боржника), а у ст. 512 зазначено, що кредитор у зобов'язанні може бути замінений іншою особою внаслідок передання ним своїх прав іншій особі за правочином (відступлення права вимоги). Боржник у зобов'язанні може бути замінений іншою особою (переведення боргу) лише за згодою кредитора (ст. 520 ЦК України).

Аналіз змісту згаданих правових норм дає підстави зробити висновок, що факторинг і відступлення права вимоги не відрізняються за своєю економічною природою. Різниця полягає лише у тому, що фактором може бути лише банк або фінансова установа, а також фізична особа – суб'єкт підприємницької діяльності, яка відповідно до закону має право здійснювати факторингові операції, а від-

ступлення права вимоги може здійснюватись і на користь юридичних осіб, які не мають статусу фінансової установи.

Міністерство юстиції України в своєму листі від 05.11.2004 р. зазначає: виходячи із загальних положень ЦК України (ст. 520) переведення боргу є заміною в зобов'язанні боржника іншою особою з відома кредитора, а не формою розрахунків (тобто не опосередковує рух фінансових активів. – *О. Ш.*). Таким чином, є всі підстави виключити факторинг і надання гарантій та поручительств із переліку фінансових послуг. Їх слід віднести до супутніх послуг, які надаються для поліпшення якості та ліквідності фінансових послуг.

Слід зазначити, що невдала дефініція обмежує можливість віднесення низки послуг, що надаються фінансовими установами, до фінансових. Так, у ст. 4 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» зазначено тільки 11 видів фінансових послуг:

- випуск платіжних документів, платіжних карток, дорожніх чеків та/або їх обслуговування, кліринг, інші форми забезпечення розрахунків;
- довірче управління фінансовими активами;
- діяльність із обміну валют;
- залучення фінансових активів із зобов'язанням щодо наступного їх повернення;
- фінансовий лізинг;
- надання коштів у позику, у тому числі на умовах фінансового кредиту;
- надання гарантій і поручительств;
- переказ грошей;
- послуги у сфері страхування та накопичувального пенсійного забезпечення;
- торгівля цінними паперами;
- факторинг.

Разом із тим Енциклопедичний довідник «Фінансові послуги України» містить опис близько 500 законодавчо дозволених фінансових послуг, які надаються фінансовими інститутами й іншими установами країни. Крім того, недосконале визначення фінансових послуг у законодавстві України блокує інтеграційні процеси, адже однією з основних умов набуття членства в Євросоюзі є зближення та поступове приведення законодавства України у відповідність із законодавством ЄС [5, с. 197]. У Рекомендаціях, розроблених у ході реалізації проекту «Моніторинг законодавства України у сфері фінансових послуг з метою його адаптації до законодавства ЄС», затверджених рішенням 8-го засідання Міжвідомчої координаційної ради з адаптації законодавства України до законодавства ЄС, зазначено: при-

вести положення Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» у відповідність із положеннями законодавства ЄС, зокрема положеннями Директиви Ради 93/22/ЕЕС від 10.05.1993 р. щодо інвестиційних послуг у сфері цінних паперів шляхом удосконалення поняття «фінансові послуги» та чіткого визначення кола осіб, на яких поширюється дія Закону. Закон про фінансові послуги містить перелік послуг які вважаються фінансовими. Він характеризується таким чином [5, с. 180]:

- більшість перелічених послуг є за своєю природою інвестиційними (в розумінні Директиви 93/22);

- перелік не системно підходить до визначення поняття «фінансові послуги»;

- перелік не є вичерпним, що порушує принцип правової визначеності.

На відміну від Закону, Директива 93/22 пропонує вичерпний і більш досконалий перелік послуг, що є інвестиційними [6]:

«Інвестиційна послуга означає будь-яку з послуг, перелічених у Секції А Додатку, щодо будь-якого інструменту, переліченого в Секції В Додатку, яка надається на користь третьої сторони» (п. 1 ст. 1).

#### *Секція А «Послуги»:*

прийняття та розміщення від імені клієнта замовлень стосовно одного чи кількох інструментів, перелічених у секції В;

виконання таких замовлень за рахунок третіх осіб;

укладання угод з одним чи кількома інструментами фондового ринку (ринку інвестиційних послуг) від свого імені та за власний рахунок;

управління інвестиційними портфелями за дорученням інвесторів, на власний розсуд і на основі індивідуального підходу, якщо до таких портфелів входить один чи кілька інструментів, перелічених у секції В;

андеррайтинг інструментів, перелічених у секції В, та розміщення їх емісій.

#### *Секція В «Інструменти»:*

цінні папери, що підлягають обігу, й інвестиційні сертифікати;

інструменти грошового ринку;

строкові контракти (ф'ючерси) та ін.;

інструменти, що передбачають грошову форму оплати;

процентні строкові контракти (форварди);

строкові контракти на обмін (на певну дату у майбутньому) при залежності ціни від процентної ставки, валютного курсу чи фондового індексу (процентні, курсові чи індексні свопи);

опціони, що дають право на купівлю чи продаж будь-якого із зазначених інструментів, у тому числі інструментів, що передбачають грошову форму оплати.

До цієї категорії відносяться зокрема курсові та процентні опціони.

*Секція С «Додаткові послуги»:*

зберігання й управління щодо одного або більше інструментів, внесених до переліку у Секції В;

послуги відповідального зберігання (оренда депозитних скриньок);

надання кредитів або позик інвесторів, щоб дозволити йому здійснювати операцію з застосуванням одного або більше інструментів, внесених до переліку у Секції В, якщо фірма, що надає кредит або позику, залучена до операції;

надання консультацій компаніям щодо структури капіталу, стратегії виробництва та питань, пов'язаних з ними, а також консультацій і послуг, що стосуються злиття та придбання компаній;

послуги, пов'язані з андеррайтингом;

консультації з інвестиційних питань, що стосуються одного чи більше інструментів, перелічених у Секції В;

послуги з обміну іноземної валюти, якщо вони пов'язані з наданням інвестиційних послуг.

У процесі гармонізації національного законодавства із стандартами ЄС необхідно розмежувати поняття «фінансова послуга» та «супровідна (додаткова) послуга», а також запропонувати визначення фінансових послуг, яке б повною мірою відображало їх економічний зміст.

*This article discusses the features of the definition of financial services legislation of Ukraine, as well as indications and criteria for the classification of financial services offered in the scientific literature and international-legal acts.*

*В статье рассматриваются особенности определения финансовых услуг в законодательстве Украины, а также признаки и критерии классификации финансовых услуг, предлагаемые в научной литературе и международно-правовых актах.*

## Висновки

*Фінансова послуга – це сукупність фінансових і супутніх операцій, що здійснюються фінансовими посередниками в інтересах третіх осіб, на підставі договору з метою отримання прибутку або збереження реальної вартості фінансових активів.* Зміст фінансової операції полягає у залученні, зберіганні, видачі, управлінні, купівлі, продажу й інших діях, що опосередковують рух фінансових активів. Внесення відповідних змін у законодавство України дозволить розмежувати сфери правового регулювання фінансового та господарського законодавства, а також розширити коло фінансових послуг, регламентованих Законом України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг».

## Література

1. Ходарківська В. П., Беляєв В. В. Ринок фінансових послуг: теорія і практика. – К., 2002. – 616 с.
2. Фінансові послуги України: У 6 т. – К., 2001. – Т. 1. – 758 с.
3. Класифікація видів економічної діяльності (КВЕД) (ДК 009-96) (частково до 31.12.2009) [Офіційне видання]. – К., 2006.
4. Хозяйственное право / Под ред. В. К. Мамутова. – К., 2002. – 906 с.
5. Регулювання сфери фінансових послуг у праві Європейського Союзу та перспективи адаптації законодавства України / Т. Вовк, Г. Друзенко, Г. Зугравий та ін. – Х., 2002. – 912 с.
6. Директива Ради 93/22/ЕЕС від 10.05.1993 р. щодо інвестиційних послуг у сфері цінних паперів // Official Journal L 141, 11.06.1993.





## ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА СПОСОБІВ ЗАХИСТУ ПРАВ КРЕДИТОРІВ У ВІДНОСИНАХ НЕСПРОМОЖНОСТІ (БАНКРУТСТВА)

*Олег Латинін,*

*заступник голови*

*Севастопольського апеляційного господарського суду*

*Стаття присвячена дослідженню проблемних питань законодавчого забезпечення захисту прав кредиторів у відносинах неспроможності (банкрутства).*

**Ключові слова:** захист прав кредитора, спосіб захисту прав кредиторів, механізм захисту прав кредиторів, комітет кредиторів.

В умовах конкуренції, що є основним чинником розвитку вільного ринку, не кожен господарюючий суб'єкт здатен забезпечити прибутковість і стабільність власної господарської діяльності. Погіршення фінансового становища суб'єкта господарювання створює ситуацію, коли він не здатний виконати свої грошові зобов'язання перед іншими суб'єктами господарювання – своїми кредиторами. У зв'язку з цим надзвичайно актуальним є питання захисту прав та інтересів кредиторів у відносинах неспроможності (банкрутства).

У науці господарського права та господарського процесуального права питання законодавчого регулювання процедури банкрутства знайшли своє відображення в працях таких учених, як Р. Афанасьєв, Н. Барбашова, В. Вітрянський, В. Джунь, О. Подцерковний, Б. Поляков, В. Попондопуло, М. Телюкіна, М. Тітов, Е. Стара, Г. Царик та ін.

**Метою цієї статті** є дослідження та характеристика способів захисту прав кредиторів у відносинах неспроможності (банкрутства).

У господарському праві стосовно суб'єктивних прав фізичних та юридичних осіб використовується два терміни: «здійснення прав» і «захист прав» (ст. 20 Господарського кодексу (далі – ГК) України, статті 12 та 15 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України). Але не ГК України, не жодний інший нормативний акт не дають визначення та не розкривають суті цих двох понять, що ускладнює їх розуміння і застосування.

В юридичній науці також немає єдиної точки зору з цього питання. Так, під «здійсненням прав» розуміють поведінку особи, що відповідає змісту належного їй праву, тобто здійснення певних дій або утримання від них. При цьому виявом свободи поведінки є ви-

бір її варіанта самою особою в межах цивільного права [1, с. 15]. Здійснення права також розглядають як реалізацію тих можливостей, що надані законом або договором [2, с. 316].

За характером дій суб'єктів, їх активності та спрямованості розрізняють дотримання, виконання та використання норм. Дотримання норм права означає утримання від заборонених правом дій. Це пасивна форма поведінки суб'єктів у сфері правового регулювання, що відбувається непомітно. Для виконання ж потрібна активна поведінка суб'єктів при здійсненні покладених на них обов'язків. На відміну від попередньої форми, за допомогою виконання реалізуються зобов'язальні норми.

На нашу думку, зазначені форми реалізації прав цілком можуть бути застосовані й до реалізації прав і законних інтересів кредиторів у процедурі банкрутства. При цьому доречніше використовувати саме термін «реалізація», оскільки він допускає як активну, так і пасивну форму поведінки кредиторів. Зокрема, кредитори можуть захищати свої права та законні інтереси через подання до господарського суду заяв про визнання боржника банкрутом, про встановлення своїх вимог тощо. Захист прав кредиторів може бути реалізований комітетом кредиторів та арбітражним керуючим без їх участі, тобто пасивно. Передусім це стосується кредиторів, що не ввійшли до складу комітету.

Аналогічний підхід слід застосувати і при аналізі понять «захист» та «охорона» прав і законних інтересів кредиторів. Відповідно до усталеної в науці традиції, поняттям «охорона прав» охоплюється сукупність заходів, що забезпечують нормальний хід реалізації права.

Я. Шевченко, вважає, що поняття «охорона» охоплює не лише заходи економічного, політичного, ідеологічного характеру, що забезпечують нормальне регулювання суспільних відносин, попередження правопорушень, усунення причин, що їх породжують (регу-

лятивні норми), а й заходи, спрямовані на поновлення їх, а саме – на захист (охоронні норми) [3, с. 522].

В юридичній літературі відносно поняття «захист прав» поширений підхід, започаткований у роботах радянських учених і в подальшому конкретизований сучасними дослідниками. Найбільш узагальнене визначення зазначеного терміна наводить О. Подцерковний, який пропонує визначення захисту прав із позицій господарського права. Так, захист прав суб'єктів господарювання – це сукупність взаємопов'язаних правових заходів, засобів і форм, за допомогою яких за необхідності забезпечується захист законних прав суб'єктів господарювання при їх порушенні [4, с. 426]. Це визначення слід доповнити точкою зору О. Скакун, згідно з якою захист розуміється як відновлення порушеного правового статусу та притягнення порушників до юридичної відповідальності [5, с. 205].

Має право на існування й думка про єдність матеріального змісту права на захист і його процесуальної форми [6, с. 57–58; 7, с. 8–9]. З огляду на матеріально-правову природу відносин неспроможності слід вважати вказану позицію найбільш придатною для захисту прав кредиторів. На перший погляд, не доцільно розривати дослідження даного питання, оскільки від обраного способу захисту порушеного права до судового розгляду залежить і процесуальний статус, вирішення справи в суді тощо. Однак саме захист прав кредиторів у справі про неспроможність (банкрутство) комплексно як самостійна тема у вітчизняній літературі не досліджувався. Для більш ефективного захисту прав кредиторів у порушеному провадженні слід вживати не менш ефективні способи захисту прав кредиторів до початку судового розгляду. Такими засобами мають стати превентивні заходи, спрямовані на попередження здійснення певних дій із зменшення конкурсної маси тощо.

У вітчизняній юридичній літературі не з'ясовані поняття «спосіб захисту прав кредиторів у справах про банкрутство» та «механізм захисту прав кредиторів у справах про банкрутство». Найбільш поширеним є поділ способів захисту прав суб'єктів господарювання і способів захисту права власності на речово-правові та зобов'язально-правові.

*Речово-правові способи захисту* спрямовані на захист суб'єктивних прав власності господарюючих суб'єктів, які на момент порушення права не перебувають у договірних чи інших зобов'язальних правовідносинах із порушником. *Зобов'язально-правові*, у свою чергу, спрямовані на захист інтересів господарюючого суб'єкта як учасника зобов'язальних правовідносин.

Таким чином, захист прав кредиторів може бути визначений як застосування кредитором та/або судом, та/або арбітражним керуючим закріплених у чинних нормативно-правових актах способів, спрямованих на забезпечення і відновлення прав кредиторів, а також попередження їх порушення. Способом захисту прав кредиторів у справах про неспроможність (банкрутство) є передбачений законодавством захід, що застосовується до боржника з метою попередження, припинення й усунення наслідків неплатоспроможного стану боржника для забезпечення та відновлення прав кредиторів, а також попередження їх порушення.

Статтею 20 ГК України встановлено одинадцять способів захисту порушених прав, які можна застосувати до відносин між кредитором і боржником до порушення справи про банкрутство. Саме з моменту порушення провадження у справі про банкрутство в статусі кредитора відбуваються суттєві зміни, що зумовлюють ущемлення його прав по відношенню до боржника, [8, с. 47]. Так, кредитор змушений доводити наявність своїх матеріальних вимог до боржника, делегувати частину своїх повноважень комітету кредиторів. Це відбувається внаслідок того, що після порушення справи про банкрутство всі матеріально-правові вимоги до боржника розглядаються відповідно до положень Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» від 14.05.1992 р. № 2343-ХІІ (далі – Закон про банкрутство). Зазначений нормативно-правовий акт встановлює певні процесуальні правила саме для кредиторів із метою збалансування їх інтересів. Відповідний результат досягається через обмеження правомочностей кредиторів реалізовувати свої права самостійно. Відповідно до конкурсного законодавства України реалізація прав кредиторів можлива лише через спеціально створювані органи: загальні збори та комітет кредиторів. Таким чином, зазначені в ст. 20 ГК України способи захисту стосовно кредиторів у справах про банкрутство зводяться до декількох. Їх слід розподілити на активні та пасивні.

*Звернення кредитора до суду із заявою про порушення провадження про банкрутство і встановлення вимог кредиторів* слід віднести до *активної форми реалізації кредитором свого суб'єктивного права*. Участь у зборах кредиторів також передбачає можливість безпосередньої реалізації кожним кредитором своїх правомочностей при прийнятті відповідних рішень цим органом. Роботу ж у комітеті кредиторів однозначно віднести до активної або пасивної форми не можна. Так, кредитори, які входять до складу комітету, безумовно прямо використовують свої права. Ін-

ші ж змушені доручити захист своїх прав і законних інтересів комітету кредиторів. У зв'язку з цим *захист прав кредиторів, які не ввійшли до складу комітету кредиторів, через діяльність комітету кредиторів необхідно віднести до пасивної форми захисту*. Діяльність комітету кредиторів, на нашу думку є змішаною формою реалізації та захисту прав кредиторів у справах про банкрутство. Слід зазначити, що ці способи, як правило, реалізуються не власно кредитором, а через збори та комітет кредиторів.

Відповідно до загального порядку, встановленого Законом про банкрутство, особа, яка вважає себе конкурсним кредитором, має заявити про наявність грошового зобов'язання перед ним у боржника, з метою включення цих вимог до реєстру вимог кредиторів для подальшого задоволення. Законом про банкрутство передбачена низка обмежень, що прямо впливають на реалізацію суб'єктивних прав конкурсного кредитора до боржника. Сама процедура встановлення вимог є своєрідним обмеженням прав кредиторів, що виникають із зобов'язань боржника. З моменту винесення господарським судом ухвали про прийняття заяви про порушення провадження у справі про банкрутство, вимоги до боржника можуть бути пред'явлені виключно з дотриманням порядку за ст. 14 Закону про банкрутство. Таку позицію підтримує і російська юридична практика з питань неспроможності (банкрутства). Так, Конституційний Суд РФ зазначив, що встановлення Федеральним законом «Про неспроможність (банкрутство)» особливого режиму майнових вимог до боржника, яким не допускається їх задоволення в індивідуальному порядку, дозволяє забезпечити визначеність обсягу його майна протягом усієї процедури банкрутства [8].

Процедура визнання вимог прямо впливає на процесуальні права кредиторів, що реалізуються через спеціально створювані органи: збори та комітет кредиторів, які мають свою компетенцію, власний порядок формування та припинення діяльності, свої цілі функціонування. Разом із тим норми Закону про банкрутство, що регламентують участь кредиторів у цих органах, мають суттєві недоліки. Так, аналіз ч. 5 ст. 16 Закону про банкрутство свідчить, що загальні збори кредиторів позбавлені повноважень із прийняття важливих управлінських рішень і тим самим не здатні впливати на фінансово-господарську діяльність боржника в процедурах банкрутства. Фактично збори кредиторів правомочні лише щодо виборів і визначення умов функціонування комітету кредиторів. Законом України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом»

від 14.05.1992 р. вирішення найважливіших питань кредиторів, можливості визначення подальшого розвитку справи про банкрутство віднесені до компетенції комітету кредиторів.

Згідно з ч. 8 ст. 16 Закону про банкрутство, комітету кредиторів належить право прийняття рішень про: підготовку й укладення мирової угоди; внесення пропозицій господарському суду щодо продовження або скорочення строку процедур розпорядження майном боржника чи санації боржника тощо. В російській юридичній літературі через обмеженість правомочностей зборів кредиторів їх порівнюють із пасивністю загальних зборів акціонерів в акціонерному товаристві [9, с. 154].

Зміст положень Закону про банкрутство не дає чіткої відповіді на питання про правовий статус комітету кредиторів: це представницький орган чи він займає дещо інше місце у справі про банкрутство.

ЦК України представництво визначено як правовідношення, в якому одна сторона (представник) зобов'язана або має право вчинити правочин від імені другої сторони, яку вона представляє (ч. 1 ст. 237). З кола представників ЦК України виключає осіб, які хоч і діють у чужих інтересах, але від власного імені, й осіб, уповноважених на ведення переговорів щодо можливих у майбутньому правочинів. Представник може бути уповноважений на вчинення лише тих правочинів, право на вчинення яких має особа, яку він представляє.

Аналіз повноважень комітету кредиторів та осіб, які здійснюють представницькі функції свідчить, що застосування терміна «представництво» в цьому контексті є сумнівним. Відносини між кредиторами та комітетом кредиторів не є представницькими, хоча б тому, що комітет кредиторів, обсяг і характер його правомочностей не підпадають під зміст поняття «представник». Слід визнати, що комітет кредиторів не тільки представляє інтереси кредиторів. На нашу думку, він виступає суб'єктом права неспроможності, який наділений певною компетенцією в силу закону й є формою реалізації прав кредиторів по відношенню до боржника.

У силу встановленого в Законі про банкрутство принципу голосування при виборі комітету кредиторів, кредитори з порівняно невеликим розміром вимог змушені приймати волю більшості. Ми вважаємо, що така ситуація може призвести до суттєвого погіршення їх становища через відсутність можливості впливу при вирішенні певних питань. З метою захисту прав та інтересів дрібних кредиторів доцільно внести в Закон про банкрутство положення про обов'язкову участь у

комітеті кредиторів представника таких осіб. Під дрібними кредиторами маються на увазі кредитори, розмір вимог кожного з яких становить не більше 10 % загальної суми вимог. Безумовно, такий представник повинен бути повноправним членом комітету кредиторів. Із уведенням такої норми процедура прийняття рішень комітетом кредиторів буде прозорішою, зрозумілою для дрібних кредиторів, а захист їх прав ефективнішим.

Викладене дозволяє зробити **висновок**, що передбачені господарським законодавством України способи захисту порушених прав підлягають застосуванню до правовідносин між кредитором і боржником до порушення провадження про банкрутство. Після порушення провадження у справі про банкрутство захист прав та інтересів кредиторів здійснюється способами, передбаченими Законом про банкрутство. Більшість цих способів захисту кредиторів реалізується не самим кредитором, а через збори та комітет кредиторів, що дозволяє виділити дві форми реалізації кредиторами права на захист у справі про неспроможність (банкрутство). До *активної форми захисту* слід відносити звернення кредитора до суду з заявою про порушення провадження про банкрутство, встановлення вимог кредиторів до боржника й участь у загальних зборах кредиторів тощо. До *пасивної* – захист прав кредиторами, які не ввійшли до складу комітету кредиторів, через

комітет кредиторів. Діяльність комітету кредиторів у справі про неспроможність (банкрутство) є змішаною формою реалізації та захисту прав кредиторів у справі про неспроможність (банкрутство).

### Література

1. *Комментарий к Гражданскому кодексу РФ (постатейный)* / Под ред. О. Н. Садикова. – М., 1998. – 737 с.
2. *Гражданское право*: В 3 т. – М., 2003. – Т. 1. – 615 с.
3. *Малеин Н. С.* Гражданский закон и право личности в СССР. – М., 1981. – 215 с.
4. *Хозяйственное право Украины* / Под ред. А. С. Васильева, О. П. Подцерковного. – Х., 2005. – 464 с.
5. *Скаун О. Ф.* Теория государства и права. – Х., 2000. – 704 с.
6. *Добровольский А. А.* Право на иск и право на удовлетворение иска // Вопросы развития и защиты прав граждан и социалистических организаций. – Калинин, 1978. – С. 57–58.
7. *Царик Г. П.* Реализация и охрана прав и законных интересов кредиторов при банкротстве хозяйствующих субъектов: дис. ... канд. юрид. наук. – Екатеринбург, 2008. – 166 с.
8. *Постановление Конституционного Суда РФ от 12.03.2001 г. № 4-п* // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2001. – № 12. – Ст. 1138.
9. *Телюкина М. В.* Основы конкурсного права. – М., 2004. – 560 с.

*Article is devoted to research of problem questions of legislative ensuring protection of the rights of creditors in the relations of insolvency (bankruptcy).*

*Статья посвящена исследованию проблемных вопросов законодательного обеспечения защиты прав кредиторов в отношениях несостоятельности (банкротства).*



## ІНФОРМАЦІЙНЕ ЗАКОНОДАВСТВО УКРАЇНИ: перспектива кодифікації

**Ольга Селезньова,**

канд. юрид. наук,  
доцент кафедри цивільно-правових дисциплін  
Буковинського університету

*У статті досліджується проблема кодифікації інформаційного законодавства України, пропонуються поняття, принципи, функції та етапи кодифікації інформаційного законодавства.*

**Ключові слова:** систематизація інформаційного законодавства, кодифікація інформаційного законодавства, принципи та функції кодифікації інформаційного законодавства.

Згідно з рішенням Конституційного Суду України від 09.07.1998 р. № 12-рп/98 термін «законодавство» слід розуміти так, що ним охоплюються закони України, чинні міжнародні договори України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також постанови Верховної Ради України, укази Президента України, декрети та постанови Кабінету Міністрів України, прийняті в межах їх повноважень і відповідно до Конституції та законів України. Разом із тим існує аспект його поняттєвої багатомірності. Зазначений термін нарівні вживається з такими, як «закон», «законодавчі акти», «акти законодавства», які нерідко розглядаються як синоніми. Ця термінологічна невизначеність є причиною складнощів різного характеру у процесах законотворчості, систематизації нормативно-правових актів, при усуненні прогалін у законодавчому регулюванні; вона також гальмує розвиток правової теорії [1, с. 93]. Зазначені терміни відрізняються від терміна «законодавство», що досить чітко підкреслює теорія права: термін «законодавство» має самостійне значення і не потребує синонімічних заміників.

Як загальне й одиничне термін «законодавство» співвідноситься з терміном «інформаційне законодавство». Під останнім, як правило, розуміють систему нормативно-правових актів, що регулюють сферу інформаційних відносин. Ми вивчали інформаційне законодавство в контексті джерел інформаційного права, де пропонували власний погляд на його систему [2]. Як показав аналіз, інформаційне законодавство має дуже розгалужену систему та низку недоліків. Зазначені недоліки аналізує В. Брижко [3, с. 314–315]. Задля їх усунення необхідно провести систематизацію інформаційного законодавства у формі його кодифікації. Зокрема, дослідженням окресленої проблеми займалися такі ук-

раїнські науковці, як В. Брижко, В. Гавловський, Р. Калужний, П. Мельник, В. Цимбалюк, М. Швець, а також російські вчені – А. Арешев, І. Бачило, В. Лопатін, В. Разуваєв, М. Федотов та ін. Ми підтримуємо зазначену позицію і вважаємо, що систематизація законодавства у формі кодифікації є необхідною. Однак теоретичних напрацювань щодо кодифікації інформаційного законодавства, на нашу думку, недостатньо. І хоча явище кодифікації у теорії права досить ґрунтовно вивчено (О. Зайчук, М. Кельман, С. Лисенков, О. Мурашин, Н. Оніщенко, О. Роґач, О. Скакун, М. Цвік та ін.), дослідження кодифікації власне інформаційного законодавства ще має проводитися.

**Мета цієї статті** полягає у тому, щоб на підставі охарактеризованого в теорії права явища кодифікації проаналізувати кодифікацію інформаційного законодавства, а також встановити функції кодифікації інформаційного законодавства, визначити результат кодифікації.

Кодифікація є однією із форм систематизації законодавства. З точки зору практики систематизації законодавства, – це дієвий інструмент, що дозволяє усунути труднощі, оптимізує процес формування якісної законодавчої бази, яка б відповідала інтересам суспільства. Систематизація законодавства є закономірним станом його розвитку та призводить до створення гармонійної, внутрішньо узгодженої системи законів і підзаконних актів [4, с. 172]. Саме цього потребує інформаційне законодавство. Його роздріблений характер, неузгодженість у правовому регулюванні інформаційних відносин, множинність (понад 4 тис. нормативно-правових актів, з яких приблизно 260 законів України), інші негативні ознаки спонукають уче-

них і практиків ініціювати проведення систематизаційної процедури. Важливу роль відіграє наукове забезпечення такої процедури. Воно вимагає залучення науковців до складу робочих груп із розроблення актів систематизації. Перш за все, науковців-юристів, які займаються загальними методологічними проблемами систематизації законодавства; провідними фахівцями з питань галузевого законодавства має бути проаналізований сучасний стан систематизації законодавства, а також висловлені пропозиції щодо вдосконалення теоретико-методологічних і практичних засад такої роботи. Якщо необхідно, зазначає В. Опришко, то слід спеціально провести фундаментальні дослідження щодо цього [5, с. 69].

Зазначені дослідження дійсно необхідні та вкрай актуальні, якщо ми хочемо вивести інформаційне законодавство на належний рівень. Міжнародні наукові кола досить давно проводять подібну роботу. І хоча наразі світова спільнота не готова сприймати кодифікацію інформаційного законодавства [6], наукові розвідки продовжуються. Перші спроби систематизації нормотворчості в інформаційній сфері знайшли своє втілення у рекомендаційному законодавчому акті «Про принципи регулювання інформаційних відносин у державах-учасниках Міжпарламентської Асамблеї» [7].

Міжнародна тенденція систематизаційних процесів у сфері інформаційного законодавства – це хороший приклад для України. Інкorporація та консолідація не є дієвими формами систематизації інформаційного законодавства. Саме кодифікація впорядкує, вдосконалює і доповнює інформаційно-правові норми.

У теорії права більшість учених схиляється до думки, що кодифікація є формою систематизації; деякі вважають, що вона є одним із різновидів правотворчості (деколи таку позицію уточнюють, називаючи кодифікацію особливим різновидом нормотворчості, деколи розширюють, вважаючи кодифікацію і видом правотворчої діяльності, і самостійною галуззю науки, що розвивається на емпіричному рівні). На нашу думку, кодифікація законодавства є способом (формою, видом) систематизації законодавства за своїм внутрішнім змістом (упорядковується, трансформується група норм) та видом правотворчості за зовнішнім (створюється новий нормативно-правовий акт). Не можна стверджувати, що їй не притаманні ознаки систематизації або правотворчості. Ці два види юридичної діяльності присутні у ній і видимі з конкретного напрямку дослідження. І якщо ми

застосуємо зазначений підхід до кодифікації інформаційного законодавства, то можна вважати, що, проводячи впорядкування інформаційно-правових норм, кодифікація виявляє себе як форма систематизації, а створюючи Інформаційний кодекс України – як вид правотворчості.

Етимологічно слово «кодифікація» зберігає свою внутрішню сутність. Воно походить від пізньолатинського «codificatio», від латинського «codex», первісно – «стовбур», «пень», пізніше – «навощена дощечка для письма, книга, зібрання законів» і ...ficatio, від facio – «роблю».

Кодифікацією інформаційного законодавства буде вважатися форма докорінного перероблення інформаційно-правових і деяких інших нормативно-правових актів, які регулюють інформаційні відносини, що забезпечить узгодження інформаційного законодавства з нормами інших галузей права та звільнення інформаційно-нормативного масиву від застарілих норм шляхом прийняття Інформаційного кодексу України.

*Принципи кодифікації інформаційного законодавства:*

- принцип верховенства права, який передбачає використання суб'єктами кодифікації основоположних ідей і засад права при вирішенні колізій інформаційного законодавства або при усуненні прогалин у нормативно-правовому регулюванні інформаційної сфери;
- принцип законності, що визначає обов'язок суб'єктів кодифікації дотримуватися Конституції та законодавства України при здійсненні кодифікаційної роботи;
- принцип об'єктивності, який закріплює вимогу адекватного відображення в інформаційно-правових нормах сьогочасної реальності, незалежно від політичних чи інших чинників;
- принцип етапності, що забезпечує проведення процедури кодифікації інформаційного законодавства у порядку черговості кожної дії;
- принцип відповідності Інформаційного кодексу України вимогам юридичної техніки та міжнародним тенденціям і стандартам;
- принцип безперервності кодифікаційної роботи, що передбачає постійний, систематичний кодифікаційний процес.

Важливим аспектом кодифікації інформаційного законодавства є питання про функції кодифікації інформаційного законодавства. Під функціями кодифікації інформаційного законодавства пропонується розуміти основні зовнішні прояви сутнісних властивостей кодифікаційної процедури, конкретизо-

вані напрями її суспільно-значимого впливу на інформаційні відносини.

*Функції кодифікації інформаційного законодавства:*

- є певним чином закріпленим у документах комплексом узгоджених дій, тобто передбачають активну (зовнішню) діяльність;

- спрямовані на поліпшення нормативно-правового регулювання в інформаційній сфері (ціннісний аспект функції);

- зумовлюють вплив на інформаційну діяльність.

Аналіз функцій кодифікації інформаційного законодавства свідчить, що в літературі це питання порушується у дещо іншому ракурсі. Зокрема, прийнято виділяти функції Інформаційного кодексу України, тобто результату кодифікації, а не самої кодифікації. Так, В. Брижко до основних функцій Кодексу відносить регулятивну, нормативну, охоронну, захисну, інтегративну та комунікативну функції [8, с. 37].

На нашу думку, функції кодифікації інформаційного законодавства можна виділити у два блоки:

- функції кодифікації інформаційного законодавства, що реалізуються під час проведення процедури кодифікації (законопроектна, деколізійна, інтегративна, охоронна);

- функції кодифікації інформаційного законодавства, які знаходять своє вираження після прийняття Інформаційного кодексу України та набрання ним офіційної сили закону (наслідкові функції – системна, стабілізаційна, орієнтаційна, навчальна).

Заслужують на увагу *етапи проведення кодифікації інформаційного законодавства*. В. Залізник наводить чотири таких етапи: визначення кола суспільних відносин, що регулюватиметься Інформаційним кодексом; встановлення обсягу нормативного матеріалу, який підлягає опрацюванню; видалення з чинних нормативних актів або їх частин норм, які в сучасних умовах не мають принципового значення; формування структури нормативно-правового акта відповідно до опрацьованого нормативного матеріалу [9, с. 143].

Вважаємо, що доцільніше поділити етапи кодифікації інформаційного законодавства на допарламентський, парламентський і післяпарламентський етапи. Тоді перший включатиме в себе зазначені етапи, другий – процедуру розгляду проекту кодексу як законопроекту та прийняття проекту кодексу шляхом голосування, а третій – підписання кодексу Президентом України, опублікування кодексу та набрання кодексом чинності.

Декілька слів необхідно сказати про вид кодифікації інформаційного законодавства. В теорії права виділяють такі види кодифікації законодавства, як всезагальна, галузева та спеціальна (комплексна) [10, с. 361]. Саме як комплексну кодифікацію слід характеризувати кодифікацію інформаційного законодавства. Це пояснюється тим, що інформаційне право є комплексною галуззю законодавства, а також існує тенденція трансформації його в комплексну галузь права України.

Результатом кодифікації є кодифікаційні акти. Їх основними властивостями є: висока юридична цільність та внутрішня узгодженість; стабільність; врегулювання широкого кола суспільних відносин; складна структурна побудова [11, с. 235].

Кодифікаційні акти можуть бути різних видів і дуже важливо обрати правильний вид кодифікаційного акта як результату кодифікації інформаційного законодавства. Неправильно обраний вид зумовить неефективне правове регулювання інформаційних відносин.

Найбільш якісним законодавчим актом є кодекс. Кодекси як акти вищої юридичної сили та значення – найбільш підходяща форма для нормативного закріплення основних положень законодавства. Збірний характер кодексу дозволяє з найбільшою повнотою та правильністю сформулювати загальну частину, яка містить принципи і загальні засади регулювання у певній галузі права чи галузі законодавства. Саме в кодексах закріплення загальних засад набуває найбільшої стабільності та найбільше впливає на всю систему норм у даній галузі права внаслідок найвищої юридичної сили закону та значення кодексу як акта фундаментального і прийнятого на тривалий термін [12, с. 18]. Більшість науковців схиляються до думки, що саме цей вид кодифікованого акта слід розробляти при кодифікації інформаційного законодавства. Проекти такого кодексу вже існують. Так, були розроблені: проект Інформаційного кодексу України (розробник – Державний комітет інформаційної політики, телебачення та радіомовлення України, 2001 р.), проект Кодексу України про інформацію (розробник – В. Цимбалюк, 2003 р.), проект модельного Інформаційного кодексу (розробники – О. Баранов, І. Жилиєв, М. Родионов, 2005 р.). Згадані проекти мають низку як прогресивних положень, так і певних недоліків. Завданням наступних досліджень має стати виправлення таких недоліків.

Проведений аналіз дозволяє зробити **висновок**: кодифікація інформаційного законодавства вкрай потрібна. Проведення на-

укових досліджень процедури кодифікації та самого Інформаційного кодексу України сприятимуть становленню у нашій державі повноцінного інформаційного законодавства, яке якісно, повно й узгоджено регулюватиме інформаційні відносини. Маємо надію, що аналіз кодифікації інформаційного законодавства та висловлені пропозиції щодо її поняття, принципів, функцій і етапів кодифікації інформаційного законодавства сприятимуть подальшому вивченню зазначеної проблематики.

### Література

1. Лисенкова О. Законодавство України: необхідне нормативне визначення поняття // Право України. – 1999. – № 11. – С. 93–97.
2. Селезньова О. М. До питання системності джерел інформаційного права // Актуальні проблеми правотворення в сучасній Україні: Всеукр. наук.-практ. конф., 29 квітня–1 травня 2010 р. – К., 2010. – С. 137–139.
3. Брижко В. М. Методологічні та правові засади упорядкування інформаційних відносин. – К., 2009. – 415 с.
4. Вергелес Д. Є. Кодифікація в аспекті праворозуміння // Альманах права. – 2011. – Вип. 2. – С. 171–173.
5. Опришко В. Ф. Конституційні основи розвитку законодавства України. – К., 2001. – 212 с.
6. Демідов О. Куди прямує інформаційне право? // Юридична газета. – 2005. – № 22 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.yur-gazeta.com/oarticle/1897/>.
7. Арешев А. Г. Актуальные проблемы информационного законодательства стран СНГ // Информационные ресурсы России. – 2008. – № 5 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: [http://www.aselibrary.ru/digital\\_resources/journal/irr/2008/number\\_5/](http://www.aselibrary.ru/digital_resources/journal/irr/2008/number_5/).
8. Брижко В. До питання методології кодифікації інформаційного законодавства // Вісник Академії правових наук України. – 2010. – № 3. – С. 32–43.
9. Залізник В. Систематизація інформаційного законодавства України: стан та перспективи // Підприємництво, господарство і право. – 2010. – № 9. – С. 140–143.
10. Проблемы общей теории права и государства / Под ред. В. С. Нерсесянца. – М., 2004. – 832 с.
11. Рогач О. Кодифікаційні акти в правовій системі України: поняття, ознаки, властивості // Вісник Академії правових наук України. – 2001. – № 4. – С. 231–236.
12. Систематизация хозяйственного законодательства / Под ред. С. Н. Братуся. – М., 1971. – 262 с.

*Article is devoted a problem of codification of informational legislation of Ukraine. Considered the necessity of realization of codification of informational legislation. Notion, principles, functions and stages are proposed.*

*В статтє исследується проблема кодифікації інформаційного законодавства, пропонується поняття, принципи, функції і етапи кодифікації інформаційного законодавства.*





## ОСНОВИ ТЕОРІЇ КОНСОЛІДАЦІЇ ІНФОРМАЦІЙНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

*Марина Дімчогло,*

*здобувачка кафедри адміністративного та фінансового права  
Національного університету біоресурсів і природокористування України*

*У статті досліджується зміст консолідації інформаційного законодавства, визначаються основи її теорії.*

**Ключові слова:** інформація, інформаційне право, консолідація інформаційного законодавства, систематизація, кодифікація.

Згідно з положеннями системного підходу міждисциплінарний зміст проблематики дослідження зумовлює адекватний їй розгляд методологічної бази консолідації інформаційного законодавства. Для цього пропонується доктринальне визначення предметного понятійного апарату та методологічних положень, що є основою для співвідношення консолідації з інкорпорацією і кодифікацією інформаційного законодавства України.

Як науковий підхід методології наших досліджень ми визначаємо такий, що базується на ідеї єдності та взаємозумовленості науки та практики, того, що наука є відображенням потреб практики, а практика – відображенням рівня розвитку науки.

Слід зазначити, що загальний «стан розробки методологічних проблем українського правознавства відстає від сучасних потреб, хвибує відчутними недоліками. Поширення набули методологічна невизначеність, еkleктизм, некритичне запозичення певних методів та методичних засобів інших наук поза межами їх можливого використання у дослідженнях соціально-правових проблем. Мають місце непоодинокі прояви абстрактного соціально-беззмістовного визначення державно-правових явищ, нерозбірливого застосування концепцій та норм, що належать до різних, нерідко протилежних зарубіжних правових систем, недооцінки правових принципів» [1, с. 151].

**Мета цієї статті** є визначення основ теорії консолідації інформаційного законодавства.

У контексті формування теорії консолідації інформаційного законодавства як інституції науки інформаційного права заслуговує на увагу дискусійність в юридичній науці

щодо визначення понять «методологія», «методика», «методи», а також їх співвідношення один із одним і поняттями «способи», «засоби» у правознавстві. Це необхідно для правильного розуміння змісту консолідації, її місця в процесах систематизації.

В. Лазарєв, С. Липень визначають методологію як сукупність принципів, прийомів, способів наукової діяльності, що застосовується для отримання істинних і таких, що відображають об'єктивну реальність, знань [2, с. 13]. Здебільшого у наукових колах методологію визначають як концептуальний виклад мети, змісту, методів дослідження, що забезпечують отримання максимально об'єктивної, точної, систематизованої інформації про процеси й явища [3, с. 56]. Своєрідним є підхід, за яким методологія розглядається як наука про методи, складне утворення, що визначає систему різних методологічних рівнів і методів пізнання предмета. В механізмі юридичного пізнання вона може розглядатися як вихідна категорія, а метод, у свою чергу, – це вихідна, базова категорія методології, адже вона є не що інше як теорія методів [4, с. 21].

У контексті сучасного розуміння методологічних положень теорії соціальних систем заслуговує на увагу позиція дослідників, які вважають, що сукупності (купи) не утворюють системних ознак, а якщо й утворюють, то тільки як базу для множинності складових, що у єдності формують нову якість, не притаманну купі. Купа (сукупність) не має ознак упорядкованості. Упорядкованість як критерій притаманна тільки тоді, коли визначаються системні чинники, зокрема, такі, як функціональні ознаки явища, або їх комплекс певним суб'єктом або суб'єктами для певних цілей для досягнення мети. Саме тому змістовним вважаємо визначення поняття методології В. Ліпкана: *методологія* – сформована ідеологія науково-аналітичної

роботи, що базується на певних припущеннях, ідейно-теоретичних засадах, ціннісних настановах, які загалом задають науково-пізнавальний горизонт ставлення людини до світу, суб'єкта до об'єкта, що вивчається та змінюється в процесі людської діяльності [5].

О. Скакун вважає, що метод юриспруденції є засобом юридичного пізнання, створення й організації юридичного знання. За допомогою юридичного методу предмет юриспруденції конкретизується й оформлюється у відповідну юридичну теорію (юридичну науку) як єдину систему знань про державу та право, висловлену в поняттях [6, с. 5]. У словнику іншомовних слів є декілька варіантів трактування цих понять. Так, метод (від грец. *methodos*) – це шлях дослідження, спосіб пізнання [7, с. 429–430], тобто метод ототожнюється із змістом способу, що визначає шлях дослідження. Зважаючи на зазначене, серед основних визначень цього поняття для цілей дослідження пропонуємо вважати, що спосіб – це прийом пізнання дійсності й її відтворення в мисленні: прийоми або система прийомів для досягнення певної мети, виконання певної операції визначають сутність методу.

Ураховуючи зазначені розуміння понять «методологія» та «метод», а також їх етимологію, можна дійти висновку, що вони співвідносяться між собою як загальне та часткове. Отже, у даній науковій статті ми підтримуємо вітчизняну наукову традицію тих, хто вважає, що *методологія* – це, перш за все, вчення про методи пізнання дійсності через систему принципів, на основі яких ґрунтується дослідження та здійснюється обрання конкретних методів. Щодо методу, то це важлива складова методології, що визначається способами пізнання дійсності.

У загальному, комплексному змісті методологію пропонуємо розуміти як множину (а не сукупність, купу) методів, що визначаються погляди та методики реалізації принципів, прийомів, способів, засобів практичної чи наукової діяльності (або їх двоєдності) для отримання істинних, таких, що відображають об'єктивну реальність відомостей у знаннях для подальшого перетворення чи підтримання у визначеному стані певних явищ буття відповідно до потреб, інтересів певних суб'єктів на певний момент (час).

Як методологічну основу у правознавстві для цілей нашого дослідження, пропонуємо розглядати як систему наукових принципів положення, що законодавчо визначені в Конституції України:

*Україна є суверенна і незалежна, демократична, соціальна, правова держава* (ст. 1). Це означає, що суб'єкти державотворення в нашій країні самостійно визначають законодавчі положення у певній сфері суспільних від-

носин, у тому числі інформаційних. Якщо консолідація чи кодифікація інформаційного законодавства ще не є визначеними та визнаними як необхідні складові систематизації в інших країнах чи міжнародним співтовариством, то це не означає, що їх немає в Україні. Ми маємо самостійно відповідно до національних інтересів формувати власне інформаційне суспільство і не боятися бути першими в контексті теоретичних напрацювань щодо систематизації інформаційного законодавства та наукового розроблення складових її компонентів;

*людина, її життя та здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю* (п. 1 ст. 3). Це означає, що в країні реалізується парадигма людиноцентристського підходу до сутності існування українського суспільства та держави. Зазначене конкретизується у конституційній нормі-принципі стосовно того, що права та свободи людини, їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави; держава відповідає перед людиною за свою діяльність; утвердження та забезпечення прав і свобод людини є основним обов'язком держави (п. 2 ст. 3). Це пропонується розглядати як основну методологічну установку для систематизації інформаційного законодавства як при його інкорпорації, так і при консолідації та кодифікації.

Стосовно визначення сутності інформаційного законодавства також пропонуємо за методологічну основу взяти принципи-норми, визначені в Конституції України:

*в Україні визнається та діє принцип верховенства права* (п. 1 ст. 8), при цьому Конституція України має найвищу юридичну силу; закони й інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України і повинні відповідати їй (п. 2 ст. 8). Чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України (п. 1 ст. 9);

*правовий порядок в Україні ґрунтується на засадах, відповідно до яких ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством* (п. 1 ст. 19), а органи державної влади й органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень і у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України (п. 2 ст. 19);

*при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту й обсягу існуючих прав і свобод* (п. 3 ст. 22). Закони й інші нормативно-правові акти, що визначають права і обов'язки громадян, мають бути доведені до відома населення у порядку, встановленому законом

(п. 2 ст. 57). Закони й інші нормативно-правові акти, що визначають права і обов'язки громадян, не доведені до відома населення у порядку, встановленому законом, є не чинними (п. 3 ст. 57);

*закони й інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії в часі, крім випадків, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи* (п. 1 ст. 58).

Що стосується конституційного визначення консолідаційних ознак інформаційного законодавства, то пропонуємо вважати положення ст. 92 Конституції України, зокрема стосовно того, що виключно законами здійснюється регулювання прав і свобод людини та громадянина, гарантій цих прав і свобод; основних обов'язків громадянина (п. 1 ст. 92); виключно закони визначають засади утворення та діяльності засобів масової інформації (п. 11 ст. 92); організацію та діяльність органів виконавчої влади, основи державної служби, організацію державної статистики й інформатики (п. 12 ст. 92); судоустрій, судочинство, статус суддів, засади судової експертизи, організацію та діяльність прокуратури, органів дізнання і слідства, нотаріату, органів і установ виконання покарань, основи організації та діяльності адвокатури (п. 14 ст. 92).

Юридіко-догматичний аналіз зазначених положень Конституції України визначає і наше розуміння, парадигму змісту терміна «законодавство», тобто ми поділяємо позицію дослідників, які вважають, що законодавство – це множина нормативно-правових актів (як правило, у статусі законів, кодексів), що прийняті у правовій формі (статусі) як загальні правила для всіх Верховною Радою України. Нормативно-правові акти, що приймаються Президентом України, Кабінетом Міністрів України, іншими органами державної влади слід розглядати як підзаконні нормативно-правові акти, хоча вони і мають ознаки загального значення для застосування тощо.

Саме на основі зазначених конституційних принципів має існувати та розвиватися інформаційне законодавство як система, що постійно консолідується й є публічно-правовим відображенням правового поля інформаційної сфери країни. Ми поділяємо позицію тих, хто вважає, що в законах визначаються не лише закріплені основні права й обов'язки людини, громадянина України як суб'єктів інформаційних правовідносин, а й повноваження та відповідальність держави в особі її компетентних органів щодо регулювання, гарантій, контролю, нагляду за реалізацією правомірної поведінки учасників правовідносин щодо інформації.

Викладене дозволяє стверджувати, що консолідація як етап систематизації законодав-

ства, що регулює суспільні відносини в інформаційній сфері, має на меті створення взаємоузгодженого та взаємопов'язаного за певними критеріями системних ознак правового матеріалу. Слід зазначити, що існує досить велика кількість літературних джерел, присвячених тим або іншим аспектам системного підходу у правознавстві. При цьому спостерігається не стільки єдність думок стосовно значимості для методології юридичної науки системного підходу, як розбіжності принципів точок зору на сутність цього підходу та способи його застосування. Проте про системний підхід цілком можна вести мову як про єдиний напрям у розвитку сучасного наукового пізнання.

На сучасному етапі розвитку системології всі дослідження, що проводяться в рамках цього підходу, так чи інакше спрямовані на вивчення специфічних ознак складно-організованих об'єктів – систем [8, с. 318]. Проте системність може виявлятися і в комплексному підході. При цьому комплексний підхід може розглядатися не тільки як системно-комплексний, що інтегрується з системним підходом, а й як агрегативне утворення, що може реалізовуватися у межах теорії хаосу, де системний підхід розглядається як причинно-наслідкове явище, що виникає у результаті випадковостей. За таких обставин комплекс явища чи явищ виключає прояв системності за критерієм відсутності мети. На практиці це реалізується у довічному філософському пошуку людства, що сконцентровано у питанні: для чого існують люди, для якої мети? Одні вважають, що для того, щоб формувати нові системи буття, інші – для того, щоб руйнувати системи буття, тобто перетворювати їх на хаос.

Ми стоїмо на філософських позиціях; саме системний підхід формує сенс буття не тільки окремих людей, а й їх спільнот. При цьому системний підхід реалізується у функціях, тобто він є різновидом прояву у *структурно-функціональному підході*, що полягає у визначенні в системі структурних елементів (компонентів, підсистем, чинників) і їх ролі через функції. Елементи та зв'язки між ними створюють структуру системи, зумовлену як множинними чинниками функції системи в цілому, так і окремими функціями окремих елементів як її підсистем. При цьому, на відміну від теорії хаосу, функції окремих елементів у системі виявляються не у сукупності (купі) їх, а у множинності чи множині.

У контексті визначення структурних чинників, інформаційне законодавство України можна розглядати як систему. З позицій поділу права як цілісної великої системи на підсистеми першого, другого, третього й інших ієрархічних порядків, що складають множи-

ну галузей, ці галузі є відображенням взаємоузгоджених і взаємопов'язаних елементів у формі відповідного галузевого законодавства, з ознаками систем другого порядку (рівня в ієрархії): підгалузей, інститутів права, формалізованих у законодавчих актах.

Інформаційне законодавство України як елемент (з ознаками підсистеми) системи вітчизняного законодавства, як система вищого порядку (гіперсистема) має й умовно автономні системні ознаки. При цьому гіперсистемою для нього виступає вся правова система України. За таких умов інформаційне законодавство є ядром як для публічно-правових, так і приватноправових відносин у країні, що визначаються ознаками мета-системи правопорядку – співвідношенням потреб та інтересів людини, громадянина, соціальних корпорацій (громад) суспільства, держави в країні з урахуванням того, що країна є визначальним елементом у структурі такої глобальної системи, як міжнародне співтовариство.

Методологічною установкою наших досліджень є позиція дослідників, які вважають, що в ідеалі інформаційне законодавство України повинно мати ознаки відкритих систем, що динамічно розвиваються. Але цей динамізм має перейти із кількісного накопичення фрагментарних законів до їх консолідації з наступною кодифікацією, тобто воно повинно перейти з якості простої сукупності (купи) певних законів як елементів у множинну якість їх, що у єдності утворюють нову властивість не притаманну сукупності. При цьому важливу роль у перетворенні купи законів щодо інформації у їх множину покликана відігравати консолідація законодавства як функція його систематизації.

Щодо предмета нашої статті, то структурно-функціональний підхід як принцип пізнання інформаційного законодавства й як відображення державної політики пропонуємо застосувати при виокремленні та аналізі галузей, підгалузей та інститутів, що знайшли відображення в різних законах України, де інформація виступає у ролі провідного предмета правовідносин, а також при визначенні кола суб'єктів діяльності, пов'язаної з інформацією, їх повноважень, компетенції, функцій, пов'язаних із змістом консолідації відповідного законодавства. Об'єктивно публічно-правове забезпечення суспільних відносин в інформаційній сфері формується на основі певних суперечностей між особистою свободою та загальним, суспільним благом. Державна політика покликана їх узгодити на рівні законодавства. Для цього застосування структурно-функціонального методу при консолідації законодавства сприяє не тільки виявленню прогалин і колізій юридичного регулювання прав, свобод та обов'язків учасників

інформаційних відносин, а й визначенню напрямів його вдосконалення у цій сфері у теоретично визначені способи.

Серед способів консолідації законодавства визначаються такі, як створення законопроектів, через які у чинні законодавчі акти вносяться окремі правові норми. При цьому застосовуються так звані округлі (рамкові) формулювання. Прикладом можуть бути норми такого змісту: «законодавство щодо... становить Конституція..., цей Кодекс та інше законодавство».

У науковому сенсі визначення сутності такого формулювання здійснюється з екстраполяцією на *синергетичний підхід* як базис пізнання виникнення з безпорядку (хаосу) порядку в інформаційній сфері суспільства через законодавство. Правовий аспект синергетичного підходу до консолідації інформаційного законодавства щодо зазначеного вище формулювання як способу систематизації передбачає наявність високого рівня правової культури у суспільстві, високого рівня невизначеності у галузевій юридичній науці, що зумовлений низьким рівнем наукових праць, пов'язаних із інкорпорацією законодавства.

Синергетика (як міждисциплінарна методологія досліджень) визначає можливості пошуку загальних принципів, що зумовлюють подальшу керованість поведінки елементів у переході їх структуризації від хаосу, випадковостей до систем, що самоорганізуються [9]. Застосування цього методологічного положення до визначеної нами предметної сфери дослідження допомагає усвідомленню сутності правової системи України щодо інформаційної сфери суспільства у розумінні її як відкритої, нестійкої, невірноваженої та нелінійної системи за структурою, що динамічно розвивається, а також самоорганізації з попередньо існуючими взаємодіючими між собою чинниками поза політичним впливом держави.

Заслугує на увагу точка зору Ю. Максименко щодо ознак інформаційного суспільства під впливом техніко-технологічних чинників, яка вважає, що становлення інформаційного суспільства має як безумовні позитивні, так і певні негативні наслідки. На її думку, серйозне занепокоєння викликає поширення фактів протизаконного збору та використання інформації, несанкціонованого доступу до інформаційних ресурсів, незаконного копіювання інформації в електронних системах, викрадення інформації з бібліотек, архівів, банків і баз даних, порушення технологій обробки інформації, запуск програм-вірусів, знищення та модифікація даних в інформаційних системах, перехоплення інформації в технічних каналах її витоку, маніпулювання суспільною й індивідуальною свідо-

містю тощо. Перехід до інформаційного суспільства змінив статус інформації. Наразі вона може бути як засобом підтримання безпеки, так і загрозою та небезпекою [10, с. 1]. Таким чином, простежується діалектична єдність явищ, що виникають синергетично та потребують переведення їх на кібернетичний регулятивний рівень.

Стосовно правового регулювання інформаційної сфери суспільства слід зазначити, що воно на рівні законодавства та підзаконних нормативно-правових актів поступово, з наростанням їх кількості без консолідації починає втрачати функцію забезпечення правовідносин. При цьому виникає проблемна ситуація, коли законодавство поступово починає ігноруватися не тільки окремими особами з антисоціальною мотивацією поведінки, а й більшістю населення взагалі. У суспільстві поступово формується загальна думка, що законодавство втрачає свої соціально-системні властивості, отже, виникає необхідність формування нової системи забезпечення правовідносин.

Розгляд чинного інформаційного законодавства України дозволяє сприймати його як соціальний феномен, що визначається переважно неконсолідованими, статичними (сталими, архаїчними) складовими. Разом із тим у ньому ще жевріють і динамічні чинники.

Серед найсуттєвіших логічних методик (у розумінні як множини прийомів) дослідження консолідації інформаційного законодавства заслуговують на увагу аналіз і синтез.

Основи для консолідації інформаційного законодавства свого часу (у 1992 р.) були закладені за загальними ознаками у першій редакції Закону України «Про інформацію» (ст. 4). У цій статті зазначалося, що законодавство України про інформацію складають Конституція України, цей Закон, законодавчі акти про окремі галузі, види, форми та засоби інформації, міжнародні договори й угоди, ратифіковані Україною, принципи і норми міжнародного права. Семантичний і герменевтичний аналізи зазначеної норми права дозволяють дійти висновку, що даний підхід законодавця містить розуміння терміна «законодавство» подібно до положень чинної Конституції України, лишаючи на другому плані підзаконні нормативно-правові акти.

Преамбула нової редакції Закону «Про інформацію» визначає загальний зміст правовідносин щодо інформації, яка регулюється ним: цей Закон регулює відносини щодо створення, збирання, одержання, зберігання, використання, поширення, охорони, захисту інформації. Юридико-догматичний аналіз зазначених законодавчих положень дозволяє зробити висновок, що у сферу регулювання цього Закону не входять правовідносини що-

до охорони інформації, інформаційної безпеки, інформаційної політики держави тощо. Іншими словами, структурно при формалізації преамбули застосовано імперативний метод формулювання її змісту, що виключає розширення кола відносин, пов'язаних із інформацією. Таким чином, у Законі розробниками закладено ряд логічних колізій. Їх можна розглядати як порушення законів формальної логіки у юриспруденції. Наприклад, спостерігається розширення кола правовідносин застосуванням методу консолідації законодавства у ст. 8 Закону, де зазначається, що мова інформації визначається законом про мови, іншими актами законодавства у цій сфері, міжнародними договорами й угодами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Разом із тим при аналізі змісту статті спостерігається порушення закону формальної логіки щодо техніки законотворення: нумеруючи абзац цифрою «1» законодавець не зазначає абзац з цифрою «2».

Другий приклад юридичної техніки, що порушує закони формальної логіки щодо системних ознак інформаційного законодавства спостерігається при структуризації п. 2 ст. 11 Закону. У цій статті зазначено, що не допускаються збирання, зберігання, використання та поширення конфіденційної інформації про особу без її згоди, *крім випадків, визначених законом*. Застосовуючи такий спосіб консолідації законодавець породив невизначеність щодо конкретності – до якого закону. При цьому опосередковано можна здогадуватися, що це може бути законодавство де визначені національні інтереси: економічний добробут і захист прав людини. Але такий спосіб консолідації можливий лише на доктринальному рівні й обмежується для застосування конституційним принципом, що органи державної влади діють у способи, визначені виключно законами. Аналогічно викликає невизначеність наступне положення пункту цієї статті, згідно з яким кожному забезпечується вільний доступ до інформації, що стосується його особисто, *крім випадків, передбачених законом*. Знову виникає питання: яким законом?

Заслугує на увагу такий спосіб консолідації законодавства, як *посилання*. Йдеться про дві методики його застосування: перша – коли в окремій нормі законодавцем здійснюється гіперзв'язок одного закону з іншим через посилання на останній, що діє (методом формулювання бланкетних норм), або на той, прийняття якого передбачається у перспективі; друга – коли законодавець у нормі законодавства вказує (делегує) урядовим структурам (переважно Кабінету Міністрів України) чи іншим органам державної виконавчої влади, чи органам місцевого самоврядування розробити підзаконний нормативно-правовий

акт, в якому були б визначені організаційно-правові положення реалізації юридичних норм законодавчого акта. У спеціальній юридичній літературі зазначається [11], що для сучасної практики законотворення притаманними є численні посилання на підзаконні нормативно-правові акти, що мають бути прийняті згодом. Таким чином, законодавець делегує органам державної виконавчої влади організацію введення в дію законодавчого акта. Проте застосування такого роду посилань не завжди можна оцінити позитивно. Як правило, у такого роду актах має визначатися механізм застосування положень законодавчого акта. Але нерідко Уряд країни у силу різних організаційних, інтелектуальних, політичних та інших чинників, міркувань не розробляє такого підзаконного нормативно-правового акта, або затверджує його проект. Як правило, невиконання доручень парламенту, визначених у нормах-посиланнях урядовцями застосовується для блокування реалізації частини положень законодавчого акта. При цьому на законодавчому рівні відсутня відповідальність урядовців за такі діяння. Таким чином стримується дія законодавчого акта. До застосування посилань як способу консолідації інформаційного законодавства України слід ставитися обережно.

### Висновки

Консолідація є складовим елементом систематизації інформаційного законодавства України. Вона, а також інкорпорація та кодифікація, є важливим теоретико-практичним правовим феноменом, який характеризується постійними дискретними процесами, що мають взаємозв'язок між собою у діалектичному прояві як етапи, методи, способи. Розуміння їх визначаються суб'єктивно дослідником, або консенсуально групою дослідників, тих, хто її здійснює поетапно, з прив'язкою до часу закінчення дослідження.

У процесі дослідження інформаційного законодавства України як системи слід постійно враховувати його перманентну, дискретну динаміку, мінливість, нестабільність в історичній перспективі з урахуванням економічних, політичних, культурних та інших чинників розвитку суспільства країни.

*The analysis of the modern state of consolidation of information legislation as part of systematization the basis of its theory are defined.*

*В статье исследуется содержание консолидации информационного законодательства, определяются основы ее теории.*



У загальному юридичному змісті *консолідацію інформаційного законодавства* пропонуємо розуміти як етап і процес, а також форму та ряд методик (методів, способів, засобів) його систематизації з метою взаємозв'язку положень окремих законодавчих актів як єдиного структурного цілого.

Важливим соціально-правовим аспектом при здійсненні консолідації є орієнтир на певні юридико-політичні критерії, що визначаються, як правило, у суспільстві в структурі Основного Закону країни – її Конституції. Це повною мірою стосується й України. Основний Закон України є системоутворюючим документом принципів консолідації правовідносин у законодавстві. Законодавство має відповідати саме нормам-принципам Конституції, розвивати їх у конкретній галузі, сфері, напрямі, виді суспільного життя. Це стосується й інформаційного законодавства, його консолідації.

### Література

1. *Рекомендації міжнародної науково-теоретичної конференції «Проблеми методології сучасного правознавства» // Вісник Академії правових наук України.* – Х., 1997. – Вип. 1. – С. 150–154.
2. *Лазарев В. В., Липень С. В.* Теория государства и права. – М., 2004. – 528 с.
3. *Шейко В. М., Кушнарченко Н. М.* Организация та методика науково-дослідницької діяльності. – К., 2002. – 295 с.
4. *Гусарев С. Д., Олійник А. Ю., Слюсаренко О. Л.* Теория права і держави. – К., 2008. – 270 с.
5. *Ліпкан В. А., Ліпкан О. С.* Національна і міжнародна безпека у визначеннях та поняттях. – К., 2008. – 400 с.
6. *Скакун О. Ф.* Теория держави і права. – Х., 2008. – 656 с.
7. *Словник іншомовних слів / За ред. О. С. Мельничука.* – К., 1974. – 775 с.
8. *Теорія управління в органах внутрішніх справ / За ред. В. А. Ліпкана.* – К., 2007. – 884 с.
9. *Чернавский Д. С.* Синергетика и информация (динамическая теория информации). – М., 2004. – 288 с.
10. *Максименко Ю. Є.* Теоретико-правові засади забезпечення інформаційної безпеки України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2007. – 20 с.
11. *Скритнюк О. В., Теплюк М. О., Ющик О. І.* Законодавчий процес і парламентська законодавча процедура в Україні (проблеми якості, рекомендації щодо вдосконалення в контексті європейської практики). – К., 2010. – 92 с.

## ІНКОРПОРАЦІЯ ЯК ЕТАП ДО КОДИФІКАЦІЇ ІНФОРМАЦІЙНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

**Кирил Череповський,**

*здобувач кафедри адміністративного та фінансового права  
Національного університету біоресурсів і природокористування України*

*У статті розглядаються окремі результати визначення концептуально-інституційних положень інкорпорації як етапу кодифікації інформаційного законодавства в інформаційному праві як комплексній галузі юридичної науки.*

**Ключові слова:** інформаційне право, інкорпорація, систематизація, кодифікація, інформаційне законодавство.

Як свідчать проведені дослідження, в теорії інформаційного права визначилася доктрина, що інкорпорація розглядається як етап до кодифікації інформаційного законодавства України, як основа подальшого розвитку інформаційного суспільства. Перехід будь-якої країни до інформаційного суспільства вимагає переосмислення, а в окремих випадках і розроблення нових механізмів регулювання відносин, що виникають між громадянами, їх об'єднаннями та державою [1, с. 13].

Слід зазначити, що в Україні ще не сформовано ефективної системи науково-інформаційного забезпечення між дослідниками інформаційної сфери. На фоні значної кількості наукових публікацій, пов'язаних із дослідженням правовідносин щодо інформації, складається враження, що більшість вітчизняних дослідників немовби не помічають один одного, а орієнтуються переважно на російськомовні наукові джерела, дедалі глибше стверджуючи комплекс меншовартості. Зазначене підтверджується такими «узагальненнями» на зразок того, що слід відверто визнати, що наша країна ще значно відстає від розвинутих країн у галузі не тільки інформаційних технологій, а й наукового та ефективного законодавчого забезпечення існуючих інформаційних відносин [2, с. 10].

Окремі українські політики, можновладці в уряді, парламент України мало цікавляться вітчизняними правовими науковими дослідженнями інформаційної сфери. А ті, хто цікавиться та виносить їх рекомендації на міжнародний рівень, відразу здобувають міжнародного визнання. Так, дослідження українських учених, а саме – наукові розробки українських інформаціологів В. Швеця, Р. Калюжного, В. Цимбалюка та ін., були свого часу реалізовані при створенні модельного Інформаційного кодексу для країн СНД.

Даним питанням, незважаючи на їхню значущість, значної уваги з боку наукового товариства не приділяється.

**Мета цієї статті** – визначити зміст кодифікації як етапу концепції розуміння міжнародного інформаційного права.

Дослідження доктринальних праць, присвячених підвищенню ефективності вітчизняного інформаційного законодавства, дозволяє виокремити авторські пропозиції, що отримали затримку у часі при реалізації на законодавчому рівні. Ще у 2002 р. окремі політики звертали увагу на низку проблем правового регулювання суспільних інформаційних відносин в Україні. Так, стосовно фрагментарної законотворчості щодо інформаційної сфери суспільних відносин цілком слушною є думка М. Томенко, який вважає, що для того, щоб поновити конституційний статус управління інформаційною сферою, не обов'язково приймати нові закони. Потрібно почати з того, щоб повернути конституційний статус тих державних органів, які повинні здійснювати управління інформаційним простором [3, с. 4].

І. Чиж запропонував здійснити такі заходи державної інформаційної політики: створити систему, де кожне підприємство, установа й організація інформаційної сфери (незалежно від форми власності, величини капіталу чи кількості працівників, сфери поширення, способу виробництва інформаційного продукту) мають бути рівними серед рівних; *перейти від Концепції державної інформаційної політики та інформаційної безпеки України до системного Інформаційного кодексу*; відпрацювати техніко-технологічні параметри розвитку галузей, передусім телерадіомовлення, вітчизняної поліграфії й інших підсистем; створити єдину інформаційну управлінську загальноукраїнську систему за прикладом «електронного уряду» з реальною відповідальністю посадових осіб за своєчасне, повне та правдиве оновлення інформації щодо владної діяльності; виробити спеціальну державну програму взаємодії із засобами масової інформації та журналістами з метою опрацю-

вання єдиних підходів до прав журналістів незалежно від видання, його юридичної, майнової, регіональної, політичної й іншої особливості, та законодавчого закріплення їх обов'язків і відповідальності за моральність публікації [4, с. 21].

Логічні пропозиції у цьому контексті містяться в затвердженій і взятій за основу рішенням Урядової комісії з питань інформаційно-аналітичного забезпечення діяльності органів виконавчої влади від 06.10.2000 р. Концепції реформування законодавства України у сфері суспільних інформаційних відносин, яка визначила стан правового забезпечення регулювання суспільних інформаційних відносин в Україні та стратегію (основні засади) реформи інформаційного законодавства при входженні її до інформаційного суспільства [5]. Основні положення цієї Концепції законодавчо реалізовані в Основних засадах розвитку інформаційного суспільства в Україні на 2007–2015 роки. У підрозділі 4 зазначеної Концепції визначено, що систематизація інформаційного законодавства передбачається в три етапи:

*інкорпорація* законодавства – визначення ієрархічної системи та структури інформаційного законодавства на рівні правової доктрини; виділення в системі законодавства галузі та закріплення її легально у Зводі законів України як розділу «Інформаційне законодавство»;

*кодифікація* – розроблення та прийняття Верховною Радою України такого нормативного акта, як Кодекс України про інформацію.

По суті перший і другий етап, зазначені у цій Концепції, є етапом інкорпорації. Проте в сучасних умовах парадигмальним у рамках правової інформатики є положення про те, що легальне формування Зводу законів України за сутністю є анахронізмом. Крім того, як зазначають деякі дослідники, роботу над створенням Зводу законів потрібно розпочинати лише за стабільних суспільних відносинах і, відповідно, за стабільним законодавством [6, с. 140]. За інших умов такий Звід законів втрачає сенс. Можливо тому у більшості країн відмовилися від легальної інкорпорації через видання Зводів законів за галузевою ознакою.

Незважаючи на те, що інформаційні відносини іманентно є динамічними, і відповідно інформаційне законодавство також, на нашу думку, його інкорпорація є важливим напрямом наукової діяльності на сучасному етапі. Значення інкорпорації як форми систематизації полягає в тому, що вона впорядковує весь чинний нормативно-правовий матеріал у певній сфері з метою полегшення правової освіти та правозастосування у контексті можливості реалізації доступу до правової ін-

формації громадськості. Таким чином, процес інкорпорації інформаційного законодавства пропонується розглядати як постійно здійснювану діяльність уповноважених органів державної влади, що складається з декількох взаємопов'язаних етапів.

На *першому етапі* інкорпоратор з'ясовує критерії систематизації, тобто здійснюється вибір виду інкорпорації (повна чи часткова; офіційна чи неофіційна; предметна чи хронологічна). На *другому етапі* визначається обсяг нормативно-правового матеріалу, призначеного для інкорпорації, тобто коло нормативно-правових актів (далі – НПА), предметом яких виступають суспільні відносини у сфері інформації чи інформаційної діяльності, чи права й обов'язки суб'єктів інформаційних відносин тощо. На *третьому етапі* здійснюються дослідження на «чистку» нормативно-правових актів шляхом видалення з тексту окремих статей, пунктів, абзаців, що втратили силу, чи, навпаки, включення всіх подальших змін, доповнень із уточненням ревізитів актів, що внесли такі зміни чи доповнення; виключення з тексту частин, що не містять нормативних розпоряджень, зробивши позначку про причини відсутності в тексті таких частин тощо. Цей етап постійно здійснюється структурами Управління комп'ютеризованих систем Секретаріату Верховної Ради України, що значно спрощує наукові дослідження та можливість застосування нормативних актів у суспільних відносинах. На *четвертому етапі* всі НПА групуються відповідно до предмета регулювання в межах інформаційної проблематики (ЗМІ, інформаційна безпека тощо) та посідають відповідне місце в структурі інкорпораційного збірника. Цей етап, ще не знайшов практичного цільового втілення у КСІАЗ «Законодавство». Це зумовлено тим, що різні інкорпоратори застосовують різні прийоми, способи і методи систематичної обробки нормативного матеріалу залежно від поставленої мети.

У процесі інкорпорації законодавства широко застосовуються консолідаційні прийоми, як допоміжний етап при створенні інкорпорованого збірника законодавства. Так, у процесі проведення інкорпорації та консолідації використовуються по суті одні й ті самі прийоми та правила, але мета проведених робіт, їх результат, різняться один від одного. Це дозволяє стверджувати, що консолідація й інкорпорація, хоч і дуже подібні між собою види систематизації законодавства, але за своєю теоретико-юридичною сутністю є зовсім різними та виконують не однакові покладені лише на них функції.

У Концепції реформування законодавства України у сфері суспільних інформаційних відносин визначено, що провідними прин-



ципами наукового забезпечення правотворчої діяльності щодо систематизації у сфері соціальних інформаційних відносин є:

- системний та комплексний підходи у вирішенні проблем правотворчості;
- ґрунтовне фундаментальне та прикладне теоретичне обґрунтування новацій (понять, категорій тощо);
- демократизм – залучення широкого кола вітчизняних фахівців до обговорення проблем інформаційного законодавства;
- недопустимість необґрунтованого копіювання зарубіжного досвіду;
- повага та гуманне ставлення до людини, її честі, гідності, репутації;
- презумпція невинуватості людини, громадянина, приватної особи.

### Висновки

У вітчизняній теорії інформаційного права на основі загальних положень теорії права вже сформувалася критична маса наукових положень, що дозволяють здійснювати інкорпорацію українського інформаційного законодавства з урахуванням критично опрацьованих наукових і практичних положень зарубіжного та міжнародного досвіду.

У більшості країн відмовилися від легальної інкорпорації через видання Зводів законів. Цей результат інкорпорації замінюється можливостями інкорпорації споживачем правової інформації із застосуванням здобутків інформатики: комп'ютерних інформаційно-аналітичних систем, у тому числі з застосуванням Інтернет. Іншими словами, кожна заінтересована особа самостійно може за заданими нею критеріями здійснити для своїх потреб інкорпорацію й інформаційного законодавства. У той самий час легальний статус таких правових КСІАЗ в Україні чітко не визначений. У зв'язку з цим при подальшому розвитку інформаційного законодавства доцільним було б законодавчо закріпити (на першому етапі – внести відповідні доповнення до Закону України «Про інформацію») стосовно правової інформації – про визначення як еталонної її електронної бази – КСІАЗ Верховної Ради України, для цілей інформаційної безпеки – «дзеркальні» її відображення основного масиву: електронну базу реєстру нормативних актів, що ведеться Міністерством юстиції України, а також електронну базу правової інформації, що ведеться у Науково-дослідному центрі правової інфор-

мації Національної академії правових наук України з можливостями доступу до них через Інтернет, а також через електронні диски, що періодично видаються у Науково-дослідному центрі правової інформації Національної академії правових наук України у рамках інтегрованої підсистеми бібліотеки баз даних і знань у галузі держави та права для інформаційного забезпечення правотворчості, правозастосування, наукової й освітньої діяльності.

При цьому вирішуються у комплексі важливі завдання прийняття управлінських та інших правомірних рішень:

інформативні – інформантами гарантується доступ до інформації широкого кола споживачів правової інформації (інформованих), зокрема до законодавства (що фактично вже реалізовано у практиці суспільних відносин);

правореалізуючі (правозастосовні) – можливість свідомої бажаної поведінки суб'єктів суспільних відносин на основі знань НПА;

правотворчі – на основі знань усього масиву правової інформації, його аналізу здійснюється законопроектна й інша нормопроектна робота;

правова освіта у єдності з правовою наукою – передача правових знань на основі актуальної правової інформації, у тому числі через систему дистанційного навчання та постійної правової самоосвіти суб'єктів суспільних відносин, що сприяє підвищенню рівня правової культури як складової інформаційної культури, а також культури інформаційної безпеки особи, суспільства, держави, міжнародного співтовариства тощо.

### Література

1. *Нестеренко О. В.* Право на доступ до інформації в Україні: конституційно-правовий аспект: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2008. – 20 с.
2. *Гевлич В., Селіванов В.* Державна політика України у сфері захисту персональних даних: міжнародно-правовий аспект // *Право України.* – 2006. – № 1. – С. 9–15.
3. *Томенко М.* Почерк невидимої руки // *Віче.* – 2002. – № 12. – С. 3–5.
4. *Чиж І.* Перше і головне завдання – невідкладно сформулювати і нормативно оформити парадигму розвитку інформаційної сфери // *Віче.* – 2002. – № 4. – С. 18–22.
5. *Концепція реформування законодавства України у сфері суспільних інформаційних відносин* // <http://www.bezpeka.com/ru/lib/lawproj/art519.html>.
6. *Бабаєв В. К.* Общая теория права. – Н. Новгород, 1993. – 337 с.

*In the article are represented some elements of incorporation as a part of theoretical basis of codification of information legislation in information law as complex law science.*

*В статті розглядаються окремі результати визначення концептуально-інституційних положень інкорпорації як етапу кодифікації інформаційного законодавства в інформаційному праві як комплексної галузі юридическої науки.*



## ПЕРСОНАЛЬНІ ДАНІ, ІНФОРМАЦІЯ ПРО ОСОБУ, КОНФІДЕНЦІЙНА ІНФОРМАЦІЯ ПРО ОСОБУ: аспекти співвідношення

**Андрій Тунік,**

аспірант юридичного інституту  
Національного авіаційного університету

*У статті аналізуються вітчизняне та зарубіжне законодавство у сфері персональних даних, а також доктринальні джерела, присвячені цій проблематиці, з метою визначення співвідношення понять «персональні дані», «інформація про особу», «конфіденційна інформація про особу».*

**Ключові слова:** персональні дані, інформація про особу, конфіденційна інформація про особу, захист інформації про особу.

Аналіз наукових досліджень, присвячених персональним даним, свідчить, що в доктринальних джерелах і нормативно-правових актах нарівні з поняттям «персональні дані» використовуються й інші поняття: «інформація про особу», «персональна інформація», «особиста інформація», «особистісна інформація», «конфіденційна інформація особистого характеру» тощо.

**Мета цієї статті** – визначення співвідношення понять «персональні дані», «інформація про особу», «конфіденційна інформація про особу».

Серед дослідників, які займаються проблематикою, що розглядається, заслуговують на увагу роботи таких учених, як В. Баскаков, К. Беляков, В. Брижко, В. Гавловський, В. Залізник, Р. Каложний, В. Копилова, Б. Кормич, О. Кохановська, В. Ліпкан, А. Марущак, П. Матвієнко, А. Пазюк, В. Цимбалюк, М. Швець та ін.

Не лише на доктринальному рівні спостерігається полісемія понять, пов'язаних із персональними даними. Така ситуація є характерною і для вітчизняного законодавства, коли нарівні з поняттям «персональні дані» законодавець оперує й іншими поняттями. Так, згідно із п. 2 ст. 32 Конституції України «не допускається збирання, зберігання, використання та поширення конфіденційної інформації про особу без її згоди». Таке поняття міститься і в Законі України «Про національний архівний фонд і архівні установи» від 24.12.1993 р. (п. 4 ст. 16). Крім того, ідентичне поняття використовується й у ст. 182 Кримінального кодексу (далі – КК) України.

У статті 10 Закону України «Про звернення громадян» від 02.10.1996 р. зазначається, що «не допускається розголошення одержаних із звернень відомостей про особисте життя громадян без їх згоди чи відомостей, що становлять державну або іншу та-

ємницю, яка охороняється законом, та іншої інформації, якщо це ущемляє права і законні інтереси громадян. Не допускається з'ясування даних про особу громадянина, які не стосуються звернення».

Одразу декілька понять використовується в Законі України «Про телебачення і радіомовлення» від 21.12.1993 р. У ст. 59 цього Закону визначено, що «телерадіоорганізація зобов'язана не розголошувати інформацію про приватне життя громадянина без його згоди, якщо ця інформація не є суспільно необхідною».

Заслужує на увагу той факт, що у нормативно-правових актах чи різного роду доктринальних джерелах можемо спостерігати яскраву відмінність і у трактуванні понять, що розглядаються. Порушена тематика знайшла правове закріплення, насамперед, у міжнародних правових документах. Так, уперше звернула увагу на цю проблематику така впливова міжнародна організація, як Рада Європи. 28.01.1981 р. було ухвалено Конвенцію «Про захист осіб у зв'язку з автоматизованою обробкою персональних даних», що набула чинності 01.10.1985 р. Згідно із ст. 2 цієї Конвенції термін «персональні дані» означає будь-яку інформацію, що стосується конкретно визначеної особи або особи, яка може бути конкретно визначеною.

Відповідно до Директиви Європейського Союзу «Про захист осіб у зв'язку з обробкою персональних даних та вільним обігом цих даних» від 24.10.1995 р. персональні дані – це будь-яка інформація про фізичну особу – ідентифіковану або таку, що може бути ідентифікована.

Таким чином, в основних міжнародних документах, де закріплюються загальні засади організаційно-правового захисту персональних даних, використовується поняття «персональні дані», під якими розуміють певну інформацію, за допомогою якої можна чітко визначити конкретну людину.

Що стосується вітчизняного законодавства, то у ньому тривалий час було відсутнє законодавче закріплення дефініції «персональні дані». Лише з прийняттям Закону України «Про захист персональних даних» таке визначення знайшло своє відображення: персональні дані – це відомості чи сукупність відомостей про фізичну особу, яка ідентифікована або може бути конкретно ідентифікована (ст. 2). Отже, вітчизняний законодавець при закріпленні дефініції «персональні дані» безпосередньо використав норми міжнародного законодавства, зокрема стандарти Європейського Союзу. Зрозуміло, що такий підхід зумовлений необхідністю адаптації вітчизняного законодавства до законодавства ЄС у зв'язку з проголошенням Україною курсу на євроінтеграцію.

Іншим вітчизняним актом, де міститься визначення поняття «персональні дані» є Закон України «Про інформацію», в якому визначено, що інформація про фізичну особу (персональні дані) – це відомості чи сукупність відомостей про фізичну особу, яка ідентифікована або може бути конкретно ідентифікована (ст. 11).

Аналіз дефініцій «персональні дані» та «інформація про особу» свідчить, що у вітчизняному законодавстві вони є ідентичними, а тому можуть вживатися як синонімічні та взаємозамінні.

У Законі України «Про доступ до публічної інформації» також використовується поняття «інформація про особу» та містяться норми, що присвячені проблемі персональних даних, хоча дефініція поняття відсутня.

Тривалий час правове регулювання суспільних відносин, пов'язаних із збиранням, зберіганням, використанням та поширенням інформації про особу (персональних даних) здійснювалося більш як двома десятками вітчизняних нормативно-правових актів, які не відповідали міжнародному та європейському законодавству, зокрема щодо розуміння змісту персональних даних, а також вимог їх захисту. Не менше багатоманіття спостерігається у доктринальних дослідженнях, що присвячені цій проблематиці. Хоча здебільшого в наукових колах все ж використовується категорія «персональні дані». Так, визначення поняття персональних даних надає В. Брижко: персональні дані – це окремі відомості про фізичну особу чи сукупність таких відомостей про особу, яка ідентифікована, або таку, яка може бути ідентифікована [1, с. 21]. Наведене визначення ґрунтується на нормах ЄС, а саме на дефініції, що закріплена Директивою Європейського Союзу «Про захист осіб у зв'язку з обробкою персональних даних та вільним обігом цих даних» від 24.10.1995 р.

В. Брижко зазначає, що «ідентифікованою вважається будь-яка особа, чия особистість може визначатися прямо чи опосередковано,

зокрема, через ідентифікаційний номер або один чи декілька елементів фізичної, фізіологічної, психічної, економічної, культурної або соціальної totoжності, що має достовірний зміст. Останнє важливо з точки зору адресних умов роботи з персональними даними та засобами правового захисту людини щодо збирання, зберігання, використання та поширення про неї відомостей, у тому числі помилкових, випадкових, анонімних та ін.» [1, с. 21].

Ми поділяємо таку позицію, але додатково зауважимо, що лише система, комплекс даних дозволить ідентифікувати конкретну особу, тобто навіть зазначення прізвища, ім'я, по батькові недостатньо для того, щоб визначити про яку особу йдеться.

На думку Г. Виноградової, персональні дані – це сукупність документованих або публічно оголошених відомостей про фізичну особу. Основними даними про фізичну особу (власне, персональними даними) є: національність, освіта, сімейний стан, релігійність, стан здоров'я, а також адреса, дата та місце народження [2, с. 115].

В. Василюк та С. Климчук пропонують персональні дані розглядати як інформацію (зафіксовану на матеріальному носії) про конкретну людину, що ототожнена або може бути ототожнена з ним. До персональних даних дослідники відносять біографічні та розпізнавальні дані, особисті характеристики, відомості про сімейний, соціальний стан, професії, службове та фінансове становище, стан здоров'я тощо [3, с. 117].

Найбільш вживаним поняттям у наукових джерелах для позначення персональних даних є «конфіденційна інформація про особу». Такою категорією, зокрема, оперує А. Марущак, зазначаючи, що «конфіденційна інформація про особу» є одним із специфічних видів інформації з обмеженим доступом [4–6]. З цього приводу лише зазначимо, що не всі персональні дані є інформацією з обмеженим доступом. Так, згідно із ст. 5 Закону України «Про захист персональних даних», «персональні дані, крім знеособлених персональних даних, за режимом доступу є інформацією з обмеженим доступом».

Винятком є персональні дані певних категорій громадян, зокрема персональні дані фізичної особи, яка претендує зайняти чи займає виборну посаду (у представницьких органах) або посаду державного службовця першої категорії, не належать до інформації з обмеженим доступом.

А. Марущак не надає визначення поняття «конфіденційна інформація про особу», а лише вказує на те, що до конфіденційної інформації про особу, зокрема, належать такі свідчення про особу: освіта; сімейний стан; релігійність; стан здоров'я; дата та місце народження; майновий стан; інші персональні дані [7, с. 20]. Крім того, аналіз цим дослідни-

ком матеріалів органів судової влади дав підстави віднести до такої інформації також дані про інтимні сторони життя, захворювання, неблаговидні вчинки, злочинну діяльність тощо [7, с. 20].

Посилаючись на постанову Пленуму Верховного Суду України, А. Марущак розширює коло відомостей, що становлять конфіденційну інформацію про особу, зазначаючи, що відповідно до цієї постанови до таких даних також належать відомості, що ганьблять потерпілого або близьких йому осіб, тобто такі дійсні чи вигадані дані про них, їх дії, вчинені щодо них, які потерпілий бажає зберегти в таємниці та розголошення яких, на його думку, скомпрометує або принизить честь і гідність його чи близьких йому осіб [8, с. 90].

Під конфіденційною інформацією про особу пропонується також розуміти повністю або частково приховану інформацію, доступ до якої можливий лише за бажанням особи або на вимогу інших осіб та у випадках і порядку, передбачених законом, по можливості із збереженням цієї інформації і додержанням прав особи [9, с. 21].

Доволі категорично, але недостатньо аргументовано висловлює свою позицію щодо співвідношення понять «персональна інформація», «інформація про особу» та «персональні дані» О. Радкевич. Він вважає, що різновидом інформації, що розкриває індивідуальність окремої особи є персональна інформація, під якою розуміють ім'я, прізвище, паспортні дані, різні паролі для доступу до сервісів та електронних «гаманців». Крім того, до персональної інформації належать: номери телефону, номери телефонів родичів, домашня адреса, вік і дата народження, місце роботи, персональні фото, відеоматеріали тощо, тобто інформація про особу, що дозволяє ідентифікувати її за допомогою відповідних критеріїв. У процесі такої ідентифікації відбувається процес персоніфікації тих чи інших відомостей. Виходячи з цього, відомості можна охарактеризувати формою зображення соціальної та біологічної схожості, а також індивідуальності кожної людини. У свою чергу, для позначення відомостей про особу, які вже зазнали переносу з матеріального світу в електронний і записані на певному носії, а також придатні для автоматизованої обробки, можливе застосування терміна «персональні дані». Отже, інформація, яка дозволяє безпосередньо або за допомогою інших чинників ідентифікувати особу, є персональною інформацією, а інформація, надана в електронному вигляді, що складається із знаків і чисел, є персональними даними [10, с. 123]. Велике значення для розуміння поняття та змісту персональних даних мають рішення Конституційного Суду України. Як зазначено в рішенні Конституційного Суду України у справі щодо офіційного тлумачення статей

3, 23, 31, 47, 48 Закону України «Про інформацію» та ст. 12 Закону України «Про прокуратуру» (справа К. Г. Устименка), «частина друга статті 32 Конституції України не допускає збирання, зберігання, використання та поширення конфіденційної інформації про особу без її згоди, крім випадків, визначених законом, і лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини. Але вітчизняним законодавством не повністю визначено режим збирання, зберігання, використання та поширення інформації, зокрема щодо психічного стану людини, її примусового огляду та лікування, не створено процедуру захисту прав особи від протизаконного втручання в її особисте життя психіатричних служб. Закон України «Про інформацію» закріплює лише загальні принципи доступу громадян до інформації, що стосується їх особисто. Механізм реалізації зазначеного права належним чином не визначений. Відсутнє й регулювання використання конфіденційних даних у сфері психіатрії» [11]. «Правовідносини, що виникають у цій сфері, у т. ч. й інформаційного характеру, регулюються відомчими нормативними актами колишнього СРСР...» [11].

Розглянувши згадану справу, Конституційний Суд України вирішив, що до конфіденційної інформації, зокрема, належать свідчення про особу (освіта, сімейний стан, релігійність, стан здоров'я, дата та місце народження, майновий стан та інші персональні дані). Крім того, до медичної інформації, тобто свідчення про стан здоров'я людини, належать відомості про історію її хвороби, про мету запропонованих досліджень і лікувальних заходів, прогноз можливого розвитку захворювання, у тому числі про наявність ризику для життя та здоров'я.

Слід зазначити, що Закон України «Про інформацію» чітко визначає безальтернативний перелік відомостей, що є персональними даними. В Рішенні ж Конституційного Суду України з цього питання такий перелік є менш однозначним. Дійсно, тлумачення ст. 12 Закону України «Про інформацію» має здійснюватися у розширювальний спосіб, оскільки використовуючи буквальный спосіб тлумачення цієї статті, можна дійти висновку, що прізвище, ім'я, по батькові не є персональними даними, хоча саме вони, насамперед, допомагають ідентифікувати особу. Однак прізвище, ім'я, по батькові особи чи дата її народження окремо не можуть вважатися персональними даними, оскільки таким чином вони унеможливають ідентифікацію особи (адже таке прізвище, ім'я, по-батькові може мати багато інших осіб у країні; дата народження без зазначення імені її власника також не є персональними даними). Проте в комплексі ці відомості є персональними даними, оскільки за їх допомогою може бути встановлено, якій саме особі вони належать.

Закон України «Про захист персональних даних» також не містить чіткого переліку відомостей, що можна віднести до персональних даних. Хоча відповідно до ч. 1 ст. 7 цього Закону забороняється обробка персональних даних про расове або етнічне походження, політичні, релігійні або світоглядні переконання, членство в політичних партіях і професійних спілках, а також даних, що стосуються здоров'я чи статевого життя.

Таким чином, крім відомостей, що закріплені в Законі України «Про інформацію» і в Рішенні Конституційного Суду України, до персональних даних слід також віднести такі дані, як: расове або етнічне походження; політичні, релігійні або світоглядні переконання; членство в політичних партіях і професійних спілках; дані, що стосуються здоров'я чи статевого життя.

Не менш важливе значення для розуміння персональних даних мають інші нормативно-правові акти, що регулюють суспільні відносини у конкретних сферах. Так, згідно з п. 2 ст. 24 Кодексу законів про працю України при укладенні трудового договору громадянин зобов'язаний подати паспорт або інший документ, що посвідчує особу, трудову книжку, а у випадках, передбачених законодавством, також документ про освіту (спеціальність, кваліфікацію), про стан здоров'я й інші документи. У ст. 25 Кодексу законів про працю України також зазначено, що при укладенні трудового договору забороняється вимагати від осіб, які поступають на роботу, відомості про їх партійну та національну належність, походження, реєстрацію місця проживання чи перебування.

Таким чином, персональні дані особи, що наймається на роботу, які містяться в паспорті або документі, що посвідчує особу, в трудовій книжці, документі про освіту (спеціальність, кваліфікацію), документі про стан здоров'я й інших документах, які він подав при укладенні трудового договору, обробляються наймачем винятково для здійснення повноважень у сфері правовідносин, що виникли в нього з працівником на підставі трудового договору (контракту).

Перелік відомостей, що є персональними даними особи, є динамічним і залежить, насамперед, від конкретної сфери правовідносин, які виникли у конкретної особи (власника чи володільця персональних даних) з іншими особами. Крім того, такі дані можуть змінюватися (наприклад, місце проживання, прізвище тощо), але особа, якій належать ці дані, не вказує про їх зміну особі, яка цими даними користується на законних підставах. Чи такі дані можуть бути недостовірними? Дослідження даних, які вказуються фізичною особою при укладанні договору про надання послуг мобільного зв'язку, дозволило дійти висновку, що «у момент укладання договору оператор мобільного зв'язку отримує

різні види інформації про абонента, залежно від документа, яким особа підтверджує особисті дані (паспорт, посвідчення водія, службове посвідчення працівника органів державної влади або місцевого самоврядування тощо) [12, с. 85]. При цьому обов'язковими є прізвище, ім'я, по батькові; реєстраційні дані документа, що підтверджує особу; індивідуальний податковий номер; додатковими – відомості щодо адреси реєстрації, адреси можливого фактичного місця проживання (адреси доставки кореспонденції), контактного телефону, адреси електронної пошти [12, с. 85]. Викладене свідчить, що частина відомостей, які вказуються фізичною особою при укладанні договору, є документально не підтвердженими і можуть бути недостовірними (не відповідати дійсності) [12, с. 85].

Щодо чіткого переліку відомостей про фізичну особу, які є персональними даними, то у зв'язку з численними зверненнями громадян щодо практичного застосування деяких положень Закону України «Про захист персональних даних» Міністерство юстиції України надало роз'яснення з найбільш актуальних і поширених питань у цій сфері [13], зокрема зазначило, що законодавством України не встановлено і не може бути встановлено чіткого переліку відомостей про фізичну особу, які є персональними даними, задля можливості застосування положень Закону до різноманітних ситуацій, у тому числі при обробці персональних даних в інформаційних (автоматизованих) базах і картотеках персональних даних, що можуть виникнути у майбутньому, у зв'язку із зміною в технологічній, соціальній, економічній та інших сферах суспільного життя [13].

Щодо співвідношення понять «персональні дані» та «конфіденційна інформація про особу», то дискусію з цього приводу припинено рішенням Конституційного Суду України від 20.01.2012 р., коли було надано офіційне тлумачення положень частин 1, 2 ст. 32, частин 2, 3 ст. 34 Конституції України в аспекті таких питань: що слід розуміти під інформацією про особисте та сімейне життя, зокрема чи належить така інформація до конфіденційної інформації про особу, а також чи є збирання, зберігання, використання та поширення інформації про особу втручанням в її особисте і сімейне життя. Рішенням Конституційного Суду України, яке є обов'язковим до виконання на території України, визначено, що інформацією про особисте та сімейне життя особи є будь-які відомості та/або дані про відносини немайнового та майнового характеру, обставини, події, стосунки тощо, пов'язані з особою та членами її сім'ї, за винятком передбаченої законами інформації, що стосується здійснення особою, яка займає посаду, пов'язану з виконанням функцій держави або органів місцевого самоврядування, посадових або службових повноважень.

Така інформація про особу є конфіденційною [14].

### Висновки

Найбільш поширеними категоріями, що використовують у своїх дослідженнях фахівці проблематики персональних даних, а також законодавець у відповідних нормативно-правових актах, є «персональні дані», «інформація про особу», «конфіденційна інформація про особу». Поняття «персональні дані» та «інформація про особу» є змістовно ідентичними. Не всі персональні дані є інформацією з обмеженим доступом. Винятки охоплюють знеособлені персональні дані та персональні дані певних категорій громадян, зокрема персональні дані фізичної особи, яка претендує зайняти чи займає виборну посаду (у представницьких органах) або посаду державного службовця першої категорії.

Поняття «персональні дані» та «конфіденційна інформація про особу» співвідносяться між собою як загальне та часткове, тобто саме конфіденційна інформація про особу є завжди інформацією з обмеженим доступом і її поширення без згоди цієї особи можливе лише у чітко визначених випадках: в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини. Конфіденційна інформація про особу охоплює нарівні з іншими відомостями й інформацію про особисте та сімейне життя особи.

Що стосується понять «особиста інформація», «особистісна інформація», «конфіденційна інформація», «персональна інформація» тощо, то етимологічний їх аналіз дозволив дійти висновку, що вони є змістовно однозначними між собою та з поняттям «персональні дані». Плуралізм цих понять пов'язаний з авторським перекладом зарубіжних нормативно-правових актів.

На сучасному етапі у вітчизняному законодавстві відсутній чіткий безальтернативний перелік відомостей, що становлять зміст персональних даних. Лише комплексне дослідження значної кількості нормативно-правових актів і певних рішень Конституційного Суду України дозволяє визначити приблизне коло таких відомостей. Основне правило при цьому є те, що за допомогою таких відомостей можна точно визначити про яку осо-

бу йдеться. Необхідно також урахувати конкретну ситуацію, за якої такі дані цією особою надаються чи мають надаватися.

### Література

1. Брижко В. М. Організаційно-правові питання захисту персональних даних: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2004. – 221 с.
2. Виноградова Г. В. Правове регулювання інформаційних відносин в Україні. – К., 2006. – 176 с.
3. Василюк В. Я., Климчук С. О. Інформаційна безпека держави. – К., 2008. – 135 с.
4. Марущак А. І. Правомірні засоби доступу громадян до інформації. – Біла Церква, 2006. – 432 с.
5. Марущак А. І. Інформаційне право: доступ до інформації. – К., 2007. – 535 с.
6. Марущак А. І. Інформаційне право: регулювання інформаційної діяльності. – К., 2008. – 344 с.
7. Марущак А. І. Інформаційне право України. – К., 2011. – 456 с.
8. Марущак А. І. Правові основи захисту інформації з обмеженим доступом. – К., 2007. – 208 с.
9. Інформаційне законодавство України / За ред. Ю. С. Шемшученко, І. С. Чижо. – К., 2006. – 232 с.
10. Радкевич О. П. До розуміння персональної інформації та персональних даних // Інформаційні технології в глобальному управлінні: Матеріали наук.-практ. конф., м. Київ, 29 жовтня 2011 р. – К., 2011. – С. 122–124.
11. Рішення Конституційного Суду України у справі щодо офіційного тлумачення статей 3, 23, 31, 47, 48 Закону України «Про інформацію» та статті 12 Закону України «Про прокуратуру» (справа К. Г. Устименка) // <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi>.
12. Сербінов О. С. Договір про надання послуг мобільного зв'язку як джерело інформації про фізичну особу // Імперативи розвитку юридичної та безпекової науки: Матеріали наук.-практ. конф., м. Київ, 15 квітня 2010 р. – К., 2010. – С. 85–86.
13. Деякі питання практичного застосування Закону України «Про захист персональних даних»: Роз'яснення Міністерства юстиції України від 21.12.2012 р. // <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/n0076323-11>.
14. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Жашківської районної ради Черкаської області щодо офіційного тлумачення положень частин першої, другої статті 32, частин другої, третьої статті 34 Конституції України // Офіційний вісник України. – 2012. – № 9. – Ст. 332.

*The analysis of domestic and foreign legislation on personal data, as well as doctrinal sources dedicated to these problems in order to determine the ratio of the concepts of «personal data», «personal information», «confidential information about a person».*

*В статті аналізуються отечественное и зарубежное законодательство в сфере защиты персональных данных, а также доктринальные источники, посвященные этой проблематике, с целью определения соотношения понятий «персональные данные», «информация о личности», «конфиденциальная информация о личности».*



## РАССМОТРЕНИЕ СПОРОВ, СВЯЗАННЫХ С УПРАВЛЕНИЕМ АКЦИОНЕРНЫМИ ОБЩЕСТВАМИ

**Елена Зельдина,**

*д-р юрид. наук,  
заведующая сектором проблем реализации хозяйственного законодательства  
Института экономико-правовых исследований НАН Украины,  
г. Донецк,*

**Олег Хрипун,**

*судья Высшего хозяйственного суда Украины,  
г. Киев*

*В статье рассматриваются корпоративные споры о признании недействительными решений органов управления акционерным обществом.*

**Ключевые слова:** корпоративный спор, хозяйственное общество, управление обществом, корпоративное правоотношение, хозяйственный суд.

Обострение экономической ситуации в стране, вызванное мировым кризисом, усугубило ситуацию в сфере корпоративных отношений, увеличило число корпоративных конфликтов. Возросло и количество корпоративных споров, связанных с управлением хозяйственными обществами, рассматриваемых хозяйственными судами, что свидетельствует об актуальности избранной темы исследования.

Отдельные вопросы корпоративной конфликтологии рассматривались в работах О. Винник, В. Гайворонского, О. Загнитко, И. Спасько-Фатеевой, Н. Саниахметовой, В. Щербины и других ученых, однако отсутствие на законодательном уровне определения порядка рассмотрения корпоративных споров свидетельствует о необходимости изучения особенностей корпоративных споров, связанных с управлением обществом.

**Цель настоящей статьи** – анализ практики рассмотрения корпоративных споров, связанных с управлением хозяйственным обществом, и определение направления совершенствования действующего законодательства в исследуемой сфере.

Анализ научной литературы позволяет выделить следующие виды корпоративных споров, связанных с управлением хозяйственным обществом:

- споры о признании недействительными локальных нормативно-правовых актов органов управления обществом; споры о признании недействительными сделок относительно имущества хозяйственного общества, заключенных без получения согласия высшего

органа управления обществом в случае, если его необходимость предусмотрена уставом; споры по искам членов органов управления общества о признании недействительной сделки, заключенной председателем исполнительного органа общества с превышением полномочий, предоставленных уставом; споры относительно нарушения права участника общества на информацию; споры относительно выплаты дивидендов; споры о злоупотреблении правами в корпоративных отношениях в процессе управления хозяйственным обществом.

Анализ практики рассмотрения корпоративных споров, связанных с управлением обществом, свидетельствует, что наибольшее их количество возникает по поводу признания недействительными локальных нормативно-правовых актов органов управления обществом, в частности решений общих собраний участников общества.

Споры, возникающие по поводу управления хозяйственным обществом, непосредственно связаны с системой управления, действующей в хозяйственных обществах. Наиболее сложной система управления хозяйственного общества является в акционерных обществах, что обуславливает необходимость пристального внимания к проблематике рассмотрения корпоративных споров, возникающих по поводу управления акционерными обществами.

Юридическая энциклопедия дает следующее определение понятию «управление»: функция организованных систем, обеспечивающая сохранение их структуры и упорядочения согласно закономерностям функционирования [1, с. 218]. Относительно хозяй-

ственных обществ следует вести речь о корпоративном управлении.

Достаточно подробно вопросы корпоративного управления в настоящее время разработаны только относительно акционерных обществ. Вероятно, это обуславливается тем, что акционерные общества являются довольно специфическими представителями хозяйственных обществ с достаточно большим количеством учредителей (акционеров).

В процессе приватизации создавались акционерные общества, состоящие из тысяч и десятков тысяч акционеров. Акционеры имели совершенно разные пакеты акций: от одной-двух-трех – до тысяч и десятков тысяч акций. Со временем выяснилось, что на практике реализация провозглашенного Законом Украины «О хозяйственных обществах» права участника (акционера) на участие в управлении обществом зависит, помимо прочего, от количества акций (долей), принадлежащих участнику. Необходимость предоставления участникам равных прав на участие в управлении обществом, особенно остро стояла в акционерных обществах.

С целью выполнения Указа Президента Украины «О мерах по развитию корпоративного управления в акционерных обществах» от 21.03.2002 г. № 280/2002, решением Государственной комиссии по ценным бумагам и фондовому рынку (далее – ГКЦБФР) Украины от 11.12.2003 г. № 571 утверждены Принципы корпоративного управления. Эти Принципы учитывают мировой опыт и содержат много прогрессивных и новых концепций для отечественного корпоративного законодательства.

Большое внимание проблеме внедрения принципов корпоративного управления уделяли иностранные специалисты в области корпоративного управления. Так, Девис Домес (консультант проекта FMI/USAID «Международные стандарты бизнеса – Корпоративное управление»), изучая сложившуюся в Украине ситуацию, пришел к выводу, что конфликты в большинстве своем возникают между акционерами и руководством, а также между мажоритарными и миноритарными акционерами внутри общества. Также в значительной степени распространено игнорирование руководством интересов инвесторов и акционеров [2, с. 14]. Необходимость построения эффективной системы корпоративного управления отмечает и Б. Мильнер [3, с. 204].

В свою очередь, украинские специалисты считают, что уровень корпоративного управления в компании имеет значение только там, где акции находятся в свободном обращении на рынке [4]. Отмечается также, что найти эффективное соотношение между интересами акционеров и деятельностью акционер-

ного общества не удалось пока еще ни одной правовой системе [5, с. 184–185], однако работа идет в направлении совершенствования системы корпоративного управления, направленного на сочетание интересов акционеров и акционерного общества как юридического лица – собственника.

Возникающие на практике конфликты нередко приводят к возникновению корпоративных споров, предметом которых является признание недействительным решения органов управления хозяйственного общества. В такой ситуации возникает вопрос о том, кто будет надлежащим ответчиком в таком споре. Ответ на этот вопрос дан в п. 6.2.4 разъяснений Высшего хозяйственного суда (далее – ВХС) Украины «О некоторых вопросах практики рассмотрения споров с участием государственных и иных органов» от 26.01.2000 г. № 02-5/35. Ответчиком в данном случае является само хозяйственное общество. Спор рассматривался по местонахождению ответчика. Такое же мнение высказывается в Обобщении практики рассмотрения корпоративных споров [6] (далее – Обобщение). Нередко на практике возникает ситуация, когда представитель органов управления хозяйственного общества заявляет, что решение принято общим собранием акционеров под давлением мажоритарного акционера. Такое решение противоречит интересам не только отдельных акционеров, но и самого юридического лица. Поэтому хозяйственное общество по данному делу не может быть надлежащим ответчиком. Однако мажоритарный акционер не является юридическим лицом и не действует от его имени, что лишает возможности иных акционеров и само акционерное общество предъявить иски к мажоритарному акционеру. Этот вопрос законодателем не урегулирован, однако представляется, что, учитывая специфику корпоративных отношений, следует предоставить возможность хозяйственному обществу и миноритарным акционерам обращаться с исковыми требованиями к мажоритарному акционеру в случае, если решение общего собрания акционеров принято под давлением мажоритарного акционера.

Одним из наиболее распространенных корпоративных споров на сегодняшний момент является признание решения высшего органа управления хозяйственного общества недействительными. Особенностью рассмотрения такого вида споров является необходимость исследования судами нарушений прав истца при принятии решения органом управления обществом.

Наибольшее количество споров данной категории возникает между акционерным обществом и его акционерами. Обуславливается это, прежде всего, значительным количе-



ством акционеров (по сравнению с участниками обществ с ограниченной ответственностью) и часто возникающим несовпадением интересов различных групп акционеров в акционерном обществе. При этом споры возникают как между различными группами акционеров (мажоритарные и миноритарные акционеры), так и между акционерами и акционерным обществом.

Как показал анализ практики рассмотрения судами корпоративных споров, споры о признании недействительными решений общих собраний акционеров (участников) по основаниям несоблюдения порядка их созыва возникают при нарушении порядка уведомления акционеров (участников) о проведении общего собрания в печатных средствах массовой информации; порядка персонального уведомления акционеров (участников), предусмотренного уставом; несвоевременном уведомлении о проведении общего собрания; непринятии предложений по внесению изменений в повестку дня, внесенных акционерами, в том числе акционерами, владеющими в совокупности более чем 10 % акций; непредоставлении возможности акционерам (участникам) ознакомиться с документами, связанными с протоколом общего собрания, а также нарушениях, связанных с порядком проведения процедуры регистрации на общем собрании. Во всех перечисленных случаях следует вести речь о признании недействительными решений общего собрания в целом или отдельных его положений.

Анализируя основания признания решений общих собраний недействительными полностью или частично, комментарий судебной практики рассмотрения корпоративных конфликтов в качестве обязательных оснований называет противоречие акта нормам законодательства, а также нарушение этим актом прав и законных интересов субъектов (в данном случае корпоративных отношений) [2, с. 23]. В Обобщении основаниями для признания недействительными решений общих собраний акционеров (участников) хозяйственного общества называют нарушение требований закона и (или) учредительных документов во время созыва и проведения общих собраний общества; лишение акционера (участника) возможности принимать участие в общем собрании, а также нарушение решением общего собрания прав и законных интересов акционера (участника) общества. Следует отметить, что перечень предложенный в Обобщении является более полным, однако его нельзя рассматривать как совокупность обязательных условий для признания решения общего собрания акционеров (участников) недействительным полностью или частично. Обуславливается этот вывод тем, что в качестве безус-

ловных оснований для признания недействительными решений общих собраний в силу прямого указания закона являются: принятие общим собранием решений при отсутствии кворума для проведения общего собрания или принятия решения; принятие общим собранием решений, не включенных в повестку дня общего собрания; принятие общим собранием решения о внесении изменений в устав, в частности об изменении уставного капитала общества в случае непредставления акционерам (участникам) соответствующей информации. В этих случаях обратиться в суд с заявлением о признании недействительным решения общего собрания общества может как участник, который принимал участие в общем собрании, так и участник, который в общем собрании участия не принимал в силу лишения акционера (участника) возможности принимать участие в общем собрании.

Сделанный нами вывод снимает необходимость проверки судом вопроса: могло ли участие акционера (участника) в общем собрании повлиять на принятые общим собранием решения? Мы поддерживаем мнение авторов о том, что суд должен признавать решения общего собрания недействительными независимо от того, могло ли повлиять присутствие акционера на результаты голосования (в случае, если акционер не был уведомлен о проведении общего собрания) [7, с. 24], поскольку в любом случае здесь нарушается корпоративное право акционера (участника) на участие в управлении обществом.

Характерной особенностью рассмотрения корпоративных споров, связанных с управлением хозяйственным обществом, является применение в судебной практике средств защиты нарушенного права, не предусмотренных законом. На практике предъявление требований, не предусмотренных законом, осуществляется с целью как рейдерского захвата или гринмейла хозяйственного общества, так и защиты от рейдерских захватов.

Анализ судебных решений показал, что отдельные хозяйственные суды, удовлетворяя иски о признании недействительными требований, применяют непредусмотренные действующим законодательством способы защиты прав и законных интересов. В частности способы защиты гражданских прав и интересов определены в ст. 16 Гражданского кодекса (далее – ГК) Украины, а также ст. 20 Хозяйственного кодекса (далее – ХК) Украины. Анализ судебной практики свидетельствует, что получила значительное распространение практика рассмотрения судами исков о признании решений общих собраний правомочными, что противоречит требованиям действующего законодательства и способствует принятию незаконных судебных решений.

Согласно Обобщению хозяйственным судам следует иметь в виду, что решение общих собраний и других органов управления хозяйственного общества являются по своей правовой природе правомочными, если в судебном порядке не установлено иное, т. е. существует презумпция легитимности решений соответствующих органов управления хозяйственного общества.

Так, хозяйственный суд Днепропетровской области в решении по иску ЗАО «Трубный завод ВСМПО-АВИСМА» к ОАО «Никопольский южно-трубный завод», Г. О. И. о признании действительными собраний обоснованно сделал вывод о том, что у суда отсутствуют основания для удовлетворения такого иска поскольку заявленные требования о признании действительными общих собраний и их решений не отвечают возможным способам защиты прав и интересов, установленных хозяйственным (гражданским) законодательством [6]. По таким же основаниям не подлежат удовлетворению требования о признании общих собраний участников (акционеров) общества состоявшимися и признании реорганизации состоявшейся, а также требования относительно изменения судом места проведения общего собрания участников (акционеров) хозяйственного общества. Исключение из практики подобных требований будет способствовать решению проблемы создания механизма защиты участников (учредителей, акционеров) и хозяйственных обществ от рейдерских захватов и гринмейла.

При проведении Обобщения выявлены многочисленные случаи применения хозяйственными судами обеспечительных мер, фактически блокирующих организацию и проведение общих собраний общества: запрещение хозяйственному обществу проводить общие собрания; запрещение проводить регистрацию акционеров для участия в общих собраниях; запрещение регистратору владельцев именных ценных бумаг предоставлять копии реестра и выписки из него; запрещение любых действий, связанных с выполнением решений общих собраний и т. п.

Применение таких обеспечительных мер не отвечает назначению данного института, цель которого – защита интересов заявителя, а не лишение другого лица права осуществлять предусмотренную законом деятельность, противоречит положениям ст. 6 ХК Украины [7], запрещающей незаконное вмешательство органов государственной власти и органов местного самоуправления, в том числе судов, в хозяйственные отношения.

Так, в постановлении по делу № 41/578 ВХС Украины указал, что общее собрание акционе-

ров является высшим органом акционерного общества, который в рамках своей компетенции решает вопросы деятельности акционерного общества. Поэтому запрещение проведения общего собрания фактически парализует работу высшего органа акционерного общества и является прямым вмешательством в хозяйственную деятельность общества [6]. Это же положение касается и применения обеспечительных мер в виде запрещения иных действий, которые фактически означают запрещение проведения общего собрания участников (акционеров) общества, в том числе запрещение регистрироваться для участия в общем собрании, запрещение регистратору проводить регистрацию акционеров для участия в общем собрании акционеров и т. п.

О серьезности поднимаемой проблемы свидетельствует тот факт, что обеспокоенность частото неоправданной практикой применения указанных обеспечительных мер выражали именно представители судебного корпуса [7, с. 89], отмечая что обжалование решений общих собраний будет более адекватной мерой защиты нарушенных прав акционеров, чем запрещение проведения собраний до решения вопроса о наличии нарушений прав истца [8, с. 19].

Следует отметить, что и заявление требований о признании недействительными решений общего собрания общества не исключает возможность применения судами неадекватных обеспечительных мер. В частности, в делах о признании недействительными решений общих собраний общества зачастую отсутствует причинно-следственная связь между возможностью исполнения такого судебного решения и применением хозяйственным судом обеспечительных мер путем запрещения проводить общие собрания участников (акционеров) общества.

Так, в постановлении ВХС Украины в деле по иску ООО «Укркомплект «Плюс»» к ООО «Профреестр», ОАО «Кременчугский сталелитейный завод» о признании недействительным решения общего собрания акционеров ОАО «Кременчугский сталелитейный завод» и обязательства ООО «Профреестр» совершить определенные действия указано, что суд не установил, а коллегия не усмотрела причинно-следственной связи между вопросами хозяйственного характера, которые в дальнейшем могут быть рассмотрены внеочередным собранием акционеров ОАО, и возможными препятствиями в выполнении судебного решения о признании недействительным решения акционера ОАО относительно созыва внеочередного собрания акционеров ОАО, правомерности осуществления права на участие в общем собрании акционеров [6]. Это может быть предметом отдельного иска при условии нарушения прав иных лиц.

Указанный вывод обуславливается тем, что отдельные вопросы относительно осуществления деятельности хозяйственного общества могут рассматриваться общим собранием участников (акционеров) и в этом случае споры по поводу управления хозяйственным обществом непосредственно связаны с осуществлением хозяйственной деятельности хозяйственного общества.

### Выводы

Анализ специфики корпоративных отношений свидетельствует о целесообразности предоставления возможности хозяйственному обществу и миноритарным акционерам обращаться с исковыми требованиями к мажоритарному акционеру в случае, если решение общего собрания акционеров, противоречащее интересам общества, было принято под давлением мажоритарного акционера.

Предлагаем дополнить Хозяйственный процессуальный кодекс Украины ст. 684 «Рассмотрение споров о признании недействительными решений и иных действий органов управления хозяйственного общества» следующего содержания:

«Обратиться в суд с требованием о признании недействительными решений и иных действий органов управления хозяйственного общества может лицо, чьи права были нарушены в процессе созыва, проведения и принятия решений общего собрания, а также в процессе осуществления деятельности иных органов управления общества в течение трех месяцев с момента, когда лицо узнало или должно было узнать о нарушении своего права.

Лицо, обратившееся в хозяйственный суд с требованием о признании недействитель-

ными решений и иных действий органов управления хозяйственного общества, должно доказать наличие следующих условий:

нарушение требований закона и/или учредительных документов во время созыва и проведения общего собрания общества;

лишение акционера (участника) общества возможности принять участие в общем собрании;

нарушение прав или законных интересов акционера (участника) общества решением общих собраний.

Право на обращение в хозяйственный суд с иском о признании недействительными решений органов управления обществом имеют только акционеры (участники), являвшиеся акционерами (участниками) на дату принятия обжалуемого решения».

### Литература

1. *Юридична* енциклопедія. – К., 2004. – Т. 6.
2. *Коментар* судової практики вирішення корпоративних конфліктів // Бюлетень законодавства і юридичної практики України. – 2005. – № 12. – 368 с.
3. *Мильнер Б. З.* Теория организаций. – М., 1998.
4. *Корпоративне* управління // *Контракти*. – 2003. – № 36.
5. *Русак Л. Г.* Товарищеские союзы как форма организации юридических лиц. – Минск, 2000.
6. *Узагальнення* практики розгляду корпоративних спорів [Електронний ресурс] <http://www.uaib.com.ua/files/articles/350/67/USAID.doc>.
7. *Москаленко В.* Про деякі проблеми практики розгляду судами справ у корпоративних конфліктах // *Юридичний журнал*. – 2002. – № 5. – С. 88–89.
8. *Бачун О.* Споры в корпоративных отношениях: проблемы обеспечения исков // *Юридическая практика*. – 2003. – № 32.

*In the article the features of consideration of corporate spores are analysed about confession invalid decisions of management organs by society.*

*У статті розглядаються корпоративні суперечки про визнання недійсними рішень органів управління акціонерним товариством.*



## ПРОБЛЕМИ КЛАСИФІКАЦІЇ СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ

**Віталій Пашков,**

*д-р юрид. наук, доцент,  
завідувач кафедри приватного права  
Полтавського юридичного інституту  
Національного університету «Юридична академія України»  
ім. Ярослава Мудрого*

*У статті досліджуються питання класифікації суб'єктів господарювання, у тому числі у зв'язку з запровадженням спеціальних режимів оподаткування, передбачених Податковим кодексом України.*

**Ключові слова:** суб'єкти господарювання, види підприємств, організаційно-правові форми, платники єдиного податку.

Серед суб'єктів господарського права як учасників господарських відносин найважливішою групою є суб'єкти господарювання. Саме тому в ч. 4 ст. 13 Конституції України наголошується на захисті прав не лише всіх суб'єктів права власності, а й господарювання. Правове регулювання створення та діяльності суб'єктів господарювання в Україні здійснюється відповідно до норм Господарського кодексу (далі – ГК), Цивільного кодексу (далі – ЦК) та окремих законів України.

Свого часу В. Мамутов, ще до розроблення ГК України розрізняв індивідуальних і колективних суб'єктів господарювання [1, с. 273–274]. Згідно з ч. 2 ст. 55 ГК України це такі категорії суб'єктів господарювання:

- господарські організації – юридичні особи, створені відповідно до ЦК, державні, комунальні й інші підприємства, створені відповідно до ГК України, а також інші юридичні особи, які здійснюють господарську діяльність і зареєстровані в установленому законом порядку;

- громадяни України, іноземці й особи без громадянства, які здійснюють господарську діяльність і зареєстровані відповідно до закону як підприємці.

Проте цей перелік має загальний вигляд і не конкретизує їх поділ залежно від окремо визначених критеріїв, зокрема залежно від запроваджених спеціальних режимів оподаткування. Крім того, більшість науковців, досліджуючи класифікацію суб'єктів господарювання, розглядають її лише в контексті видів підприємств за окремими критеріями, що не охоплює можливого спектра існуючих суб'єктів господарювання. Так, В. Щербина вважає, що законодавство України про підприємства оперує такими поняттями, як види, організаційні форми та категорії підприємств. При цьому кожне з них вживається для класифікації підприємств за певними ознаками [2, с. 57].

У даному випадку, класифікація суб'єктів господарювання зводиться до класифікації лише підприємств.

Важливі теоретико-методичні проблеми класифікації суб'єктів господарювання, зокрема підприємств, за різними критеріями посідають вагоме місце в роботах таких науковців, як О. Вінник, Д. Задохайло, В. Мамутов, О. Подцерковний, В. Устименко, В. Щербина та ін. Але згадані науковці при опрацюванні зазначених питань у повному обсязі не враховували можливість поділу суб'єктів господарювання, як юридичних осіб, так і фізичних осіб-підприємців, за всіма існуючими критеріями, у тому числі залежно від запроваджених спеціальних режимів господарювання.

**Метою цієї статті** є дослідження напрямів класифікації суб'єктів господарювання за різними критеріями, у тому числі пов'язаних із запровадженням спеціальних режимів оподаткування.

Господарські організації можна класифікувати за такими критеріями:

- місце в системі господарювання: господарські організації, що безпосередньо здійснюють господарську діяльність – підприємства, банки, страхові організації, а також господарські товариства тощо; організації, що безпосередньо здійснюють управління суб'єктами господарювання – власники майна або уповноважені ними органи, головні підприємства щодо дочірніх, господарські об'єднання; центральні органи господарського керівництва, які очолюють відповідну галузь економіки та здійснюють у межах цієї галузі функції управління – міністерства, відомства, місцеві державні адміністрації тощо;

- залежно від речового права на майно: господарські організації, що володіють правом

власності на майно – господарські товариства тощо; господарські організації з правом повного господарського відання щодо майна – державні, комунальні підприємства тощо; господарські організації з правом оперативного управління щодо майна – казенні підприємства тощо;

- обсяг господарської компетенції: господарські організації з повною господарською компетенцією – права юридичної особи; організації з обмеженою господарською компетенцією – без права юридичної особи, внутрішні підрозділи господарської організації, промислово-фінансові групи;

- за порядком створення та характером відносин між засновниками і господарською організацією: установи – створюються одним засновником у розпорядчому порядку на засадах влади та підпорядкування; корпорації – створюються кількома засновниками, шляхом укладення між ними угоди у добровільному порядку.

Традиційно суб'єктів основної ланки господарювання поділяють на колективні утворення, до яких відносяться підприємства, господарські товариства та кооперативи, та окремих громадян як суб'єктів господарювання.

Слід зазначити, що право на вибір організаційно-правової форми є складовою принципу свободи підприємницької діяльності. Це означає, що суб'єкти під час заснування підприємства (господарської організації) самостійно вирішують питання, пов'язані з вибором його організаційно-правової форми. Однак це право, як й інші прояви свободи підприємницької діяльності, не є безмежним. Чинне законодавство в деяких випадках чітко регламентує, в яких організаційно-правових формах може здійснюватися той чи інший вид господарської діяльності, а також передбачає певні вимоги до тих чи інших елементів структури організаційно-правової форми, зумовлені специфікою функціонування суб'єктів господарювання в особливих секторах ринку або у сфері послуг (наприклад, фінансових), необхідністю постійного державного регулювання та контролю у згаданих секторах ринку. Так, у Законі України «Про банки і банківську діяльність» регламентується, що банки в Україні мають створюватись у формі відкритого (публічного) акціонерного товариства або кооперативного банку. В Законі України «Про страхування» визначається, що страховиками визнаються фінансові установи, створені у формі акціонерних, повних, командитних товариств або товариств із додатковою відповідальністю.

На сьогодні єдине законодавчо закріплене визначення поняття «організаційно-правова форма» є в наказі Державного комітету України з питань технічного регулювання та

споживчої політики «Про затвердження національних стандартів України, національних змін до міждержавних стандартів, внесенні змін до наказу Держспоживстандарту України від 31.03.2004 р. № 59 і скасування нормативних документів» від 28.05.2004 р. № 97. У ньому під організаційно-правовою формою господарювання розуміється форма здійснення господарської (у тому числі підприємницької) діяльності з відповідною правовою основою, яка визначає характер відносин між засновниками (учасниками), режим майнової відповідальності за зобов'язаннями підприємства (організації), порядок створення, реорганізації, ліквідації, управління, розподілу отриманого прибутку, можливі джерела фінансування діяльності.

Таким чином, організаційно-правова форма діяльності юридичної особи є істотною ознакою у визначенні характеру її діяльності як комерційної або некомерційної організації. Конкретна організаційно-правова форма визначається законом і залежить від виду господарювання (комерційного або некомерційного), цілей діяльності, правового режиму майна суб'єкта господарювання. У свою чергу, реалізуючи своє конституційне право на здійснення підприємницької діяльності, кожен громадянин України, іноземець та особа без громадянства самостійно визначає найбільш прийнятний для нього спосіб організації її здійснення, обираючи індивідуальний або колективний характер дій на основі об'єднання майна, підприємницьких зусиль з іншими особами з метою спільного отримання прибутку. Так, громадянин визнається суб'єктом господарювання у разі здійснення ним підприємницької діяльності за умови державної реєстрації його як підприємця без статусу юридичної особи. Право на підприємницьку діяльність передбачене ст. 42 Конституції України. Громадянин-підприємець здійснює свою діяльність на засадах свободи підприємництва. При цьому підприємством розуміють самостійну, ініціативну, систематичну, на власний ризик, не заборонену законом діяльність із виробництва продукції, виконання робіт, надання послуг і здійснення торгівлі з метою одержання прибутку. В контексті останніх законодавчих вимог передбачених, зокрема, Податковим кодексом (далі – ПК) України, дуже важливим є те, що громадянин, який займається підприємницькою діяльністю, але не пройшов державної реєстрації, не набуває статусу підприємця.

Деяко інакше складається правовий стан суб'єктів господарювання у вигляді юридичних осіб. Унаслідок різних цілей юридичні особи досить різноманітні як за впорядкуванням, так і за характером діяльності. ЦК Ук-

раїни (ст. 80) визнає юридичною особою організацію, створену та зареєстровану в установленому законом порядку, яка наділяється цивільною право- і дієздатністю. Юридична особа (ч. 1 ст. 81 ЦК) може бути створена шляхом об'єднання осіб і/або майна. Іншими словами, юридичні особи можуть мати на меті публічні та суспільні цілі й інтереси чи приватні цілі й інтереси окремих фізичних осіб. Відповідно до цього й законодавець поділяє юридичних осіб залежно від порядку їх створення (ч. 2 ст. 81 ЦК) на юридичних осіб приватного та юридичних осіб публічного права. За організаційно-правовою формою юридичні особи можуть створюватись у формі товариств і установ (ч. 1 ст. 83 ЦК), при цьому товариства поділяються на підприємницькі та непідприємницькі.

Для юридично рівноправних суб'єктів нормами права встановлюються лише загальні правила поведінки, без кількісних та якісних характеристик, а конкретність таким правам і обов'язкам надають самі суб'єкти правовідносин. У цьому контексті законодавство України визначає суб'єктами суспільних відносин таких його учасників, які на підставі чинного законодавства визначаються носіями суб'єктивних прав і відповідних обов'язків. Перехід суспільних відносин у господарсько-правову площину передбачає некомерційні засади діяльності, але при цьому аж ніяк не підриває принципи господарського права. Зазначена діяльність може та повинна бути визнана господарською і передбачає існування господарських інститутів, а також господарсько-правових відносин. Широке застосування некомерційних відносин є цілком логічним, регулюється відповідними нормами господарського права (статті 52–54 ГК) та автоматично передбачає некомерційне господарювання з метою досягнення економічних, соціальних та інших результатів без мети одержання прибутку.

Крім того, відповідно до ч. 4 ст. 22 ГК України законодавством можуть бути визначені види господарської діяльності, що дозволяється здійснювати виключно державним підприємствам, установам і організаціям. Некомерційна господарська діяльність може здійснюватися також іншими суб'єктами господарювання, яким здійснення господарської діяльності у формі підприємництва забороняється законом. Згідно із ст. 86 ЦК України непідприємницькі товариства (споживчі кооперативи, об'єднання громадян тощо) й установи можуть на рівні із своєю основною діяльністю здійснювати підприємницьку діяльність, якщо інше не встановлено законом і якщо ця діяльність відповідає меті, для якої вони були створені, та сприяє її досягненню. Серед неприбуткових організацій ГК

України (статті 130–131) виокремлює кредитні спілки та благодійні організації.

ГК України (ст. 52) регламентує можливість здійснення некомерційної господарської діяльності також іншими суб'єктами господарювання, яким здійснення господарської діяльності у формі підприємництва забороняється, тобто увага акцентується не на сфері діяльності, а на суб'єктах, які створені з метою здійснення підприємництва або без цієї мети. Отже, існування господарської організації, мета якої не визначена, неможлива.

Особливе місце серед юридичних осіб як публічного, так і приватного права займають підприємства. З точки зору більшості правознавців-господарників, найважливішим видом серед суб'єктів господарювання можна визнати підприємство [3]. Це зумовлено особливими економічними та соціальними функціями підприємства в економічній системі: функціями товаровиробника, який задовольняє суспільні потреби у продукції, роботах і послугах. Тому законодавчий інститут підприємства або господарюючого суб'єкта є центральною частиною системи господарського права України, його правовою основою [4, с. 106].

ГК України (ст. 63) містить класифікацію підприємств за різними ознаками, серед яких – форма власності, спосіб утворення, кількість працюючих та обсяг валового доходу від реалізації продукції за рік. Важливою передумовою господарської діяльності слід вважати вибір організаційно-правової форми її здійснення, який, як правило, зумовлюється низкою чинників (мірою відповідальності, системою оподаткування, потребою у фінансуванні, можливістю зміни власника, управлінськими здібностями підприємця тощо). Отже, **залежно від форм власності**, на базі якої функціонують підприємства в Україні, вони поділяються на: *державні* – до них належать державні та казенні підприємства, державні господарські об'єднання, державні холдингові компанії, господарські міністерства та відомства (статті 73, 76 ГК); *комунальні* – комунальні підприємства, органи місцевого самоврядування та їх виконавчі органи (ст. 78 ГК); *колективні (підприємства колективної форми власності)* – господарські товариства, виробничі кооперативи, добровільні господарські об'єднання, унітарні підприємства, створені кооперативами, господарськими товариствами, громадськими та релігійними організаціями; *приватні* – індивідуальні підприємці, приватні підприємства; *змішані* (на базі об'єднання майна різних форм власності) – орендні підприємства, спільні підприємства, а також промислово-фінансові групи, до складу яких можуть

входити господарські організації різних форм власності.

**Залежно від способу утворення (заснування) та формування статутного фонду** виділяють: *унітарне підприємство* (ч. 4 ст. 63 ГК) – створюється одним засновником. Унітарними є державні комунальні підприємства, підприємства, засновані на власності об'єднання громадян, релігійної організації або на приватній власності засновника; *корпоративне підприємство* (ч. 5 ст. 63 ГК) – утворюється, як правило, двома або більше засновниками за їх спільним рішенням (договором). Корпоративними є кооперативні підприємства, підприємства, що створюються у формі господарського товариства, а також інші підприємства, у тому числі засновані на приватній власності двох або більше осіб. На думку В. Щербини, ці підприємства можна розглядати як дві організаційні форми підприємств [2, с. 58].

Крім того, згідно з ч. 2 ст. 63 ГК України підприємства поділяються **залежно від наявності в статутному фонді іноземної інвестиції та її розміру**: підприємства з іноземними інвестиціями (іноземна інвестиція становить у статутному фонді не менше 10 %); *іноземні інвестиції* (іноземна інвестиція в статутному фонді становить 100 %).

**Залежно від кількості працюючих та обсягу валового доходу від реалізації продукції** (ч. 7 ст. 63 ГК) розрізняють такі підприємства: *малі підприємства* – підприємства, в яких середньооблікова чисельність працюючих за звітний (фінансовий) рік не перевищує 50 осіб, а обсяг валового доходу від реалізації продукції (робіт, послуг) за цей період не перевищує 70 млн грн; *великі підприємства* – підприємства, в яких середньооблікова чисельність працюючих за звітний (фінансовий) рік перевищує 250 осіб, а обсяг валового доходу від реалізації продукції (робіт, послуг) за рік перевищує суму 100 млн грн; усі інші підприємства визнаються *середніми*.

Спираючись на ст. 126 ГК України, О. Вінник, за критерієм **залежності від іношого суб'єкта господарювання або можливості впливу на інше підприємство**, розрізняє *асоційовані підприємства*: залежне підприємство; контролююче підприємство. Вона також звертає увагу на те, що в ГК не згадуються деякі види підприємств, а саме – підприємство художніх промислів (Закон України «Про народні художні промисли» від 21.06.2001 р.); інноваційне підприємство (Закон України «Про інноваційну діяльність» від 04.07.2002 р.) [5, с. 90–91].

Наступний критерій класифікації суб'єктів господарювання пов'язаний безпосередньо з таким елементом основ економічної політики держави (ст. 10 ГК України), як **по-**

**даткова політика**, що спрямована на забезпечення економічно обґрунтованого податкового навантаження на суб'єктів господарювання, стимулювання суспільно необхідної економічної діяльності. В цьому контексті необхідно згадати, що оподаткування спрямоване не лише на реалізацію фіскальної політики держави; відповідно до ст. 12 ГК воно є одним із основних засобів регулюючого впливу держави на діяльність суб'єктів господарювання.

Слід зазначити, що залежно від класифікації платників єдиного податку Законом України «Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких інших законодавчих актів України щодо спрощеної системи оподаткування, обліку та звітності» від 04.11.2011 р. № 4014–IV можна виокремити (п. 291.4) підприємства (юридичні особи) будь-якої організаційно-правової форми, які протягом календарного року відповідають сукупності таких критеріїв: середньооблікова кількість працівників не перевищує 50 осіб; обсяг доходу не перевищує 5 000 000 грн.

Спеціальний податковий режим встановлений не лише для юридичних осіб, а й для фізичних осіб – підприємців. Так, ст. 291 ПК України встановлює загальні положення спеціального податкового режиму, у вигляді правових засад застосування спрощеної системи оподаткування (п. 291.1), обліку та звітності, а також справляння єдиного податку.

Юридична особа (п. 291.3) чи фізична особа – підприємець може самостійно обрати спрощену систему оподаткування, якщо така особа відповідає вимогам, встановленим главою ПК про спеціальний податковий режим, та реєструється платником єдиного податку в порядку, визначеному ПК України.

Суб'єкти господарювання (п. 291.4), які застосовують спрощену систему оподаткування, обліку та звітності, поділяються на такі групи платників єдиного податку: перша група – фізичні особи – підприємці, які не використовують працю найманих осіб, здійснюють виключно роздрібний продаж товарів із торговельних місць на ринках та/або провадять господарську діяльність із надання побутових послуг населенню і обсяг доходу яких протягом календарного року не перевищує 150 000 грн; друга група – фізичні особи – підприємці, які здійснюють господарську діяльність з надання послуг, у тому числі побутових, платникам єдиного податку та/або населенню, виробництво та/або продаж товарів, діяльність у сфері ресторанного господарства, за умови, що протягом календарного року відповідають сукупності таких критеріїв: не використовують працю найманих осіб або кількість осіб, які перебувають із ними у трудових відносинах, одночасно не пе-

ревищує 10 осіб; обсяг доходу не перевищує 1 000 000 грн<sup>1</sup>; третя група – фізичні особи – підприємці, які протягом календарного року відповідають сукупності таких критеріїв: не використовують працю найманих осіб або кількість осіб, які перебувають із ними у трудових відносинах, одночасно не перевищує 20 осіб; обсяг доходу не перевищує 3 000 000 грн; четверта група – юридичні особи – суб'єкти господарювання будь-якої організаційно-правової форми, які протягом календарного року відповідають сукупності таких критеріїв: середньооблікова кількість працівників не перевищує 50 осіб; обсяг доходу не перевищує 5 000 000 грн. Проте податкове законодавство, зокрема ст. 291 ПК України, встановлює обмеження щодо цієї категорії суб'єктів господарювання, що не можуть бути платниками єдиного податку (п. 291.5.1), залежно від видів здійснюваної діяльності.

### Висновки

Суб'єктів господарювання можна класифікувати за різними критеріями: за організаційно-правовою формою; за видами діяльності; залежно від порядку створення (юридичні особи публічного та приватного права); залежно від способу господарювання (комерційне та некомерційне); залежно від форм власності, на базі якої вони функціонують; залежно від способу утворення (заснування) та формування статутного фонду; за-

<sup>1</sup>Дія цього підпункту не поширюється на фізичних осіб – підприємців, які надають посередницькі послуги з купівлі, продажу, оренди та оцінювання нерухомого майна (група 70.31 КВЕД ДК 009: 2005) (ва375202-05). Такі фізичні особи – підприємці належать виключно до третьої групи платників єдиного податку, якщо відповідають вимогам, встановленим для третьої групи.

лежно від наявності в статутному фонді іноземної інвестиції та її розміру; залежно від кількості працюючих та обсягу валового доходу від реалізації продукції; за критерієм залежності від іншого суб'єкта господарювання або можливості впливу на інше підприємство; залежно від застосування спеціального податкового режиму; інші суб'єкти господарювання (підприємства художніх промислів та інноваційні підприємства).

Викладене дозволяє стверджувати, що традиційна класифікація суб'єктів господарювання, викладена в ГК України, не є повною та потребує опрацювання, у тому числі в частині включення класифікації суб'єктів господарювання залежно від спеціальних податкових режимів, за аналогією викладеною в ПК України.

Окреслена класифікація суб'єктів господарювання, на нашу думку, має бути викладена в окремій статті ГК. Крім того, необхідно внести відповідні зміни до господарського законодавства в частині визначення принципів господарсько-правового регулювання діяльності суб'єктів господарювання, що підлягають спеціальному режиму оподаткування.

### Література

1. *Хозяйственное право*. Учебник / В. К. Мамутов, Г. Л. Знаменский, В. В. Хахулин и др.; Под ред. В. К. Мамутова. – К., 2002. – 912 с.
2. *Щербина В. С.* Суб'єкти господарського права. – К., 2008. – 264 с.
3. *Лантев В. В.* Проблемы предпринимательской (хозяйственной) правосубъектности // Государство и право. – 1999. – № 11. – С. 13–24.
4. *Щербина В. С.* Господарське право. – К., 2005. – 592 с.
5. *Витник О. М.* Господарське право. – К., 2008. – 766 с.

*This article considers the problems of management subjects classification in connection with the implementation of the tax assessment special conditions stipulated by The Ukrainian Tax Code.*

*В статті розглядаються проблеми класифікації суб'єктів господарювання, в зв'язі з впровадженням спеціальних режимів налогообкладення, передбачених Налоговым кодексом України.*





## МЕХАНІЗМИ ЗАХИСТУ ПРАВ ТА ІНТЕРЕСІВ СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ ПІД ЧАС КОНТРОЛЬНО-НАГЛЯДОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ОРГАНІВ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ УКРАЇНИ

**Юлія Гелич,**

*канд. юрид. наук,*

*доцент кафедри господарського права і процесу  
Навчально-наукового інституту права та психології  
Національної академії внутрішніх справ*

*У статті розкриваються правові основи контрольно-наглядової діяльності у сфері господарювання, сформульовані пропозиції для суб'єктів господарювання щодо захисту їх прав.*

**Ключові слова:** суб'єкт господарювання, орган державного нагляду (контролю), захист прав та інтересів, перевірки.

Органи державної влади України діють за принципом: дозволено лише те, що передбачено законом, який поширюється і на випадки проведення перевірок контролюючими, наглядовими органами суб'єктів підприємницької діяльності. Законодавство України містить перелік гарантій захисту інтересів суб'єктів підприємництва під час перевірок. У цьому контексті прогресивні й ефективні для захисту інтересів підприємця механізми закріпив Закон України «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності» (далі – Закон) від 05.04.2007 р., який діє з 1 січня 2008 р. і встановлює правові й організаційні засади, основні принципи та порядок здійснення державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності, повноваження органів державного нагляду (контролю), їх посадових осіб і права, обов'язки та відповідальність суб'єктів господарювання під час здійснення державного нагляду (контролю). Цей Закон став продовженням дерегулювання господарської діяльності, започаткованої Указом Президента України «Про деякі заходи по дерегулюванню підприємницької діяльності» від 23.07.1998 р. № 817/98.

Закон не поширюється на відносини, що виникають під час здійснення заходів валютного контролю, митного контролю, державного експортного контролю, контролю за дотриманням бюджетного і податкового законодавства та касових операцій, контролю за дотриманням порядку проведення розрахунків, за виробництвом та обігом спирту, алкогольних напоїв і тютюнових виробів, використанням державного та комунального май-

на, банківського і страхового нагляду, інших видів спеціального державного контролю за діяльністю суб'єктів господарювання на ринку фінансових послуг, державного контролю за дотриманням законодавства про захист економічної конкуренції, державного архітектурно-будівельного контролю та нагляду, телекомунікації, поштового зв'язку, радіочастотного ресурсу України, під час проведення процедур, передбачених Кодексом України про адміністративні правопорушення, а також оперативно-розшукової діяльності, дізнання, прокурорського нагляду, досудового слідства і правосуддя, державного нагляду за дотриманням вимог ядерної та радіаційної безпеки, державного контролю та нагляду в галузі цивільної авіації, державного нагляду (контролю) за дотриманням ліцензійних умов транспортування природного і нафтового газу трубопроводами та його розподілу, постачання природного газу, зберігання природного газу в обсягах, що перевищують рівень, який встановлюється ліцензійними умовами провадження господарської діяльності із зберігання природного газу.

Однак значна кількість контрольно-наглядових органів має дотримуватися вимог Закону під час своєї діяльності. Саме тому існує як теоретична, так і практична проблема визначення можливостей для захисту прав та інтересів суб'єктів господарювання під час контрольно-наглядової діяльності органів державної влади України. У цьому напрямі дослідження здійснювали свої розробки провідні представники господарсько-правової науки, зокрема О. Вінник, К. Ковальчук, С. Несінова, В. Щербина та ін. Однак їх дослідження

не розкривають питання захисту інтересів суб'єктів господарювання під час контрольно-наглядової діяльності органів державної влади України.

**Метою цієї статті** є розкриття механізмів захисту інтересів суб'єктів господарювання під час контрольно-наглядової діяльності органів державної влади України.

З 2008 р. в Україні з метою систематизації планових перевірок і з урахуванням значення прийнятного ризику всі суб'єкти господарювання, що підлягають нагляду (контролю), відносяться до одного з трьох ступенів ризику: високого, середнього та незначного. Залежно від ступеня ризику органом державного нагляду (контролю) визначається періодичність проведення планових заходів державного нагляду (контролю), а критерії, за якими оцінюється ступінь ризику від здійснення господарської діяльності та періодичність проведення планових заходів, затверджуються Кабінетом Міністрів України за поданням органу державного нагляду (контролю).

Як правило, планові перевірки суб'єктів господарювання з високим ступенем ризику проводяться щороку, з середнім – один раз на три роки, з незначним – один раз на п'ять років. На сьогодні подібні критерії поділу затверджені щодо 61 виду господарської діяльності. Останній із них (постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження критеріїв, за якими оцінюється ступінь ризику від провадження господарської діяльності у житловій сфері та визначається періодичність здійснення планових заходів державного нагляду (контролю)» на момент написання цієї статті затверджений 28.03.2012 р.

Закон про перевірки визначає, що якщо не затверджені критерії розподілу суб'єктів господарювання за ступенями ризику їх господарської діяльності, періодичність проведення планових заходів і перелік питань для їх здійснення, то такі суб'єкти господарювання вважаються суб'єктами господарювання з незначним ступенем ризику та підлягають державному нагляду (контролю) не частіше одного разу на п'ять років (ст. 22).

Для захисту інтересів підприємців слід врахувати, що відповідно до Закону органи державного нагляду (контролю) здійснюють планові заходи з державного нагляду (контролю) за умови письмового повідомлення суб'єкта господарювання про проведення планового заходу не пізніше як за десять днів до дня його здійснення. При цьому повідомлення має містити:

- дату початку та дату закінчення здійснення планового заходу;

- найменування юридичної особи або прізвище, ім'я та по батькові фізичної особи – підприємця, щодо діяльності яких здійснюється захід;

- найменування органу державного нагляду (контролю).

Повідомлення надсилається рекомендованим листом чи телефонограмою за рахунок коштів органу державного нагляду (контролю) або вручається особисто керівнику чи уповноваженій особі суб'єкта господарювання під розписку.

Строк здійснення планового заходу не може перевищувати п'ятнадцяти робочих днів, а для суб'єктів малого підприємництва – п'яти робочих днів, якщо інше не передбачено законом. Продовження строку здійснення планового заходу не допускається. Зрозуміло, що протягом, як мінімум, 2008 р. діятиме положення Закону «Про державну податкову службу» про тривалість планової виїзної податкової перевірки (не повинна перевищувати 20 днів, а відносно суб'єктів малого підприємництва – 10 днів) і можливість продовження такої перевірки (у загальному випадку на 10 робочих днів, а для суб'єктів малого підприємництва – на 5) (ст. 5 Закону).

Закон про перевірки визначає, що підставами для здійснення позапланових заходів є:

- подання суб'єктом господарювання письмової заяви до відповідного органу державного нагляду (контролю) про здійснення заходу державного нагляду (контролю) за його бажанням;

- виявлення та підтвердження недостовірності даних, заявлених у документах обов'язкової звітності, поданих суб'єктом господарювання;

- перевірка виконання суб'єктом господарювання приписів, розпоряджень або інших розпорядчих документів щодо усунення порушень вимог законодавства, виданих за результатами проведення планових заходів органом державного нагляду (контролю);

- звернення фізичних та юридичних осіб з приводу порушення суб'єктом господарювання вимог законодавства. Позаплановий захід у цьому разі здійснюється тільки за наявності згоди центрального органу виконавчої влади на його проведення;

- неподання у встановлений термін суб'єктом господарювання документів обов'язкової звітності без поважних причин, а також письмових пояснень про причини, які перешкоджали поданню таких документів;

- настання аварії, смерті потерпілого внаслідок нещасного випадку або професійного

захворювання, що було пов'язано з діяльністю суб'єкта господарювання.

Законодавство України встановлює, що суб'єкт господарювання повинен ознайомитися з підставою проведення позапланового заходу з наданням йому копії відповідного документа.

Строк здійснення позапланового заходу не може перевищувати десяти робочих днів, а щодо суб'єктів малого підприємництва – двох робочих днів, якщо інше не передбачено законом. Продовження строку здійснення позапланового заходу не допускається (ст. 6 Закону).

Зазначимо також, що Указом Президента України «Про деякі заходи з дерегулювання підприємницької діяльності» від 23.07.1998 р. № 817/98 усім підприємствам рекомендовано вести журнали реєстрації перевірок. Форма таких журналів затверджена наказом Державного комітету України з питань розвитку підприємництва від 10.08.1998 р. № 18.

Ведення журналу здійснюється суб'єктами підприємницької діяльності на добровільних засадах з метою недопущення несанкціонованих перевірок. Журнал не підлягає вилученню, прошивається суб'єктом підприємницької діяльності та завіряється печаткою і підписом директора або власника (для юридичних осіб) або тільки підписом (для фізичних осіб) суб'єкта підприємницької діяльності.

Представник контролюючого органа перед початком перевірки повинен обов'язково зробити запис у журналі, заповнюючи всі передбачені графи, і поставити свій підпис.

Суб'єкт підприємницької діяльності має право перевірити наявність відповідних повноважень особи, яка здійснює перевірку, до початку перевірки, у тому числі подзвонивши до відповідного контролюючого органу. Відмова особи, яка здійснює перевірку, від підпису в журналі є підставою для недопущення його до проведення перевірки. Суб'єкт господарювання має право в триденний термін надіслати письмове повідомлення до відповідного контролюючого органу про факт відмови особи, яка здійснює перевірку, від підпису в журналі.

У контексті зазначених положень для захисту прав та інтересів підприємця доцільно визначити у штаті суб'єкта господарювання працівника, який спілкуватиметься з контролюючими, наглядовими органами. Така особа має знати: повноваження контролюючих, наглядових органів щодо здійснення планових і позапланових перевірок; телефони відповідних державних органів; вести журнал

реєстрації перевірок, бланки протоколу візиту тощо.

Для захисту інтересів підприємця слід виділити приміщення, в якому працюватимуть перевіряючі. Зрозуміло, що на випадки проведення, наприклад, слідчих дій така рекомендація не поширюється, оскільки це є не заходом державного нагляду (контролю), а кримінально-процесуальним заходом.

Закон про перевірки надає право суб'єктам господарювання фіксувати процес здійснення планового або позапланового заходу чи кожен окрему дію засобами аудіо- та відеотехніки, не перешкоджаючи здійсненню такого заходу (ст. 4 Закону). Тому правомірним і необхідним для захисту прав та інтересів суб'єкта господарювання буде обладнання такого приміщення засобами аудіо- та відеотехніки і відповідне документування процесу перевірки. У разі, коли перевірка не може бути проведена лише в одному приміщенні, її документування можна здійснювати переносними аудіо- та відеозасобами.

Наступна рекомендація, сформована на основі аналізу законодавства про перевірки суб'єктів господарювання, стосується захисту інформаційних прав суб'єкта господарювання, а саме розробки і функціонування режимів комерційної таємниці та конфіденційної інформації підприємства. Ці два види інформації з обмеженим доступом є різними за своєю цінністю і заходами охорони. Однак за допомогою унормованих на підприємстві режимів комерційної таємниці та конфіденційної інформації, що є власністю підприємства, суб'єкт господарювання:

- з урахуванням своїх інтересів може виписати процедуру доступу до таких відомостей. Зокрема, підприємство може передбачити, що інформація, яка є конфіденційною або становить комерційну таємницю, надається лише на письмові запити; на усні запити з приводу надання інформації можна буде відповісти відмовою;

- може мати вичерпну інформацію про осіб з числа перевіряючих, контролюючих чи правоохоронців, які мали доступ до таких відомостей;

- має право вимагати нерозголошення інформації, що є комерційною таємницею суб'єкта господарювання, а тому у випадку завдання шкоди підприємству внаслідок розголошення, насамперед, комерційної таємниці, може ініціювати цивільно-правову, адміністративну та навіть кримінальну відповідальність винних осіб, у тому числі представників контролюючих (наглядових) органів.

Працівники підприємства, які підписали зобов'язання про нерозголошення комерцій-

ної таємниці, матимуть законну підставу для відмови від розкриття комерційної таємниці представникам контролюючих (наглядових) органів, мотивуючи це кримінальною відповідальністю за свої діяння.

Закон визначає, що для здійснення планового або позапланового заходу орган державного нагляду (контролю) видає наказ, який має містити найменування суб'єкта господарювання, щодо якого здійснюватиметься захід, і предмет перевірки. На підставі наказу оформляється посвідчення (направлення) на проведення заходу, що підписується керівником або заступником керівника органу державного нагляду (контролю) із зазначенням прізвища, ім'я та по батькові і засвідчується печаткою. У наказі зазначаються:

- найменування органу державного нагляду (контролю), що здійснює захід;
- найменування суб'єкта господарювання та/або його відокремленого підрозділу або прізвище, ім'я, по батькові фізичної особи – підприємця, щодо діяльності яких здійснюється захід;
- місцезнаходження суб'єкта господарювання та/або його відокремленого підрозділу, щодо діяльності яких здійснюється захід;
- номер і дата наказу, на виконання якого здійснюється захід;
- перелік посадових осіб, які беруть участь у здійсненні заходу, із зазначенням їх посади, прізвища, ім'я, по батькові;
- дата початку та дата закінчення заходу;
- тип заходу (плановий або позаплановий);
- вид заходу (перевірка, ревізія, обстеження, огляд, інспектування тощо);
- підстави для здійснення заходу;
- предмет здійснення заходу;
- інформація про здійснення попереднього заходу (тип заходу і строк його здійснення).

Посвідчення (направлення) є чинним лише протягом зазначеного в ньому строку здійснення заходу (ст. 7 Закону).

Перед початком здійснення заходу посадові особи органу державного нагляду (контролю) зобов'язані пред'явити керівнику суб'єкта господарювання або уповноваженій ним особі посвідчення (направлення) та службове посвідчення, що засвідчує посадову особу органу державного нагляду (контролю), і надати суб'єкту господарювання копію посвідчення (направлення). Суб'єкт господарювання має право не допускати посадових осіб органу державного нагляду (контролю) до здійснення заходу, якщо вони не пред'явили зазначених документів. Вимагати копію службового посвідчення суб'єкт господарювання не може.

Посадова особа органу державного нагляду (контролю) без посвідчення (направлення) на здійснення заходу та службового посвідчення не має права здійснювати державний нагляд (контроль) суб'єкта господарювання (ст. 4 Закону).

У зв'язку із зазначеними положеннями законодавства про перевірки формуємо такі рекомендації. Представник підприємства повинен перевірити службові посвідчення співробітників перевіряючих, контролюючих органів і наявність у них документів, що є підставою для проведення перевірки; у службовому посвідченні має бути фотокартка особи, її прізвище, ім'я, по батькові та посада; слід звернути увагу на дату, до якої дійсне посвідчення. При цьому можна не допускати на підприємство перевіряючих, які не мають документів на перевірку або відмовляються їх пред'являти.

Необхідно запропонувати перевіряючому заповнити журнал реєстрації перевірок; відмова від розпису в журналі є підставою для недопущення до проведення перевірки представників перевіряючих чи контролюючих органів. У представника суб'єкта господарювання є право зателефонувати до органу, який представляють перевіряючі, й уточнити повноваження перевіряючих на проведення перевірки.

Представник підприємства має право не допускати посадових осіб органу державного нагляду (контролю) до здійснення державного нагляду (контролю):

- в разі неодержання повідомлення про здійснення планового заходу;
- якщо посадова особа органу державного нагляду (контролю) не надала копії документів, передбачених Законом, або якщо надані документи не відповідають вимогам Закону;
- якщо нагляд (контроль) здійснюється з порушенням вимог щодо періодичності проведення заходів державного нагляду (контролю), передбачених Законом (якщо немає затверджених Кабміном України критеріїв, за якими оцінюється ступінь ризику від здійснення господарської діяльності – то допускається один раз на п'ять років);
- якщо особа, яка здійснює перевірку, відмовляється від підпису в журналі перевірок підприємства.

Представник підприємства може бути постійно присутнім під час здійснення заходів державного нагляду (контролю). Крім того, суб'єкт господарювання має право:

- одержувати та знайомитися з актами державного нагляду (контролю);

- надавати в письмовій формі свої пояснення, зауваження або заперечення до акта органу державного нагляду (контролю);

- оскаржувати в установленому законом порядку неправомірні дії органів державного нагляду (контролю) та їх посадових осіб.

Документ, що складається за результатами перевірки, слід підписувати. Адже не підписання не допоможе уникнути санкцій. З іншого боку, перед підписанням можна перевірити достовірність викладеної в документі інформації, закреслити вільні місця та графи в підсумковому документі, підписати із зауваженнями, які надати пізніше.

Суб'єкт господарювання може захищати свої права не лише власними силами, а й залучати громадські організації, які відповідно до Закону мають право здійснювати захист прав і законних інтересів суб'єктів господарювання; третіх осіб – юридичних і фізичних (адвокатів, аудиторів та ін.), які за Законом мають право: бути присутніми під час здійснення заходів державного нагляду (контролю);

знайомитися з документами та матеріалами, що стосуються здійснення державного нагляду (контролю); представляти інтереси суб'єктів господарювання перед органами державного нагляду (контролю) в порядку, встановленому законом; здійснювати інші дії в інтересах суб'єктів господарювання у встановленому законом порядку.

### Висновки

Під час перевірок суб'єктів господарювання органами державного нагляду (контролю) можуть виникати різні непередбачувані ситуації. Однак знання норм права і механізмів захисту прав та інтересів суб'єкта господарювання дозволить почувати себе впевнено у «критичних» ситуаціях, а також обґрунтовано та результативно відновлювати порушені права. Перспективними є такі напрями подальших досліджень: розкриття управлінсько-господарських повноважень органів державної влади по відношенню до підприємств, які входять до сфери їх відання.

*The article discloses legal principles of controlling and supervisory activity in the area of economic management on the basis of analysis of valid regulatory legal acts and results of researches of leading scientists, and formulates suggestions for subjects of economic management concerning protection of their rights.*

*В статье раскрываются правовые основы контрольно-надзорной деятельности в сфере хозяйствования, сформулированы предложения для субъектов хозяйствования по защите их прав.*



## ЩОДО ВИКОРИСТАННЯ ТЕРМІНІВ «ПІДВІДОМЧІСТЬ», «КОМПЕТЕНЦІЯ», «ЮРИСДИКЦІЯ» ТА «ПІДСУДНІСТЬ СПОРІВ» У ГОСПОДАРСЬКОМУ ПРОЦЕСУАЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ

**Наталія Петренко,**

аспірантка кафедри адміністративного та господарського права  
Одеського національного університету ім. І. І. Мечникова

У статті досліджується питання співвідношення термінів «підвідомчість», «компетенція», «юрисдикція» та «підсудність спорів», обґрунтовується необхідність законодавчого закріплення єдиних термінів у сфері визначення підвідомчості та підсудності спорів у всіх чинних процесуальних законах.

**Ключові слова:** підвідомчість спорів, підсудність спорів, компетенція, юрисдикція.

За часів незалежності України питання реалізації прав людини, зокрема судового захисту, набули надмірної популярності як у політичних і наукових колах, так і в суспільному, буденному житті. Подальше підвищення ролі суду, суддів, усієї системи українського правосуддя потребує синхронізації й єдності чинного процесуального законодавства.

**Метою цієї статті** є дослідження співвідношення понять «підсудність», «підвідомчість», «компетенція» й «юрисдикція» в господарському, цивільному та адміністративному процесуальному законі.

Актуальність теми дослідження полягає в тому, що в законодавстві немає чіткого визначення термінів «підсудність», «підвідомчість», «компетенція» й «юрисдикція», що призводить до вживання їх в законодавстві та науці як синонімів.

Арбітражне законодавство радянських часів використовувало лише один термін при законодавчому закріпленні двох інститутів процесуального права – підвідомчості та підсудності. Це був термін «підвідомчість». Про це свідчить аналіз Правил вирішення господарських спорів державним арбітражем від 05.06.1980 р., Закону УРСР «Про арбітражні суди» від 04.06.1991 р. тощо. Сьогодні аналогічну позицію підтримують деякі вітчизняні законотворці. Це видно з аналізу проекту Кодексу господарського судочинства України від 16.07.2008 р. № 2777, де до визначення кола справ, підвідомчих господарським судам, застосовується термін «підсудність». На нашу думку, така позиція законодавця не відповідає точці зору, яка затвердилася серед науковців і підтримується юристами-практиками. Так, більшість науковців визнають

існування двох окремих інститутів процесуального права – підвідомчості та підсудності спорів [1; 2].

На нашу думку, позиція законодавця зумовлена відсутністю фундаментальних досліджень у сфері, що розглядається. Передусім це стосується інституту підсудності спорів. На сьогодні фактично не розроблені ознаки та цілі цього інституту, класифікації підсудності тощо. Необхідність чіткого визначення та розмежування термінів визнає також Вищий господарський суд України, який у постанові «Про деякі питання підвідомчості і підсудності справ господарським судам України» від 24.10.2011 р. № 10 зазначив, що господарським судам України у вирішенні питань, пов'язаних із прийняттям позовних заяв, слід розрізняти поняття підвідомчості та підсудності справ. *Підвідомчість* – це визначена законом сукупність повноважень господарських судів щодо розгляду справ, віднесених до їх компетенції (ст. 12 Господарського процесуального кодексу (далі – ГПК) України). *Підсудністю* називається розмежування компетенції стосовно розгляду справ між окремими господарськими судами (статті 13, 15 і 16 ГПК України).

Аналіз чинного законодавства свідчить, що Цивільний процесуальний кодекс (далі – ЦПК) України використовує термін «цивільна юрисдикція», «компетенція» та «підсудність»; Кодекс адміністративного судочинства (далі – КАС) України – «юрисдикція», «підсудність», «компетенція», а ГПК України оперує термінами «підвідомчість» і «підсудність». Що стосується проектів ГПК України, то в проекті від 06.03.2008 р. № 2178 використовуються терміни «підсудність», «підвідомчість», «юрисдикція» та «компетенція», а в проекті від 16.07.2008 р. № 2777 – лише термін «підсудність». Отже, спостерігається

неузгодженість термінів, запроваджених законодавцем. Така ситуація є неприпустимою, оскільки і в науковій літературі, і в практиці існує чітке розмежування понять підсудності та підвідомчості спорів, а неузгодженість термінів у законодавчих актах призводить до неправильного розуміння цих інститутів, їх завдань, цілей і певних ускладнень у правозастосуванні юристами та суддями.

Слово «підвідомчість» виникло від слова «відомство» й означає установу або сукупність установ, що обслуговують певну галузь державного управління [3, с. 68].

У законодавстві термін «підвідомчість» не визначається. Це поняття розкривається через перелік справ, які належить розглядати певному суду. Відповідно до рекомендацій Президії Вишого господарського суду (далі – ВГС) України «Про деякі питання підвідомчості і підсудності справ господарським судам» від 27.06.2007 р. № 04-5/120 підвідомчість – це визначена законом сукупність повноважень господарських судів щодо розгляду справ, віднесених до їх компетенції.

У юридичній літературі термін «підвідомчість» визначають по-різному. Виокремлюють підвідомчість у широкому та вузькому розумінні. Підвідомчість у широкому розумінні – це коло будь-яких питань, відносно яких зазначений орган держави, суспільства або орган змішаного характеру може здійснювати всі (будь-які) покладені на нього функції [4, с. 68]. Підвідомчість у вузькому розумінні – це коло справ, які суди правомочні розглядати та вирішувати по суті. На нашу думку, останнє визначення є більш доречним на сьогодні. Це підтверджується тим фактом, що справи по суті відповідно до чинного законодавства можуть розглядати не тільки органи судової влади, а й інші державні органи – органи державної автомобільної інспекції, податкові органи та ін.

Серед численних наукових дефініцій «підвідомчості» заслуговує на увагу визначення П. Тимченко. Під судовою підвідомчістю він розуміє коло спорів про право, які виникають із цивільних, сімейних, трудових, кооперативних та інших матеріальних правовідносин, а також із вимог про встановлення юридичних фактів, вирішення яких віднесено на основі загальних правил, встановлених процесуальним законодавством, до ведення судів [1, с. 15]. На нашу думку, це визначення є досить чітким, але має певні недоліки. Так, конкретизація виникнення спорів (з цивільних, сімейних, трудових, кооперативних та інших матеріальних правовідносин, а також вимог про встановлення юридичних фактів) є недоцільною та фактично звужує дію інституту підвідомчості до меж цивільного процесу. Проте він є одним із най-

важливіших інститутів усіх процесуальних галузей права. Перевагою цього визначення є вказівка на те, що правила підсудності закріплені чинним законодавством.

Ми вважаємо, що під підвідомчістю слід розуміти правовий зв'язок між справою та визначеною сукупністю судових органів, яка встановлюється законом і виражається у віднесенні цієї справи до ведення певної ланки судових органів.

Термін «компетенція» в юридичній літературі використовується багатьма галузями права та визначається по-різному. Компетенція походить від латинського «*competentia*» – відповідність, узгодженість та означає «сукупність встановлених – в офіційній юридичній чи неюридичній формі – прав та обов'язків будь-якого органу чи посадової особи» [5, с. 196]. Ю. Осипов дійшов висновку, що компетенція може бути визначена як коло встановлених законом повноважень органів, посадових осіб, суспільних об'єднань, які у той самий час і є їх обов'язками [4, с. 11].

Компетенція – це сукупність повноважень відповідного органу. Цей термін слід використовувати, коли необхідно відокремити повноваження органу. Компетенція розглядає предмет з точки зору його суб'єкта [4, с. 18], а підвідомчість – це коло об'єктів, на які спрямовані ті чи інші повноваження. Цей термін використовується стосовно об'єктів, на які спрямовується діяльність органів.

Таким чином, коли визначається належність тих або інших предметів до ведення певного органу влади, слід вживати поняття «підвідомчість». Ця грань є дуже тонкою, але, на думку Ю. Осипова, визначальною для розмежування двох термінів [4, с. 18]. Наведене твердження є актуальним і на сьогодні. Так, компетенція – це конкретні дії органу (в даному випадку судового органу), які він вчиняє в рамках законодавства, а підвідомчість – це певні об'єкти (якими є спори про право між сторонами), відносно яких здійснюються дії.

Н. Авдеєнко також акцентує увагу на взаємозв'язку термінів «компетенція» та «підвідомчість» і вказує про необхідність їх розмежування. Вона вважає, що судова підвідомчість – це процесуальне поняття, а компетенція – державно-правове [6, с. 147].

Слід зазначити, що поняття «компетенція» є дуже широким. Воно охоплює коло всіх повноважень, покладених на орган, а не тільки розгляд конкретних справ. Компетенція суду закріплюється не тільки у відповідному процесуальному кодексі, а й у Конституції України, Законі України «Про судоустрій і статус суддів», інших нормативних актах. Так, до компетенції суду, крім здійснення ним правосуддя, відноситься виконання численних функцій, покладених на нього за-

конодавством. Іншими словами, компетенція суду – це його права й обов'язки, які він реалізує шляхом вчинення певних дій у рамках процесуального законодавства. На нашу думку, компетенція суду охоплює визначення підвідомчості та підсудності конкретної справи, направленої до суду.

Викладене свідчить, що використання терміна «компетенція» щодо визначення кола питань, які розглядає суд, є некоректним, оскільки звужує діяльність із здійснення правосуддя лише до розгляду конкретних юридичних справ (спорів).

А. Власов [7, с. 124], М. Страгонович [8, с. 145] юрисдикцію ототожнюють із судочинством. Під судочинством розуміють діяльність із здійснення правосуддя судовими органами. Проте з такою точкою зору погодитися не можна, оскільки звужувати юрисдикційну діяльність тільки до меж розгляду справи судами, здійснення ними правосуддя недоцільно. Юрисдикція – це діяльність судів та інших державних органів, які законом наділені повноваженнями розглядати юридичні справи, приймати по ним рішення та застосовувати санкції, тобто слід вести мову про юрисдикцію митних органів, органів державної автомобільної інспекції тощо [9, с. 79].

У сфері третейського судочинства використовується ще один термін – «арбітрабельність» спору, що означає предметну підвідомчість спорів цим органам [9, с. 80]. Найбільш широко зазначений термін використовується доктриною міжнародного комерційного права.

Під арбітрабельністю спору розуміють властивості певної категорії справ, підвідомчих третейським судам. Але цей термін також не можна використовувати при характеристиці інституту підвідомчості, оскільки арбітрабельність спору передбачає наявність арбітражної угоди, а підвідомчість справ повинна чітко визначатися чинним процесуальним законодавством і не може бути змінена за згодою сторін.

### Висновки

При характеристиці та нормативному врегулюванні інститутів підвідомчості та підсуд-

ності спорів у процесуальному законодавстві України недоцільно застосовувати термін «компетенція» й «юрисдикція», оскільки вони мають більш широке смислове наповнення та використовуються не тільки стосовно діяльності органів судочинства, а й відносно інших державних органів. Таким чином, у назвах глав і в нормах господарського, цивільного й адміністративного процесуального законодавства необхідно застосовувати: щодо визначення кола справ, які повноважні розглядати суди певної судової ланки, термін «підвідомчість», а щодо правил визначення конкретного суду, на вирішення якого буде передана справа, – «підсудність».

Необхідно розробити та законодавчо закріпити єдине для всіх процесуальних нормативно-правових актів легальне визначення понять «підвідомчість спорів» і «підсудність спорів». Це дозволить уникнути численних помилок із боку як суду, так і юристів-практиків, зробіть процесуальне законодавство більш зрозумілим і доступним.

Проведений аналіз свідчить про необхідність проведення фундаментальних наукових досліджень із питань визначення ознак і цілей підсудності, розроблення класифікації підсудності.

### Література

1. Тимченко П. М. Проблемы судебной подведомственности. – Х., 2003. – 37 с.
2. Притика М. Д., Тітов М. І., Щербина В. С. Арбітражний процес. – Х., 2001. – Ч. 2. – 432 с.
3. Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка. – М., 1995.
4. Осипов Ю. К. Подведомственность юридических дел. – Свердловск, 1973. – 121 с.
5. Юридична енциклопедія: В 6 т. – К., 1998. – Т. 3.
6. Авдеенко Н. И. Общие правила определения судебной подведомственности // Вопросы государства и права. – Л., 1964.
7. Власов А. А. Гражданское процессуальное право. – М., 2003. – 432 с.
8. Страгонович М. С. Курс советского уголовного процесса. – М., 1985. – 704 с.
9. Скворцов О. Ю. Третейское разбирательство предпринимательских споров в России: проблемы, тенденции, перспективы. – М., 2005. – 395 с.

*The question of correlation of terms «jurisdiction», «competence», «jurisdiction» and «cognizance of spores», namely their origin and value is investigated in the article. The necessity of the legislative fixing of unified terms is also grounded for the sphere of determination of jurisdiction and cognizance of spores in all judicial laws in force.*

*В статье исследуется вопрос соотношения терминов «подведомственность», «компетенция», «юрисдикция» и «подсудность споров», обосновывается необходимость законодательного закрепления единых терминов в сфере определения подведомственности и подсудности споров во всех действующих процессуальных законах.*





## СПЕЦІАЛЬНІ СПОСОБИ ЗАХИСТУ ЧЕСТІ, ГІДНОСТІ ТА ДІЛОВОЇ РЕПУТАЦІЇ

**Христина Майкут,**

*канд. юрид. наук,*

*доцент кафедри цивільно-правових дисциплін юридичного факультету  
Навчально-наукового інституту права, психології та економіки  
Львівського державного університету внутрішніх справ*

*У статті розглядаються спеціальні способи захисту честі, гідності та ділової репутації, визначається їх місце серед інших способів захисту особистих немайнових благ.*

**Ключові слова:** честь, гідність, ділова репутація, спростування недостовірної інформації, право на відповідь, дифамація.

**П**рава людини є важливим інститутом, за допомогою якого визначається і регулюється правовий статус особи, встановлюються гарантії реалізації та захисту прав і свобод.

Справжній прогрес неможливий без належного забезпечення прав і свобод людини. З огляду на це важливого значення набуває повага до гідності, честі, недоторканності ділової репутації як особистих немайнових прав фізичної особи, а також захист цих прав.

Основні теоретичні засади проблем захисту честі, гідності та ділової репутації сформульовані видатними науковцями – С. Алексєєвим, Д. Бобровою, О. Дзерою, А. Довгертом, О. Красавчиковим, Н. Кузнецовою, М. С. Малєною, Д. Меєром, І. Новицьким, Л. Петражицьким, Й. Покровським, З. Ромовською, К. Флейшиць, Р. Халфіною, Я. Шевченко, Г. Шершеневичем та ін. Вагомий внесок у дослідження питань цивільно-правового захисту честі, гідності та ділової репутації зробили також А. Анісімов, О. Ерделевський, Л. Красавчикова, М. М. Малєна, В. Паліюк, І. Саприкіна, Р. Стефанчук та ін.

**Мета цієї статті** – дослідження основних спеціальних способів захисту честі, гідності та ділової репутації.

Стаття 28 Конституції України, а також статті 297 і 299 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України закріпили право кожного на повагу до його гідності та честі, на недоторканність ділової репутації. Людина, її честь і гідність визнані найвищою соціальною цінністю (ст. 3 Конституції України).

Чинне законодавство не містить визначення поняття гідності, честі, оскільки вони є морально-етичними категоріями й одночасно особистими немайновими благами, яким закон надає значення самостійних об'єктів судового захисту.

Цивільно-правова доктрина визначає гідність і честь як важливі духовні блага, втілені в особистості. *Гідність* – це внутрішня самооцінка особою власних якостей, здатностей, світогляду, свого суспільного значення. *Чість* визначається як суспільна оцінка особистості, міра духовних, соціальних якостей громадянина [1, с. 58]. Категорії «честь» і «гідність» впливають одна з одної, тому вони є взаємозалежними, але не тотожними.

Якщо поняття «честь» і «гідність» переважно вживаються щодо фізичних осіб, то поняття «ділова репутація» є значно ширшим і стосується як фізичних, так і юридичних осіб. Відповідно до Закону України «Про банки і банківську діяльність» від 07.12.2000 р. (в редакції від 16.10.2011 р.) ділова репутація – це відомості, зібрані Національним банком України, про відповідність діяльності юридичної або фізичної особи, у тому числі керівників юридичної особи та власників істотної участі у такій юридичній особі, вимогам закону, діловій практиці та професійній етиці, а також відомості про порядність, професійні й управлінські здібності фізичної особи.

Особисті немайнові права, передбачені у ЦК України, не залишаються декларативними завдяки ефективним способам їх захисту, що знаходять свій вираз у здійсненні активних дій, спрямованих на захист порушених прав.

Відповідно до ст. 275 ЦК України захист особистих немайнових прав може здійснюватися як загальними способами, передбаченими ст. 16 ЦК, так і іншими (спеціальними) способами – відповідно до змісту цих прав, способу їх порушення та наслідків, спричинених цим порушенням. Проте слід погодитися з І. Саприкіною, що не всі способи, перелічені у ст. 16 ЦК можуть використовуватися у сфері захисту честі, гідності та ділової репутації, що пояснюється особливим характером цих прав [2, с. 16].

Серед спеціальних способів захисту честі, гідності та ділової репутації важливе місце посідає право на спростування недостовірної інформації. Під поняттям «спростування» необхідно розуміти доведення неправильності, помилковості, хибності будь-чого, будь-чиїх тверджень, переконань; заперечення, відкидання будь-яких тверджень [3, с. 624].

Що стосується спростування інформації, то заслуговують на увагу деякі суттєві моменти. По-перше, слід внести ясність у термінологію, тобто чітко визначити, яка інформація підлягає спростуванню. Згідно з ч. 4 ст. 32 Конституції України кожному гарантується судовий захист права спростувати недостовірну інформацію про себе і членів своєї сім'ї. Цей термін використовується і в ЦК України, де в ч. 1 ст. 277 зазначено, що фізична особа, особисті немайнові права якої порушені внаслідок поширення про неї та (або) членів її сім'ї недостовірної інформації, має право на спростування цієї інформації. У свою чергу, у ст. 37 Закону України «Про друковані засоби масової інформації (пресу) в Україні» від 16.11.1992 р. (у редакції від 09.05.2011 р.) ідеться про відомості, що не відповідають дійсності. Така ж термінологія використана у Законі України «Про телебачення і радіомовлення» від 21.12.1993 р. (у редакції від 07.08.2011 р.).

На перший погляд, використані терміни нічим не різняться. Проте кожен із них має своє лексичне значення. Так, за тлумачним словником сучасної української мови *недостовірна інформація* – це інформація про факти, щодо правдивості та правильності яких виникає сумнів, а *інформація, яка не відповідає дійсності*, – це інформація про факти, яких насправді не існувало; про нереальні та неістинні факти [4, с. 79].

Недостовірною інформацією та інформацією, що не відповідає дійсності, – це різні поняття, хоча в цивілістичній літературі їх часто отожднюють. Зокрема, З. Ромовська зазначає, що недостовірною є інформація неправдива, яка не відповідає дійсності, тобто повідомлення про факти, події, яких насправді не було [5, с. 240]. Такої позиції дотримується Пленум Верховного Суду України, зазначаючи у своїй постанові «Про судову практику у справах про захист гідності та честі фізичної особи, а також ділової репутації фізичної та юридичної особи» від 27.02.2009 р. № 1, що недостовірною вважається інформація, яка не відповідає дійсності або викладена неправдиво, тобто містить відомості про події й явища, яких не існувало взагалі або які існували, але відомості про них не відповідають дійсності (неповні або перекручені).

Перш як порушити питання про спростування інформації, слід чітко визначити при-

роду тієї інформації, яка спростовується [4, с. 80]. Так, Закон України «Про інформацію» поділяє весь інформаційний масив на дві групи: власне інформацію (фактичні дані); оціночні судження. Відповідно до ст. 1 Закону «Про інформацію» від 02.10.1992 р. (в редакції від 09.05.2011 р.) інформація – це будь-які відомості та (або) дані, які можуть бути збережені на матеріальних носіях або відображені в електронному вигляді.

До оціночних суджень (за винятком образи чи наклепу) зазначений Закон відносить висловлювання, які не містять фактичних даних, критику, оцінку дій, висловлювання, що не можуть бути витлумачені як такі, що містять фактичні дані, з огляду на характер використання мовних засобів (вживання гіпербол, алегорій, сатири).

Значення поділу інформації на фактичні дані й оціночні судження полягає у тому, що оціночні судження згідно з ч. 2 ст. 30 Закону України «Про інформацію» не підлягають спростуванню та доведенню їх правдивості.

Підставою виникнення правовідносин щодо захисту честі, гідності та ділової репутації є поширення недостовірних відомостей. Під поширенням відомостей слід розуміти опублікування її у пресі, передавання по радіо, телебаченню чи з використанням інших засобів масової інформації; поширення в мережі Інтернет чи з використанням інших засобів телекомунікаційного зв'язку; викладення в характеристиках, заявах, листах, адресованих іншим особам; повідомлення в публічних виступах, в електронних мережах, а також в іншій формі хоча б одній особі.

Поширенням інформації також є вивішування (демонстрація) в громадських місцях плакатів, гасел, інших творів, а також розповсюдження серед людей листівок, що за своїм змістом або формою порочать гідність, честь фізичної особи або ділову репутацію фізичної й юридичної особи. Разом із тим слід враховувати, що повідомлення оспорюваної інформації лише особі, якої вона стосується, не може визнаватися її поширенням, якщо особа, яка повідомила таку інформацію, вжила достатніх заходів конфіденційності для того, щоб ця інформація не стала доступною третім особам.

Важливим питанням при здійсненні права на спростування є встановлення так званої презумпції добропорядності, яка означає, що негативна інформація, поширена про особу, є недостовірною, якщо особа, яка її поширила, не доведе протилежного. Однак негативна інформація – це не негативна оцінка та негативні порівняння, а повідомлення про вчинки, що відбуваються в суспільстві (певній його частині) [5, с. 240]. Негативною слід вважати інформацію, в якій стверджується

про порушення особою, зокрема, норм чинного законодавства, вчинення будь-яких інших дій (наприклад, порушення принципів моралі, загально визнаних правил співжиття, неетична поведінка в особистому, суспільному чи політичному житті тощо) і яка, на думку позивача, порушує його право на повагу до гідності, честі чи право на недоторканність ділової репутації.

Право на захист не пов'язується з ганебністю поширеної інформації. Поширення ганебної інформації може бути вагомим аргументом лише при розгляді судом вимоги про відшкодування моральної шкоди. Недостовірна інформація підлягає спростуванню незалежно від її ганебності.

Не менш важливим є питання про те, хто має право на спростування недостовірної інформації. Так, позов про спростування відомостей, що порочать честь, гідність, може бути пред'явлений особою, про яку поширено такі відомості, а також близькими родичами цієї особи, коли відомості прямо чи опосередковано їх порочать. Заінтересована особа має право на судовий захист також у разі поширення таких відомостей щодо члена її родини або іншого родича, який помер.

Особа, яка померла, перестає бути суб'єктом права, тому не може йтися про захист її права. Поширення недостовірної інформації про матір, батька, іншого померлого члена сім'ї позначається на інтересах живих і саме цей інтерес вони мають право захищати [6, с. 111].

Відповідачами у справі про захист честі, гідності чи ділової репутації є фізична або юридична особа, яка поширила недостовірну інформацію, а також автор цієї інформації. Так, якщо позов пред'явлено про спростування недостовірної інформації, опублікованої в засобах масової інформації, то належними відповідачами є автор і редакція відповідного засобу масової інформації чи інша установа, яка виконує її функції, здійснює підготовку, випуск у світ друкованого засобу масової інформації.

Належним відповідачем у разі поширення оспорюваної інформації в мережах Інтернет є автор відповідного інформаційного матеріалу та власник веб-сайту. У випадку, якщо автор поширеної інформації невідомий або його особу та (або) місце проживання (місцезнаходження) неможливо встановити, коли інформація є анонімною, а доступ до сайту – вільним, належним відповідачем є власник веб-сайту, на якому розміщено зазначений інформаційний матеріал, оскільки саме він створив технологічну можливість та умови для поширення недостовірної інформації.

Норма ч. 4 ст. 277 ЦК України покладає відповідальність за поширення інформації, яку

подає службова особа при виконанні своїх службових обов'язків, на організацію, в якій вона працює. Якщо посадова чи службова особа виступає не від імені юридичної особи і не при виконанні посадових (службових) обов'язків, то належним відповідачем є саме вона.

Норма абзацу 3 ч. 4 ст. 277 ЦК забезпечує інтереси того, про кого недостовірна інформація поширена невстановленою особою (наприклад, при направленні анонімних або псевдоанонімних листів чи звернень тощо). У даному випадку спростування здійснюється судом із одночасним встановленням факту недостовірності цієї інформації. Право на встановлення судом факту неправдивості такої інформації має належати особі й у разі смерті поширювача інформації або ліквідації юридичної особи.

Спростування недостовірної інформації здійснюється незалежно від вини особи, яка її поширила.

За загальним правилом, відомості, що порочать особу, мають спростовуватися в ідентичній до поширення формі, а коли це неможливо – в адекватній чи іншій формі, з урахуванням максимальної ефективності спростування та за умови, що таке спростування охопить максимальну кількість осіб, які сприйняли попередню інформацію. Так, відповідно до ст. 37 Закону України «Про друковані засоби масової інформації (пресу) в Україні» спростування має бути набрано таким самим шрифтом і поміщено під заголовком «спростування» на тому ж місці шпальти, де містилося повідомлення, що спростовується. Згідно із ст. 64 Закону України «Про телебачення і радіомовлення» телерадіоорганізація повинна спростувати поширені в її програмі чи передачі відомості, що не відповідають дійсності, або в інший час за домовленістю з особою, права якої порушено.

Ще одним спеціальним способом захисту в разі порушення особистих немайнових прав фізичної особи поширенням про неї та (або) членів її сім'ї недостовірної інформації є право на відповідь. Принципова відмінність між відповіддю та спростуванням недостовірної інформації полягає у тому, що: відповідь передбачає висвітлення власної точки зору щодо поширеної інформації й обставин порушення особистого немайнового права без визнання її недостовірною, а спростування, по суті, є добровільним визнанням факту поширення недостовірної інформації; відповідь здійснюється особою, щодо якої були поширені відомості, або членами її сім'ї, а спростування недостовірної інформації здійснюється особою, яка поширила інформацію.

Інколи в літературі виділяють і суміжні із наведеними способи захисту честі, гідності та ділової репутації, зокрема право на власне тлу-

мачення обставин справи [7, с. 33], право на «відповідь на відповідь», коментар, репліку тощо [8, с. 193–194].

І. Саприкіна до спеціальних способів захисту пропонує віднести поновлення порушеного особистого немайнового права (ст. 276 ЦК), а також заборону поширення інформації, якою порушуються особисті немайнові права (ст. 278 ЦК), хоча традиційно вони належать до загальних способів захисту. На її думку, специфіка тут настільки виражена, що ці способи можна вважати в певному сенсі спеціальними [2, с. 17].

Сутність способу захисту, передбаченого ст. 278 ЦК України, зводиться до того, що у випадку порушення особистого немайнового права фізична особа має можливість вимагати припинити поширення інформації, якою здійснюється це порушення. Законодавець виділяє два підвиди такого способу захисту з різними правовими наслідками його застосування:

- якщо особисте немайнове право фізичної особи порушене у газеті, книзі, кінофільмі, теле-, радіопередачі тощо, які готуються у світ, суд може заборонити розповсюдження відповідної інформації;

- якщо особисте немайнове право фізичної особи порушене в номері (випуску) газети, книзі, кінофільмі, теле-, радіопередачі тощо, які випущені в світ, суд може заборонити (припинити) їх розповсюдження до усунення цього порушення, а якщо усунення порушення неможливе, – вилучити тираж газети, книги тощо з метою його знищення. Особливість такого способу захисту полягає в тому, що підставою його застосування є правопорушення, яке іменується *дифамацією*, тобто поширення навіть правдивої інформації, але за умови, коли порушуються особисті немайнові права [9, с. 165].

У судовій практиці завжди найбільш складним був вибір між конституційним правом на свободу думки та слова, правом на вільне вираження своїх поглядів і переконань, з одного боку, та правом на повагу до людської гідності – з іншого. Інститут дифамації найбільш широкий і багатогранний спосіб захисту честі, гідності та ділової репутації. Саме правильне розуміння судовою практикою суті дифамації дасть змогу провести грань між цивільно-правовим дифамаційним деліктом у вигляді поширення засобами ма-

сової інформації відомостей фактичного характеру, які порочать особу, її ідеями, думками, поглядами, поширеними ЗМІ в порядку реалізації конституційного права на свободу думки та слова [10, с. 62–67].

### Висновки

На сучасному етапі захист прав людини, її честі, гідності, ділової репутації стає одним із основним напрямів суспільного прогресу, основою якого є пріоритет загальнолюдських цінностей. Право на честь, гідність, на недоторканність ділової репутації належать до тих прав людини, що зумовлені її природою та визначаються в міжнародній практиці як фундаментальні, такі, що вимагають ефективного захисту. А ефективний захист зазначених прав можливий лише за умови їх закріплення та позитивного регулювання.

### Література

1. Малєина М. Н. Защита личных неимущественных прав советских граждан. – М., 1991. – 126 с.
2. Саприкіна І. В. Захист честі, гідності, ділової репутації фізичної особи за законодавством України (за матеріалами судової практики): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2006. – 21 с.
3. Цивільне право України: Загальна частина / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, Р. А. Майданика. – К., 2010. – 976 с.
4. Костенко Л. Правові особливості процедури спростування інформації в друкованих ЗМІ // Юридичний журнал. – 2008. – № 1. – С. 79–81.
5. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України / За ред. В. М. Коссака. – К., 2008. – 992 с.
6. Стефанчук Р. О. Захист честі, гідності та репутації в цивільному праві. – К., 2001. – 191 с.
7. Кохановська О. В. Проблеми захисту честі, гідності й ділової репутації особи в Цивільному кодексі України // Вісник Верховного Суду України. – 2005. – № 6. – С. 30–33.
8. Гражданское право: Ч. 1 / Н. Г. Валиева, Б. М. Гонгало, Ю. Е. Добрынин и др.; Под ред. Т. И. Илларионовой, Б. М. Гонгало, В. А. Плетнева. – М., 1998. – 464 с.
9. Цивільне право України: У 2 т. / За ред. Я. М. Шевченко. – К., 2003. – Т. 1. – 520 с.
10. Луспенік Д. Інститут дифамації і українське законодавство щодо захисту честі, гідності та ділової репутації (співвідношення та вибір пріоритету в судовій практиці) // Право України. – 2006. – № 2. – С. 62–67.

*The article deals with special means to protect honor, dignity, and business reputation and defines their place among other means of protection of personal nonproperty benefits.*

*В статтє рассматриваются специальные способы защиты чести, достоинства и деловой репутации, определяется их место среди других способов защиты личных неимущественных благ.*



## ПРИТРИМАННЯ – МІРА ОПЕРАТИВНОГО ВПЛИВУ ТА ВИД ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ: критерій розмежування

*Ірина Пучковська,*

*канд. юрид. наук,*

*доцент кафедри цивільного права № 1*

*Національного університету «Юридична академія України ім. Ярослава Мудрого»*

*У статті розглядаються способи захисту прав кредитора у договірному зобов'язанні: право притримання як міра оперативного впливу, що полягає у непереданні боржнику його речі до виконання порушеного зобов'язання; притримання – як вид забезпечення виконання зобов'язання, який надає кредитору виконання порушеного зобов'язання за рахунок вартості притриманої речі.*

**Ключові слова:** право притримання, міри (заходи) оперативного впливу, способи захисту прав кредитора, притримання, види (способи) забезпечення виконання зобов'язання, забезпечення договору.

Чинне законодавство (гл. 49 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України) закріплює лише окремі види забезпечення виконання зобов'язань і не містить самого поняття «вид забезпечення виконання зобов'язання». При цьому перелік видів забезпечення виконання зобов'язання є відкритим, що означає можливість сторін встановлювати інші, крім зазначених у ст. 546 ЦК (неустойка, порука, завдаток, гарантія, застава, притримання), види забезпечення виконання зобов'язань. Міри ж оперативного впливу взагалі ще не знайшли закріплення в законодавстві як самостійний інститут. Тому цілком природно, що серед дослідників триває дискусія про співвідношення мір оперативного впливу та видів забезпечення виконання зобов'язань, їх визначальних ознак, можливості використання сторонами договірних відносин із метою забезпечення виконання зобов'язань у порядку самозахисту тощо. На особливу увагу у зв'язку з останнім заслуговує притримання.

У доктрині цивільного права щодо правової природи притримання немає усталеної точки зору. У науковій, навчальній, науково-практичній літературі притримання розглядають і як вид забезпечення виконання зобов'язання [1, с. 417–418; 2, с. 61; 3, с. 144], і як міру (засіб) оперативного впливу [4, с. 104–132] і як реалізацію права притримання як способу самозахисту [1, с. 28; 5, с. 267; 6, с. 78; 7, с. 55; 8, с. 56; 9, с. 25]; притримання називають і однією з мір цивільно-правової відповідальності [10].

На нашу думку, в чинному законодавстві України притримання закріплене і як міра оперативного впливу, і як вид забезпечення виконання зобов'язання, оскільки кредитор, виконавши власний обов'язок за договором і чекаючи виконання зустрічного обов'язку від боржника, має право: *притримати* у себе річ, якою правомірно володіє на підставі укладеного між сторонами договору, до виконання боржником зобов'язання (ст. 594 ЦК); *задовольнити свої вимоги з вартості* притриманої речі відповідно до правил, передбачених для предмета застави (ст. 597 ЦК).

Відповідно до ч. 1 ст. 594 ЦК кредитор, який правомірно володіє річчю, що підлягає передачі боржникові або особі, вказаній боржником, у разі невиконання ним у строк зобов'язання щодо оплати цієї речі або відшкодування кредитором пов'язаних із нею витрат та інших збитків має право притримати її у себе до виконання боржником зобов'язання. Це загальна норма, яка дозволяє кредитору здійснювати захист своїх прав власноруч, спонукаючи боржника до виконання простроченого ним зобов'язання. Крім того, ЦК містить спеціальні норми, що надають кредитору право притримати річ, якою він правомірно володіє за договором певного виду, зокрема за договором підряду (ст. 856 ЦК), перевезення (ст. 916 ЦК), комісії (ст. 1019 ЦК).

Розглядаючи функціональну спрямованість права притримання, слід зазначити, що *основною функцією* цього інституту є функція *захисна*. Право на притримання речі боржни-

ка виникає у кредитора тільки у зв'язку з порушенням боржником свого обов'язку перед кредитором і здійснюється останнім щоб примусити боржника виконати порушене зобов'язання. Щоб отримати річ, боржник повинен виконати дії, що є змістом зобов'язання. У науковій літературі зазначається, що якщо річ боржникові дійсно необхідна, він намагатиметься виконати зобов'язання якнайшвидше, щоб отримати її [11, с. 2]. Реалізація захисної функції права притримання справляє стимулюючий вплив на боржника. Стимулюючий ефект права притримання перебуває у прямому зв'язку з потребою боржника щодо даної речі, її майновою та немайновою цінністю для боржника, потребою у процесі виробництва тощо. Сутність права притримання законодавцем закріплена у законі (ч. 1 ст. 594 ЦК): притримувати річ кредитор має право доти, доки відповідне зобов'язання не буде виконане.

Якщо право притримання не приведе до виконання зобов'язання боржником, то згідно з положенням ст. 597 ЦК вимоги кредитора задовольняються з вартості речі, яка притримується. Таким чином, захист порушених прав кредитора завдяки притриманню охоплює як здійснення ним дій із притримання речі боржника, так і можливість задоволення своїх вимог за рахунок цієї речі, якщо її притримання не досягло своєї мети – виконання боржником порушеного зобов'язання. Стосовно першої дії ретенторові (кредиторів, що притримує річ) надається право захистити своє порушене право самостійно і в односторонньому порядку, без звернення до юрисдикційних органів. І це, безумовно, дає підстави віднести такі дії до способів самозахисту цивільних прав, під якими розуміється застосування особою засобів протидії, які не заборонені законом і не суперечать моральним засадам суспільства (ч. 2 ст. 19 ЦК України).

Способи здійснення самозахисту різноманітні. Обрання того чи іншого належить особі, яка протидіє порушенню належних їй або іншій особі суб'єктивних цивільних прав та інтересів, які в цей момент уже порушені або наявною є загроза їх порушення в майбутньому, і в договірних відносинах для цього можуть застосовуватися міри оперативного впливу, зокрема право притримання [6, с. 78; 7, с. 55; 8, с. 56; 9, с. 25].

Задоволення ж вимог кредитора з вартості притримуваної речі здійснюється в порядку звернення стягнення на цю річ за правилами, встановленими законом для застави, і потребує звернення кредитора до суду в юрисдикційному порядку.

І хоча думок про визнання видів забезпечення виконання зобов'язань, у тому числі притримання, способами захисту ми не знайдемо в літературі, на захисну спрямованість цього інституту все частіше звертають увагу науковці [7, с. 29; 12, с. 82]. Зокрема, щодо притримання зазначається: «Врахування прав та обов'язків суб'єктів притримання є необхідною умовою ефективного **захисту законних інтересів кредитора** та дотримання прав боржника у разі застосування **притримання як способу забезпечення виконання зобов'язання**» [13, с. 178].

Отже, право притримання є способом самозахисту й як міра оперативного впливу розраховане на захист прав кредитора у договірних відносинах. Під мірами оперативного впливу В. Грибанов, який першим комплексно дослідив їх і виявив визначальні ознаки останніх, розуміє такі юридичні засоби правоохоронного характеру, що застосовуються до порушника цивільних прав та обов'язків безпосередньо уповноваженою особою як стороною в цивільному правовідношенні без звернення за захистом права до компетентних державних чи громадських органів [4, с. 133].

Ознаки мір оперативного впливу, наведені В. Грибановим [4, с. 132–137], не залишають сумніву щодо природи права притримання. Право притримання, зокрема, як воно визначене законодавцем у ст. 594 ЦК, є однією з мір оперативного впливу. В. Єм слушно зазначає, що легальне визначення дає підстави для віднесення права притримання до різновиду мір оперативного впливу, а саме – до мір оперативного впливу, пов'язаних із забезпеченням зустрічного задоволення [14, с. 133]. На думку С. Сарбаш, вивчення права притримання переконливо доводить, що дана конструкція є самостійним способом забезпечення виконання зобов'язання [3, с. 210–211].

Б. Гонгало зазначає, що з точки зору вчення про забезпечення зобов'язань притримання майна боржника до способів забезпечення виконання зобов'язань відноситься не повинно, але воно названо законом у числі таких способів. Учений вважає, що притримання майна боржника відноситься до забезпечувальних мір, які забезпечують виконання обов'язків у зобов'язальних відносинах (а не будь-яких юридичних відносинах) і, з посиланням на В. Грибанова, стверджує, що оскільки дана забезпечувальна міра не відповідала ознакам способів забезпечення зобов'язань, вона не включалася до системи таких способів. Притримання визнавалося однією з мір оперативного впливу і з введенням його до переліку способів забезпечення вико-

нання зобов'язань ЦК не стало відповідати ознакам способів забезпечення зобов'язань. Притримання, як і раніше, залишається мірою оперативного впливу [15, с. 41].

Отже, одні науковці, вказуючи на зміст міри, що розглядається, визначають притримання як міру оперативного впливу, інші ж (і їх переважна більшість), посилаючись на положення чинного ЦК, який уперше закріпив в законі притримання серед видів забезпечення виконання зобов'язань, відносять останнє до забезпечень. Є й такі, що поєднують у притриманні інститут мір оперативного впливу та видів забезпечення виконання зобов'язань. Зокрема О. Іваненко зроблено висновок, «що інститут притримання як специфічний спосіб забезпечення виконання зобов'язань наділений усіма необхідними ознаками, які дозволяють нам кваліфікувати його як захід оперативного впливу» [16, с. 60]. І це не дивно, адже для того, щоб визначитися з юридичною природою даного інституту необхідно провести розмежування між мірами оперативного впливу та видами забезпечення виконання зобов'язань, а на сьогодні в доктрині цивільного права це питання залишається відкритим.

Ми вважаємо, що можемо зробити таке розмежування і, відповідно, з'ясувати природу права притримання. Оскільки *призначення як мір оперативного впливу, так і видів забезпечення виконання зобов'язання* полягає у захисті прав кредитора у договірному зобов'язанні, необхідно розкрити зміст захисту, що надається видами забезпечення виконання зобов'язання. Останній полягає в тому, що *види забезпечення виконання зобов'язання надають кредитору виконання порушеного зобов'язання за рахунок спеціального створеного з цією метою джерела виконання порушеного зобов'язання* [17, с. 219–220; 18, с. 29–30].

Джерело виконання порушеного зобов'язання створюється боржником (за рахунок боржника) в інтересах кредитора на випадок порушення забезпеченого (основного) зобов'язання в розмірі останнього. Таким джерелом може виступати як певне майно (застава, притримання), так і обов'язок третьої особи виконати зобов'язання боржника (поручка, гарантія). Наявність такого джерела у вигляді додаткового (акцесорного) зобов'язання є основною ознакою видів забезпечення виконання зобов'язання. Очевидно, що такого джерела з метою захисту прав кредитора міри оперативного впливу не створюють.

Міри оперативного впливу за сучасного бачення – це передбачені законом або домовленістю сторін міри юридичного впливу на

несправного боржника у договірному зобов'язанні. Їх застосування полягає у здійсненні уповноваженою особою односторонніх дій щодо зміни або припинення договірного зобов'язання у зв'язку з порушенням обов'язків із боку контрагента [19, с. 76]. Відповідно притримання речі боржника виступає мірою оперативного впливу, стимулюючи останнього припинити порушення та виконати свій обов'язок перед кредитором, що відповідає визначенню права притримання, наданому у ст. 594 ЦК України. Встановлена ж ст. 597 ЦК можливість кредитора задовольнити свої вимоги за рахунок притримуваної речі вказує на наявність забезпечувального джерела та перетворює право притримання-міру оперативного впливу на притримання-вид забезпечення виконання зобов'язання. Саме ці зміни у законодавстві дозволяють розрізнити право притримання як міру оперативного впливу та притримання як вид забезпечення виконання зобов'язання, і зрозуміло, що за часів, коли у кредитора права на звернення стягнення щодо притримуваної речі не було, то притримання виступало виключно мірою оперативного впливу. Отже, якщо для захисту порушених інтересів кредитор лише притримує річ боржника, то відповідно захист здійснюється шляхом застосування міри оперативного впливу. Звернення за стягнення на притримувану річ означає захист прав кредитора шляхом притримання-забезпечення.

Ми пропонуємо, з огляду на застосовану законодавцем термінологію, *розрізнити право притримання як міру оперативного впливу і притримання як вид забезпечення виконання зобов'язання*. Поняття, яке міститься у ст. 594 ЦК України, відповідає сутності мір оперативного впливу, оскільки надає кредитору право притримувати річ боржника до виконання останнім порушеного зобов'язання. Назва ст. 594 ЦК України «Право притримання» повністю відповідає її змісту. Завдяки ж положенням, що містяться у ст. 597 ЦК «Задоволення вимог за рахунок речі, яку притримує кредитор», законодавець встановив новий вид забезпечення виконання зобов'язання, визначивши як джерело, за рахунок якого кредитор задовольнятиме свої вимоги у разі порушення зобов'язання, притримувану річ. Параграф 7 гл. 49 ЦК України має назву «Притримання», і завдяки розміщенню у ньому ст. 597 ЦК визначає джерелом виконання порушеного зобов'язання, за рахунок якого кредитор отримує в порядку захисту своїх прав виконання порушеного зобов'язання, притримувану річ, що дозволяє констатувати

ти закріплення законодавцем нового виду забезпечення виконання зобов'язання. При цьому, підкреслюючи спільну спрямованість мір оперативного впливу та видів забезпечення виконання зобов'язання на захист прав кредитора у договірному зобов'язанні, зазначимо, що і *право притримання і притримання виступають способами захисту прав кредитора у договірному правовідношенні*.

Порівняння міри оперативного впливу та види забезпечення виконання зобов'язання як способи захисту свідчать, що останні реалізуються, як правило, шляхом самостійних дій кредитора – звернення до поручителя чи гаранта з вимогою виконання порушеного боржником зобов'язання, продаж заставленої речі або перехід її у власність заставодержателя, тобто також шляхом самозахисту. І лише у разі, коли поручитель чи гарант ухиляється від виконання свого обов'язку за встановленим забезпеченням або сторони за договором застави не передбачили звернення у договірному порядку чи останній порушується заставодавцем або третіми особами, кредитор змушений звертатися до суду. Таким чином, реалізація видів забезпечення виконання зобов'язань може здійснюватися як в неюрисдикційному, так і юрисдикційному порядку.

На відміну від інших видів забезпечення, виконання зобов'язання притримання безпосередньо походить від міри оперативного впливу. Право притримання як міра оперативного впливу перетворюється на забезпечення виконання зобов'язання у разі звернення кредитором стягнення на притримувану ним річ боржника, що здійснюється за рішенням суду. Відповідно захист прав кредитора завдяки притриманню як виду забезпечення виконання зобов'язання відбувається виключно в юрисдикційній формі.

Для виникнення у кредитора права притримання необхідна одночасна наявність таких умов: по-перше, притримання можливе лише стосовно чужої речі, тобто речі, на яку право власності належить іншій особі, а не кредитору; по-друге, така річ повинна знаходитися у володінні кредитора; по-третє, кредитор має володіти річчю на законній підставі; по-четверте, кредитор вправі притримувати річ боржника, якщо інше не встановлено домовленістю сторін у договорі.

Єдиною підставою виникнення права притримання є невиконання боржником у строк зобов'язання: щодо оплати речі; щодо відшкодування кредиторів пов'язаних із річчю витрат та інших збитків; щодо інших вимог кредитора.

Наявність вказаних умов виникнення права притримання необхідна для правомірності дій кредитора, визнання їх правочиною. Оскільки за своєю природою вчинення дій із притримання речі та звернення на неї стягнення є односторонніми правочинами та з огляду на положення ст. 547 ЦК «Форма правочину щодо забезпечення виконання зобов'язання» притримання як вид забезпечення виконання зобов'язання потребує письмового оформлення під страхом нікчемності. Враховуючи, що притримання-вид забезпечення виконання зобов'язання походить безпосередньо від права притримання-міри оперативного впливу на особливу увагу заслуговує встановлений ст. 595 ЦК обов'язок кредитора, який притримує у себе річ, повідомити про це боржника. І хоча законодавець не зобов'язує кредитора здійснити таке повідомлення в письмовій формі, остання є необхідною для притримання як виду забезпечення виконання зобов'язання, оскільки згідно з ч. 2 ст. 547 ЦК правочин щодо забезпечення виконання зобов'язання, вчинений із недодержанням письмової форми, є нікчемним.

Що стосується реєстрації притримання, то здійснення останньої у Державному реєстрі обтяжень рухомого майна не є обов'язковою, але ст. 12 Закону України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень» від 18.11.2003 р. № 1255-IV встановлює пріоритет ретентора перед іншими обтяжувачами цього майна, а також надає притриманню речі, яке є її обтяженням, чинності у відносинах із третіми особами.

## Висновки

*Захист шляхом притримання є дворівневим. По-перше*, кредитор завдяки власним діям із притримання речі боржника здійснює вплив на останнього, примушуючи його виконати порушене зобов'язання. Як правило, дії кредитора із притримання речі боржника приводять до виконання боржником порушеного зобов'язання, оскільки вартість притримуваної речі, як правило, більша за розмір вимоги кредитора й її одержання безпосередньо пов'язане з виконанням боржником порушеного зобов'язання. Такий захист прав кредитора відбувається через реалізацію права притримання як міри оперативного впливу. *По-друге*, якщо боржник, незважаючи на притримання своєї речі кредитором, не виконує порушене зобов'язання, то кредитор застосовує захист, притаманний видам забезпечення виконання зобов'язання – одержує виконання порушеного зобов'язання за раху-



нок спеціально створеного для цього джерела виконання порушеного зобов'язання, для чого звертає стягнення на притримувану річ і задовольняє свою вимогу за рахунок її вартості. Таким чином, у разі порушення зобов'язання захист прав кредитора здійснюється і завдяки мірі оперативного впливу, і виду забезпечення виконання зобов'язання, а критерієм розмежування є зміст і характер захисту, передбачений даними мірами.

### Література

1. *Цивільний кодекс України*: наук.-практ. коментар. – К., 2004. – 928 с.
2. *Цивільне право України*: У 2 т. / За ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. – К., 2004. – Т. 2. – 552 с.
3. *Сарбаш С. В.* Право удержання как способ обеспечения исполнения обязательств. – М., 2003. – 251 с.
4. *Грибанов В. П.* Осуществление и защита гражданских прав. – М., 2000. – 411 с.
5. *Цивільне право України*: У 2 т. / За ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. – К., 2004. – Т. 1. – 480 с.
6. *Научно-практический комментарий к части первой Гражданского кодекса Российской Федерации для предпринимателей.* – М., 1995. – 480 с.
7. *Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации части первой (постатейный).* – М., 1997. – 778 с.
8. *Гражданский кодекс Украины*: Комментарий (с изм. и доп. по сост. на 01.09.03 г.). – Т. 1. – Х., 2003. – 832 с.
9. *Свердлык Г., Страуниг Э.* Способы самозащиты гражданских прав и их классификация // *Хозяйство и право.* – 1999. – № 2. – С. 16–27.
10. *Пустомолотов И. И.* Средства обеспечения обязательств как формы гражданско-правовой ответственности: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Краснодар, 2002. – 22 с.
11. *Белов В. А.* Новые способы обеспечения исполнения банковских обязательств // *Бизнес и банки.* – 1997. – № 45. – С. 1–2.
12. *Покачалова А.* Поняття та правова природа забезпечення зобов'язань // *Юридична Україна.* – 2010. – № 10. – С. 82–87.
13. *Цивільне право України*: Особлива частина / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, Р. А. Майданника. – К., 2010. – 1176 с.
14. *Гражданское право*: В 2 т. – М., 2004. – Т. 2, полутом 1. – 704 с.
15. *Гонгало Б. М.* Учение об обеспечении обязательств. – М., 2002. – 222 с.
16. *Іваненко О.* Правова природа притримання як способу забезпечення виконання зобов'язань // *Юридична Україна.* – 2007. – № 8. – С. 55–60.
17. *Пучковська І.* Захисна природа видів забезпечення виконання зобов'язань // *Право України.* – 2011. – № 9. – С. 215–221.
18. *Пучковська І.* Види забезпечення виконання зобов'язань як способи захисту // *Юридична Україна.* – 2011. – № 11. – С. 26–31.
19. *Карпов М. С.* Гражданско-правовые меры оперативного воздействия. – М., 2004. – 141 с.

*Figuring out the legal nature of the right to deduction, the author distinguishes as the separate methods of the creditor's right protection in the contractual obligation: 1) the right to deduction—the measure of the operative influence consisting of the not transferring to the debtor of his things till the performance of the infringing obligation; and 2) deduction – a kind of the ensuring of the infringing obligation fulfillment giving to the creditor the fulfillment of the infringing obligation on the account of the deducted thing cost.*

*В статье рассматриваются способы защиты прав кредитора в договорном обязательстве: право удержания – как мера оперативного влияния, которая заключается в передаче должнику его вещи до исполнения нарушенного обязательства; удержание – как способ обеспечения исполнения обязательства, который предоставляет кредитору исполнение нарушенного обязательства за счет стоимости удерживаемой вещи.*



## ЗАХИСТ ПРАВА ВЛАСНОСТІ ФІЗИЧНИХ ОСІБ, ВИЗНАНИХ БЕЗВІСНО ВІДСУТНІМИ АБО ОГОЛОШЕНИХ ПОМЕРЛИМИ

**Володимир Бобко,**

*канд. юрид. наук,  
доцент кафедри цивільного права і процесу  
Національної академії внутрішніх справ*

*У статті розглянуто проблеми захисту права власності фізичних осіб визнаних безвісно відсутніми або оголошених померлими. У цьому контексті автор досліджує матеріально-правові наслідки визнання фізичної особи безвісно відсутньою або оголошення її померлою.*

**Ключові слова:** визначення особи безвісно відсутньою, захист майнових прав, опіка над майном, спадкоємці.

**Ш**об усунути юридичну невизначеність, спричинену довготривалою відсутністю фізичної особи, закон надає можливість у судовому порядку визнати її безвісно відсутньою або оголосити померлою. Важливою метою у такій ситуації є охорона майнових інтересів відсутньої особи. Тому законодавець створив правовий інститут визнання фізичної особи безвісно відсутньою або оголошення її померлою.

Дослідженню правовідносин власності та способам її захисту присвячено чимало теоретичних досліджень таких науковців, як О. Дзера, Ю. Заїка, І. Дзера, І. Жилінкова [1–4]. Разом із тим питання захисту права власності фізичних осіб, визнаних безвісно відсутніми або оголошених померлими, залишаються надзвичайно актуальними як для практики, так і для теорії цивільного права та процесу і потребують сучасного погляду на цю проблему.

**Метою цієї статті** є дослідження матеріально-правових наслідків визнання фізичної особи безвісно відсутньою або оголошення її померлою та скасування судових рішень у цих справах, що впливають на майнові правовідносини не лише осіб, пов'язаних із безвісно відсутньою особою, а й особи, яка визнана безвісно відсутньою або оголошена померлою.

Більшість матеріально-правових наслідків визнання фізичної особи безвісно відсутньою передбачено нормами Цивільного кодексу (далі – ЦК) України. Так, згідно із ст. 44 ЦК України над майном особи, яка визнана безвісно відсутньою, на підставі рішення суду нотаріус за останнім місцем її проживання описує належне їй майно та встановлює над ним опіку. Цей захід означає не обмеження майнових прав особи, а охорону її інтересів. У той самий час він гарантує задоволення майнових прав фізичних осіб, з якими відсутня

особа знаходилась у певних зобов'язальних відносинах. Нотаріус має право і до закінчення річного строку за заявою заінтересованих осіб або органу опіки та піклування призначити опікуна для охорони майна відсутнього, а також для управління цим майном.

З майна, що належить безвісно відсутній особі, видається утримання особам, яких остання зобов'язана за законом утримувати. За рахунок цього майна опікун задовольняє вимоги із сплати боргів за зобов'язаннями безвісно відсутньої особи. Якщо після зникнення особи залишилися невіршені майнові спори, то опікун вправі пред'явити позов від імені та в інтересах відсутньої особи, а також відповідати від її імені в межах майна, яке знаходиться під опікою. Але опікун не може замінити безвісно відсутню особу в усіх цивільних правовідносинах. Так, припиняються зобов'язання, тісно пов'язані з безвісно відсутньою особою, зокрема чинність довіреності, договору доручення тощо.

Крім встановлення опіки над майном відсутньої особи, законодавство передбачає можливість укладення договору передачі її майна в управління. Органи опіки та піклування можуть знайти для майна відсутньої особи управителя й укласти з ним договір управління майном відповідно до ст. 1029 ЦК України. Заінтересованими в цій процедурі можуть бути як члени сім'ї безвісно відсутньої особи, так і напевно ті, на чію користь така особа має здійснити виконання зобов'язання. Будь-які інші наслідки визнання фізичної особи безвісно відсутньою у ЦК України не зазначені. Але вони передбачені іншими нормативними актами. Відповідно до ст. 46 Закону України «Про пенсійне забезпечення» неповнолітні та повнолітні працездатні діти, працездатні батьки, дружина незалежно від віку і працездатності, якщо вона доглядає за дітьми безвісно відсутньої особи, які не досягли восьми років, має право вима-

гати призначення їм пенсії у зв'язку з визнанням годувальника безвісно відсутнім. Чоловік або дружина безвісно відсутньої особи набувають права розірвати шлюб у спрощеному порядку через органи РАГСу (ст. 107 Сімейного кодексу (далі – СК) України).

Судові рішення у справах про оголошення особи померлою мають дещо інші матеріально-правові наслідки. Відповідно до ст. 249 Цивільного процесуального кодексу (далі – ЦПК) України рішення суду про оголошення особи померлою є підставою для внесення органами РАГСу в книгу реєстрації актів громадянського стану запису про смерть цієї особи та видачі заінтересованим особам свідоцтва про смерть.

Серед учених не існує єдиної думки щодо питання правових наслідків оголошення фізичної особи померлою. Більшість авторів вважає, що особа, оголошена померлою, не позбавляється правоздатності, якщо вона насправді жива [5, с. 99; 6, с. 286]. У той самий час припущення про її смерть, підтвержене судовим рішенням, реєструється в органах РАГСу і тягне втрату особою набутих раніше цивільних прав та обов'язків [7, с. 127]. Що стосується юридичних наслідків такого судового рішення, то вони збігаються з наслідками, передбаченими у випадку смерті особи:

- до спадкоємців переходять усі права й обов'язки, що належали особі, яка оголошена померлою. Разом із тим у ч. 2 ст. 47 ЦК України зазначається, що спадкоємці не мають права відчувувати протягом п'яти років нерухоме майно, що перейшло до них у зв'язку з відкриттям спадщини. Така норма, на нашу думку, є гарантією прав особи, оголошеної померлою, у випадку її появи;

- припиняється шлюб;

- припиняються зобов'язання, пов'язані з особою, яка оголошена померлою.

Визнання особи безвісно відсутньою або оголошення її померлою зумовлює значну кількість правових наслідків, передбачених нормами інших інститутів цивільного та сімейного права. Оскільки ці правові наслідки належать до категорії безвісної відсутності, вважаємо за доцільне вказати їх безпосередньо у статтях, що присвячені регулюванню названих відносин. Так, у ст. 44 ЦК України розглядається питання охорони майна відсутньої особи. На нашу думку, доцільно було б присвятити її комплексу цивільно-правових наслідків безвісної відсутності та назвати: «Правові наслідки визнання фізичної особи безвісно відсутньою». Крім питань охорони майна відсутньої особи та порядку встановлення опіки над ним, у статті необхідно вказати такі наслідки, як припинення договору доручення, довіреності, авторських договорів та інших договірних відносин зазначеної особи, що безпосередньо пов'язані з нею.

Складним і недостатньо врегульованим у законі є питання, пов'язане з матеріально-правовими наслідками скасування судових рішень у цих справах. Оскільки підставою оголошення фізичної особи померлою є лише припущення про її смерть, то не виключається можливість появи або виявлення її місце перебування. Стаття 48 ЦК України передбачає наслідки, пов'язані з появою фізичної особи, яка була оголошена померлою: суд за місцем перебування цієї особи або суд, що ухвалив рішення про оголошення її померлою, за заявою останньої або іншої заінтересованої особи скасовує відповідне рішення; поновлюється особисто-правовий статус особи; незалежно від часу своєї появи власник може вимагати від будь-кого повернення майна, що збереглося та безоплатно перейшло до нього після оголошення фізичної особи померлою, за винятком майна, придбаного за набувальною давністю, а також грошей і цінних паперів на пред'явника; особа, до якої майно перейшло за оплатними правочинами, зобов'язана повернути його, якщо буде встановлено, що на момент набуття майна вона знала, що фізична особа, яка оголошена померлою, жива (у разі неможливості повернути майно в натурі, власнику відшкодовується вартість цього майна); якщо майно фізичної особи, яка оголошена померлою, перейшло у власність територіальної громади та було реалізоване нею особою, яка з'явилася, повертається сума, одержана від реалізації майна; припиняється виплата пенсій відповідним категоріям осіб; у сфері сімейних відносин поява особи, яка оголошена померлою, є підставою для поновлення шлюбних відносин шляхом нової реєстрації шлюбу.

Слід зазначити, що поновлення втрачених прав не завжди відбувається у повному обсязі. Деякі обмеження у поновленні прав встановлені на користь спадкоємців. Так, оскільки майно особи, яка з'явилася, перейшло до спадкоємців, останні згідно із законом мали підстави розпорядитися цим майном як своїм власним. Тому вони не зобов'язані відшкодовувати вартість відчуженого майна, а також повертати доходи, отримані внаслідок користування таким майном. Поверненню підлягає тільки майно, виявлене в натурі. Наприклад, якщо спадкоємці особи, оголошеної померлою, продали отриманий у спадщину будинок, то від покупця, який не знав, що оголошений померлим є живим, не можна вимагати повернення цього будинку; не можна також стягнути його вартість із спадкоємців.

Заслужує на увагу точка зору вчених, які вказують на те, що зазначене правило не зовсім правильно вирішує колізії інтересів особи, оголошеної померлою, та інтересів її спадкоємців [8, с. 18]. Достатньо лише спад-

коємцям, які отримали спадщину, негайно її реалізувати та на виручені кошти придбати інші цінності, як вони звільняються від зобов'язань перед такою особою в разі її появи. Особа, яка з'явилася, не може бути поновлена в майнових правах лише тому, що її майно спадкоємцями перетворено на гроші й інші цінності. Таке положення стимулює до найскорішого відчуження або споживання майна особи, оголошеної померлою, особливо у випадку, коли спадкоємці не впевнені в обґрунтованості оголошення спадкодавця померлим.

На усунення вказаної колізії спрямована ч. 2 ст. 47 ЦК України, де передбачено, що спадкоємці фізичної особи, яка оголошена померлою, не мають права відчужувати протягом п'яти років нерухоме майно, що перейшло до них у зв'язку з відкриттям спадщини. На нашу думку, така норма містить гарантію майнових прав особи у випадку її з'явлення. Проте вона встановила обмеження лише щодо нерухомості, а доля іншого майна залишається неврегульованою. Тому було б правильним встановити заборону на відчуження всього рухомого та нерухомого майна, що належить власнику, який оголошений померлим. Таким чином, необхідно закріпити у ч. 2 ст. 47 ЦК України правило про заборону спадкоємцям протягом п'яти років відчужувати рухоме та нерухоме майно, що належить власнику, який оголошений померлим.

На практиці мають місце випадки, коли заявник із корисливою метою намагається отримати рішення про визнання особи безвісно відсутньою або про оголошення її померлою. Тому доцільно було б передбачити в законі таке положення: якщо суд встановить подібний умисел у заявника, то правовими наслідками скасування судового рішення про визнання особи безвісно відсутньою або оголошення її померлою має бути визнання недійсними правочинів, укладених заявником на підставі подібного судового рішення та відшкодування всіх збитків, завданих у зв'язку з використанням заявником судового рішення з корисливою метою. Такі наслідки необхідно закріпити в нормах матеріального права.

Слід зазначити, що можливе і порушення прав добросовісних спадкоємців особи, яка з'явилася після оголошення її померлою. Так,

у спадкоємців протягом певного часу може виникнути необхідність у значних матеріальних витратах, пов'язаних із підтриманням у належному стані спадкового майна (наприклад, щоб запобігти руйнуванню жилого будинку, який залишився, необхідно провести капітальний ремонт тощо). При цьому особа, яка з'явилася, може зажадати повернення свого майна, що збереглося, незалежно від витрат, здійснених на утримання такого майна. Зазначене положення ставить спадкоємців особи, оголошеної померлою, у невідгідне майнове становище. Тому, на нашу думку, в правовій нормі необхідно передбачити право спадкоємців вимагати від власника, що з'явився, відшкодування зроблених ними необхідних витрат на майно.

Запропоноване рішення більш справедливо вирішить колізію інтересів відсутньої особи й інтересів їх спадкоємців і повністю відповідатиме вимогам цивільного обороту.

Викладене дозволяє зробити **висновок**, що розглянуті та запропоновані способи захисту мають на меті захист майнових прав та інтересів осіб, які визнані безвісно відсутніми чи оголошені померлими, як під час відсутності, так і після їх повернення, а також захист прав та інтересів інших заінтересованих осіб.

### Література

1. Дзера О. В. Розвиток права власності громадян в Україні. – К., 1996.
2. Заїка Ю. О., Стівак В. М. Право власності. – К., 2000.
3. Дзера І. О. Цивільно-правові засоби захисту права власності в Україні. – К., 2001.
4. Жилинкова І. В. Право собственности супругов. – Х., 1997.
5. Советское гражданское право / Под ред. В. Ф. Маслова, А. А. Пушкина. – К., 1977.
6. Цивільне право України: Загальна частина / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, Р. А. Майданника. – К., 2010.
7. Харитонов Є. О., Харитонова О. І., Старцев О. В. Цивільне право України. – К., 2009.
8. Юрченко А. К., Потюков А. Г. Последствия возвращения гражданина, признанного умершим // Вопросы кодификации советского права. – Л., 1958. – Вып. 2.

*In the article the problems of protection of the property right of the natural persons recognized are construed as unknown absent or declared died. In this context the writer explores financially - legal effect of confessions of the natural persons as unknown absent or declaration by their died.*

*В статье рассмотрены проблемы защиты права собственности физических лиц признанных безвестно отсутствующими или объявленных умершими. В этом контексте автор исследует материально-правовые последствия признания физических лиц безвестно отсутствующими или объявление их умершими.*



## ПОНЯТТЯ Й ОСОБЛИВОСТІ СПОСОБІВ ЗАХИСТУ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ ЗА ДОГОВОРОМ БАНКІВСЬКОГО ВКЛАДУ (ДЕПОЗИТУ): науково-правовий аспект

**Михайло Біда,**

канд. юрид. наук,  
голова Святошинського районного суду м. Києва

*У статті висвітлюються ключові питання щодо цивілістичного розуміння способів захисту цивільних прав сторін договору банківського вкладу (депозиту), особлива увага приділяється проблемам оптимального поєднання різних способів з метою створення належних умов для здійснення кожною стороною договору банківського вкладу (депозиту) своїх прав.*

**Ключові слова:** захист цивільних прав, способи захисту цивільних прав, судові способи захисту цивільних прав, позасудові способи захисту цивільних прав.

Ефективність правового регулювання договору банківського вкладу (депозиту) залежить від дієвості, прозорості та доступності способів захисту цивільних прав, що впливають із змісту даного договору. Значно загострили цю проблему наслідки фінансово-економічної кризи [1, с. 283], яка охопила банківський сектор у 2008 р. [2] та засвідчила вкрай гостру потребу посилення ефективності способів захисту цивільних прав за договором банківського вкладу (депозиту). Крім того, проблема вдосконалення способів захисту цивільних прав має конституційно-правове підґрунтя, оскільки спрямована на гарантування цивільних прав та інтересів особи, а також утвердження повноважень держави у цій сфері. За змістом Основного Закону України захист прав та інтересів, незалежно від їх суті, правової природи, характеру, належать до компетенції держави. Виходячи із змісту Основного Закону України, держава забезпечує захист прав та інтересів усіх суб'єктів правових відносин незалежно від їх змісту, характеру і суті прав та інтересів. У цьому контексті ключова роль належить цивільним правам, які спрямовані на забезпечення життєдіяльності, економічної свободи їх носіїв. Цивільні права характеризуються високим ступенем диспозитивності з точки зору їх реалізації, гарантування та захисту. Жодним чином ні фізична, ні юридична особа не може бути примушена до реалізації чи захисту свого цивільного права.

**Метою цієї статті** є науково-теоретичне дослідження проблем удосконалення способів захисту цивільних прав за договором банківського вкладу (депозиту).

В юридичній літературі окремі аспекти цієї проблематики знайшли своє відображення у працях провідних учених-юристів, зокрема: І. Безклубого, В. Брагінського, А. Довгерта, Н. Кузнецової, В. Луця, Є. Павлодського, О. Підпригори, О. Пушкіна, В. Самойленко, І. Спасибо-Фатєєвої, В. Спіжова та ін. Разом із тим в умовах сьогодення напрями вдосконалення способів захисту цивільних прав договору банківського вкладу (депозиту) не втратили своєї актуальності.

Слід зазначити, що згідно із ст. 12 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України цивільні права виникають із дій осіб, які передбачені актами цивільного законодавства, а також із дій осіб, які не передбачені цими актами, але за аналогією породжують цивільні права. Підставами виникнення цивільних прав, зокрема, є: договори й інші правочини; створення літературних, художніх творів, винаходів, інші результати інтелектуальної, творчої діяльності; спричинення майнової (матеріальної) та моральної шкоди іншій особі; інші юридичні факти. Цивільні права можуть виникати безпосередньо з актів цивільного законодавства.

Цивільні права особа здійснює у межах, наданих їй договором або актами цивільного законодавства. При здійсненні своїх прав особа зобов'язана утримуватися від дій, які могли б порушити права інших осіб, завдати шкоди довічливо або культурній спадщині. Не допускаються дії особи, що вчиняються з на-міром завдати шкоди іншій особі, а також зловживання правом в інших формах. При здійсненні цивільних прав особа повинна додержуватися моральних засад суспільства. Не допускаються використання цивільних

прав із метою неправомірного обмеження конкуренції, зловживання монопольним становищем на ринку, а також недобросовісна конкуренція. У разі недодержання особою при здійсненні своїх прав вимог суд може зобов'язати її припинити зловживання своїми правами, а також застосувати інші наслідки, встановлені законом.

Таким чином, за змістом ЦК України й інших актів цивільного законодавства України особа вільно володіє, використовує та розпоряджається своїми цивільними правами. Здійснюючи свої цивільні права, особа не повинна порушувати права й інтереси інших осіб, завдавати шкоди довкіллю, культурній спадщині, має дотримуватися моральних заasad суспільства.

Захист цивільних прав у юридичній літературі вчені тісно пов'язують із правовим захистом, оскільки захист цивільних прав може бути ефективним за умови, що він є правовим за своєю суттю. По-перше, на думку Г. Стоякіна, правовий захист включає в себе три моменти: видання норм, які встановлюють права й обов'язки, визначають порядок здійснення їх, захисту та застосування санкцій; діяльність суб'єктів із здійснення та захисту своїх суб'єктивних прав; попереджувальна діяльність держави і громадських організацій, а також діяльність з реалізації правових санкцій [3, с. 17]. По-друге, В. Тертишников захистом права називає таке здійснення права та перетворення правовідносин, яке можливе лише з допомогою спеціального державного органу [4, с. 5]. По-третє, М. Малєїн вважає, що, правовий захист – це система юридичних норм, спрямованих на запобігання правопорушенню та ліквідацію його наслідків [5, с. 192].

Слід зазначити, що наявність різних підходів до розуміння та сутнісної оцінки правового захисту як невіддільної складової захисту цивільних прав є закономірним наслідком того, що ці питання розглядаються з позиції як матеріального, так і процесуального права. При цьому в юридичній літературі вказується на те, що захист цивільних прав, як правило, носить достатньо абстрактний характер і означає можливість держави, її органів здійснювати захист тих чи інших прав, не конкретизуючи при цьому, про що йдеться: про захист порушених прав, про гарантії, форми реалізації тих чи інших ще не порушених прав? [6, с. 67]. З таким підходом складно не погодитися, оскільки розвиток цивільного законодавства має бути спрямований на чітке та однозначне розуміння сутності захисту цивільних прав, забезпечувати його прозорість, відкритість і доступність. У цьому контексті, достатньо обґрунтованою є точка зору О. Дзери, згідно з якою захист суб'єктивних

прав є обов'язком держави, оскільки Конституція України визнає право кожного захищати свої права та свободи, права та свободи інших людей від посягань, у тому числі посягань від представників влади або посадових осіб [7, с. 29–30]. Цілком природно, що ефективність захисту цивільних прав повною мірою залежить від ролі у цьому процесі держави, яка має забезпечувати та гарантувати якісний і належний його рівень. Ми поділяємо думку І. Дзери, що право на захист є елементом відновлювально-нормалізаційних правовідносин, а вже після порушення основного матеріального права можна вести мову про виникнення субсидіарного відновлювально-нормалізаційного суб'єктивного права, основою якого є власне право на примусовий цивільно-правовий захист [8, с. 18].

З огляду на викладене, право на захист цивільних прав можна розглядати як: сукупність можливостей як цивільно-правового, так і цивільно-процесуального характеру; сукупність форм і способів гарантування та відновлення цивільних прав та інтересів, у тому числі шляхом застосування примусу стосовно зобов'язаної особи.

Відповідно до ст. 15 ЦК України право на захист цивільних прав та інтересів має кожна особа у разі його порушення, невизнання або оспорування. При цьому кожна особа має право на захист свого інтересу, який не суперечить загальним засадам цивільного законодавства.

У теорії цивільного права звертається увага на те, що інститут захисту цивільних прав є комплексним і міждисциплінарним, має матеріально-правові та процесуальні аспекти. Основні структурні компоненти інституту захисту – об'єкт, способи, форми (засоби) захисту. При цьому вченими зроблено висновок, що зміст права на захист полягає у можливості його володаря самому вчиняти юридично значущі активні дії. При цьому право на захист характеризується багатоступеневою реалізацією – через правовий статус, правоздатність тощо. Основна функціональна характеристика права на захист зводиться до того, що воно набуває своєї юридичної дійсності у межах загальних правовідносин пасивного типу та породжує юридичний ефект автоматично [9, с. 4]. Таким чином, *захист цивільних прав* – це система визначених на підставі актів цивільного законодавства та/або договору дій, спрямованих на поновлення порушеного, оспоруваного чи невизнаного права. При цьому такі дії може вчинити особа, права якої порушені, самостійно або через звернення до уповноважених юрисдикційних органів. Отже, *право на захист цивільних прав* – це передбачені нормами цивільного права вид і міра поведінки

уповноваженої особи, цивільні права якої зазнали порушень, що передбачає дії, спрямовані на поновлення порушеного, оспорюваного чи невизнаного права самостійно або шляхом звернення до уповноважених юрисдикційних органів.

Виходячи із сутності та змісту положень статей 16–23 ЦК України, можна констатувати, що за змістом ЦК України захист цивільних прав та інтересів провадиться: Президентом України й іншими органами державної влади, органами влади Автономної Республіки Крим; органами місцевого самоврядування; судами; нотаріусами; через самозахист. Таким чином, способами захисту цивільних прав є: способи, які можуть застосовуватися судом (визнання правочину недійсним, примусове виконання обов'язку тощо); способи, які можуть бути використані сторонами правовідносин як самостійно, так і за допомогою юрисдикційного рішення компетентного органу чи особи (відшкодування збитків чи інші способи відшкодування майнової шкоди, відшкодування моральної (немайнової) шкоди та ін.); самозахист, тобто захист, який здійснюється особою, право якої зазнало впливу без участі суду чи іншого юрисдикційного органу. При цьому суб'єкт права може вибрати один або декілька способів захисту. Це правило не поширюється на ситуації, коли у кожному конкретному випадку передбачено певний спосіб захисту цивільного права.

Слід констатувати, що відсутність у нормах ЦК України чіткої вказівки на імперативний характер застосування того чи іншого способу захисту цивільних прав або можливості застосувати різні способи означає, що учасникам цивільних правовідносин належить право вибору. При цьому можливе поєднання (одночасне застосування) декількох способів захисту. За логікою цивільного законодавства уповноважена особа вправі розпоряджатися правом на застосування конкретного способу захисту цивільного права. Це означає, що особі, права якої порушені, невизнані чи оспорювані, надається можливість застосувати заходи захисту, передбачені цивільним законом або договором. Тому можна констатувати, що нездійснення уповноваженою особою дій, спрямованих на захист суб'єктивного цивільного права, за загальним правилом не зумовлює його скасування. При цьому в юридичній літературі підкреслюється, що в окремих випадках невжиття заходів, пов'язаних із визнанням оспорюваного правочину недійсним, може зумовити втрату права на його заперечення. Так, відповідно до ч. 1 ст. 221 ЦК встановлена неспростовна презумпція, суть якої полягає у тому, що якщо правочин, вчинений малолітньою особою

поза межами її дієздатності, неоспорений протягом одного місяця з моменту, коли батьки чи інші визначені законом особи не заявили претензії другій стороні, то він вважається схваленим. Також учені зазначають, що у порядку здійснення захисту можуть виникати питання про застосування так званих оперативних санкцій (заходів оперативного захисту). Так, покупець за договором купівлі-продажу має право відмовитися від договору купівлі-продажу у разі відмови продавця передати проданий товар (ст. 665 ЦК). Аналогічні положення містяться у статтях 666, 672, 690 ЦК України [10, с. 38–39].

Слід зазначити, що, виходячи із сутності та змісту теорії цивільного права та цивільного законодавства, способи захисту цивільних прав можна класифікувати за різними критеріями. Одним із основних критеріїв поділу є характер захисту цивільних прав. У зв'язку з цим способи захисту можна класифікувати на юрисдикційні та неюрисдикційні.

За своєю суттю, *юрисдикційні способи захисту цивільних прав* реалізуються через повноваження низки державних і громадських інституцій та посадових осіб, які в силу закону чи домовленості можуть вжити заходів щодо поновлення порушеного, оспореного чи невизнаного права. Так, відповідно до ст. 55 Конституції України, ст. 15 ЦК України кожен має право на судовий захист. У випадках, встановлених Конституцією України та законом, особа має право звернутися за захистом цивільного права й інтересу до Президента України, органу державної влади, органу влади АРК або органу місцевого самоврядування (ст. 17 ЦК України). Здійснити захист цивільних прав можуть і органи нотаріату. Нотаріус здійснює захист цивільних прав шляхом учинення виконавчого напису на борговому документі у випадках і в порядку, встановлених законом (ст. 18 ЦК України). Також, слід зазначити, що суб'єктом захисту можуть виступати й органи прокуратури, наприклад, у формі подання позову до суду у справах про обмеження фізичної особи у дієздатності.

Належне місце у системі гарантій захисту прав фізичних та юридичних осіб займає й Уповноважений Верховної Ради України з прав людини (ст. 55 Конституції України та Закон України «Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини»). Крім того, після використання всіх національних засобів правового захисту учасник цивільних відносин може звертатися за захистом своїх прав і свобод до відповідних міжнародних судових установ чи до відповідних органів міжнародних організацій, членом або учасником яких є Україна, наприклад до Європейсько-

го Суду з прав людини. Також, юрисдикційний захист цивільних прав може реалізуватися шляхом звернення до третейських судів або інших уповноважених суб'єктів.

На відміну від юрисдикційних, *неюрисдикційні способи захисту суб'єктивного цивільного права й інтересу* – це способи, які полягають у діях потерпілого суб'єкта, тобто того, цивільне право чи інтерес якого зазнав посягань. Тому одним із основних неюрисдикційних способів захисту цивільного права є самозахист. За змістом ст. 19 ЦК України самозахистом є застосування особою засобів протидії, які не заборонені законом і не суперечать моральним засадам суспільства. Основною характерною ознакою самозахисту є те, що суб'єкт цивільного права захищає себе власними діями, без звернення до суду або іншого органу, який здійснює захист цивільного права. Одним із про-явів самозахисту слід визнати притримання майна кредитором (статті 594–597, 856, 874, 916, 1019 ЦК України та ін.).

Нарівні з зазначеними підходами до класифікації способів захисту цивільних прав достатньо важливим видається поділ їх на позасудові та судові. *Позасудові способи захисту цивільних прав* за договором банківського вкладу (депозиту) – це визначені нормами цивільного права способи, які передбачають можливість захисту цивільних прав учасниками цивільних відносин за договором банківського вкладу (депозиту) шляхом звернення до уповноважених органів законодавчої, виконавчої влади, органів місцевого

самоврядування та/або посадових осіб, нотаріуса чи шляхом самозахисту.

*Судові способи захисту цивільних прав* за договором банківського вкладу (депозиту) – це визначені нормами цивільного права способи, які передбачають можливість захисту цивільних прав учасниками цивільних відносин за договором банківського вкладу (депозиту) шляхом звернення та вирішення справи судом.

### Література

1. Іванюта С. М. Антикризове управління. – К., 2007. – 288 с.
2. Чепіжко В. Фінансова криза з американською пропискою // Урядовий кур'єр. – 2009. – 20 січня.
3. Стоякин Г. Я. Меры защиты в советском гражданском праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Свердловск, 1973. – 22 с.
4. Тертышников В. И. Гражданский процесс. – Х., 2001. – 158 с.
5. Малейн Н. С. Гражданский закон и права личности в СССР. – М., 1981. – 214 с.
6. Ведяхин В. М., Шубина Т. Б. Защита права как правовая категория // Правоведение. – 1998. – № 1. – С. 67–79.
7. Цивільне право України: У 2 кн. / Д. В. Боброва, О. В. Дзера, А. С. Довгерт та ін.; За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. – К., 1999. – 864 с.
8. Дзера І. О. Цивільно-правові засоби захисту права власності в Україні. – К., 2001. – 256 с.
9. Тимченко Г. П. Способи та процесуальні форми захисту цивільних прав: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2002. – 20 с.
10. Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар: У 2 ч. / За ред. Я. М. Шевченко. – К., 2004. – Ч. 1. – 692 с.

*In the article highlights key issues for understanding tsyvilistychnoho ways to protect civil rights of the parties of the contract deposit (deposit). The attention to problems of optimal combination of different methods to create appropriate conditions for each party to the treaty bank (deposit) of their rights.*

*В статье освещены ключевые вопросы цивилистического понимания способов защиты гражданских прав сторон договора банковского вклада (депозита), особое внимание уделяется проблемам оптимального сочетания различных способов с целью создания надлежащих условий для осуществления каждой стороной договора банковского вклада (депозита) своих прав.*





## ПОНЯТТЯ ТА ПРАВОВА ПРИРОДА ДОГОВОРУ ФАКТОРИНГУ

**Ірина Верес,**

канд. юрид. наук,  
асистентка кафедри цивільного права та процесу  
Львівського національного університету ім. Івана Франка

*Стаття присвячена аналізу договірної конструкції факторингу у законодавстві, судовій практиці, науковій літературі та формулюванню авторського визначення договору факторингу.*

**Ключові слова:** договір факторингу, відступлення права вимоги, фінансування, фактор, клієнт, боржник.

Актуальність наукового дослідження договору факторингу зумовлена тим, що факторингове обслуговування найбільш повно відповідає потребам суб'єктів підприємницької діяльності, які мають перспективи збільшення обсягів виробництва й одночасно натрапляють на проблему тимчасового браку грошових коштів. Саме завдяки факторингу можна перетворити продаж із відстрочкою платежу на продаж із негайною оплатою, і в результаті цього створити необхідні умови для прискорення оборотності коштів у розрахунках, нормалізації та підвищення ефективності процесу виробництва і реалізації продукції.

До прийняття Цивільного кодексу (далі – ЦК) України від 16.01.2003 р. та Господарського кодексу (далі – ГК) України від 16.01.2003 р. в українському правовому просторі не існувало цілісного регулювання факторингових відносин. Упродовж тривалого часу фінансування під відступлення права грошової вимоги застосовувалося у банківській і фінансовій практиці на підставі загальних норм уступки вимоги.

Договір факторингу недостатньо вивчений і в юридичній науці. Окремі питання його правового регулювання досліджувалися у дисертаційних і монографічних роботах І. Безклубого, В. Белова, М. Брагінського, В. Вірянського, Н. Внукової, Л. Єфімової, О. Кота, І. Краська, Л. Новосолової, Я. Чапідзе та ін.

**Метою цієї статті** є теоретичне дослідження правової природи договору факторингу та формулювання визначення договору факторингу.

Договір факторингу вперше врегульований у ЦК України (глава 73) та в ГК України (ст. 350). Відповідно до ст. 1077 ЦК України за договором факторингу (фінансування під відступлення права грошової вимоги) одна сторона (фактор) передає або зобов'язується

передати грошові кошти в розпорядження другої сторони (клієнта) за плату (у будь-який передбачений договором спосіб), а клієнт відступає або зобов'язується відступити факторові своє право грошової вимоги до третьої особи (боржника). Клієнт може відступити факторові свою грошову вимогу до боржника з метою забезпечення виконання зобов'язання клієнта перед фактором. Відповідно до ч. 2 ст. 350 ГК України за договором факторингу банк бере на себе зобов'язання передати за плату кошти в розпорядження клієнта, а клієнт бере на себе зобов'язання відступити банку грошову вимогу до третьої особи, що впливає з відносин клієнта з цією третьою особою.

Міжнародно-правовим актом, що регулює факторинг, є Конвенція УНІДРУА про міжнародний факторинг (Оттава, 28.05.1988 р.). Україна приєдналася до цієї Конвенції згідно із Законом України «Про приєднання України до Конвенції УНІДРУА про міжнародний факторинг» від 11.01.2006 р. Відповідно до Конвенції, цей контракт укладається між однією стороною (постачальником) і другою стороною (фірмою по факторних операціях), відповідно до якого:

- постачальник може або повинен уступити цесіонарію зобов'язальну вимогу, що впливає з контрактів по продажу товарів, укладених між постачальником і його замовниками (дебіторами), за винятком тих, які відносяться до товарів, закуплених для особистого, сімейного або домашнього використання;

- фактор повинен взяти на себе не менше двох таких обов'язків: фінансування постачальника, у тому числі надання позики та здійснення авансових платежів; ведення обліку (головної бухгалтерської книги) щодо дебіторської заборгованості; пред'явлення до сплати грошових вимог; захист від несплат боржників.

Положення ч. 1 ст. 1077 та ст. 1084 ЦК України свідчать про можливі два різновиди договору факторингу:

відповідно до умов договору факторингу здійснюється фінансування клієнта шляхом купівлі у нього фактором права грошової вимоги. Згідно з визначенням договору факторингу, фактор передає або зобов'язується передати грошові кошти в розпорядження клієнта за плату, а клієнт відступає або зобов'язується відступити факторові своє право грошової вимоги до боржника. При цьому договір факторингу (на відміну від договору купівлі-продажу) майнових прав є договором про надання послуг. Послуга фактора полягає у тому, що, отримуючи від фактора фінансування під відступлення права вимоги до боржників, клієнт отримує негайне задоволення своїх майнових вимог, уникає ризику їх невиконання з боку боржників. Відповідно, за надані послуги фактор отримує плату;

• відповідно до умов факторингу відступлення права грошової вимоги факторові здійснюється з метою забезпечення виконання зобов'язання клієнта перед фактором. Цей різновид факторингу передбачає, що фактор передає або зобов'язується передати грошові кошти в розпорядження клієнта, а клієнт зобов'язується відступити факторові своє право грошової вимоги до боржника у випадку неповернення йому суми фінансування. Фактор набуває право грошової вимоги за даним договором факторингу, але не має можливості його здійснювати до тих пір, поки не переконаністься в неплатоспроможності свого клієнта. Іншою істотною умовою договору факторингу є розмір боргу клієнта перед фактором за зобов'язанням, по відношенню до якого відступлення вимоги мало забезпечувальний характер. Фактор зобов'язаний надати клієнтові звіт і передати суму, що перевищує суму боргу клієнта, який забезпечений відступленням права грошової вимоги, якщо інше не встановлено договором факторингу. Якщо сума, одержана фактором від боржника, виявилася меншою від суми боргу клієнта перед фактором, яка забезпечена відступленням права вимоги, клієнт зобов'язаний сплатити фактору залишок боргу (ч. 2 ст. 1084 ЦК України).

У наукових дослідженнях і судовій практиці договір факторингу розглядається як різновид кредитного договору. Зокрема, слід навести такі визначення договору факторингу, запропоновані науковцями:

• договір факторингу як різновид позикокредитних операцій, в яких зобов'язання фінансового агента передати гроші (надати фінансування) будується за моделлю договору позики або кредитного договору. Відступлення грошової вимоги, що здійснюється у межах цього договору, у будь-якому варіанті виконує роль способу забезпечення виконання зобов'язань клієнта перед фінансовим агентом [1, с. 168];

• факторинг – це переуступка банку неоплачених боргових вимог, що виникли між контрагентами в процесі реалізації продукції, виконання робіт, надання послуг і є різновидом торгово-комісійної операції, поєднаної з кредитуванням. Банк набуває право від підприємства інкасувати дебіторську заборгованість – право отримати платіж за платіжними вимогами. Одночасно банк кредитує оборотний капітал клієнта та бере на себе кредитний ризик [2, с. 11];

• факторинг передбачає схему кредитування під заставу дебіторської заборгованості підприємства: клієнт пред'являє документи, які підтверджують, що йому винні за поставлену ним продукцію, а банк кредитує його частину цих боргів. По суті йдеться про бланкове кредитування, за якого від позичальника не вимагають застави [3, с. 17];

• у ряді країн (наприклад, США) факторинг розглядається як один із способів кредитування – банк отримує у клієнта дебіт заборгованостей, надаючи йому тим самим своєрідний кредит із виплатою відсотків за користування ним [4, с. 4].

Аналіз судової практики також свідчить про визначення договору факторингу як кредитного договору.

У Тернопільській області предметом розгляду господарського суду у судовій справі № 4/282-3228 був договір факторингу, згідно з яким здійснюється кредитування клієнта під відступлення ним фактору права вимоги (факторингове фінансування), адміністрування прав вимог, надання Клієнту звітності по проведених факторингових операціях та іншої інформації стосовно обліку відступлених фактору прав вимог. Господарський суд Закарпатської області у судовій справі № 10/130 плату за договором факторингу визначає як оплату за користування переданими у розпорядження клієнта грошовими коштами; господарський суд м. Києва у судовій справі № 17/375 – як плату за користування фінансуванням; господарський суд Львівської області у судовій справі № 6/257 – як комісію та відсотки за користування факторинговим кредитом.

Правова природа договору факторингу залежить від його різновиду. Якщо відповідно до умов договору факторингу фінансування клієнта здійснюється шляхом купівлі у нього фактором права грошової вимоги, у нього відсутні ознаки кредитного договору, зокрема:

• основним обов'язком клієнта є відступлення права грошової вимоги фактору, а не повернення йому грошової суми, одержаної за договором. Повернення грошових коштів здійснюється боржниками клієнта у межах іншого зобов'язання. Слід також зазначити, що

ЦК України закріплюється презумпція «безрегресності» договору факторингу (клієнт не відповідає за невиконання або неналежне виконання боржником грошової вимоги, право якої відступається й яка пред'явлена до виконання фактором, якщо інше не встановлено договором факторингу). У випадку факторингу з регресом має місце субсидіарна відповідальність клієнта за невиконання або неналежне виконання зобов'язання боржниками перед фактором, а не його обов'язок повернути грошові кошти, надані фактором за умовами даного договору. Інша позиція закріплена в Законі України «Про банки і банківську діяльність» від 07.12.2000 р. Відповідно до ст. 49 цього Закону серед кредитних операцій передбачено придбання права вимоги на виконання зобов'язань у грошовій формі за поставлені товари чи надані послуги, приймаючи на себе ризик виконання таких вимог і прийом платежів (факторинг);

- фінансування клієнта за договором факторингу означає передачу грошових коштів у його розпорядження (ч. 1 ст. 1077 ЦК України). Фактично згідно з даним договором грошові кошти передаються у власність клієнта. Тому договір факторингу не може передбачати обов'язку клієнта щодо сплати фактору відсотків за користування грошовими коштами;

- договір факторингу передбачає відступлення фактору право грошової вимоги до боржника й отримання фактором плати за надану послугу. При цьому плата фактору може здійснюватися в різних формах. Наприклад, шляхом вирахування різниці між платежами, що нараховані боржниками клієнта, та здійсненим фінансуванням клієнта. В такому випадку фінансування фактора є меншим від вартості майнових вимог, що відступаються клієнтом. Договір факторингу може також передбачати сплату клієнтом певної грошової суми, яка обчислюється з урахуванням кількості проведених фактором операцій щодо фінансування під відступлення права вимоги.

Натомість, договір факторингу, який передбачає відступлення права грошової вимоги факторові з метою забезпечення виконання зобов'язання клієнта перед фактором, набуває ознак кредитування. В межах цього договору клієнт зобов'язується повернути фактору передану йому грошову суму, а у випадку невиконання даного зобов'язання – відступити право грошової вимоги до боржника. За цим договором клієнт зобов'язаний сплатити відсотки за користування грошовими коштами.

В юридичній літературі досить поширеною є теза про те, що юридичною сутністю факторингу є цесія [5, с. 10; 6, с. 89]. Цесію слід розуміти як відступлення права вимоги,

що здійснюється на підставі правочину. При цьому відступлення права вимоги за правочином є підставою заміни кредитора у зобов'язанні (ст. 512 ЦК України). Договори про відступлення права вимоги можуть бути різні. Наприклад, договір купівлі-продажу (відповідно до ч. 3 ст. 656 ЦК України предметом даного договору може бути право вимоги, якщо вимога не має особистого характеру); договір дарування (згідно ч. 2 ст. 718 ЦК України дарунком можуть бути майнові права, якими дарувальник володіє або які можуть виникнути у майбутньому); договір факторингу (відповідно до ч. 1 ст. 1078 ЦК України предметом даного договору є право грошової вимоги). В юридичній літературі пропонується виділяти самостійний договір – договір про відступлення права вимоги – договір цесії. Даний договір слід відносити до непойменованих договорів, які відповідно до принципу свободи договору можуть укладатися сторонами. Ознаками договору факторингу, які дозволяють відмежувати його від інших договорів про відступлення права вимоги є:

- договір факторингу передбачає фінансування клієнта під відступлення права грошової вимоги;

- предметом договору факторингу може бути лише право грошової вимоги. Договір факторингу може передбачати не лише відступлення права вимоги, строк платежу за якою настав (наявну вимогу), а й право вимоги, яке виникне у майбутньому (майбутню вимогу);

- сторонами договору факторингу виступають: фактор, яким може бути банк або інша фінансова установа, яка відповідно до закону має право здійснювати факторингові операції, та клієнт, яким може бути фізична або юридична особа, яка є суб'єктом підприємницької діяльності;

- відносини між фактором і клієнтом мають відплатний характер, тобто фактору має бути забезпечена можливість одержання винагороди за послуги з фінансування діяльності клієнта. При цьому грошова вимога, передана клієнтом фактору, не може розглядатись як плата за надану останнім фінансову послугу.

Для формулювання визначення договору факторингу слід з'ясувати також питання про те, чи є договір реальним або консенсуальним. Аналіз дефініції договору факторингу (ч. 1 ст. 1077 ЦК України) свідчить, що законодавець вважає за можливе як консенсуальний (коли клієнт зобов'язується відступити право грошової вимоги, а фактор зобов'язується передати грошові кошти у розпорядження клієнта), так і реальний (коли клієнт відступає право грошової вимоги, а фактор передає грошові кошти у розпорядження

клієнта) характер договору. При вирішення даного питання слід враховувати, що договір факторингу є цесійним правочином. Усі цесійні правочини належать до консенсуальних, адже їх предметом є майнові права, зокрема права вимоги, які фізично не можуть бути передані подібно речі.

Передача цедентом цесіонарію документів, що підтверджують вимогу не має правотворюючого значення. Тому моментом переходу прав кредитора до третіх осіб слід вважати момент укладення договору про відступлення вимоги, якщо інше не передбачено договором. Слід зазначити, що у літературі висловлюється думка, згідно з якою договір факторингу є реальним, коли предметом його є право грошової вимоги, строк платежу за якою настав (наявна вимога), а консенсуальним – коли предметом договору є право вимоги, що виникне в майбутньому (майбутня вимога). Вважаємо, що в будь-якому випадку природа предмета договору факторингу (право вимоги) зумовлює консенсуальний характер договору. Разом із тим факторинг у порівнянні з цесією має значно складніший характер. Має місце фінансування клієнта фактором, тобто передача грошових коштів. Тому постає питання про необхідність їх реальної передачі для того, щоб договір вважати укладеним.

Практично, в будь-якому випадку (має місце договір із попередньою оплатою чи з оплатою на певну дату) фактор не передає в момент укладення договору всієї грошової суми. Пріоритетне значення має домовленість сторін щодо порядку здійснення фінансування. Може мати місце попередня оплата (80 %) і виплата решти здійснюватиметься у визначений сторонами строк (як правило, він збігатиметься з оплатою грошових вимог боржниками). Закон також допускає факторинг без попередньої оплати, коли передача грошових коштів здійснюється на узгоджену сторонами дату.

Не викликає сумнів і консенсуальний характер договору факторингу, коли відступлення права вимоги здійснюється як забезпе-

чення виконання зобов'язання клієнта перед фактором. У такому договорі перехід права вимоги до фактора зумовлюється, як правило, невиконанням клієнтом своїх зобов'язань. При цьому необхідно враховувати, що момент виникнення зобов'язальних відносин слід відрізнити від моменту настання терміну виконання зобов'язання. Що стосується фінансування, то в цьому випадку воно взагалі не здійснюється.

### Висновки

Проведений аналіз дозволяє запропонувати такі визначення договору факторингу:

за договором факторингу одна сторона (фактор) зобов'язується передати грошові кошти у власність другої сторони (клієнта), а клієнт зобов'язується відступити факторові своє право грошової вимоги до третьої особи (боржника) із знижкою та здійснити плату за послуги фактора, якщо це передбачено договором;

за договором факторингу одна сторона (фактор) зобов'язується надати грошові кошти другій стороні (клієнту), а клієнт зобов'язується повернути грошові кошти та сплатити відсотки, а у випадку неповернення – відступити факторові своє право грошової вимоги до третьої особи (боржника).

### Література

1. *Комментарий* части второй Гражданского кодекса Российской Федерации: для предпринимателей. – М., 1996.
2. *Чапчадзе Я.* Нетрадиционные операции в банковской деятельности // Бизнес Информ. – 1998. – № 19.
3. *Пашко Д.* Факторинг в Україні // Вісник Національного банку України. – 2004. – № 10.
4. *Красько І.* Договір факторингу // Підприємцтво, господарство і право. – 1996. – № 6.
5. *Чапчадзе Я. О.* Договір факторингу: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2000.
6. *Безклубий І.* До питання про юридичну природу договору факторингу // Підприємцтво, господарство і право. – 2005. – № 3.

*The article is dedicated to factoring contract analysis in legislation, judicial practice and the scientific literature. Author's definition of factoring contract is formulated.*

*Стаття посвячена аналізу договорної конструкції факторинга в законодавстві, судовій практиці, науковій літературі та формулюванню авторського визначення договору факторинга.*



## НОРМАТИВНО-ПРАВОВІ ЗАСАДИ РЕГУЛЮВАННЯ ПІДРЯДНИХ ВІДНОСИН

Андрій Гриняк,

канд. юрид. наук,

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

*Стаття присвячена визначенню законодавчих підходів до нормативно-правового регулювання підрядних відносин, акцентується увага на існуючих колізіях нормативного регулювання підрядних відносин.*

**Ключові слова:** нормативне регулювання, правові норми, підрядний договір, суб'єкти підрядних зобов'язань, підрядні правовідносини.

В широкому розумінні законодавче регулювання підрядних відносин відображається в сукупності нормативно-правових актів, які визначають вид і характер поведінки учасників цих відносин. Таке регулювання, зазначає С. Бородовський, є лише формою, що наповнюється змістом через вираження сторонами їх намірів вступити в договірні відносини, змінити чи розірвати договір [1, с. 88].

Правові норми, спрямовані на врегулювання підрядних відносин, містяться, насамперед, в актах цивільного та господарського законодавства. Саме система нормативних актів, що регулюють цивільні (приватні) відносини, й є правом юридичним, правом позитивним. При дослідженні позитивного правового регулювання підрядних відносин слід виходити з того, що в основу систематизації чинного законодавства покладені певні критерії: юридична сила нормативно-правових актів (надає змогу з'ясувати перевагу того чи іншого правового регулювання); спрямованість і поширення регулювання нормативно-правового акта – загальна та спеціальна (при рівній юридичній силі нормативно-правових актів дає змогу визначити правове регулювання відносин із приводу виникнення, зміни та припинення правовідносин).

Основою національного цивільного законодавства є Конституція України, яка визначає загальні засади діяльності у цивільно-правовій сфері шляхом проголошення приватної власності (ст. 41) та свободи підприємницької діяльності (ст. 42), закріплення пріоритетності принципу верховенства права (ст. 8), відповідно до чого і досліджуватимемо загальнотеоретичні положення із урахуванням особливостей правової природи підрядних відносин.

Складовою частиною законодавства, що регулює договірні відносини, є чинні міжна-

родні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Закон України «Про дію міжнародних договорів на території України» від 11.12.1991 р. визначає, що укладені та належним чином ратифіковані Україною міжнародні договори є невід'ємною частиною національного законодавства України і застосовуються в порядку, передбаченому для норм національного законодавства. В Цивільному кодексі (далі – ЦК) України (ст. 10) вперше вирішено питання про співвідношення міжнародного та внутрішнього правового регулювання в цивільному праві, встановлено перевагу положень міжнародного договору України над актами цивільного законодавства України. Іншими словами, за таких обставин ЦК України встановлює пріоритет дії міжнародного договору, що, певною мірою, відповідає вимогам законів України «Про дію міжнародних договорів на території України», «Про міжнародні договори України» та ст. 9 Конституції України. Значну питому вагу серед міжнародних договорів становлять багатосторонні міжнародні договори – конвенції [2, с. 74].

У Законі України «Про міжнародне приватне право» передбачено, що вибір права учасниками правовідносин має бути явно вираженим або прямо впливати з дій сторін правочину, умов правочину чи обставин справи, які розглядаються в їх сукупності (ч. 2 ст. 5). Одна із особливостей Закону України «Про міжнародне приватне право» полягає у тому, що колізійним положенням щодо договірних зобов'язань (статті 43–47) передує розділ про колізійні норми щодо правочинів (статті 31–33). Для договорів на виконання робіт більш тісний зв'язок встановлюється не на основі прив'язки «характерного виконання», а на підставі права країни, де провадиться така діяльність або створюються передбачені договором результати.

До міжнародних договорів за участю України, які застосовуються для регулювання відносин у сфері виконання робіт, повністю застосовують загальноприйняті принципи міжнародного права, у тому числі виражені у нормах Віденської конвенції про право міжнародних договорів від 23.05.1969 р. (чинна для України з 13.06.1986 р.), Віденської конвенції про правонаступництво держав стосовно договорів від 23.08.1978 р. (чинна для України з 26.11.1992 р.). Важливе значення має доктрина, яка тлумачить питання укладення, набуття чинності, завершення дії міжнародних договорів та їх зміст.

Угоди про торговельно-економічне співробітництво можуть мати норми про певний вид режиму економічних зв'язків у будівельній діяльності. Як правило, це режим найбільшого сприяння. Він може надаватися стосовно мита та податків, консульських зборів і податків, які будуть або можуть бути застосовані до імпорту, експорту, транзиту і зберігання матеріалів, устаткування й інших засобів виробничої діяльності, а також щодо митних процедур і формальностей. Так, держави – учасниці договору часто звільняють від мита, податків і зборів:

- у разі ввезення на свою територію зразків будь-яких типів товарів, які походять з території іншої договірної держави, якщо вони призначаються виключно для оформлення заявок на товар, представлений цими зразками;

- предмети, прилади, матеріали й інструменти для дослідів, випробовувань і ремонту; обладнання та прилади, призначені для проведення монтажних, пусконаладжувальних та інших видів робіт, що підлягають подальшому вивезенню;

- предмети й матеріали, призначені для забезпечення робіт, у тому числі такі, що є частинами створюваних об'єктів тощо.

На сучасному етапі в Європі провадиться доволі інтенсивна робота з підготовки єдиного Європейського цивільного кодексу, який може стати кульмінацією в уніфікації однієї з найважливіших галузей законодавства [3, с. 10]. Певною передумовою цьому слугуватиме уніфікація договірної права ЄС, здійснена на основі порівняльного аналізу правових систем ЄС та інших країн Комісією з Європейського договірної права. Цей документ, що має назву «Принципи Європейського договірної права» [4], є самостійним джерелом правового регулювання в країнах ЄС і може бути зразком для вдосконалення вітчизняного цивільного законодавства. Як прогнозує А. Довгерт, поява цього кодифікованого акта очікується до 2020 р., який, без-

умовно, матиме надзвичайно важливе значення і, можливо, стане прообразом Всесвітнього цивільного кодексу [5, с. 17]. Вчений обстоює ідею життєздатності всесвітнього цивільного права, вказує, що кожна держава, яка здійснює приватноправові реформи, має враховувати цю ідею як правову методологію досліджень і законотворення та своїми засобами робити внесок у формування всесвітнього цивільного права [5, с. 18]. Солідаризуючись із позицією А. Довгерта, слід зазначити, що в Україні також необхідно проводити реформи чинного законодавства у приватноправовій сфері, які б сприяли викоріненню існуючих сьогодні суперечностей між сучасним міжнародним підходом до регулювання підрядних відносин і внутрішнім інструментарієм їх правового регулювання.

Викладене свідчить, що у сучасному цивільному законодавстві (ст. 10 ЦК України) вперше на законодавчому рівні вирішено питання про співвідношення міжнародного та внутрішнього правового регулювання досліджуваних нами відносин і встановлено перевагу положень міжнародного договору України над актами цивільного законодавства України. Іншими словами, за таких обставин законодавець встановлює пріоритет дії міжнародного договору над главою 61 ЦК, главою 33 Господарського кодексу (далі – ГК) України та спеціальними законодавчими актами, що регулюють відносини у сфері виконання робіт.

У ЦК України правовому регулюванню договірних зобов'язань із виконання робіт, враховуючи різні їх види, в цілому присвячено 55 статей. Особливістю сучасного ЦК України є те, що окремим видам договорів підряду передують Загальні положення (28 статей). Особливостям правового регулювання окремих видів договорів підряду присвячено: побутовий підряд – 10 статей; будівельний підряд – 12 статей; підряду на проектні та пошукові роботи – 5 статей. Отже, сучасне законодавство ширше та детальніше регламентує договірні відносини у сфері виконання робіт, що зумовлено належністю правової системи України до романо-германської правової сім'ї, в якій, за визначенням Р. Давіда, саме закон, а не прецедент, звичай або правова доктрина, утворює те, що може бути названо «скелетом правопорядку» [6, с. 93]. Іншими словами, у сфері підрядних відносин можемо констатувати той факт, що законодавчі підходи відобразили нові якісні зрушення, притаманні сучасному правовому регулюванню суспільних відносин. Це, як слушно зазначив С. Алексєєв, зумовлюється тим, що формалізовані у позитивному праві норми є

тим критерієм, на підставі якого в практичному житті визначається правомірна та неправомірна поведінка – юридично дозволені або юридично не дозволені дії, інші факти, пов'язані із споконвічним призначенням права – вирішенням конкретних життєвих ситуацій [7, с. 163].

У системі регулювання підрядних договірних відносин діють відповідні положення ГК України, який був прийнятий і набрав чинності одночасно із ЦК України. Цей кодифікований акт визначає основні засади господарювання в Україні, регулює господарські відносини, що виникають у процесі організації та здійснення господарської діяльності між суб'єктами господарювання, а також між цими суб'єктами й іншими учасниками відносин у сфері господарювання [8, с. 75]. Система актів господарського законодавства, що регулюють підрядні відносини у капітальному будівництві, передбачена у ст. 7 ГК України. Зазначені у ст. 7 акти господарського законодавства тією мірою, якою вони містять норми, що регулюють підрядні відносини у капітальному будівництві, утворюють систему джерел нормативно-правового регулювання підрядних відносин.

До особливостей як ЦК, так і ГК України можна віднести те, що значна кількість їх положень щодо нормативно-правового регулювання підрядних відносин носить відсилочний характер. Так, у гл. 61 ЦК України в цілому міститься 20 відсилок до інших законів чи актів цивільного законодавства: «якщо інше не встановлено положеннями цього Кодексу» (ч. 4 ст. 837), «якщо інше не встановлено законом» (абзац 2 ч. 2 ст. 838, ст. 842, абзац 2 ч. 3 ст. 844, ч. 1 ст. 858, ч. 2 ст. 860, ч. 1 ст. 864, ч. 3 ст. 875, ч. 1 ст. 884, ч. 2 ст. 887, п. 1 ч. 1 ст. 889, ч. 2 ст. 891), «відповідно до положень про відповідальність продавця за товари неналежної якості» (ч. 5 ст. 858), «відповідно до вимог ст. 857 цього Кодексу» (ч. 1 ст. 859), «застосовуються положення статті 676 цього Кодексу» (ч. 2 ст. 860), «що не захищаються законом» (ст. 862), «застосовується законодавство про захист прав споживачів» (ч. 3 ст. 865), «застосовуються положення статті 641 цього Кодексу» (ч. 1 ст. 869), «відповідно до вимог закону» (ст. 880), «відповідно до законодавства» (ч. 1 ст. 881), «у випадках, встановлених законом або іншими нормативно-правовими актами» (ч. 2 ст. 882).

У главі 33 ГК України із восьми статей, присвячених правовому регулюванню відносин у капітальному будівництві (які загалом дублюють положення ЦК України), міститься вісім відсилок до положень ЦК України

чи інших законодавчих актів: «відповідно до положень ЦК України» (ч. 2 ст. 317), «якщо інше не передбачено законодавством» (ч. 3 ст. 317, ч. 3 ст. 318, ч. 4 ст. 322), «якщо інший порядок не встановлено законом» (ч. 1 ст. 322), «на загальних умовах укладання та виконання договорів підряду в капітальному будівництві, затверджених Кабінетом Міністрів України» (ч. 1 ст. 323), «передбаченому цим Кодексом, міждержавними угодами, а також особливими умовами укладання та виконання договорів підряду в капітальному будівництві, затвердженими в порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України» (ч. 2 ст. 323), «можуть застосовуватись положення статті 318 цього Кодексу» (ч. 2 ст. 324).

Слід зазначити, що такий підхід до правового регулювання підрядних відносин, безумовно, надає змогу визначати в ЦК та ГК України базові, засадничі положення, а деталізацію провести в інших спеціальних законодавчих актах. Однак «відсилочна практика» законодавчого регулювання має позитивний ефект лише за умови прийняття відповідних законів, до положень яких відсилають норми ЦК [9, с. 27]. Разом із тим слід констатувати, що спостерігається фактично дублювання у ГК України положень ЦК України, що регулюють відносини у сфері будівництва. Крім того, законодавець у ГК України запозичив деякі положення ЦК 1963 р. Так, ЦК України передбачає, що за невиконання чи неналежне виконання зобов'язань за договором будівельного підряду винна сторона сплачує неустойку, встановлену договором або законом, і відшкодовує збитки в повному обсязі, а ч. 1 ст. 322 ГК України передбачено, що за невиконання або неналежне виконання зобов'язань за договором підряду на капітальне будівництво винна сторона сплачує штрафні санкції, а також відшкодовує іншій стороні збитки (зроблені іншою стороною витрати, втрату або пошкодження її майна, неoderжані доходи) в сумі, не покритій штрафними санкціями, якщо інший порядок не встановлено законом. Аналогічне положення містив ЦК УРСР 1963 р. (ст. 356). Такі суперечності, як зазначає В. Луць, знаходять своє вираження у правозастосовчій діяльності, оскільки судова практика, заповнюючи різного роду прогалини законодавства та користуючись таким сильним інструментарієм, як аналогія права й аналогія закону, приречена на помилки [10, с. 7].

Правове регулювання договірних підрядних відносин не обмежується виключно нормами ЦК та ГК України. Правове регулювання підрядних відносин здійснюється закона-

ми, які мають прийматися в розвиток положень гл. 61 ЦК України та не суперечити їм, що, на жаль, не можна сказати про сучасну систему нормативно-правових актів, які закріплюють вимоги щодо виконання робіт і не завжди базуються на загальних положеннях гл. 61 ЦК України та гл. 33 ГК України. Так, ст. 876 ЦК України із внесеними змінами від 15.12.2005 р. встановлює загальне правило, згідно з яким власником об'єкта будівництва або результату інших будівельних робіт є замовник, якщо інше не передбачено договором. Натомість це положення знайшло своє відображення у п. 14 постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження Загальних умов укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві» від 01.08.2005 р. № 668 у зв'язку із змінами від 17.06.2009 р. Іншими словами, чотири роки існувала суперечність різних рівнів нормативно-правових актів, що вкрай небажане у правовому регулюванні підрядних відносин.

Більше того, такі суперечності простежуються і в гл. 61 ЦК України. Так, власником об'єкта будівництва або результату інших будівельних робіт, якщо інше не передбачено договором, визнається замовник (ст. 876 ЦК). Однак із загальних положень про підряд випливає, що власником новоствореної речі до передачі її замовникові визнається саме підрядник. Тому, як зазначають М. Брагіньський і В. Вітряньський, об'єктом стягнення за боргами підрядника може стати і річ, яку він виготовив за договором із замовником незалежно від того, що замовник уже оплатив вартість цієї речі. Так само з моменту передачі замовникові виготовленої речі вона може стати об'єктом стягнення за боргами замовника, незалежно від того, чи оплатив він вартість виготовленої речі повністю чи тільки частково [11, с. 47–48]. В. Луць вважає, що таке законодавче визнання замовника суб'єктом права власності на зведені конструкції або незавершене будівництво є необґрунтованим, оскільки до передачі йому готового об'єкта або результату інших будівельних робіт вони перебувають у сфері відання та діяльності підрядника, в яку замовник не має права втручатися [12, с. 212–213].

Наявність цієї законодавчої суперечності зумовлена нехтуванням вимогами юридичної техніки. Тому з метою уникнення різного роду суперечностей, що можуть стати наслідком не зовсім вдалого формулювання ст. 876 ЦК України, пропонуємо викласти її у попередній редакції: «Власником об'єкта будівництва або результату інших будівельних робіт до їх здачі замовникові є підрядник», та,

відповідно, залишити у попередніх редакціях ст. 880 і абзац 1 ч. 1 ст. 881 ЦК України.

Окремі норми, присвячені правовому регулюванню підрядних відносин, містяться у законах України «Про архітектурну діяльність» від 20.05.1999 р. № 687-XIV, «Про регулювання містобудівної діяльності» від 17.02.2011 р. № 3038-VI, «Про основи містобудування» від 16.11.1992 р. № 2780-XII, «Про здійснення державних закупівель» від 01.06.2010 р., «Про будівельні норми» від 05.11.2009 р. № 1704-VI, постановою Кабінету Міністрів України «Про затвердження Загальних умов укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві» від 01.08.2005 р. № 668, «Про затвердження Порядку здійснення державного архітектурно-будівельного контролю» від 23.05.2011 р. № 553, у наказах Міністерства будівництва, архітектури та житлово-комунального господарства України «Про затвердження Примірного договору підряду у капітальному будівництві» від 27.10.2005 р. № 3 тощо.

Закон України «Про основи містобудування» визначає правові засади містобудівної діяльності в Україні, зміст і межі державного регулювання у цій сфері, встановлює вимоги, які мають бути забезпечені при здійсненні містобудівної діяльності, розподіляє компетенцію органів виконавчої влади й органів місцевого самоврядування, регламентує низку інших питань містобудування. Слід зазначити, що відповідно до розпорядження Кабінету Міністрів України «Про схвалення Концепції Містобудівного кодексу України» від 18.07.2007 р. № 536-р. розроблено проект цього Кодексу, необхідність прийняття якого на доктринальному рівні обґрунтовувалася представниками науки господарського права [13, с. 84]. Інші дослідники обстоювали позицію щодо необхідності прийняття Закону України «Про основи містобудування» у новій редакції [14, с. 13], Закону України «Про основи будівельної діяльності», у якому слід визначити правові засади здійснення будівельної діяльності, чітко регламентувати правовий статус учасників будівництва [15, с. 19].

Закон України «Про регулювання містобудівної діяльності» від 17.02.2011 р., який визначив правові й організаційні основи такої діяльності. Такий підхід законодавця видається цілком виправданим, оскільки, враховуючи необхідність упорядкування чинного законодавства, що регулює будівельну діяльність, все ж не слід кодифікувати все, що тільки можливо. Ми поділяємо точку зору Н. Кузнецової, яка зазначила, що «оскільки нині ми зіткнулися з ситуацією, яку можна назвати



«кодексоманією», то повинні існувати відповідні «методологічні ліки» від цієї хвороби» [16, с. 14].

Проведений аналіз дозволяє зробити **висновок** про відсутність системного підходу до правового регулювання підрядних відносин. Так, закріплений в актах законодавства підхід до регулювання підрядних відносин свідчить про бажання законодавця визначити: права й обов'язки сторін підрядних договорів;

перелік істотних умов, які, на думку законодавця, мають бути узгоджені сторонами.

Ми вважаємо, що в цілому такий підхід законодавця не може не викликати схвалення, оскільки у випадку визначення прав та обов'язків сторін договору договірні відносини можуть функціонувати і на основі цих параметрів, а сторони своїми фактичними діями (виконанням і прийняттям виконання) можуть підтверджувати однозначне розуміння своїх прав та обов'язків, які можуть і не конкретизуватись у договорах підряду. Що стосується переліку істотних умов, які, на думку законодавця, мають бути узгоджені сторонами, то викликає настороження відображене у господарському законодавстві прагнення законодавця до встановлення дедалі ширшого кола істотних умов для договорів підряду.

### Література

1. *Бородовський С. О.* Правове регулювання порядку укладення договору в цивільному праві України // Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України. – 2002. – Вип. 9.

2. *Бервено С. М.* Проблеми договірного права України. – К., 2006.

3. *Луць В.* Тенденції розвитку договірного права України в сучасних умовах // Право України. – 2009. – № 8.

4. *Принципи Європейського договірного права* // Вестник Высшего Арбитражного суда Российской Федерации. – 2005. – № 3–4.

5. *Довгерт А.* Методологічне значення ідеї національного цивільного права // Право України. – 2009. – № 8. – С. 17–18.

6. *Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Основные правовые системы современности. – М., 2003.

7. *Алексеев С. С.* Право: азбука – теория – философия: опыт комплексного исследования. – М., 1999.

8. *Щербина В. С.* Господарське право. – К., 2007.

9. *Яворська О. С.* Договірні зобов'язання про передачу майна у власність: цивільно-правові аспекти. – Тернопіль, 2009.

10. *Теоретичні та практичні аспекти розгляду судами спорів, що виникають із договорів підряду* / За ред. В. В. Луця. – К., 2010.

11. *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право: Кн. 3. Договоры о выполнении работ и оказании услуг. – М., 2002. – С. 47–48.

12. *Луць В. В.* Контракти в підприємницькій діяльності. – К., 2008.

13. *Гриценко Г. М.* Щодо відповідальності за порушення у сфері містобудування // Відповідальність у сфері господарювання: сучасний стан і перспективи розвитку. – Д., 2009.

14. *Квасницька О. О.* Містобудівне законодавство України: проблеми та перспективи розвитку // Підприємництво, господарство і право. – 2008. – № 7.

15. *Миронець І. М.* Теоретичні основи адміністративно-правового регулювання у сфері будівництва // Віче. – 2010. – № 2.

16. *Кузнецова Н.* Основні методологічні засади сучасного цивільного права України // Право України. – 2009. – № 8.

*The article is devoted determination of the legislative fittings to for normatively legal adjusting of inferior relations, attention is accented on the existent collisions of the normative adjusting of inferior relations.*

*Стаття посвячена определению законодательных подходов к нормативно-правовому регулированию подрядных отношений, акцентируется внимание на существующих коллизиях нормативного регулирования подрядных отношений.*



## ОБ'ЄКТ НЕЗАВЕРШЕНОГО БУДІВНИЦТВА ЯК ОСОБЛИВИЙ ОБ'ЄКТ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ

**Дмитро Кирилюк,**

приватний нотаріус Київського міського нотаріального округу,  
здобувач Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва  
НАПрН України

*У статті розглядаються основні характеристики об'єкта незавершеного будівництва як об'єкта цивільних прав.*

**Ключові слова:** об'єкт незавершеного будівництва, речове право, нерухоме майно, державна реєстрація прав, об'єкт цивільних прав, оборотоздатність.

Світова економічна криза, яка розпочалася у 2008 р., значною мірою позначилася на будівельній галузі, зумовила певне зниження цін на нерухомість, зупинення вже розпочатого нового будівництва. Разом із тим це активізувало «залучення» об'єктів незавершеного будівництва до цивільно-правового обігу як предмета купівлі-продажу та засобу забезпечення виконання зобов'язань при спробах отримання додаткових матеріальних ресурсів, у тому числі задля їх спрямування на продовження будівництва. Зазначене загострило проблему необхідності уточнення правового статусу об'єктів незавершеного будівництва, визначення їх місця в системі об'єктів цивільних прав і врешті-решт удосконалення правового режиму таких об'єктів.

Окремі теоретичні та практичні аспекти правового регулювання об'єктів незавершеного будівництва розглядали В. Вітрианський, М. Гасанов, Д. Патютко, К. Шалагінов, В. Єрмоленко, Є. Петров, К. Скловський, Д. Смишляев та ін., але низка проблем цивільно-правового обігу об'єктів незавершеного будівництва залишається недостатньо дослідженою в правовій науці. Більше того, у зв'язку з відносно високою плінністю законодавства вже наявні наукові дослідження цієї тематики об'єктивно доволі швидко застарівають.

**Метою цієї статті** є характеристика незавершеного будівництва як об'єкта цивільних прав, уточнення його правового режиму, аналіз наявних проблем цивільно-правового регулювання об'єктів незавершеного будівництва.

Характеристику незавершеного будівництва як об'єкта цивільних прав доцільно розпочати з його визначення. Так, законодавче визначення об'єкта незавершеного будівництва надано у ст. 1 Закону України «Про іпотеку» – це об'єкт будівництва, на який видано дозвіл на будівництво, понесені витрати на його спорудження та який не прийнятий в експлуатацію відповідно до законодавства. З наведеного ви-

значення випливають три ознаки *об'єкта* незавершеного будівництва: це об'єкт будівництва; на таке будівництво видано дозвіл; об'єкт не прийнятий в експлуатацію. Разом із тим ч. 1 ст. 376 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України містить поняття самочинного будівництва. *Житловий будинок, будівля, споруда, інше нерухоме майно вважаються самочинним будівництвом, якщо вони збудовані або будуються на земельній ділянці, що не була відведена для цієї мети, або без належного дозволу чи належно затвердженого проекту, або з істотними порушеннями будівельних норм і правил.* При цьому право власності на таке нерухоме майно може бути визнано судом як за особою, яка здійснила самочинне будівництво, так і за власником земельної ділянки. Отже, у даній ситуації дозволу на будівництво немає, а об'єкт нерухомості є. Виникає питання: чи може такий самочинний об'єкт у разі, якщо його будівництво ще не закінчено, вважатися об'єктом незавершеного будівництва? На нашу думку, відповідь на це питання має бути позитивною (за винятком випадків, коли порушення будівельних норм і правил є настільки істотним, що повністю виключає добудову об'єкта та введення його в експлуатацію). Визначення же об'єкта незавершеного будівництва, наведене у Законі України «Про іпотеку», слід визнати таким, що стосується виключно іпотечних відносин. Законодавець дозволив, як виняток, «легалізацію» деяких самочинно збудованих об'єктів високого ступеня готовності, але лише в аспекті права власності. Їх іпотека не дозволяється, що може пояснюватися небажанням законодавця допустити вільний широкий цивільний обіг таких об'єктів – виняток щодо «легалізації» таких об'єктів стосується лише їх власника, проте оборотоздатність цих об'єктів обмежується.

У науковій літературі відсутня єдина позиція щодо визначення об'єкта незавершеного будівництва. Так, М. Гасанов визначає об'єкт незавершеного будівництва як особливий об'єкт нерухомості, що виникає в результаті настання специфічних соціально-економічних умов, сто-

совно якого відсутній дозвіл на введення в експлуатацію, здійснено консервацію та досягнуто певного ступеня готовності [1, с. 8]. Наведене визначення, на нашу думку, має певні недоліки. По-перше, причину виникнення об'єкта незавершеного будівництва навряд чи можна вважати визначальною ознакою цього об'єкта: однакові об'єкти повинні мати й однаковий цивільно-правовий статус за різних соціально-економічних умов. По-друге, що стосується ознаки консервації, то вона значним чином пов'язана з причинами, що змушують до ідентифікації об'єкта саме як об'єкта незавершеного будівництва і (що більш важливо) вона не має стабільного характеру (один об'єкт може законсервовуватися та розконсервовуватися багато разів). Разом із тим ознаки відсутності дозволу на введення в експлуатацію та досягнення певного ступеня готовності, на нашу думку, дійсно можуть бути охарактеризовані як істотні ознаки об'єкта незавершеного будівництва.

Д. Патютко пропонує кваліфікувати об'єкт незавершеного будівництва як будівельний майновий комплекс, що виникає в процесі створення (реконструкції) будівлі або споруди, коли немає готової речі як результату будівництва (реконструкції), проте особа має сукупність рухомого і/або нерухомого майна, а також майнові й інші права та обов'язки, необхідні для створення (реконструкції) будівлі або споруди [2, с. 8]. Ми поділяємо думку про те, що об'єкт незавершеного будівництва як окремий речовий об'єкт може входити до будівельного майнового комплексу, але вважаємо, що визначення об'єкта незавершеного будівництва як сукупності рухомого і/або нерухомого майна, а також майнових та інших прав і обов'язків, необхідних для створення (реконструкції) будівлі або споруди, практично дає можливість звести поняття «об'єкт незавершеного будівництва» до простої механічної сукупності будівельних матеріалів і проектною документації або ж до існуючої будівлі або споруди та проектною документації на її реконструкцію. Таке визначення є радикально статичним, явно не відображає юридичної й економічної сутності цього об'єкта, що пов'язана з його високою динамічною плинністю в часі, економічними інтересами, пов'язаними з обігом таких об'єктів, частина з яких визнається законодавцем, а інша частина – не визнається й обмежується.

Заслужує на увагу визначення об'єкта незавершеного будівництва, запропоноване К. Шалагіновим: об'єкт незавершеного будівництва – це складна нерухома річ, що виникає в результаті поєднання будматеріалів з пануючим об'єктом нерухомого майна – земельною ділянкою, з метою створення нової нерухомої речі (будови або споруди, завершеної будівництвом), відносно якої не отримано дозволу на введення в експлуатацію, яка якісно та кількісно змінюється в процесі її існування протягом будівництва та має темпоральний характер [3, с. 9].

Слід зазначити, що законодавство України не містить визначення терміна «об'єкт цивіль-

ного права»; зазначаються лише окремі їх види: об'єктами цивільних прав є речі, у тому числі гроші та цінні папери, інше майно, майнові права, результати робіт, послуги, результати інтелектуальної, творчої діяльності, інформація, а також інші матеріальні та нематеріальні блага (ст. 177 ЦК України). Одночасно ст. 179 ЦК України визначає річ як предмет матеріального світу, щодо якого можуть виникати цивільні права й обов'язки.

Належність об'єкта незавершеного будівництва до речей не викликає сумнівів. Але до яких речей – рухомих чи нерухомих? Це питання є одним із найбільш спірних у сучасній цивілістичній науці. Нерухоме майно (нерухомість) визначається за законодавством України як земельні ділянки, а також об'єкти, розташовані на земельній ділянці та невід'ємно пов'язані з нею, переміщення яких неможливе без їх знецінення та зміни призначення (ст. 1 Закону України «Про іпотеку»). Чинне законодавство України не надає вичерпного переліку речей, які належать до нерухомих. Класифікаційні ознаки нерухомого майна, що пропонуються в юридичній літературі, також різняться, при цьому до найбільш дискусійних належить питання стосовно державної реєстрації як істотної ознаки нерухомого майна. Існує теорія про юридичний характер поняття «нерухоме майно», прихильники якої вважають, що нерухомістю визнається не будь-яке майно, міцно пов'язане із землею, а тільки те, права на яке зареєстровані, тобто йдеться про так звану юридичну нерухомість [4, с. 298].

Існує і протилежна позиція, прихильники якої вважають основною ознакою нерухомого майна неможливість його відділення від земельної ділянки, від руйнування або зміни цільового призначення, тобто фізичну нерухомість [5, с. 58; 6, с. 39]. Вважаємо за можливе погодитися з позицією В. Вітрянського, згідно з якою нерухоме майно підлягає державній реєстрації, однак не можна стверджувати, що нерухомість як така виникає з моменту її реєстрації. Тому доцільно вважати, що державна реєстрація прав – не ознака, а наслідок віднесення майна до нерухомого [7, с. 238–242].

Аналіз наявних у законодавстві визначень нерухомого майна (ст. 181 ЦК України, ст. 2 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень», ст. 1 Закону України «Про іпотеку») також не дає підстав вести мову про наявність державної реєстрації як про обов'язкову ознаку нерухомого майна. Крім того, прямо передбачена законодавством можливість іпотеки об'єкта незавершеного будівництва, виходячи з поняття іпотеки як застави нерухомого майна, дозволяє однозначно віднести об'єкт незавершеного будівництва до нерухомого майна.

Характеризуючи об'єкт незавершеного будівництва як об'єкт нерухомості, слід співвіднести його з іншими ознаками нерухомості. Зокрема, Е. Петров пропонує виділяти такі ознаки нерухомих об'єктів: матеріальність; можливість ма-

ти свої просторові межі та стійку структуру; здатність перебувати у володінні людини; здатність задовольняти певні людські потреби; непереміщуваність, стійкий зв'язок із землею; у разі переміщуваності предмета, вона має бути надто утрудненою [8, с. 180–182].

Д. Смишляев до основних характеристик (ознак) нерухомості відносить: корисність; фундаментальність; стаціонарність; індивідуальність або неповторність об'єкта; багаторазове використання у процесі виробництва та в інших цілях; незамінність; керованість; детальну регламентацію угод з нерухомістю державними органами [9, с. 79–80].

Аналіз відповідності об'єктів незавершеного будівництва зазначеним ознакам дозволяє вести мову про можливість характеристики цих об'єктів як особливих об'єктів нерухомості та, відповідно, особливих об'єктів цивільних прав. Така особливість полягає у тому, що зазначені ознаки нерухомості в аспекті об'єкта незавершеного будівництва мають особливий, нестандартний характер. Так, ознака корисності може бути охарактеризована як потенційна, що задовольнить зазначені вимоги у майбутньому. Те саме стосується здатності задовольняти людські потреби, багаторазового використання в процесі виробництва тощо. Принциповою у даному випадку є не наявність, а потенційна відповідність об'єкта незавершеного будівництва зазначеним ознакам.

Заслужує також на увагу така ознака нерухомого майна, як стаціонарність (стабільність), якій повною мірою відповідає об'єкт незавершеного будівництва. Зважаючи на специфіку об'єктів незавершеного будівництва, можна виділити два види стабільності нерухомості: *зовнішня стабільність*, яка полягає у непереміщуваності загальних зовнішніх габаритів об'єкта (довжини та ширини) на місцевості й є обов'язковою ознакою всіх об'єктів нерухомості; *внутрішня стабільність*, яка є факультативною ознакою і стосується незмінності конкретних фізичних параметрів об'єкта в часі в межах його загальних габаритів.

Безумовно, внутрішні параметри іноді дещо змінюються і в готових об'єктах нерухомості, але в цілому це усталені об'єкти. Повна ж відсутність внутрішньої стабільності є специфічною ознакою саме об'єктів незавершеного будівництва, яка відрізняє їх від інших об'єктів нерухомості, що дозволяє розглядати їх як особливі об'єкти цивільних прав. Складова «незавершеності» в терміні, що застосовується, передбачає наступну трансформацію об'єкта. Можливість такої трансформації ускладнює здійснення правочинів стосовно такого об'єкта. На сьогодні немає однозначної відповіді на питання: чи має бути забезпечення внутрішньої стабільності об'єкта незавершеного будівництва обов'язковою передумовою для вчинення правочинів з таким об'єктом? Вищий арбітражний суд Російської Федерації протягом тривалого часу обстоював позицію, згідно з якою об'єкт незавершеного

будівництва може виступати об'єктом цивільного обігу за умов (для можливості фіксації й індивідуалізації предмета цивільного обігу) консервації будівництва, припинення договору будівельного підряду щодо нього та державної реєстрації прав на нього. Після внесення певних змін до російського законодавства, необхідності у консервації будівництва, припиненні договору будівельного підряду вже немає. Це правильно, адже зазначені дії дійсно не є необхідними для фіксації й індивідуалізації предмета цивільного обігу на момент виникнення (зміни, припинення) цивільних прав на нього.

Характеризуючи об'єкти незавершеного будівництва як об'єкти цивільних прав, необхідно також звернути увагу на таку істотну ознаку останніх, як оборотоздатність. Як зазначається у ч. 1 ст. 178 ЦК України, «об'єкти цивільних прав можуть вільно відчужуватися або переходити від однієї особи до іншої в порядку правонаступництва чи спадкування або іншим чином, якщо вони не вилучені з цивільного обороту, або не обмежені в обороті, або не є невід'ємними від фізичної чи юридичної особи». Питання оборотоздатності об'єкта незавершеного будівництва тісно пов'язане з питанням виникнення права власності на такі об'єкти. Загальні положення набуття права власності на об'єкт незавершеного будівництва містяться у ст. 331 ЦК України «Набуття права власності на новостворене майно та об'єкти незавершеного будівництва» в якій, зокрема, зазначається, що право власності на новостворене нерухоме майно (житлові будинки, будівлі, споруди тощо) виникає з моменту завершення будівництва (створення майна), а якщо договором або законом передбачено прийняття нерухомого майна до експлуатації, право власності виникає з моменту його прийняття до експлуатації. Якщо право власності на нерухоме майно відповідно до закону підлягає державній реєстрації, право власності виникає з моменту державної реєстрації.

До завершення будівництва (створення майна) особа вважається власником матеріалів, обладнання тощо, які були використані в процесі цього будівництва (створення майна). За необхідності особа, яка до завершення будівництва вважається власником матеріалів, обладнання тощо, може укласти договір щодо об'єкта незавершеного будівництва, право власності на який реєструється органом, що здійснює державну реєстрацію прав на нерухоме майно на підставі документів, які підтверджують право власності або користування земельною ділянкою для створення об'єкта нерухомого майна, проектно-кошторисної документації, а також документів, що містять опис об'єкта незавершеного будівництва.

Як зазначає К. Скловський, процес будівництва є з юридичної точки зору процесом втрати будівельними матеріалами своєї ідентичності (а в деяких випадках, коли йдеться про споживні матеріали, – і самого фізичного буття). Стальна арматура та бетон перетворюються на будівельні конструкції, будівельні конструкції –

на стіни та перекриття, а ці, у свою чергу, – на корпуси та будівлі, оздоблені також дерев'яними, скляними й іншими елементами, виготовленими з доставлених на майданчик заготовок. Всі ці речі відрізняються одна від одної, що цілком очевидно. Проте втрата ідентичності означає зникнення речі як об'єкта права. Тому використання матеріалів у ході будівництва зумовлює припинення на них права власності в силу правила: право власності існує доки існує річ [10, с. 746]. Слід зазначити, що, зокрема, арбітражні суди Російської Федерації негативно ставляться до випадків продажу незавершеного будівництва як «сукупності будівельних матеріалів». Такі угоди розцінюються як фіктивні, що приховують договори купівлі-продажу об'єкта незавершеного будівництва [11, с. 152].

Заслужує також на увагу співвідношення понять, що використовуються в абзацах першому та другому ч. 3 ст. 331 ЦК України. Якщо у першому абзаці йдеться про матеріали, обладнання тощо, які були використані в процесі будівництва, то у другому абзаці, коли мається на увазі те саме майно, вже йдеться про укладання договору стосовно об'єкта незавершеного будівництва. Складається враження, що законодавець прирівнює об'єкт незавершеного будівництва та сукупність матеріалів, що були використані при його створенні. Але це абсолютно неправильно, оскільки такі матеріали вже зазнали істотної трансформації, втратили свої первісні ознаки. У більшості випадків вони не можуть бути відокремлені від новоствореного об'єкта. Навпаки, сам об'єкт набуває ознак нерухомого майна завдяки неможливості відокремлення від земельної ділянки, на якій він розташований.

### Висновки

Об'єкт незавершеного будівництва є самостійним особливим об'єктом цивільних прав. Частина загальних ознак нерухомості в аспекті об'єкта незавершеного будівництва має особливий, нестандартний характер. Відсутність внутрішньої стабільності – специфічна ознака саме об'єктів незавершеного будівництва, проте їм притаманна ознака наявності зовнішньої стабільності.

*Об'єкт незавершеного будівництва* – це особливий зовнішньо стабільний об'єкт нерухомості, пов'язаний із конкретною земельною ділянкою, який за ступенем готовності набув ознак капітального будівництва, відповідає проектно-кошторисній документації, має потенційну (перспективну) здатність задовольняти людські потреби згідно з його основним цільовим призначенням і потенційно може бути завершений будівництвом, але ще не введений в експлуатацію.

*In this article basic characteristics of incomplete construction process are regarded as an object of civil law rights.*

*В статье рассматриваются основные характеристики объекта незавершенного строительства как объекта гражданских прав.*

Об'єкт, будівництво якого відбувається з істотними технологічними порушеннями, що унеможливує його добудову, може розглядатися лише як сукупність матеріалів, а не як об'єкт незавершеного будівництва.

Оборотоздатність самочинно збудованих об'єктів нерухомого майна (у тому числі незавершених) є обмеженою навіть за умов реєстрації права власності на них. Державна реєстрація не є кваліфікуючою ознакою віднесення об'єктів незавершеного будівництва до нерухомих, але має правостановлююче значення, є передумовою для цивільного обігу такого об'єкта.

Перспективи подальших наукових досліджень полягають у визначенні моменту виникнення об'єкта незавершеного будівництва як об'єкта нерухомого майна. Крім того, необхідно встановити ознаки розмежування та специфіку об'єктів незавершеного будівництва при будівництві нових споруд і при реконструкції вже існуючих.

### Література

1. Гасанов М. М. Правовой режим объектов незавершенного строительства: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2011. – 27 с.
2. Патютко Д. Ю. Объект незавершенного строительства как гражданско-правовая категория: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2011. – 28 с.
3. Шалагинов К. К. Правовой режим объекта незавершенного строительства: теория и практика: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Ростов н/Д, 2009. – 32 с.
4. Єрмоленко В. М. Об'єкти нерухомості в майновому обороті // Держава і право. – 2004. – Вип. 26. – С. 297–302.
5. Гумаров И. Некоторые особенности правового положения объекта незавершенного строительства // Хозяйство и право. – 1998. – № 10. – С. 56–59.
6. Комментарий к Гражданскому кодексу РФ / Под ред. С. А. Степанова. – М., 2009. – 1504 с.
7. Витрянский В. В. Договор купли-продажи и его отдельные виды. – М., 1999. – 284 с.
8. Петров Е. Ю. Понятие, признаки и виды недвижимости // Цивилистические записки: Межвуз. сб. науч. трудов. – М.; Екатеринбург, 2002. – Вып. 2. – С. 179–184.
9. Смышляев Д. В. Особенности правового положения объекта незавершенного строительства // Актуальные проблемы гражданского права / Под ред. С. С. Алексеева. – М., 2000. – 318 с.
10. Скловский К. И. Собственность в гражданском праве. – М., 2008. – 922 с.
11. Практика применения Гражданского кодекса РФ частей второй и третьей / Под ред. В. А. Белова. – М., 2009. – 1429 с.



## ЗАКОНОДАВЧА РЕГЛАМЕНТАЦІЯ ВИМОГ, ЗА ЯКИМИ ВИДАЄТЬСЯ СУДОВИЙ НАКАЗ: проблеми та перспективи розвитку (частина перша)

**Мар'яна Вербіцька,**

канд. юрид. наук,

викладач кафедри правового регулювання економіки і правознавства  
Тернопільського національного економічного університету

*Стаття присвячена дослідженню вимог, за якими може бути видано судовий наказ, аналізу тенденції розвитку та трансформації ст. 96 Цивільного процесуального кодексу України, позицій українських та зарубіжних науковців-процесуалістів щодо застосування наказного провадження у випадку конкретних безспірних вимог.*

**Ключові слова:** вимога, за якою може бути видано судовий наказ; боржник; заявник (стягувач); письмовий правочин; нарахована, але не виплачена заробітна плата; стягнення аліментів; права споживачів; письмові документи; виконавчий комітет.

В контексті судової реформи, яка сьогодні набрала значних обертів, Цивільний процесуальний кодекс (далі – ЦПК) України зазнав багато змін і доповнень. У тому числі були змінені і норми, що регламентують наказне провадження, зокрема, вимоги, на підставі яких видається судовий наказ. Коло вимог, за якими може бути видано судовий наказ, є центральним інститутом наказного провадження оскільки без конкретизації цих процесуальних конструкцій втрачається законодавча модель захисту порушених прав при видачі судового наказу.

**Метою цієї статті** є характеристика тенденцій розвитку правового регулювання підстав для видачі судового наказу й окреслення їх перспектив у майбутньому.

Згідно із сучасною редакцією ст. 96 ЦПК України судовий наказ може бути видано, якщо заявлено вимогу про:

- стягнення нарахованої, але не виплаченої працівникові суми заробітної плати;
- компенсацію витрат на проведення розшуку відповідача, боржника, дитини або транспортних засобів боржника;
- стягнення заборгованості за оплату житлово-комунальних послуг, телекомунікаційних послуг, послуг телебачення та радіомовлення з урахуванням індексу інфляції та 3% річних, нарахованих заявником на суму заборгованості;
- присудження аліментів на дитину в розмірі 30 % прожиткового мінімуму для дитини відповідного віку, якщо ця вимога не

пов'язана із встановленням чи оспоруванням батьківства (материнства) та необхідністю залучення інших заінтересованих осіб;

- повернення вартості товару неналежної якості, якщо є рішення суду, яке набрало законної сили, про встановлення факту продажу товару неналежної якості, ухвалене на користь невизначеного кола споживачів.

Таким чином, із змісту ст. 96 ЦПК України випливає, що для застосування спрощеного провадження та видачі судового наказу вимоги заявника мають стосуватися лише стягнення грошової суми. Спори, що виникають на підставі інших вимог, розглядають за правилами позовного провадження.

ЦПК України передбачає п'ять матеріально-правових підстав для видачі судового наказу. Цей перелік може ще бути розширений, але недоцільно було б і перевантажувати наказне провадження багатоманітністю випадків його застосування: таке провадження є спрощеним, тому його поширене використання може призвести до порушення одного з таких основних принципів цивільного судочинства, як повнота дослідження судом усіх матеріалів справи.

У Вірменії також діє подібне спрощене цивільне судочинство, яке має назву «прискорене». І підставами для його застосування є: вимога ґрунтується на правочині, вчиненому у письмовій формі; вимога ґрунтується на безспірному праві з наперед визначеною шкодою; заявлено вимогу про стягнення аліментів, не пов'язану із встановленням батьківства; заявлено вимогу, пов'язану з трудовим спором тощо. При цьому прискорене провадження можна застосовувати з ініціативи як

сторони, так і суду. Основна тенденція – прискорене провадження слід застосовувати, коли справа є невідкладною [1, с. 129–130].

Відповідно до ст. 140 ЦПК Республіки Казахстан судовий наказ може бути виданий за вимогами: про захист прав споживачів на суму в розмірі до 50 місячних розрахункових показників; про вилучення предмета лізингу відповідно до законодавчих актів про лізинг; за вимогою ломбарду до боржника – заставодавця про звернення стягнення на предмет застави [2, с. 16].

ЦПК Російської Федерації передбачає ширше (порівняно з українським) коло вимог, за якими видається судовий наказ. Так, до нього включені вимоги, що ґрунтуються на письмовому правочині, та нотаріально засвідченому правочині тощо.

Досліджуючи вимоги, за якими може бути видано судовий наказ, перш за все хочемо зазначити, що Законом від 07.07.2010 р. з їх кола виключено вимогу, що ґрунтується на правочині, вчиненому в письмовій формі. Такий крок законодавця, на нашу думку, є непослідовним, оскільки саме за цією категорією вимог видавалася основна частка судових наказів. Так, за даними за 2009 р. із 100 % усіх виданих судових наказів 86,4 % припадає на правочині, вчинені в письмовій формі. А матеріали узагальнення Верховного Суду України свідчать, що переважну більшість справ із підстав п. 1 ч. 1 ст. 96 ЦПК становили справи щодо видачі судових наказів про стягнення грошових коштів за такими категоріями: заяви банків про стягнення з фізичних осіб боргу за кредитними договорами; заяви фізичних осіб щодо грошових коштів, наданих ними іншим особам у позичку за письмовим договором (як правило, позички); заяви щодо стягнення заборгованості за надані комунальні послуги, електропостачання, газопостачання, послуги зв'язку, оренду землі тощо [3].

Слід зазначити, що в інших державах коло вимог, які ґрунтуються на договорах, розширюється. Зокрема, відповідно до останніх змін до ЦПК Білорусі, внесених відповідно до Закону «Про внесення змін і доповнень до Цивільного процесуального кодексу Республіки Білорусь з питань удосконалення наказного і виконавчого проваджень» до переліку вимог, за якими може бути постановлено ухвалу про судовий наказ (ст. 394 ЦПК Республіки Білорусь), долучили вимоги страхової організації про стягнення заборгованості за договором страхування, про стягнення заборгованості за користування електроенергією за договором енергопостачання, орендодавця про стягнення заборгованості за договором прокату, про стягнення заборгованості за послуги зв'язку, про стягнення на ко-

ристь територіальних медичних об'єднань коштів, затрачених на лікування потерпілих за розглянутими кримінальними справами, вимоги про стягнення на користь Фонду соціального захисту населення.

Стаття 189 Сімейного кодексу (далі – СК) України передбачає можливість укладення договору про сплату аліментів на дитину, в якому визначаються розмір і строки виплати аліментів. Цей договір нотаріально посвідчується і в разі невиконання його умов одним із батьків аліменти можуть стягуватися на підставі виконавчого напису нотаріуса. Однак процедура його примусового виконання після вчинення виконавчого напису нотаріуса все ж залишається нез'ясованою. Зокрема, після вчинення напису стягненням підлягатиме вся сума заборгованості по сплаті аліментів на момент його вчинення, але не аліменти, які боржник може не сплатити в майбутньому. Тому стягувачу доведеться багаторазово звертатися до нотаріусів про вчинення написів. Найефективнішим виходом із такої ситуації, на нашу думку, було би скасування імперативної вказівки в ч. 2 ст. 189 СК України про вчинення виконавчого напису нотаріуса на договорах про аліменти і передбачення видачі на підставі такого договору судового наказу в порядку наказного провадження. Оскільки зазначений договір підпадає під категорію письмових договорів, які до змін від 07.07.2010 р., були підставою для видачі судового наказу, ще раз наголошуємо на своєму критичному баченні таких змін.

Механізм оперативного стягнення з боржників грошових коштів за вказаними зобов'язаннями працював в Україні, якщо не досконало, то щонайменше ефективно. Коло проблемних питань, які виникали при застосуванні наказного провадження з приводу вимог, що ґрунтуються на письмовому правочині, вирішив у своїх узагальненнях Верховний Суд України. У подальшому, на нашу думку, видача судових наказів про стягнення коштів відповідно до письмових правочинів лише удосконалювалася б. Тому ми вважаємо, що вимога, яка ґрунтується на правочині, вчиненому в письмовій формі, має бути включена до переліку вимог, передбачених ст. 96 ЦПК України.

Розглянемо вимоги, за якими може бути видано судовий наказ, що були передбачені ЦПК України з початку введення новели наказного провадження. Першою умовою для видачі судового наказу законодавець визначає *вимогу про стягнення нарахованої, але не виплаченої працівникові суми заробітної плати*. В період важкої економічної кризи в Україні, на жаль, знову доводиться спостерігати повернення до практики затримки з виплатою заробітної плати працівникам як бюджет-

ної сфери, так і приватного сектора. Безумовно, наказне провадження не зможе розв'язати цю проблему повністю, але воно має спростити процедуру її стягнення з роботодавця.

Заслугує на увагу те, що на зазначену вимогу не поширюється позовна давність. Відповідно до ч. 2 ст. 233 Кодексу законів про працю (далі – КЗпП) України у разі порушення законодавства про оплату праці працівник має право звернутися до суду з позовом (у розглядуваному випадку – із заявою) про стягнення заробітної плати без обмеження будь-яким строком.

Документи, що підтверджують вимоги, які ми досліджуємо, мають безспірно підтверджувати заборгованість роботодавця. Такими документами можуть бути копія або посвідчена підписом бухгалтера виписка з платіжної (чи розрахунково-платіжної) відомості або довідка роботодавця, що підтверджує наявність боргу та вказує суму заборгованості. Сьогодні немає конкретного нормативно-правового акта, що регулював би процедуру видачі такої довідки. Згідно з наявною практикою таку довідку видає відділ бухгалтерії та підписує керівник установи чи організації для пред'явлення за місцем вимоги, у даному випадку – в суді.

Я. Зейкан зазначив, що на практиці у працівників можуть виникати труднощі з одержанням такого документа, хоча відповідно до ст. 49 КЗпП України видача довідки про роботу та заробітну плату є обов'язком підприємства. Тому відмова видати таку довідку може бути оскаржена прокуророві, правовій інспекції праці та до суду. Таким чином, у працівників є можливість через уповноважені для цього органи домогтись отримання зазначеного доказу [4, с. 152]. Ми вважаємо, що процедура витребування такої довідки у разі небажання її видати буде все ж дуже складною, якщо не неможливою.

Крім доказів, що підтверджують не виплату працедавцем заробітної плати та розмір заборгованості, заявнику необхідно подати також докази, що підтверджують факт його перебування у трудових відносинах із боржником. Безумовно, вагомим доказом на користь заявника стане трудовий договір (або його копія) між працівником і власником підприємства, установи чи організації або уповноваженим ним органом, адже трудовий договір укладають у двох примірниках, один із яких має бути у працівника. Це стосується і трудового контракту.

М. Черьомін описав випадки в судовій практиці РФ, коли судовий наказ видавали тільки на основі пред'явленої заявником копії трудового договору з роботодавцем і розрахунком суми заборгованості, що підлягала

стягненню. А розрахунок цей складав сам заявник, не підтверджуючи жодними документами [5, с. 118–119].

Напевне, з боку боржника (власника підприємства, установи чи організації або уповноваженого ним органу) не було ніяких заперечень, тому цей судовий наказ був пред'явлений до виконання. Ми вважаємо, що в деяких випадках такі дії судді можуть бути раціональними. Адже на практиці, якщо керівник, скажімо малого підприємства, вже перебував із працівником у конфлікті з приводу невиплати заробітної плати, він навряд чи допустить видачу такому працівникові довідки про нарахування заробітної плати, але її невиплату, використовуючи при цьому всі важелі свого впливу: від тиску на бухгалтера, до того, що не підпише її сам.

Отже, щоб не заганяти працівника в глухий кут, суду інколи слід не дуже суворо підходити до питання про документи, що підтверджують вимоги про стягнення нарахованої, але не виплаченої заробітної плати. Але тут, на нашу думку, необхідно покладатися вже на судовий розсуд, тобто такі аспекти слід вирішувати індивідуально в кожному випадку.

Інше застереження у застосуванні судового наказу за вимогою про стягнення заробітної плати може полягати у тому, що п. 2 ч. 1 ст. 96 ЦПК не слід трактувати ширше, ніж він є. Іншими словами, якщо у ньому вказана вимога щодо стягнення нарахованої, але не виплаченої працівникові заробітної плати, то так і треба розуміти: йдеться лише про заробітну плату, а не про інші види доходів: пенсії, різні соціальні допомоги тощо. Адже законодавець передбачив в адміністративному процесі, скорочений порядок розгляду окремих категорій справ (ст. 183<sup>2</sup> Кодексу адміністративного судочинства (далі – КАС) України), який застосовується, зокрема, з метою оскарження фізичними особами рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень щодо обчислення, призначення, перерахунку, здійснення, надання, одержання пенсійних виплат, соціальних виплат непрацездатним громадянам, виплат за загальнообов'язковим державним соціальним страхуванням, виплат і пільг дітям війни, інших соціальних виплат, доплат, соціальних послуг, допомоги, захисту, пільг.

У деяких випадках одночасно із заявою про видачу судового наказу про стягнення нарахованої, але не виплаченої заробітної плати, стягувачі порушують питання про стягнення компенсації за порушення строків виплати заробітної плати [6, с. 39]. Вважаємо, що такі вимоги можуть розглядатися одночасно з основною вимогою на підставі п. 2 ч. 1 ст. 96 ЦПК і є підставою для видачі судового наказу. Відповідна практика вже є.



Красноармійський міськрайонний суд Донецької області 3 квітня 2006 р. видав судовий наказ про стягнення з Красноармійського управління шахтобудмеханізації ДВАТ «Трест Красноармійськшахтобуд» на користь К. за боргованості із заробітної плати 2 тис. 223 грн 51 коп. та компенсацію за затримку її виплати — 71 грн. Розмір компенсації зазначили у довідці підприємства [3].

Іншим випадком, коли може бути видано судовий наказ, є вимога про компенсацію витрат на розшук відповідача, боржника, дитини або транспортних засобів боржника. У ст. 78 ЦПК України йдеться про розшук відповідача, який можливий у справах про стягнення аліментів, або про відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я чи смертю фізичної особи. Ймовірно, що про подібний розшук боржника зазначено й у п. 2 ст. 96 ЦПК України. Стаття 42 Закону України «Про виконавче провадження» також містить норми про розшук боржника. У Законі передбачено, що державний виконавець звертається до суду з поданням про постановлення ухвали про розшук боржника або дитини, якщо стягнення звертається на тих самих підставах, що передбачені у ст. 78 ЦПК.

Розшук оголошують відповідно за місцем виконання рішення або за останнім відомим місцем проживання (знаходження) боржника чи місцем знаходження його майна, або за місцем проживання (знаходження) стягувача. Розшук боржника, дитини та розшук транспортних засобів боржника здійснюють органи внутрішніх справ, а розшук боржника — юридичної особи, а також іншого майна боржника здійснює Державна виконавча служба.

У статті 42 Закону України «Про виконавче провадження» також міститься правило, що за іншими виконавчими документами державний виконавець може звернутися до суду з поданням про розшук боржника або дитини чи винести постанову про оголошення розшуку майна боржника за наявності письмової згоди стягувача відшкодувати витрати на розшук й авансувати зазначені витрати. В цьому випадку стягувач має право у судовому порядку вимагати від боржника компенсації витрат, пов'язаних із проведенням розшуку. І оскільки у п. 2 ст. 96 ЦПК не зафіксовано, хто може звертатися до суду із вимогою про видачу судового наказу та компенсацію витрат на проведення розшуку відповідача, боржника, дитини або транспортних засобів боржника, можна припустити, що стягувач у вказаному випадку також має право подавати до суду заяву про видачу судового наказу, керуючись п. 2 ч. 1 ст. 96 ЦПК.

У постанові Кабінету Міністрів України «Про визначення розміру витрат, пов'язаних

з розшуком відповідачів у цивільних справах» від 01.02.1995 р. № 78 передбачено суму витрат органів внутрішніх справ, пов'язаних із розшуком особи, яка ухиляється від сплати належних платежів, у розмірі до п'яти мінімальних заробітних плат. Отже, заявником із такими вимогами може бути представник органів внутрішніх справ, і розмір вимог впливає із згаданої постанови.

Можна припустити, що вимога про компенсацію витрат, пов'язаних із розшуком відповідача, боржника, часто супроводжуватиме позовне провадження. Або згідно із ст. 375 ЦПК України суд може оголосити розшук боржника чи дитини за поданням державного виконавця, тобто вже на стадії виконання судового рішення. Таке можливо, якщо у виконавчих документах про стягнення аліментів, відшкодування шкоди, завданої здоров'ю, або відшкодування шкоди особам, яким завдано збитки у зв'язку з втратою годувальника, а також у виконавчих документах про відібрання дитини, немає відомостей про місцезнаходження боржника.

Відповідно до ст. 78 ЦПК України розшук відповідача провадиться органами внутрішніх справ на підставі ухвали суду, а витрати на його проведення стягуються в дохід держави з відповідача за рішенням суду. Але у цій статті йдеться лише про випадки розшуку відповідача у справах за позовами про стягнення аліментів і про відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю фізичної особи. Отже, в усіх інших випадках органам внутрішніх справ доведеться вимагати компенсацію витрат на розшук боржника, відповідача, дитини або транспортних засобів боржника саме за допомогою судового наказу.

Хоча в Законі України «Про судовий збір» від 08.07.2011 р. органи внутрішніх справ не вказані як суб'єкт, який має право на пільги щодо сплати судового збору (ст. 5), ми вважаємо, що все ж вони (їх представники) будуть звільнені від його сплати при поданні заяви про видачу судового наказу, оскільки стягнені за цим наказом кошти все одно будуть спрямовані у дохід держави. А що стосується згаданого Закону, то до нього слід внести зміни відповідно до чинного ЦПК.

Як документи, що додають до заяви про видачу судового наказу, на нашу думку, можна подавати ухвалу суду про розшук відповідача, боржника, дитини або транспортних засобів боржника (або постанову державного виконавця), а також документи, які підтверджують здійснені у зв'язку з таким розшуком витрати та їх вартість. Наприклад, якщо предметом спору в позовному провадженні став транспортний засіб відповідача, а його місцезнаходження невідоме, суддя постанов-

ляє ухвалу про розшук цього транспортного засобу відповідними органами внутрішніх справ. Насамперед, даний автомобіль вносять у базу розшуку. У процесі розшуку органи внутрішніх справ часто використовують допомогу Науково-дослідного експертно-криміналістичного центру, залучають відповідних експертів, наприклад, експерта-криміналіста, який досліджує сліди транспортного засобу тощо. Працю такого експерта фінансують за рахунок державного бюджету, а постанову про призначення експертизи та документ про оплату праці експерта можна додавати до заяви про видачу судового наказу.

Викладене дозволяє зробити **висновок**, що до заяви про видачу судового наказу додаватимуть будь-які документи, які підтверджують витрати органів внутрішніх справ у зв'язку з проведенням відповідного розшуку (чеки, квитанції, квитки за проїзд тощо).

Слід зазначити, що ЦПК РФ дещо деталізує подібну до п. 3 ч. 1 ст. 96 ЦПК України норму, доповнюючи її вказівкою про те, що така вимога може також стосуватися витрат, пов'язаних із зберіганням майна боржника, виселеного із жилого приміщення, яке він займав. Ми вважаємо, що доповнення п. 3 ч. 1 ст. 96 ЦПК України аналогічною нормою сьогодні не є актуальним, оскільки із судової практики не випливає така нагальна потреба.

*Article is devoted to research requirements, which may be authority to issue a court order. The tendencies of development and transformation of art. 96 of Civil Process Codex, which contains a list of the above requirements. The position of Ukrainian and foreign scientists acting on the application proceedings in the case of apparent specific requirements is investigated. The vision by the prospect of enforcement of each specific reason for issuing a court order is formulated.*

*Статья посвящена исследованию требований, по которым может быть выдан судебный приказ, анализу тенденций развития и трансформации ст. 96 Гражданского процессуального кодекса Украины, позиций украинских и зарубежных ученых-процессуалистов относительно применения приказного производства в случае конкретных бесспорных требований.*



Що стосується вимоги про компенсацію витрат на проведення розшуку відповідача, боржника, дитини або транспортних засобів боржника, то нині її вкрай рідко застосовують на практиці. Так, згідно із статистичними даними, у 2006 р. – I півріччя 2007 р. суди України видали тільки 15 наказів за цією вимогою [7]<sup>1</sup>.

### Література

1. Давидян С. Ю., Юдин А. В. Ускоренное судебное разбирательство как средство противодействия злоупотреблению процессуальными правами // Правоведение: Известия высших учебных заведений. – 2007. – № 1. – С. 129–135.
2. Загайнова С. К. Об основных тенденциях развития приказного производства // Мировой судья. – 2007. – № 4. – С. 15–18.
3. Узагальнення судової практики [Електронний ресурс]. – <http://www.scourt.gov.ua/>.
4. Зейкан Я. П. Коментар Цивільного процесуального кодексу України. – К., 2006. – 560 с.
5. Черемин М. А. Приказное производство в российском гражданском процессе. – М., 2001. – 172 с.
6. Черновол И. Взыскание заработной платы // Законность. – 2006. – № 4. – С. 39–40.
7. Судова статистика [Електронний ресурс]. – <http://www.scourt.gov.ua/>.

<sup>1</sup>Закінчення у наступному номері.

# КРИЗА ЦИВІЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА ДРУГОЇ ПОЛОВИНИ ХХ СТОЛІТТЯ ЯК ФАКТОР ІНТЕРНАЦІОНАЛІЗАЦІЇ ЦИВІЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА

**Тетяна Цувіна,**

*аспірантка кафедри цивільного процесу*

*Національного університету «Юридична академія України ім. Ярослава Мудрого»*

*Стаття присвячена визначенню закономірностей і наукознавчих аспектів дослідження кризи цивільного судочинства у другій половині ХХ століття як фактора інтернаціоналізації цивільного судочинства.*

**Ключові слова:** криза цивільного судочинства, інтернаціоналізація цивільного судочинства, право на суд.

Аналіз національних законодавств європейських держав та огляд компаративістської літератури з питань цивільного процесу дають підстави стверджувати, що в другій половині ХХ ст. загальновищезнаною провідними теоретиками є кризова ситуація у сфері відправлення правосуддя у цивільних справах, яка характеризується неможливістю цивільного судочинства відповідати викликам сьогодення, забезпечувати ефективний захист прав і свобод людини та громадянина. Такий стан зумовлений впливом негативних чинників, що знижують ефективність судочинства та разом із тим активізують держави у пошуках нових орієнтирів і шляхів подолання проблем у сфері цивільного процесу на наднаціональному рівні. З огляду на це провідною тенденцією стає інтернаціоналізація цивільного судочинства, одним із наслідків якої є фундаменталізація права на суд на міжнародному рівні й у національних законодавствах.

Питання, що розглядається, набуває ще більшої актуальності, зважаючи на той факт, що Україна займає 5 місце за кількістю скарг, поданих до Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) [1, с. 148]. При цьому більше третини справ, в яких було констатовано порушення Європейської конвенції прав людини та основоположних свобод (далі – ЄКПЛ), а саме 33,72 % загальної кількості справ, стосувалися порушення права на суд [2, с. 9].

Різним кризовим явищам у сфері цивільного судочинства у другій половині ХХ ст. і загальносвітовим тенденціям у сфері цивільного судочинства присвячені праці таких учених, як Р. Ванрі, А. Волт, Дж. Джолович, М. Каппеллетті, Н. Хідео, А. Цукерман, М. Фауре та ін.

**Метою цієї статті** є визначення закономірностей і наукознавчих аспектів дослідження кризи цивільного судочинства у другій половині ХХ ст. як фактора інтернаціоналізації цивільного судочинства.

В. Комаров зазначає, що виникає чимало сучасних проблем науки цивільного процесуального права, які мають принциповий методологічний характер. Ідеться про проблематику сучасного цивільного процесу в глобальному контексті [3, с. 23]. У зв'язку з цим на перший план виходить дослідження не лише особливостей національних систем цивільного судочинства, їх відповідності міжнародним стандартам, а й загальносвітових або глобальних тенденцій у сфері відправлення правосуддя у цивільних справах.

Слід зазначити, що однією з перших комплексних проблем, якій приділялася увага в зарубіжній літературі другої половини ХХ ст. з питань цивільного процесу, є проблема доступності правосуддя у цивільних справах, яка досліджувалася на рівні аналізу перешкод у доступі до суду. Порушення цієї проблематики пов'язується з виникненням у 60-х роках ХХ ст. руху за доступність правосуддя, що започаткували М. Каппеллетті та Б. Гарт [4].

У подальшому проблема доступності правосуддя стала визначальною і трансформувалася у низку окремих наукових проблем – надання безоплатної правової допомоги малозабезпеченим громадянам; представництва групових інтересів; створення альтернативних способів вирішення спорів; забезпечення створення доступу до всіх установ, де право створюється, систематизується, здійснюється, тлумачиться та застосовується [4; 5].

Проблема доступності правосуддя у цивільних справах дала поштовх для подальшо-

го дослідження наднаціональних проблемних явищ у сфері цивільного судочинства та пошуку шляхів їх вирішення. Одним із таких досліджень стала праця за загальною редакцією А. Цукермана «Цивільне судочинство в кризі: порівняльні перспективи цивільного процесу» [6], що вийшла друком у 1999 р. і в якій вперше вводилося поняття «криза цивільного судочинства». Як зазначає автор, доступ до правосуддя настільки страждає від високих судових витрат і довгих затримок, що у багатьох державах суди більше не посідають належне їм місце у забезпеченні захисту прав і вирішенні спорів. Без перебільшення можна стверджувати, що багато систем судочинства у цивільних справах переживають певного роду кризу [6].

Під кризою цивільного судочинства другої половини ХХ ст. слід розуміти такий стан національних систем цивільного судочинства, за якого вони стали неспроможними забезпечити ефективний захист прав, свобод та інтересів людини і громадянина через наявність негативних факторів усередині цих систем.

Порівняльний аналіз національних цивільно-процесуальних законодавств європейських держав дозволив А. Цукерману зробити висновок про те, що стан кризи у відправленні правосуддя у цивільних справах не універсальний, однак досить поширений. Більшість держав, що аналізуються, відчувають складнощі у сфері цивільного судочинства принаймні у трьох аспектах, які автор називає «вимірами правосуддя»: *справедливість рішення; строки розгляду справи; витрати* [6]. Під справедливістю рішення у цьому контексті автор розуміє саме процесуальну справедливість, що досягається за рахунок справедливості всієї судової процедури, яка повинна відповідати таким характеристикам, як наявність ефективних процесуальних засобів, намагання ухвалювати законні й обґрунтовані рішення; рівноправність сторін [6, с. 3–6].

Наступним виміром правосуддя є час. Найвлучніше про цю вимогу зазначено в афоризмі «відстрочка у правосудді рівносильна відмові у правосудді» («justice delayed is justice denied») [6, с. 7]. Разом із тим занадто кваплива процедура також може негативно позначитися на ефективності судочинства.

Останнім виміром ефективності правосуддя, на думку А. Цукермана, є витрати, що розглядаються у двох аспектах. Перший із них пов'язаний із фінансовим забезпеченням державою системи відправлення правосуддя, а другий стосується взаємозв'язків між витратами та відправленням правосуддя у конкретній справі, можливості кожного мати необтяжений надмірними судовими витратами доступ до суду [6, с. 7–10].

На нашу думку, визначення закономірностей кризи цивільного судочинства нерозривно пов'язане із проблемами доступності правосуддя, ефективності відправлення пра-

восуддя у цивільних справах і права на суд, а тому має розглядатися у нерозривному зв'язку з ними. Зважаючи на це, спектр явищ, які можуть свідчити про наявність кризи цивільного судочинства у певній національній системі, є ширшим, ніж пропонує А. Цукерман. Так, параметрами ефективності цивільного судочинства можуть бути визнані навантаження судів, розмір державних витрат на судову систему, у тому числі бюджет окремого суду, загальна кількість судів, їх структура [7, с. 84].

Такі параметри ефективності правосуддя, як доступ до суду, процесуальна справедливість рішення суду, строки розгляду справи, витрати на розгляд справи іманентно пов'язані з правом на суд у цивільному судочинстві, що закріплене у п. 1 ст. 6 ЄКПЛ та є його елементами. Тому одним із універсальних, комплексних показників наявності кризових явищ цивільного судочинства у національних правопорядках або параметром ефективності відправлення правосуддя у цивільних справах можна вважати саме відтворення вимог права на суд у національних законодавствах, закріплення та розвиток якого є наслідком інтернаціоналізації цивільного судочинства. Отже, кризовий стан цивільного судочинства, характерний для європейських країн у другій половині ХХ ст., зумовив постановку перед національними законодавцями завдання із реформування та модернізації відправлення правосуддя у цивільних справах, ефективне виконання якого видається можливим лише за умови активізації зусиль держав на наднаціональному рівні та з урахуванням загальносвітових тенденцій у сфері відправлення правосуддя у цивільних справах. При цьому, як зазначає В. Комаров, цивільний процес у глобальному контексті все більше набуває якості монокультурної правової цінності [3, с. 29].

Спектр глобалізаційних впливів на сферу права є досить широким, але одним із найважливіших для сфери цивільного судочинства є процес інтернаціоналізації національних правопорядків. Аналіз літератури з даної проблематики свідчить про те, що поняття інтернаціоналізації національних правопорядків, його співвідношення з поняттям глобалізації в праві є неусталеним. Загалом можна виділити принаймні три підходи.

*Відповідно до першого підходу поняття глобалізації вважається ширшим за поняття інтернаціоналізації*, і вони різняться за масштабами існування. Про глобалізаційні процеси в праві йдеться, коли маються на увазі загальносвітові тенденції, притаманні сфері права в усьому світі, про інтернаціоналізацію – коли йдеться про характерні особливості, притаманні системам права певних регіонів, держав. Наприклад, зазначається, що результатом глобалізації або принаймні «інтернаціоналізації», є інтеграція або/та взаємозалеж-

ність економічної, політичної, культурної систем на глобальному (глобалізація) або на більш локальному рівні (інтернаціоналізація, наприклад, на рівні Європейського Співтовариства) [8, с. 345].

*Другий підхід пов'язаний із розумінням інтернаціоналізації національних правопорядків як глобалізації у сфері права.* Так, І. Лукашук зазначає, що процес, який розвивається у політичній сфері, відрізняється від глобалізації в соціально-економічній сфері. Рівень єдності у першій суттєво нижчий. Тому щодо держав, а також їх правових систем більш точним є термін «інтернаціоналізація», що означає, перш за все, зближення політичних і правових систем держав, поглиблення їх взаємодії, взаємного впливу [9].

*Учені, які дотримуються третього підходу розглядають явище інтернаціоналізації як один із проявів глобалізаційного впливу на сферу права.* Так, Є. Лук'янова визначає інтернаціоналізацію як процес поглиблення взаємного впливу різних правових систем [10].

На нашу думку, перший підхід не можна вважати правильним, адже він формальний і не враховує сутнісні характеристики понять, що розглядаються. Другий підхід заслуговує на увагу, адже в його основу покладено спробу визначення сутнісної характеристики явищ, що розглядаються, однак зведення всіх загальносвітових тенденцій у сфері права лише до явища інтернаціоналізації є безпідставним. Найбільш правильним ми вважаємо третій підхід, однак диференціація між поняттями «глобалізація» та «інтернаціоналізація» має відбуватися з урахуванням природи зазначених процесів. Так, стосовно світової економіки інтернаціоналізація стосується зростаючого значення міжнародної торгівлі, міжнародних відносин, договорів, союзів тощо. При цьому основною одиницею залишається народ, навіть якщо відносини між державами стають все більш необхідними та важливими. Глобалізація, у свою чергу, означає інтеграцію у світову економіку багатьох колишніх національних економік у єдину світову економіку, в основному за допомогою вільної торгівлі та вільного руху капіталу, а також завдяки легкій або неконтрольованій міграції [11, с. 31–32]. Таким чином, в економіці в основі розрізнення цих понять лежить ступінь взаємопроникнення та взаємовпливу національних економік. У свою чергу, для права вирішальним для розмежування понять, що розглядається, має стати ступінь взаємодії національних правопорядків.

Таким чином, сфера цивільного процесу є специфічною. Провідною загальносвітовою тенденцією сьогодні безперечно є явище інтернаціоналізації національних правопорядків, адже відправлення судочинства завжди характеризується національними особливостями, і саме інтернаціоналізація відкриває перспективи для подолання кризових явищ у

сфері відправлення правосуддя у цивільних справах другої половини ХХ ст.

Інтернаціоналізацію національних правопорядків ми розуміємо як процеси інтенсифікації впливу й обміну елементами між національними системами права, правовими системами на наднаціональному рівні, що також супроводжується посиленням зв'язків між національним та міжнародним правопорядками. У свою чергу, метою інтернаціоналізації цивільного судочинства можна визнати адаптацію базових цінностей судочинства для подальшої його гармонізації на основі використання найкращих, більш нейтральних із культурної точки зору елементів континентальної й англосаксонської систем права [3, с. 23]. Відповідно можна запропонувати таке визначення: **інтернаціоналізація цивільного судочинства** – це процес інтенсифікації впливу й обміну елементами між національними системами цивільного судочинства, правовими системами на наднаціональному рівні, що також супроводжується приведенням національних правил цивільного судочинства у відповідність із міжнародними стандартами з метою вироблення та адаптації базових цінностей судочинства.

Результатом інтернаціоналізації є зближення національних правопорядків окремих держав, правових систем, національного та міжнародного правопорядків. Викладене дозволяє вести мову про горизонтальний (безпосередній) і вертикальний (опосередкований) аспекти інтернаціоналізації, у тому числі інтернаціоналізації цивільного судочинства.

Що стосується горизонтального аспекта інтернаціоналізації, то тут можливі два варіанти, перший із яких пов'язаний із взаємовпливами національних правопорядків держав, що належать до однієї правової системи та мають певні історично зумовлені зв'язки, спільні проблеми у сфері відправлення правосуддя. Другий варіант має місце, коли простежуються взаємовпливи між правопорядками держав, що належать до різних правових систем, тут може йтися про зближення саме правових систем.

Горизонтальний аспект інтернаціоналізації цивільного судочинства полягає у відтворенні на рівні різних національних правопорядків схожих процесуальних інститутів і механізмів. Це може виявлятися у конвергенції національних систем цивільного судочинства держав, які належать до різних правових сімей, і як наслідок дивергенції національних систем цивільного судочинства держав, які належать до однієї правової сім'ї. Так, у Великобританії та у багатьох країнах континентальної Європи суддя є активним керівником судового процесу. Разом із тим у Великобританії суд присяжних у цивільному судочинстві був виключений відповідно до реформ 1998 р., а у США право на суд при-

сяжних у цивільних справах є конституційним правом громадянина [8, с. 343].

На нашу думку, зазначені явища в основному пов'язані із усезростаючою тенденцією до намагання виявити спільні кризові явища у сфері відправлення правосуддя та знайти шляхи їх подолання на наддержавному, міжнародному рівні. Така тенденція може бути пояснена при розгляді вертикального аспекта інтернаціоналізації цивільного судочинства, який пов'язаний із прагненням держав на наднаціональному рівні створити певні міжнародні стандарти відправлення правосуддя та відтворити їх на рівні національних законодавств.

Слід зазначити, що ці аспекти інтернаціоналізації не існують окремо один від одного, вони пов'язані між собою та взаємозалежні. Так, концепції й інститути загального права можуть спочатку закріплюватися на наднаціональному рівні як міжнародні стандарти, а вже потім імплементуватися до законодавства держав континентальної системи права. Так, принцип верховенства права, який виник і розвивався в англосаксонській системі права, завдяки його закріпленню у Загальній декларації прав людини та ЄКПЛ і розробленню його критеріїв у практиці ЄСПЛ, отримав визнання та законодавче закріплення у багатьох державах континентальної системи права.

Інструментарієм інтернаціоналізації цивільного судочинства стали Загальна декларація прав людини 1948 р., Міжнародний пакт про громадянські та політичні права 1966 р., регіональні конвенції, зокрема Європейська конвенція про захист прав людини та основоположних свобод 1950 р., Американська конвенція з прав людини 1969 р. та Африканська хартія прав людини та народів 1981 р.

Найбільше значення у розробленні концепту права на суд як фундаментальної категорії цивільного судочинства для Європейського регіону має прийняття та подальше застосування у цивільному судочинстві ЄКПЛ, у п. 1 ст. 6 якої закріплюється положення про те, що кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який вирішить спір щодо його прав та обов'язків цивільного характеру. У доктрині цивільного процесу саме це положення отримало назву «право на суд» як невід'ємне право людини, яке органічно пов'язане з міжнародно-правовим принципом верховенства права та вважається його частиною.

Кінцевий етап фундаменталізації права на суд на міжнародному рівні можна пов'язати саме з прийняттям ЄКПЛ, після чого починається процес адаптації національних законодавств до міжнародних стандартів, а разом із цим і фундаменталізація права на суд у національних законодавствах.

Фундаменталізація права на суд у національних законодавствах є тривалим проце-

сом, пов'язаним не тільки із визнанням і закріпленням даного права у національних законодавствах держав, а й із постійним удосконаленням національних процедур цивільного судочинства для того, щоб сфера відправлення правосуддя у цивільних справах могла відповідати викликам сьогодення. Яскравим прикладом такого прагнення перебудувати національну систему цивільного судочинства відповідно до міжнародних стандартів справедливого судочинства, доступності правосуддя стала реформа цивільного судочинства у Великобританії у 1998 р. Основними наслідками цієї реформи стало поліпшення доступу до суду, введення принципу судового керівництва процесом, диверсифікація розгляду цивільних справ, усунення надмірної складності процедури, зниження судових витрат [12–15]. На нашу думку, досвід Великобританії у сфері цивільного судочинства є досить вдалим і може бути орієнтиром для прийняття відповідних змін до цивільно-процесуального законодавства інших держав.

ЄКПЛ також стала правовою основою існування ЄСПЛ – інституції, мета якої – безпосередній захист прав і свобод людини та громадянина на міжнародному рівні. У цьому контексті заслуговує на увагу те, що, розвиваючи положення ЄКПЛ, у своїх рішеннях ЄСПЛ сприяє утвердженню певних міжнародних стандартів справедливого судочинства. Велику роль практика ЄСПЛ відіграє в умовах наявності прогалів у внутрішньому законодавстві та правозастосовній практиці, при тлумаченні національного законодавства у контексті ЄКПЛ. Саме тому сьогодні на перший план виходить не лише вимога дотримання положень ЄКПЛ, а й потреба в ефективному використанні рішень ЄСПЛ при розгляді справ у національних судах.

Зусилля європейської спільноти пов'язані з допомогою державам у запровадженні на національному рівні відповідних вимог, сприянням утвердженню права на суд у національних правопорядках, що виявилось у роботі Комітету Міністрів Ради Європи, результатом діяльності якого стало прийняття резолюцій і рекомендацій з даної проблематики, наприклад, резолюції № (78) 8 від 02.03.1978 р. про юридичну допомогу та консультації та № (76) 5 від 18.02.1996 р. про юридичну допомогу у цивільних, торгових та адміністративних справах, рекомендації № R (81) 7 від 14.05.1981 р. відносно шляхів забезпечення доступу до правосуддя, № R (84) 5 від 28.02.1984 р. відносно принципів цивільного судочинства, спрямованих на вдосконалення судової системи, № R (94) 12 від 13.10.1994 р. про незалежність, ефективність і роль судів, № R (95) 5 від 07.02.1995 р. відносно введення в дію та поліпшення функціонування систем і процедур оскарження з цивільних і торгових справ.

Суттєву роль у дослідженні питань ефективності правосуддя в останні роки відіграє Європейська Комісія з ефективності правосуддя (далі – СЕРЕЈ), створена Комітетом Міністрів Ради Європи у вересні 2002 р. як орган, на який покладено завдання із вивчення ефективності національних систем відправлення правосуддя та вироблення конкретних рекомендацій для поліпшення судових систем конкретних держав. Результатом роботи СЕРЕЈ стала низка доповідей, предметом яких було дослідження національних систем судочинства європейських держав: у 2004 р. – Європейські правові системи: факти та дані; у 2006, 2008, 2010 рр. – Ефективність та якість судочинства. Ці доповіді мають безпрецедентний характер, адже в них провадиться аналіз ефективності європейських судових систем відповідно до конкретних параметрів у динаміці. Сьогодні СЕРЕЈ веде активну роботу з упорядкування 5 доповіді, що присвячена проблемам ефективності й якості цивільного судочинства за звітний період у 2010–2012 рр.

### Висновки

Криза цивільного судочинства другої половини ХХ ст. стала фактором інтернаціоналізації цивільного судочинства. У свою чергу, фундаменталізація права на суд на міжнародному рівні та у національних правопорядках, як результат інтернаціоналізації цивільного судочинства, дозволяє визнати право на суд одним із універсальних показників, індикаторів наявності або відсутності кризових явищ у сфері відправлення правосуддя, параметром ефективності цивільного судочинства.

### Література

1. *Annual Report 2011 of the European Court of Human Rights*, Council of Europe. – Strasbourg, 2012. – [Електронний ресурс]. – <http://www.echr.coe.int>.

*The article is devoted to determination of patterns and scientific aspects of crisis of civil justice in the second part of the XX century as a factor of internationalization of civil justice.*

*Статья посвящена определению закономерностей и науковедческих аспектов изучения кризиса гражданского судопроизводства второй половины XX века как фактора интернационализации гражданского судопроизводства.*

2. *The European Court of Human Rights in Facts and Figures 2011*. – Strasbourg, 2012. – P. 9 [Електронний ресурс]. – <http://www.echr.coe.int>.

3. *Комаров В. В.* Цивільний процес у глобальному контексті // *Право України*. – 2011. – № 10. – С. 22–44.

4. *Cappelletti M., Garth B.* Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective: a General Report // *Access to Justice: A World Survey*. – Milan, 1979. – Vol. 1. – 345 p.

5. *Association of Canadian Court Administrators.* Development of Performance Standards in Civil Justice: A Discussion Paper «Into the Future Conference» [Електронний ресурс]. – <http://fcj-fcjc.org/docs/2006/acca-en.pdf>.

6. *Zukerman A. A.* Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure. – Oxford: University Press, 1999. – 485 p.

7. *European judicial systems.* Edition 2006 (2004 data). European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ). – Council of Europe; Belgium, 2006. – 370 p.

8. *Remco van Rhee* Civil procedure in a globalizing world // *Globalization and a private law: the way forward* by M. Faure. – Edward Elgar Publishing Limited, 2010. – P. 343–367.

9. *Лукашук И. И.* Взаимодействие международного и внутрисударственного права в условиях глобализации // *Журнал российского права*. – 2002. – № 3. – С. 115–128.

10. *Лукьянова Е. Г.* Основные тенденции развития российского права в условиях глобализации // *Государство и право*. – 2004. – № 7. – С. 84–89.

11. *Daily H.* Globalization versus Internationalization – some implications // *Ecological Economics*. – 1999. – № 31. – P. 31–37.

12. *Access to Justice: Lord Woolf's Final Report* // *C. J. Q.* – 1996. – Vol. 15. – P. 273–279.

13. *Jolowich J. A.* The Woolf report and the Adversary System // *C. J. Q.* – 1996. – Vol. 15. – P. 198–210.

14. *Shapland J.* The need for case management? Profiles of Liquidated and unliquidated cases // *C. J. Q.* – 2003. – Vol. 22. – P. 324–348.

15. *Zukerman A. A.* A Reform of Civil Procedure – Rationing Procedure Rather than Access to Justice // *Jornal of Law and Society*. – 1995. – № 22. – P. 155–182.



## ПРОБЛЕМИ ЗАХИСТУ БАТЬКАМИ ПРАВ ТА ІНТЕРЕСІВ ДИТИНИ ПРИ ОКРЕМОМУ ПРОЖИВАННІ БАТЬКІВ: перспективи вдосконалення

**Богдан Левківський,**

*канд. юрид. наук,*

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

*У статті розглядаються загальні проблеми нормативного регулювання питань обсягу батьківських прав і здійснення батьківських обов'язків при окремому проживанні батьків, обгрунтовується необхідність введення окремих видів батьківської опіки.*

**Ключові слова:** батьки, обсяг батьківських прав, види батьківської опіки.

Суспільство покладає турботу про дитину насамперед на сім'ю, оскільки саме сім'я є природним середовищем для розвитку дитини, її матеріального забезпечення, осередком у якому, як правило, створюються належні умови для її виховання.

У сучасному сімейному законодавстві України закріплено принцип, відповідно до якого кожна дитина має однаковий обсяг прав та обов'язків, незалежно від того народжена вона у шлюбі чи поза ним. Принцип рівності діє і щодо прав батьків відносно дитини, незалежно від того народилася дитина у шлюбі чи поза ним, проживає у повній сім'ї чи ні. Цей принцип також знайшов своє закріплення у нормах чинного законодавства, зокрема Конституції України, Сімейному кодексі (далі – СК) України.

На законодавчому рівні права суб'єктів сімейних відносин чітко регламентовані, однак не кожному учаснику цих відносин забезпечується належним чином можливість їх реалізації. Така ситуація нині має місце через низку факторів, зокрема через кризові соціально-економічні явища, які ускладнюють ситуацію в українському суспільстві, справляють руйнівний вплив на сім'ю.

В Україні близько 47 % дітей виховуються у неповних сім'ях. За станом на 2010 р. в Україні 6,9 млн сімей виховують неповнолітніх дітей, із них 2,3 млн – неповні сім'ї, де діти виховуються одним із батьків [1].

Одним із чинників, які збільшують кількість неповних сімей є народження дітей поза шлюбом. Згідно з показниками статистичної інформації кількість дітей, народжених поза шлюбом, щороку збільшується. Так, в Україні в цілому у 2010 р. було народжено 497,7 тис. дітей, із яких 21,9 % дітей народжені поза шлюбом. Якщо порівняти дані у найбільш тожовних за народжуваністю роках 2010 р. –

1995 р., то у 2010 р. дітей, народжених поза шлюбом, стало на 8,7 % більше, ніж у 1995 р. [2].

Україна лідирує серед країн Європи і за кількістю розлучень, що також впливає на кількість неповних сімей із дітьми у сторону збільшення, а у деяких випадках призводить ще і до ускладнень із вихованням дитини, до збільшення сімейних конфліктів, які, як правило, знаходять вирішення лише у судовому порядку. Такі несприятливі умови існування сучасної сім'ї не сприяють поліпшенню ситуації щодо забезпечення суб'єктивних сімейних прав, відносин між батьками, які проживають окремо. Застарілі також теоретичні та нормативні підходи щодо регулювання прав і обов'язків батьків щодо виховання та захисту дитини при їх окремому проживанні.

**Метою цієї статті** є аналіз загальних проблем нормативного регулювання питань обсягу батьківських прав і здійснення батьківських обов'язків при окремому проживанні батьків.

Чинне законодавство України, зокрема СК України у ст. 141 традиційно закріплює загальний принцип рівності прав батьків, обсяг батьківської опіки) (ст. 141)<sup>1</sup>. Враховуючи принцип рівності, будь-яка дія одного з батьків відносно дитини має бути обов'язково попередньо узгоджена з іншим із батьків.

<sup>1</sup>Традиційним інститутом вітчизняного сімейного права є інститут опіки, який передбачає забезпечення прав дитини, яка позбавлена батьківського піклування, або дитини-сироти шляхом призначення уповноваженої особи. З метою спрощення викладу матеріалу та недопущення ототожнення інституту опіки в його традиційному розумінні з опікою батьків щодо своїх дітей у статті пропонується застосовувати термін «батьківська опіка».



Отже, будь-яка дія, спрямована на реалізацію права одного з батьків щодо виховання дитини, має розпочинатися після отримання від іншого з батьків схвальної позиції щодо цієї дії. Це прямо впливає із змісту ст. 157 СК у ч. 1 якої чітко зазначено, що питання виховання дитини вирішується батьками спільно. У випадку вирішення одним із батьків питань виховання дитини без участі іншого або без отримання його попередньої згоди такі дії можуть бути оскаржені у суді, оскільки порушують принцип рівності.

Вирішуючи питання, пов'язані з вихованням дитини, у разі окремого проживання батьків СК приділяє більше уваги визначенню місця проживання дитини (статті 160–162), не уточнюючи, з урахуванням обставин, загальні принципи участі батьків у вихованні дитини, що не враховує повною мірою інтереси батьків і дитини, не відповідає сучасним потребам суспільства.

Закріплення за батьками, які окремо проживають, однакового обсягу батьківської опіки в усіх без винятку випадках негативно позначається на захисті прав та інтересів дитини, на можливості їх реалізації, на ефективності здійснення батьківських функцій щодо дитини. Це призводить до виникнення спорів між батьками, які вирішуються у судовому порядку. Як приклад можна навести значне зростання, на початку канікулярного періоду судових справ про надання дозволу на виїзд дитини за кордон із метою лікування й оздоровлення без дозволу іншого з батьків. Все частіше ці спори виникають унаслідок зловживання суб'єктивними правами одним із батьків, що створює умови до вчинення батьками протиправних дій.

У випадку збереження і надалі загального принципу спільної батьківської опіки при окремому проживанні батьків, той із батьків, з ким проживає дитина, буде, як і тепер, у деяких випадках позбавлений можливості оперативно забезпечувати інтереси дитини в рамках закону.

Проблеми, що розглядається, приділили увагу М. Громоздіна, О. Ригіна.

Сімейне законодавство України у питанні забезпечення прав та інтересів дитини пов'язує термін «опіка» з інститутом загальної опіки, який передбачає, що опіка, піклування встановлюється над дітьми-сиротами і дітьми, позбавленими батьківського піклування (ч. 1 ст. 243 СК України). А щодо батьківської опіки (піклування) у чинному законодавстві не існує жодних застережень.

У науковій літературі мають місце роботи, в яких автори, проводячи аналіз сучасного стану чинного законодавства щодо батьківської опіки, пропонують встановити різні її види з різним обсягом прав батьків, беручи

за основу критерій фізичної опіки<sup>1</sup>, яка є похідною від процедури встановлення місця проживання дитини. Зокрема, у науковій літературі Росії окремі науковці стверджують, що недоцільно застосовувати принцип рівності прав обох батьків щодо умов окремого проживання. У таких випадках цей принцип перетворюється на декларативний, що не сприяє ефективному захисту прав та інтересів дитини. Той із батьків, з яким проживає дитина, фактично діє як одноособовий опікун, що зумовлює необхідність юридичної передачі такому батьку права одноособового здійснення законного представництва [3, с. 9]. Така позиція є неправильною, оскільки ставить за пріоритет факт спільного проживання (фізичну опіку) з дитиною і не враховує інші важливі обставини.

На нашу думку вирішальним у питанні, що розглядається, має бути факт ефективності здійснення батьківських функцій, взаємовідносини батьків і дитини. У випадку окремого проживання батьків важливе значення має не те, з ким із них проживає дитина, а наскільки ефективно забезпечуються її права, наскільки можливою й ефективною є співпраця батьків щодо виховання дитини, наскільки дитина потребує спілкування з кожним із батьків (усталеність зв'язків дитини з батьками).

Соціологічні дослідження в країнах Заходу підтверджують ефективність як материнської чи батьківської, так і спільної турботи про дитину [4]. Результати аналізу законодавства інших держав дають змогу виділити декілька видів батьківської опіки, яка встановлюється над дітьми у разі окремого проживання батьків. Так, у США для вирішення цього проблемного питання та деяких інших, що стосуються інтересів дитини, Комісією з уніфікації права було розроблено Уніфікований (типовий) юрисдикційний акт визначення опіки над дитиною (The Uniform Custody 1 Jurisdiction Act of 1968; UCCJA) [5, с. 82]. На підставі цього акта законодавчі збори (парламенти штатів) мали прийняти закони, які би діяли на їх територіях.

Згідно із зазначеним нормативним актом у США виділяють декілька видів та підвидів батьківської опіки: одноособову та спільну. Одноособова та спільна опіка може бути як фізичною, так і юридичною.

У Цивільному кодексі (далі – ЦК) Франції (Кодексі Наполеона) закріплено як за-

<sup>1</sup>Принцип фізичної батьківської опіки передбачає наявність розширеного обсягу прав за тим із батьків, який проживає разом з дитиною, а за батьком, який проживає окремо, зберігається усічений обсяг прав, зокрема право на спілкування, на побачення та права, пов'язані з вирішенням важливих питань (наприклад, зміна громадянства).

гальний принцип спільної батьківської опіки: батько та мати здійснюють свої батьківські права спільно (ч. 1 ст. 372), а окреме проживання батьків не впливає на правила переходу повноважень із здійснення батьківських прав (ч. 1 ст. 373<sup>2</sup>), так і принцип одноособової батьківської опіки, який закріплено у ч. 2 ст. 372, ч. 1 ст. 373 [6, с. 131–132].

Цивільне уложення Німеччини у ст. 1671 закріплює право батьків які постійно проживають окремо здійснювати опіку над дитиною як спільно так і одноособово (ст. 1671) [7, с. 427].

Шляхом виділення декількох видів батьківської опіки пішли і деякі країни із складу республік колишнього СРСР. Зокрема, в Естонії у Законі «Про сім'ю» передбачено як загальний принцип батьківської опіки – спільний, так і спеціальний – одноособовий (статті 113, 116, 118–120) [8].

М. Громоздіна, виділяючи правові наслідки окремого проживання батьків, пропонує ввести юридичний термін «розлучення» виокремити розлучення фактичне та розлучення юридичне (керуючись критерієм процедурності визначення місця проживання дитини, пов'язуючи з розлученням юридичним судовий порядок визначення місця проживання дитини, а з розлученням фактичним – позасудовий. При цьому більшим обсягом прав наділяється той із батьків, який проживає разом із дитиною [3, с. 9]. У випадку введення такого принципу та термінології в сімейне законодавство України не будуть вирішені основні проблеми, які виникають при окремому проживанні батьків. Більше того, можна припустити, що спори батьків про визначення місця проживання дитини будуть ще запеклішими та довготривалими, а будь-які дії батька, з яким проживає дитина, щодо виховання дитини оскаржуватимуться у відповідних уповноважених органах або в суді, що явно вплине на рівень забезпечення прав дитини на її належне виховання, а також на її психічне та фізичне здоров'я.

Враховуючи необхідність удосконалення сімейного законодавства України щодо обсягу батьківської опіки та спрощення процедури здійснення батьківських прав при окремому проживанні батьків, пропонуємо запровадити декілька видів батьківської опіки (і зберегти при цьому здобутки, напрацьовані протягом минулого століття, щодо загального принципу рівності батьків при їх окремому проживанні). Для цього у сімейне законодавство України необхідно внести незначні зміни. Розпочати ці зміни необхідно із закріплення повністю «*батьківська опіка*», яке найбільш повно відповідає особливостям відносин, що виникають між батьками та дитиною при їх окремому проживанні, оскільки

здійснюються не у звичайному режимі повної сім'ї.

При нормальному забезпеченні прав дитини та за умови відсутності між батьками спору батьківська опіка має здійснюватися з урахуванням загального принципу рівності прав батьків, закріпленого у ст. 141 СК України. Безумовно, у даному випадку необхідно враховувати і те, що при окремому проживанні батьків дитина може проживати або з одним із них або з кожним із батьків по черзі протягом певного часу. Тому необхідно передбачити, що при збереженні принципу рівності батьківської опіки у звичайному стані місце проживання дитини не буде чітко зафіксовано, а тому в інтересах дитини та з урахуванням її думки може змінюватися за домовленістю між батьками залежно від обставин, без додаткового звернення до суду (один із батьків відбуває у тривале відраження, знаходиться на лікуванні, відпочинку тощо). Така батьківська опіка є універсальною, оскільки передбачає і фізичну, і юридичну опіку, спільною – оскільки зберігається принцип рівності прав батьків. Такий батьківській опіці найбільше відповідатиме термін «*спільна універсальна батьківська опіка*».

На рівні СК необхідно також передбачити встановлення «*одноособової універсальної батьківської опіки*», яка дозволить зберегти за одним із батьків повний обсяг прав, що надасть можливість вирішувати всі питання життя дитини без урахування думки іншого. За іншим зберігаються тільки обов'язки щодо утримання дитини й усичений обсяг батьківських прав (право на побачення з дитиною, на спілкування з дитиною, можливо право на проживання з дитиною). Дехто може зазначити, що такий обсяг батьківської опіки існує і на сьогодні у випадку позбавлення одного з батьків батьківських прав (ст. 166 СК України). Однак необхідно пам'ятати, що позбавлення батьківських прав є виключною санкцією сімейного законодавства, яка може застосовуватися лише з підстав, чітко зазначених у ст. 164 СК, а на практиці досить частими є випадки, за яких відсутні підстави, а головне необхідність застосування такої санкції, а потреба у зміні принципу рівності прав батьків в інтересах дитини існує. Наприклад у випадку, якщо одним із батьків ведеться асоціальний спосіб життя, що не впливає на дитину (не має постійного місця проживання), або у випадку визнання одного з батьків недієздатним, у випадку недоумства одного з батьків тощо.

Ще одним необхідним видом «батьківської опіки» є «*одноособова фізична батьківська опіка*». Такий вид опіки, передбачає чітке встановлення місця проживання дитини за місцем проживання одного з батьків, із роз-

ширенням обсягу його повноважень шляхом надання права визначати на власний розсуд усі повсякденні питання життя дитини. За іншим зберігається право на участь у вирішенні всіх важливих питань життя дитини, що виходять за межі повсякденних. Такий вид опіки можна застосовувати при засудженні одного з батьків до позбавлення волі або у випадку винесення йому приписів у межах Закону України «Про попередження насильства в сім'ї».

### Висновки

Викладене дозволяє запропонувати ввести термін «батьківська опіка» та такі її види:

спільна універсальна батьківська опіка;  
одноособова універсальна батьківська опіка;

одноособова фізична батьківська опіка.

Такий поділ дозволить враховувати всі обставини при вирішенні питання встановлення батьківської опіки над дитиною: вік дитини; бажання та можливість батьків опікуватися дитиною та проживати разом із нею; наявність у батьків особистого житлового приміщення пристосованого для проживання дитини та облаштованого з урахуванням інтересів дитини згідно її віку та статі; наявність у батьків власного доходу який надає можливість забезпечувати інтереси дитини; думку дитини щодо цього питання; інші обставини з метою якомога кращого забезпечення прав та інтересів суб'єктів цих відносин.

*In the article the general issues of the normative adjusting of volume of paternal rights and realization of paternal duties are considered at the separate residence of parents.*

*В статье рассматриваются общие проблемы нормативного регулирования объема родительских прав и осуществления родительских обязанностей при отдельном проживании родителей, обосновывается необходимость введения отдельных видов родительской опеки.*

### Література

1. Бакай І. В Україні майже половину дітей виховують у неповних сім'ях? // Захист прав дітей. Дослідження [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ditu.ks.ua/2010-02-09-19-09-13/2010-02-09-19-11-49/1555-2010-11-18-13-28-51> (дата звернення: 20.03.12).

2. Державна служба статистики України: Статистична інформація. Демографічна ситуація. Населення [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ukrstat.gov.ua/> (дата звернення: 28.02.12).

3. Громоздіна М. В. Здійснення батьківських прав при окремому проживанні батьків за законодавством Російської Федерації: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2010. – 20 с.

4. Урядовий портал: Громадянам України. Сім'я. Державна допомога сім'ям. Неповним сім'ям. Неповні сім'ї – соціальні показники [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.kmu.gov.ua/control/public/article?art\\_id=5632444](http://www.kmu.gov.ua/control/public/article?art_id=5632444) (дата звернення: 20.03.12).

5. Ругіна О. США: визначення місця проживання дитини після розірвання шлюбу її батьків (історія розвитку проблеми) // Вісник Львів. у-ту: Сер. юрид. – 2011. – Вип. 54. – С. 81–88 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.nbu.gov.ua/portal/Soc\\_Gum/Vlnu\\_yu/2011\\_54/081hst54.pdf](http://www.nbu.gov.ua/portal/Soc_Gum/Vlnu_yu/2011_54/081hst54.pdf) (дата звернення: 24.03.12).

6. Цивільний кодекс Франції (Кодекс Наполеона) = Code civil des Français (Code Napoleon). – М., 2012. – 624 с.

7. Цивільне уложення Німеччини = Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz: Ввод. Закон до Цивільного уложення. – М., 2004. – 816 с.

8. Про сім'ю: Закон Естонії від 18.11.2009 р. [Вступив у силу 01.07.2010 р.] [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://translate.googleusercontent.com/translate\\_c?hl=uk&langpair=en%7Cuk&rurl=translate.google.com.ua&u=http://archive.equal-jus.eu/193/2/Family\\_Law\\_ESTONIAN\\_EQUAL\\_JUS.doc&usg=ALkJrhhKVEi5fxc3vFsvx11xNuPrL5yL1g](http://translate.googleusercontent.com/translate_c?hl=uk&langpair=en%7Cuk&rurl=translate.google.com.ua&u=http://archive.equal-jus.eu/193/2/Family_Law_ESTONIAN_EQUAL_JUS.doc&usg=ALkJrhhKVEi5fxc3vFsvx11xNuPrL5yL1g) (дата звернення: 20.03.12).



## ФОРМУВАННЯ НОРМ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА ЩОДО ПРОТИДІЇ НЕЛЕГАЛЬНІЙ МІГРАЦІЇ

**Ірина Серова,**

канд. юрид. наук,

науковий співробітник відділу міжнародного права та порівняльного правознавства  
Інституту держави та права ім. В. М. Корецького НАН України

*Стаття присвячена аналізу виникнення та трансформації нелегальної міграції як суспільного, політичного та правового явища, формування правових норм щодо її протидії на тлі історії розвитку міжнародного права та світової міграції.*

**Ключові слова:** міграція, нелегальна міграція, механізм міжнародно-правового регулювання.

При доктринальному вивченні й осмисленні такого глобального явища, яким є нелегальна міграція, не слід ігнорувати точку зору, що дає можливість з'ясувати процес виникнення цього явища в історії та основні етапи його розвитку.

**Метою цієї статті** є аналіз виникнення та трансформації нелегальної міграції як суспільного, політичного та правового явища, формування норм міжнародного права щодо її протидії.

Слід зазначити, що наприкінці XIX – початку XX ст. проблеми міграції, пов'язані з трансформацією міграційних процесів у світі, почали активно вивчатися такими відомими дослідниками міжнародного права того періоду, як І. Блюнчлі, Ф. Ліст, Є. Казанський, Н. Коркунов, Ф. Мартенс, Л. Ф. Л. Оппенгейм, В. Пероговський, О. Ейхельман. Саме в їх роботах започатковане доктринальне осмислення зародження нелегальної міграції в історії людства. Вже наприкінці 50-х років XX ст. почалося поступове відродження розгалужених досліджень у сфері міграції. На особливу увагу заслуговують роботи таких радянських дослідників, як В. Переведенцев, І. Занданов, Л. Рібаковський, Ж. Зайончковська, І. Матлін, А. Топілін та ін.

У зв'язку з тим, що сучасні дослідники міжнародного права майже не досліджують виникнення та розвиток нелегальної міграції, актуальним є глибокий доктринальний аналіз цього процесу з огляду на історичний розвиток міжнародного права.

Слід зазначити, що переміщення населення з однієї місцевості чи країни в іншу відбувалося в усі історичні епохи. Іноді воно було незначним, іноді посилювалося й охоплювало цілі племена, перетворювалося на масові «переселення народів» і часто було основою заснування нових цивілізацій або значного територіального поширення старих.

Важливість міграції в історії людства визнає один із найвідоміших істориків і теоретиків А. Тойнбі. Досліджуючи причини, що зумовили падіння Римської імперії, він серед головних факторів називає саме міграційні потоки [1, с. 27].

Шарль Луї Монтескьє у своїх «Персидських листах» звертає увагу на таке явище, як міграція та намагається зрозуміти її причини, наслідки в історії людства. Він зазначав, що ніщо так не притягує іноземців, як свобода та супутнє їй багатство: свободу ми шукаємо в силу самої її сутності, а наші потреби приводять нас у ті країни, де ми знаходимо достаток [2, с. 275].

У сучасній літературі з міграційних процесів вже розроблена класифікація масових міграційних потоків. Зокрема, О. Піскун пропонує таку класифікацію [3, с. 46–49]:

I ст. н. е. – початок X ст. н. е., так зване велике переселення народів. У цей час під ударами варварів перестала існувати Римська імперія (410 р.). У результаті масових міграцій на початку VII ст. утворився ранньофеодальний європейський світ;

XIII ст. – освоєння Азії та Європи монголо-татарами. Утворення Золотої Орди;

на початку XV ст. до Європи прибули турки-османи. На Близькому Сході виникла Османська імперія;

кінець XV ст. – початок великих географічних відкриттів. З 1492 р. спостерігається проникнення європейців на американський континент. Через втрату людських ресурсів, які були насильно вивезені в Америку, африканський континент у своєму розвитку було відкинуто на багато століть назад;

з XVII до XIX ст. найзначніші міграційні потоки ініціювалися колоніальними країнами, що традиційно приймали мігрантів (США, Канада, Австралія, Нова Зеландія, Аргентина, Бразилія, Південна Африка). На нашу думку, епоха колонізації заслуговує на особливу увагу у контексті періодизації світових

міграцій, бо саме з цього періоду європейська міграція сприяє тому, щоб європейська культура підкорила весь світ, заснувала нові могутні імміграційні країни, які й зараз є зразками зваженої міграційної політики й економічної стабільності;

XIX ст. За століття з часу «офіційного» визначення незаконності рабства (тобто з 1834 по 1937 рр.) понад 30 млн осіб були перевезені Великобританією з Індійського субконтиненту для роботи в інших колоніях. Одночасно відбувався значний переїзд європейців на постійне місце проживання до імміграційних країн. Період індустріалізації, що починається у XIX ст., характеризувався відносно вільною міграційною політикою, в якій поєднувалися економічний лібералізм і становлення національних держав. Основне обмеження для вільної міграції – брак грошей на переїзд. Паспортів як таких на той період майже не існує; імміграція на постійне проживання або працевлаштування майже не обмежується.

На нашу думку, для ґрунтовного аналізу становлення правових норм із протидії нелегальній міграції та взагалі у сфері міграції слід звернутися до історії розвитку саме міжнародного права та порівняти його з періодами розвитку міграції у світі. Характерно, що серед учених-міжнародників не існує усталеної точки зору стосовно періоду та процесу виникнення міжнародного права. Так, класик західної доктрини міжнародного права Л. Опенгейм (1858–1919 рр.) стверджував, що міжнародне право є продуктом сучасної християнської цивілізації та існує приблизно 400 років [4, с. 85].

Відомий дослідник міжнародного права Ф. Мартенс пропонує доволі вдалу, на нашу думку, періодизацію розвитку міжнародного права [5, с. 26–30]:

Давній Світ, Середньовіччя та Новий час (до половини XVII ст. або до Вестфальського мирного конгресу 1648 р.). Відносини між державами визначалися майже повним відчуженням народів і домінуванням фізичної сили. Будь-які інші народи для древніх греків, римлян тощо, навіть якщо вони були сусідами, розглядалися як природні вороги.

У Середні віки починають зароджуватися нові принципи та напрями. Середньовічні народи перебувають у постійній боротьбі один з одним, але розуміють, що вони є братами по вірі, що їх об'єднує світоглядна спільність. Тому вони починають вступати в союзи між собою для досягнення певних спільних цілей. У Середні віки відбувалося, як відомо, прикріплення населення до землі. Тому за таких умов вільна міграція унеможлиблювалася;

з 1648 р. до Віденської конвенції 1815 р. поширюються ідеї політичної рівноваги. Вест-

фальський трактат визначив засади, згідно з яким повинно було впорядковуватися нове міжнародне життя. Ці засади містилися у так званій системі політичної рівноваги держав. В основу нового порядку були покладені принципи, за якими незалежність кожного народу не повинна піддаватися небезпеці з боку інших народів.

Зазначимо, що певні погляди щодо міграції мали й королі. Особливо широко вони користувалися своїми правами після відкриття Нового Світу, коли еміграція посилювалася. Так, едикт Людовика XIV, виданий у 1669 р., проголосив: усі особи, які виїдуть із Франції без особливого дозволу королівського уряду, будуть піддані конфіскації всього їх майна. Цей період характеризується процесами колонізації нових земель. Заслугує на увагу, на нашу думку, так звана *система монополізації*, запроваджена іспанцями та португальцями у своїх колоніях. Вона передбачала, що у відповідних колоніях іноземці не тільки не мали можливості оселитися чи займатися торгівлею, а й навіть тимчасово перебувати. Ще у 1743 р. міланський уродженець Боттуріно був ув'язнений владою лише за те, що без особливого дозволу уряду оселився у Мексиці [6, с. 733]. Ці держави запровадили схожий порядок в'їзду на територію своїх колоній, як і на свою державну територію. Власники кораблів, що відправлялися до колоній, клятвено обіцяли приймати на свої кораблі тільки осіб, які мали дозвіл уряду на переселення (який, крім того, дуже важко було отримати). У цьому цілком логічно, на нашу думку, вбачається певний прототип зародження нелегальної міграції, передусім, тому, що багато переселенців потрапляло на нові землі без легального дозволу. Такі нелегальні переселенці давали зобов'язання капітану корабля, на якому вони перепливали океан, що замість платні за проїзд капітан отримує право продажу робочої сили мігранта. До цього ще можна додати діяльність агентів – вербувальників. У Німеччині, наприклад, система вербування (*Indenture-system*) існувала протягом усього XVII ст. Останні торговельні угоди з продажу європейських емігрантів були укладені у Філадельфії у 1819 р. У самій Німеччині час від часу видавалися закони, які карали вербування емігрантів, але вони не були ефективними;

1815 р. – кінець XIX ст. Встановлюється принцип національностей у міжнародному праві. Цей період характеризується надзвичайним піднесенням торговельних та економічних відносин між народами і країнами. Як наслідок, з'являються інтенсивні міграційні переміщення населення. Обмежувальні закони відносно торгівлі та міграції були скасовані. Іспанські та португальські володіння

в Америці стали незалежними від монополій і шляхом різних пілг намагалися привернути увагу емігрантів з Європи. В країнах вибуття також вживалися заходи, які офіційно регулювали міграційні потоки. Починаючи з середини XIX ст., у всіх країнах Європи міграція впливає на економічне та політичне життя і, незважаючи на те, що зазнає сильних коливань у розмірах, набуває таких масштабів, що на неї починають звертати увагу не тільки при виданні законів для окремих країн, а й у зовнішніх відносинах країн між собою. Досить сказати, що у XIX ст. із Німеччини емігрувало 4,5 млн осіб, із Великобританії – 13 млн, з Італії – 3 млн тощо. Національними законодавствами таких країн, як Канада, Великобританія того періоду неконтрольована імміграція була фактично узаконена, тобто набували чинності офіційні акти, що базувалися на принципі невтручання уряду в деталі імміграційного процесу. Цей принцип мав назву *laissez-faire* (невтручання) [7, с. 104].

Слід зазначити, що тенденція коливання інтенсивності процесів міграції та одночасне зростання заінтересованості ними знайшли своє відображення у доктрині та нормах міжнародного права XIX ст. Аналізуючи доктринальні підходи того періоду, необхідно акцентувати увагу на таких моментах: професор А. Рівьє у своїй роботі з міжнародного права 1893 р. зазначає, що держава може обмежити доступ у свої володіння іноземцям або відмовити у ньому; бродяги, люди бідні або з поганою славою, ті, хто не мають документів, або мають, але з вадами, повинні відправлятися поліцією закордон; щоб з особами, які висилаються на батьківщину, поводитися по-людськи, держави багато разів укладали різні договори. Природною є вимога, що держава має прийняти назад осіб, які висилаються, якщо вони є її підданими. Крім того, масове виселення незаконних або небажаних осіб, як це нерідко було у Давні часи, повинно суворо заборонятися нормами міжнародного права [8, с. 128–129].

Доктрина міжнародного права пройшла довгий шлях до визнання універсального статусу іноземців, встановлення визначення небажаних або незаконних осіб. Цікавим аспектом для вивчення історичної ретроспективи цих питань є аналіз терміна, який вже не вживається у міжнародному праві. Це так званий міжнародний індигент, який згадує Ф. Ліст. Зазначене поняття було поширене у німецькій літературі з міжнародного права кінця XIX–початку XX ст. Під міжнародним індигентом розуміється сукупність підданих тих держав, які входять до міжнародного правового спілкування. Кожен такий підданий визначався як туземець на всьому просторі землі, яка зайнята цими державами.

Туземцю протиставляється поняття «міжнародно-правовий іноземець», тобто особа, яка не має підданства держави, що не входить до складу міжнародного спілкування [9, с. 138, 247].

Відкрита та необмежена міграція закінчується з початком Першої світової війни. Під час воєнних років був запроваджений систематичний імміграційний контроль. Події Першої світової, революції та громадянської війни в Росії, греко-турецької війни 1912–1922 рр. стали значним поштовхом для неконтрольованого, а це й означає й незаконного, пересування великої кількості людей, які були просто змушені залишити свою вітчизну. Виникла потреба якимось чином регламентувати становище цих осіб, які фактично мали нелегальний статус та ще й потребували захисту. Крім того, проблема дедалі стрімкіше набувала масштабу міжнародної, тому виникла потреба розширення співробітництва міжнародної спільноти в її розв'язанні. На нашу думку, саме діяльність Ліги Націй (1919–1939 рр.) запобігла збільшенню потенційних нелегальних мігрантів. У 1921 р. Голова Міжнародного Комітету Червоного Хреста Г. Адор звернувся до Ради Ліги Націй від імені майже 800 тис. росіян, які були по всій Європі та не мали ні захисту, ні легального статусу. Серед них були військовополонені (майже 50 тис.), які не бажали повертатися, та цивільні особи, які втекли від більшовицької революції. Фактична відсутність захисту багатьох із них була підтверджена двома Декретами Ліги Націй за жовтень і січень 1921 р., згідно з якими деякі категорії осіб, які мешкали закордоном, були автоматично позбавлені радянського громадянства, тобто вказані особи фактично залишалися на нелегальному становищі. У червні 1921 р. Рада вирішила призначити Фрїтгофа Нансена на посаду Верховного комісара у справах російських біженців. У завдання комісара входило визначення правового статусу цих осіб, організація їх репатріації або направлення у потенційні країни розселення. Слід зазначити, що Ліга Націй допомагала й іншим групам, крім росіян; серед них були вірмени, асирійці та асиро-халдеї. Останнім було заборонено повертатися на батьківщину Лозанським протоколом від 1923 р. [10, с. 248–249].

Угода Ліги Націй про видачу посвідчень особи російським і вірменським біженцям, яка доповнювала схожі угоди 1922 р. та 1924 р., була прийнята 12 травня 1926 р. У цій Угоді детально регламентувався порядок видачі посвідчень особи біженцям (так звані нансенські паспорти) для відновлення їх легального статусу.

Прихід Гітлера до влади у 1933 р., вторгнення в Австрію стало основною причиною

відтоку населення з Німеччини. Фахівці вважають цей період (до початку Другої світової війни у 1939 р.) етапом формування конвенційного права біженців. Тільки у 1933 р. (ст. 3 Конвенції про міжнародний статус біженців 1933 р.) уперше з'являється положення про обов'язок країн не висилати біженців, які постійно проживають у країнах, і не відмовляти їм у в'їзді на свою територію шляхом застосування таких поліцейських засобів, як вислання або заборона пропуску через кордон (*refoulement*), якщо цього не вимагають інтереси національної безпеки. Однак зазначену Конвенцію ратифікувало лише 8 держав, 3 із яких із застереженнями про збереження своєї юрисдикції з питань вислання. У 1936 р. підписана Тимчасова Угода про статус біженців, які прибули з Німеччини, а у 1938 р. вона замінюється Конвенцією про статус біженців, які прибули з Німеччини. Згідно із п. 1 ст. 3 цієї Конвенції як тимчасовий захід біженцям надавався проїзний документ у формі посвідчення, що заміняло паспорт навіть таким біженцям, які незаконно перебували на території на день вступу в силу Конвенції, за умови, що вони добровільно зверталися до влади з проханням надати їм легальний статус.

### Висновки

Період 20-х–30-х років ХХ ст. мав чітку тенденцію до запобігання нелегальній міграції як явищу. Ця тенденція простежується через аналіз міжнародного нормотворення Ліги Націй того періоду щодо біженців. Хитку межу та взаємозв'язок між такими категоріями осіб, як біженці та нелегальні мігранти вперше світове співтовариство усвідомило у цей період, що мало, у свою чергу, важливе значення для подальшого міжнародного співробітництва та нормотворення у сфері боротьби з нелегальною міграцією.

Період між війнами взагалі можна охарактеризувати, насамперед, як період удосконалення адміністративних процедур у сфері міграції будь-якого гатунку. Друга світова війна стала вододілом у процесах глобальної світової міграції. Почалося створення нових підходів до світової політики щодо міграції. З розпадом колоніальної системи у 40–50-х роках ХХ ст., нові незалежні держави почали розроблення національної політики у галузі економіки та народонаселення (у тому числі міграційної політики), яка б відповідала їх

цілям і завданням, а не інтересам колоніальних метрополій. Простежується тенденція повернення до ліберальної імміграційної політики, яка запроваджується як реакція на велику потребу у робочій силі для відбудови Європи. На нашу думку, цілком логічно припустити, що на тлі лібералізації міграційної політики та залучення переселенців таке явище, як нелегальна міграція, у післявоєнний період мало тенденцію до зниження.

Історико-міжнародний аналіз становлення та розвитку норм міжнародного права із протидії нелегальній міграції ми вважаємо за доцільне завершити на післявоєнному періоді. *По-перше*, саме після 1945 р., на переконання таких дослідників, як П. Маланчук, М. Ейкхерст, міжнародне право вступило до нової фази, що передбачала іншу систему. Відбувся перехід від співіснування країн до співробітництва між ними не лише з метою досягати міжнародного миру та безпеки, а й для сприяння здійсненню соціальних і політичних цілей. Стрімко набуває сили процес кодифікації міжнародного права. *По-друге*, після 1945 р. виникає тенденція до визнання окремої особи, статусу людини у міжнародному праві, якому почали приділяти дедалі більшу увагу. *По-третьє*, у 1945 р. створюється нова могутня міжнародна організація – ООН, діяльність якої гармонійно ввійшла у нову фазу розвитку міжнародного права. ООН зробила та робить величезний внесок у питання створення універсальних норм у сфері міграції, зокрема протидії та боротьби з нелегальною міграцією.

### Література

1. Тойнбі А. Дослідження історії. – К., 1995. – Т. 1.
2. Montesquieu. Lettres Persanes. – Paris, 1973.
3. Піскун О. Основи міграційного права. – К., 1998.
4. Оптенгейм Л. Ф. Л. Международное право: В 2 т. – М., 1948. – Т. 1, полутом 1.
5. Мартенс Ф. Современное международное право цивилизованных народов: В 2 т. – СПб., 1898.
6. Эмиграция // Энциклопедический словарь Ф. Брокгауза – И. Ефрона. – СПб., 1904. – Т. XL.
7. Эйли Р., Эйли В. Иммиграция в Северную Америку: Полезные советы русских канадцев. – М., 1997.
8. Ривье А. Учебник международного права. – М., 1893.
9. Листь Ф. Международное право в систематическом изложении. – Юрьев, 1917.
10. Гудвин-Гилл Г. С. Статус беженца в международном праве. – М., 1997.

*The article is devoted to the process of illegal migration as a social, political and legal conditions, as well as the formation of legal norms to combat it.*

*Стаття посвящена аналізу виникнення і трансформації нелегальної міграції як об'єктивного, політичного і правового явлення, формування правових норм по її протидії на фоні історії розвитку міжнародного права і мирової міграції.*



## НОВІ МОДЕЛІ ЄВРОІНТЕГРАЦІЙНОГО ПРОЦЕСУ

**Діна Мурзагалієва,**

*аспірантка кафедри міжнародного права  
Українського державного університету фінансів та міжнародної торгівлі*

*У статті розкриваються ключові питання про інтеграцію, зміни, що відбуваються в сучасному світі.*

**Ключові слова:** інтеграція, інтеграційні процеси, федералізм, неофункціоналізм, регіональні інтеграційні проекти.

Однією з характерних ознак сучасних міжнародних правовідносин є поглиблення інтеграційних процесів. Наукова проблема полягає у тому, що виникає необхідність виробити нові моделі євроінтеграційного процесу, принаймні теорію розширення ЄС.

Сучасні новітні моделі політичної, економічної, правової інтеграції з урахуванням усіх аспектів порушують питання про міжнародно-правову форму подібних утворень, актуалізують проблеми, пов'язані з вивченням правової природи таких інтеграційних об'єднань в умовах їх подальшого розширення.

Аналіз досліджень і публікацій довів, що різні аспекти правової природи потужних регіональних угруповань, особливості застосування теорії та джерел міжнародного права в правовій системі таких угруповань в умовах подальшого розширення привертала та продовжують привертати увагу вчених.

**Мета цієї статті** – виявити концепцію інтегрування принципів міжнародного права в правовий режим системи права держав, з'ясувати взаємодію та взаємовплив принципів і норм міжнародного права у цій сфері.

Ідеї цілісності, неподільності світу, взаємозв'язку та взаємозалежності країн і народів сформульовані в останні десятиліття, продовжують залишатись одним із найбільших досягнень розвитку цивілізації в планетарному масштабі. Створення нового глобального співтовариства далеке від свого логічного завершення; воно зіштовхується з бар'єрами, породженими нерівністю стартових можливостей, культурним різноманіттям людства, фундаментальними розходженнями в рівні соціально-економічного та політичного розвитку окремих держав і народів, у способі життя, у відношенні до основних проблем буття. Все це несе в собі основу конфліктів май-

бутнього, є дуже непростими викликами сучасному людству, відповіді на які ще мають шукати вчені та політики, все людство. Цьому пошуку, об'єднанню всіх суб'єктів, заінтересованих у вирішенні глобальних проблем, може і буде сприяти міжнародне право як продукт колективного розуму людства, універсальний алгоритм його виживання. Ця обставина послужила відповідним імпульсом для теоретичних побудов у науці міжнародного права, що за своїм призначенням і суттю відбиває у своїх функціях глобалізм регульованих суспільних відносин, значною мірою обслуговуючи й опосередковуючи вказані процеси [1].

Під натиском науково-технічного прогресу й інтенсивного розвитку міждержавних відносин значно прискорилися та істотно змінилися процеси інтернаціоналізації економічного, правового, інших аспектів життя суспільства. Зростає взаємозв'язок і взаємозалежність держав, що зумовлено глобальними проблемами [2]. Багатонаціональний інтеграційний процес можна означити як добровільне заснування через договір, укладений між незалежними державами, спільних інституцій і поступове вироблення стратегій, що керуватимуться спільними цілями та інтересами. Оскільки багатонаціональний інтеграційний процес є добровільним, він вочевидь відрізняється від будь-якої форми примусового врядування чи коаліції націй або держав. Слід розрізнити багатонаціональний multinational інтеграційний процес між декількома націями від міжнародної international інтеграції, до якої залучено всі або більшість націй світу. Його також слід відрізнити від регіональної інтеграції, концепції якої використовують для означення інтеграції різних держав певного регіону світу, але яку фактично слід було б застосувати для пояснення інтеграції окремих регіонів певної держави – процесу, що триває в більшості країн світу.



Міжнаціональна інтеграція може відбуватися всередині однієї країни, де є кілька націй, але у цьому випадку її інституції базуються на федеральній конституції, а не на договорі між незалежними державами. Наприклад, є декілька етапів набуття членства в Європейському Союзі, що свідчить про ступінь і рівень зрілості країни-кандидата. Коли країни лише роблять перші кроки до взаємного зближення, підписуються преференційні торговельні угоди. Відповідно до них країни створюють одна одній сприятливіші, ніж третім країнам, умови. На наступному етапі інтеграції країни переходять до створення зони вільної торгівлі, що передбачає цілковите скасування митних тарифів у взаємній торгівлі товарами та послугами та збереження національних митних тарифів у відносинах із третіми країнами. Наступний етап інтеграції пов'язаний із утворенням митного союзу, погодженим скасуванням національних митних тарифів і запровадженням єдиного митного тарифу, єдиної системи нетарифного регулювання торгівлі стосовно третіх держав.

Митний союз передбачає безмитну торгівлю товарами та послугами, повну свободу їх переміщення всередині регіону. Коли інтеграційний процес досягає етапу спільного ринку, країни, що інтегруються, домовляються про свободу руху не тільки товарів і послуг, а й чинників виробництва – капіталів, робочої сили, технологій. Координація здійснюється на періодичних нарадах голів держав і урядів країн-учасниць. Повна інтеграція це проведення єдиної економічної, валютної, бюджетної, монетарної стратегії та запровадження єдиної валюти, заснування органів наднаціонального регулювання всередині інтеграційного угруповання. Уряди узгоджено відмовляються від частини своїх функцій на користь наддержавних органів, які наділяють правом ухвалювати рішення з питань, що стосуються організації, без узгодження з урядами країн-членів. Постійно відбуваються відповідна адаптація національного законодавства країни-претендента, необхідні реформи, моніторинг ситуації з боку установ, активне співробітництво й участь у програмах і проектах, що стосуються набуття членства, консультації, зустрічі, конференції, форуми та презентації як на державному, так і недержавному рівнях.

З огляду на ситуацію, що склалася, найприйнятнішою є саме поетапна інтеграція до Європейського Союзу. Однак і групова модель сприятиме підсилению ролі України в регіональному співробітництві. Вона прийнятна для України та може бути використана в її європейських інтеграційних процесах як плацдарм для регіонального співробітництва

насамперед з такими країнами – кандидатами на вступ до ЄС, як Туреччина, Хорватія, Македонія тощо, а також для запозичення досвіду набуття членства в Європейському Союзі країн Вишеградської групи, країн Балтії та групи країн, що свого часу входили до складу Югославії. Посилення співробітництва з державами, які входять до складу тієї чи іншої групи, створює можливості для обговорення кризової ситуації, перш за все спільного пошуку шляхів виходу з кризи. Управляти ситуацією можна лише тоді, коли зуміємо передбачити, хоча б на два кроки вперед, дії ЄС.

Заперечуючи ідеї творення федерації й управління континентального масштабу, фундатор ідеї функціоналізму Д. Мітрані не тільки довів недоцільність утворення статичного та штучного, територіально обмеженого федеративного об'єднання, визначаючи це як «оману федералізації», а й сформулював та обґрунтував ідеї, які вже сьогодні стали реальними, а саме – роль і значення творення нових суб'єктів міжнародних відносин – міжнародних організацій, формування їх мережі в контексті динамічної трансформації системи міжнародних відносин. Заперечення Д. Мітрані ідеї територіальної обмеженості та можливої практичності пан'європейської федерації стосувалися, зокрема, врахування геополітичних реалій, за яких формувалися ці ідеї, тобто коли Європа через свої метрополії по суті контролювала значну частину світу. З огляду на майбутнє розширення ЄС заслуговує на увагу теоретичне узагальнення Д. Мітрані щодо виокремлення дихотомії концепції континентальних уній, де пріоритетом є визначення території членів об'єднання та «чужинців» і концепції світової, універсальної ліги. У цьому зв'язку ключового значення набувають дві тези Д. Мітрані:

- регіональні інтеграційні проекти відтворюватимуть територіальні квазідержавні функції, але вже на наднаціональному рівні, де вирішальну роль відіграватимуть лише найпотужніші держави. Слід зазначити, що Д. Мітрані впевнений в успішності утворення спеціалізованих європейських інституцій – Європейського об'єднання вугілля та сталі й Євроатома; зміцнення функції нового кордону між Євросоюзом та Україною, а саме – заперечення застосування територіальної логіки як встановлення заради політичних цілей реальних кордонів і визначення обмежень на членство в регіональних інтеграційних об'єднаннях [3, с. 70, 72–78].

Європейська інтеграція з кожним етапом розширення ЄС на схід дедалі помітніше ускладнюється як явище, набуває нових внутрішніх суперечностей регіонального та між-

регіонального масштабу. На тлі критичних вимірів глобалізації в сучасній Європі справді розвиваються інтеграційні процеси в різних сферах, що формують європейську спільноту, ускладнюються причинно-наслідкові зв'язки між розширенням за рахунок нових країн і загальною ефективністю Євросоюзу.

Вирішальний елемент ускладнень у ході розширення ЄС та його адаптації до нових умов життєдіяльності вбачається у сфері безпеки та стабільності в європейському регіоні. У процесі євроінтеграції постала проблема визначення чи уточнення географічних меж Європи, механізмів її подальшого інтегрування. Вхідження нових членів, з одного боку, створює бажані для ЄС перспективи формування цілісної Європи в єдиних політичних та економічних межах; з іншого – практична реалізація супроводжується численними проблемами всередині самого ЄС, зумовленими такими елементами інтеграції, як адаптування національних економік до введення єдиної валюти, формування спільної зовнішньої політики та політики у галузі безпеки, пошук моделі відносин з країнами-сусідами.

Наукова вагомість проблеми полягає також у тому, що за умов докорінної трансформації Євросоюзу вкрай необхідно виробити нові моделі євроінтеграційного процесу, принаймні теорію розширення ЄС. Такі спроби вже спостерігаються в західній науковій літературі. З'явилися навіть дослідження, у яких «вираховуються» вигоди та втрати ЄС від розширення на схід. Але проблема в тому, що ці теоретичні моделі не витримують перевірки часом: теорія «не встигає» за практикою. Згадаймо лише про брак чіткої стратегії ЄС стосовно східного розширення, наслідки чого пожинають тепер у рамках статусу повноправних членів країни Центральної Європи, або про безплідні, але «завжди актуальні» квазідискусії про «останній кордон» Європи, про виокремлення культурно-цивілізаційного простору *Ultima Thule*, до якого включають і Україну нарівні з усіма іншими не членами ЄС, чи про концептуально невиважені ідеї безпосереднього сусідства, формування нових «фінансово обмежених» сусідських програм, які ні в концептуальному, ні в стратегічному вимірах не є ефективними і вже нині потребують сутнісної модифікації або, у найліпшому випадку, розроблення нової продуктивної філософії східної стратегії об'єднаного ЄС [4]. Слушність багатьох інших припущень неофункціоналістів довів європейський досвід, зокрема: групи осіб, об'єднаних спільними інтересами, в своїх діях керуватимуться не ідеалістичним прагненням спільного блага, а власними інтересами та певними цілями; сприйняття цими

групами зміни влади та сили дедалі більше спрямовуватиме їх діяльність у бік побудови наддержавної арени; наддержавна схема правління на регіональному рівні була б відповідним аналогом для нації, яка відчуває неспроможність досягти злагоди в межах власних обмежених кордонів. Створення зони вільної торгівлі чи митного союзу спонукатиме до створення спільного ринку та валютного союзу. Глибша економічна інтеграція потребуватиме наддержавних регулятивних можливостей. Отже, політична інтеграція слідуватиме за економічною.

Ці твердження неофункціоналістів, зокрема щодо відмирання політичних державних систем, призвели до виникнення сильної міждержавницької альтернативи неофункціоналізму, попри серйозні свідчення, що їх дає на користь останнього європейський досвід. Основною константою ефективної стратегії ЄС, як за часів його заснування, залишається оптимальне поєднання політичного прогресу з прогресом економічним і соціальним, з урахуванням об'єктивних реалій. Це, зрештою, чітко простежується як на першому етапі домінування економічної складової європейської інтеграції, так і з визначенням її органічної політичної складової, а саме – підписанням Єдиного європейського акта 1986 р., Маастрихтської угоди 1992 р. та Амстердамського договору 1997 р. [5]. Ці договори довели хибність передбачень С. Гофмана про те, що держави не ризикуватимуть власною суверенністю, переводячи інтеграцію з площини «низької політики» у сферу економіки у сферу «високої політики» зовнішньої та безпекової стратегії [6].

Концепція ліберального міждержавництва, що запропонував Е. Моравчик (1993 р.), не змогла пояснити як національні інтереси, представлені національними урядами під час міжнародних переговорів, можуть об'єднуватися та сприяти процвітанню європейської інтеграції. Заслужовує на увагу думка, яку висловив Е. Моравчик, щодо сучасних міркувань про так звану кризу керівництва в ЄС. Спростовуючи міфи про неї, які, на його думку, викликані міфами про брак харизматичного лідера європейської інтеграції, а також міфами так званої теорії велосипеда (якщо інтеграція зупиниться, то й наслідки будуть відповідні), Е. Моравчик зазначає, що саме на сьогодні в рамках ЄС досягнуто функціонального ступеня політичної зрілості: ЄС «осідлав» триколісний велосипед, прийнявши Конституцію (отже, ніколи не впаде, навіть якщо й зупиниться). Євросоюзу, його інституціям та особливо його лідерам не висідає «головного проекту», навколо якого слід було б об'єднатися заради подальшої інтеграції. Отже, тепер, після півстоліття успіхів,

Європа досягла небезпечної межі, коли подальше об'єднання стає невігідним [7–9].

### Висновки

Науково-технічний прогрес прискорює та кардинально змінює хід економічних та інших аспектів суспільного життя, що, у свою чергу, значно посилює взаємозв'язок і взаємозалежність держав, зумовлює виникнення глобальних проблем, від рішення яких залежить розвиток суспільних відносин у цілому. Нині Європейський Союз є децентралізованою мережею держав, об'єднаних на основі об'ємної та складної системи правових норм. ЄС залишає значну частку суверенітету своїм державам-учасницям, які відповідають за проведення в життя більшості заходів Союзу та контролюють його діяльність. Розширення й одночасне реформування ЄС є еволюційним процесом, що перетворюється на спонукальний чинник, який визначає основні параметри розвитку європейського правового простору. Кожне наступне розширення відбувається за умови досягнення ЄС нової якісної характеристики у його попередньому складі. Саме тому послідовність та ефективність інтеграційної стратегії визначається відповідними пріоритетами, консенсусом щодо здійснюваних реформ.

*The author researched of the basic key questions about integration is opened and which the changes occur in the modern world.*

*В статтє исследуются ключевые вопросы интеграции, изменения, которые происходят в современном мире.*

### Література

1. *Передерієв Є. П.* Міжнародне право та світова торгівля: Международное право и мировая торговля. – К., 2012. – 279 с.
2. *Терзі О. О.* Інтеграційний процес: засади правового регулювання: <http://vuzlib.com/content/view/1372/92/>.
3. *Mitrany D.* The Prospect of Integration: Federal of Functional // Functionalism: Theory and Practice in International Relations. Editors A. J. R. Groom and P. Taylor. – London: University of London Press, 1975.
4. *Рудяков П.* Сучасні європейські інтеграційні проекти: мотиви, моделі, ризики, регіональний та глобальний контекст // Політична думка. – 2006. – № 2–3. – С. 91–107.
5. *Кіу Є.* Пошуки теоретичних моделей європейської інтеграції // Політичний менеджмент. – 2004. – № 6. – С. 103–114.
6. *Stanley Hoffman.* Clash of Globalization // Journal of Foreign Affairs. – 2002. – July/August.
7. *Moravcsik A.* Preferences and Power in the European Community. A Liberal Intergovernmentalist Approach // Journal of Common Market Studies. – 1993. – Vol. 31, N 4. – P. 482–498.
8. *Moravcsik A.* A Choice for Europe: Social Purpose and State Power from Messina to Maastricht. – London: UCL Press, 1998.
9. *Moravcsik Andrew.* What Lessons to learn from Europe's Crises? Is there really a crisis of European leadership? – Issue 11, 2004.



## СТАТУС ОРГАНИЗАЦИИ ОСВОБОЖДЕНИЯ ПАЛЕСТИНЫ В МЕЖДУНАРОДНОМ ПРАВЕ

*Ель-Кафарна Мухаммед Салем Хассан,*

*Институт государства и права им. В. М. Корецкого НАН Украины*

*В статье рассматривается статус Организации освобождения Палестины в международном праве, акцентируется внимание на историческом по своему характеру решении о создании Организации освобождения Палестины.*

**Ключевые слова:** Палестина, арабы, Израиль, Организация освобождения Палестины.

Об актуальности правового урегулирования ближневосточной проблемы свидетельствует то, что более трети резолюций и иных документов Организации Объединенных Наций посвящено именно этой тематике. Несмотря на то, что ученые и политики разных стран на протяжении более полувека пытаются развязать gordiev узел ближневосточных проблем, эта проблема до сих пор остается не решенной. Одним из ключевых вопросов ближневосточной проблемы является вопрос правосубъектности Палестины.

Определению правового статуса Палестины посвящены работы как украинских и российских ученых, так и арабских исследователей. Среди украинских ученых особо следует отметить работы Д. Малышева, среди российских – Д. Кузнецова. Среди арабских ученых заслуживают внимания работы А. Н. Ш. Нубани, С. Б. А. Абуфара, Х. Абу Либдех, А. Аудех, Е. Ф. А. Абу Салем. Однако в их работах не рассматривается участие Палестины в международных организациях. Этот вопрос остается мало исследованным. Поэтому в статье рассматривается вопрос правового статуса Организации освобождения Палестины (далее – ООП) в международном праве, а также анализируется участие Палестины в деятельности ООН, Лиги арабских государств (далее – ЛАГ) и Организации Исламской конфедерации (далее – ОИК).

Важнейшее событие в истории Палестинского движения сопротивления (далее – ПДС) произошло в январе 1964 г., когда на встрече в верхах арабских стран, состоявшейся в Каире во многом благодаря активности со стороны президента Египта Г. А. Насера, было принято историческое по своему характеру решение о создании ООП. В свою очередь, арабскому народу Палестины предоставлялось право и обязанность взять на

себя ответственность за свое национальное дело и освобождение Палестины. Официальное признание ООП арабскими странами произошло в сентябре 1964 г., когда Совещание арабских стран в Александрии в своем специальном заявлении приветствовало создание ООП как основы палестинского сообщества. Вскоре ООП добилась определенных успехов в арабском мире на международном уровне: она вошла в структуру таких организаций арабского мира, как ЛАГ и ОИК [1, с. 58]. С 28 мая по 2 июня 1964 г. в Восточном Иерусалиме, подконтрольном Иордании, состоялось первое Национальное собрание Палестины (далее – НСП), участие в котором приняло 316 человек. Собрание официально провозгласило создание ООП и утвердило ее основные программные документы: Палестинскую Национальную Хартию и Устав. В этих документах сформулированы главные положения, касающиеся национальной общности палестинского народа, его права на родину и определение своей судьбы по своему усмотрению, свободному волеизъявлению, а также стратегии и тактики ООП в тот период [2, с. 97]. В статье 4 Хартии отмечалось: «Все палестинцы являются естественными членами Организации освобождения Палестины, а палестинский народ является основой этой организации». В статье 26 определен юридический статус ООП как представителя палестинского народа в международных отношениях, «если палестинское дело потребует его вынесения на межарабский или международный форум».

Сессия НСП стала высшим законодательным органом арабского народа Палестины (прообразом палестинского парламента), решения которого должны осуществляться основным исполнительным органом – исполкомом ООП (прообразом палестинского правительства) [2, с. 153]. Председателем ООП был избран Ахмед Шукейри – известный па-

лестинский политик и протеже египетского президента Г. А. Насера, стремившегося таким образом обеспечить контроль над новой палестинской организацией [3, с. 40]. В дальнейшем, после «Шестидневной» войны 1967 г. на IV сессии НСП (1968 г.) были внесены весьма важные изменения в Палестинскую Национальную Хартию.

Большое влияние на признание ООП на международной арене имело арабское совещание в верхах, состоявшееся в ноябре 1973 г. в Алжире, которое приняло решение о том, что ООП является единственным законным представителем арабского народа Палестины. Особенно важное значение для признания ООП в качестве единственного представителя всего палестинского народа имели итоги Совещания глав государств и правительств арабских стран в Рабате в октябре 1974 г. На Совещании было единогласно подтверждено право палестинского народа на установление независимой «палестинской власти» под руководством ООП на любой части оккупированной палестинской территории после ее освобождения [4, с. 124]. Таким образом, решения рабатского совещания глав арабских государств 1974 г. закрепили правовое положение ООП как единственного законного представителя арабского народа Палестины и полноправного участника ближневосточного урегулирования. В этом же качестве она признана в Движении неприсоединения (кстати, в 1975 г. на Совещании министров иностранных дел неприсоединившихся стран, состоявшемся в Лиме, ООП становится первой национально-освободительной организацией, признанной полноправным участником Движения неприсоединения), ОИК, Организации Африканского единства [5, с. 502–503]. А в августе 1974 г. СССР первым из великих держав признал ООП, которая открыла свое представительство в Москве [6, с. 64]. Активизация ПДС, рост его значения в арабо-израильском конфликте, решения указанных совещаний глав государств и правительств арабских стран, признание ими ООП как единственного законного представителя арабского народа Палестины явилось основой того, что в 1974 г. палестинская проблема стала предметом специального обсуждения на XXIX сессии Генеральной Ассамблеи (ГА) Организации Объединенных Наций (ООН). 13 сентября, еще до открытия сессии, арабские страны, Куба и ряд других государств Латинской Америки, а также Азии и Африки, ряд социалистических стран, в том числе Советский Союз и КНР (всего 43 государства) обратились к Генеральному Секретарю ООН с просьбой включить в повестку дня работы сессии рассмотрение палестинской проблемы [7, с. 45].

На XXIX сессии Генеральной Ассамблеи ООН в ноябре 1974 г., впервые с 1948 г., палестинская проблема обсуждалась в ООН как таковая и впервые в работе ООН приняла участие делегация ООП. В ходе работы XXIX сессии ГА ООН, по предложению неприсоединившихся и социалистических стран, несмотря на то, что делегация США использовала все меры давления, чтобы не допустить принятия этой резолюции, 14 октября 1974 г. большинством голосов членов Генеральной Ассамблеи (105 – за; 4 – против; 20 – воздержались от голосования) была утверждена резолюция 3210 [8, с. 52].

На очередной XXX сессии Генеральная Ассамблея (1975 г.) постановила пригласить ООП принять участие в работе органов ООН на равной с другими участниками основе. Таким образом, международное сообщество в лице ООН признало и подтвердило полномочия ООП как единственного представителя арабского народа Палестины и участие ООП в качестве равноправного члена мирового содружества, что создало для ООП определенные внешние предпосылки при решении проблемы государственности Палестины, создания правительства Палестины и его международного признания [7, с. 92]. Как справедливо отмечает Абу Карим, в октябре 1974 г. ООП стала первой в истории неправительственной организацией, которая была приглашена в качестве представителя палестинского народа для участия в Генеральной Ассамблее ООН [8, с. 76]. На позицию ООН повлияло, очевидно, также и то, что ООП к началу 1975 г. имела уже свои представительства в 40-ка странах. Это происходило, очевидно, еще и потому, что ООП признавалась единственным законным представителем арабского народа [9, с. 110–111].

Важным этапом в признании ООП стала резолюция № 13, принятая 14 ноября 1980 г., в которой было записано: «Генеральная Ассамблея... призывает все государства, специализированные учреждения, компетентные органы системы ООН, и другие международные организации оказывать поддержку палестинскому народу через его представителя – Организацию освобождения Палестины – в его борьбе за восстановление права на самоопределение и независимость в соответствии с Уставом Объединенных Наций» [10, с. 18]. Таким образом, влияние ООП в Палестине росло. В связи с этим, 15 ноября 1988 г. в Алжире на XIX внеочередной сессии Национального Совета Палестины было провозглашено независимое Палестинское государство. В частности, была принята Декларация Независимости Государства Палестина, в которой записано: «Национальный Совет Палестины провозглашает, во имя Аллаха и от имени наро-

да Палестины, создание Государства Палестина на нашей земле» в соответствии с нормами международного права, включая резолюцию Генеральной Ассамблеи ООН от 29.11.1947 г. № 181 (II), в которой предусматривался раздел Палестины на арабское и еврейское государства. При этом под Государством Палестина имелась в виду территория Западного берега реки Иордан и Сектора Газа. Столицей его был объявлен Восточный Иерусалим.

Исполком ООП, под председательством Я. Арафата, был полномочен выполнять функции временного палестинского правительства; в марте 1989 г. Я. Арафат назначен президентом Палестинского государства, но уже 2 апреля 1989 г. Центральный комитет Палестинского Национального Совета (руководящего органа ООП) избрал Я. Арафата президентом самопровозглашенного Государства Палестина. Вскоре, около 100 государств мира признали Палестинское государство, а Исполком ООП – его правительством в изгнании. Наряду с этим был принят еще один основополагающий документ – Политическое коммюнике, в котором подтверждалась решимость Национального Совета Палестины достичь всеобъемлющего политического урегулирования вопроса о Палестине в рамках Устава и резолюций ООН. Одновременно ООП признала в качестве основы для урегулирования конфликта с Израилем резолюцию Генеральной Ассамблеи ООН от 29.11.1947 г. № 181 (II) и резолюцию Совета Безопасности ООН № 242 и 338.

Реакция Израиля на провозглашение независимого Палестинского государства была резко негативной. ООП квалифицировалась в Израиле как «террористическая организация», контакты с которой, согласно принятому 5 августа 1986 г. израильским Кнессетом закону, рассматривались как «уголовное преступление».

ООП получила признание не только со стороны ООН. Первым этапом международно-правового признания ООП как единственного законного представителя палестинского народа стало право участия организации в работе Лиги Арабских Государств (далее – ЛАГ) в качестве наблюдателя. Прорыв произошел уже 9 сентября 1993 г., когда в Осло (Норвегия), Государство Израиль и ООП обменялись письмами о взаимном признании (хотя по другим данным, 10 сентября 1993 г. в Вашингтоне израильский премьер-министр совершил ответный шаг в отношении ООП). В его письме председателю ООП отмечалось, что правительство Израиля приняло решение: признать ООП в качестве представителя палестинского народа; вступить в переговоры с ООП в рамках мирного процесса,

к чему, в частности, предшествовала целая эпопея, связанная с проводившимися почти в течение года на секретной основе переговорами между их представителями при посредничестве министра иностранных дел Норвегии Йохана Йоргена Хольста. Следует отметить, что до этого по израильскому законодательству какие-либо контакты с ООП признавались уголовным преступлением как связь с террористической организацией. Таким образом, письмо премьер-министра означало признание ООП в качестве субъекта международного права – политической организации, представляющей народ, борющийся за свою независимость. Израиль, почти через 20 лет после признания ООП мировым сообществом в резолюции Генеральной Ассамблеи ООН в качестве субъекта международного права, в свою очередь, признал этот статус Организации освобождения Палестины [11, с. 76]. Спустя несколько дней, 13 сентября 1993 г. уже в Вашингтоне представители Государства Израиль и ООП подписали Декларацию принципов организации временного самоуправления (Соглашения Осло). В нем впервые нашло отражение взаимное признание Израилем и Палестиной друг друга.

О международной правосубъектности ООП свидетельствует и тот факт, что по инициативе бывшего Советского Союза, начиная с 1984 г., поднялся и уровень представительства ООП в иностранных государствах до уровня дипломатических представительств. Бюро стали связываться после их подъема не только с общественными организациями и обществами дружбы, но и с министерствами иностранных дел государств, где они были аккредитованы. Это положение имело важное юридическое и дипломатическое значение. Так, до 1984 г. палестинские бюро в других странах выполняли простые общественные, культурные, политические функции. Такие функции не имели особого официального или дипломатического характера. Однако с 1984 по 1988 гг. эти бюро стали приобретать определенные официальные и дипломатические черты. Так, связь этих бюро с министерствами иностранных дел стран пребывания способствовала выполнению определенных дипломатических функций. Все это свидетельствует о наличии широкого признания права на самоопределение арабского народа Палестины еще до Декларации Независимости 1988 г.

Для определения статуса ООП в международном праве большое значение имеет также то, каким образом ученые-международники оценивали международную правосубъектность ООП. Ассамблея обязала Генерального Секретаря ООН установить контакты с ООП по всем вопросам, касающимся палес-

тинской проблемы. На XXIX сессии (резолюции 3236, 3237) была принята специальная Резолюция «Статус наблюдателя для Организации освобождения Палестины», в которой Генеральная Ассамблея ООН пригласила ООП участвовать в ее сессиях и работе в качестве наблюдателя, а также подчеркнула право ООП принимать участие во всех международных конференциях под эгидой ООН, включая Женевскую конференцию по Ближнему Востоку [2, с. 155]. Важной составляющей реализации международной договорной правоспособности ООП стало ее участие в переговорном процессе и заключении соглашений, касающихся экономических аспектов сотрудничества с арабскими странами. В частности, ООП является одной из 12 стран – членов Арабского Общего Рынка (созданного в 1964 г.), заключила ряд двусторонних экономических соглашений с арабскими государствами. Примером могут служить рамочные соглашения, заключенные ООП с Иорданией и Египтом в 1994 г., предусматривающие создание свободной экономической зоны в долине реки Иордан, упрощение экспорта палестинских продуктов в арабские страны и т. д.; экономическое соглашение между ООП и Израилем, подписанное в Париже 29 апреля 1994 г., предусматривающее свободную торговлю между ними [2, с. 159].

Решения универсальных и региональных международных организаций создали юридическую основу для признания ООП большинством государств международного сообщества как особого субъекта международного права с вытекающими юридическими последствиями в виде права участия в переговорах, договорной правоспособности ООП, осуществления организацией права посольства [2, с. 157]. ООП были установлены в полном объеме дипломатические и другие официальные отношения более чем с 122 государствами мира, в 97 из которых организация имеет свои представительства, выполняющие функции дипломатических представительств. Так, статус представителей ООП приравнивается к дипломатическому в арабских государствах, в Австрии, Японии, Индии, Германии, Греции, России и во многих других странах. Таким образом, многие страны признали ООП де-юре, со всем вытекающим из такого признания объемом юридических последствий [2, с. 60].

*The article studies the status of the Palestine Liberation Organization in the international law, the attention is drawn to the historic nature of the decision on the establishment of the Palestine Liberation Organization.*

*У статті розглядається статус Організації визволення Палестини в міжнародному праві, акцентується увага на історичному за своїм характером рішенні про створення Організації визволення Палестини.*

## Выводы

Образование ООП как высшего национального органа арабского народа Палестины стало качественно новым этапом признания международной правосубъектности Палестинского народа, осуществляющего свои международные права и обязанности посредством ООП.

Признание международно-правового статуса ООП как единственного законного представителя палестинского народа в международных отношениях реализуется в форме ведения международных переговоров, присоединения к универсальным международным соглашениям и заключения локальных договоров; в осуществлении права посольства; в членстве в международных организациях как равноправного участника или наблюдателя; в статусе полноправного члена в международных конференциях.

## Литература

1. Кузнецов Д. В. Арабо-израильский конфликт: История и современность. Очерк событий. Документы и материалы. – Благовещенск, 2006. – 289 с.
2. Абуфара С. Б. А. Право народа на самоопределение и практика его осуществления в современный период: международное право. – К., 2004. – 179 с.
3. Абу Либдех Х. 10 лет гибели Ту-154 «Тель-Авив – Новосибирск», сбитого ПВО Украины: Израиль сегодня. Х. Абу Либдех [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://regnum.su/news/polit/1452825.htm>.
4. Документация палестинских арабов 1974 года. Бейрут. П. 421 / На арабском языке.
5. Международно-правовое признание // История дипломатии. – М., 1979. – Т. 5, к. 2. – С. 502–503.
6. Аль Хуффаш Ф. Проблема палестинской автономии. – М., 2001. – 23 с.
7. Нубани А. Н. Ш. Международно-правовые аспекты создания Арабского Палестинского государства: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1997. – 149 с.
8. Абу Салем Е. Ф. А. Современные международные стратегии разрешения региональных конфликтов (на примере Палестино-Израильского конфликта): теория и история международных отношений и глобального развития: дис. ... д-ра полит. наук. – Кишинев, 2011. – 146 с.
9. Захаров А. М., Фомин О. И. Кэмп-Дэвид: политика, обреченная на провал. – М., 1982. – 272 с.
10. Аудех А. М. М. Правовое регулирование сотрудничества Государства Палестина с Международными Организациями и Объединениями: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 1995. – 152 с.
11. Аль Сулайби М. Реализация в Палестинской автономии международных стандартов прав и свобод человека. – К., 1995. – 159 с.



## СИСТЕМНИЙ ПІДХІД ДО НОРМАТИВНОСТІ СУЧАСНОГО ПРАВА: ГНОСЕОЛОГІЧНИЙ ЗМІСТ

**Любов Заморська,**

*канд. юрид. наук, доцент,*

*завідувач кафедри теорії та історії держави і права*

*Чернівецького факультету Національного університету «Одеська юридична академія»*

*У даній статті розкривається зміст категорії «системність права» та її взаємозв'язок з системою права, а також їх вплив на нормативність права як особливість сучасного українського права.*

**Ключові слова:** системність права, система права, нормативність, норма права.

У сучасному правознавстві існує стійка тенденція до використання системного підходу. Основне значення системного підходу полягає в тому, що він дозволяє дати системну характеристику позитивного права [1, с. 84]. При цьому під системою розуміють складно організоване ціле, що включає елементи, об'єднані різноманітними зв'язками і взаємовідносинами.

Система права – це зумовлена об'єктивними чинниками внутрішня будова права, що характеризується узгодженістю, взаємозумовленістю та взаємодією правових норм, об'єднаних за відповідними підставами у відокремлені групи.

**Метою цієї статті** є обґрунтування системності права, її властивостей та структури, а також виділення «фактичної ролі» правової норми в ній як базового елемента системи права.

Застосування системного підходу в поєднанні з інструментально-функціональною методологією, перш за все, припускає що право – це структурно-елементне утворення, первинним елементом якого є правові норми, які для забезпечення найбільш ефективного регулювання окремих видів суспільних відносин об'єднуються в більш-менш великі групи. При цьому система права розглядається як абстрактна категорія, тому дослідження нормативної форми соціальної організації носить певною мірою умовний характер. Слід також враховувати, що на розуміння системи права справляють істотний вплив тип праворозуміння, а також специфіка правової системи [2, с. 10].

Заслуговує на увагу неприпустимість змішування понять «система права» та «правова система», оскільки вони не тотожні. У першому випадку йдеться про внутрішню будову права, а в другому – про правову організацію всього суспільства, сукупність усіх юридич-

них інститутів і засобів, що існують і функціонують у державі. Таким чином, правова система об'ємніша за змістом категорія. Система права виступає лише складовою частиною, одним із елементів правової системи [3, с. 96; 4, с. 54–57].

Право – це сукупність створюваних і охоронюваних державою норм, але не випадкове, не хаотичне нагромадження їх, а узгоджена та взаємозалежна система, в якій норми шикуються, групуються в певному порядку на основі загальних принципів. Право постає перед нами як складне системне ієрархічне утворення, що існує на основі процесів інтеграції та диференціації [5, с. 59].

Системність права – це загальна властивість усіх типів права. Кожному історичному типу права властива своя система, що відображає особливості даного типу та всієї суспільної формації. Структура права – це юридичне вираження структури суспільства [6, с. 394–395].

Система права характеризується такими властивостями: єдністю джерел, у тому числі виражених у правових нормах державної волі, моральної природи соціально-економічних, політичних та ідеологічних відносин; єдністю правової системи, в рамках якої існують і діють норми права; єдністю механізму правового регулювання, його вихідних принципів, кінцевих цілей і завдань; відмінністю правового змісту, характеру приписів, сфер їх дії, форм вираження, а також методів регулювання; взаємодією складових системи елементів, їх взаємною зумовленістю; відносною об'єктивністю внутрішньої будови права; обумовленістю економічним і соціальним устроєм суспільства; незалежністю від суб'єктивної волі законодавця.

Основними системними елементами права в вітчизняній юридичній науці традиційно визначають галузі права, підгалузі права, інститути права та норми права як первинний



елемент системи [7, с. 342]. Галузь права (галузь норм права) традиційно інтерпретується як найбільш велика, відособлена сукупність юридичних норм, що регулюють якісно однорідні групи суспільних відносин. Якісна однорідність тієї чи іншої сфери суспільних відносин викликає до життя відповідну систему правових норм, а наявність або відсутність тієї чи іншої системи правових норм зумовлюється відповідно наявністю або відсутністю певних сфер суспільних відносин, що потребують нормативного регулювання. Таким чином, галузь правових норм не створюється шляхом волевиявлення, а виникає в силу об'єктивних причин; вона зумовлена соціальними та практичними потребами. Галузь норм права як складова нормативно-правової системи має загальні (загальноправові), особливі (субстанціональні) й одиничні (індивідуальні) ознаки, зумовлені особливостями предмета та методу правового регулювання.

Будь-яка система характеризується наявністю структурних елементів. *Елемент системи* – мінімальний її компонент, що зберігає властиві цій системі ознаки, сукупність яких прямо або опосередковано формують систему [8, с. 143]. Виходячи з такого розуміння галузі норм права, відповідно до якої даний феномен може бути визначений як складова, організаційно відокремлена та невід'ємна частина (гілка) загального правового масиву, що діє в державі, типовий елемент системи права, що виражає його сутність на відповідному етапі розвитку, володіє загальноправовим, субстанціональними та індивідуальними ознаками та призначений для методично відокремленого врегулювання певної сфери (блоку) суспільних відносин [9, с. 63].

У системі радянського, а відтак і українського права традиційно прийнято виділяти досить великий перелік галузей: державне (конституційне) право, цивільне, адміністративне, кримінальне, цивільно-процесуальне, кримінально-процесуальне, земельне, трудове, сімейне, фінансове, кримінально-виконавче право тощо. Багато цих галузей у даний час «знають» уточнення, зміни предмета свого регулювання, меж із суміжними нормативними масивами. У зв'язку з цим в юридичній літературі називається різна кількість галузей права.

Серед галузей українського права можна виділити основні галузі та похідні. С. Алексєєв пропонує розрізняти три групи галузей права [10, с. 247–259]:

- профілюючі (або фундаментальні) галузі, до яких віднесені державне, адміністративне, цивільне, кримінальне право, процесуальні галузі;
- інші основні галузі – трудове, земельне, сімейне, фінансове право, право соціального забезпечення;

- вторинні, іменовані комплексними галузями права – морське, банківське, господарське, страхове, природоохоронне право.

До основних відносяться галузі, предмет регулювання яких чітко визначений і відмежовується за істотними ознаками від інших сфер життєдіяльності суспільства. *Основними галузями* є конституційне право, цивільне право, кримінальне право й адміністративне право. До похідних відносяться галузі, предмет регулювання яких «виокремлюється» з предмета регулювання основної галузі та поза цією сферою суспільних відносин існувати не може. *Похідними від цивільного права*, таким чином, є сімейне право, трудове, цивільно-процесуальне, *похідними від кримінального права* – кримінально-процесуальне та кримінально-виконавче право і т. п.

Галузі норм права взаємопов'язані та пройняті органічною єдністю, але не рівні за своїм значенням, нормативним обсягом, роллю у процесі впливу на суспільні відносини. Це пояснюється тим, що різні сфери належних нормативному впливу відносин не однакові за обсягом і складом. Тому в рамках найбільш великих галузей виділяють *нормативно-правові підгалузі* – відокремлені в рамках галузі норм права системи юридичних норм, що регулюють великий, відносно самостійний блок суспільних відносин, які об'єднуються за ознакою видової подібності.

Наявність вертикальних зв'язків, залежність кримінально-процесуального права та кримінально-виконавчого права від кримінального права обґрунтовані в роботах Ю. Оборотова, А. Козловського, В. Дудченко, Н. Крестовської, А. Крижанівського, Р. Кабальського, Н. Пікурова, А. Наумова, В. Мальцева та ін. Так, у цивільному праві підгалузями виступають – авторське, житлове, спадкове право; у конституційному праві – виборче, конституційно-процесуальне право. За певних обставин підгалузь може бути перетворена на самостійну галузь права.

Важливим елементом нормативно-правової системи є також інститут права, тобто порівняно невелика, стійка група правових норм, що регулюють певний різновид суспільних відносин у рамках галузі норм права (галузевої правової інститути) або кількох правових галузей (міжгалузевої правової інститути). Якщо юридична норма виступає як «вихідний елемент», «жива» клітинка правової матерії, то правовий інститут є первинною правовою спільністю [11, с. 119]. Ці «правові спільності» покликані регламентувати окремі сфери, сторони соціальної життєдіяльності й є складовою частиною, специфічним нормативним блоком, сформованим у рамках галузі або декількох галузей норм права. Інститути права мають відносну автономію, оскільки сто-

суються певною мірою самостійних питань; крім того, вони володіють такими властивостями, як відносна самостійність, специфічність способу правового регулювання, наявність або принципова можливість формування загальних понять у рамках видових явищ. Таким чином, *правовий інститут* – це окремий комплекс правових норм, що регулює за допомогою специфічних прийомів і способів однорідний вид чи сторону суспільних відносин [12, с. 15].

На відміну від галузей і підгалузей права, що характеризуються певним ступенем самостійності, норми, що включаються у правові інститути, не мають самостійного регулятивно-охоронного впливу на суспільні відносини.

Однак це жодним чином не обмежує їх правову значущість, вони є необхідною ланкою галузі права. Якщо правова норма – «вихідний елемент, жива клітинка» правової матерії, то правовий інститут є первинною правовою спільністю. При цьому правовий інститут – не будь-яке довільне поєднання правових норм, а впорядкована сукупність норм, пов'язаних між собою за юридичним змістом і безпосереднім ставленням до регульованих ними суспільних відносин.

Інститути поділяються на *галузеві та міжгалузеві*. У рамках галузевого інституту об'єднуються норми, що мають юридичне значення від імені однієї галузі (інститут співучасті у злочині, інститут екологічних злочинів у кримінальному праві; інститут дарування в цивільному праві; інститут оскарження й опротестування судових вироків, визначення та постанов, що не вступили в законну силу в кримінально-процесуальному праві). Міжгалузевий інститут охоплює правові норми, що використовуються в різних галузях права (інститут власності, інститут громадянства, інститут пред'явлення цивільного позову).

Деякі правові інститути складаються з субінститутів, тобто є складними. *Субінститути* – це групи норм права в рамках одного правового інституту, що виражають певні особливості правового регулювання окремих видів суспільних відносин (наприклад, субінститути є: роздрібна купівля-продаж в інституті купівлі-продажу в цивільному праві; призначення покарання неповнолітнім в інституті призначення покарань у кримінальному праві; охорона праці жінок в інституті охорони праці в трудовому праві).

Всі галузі права, є структурними елементами системи права, хоч і нерівнозначні за своїм значенням. Утворення нових галузей є закономірним наслідком об'єктивних змін, що відбуваються в соціально-політичній системі. Ускладнення суспільних відносин зумовлює необхідність виникнення нових соціально-пра-

вових регуляторів. При цьому відбувається поступове накопичення однотипного нормативного матеріалу, що потребує уніфікації та відокремлення. Одним із видів такої уніфікації й є процес утворення нових галузей права.

Історично перший тип системи права був заснований на класифікації норм за суб'єктами правовідносин, тобто за станами, релігійними громадами і т. д. У середньовічній Європі в кожній із «суб'єктивних галузей» (дворянське право, міське право, селянське право, право окремих релігійних громад тощо) були свої підгалузі й інститути приватноправового та публічно-правового характеру, а також «об'єктивного» характеру (земельно-правові, господарсько-правові тощо) [13, с. 35]. З перемогою ліберальних і демократичних революцій формується формально-юридичний критерій поділу права на *приватне* (з підгалузями: торговельне, сімейне, трудове і т. д.) і *публічне* (з підгалузями: державне, адміністративне, судове і т. п.).

Слід зазначити, що на сучасному етапі відбувається процес формування системи права (насамперед, у державах романо-германської правової сім'ї) за об'єктами відповідних правовідносин. При цьому норми приватного та публічного права, пов'язані з тим чи іншим об'єктом, узгоджуються, переплітаються, включаються до складу «об'єктних» галузей та інститутів права [14, с. 43–47].

У системі українського права традиційно до основних галузей права відносять конституційне (державне), цивільне, адміністративне, кримінальне. Разом із тим досить часто як самостійні галузі розглядаються податкове право, митне право, банківське право тощо.

Слід зазначити, що з питань поняття галузі права, поділу права на галузі, підстав такого поділу та розмежування відповідних галузей повної єдності думок не досягнуто. У літературі навіть висловлювалася думка, що галузей як таких у праві немає, і від розгляду, а також спроб вирішення системи права та галузі права слід відмовитися на користь проблем системи законодавства і галузі законодавства [3, с. 56–57].

## Висновки

Основним критерієм відокремлення таких нормативних утворень, як галузі норм права, підгалузі та правові інститути є специфіка предмета і методу правового регулювання. Якщо розглядати право як особливу систему нормативного регулювання, то слід звертати увагу на те, що регулювання поведінки в суспільстві здійснюється на трьох рівнях, які можуть бути визначені відповідно до загальнофілософського критерію «загаль-

не – особливе – одиничне». Відповідно до цих рівнів необхідно здійснювати і градацію правових норм, які становлять правову систему, на *загальні вихідні норми* (цілі, принципи, дефініції), *норми-правила*, *локальні норми*.

На першому, вищому рівні правові норми носять вихідний характер і являють собою забезпечену можливістю державного примусу форму закріплення найбільш соціально значимих принципів, основоположних засад, які лежать в основі всієї системи правового регулювання. Ці норми офіційно закріплюють будь-які положення матеріального чи процесуального характеру або шляхом його словесного позначення, або шляхом вказівки на один або кілька суттєвих ознак, або шляхом повного визначення (дефініції). За допомогою розглянутих норм визначаються цілі, завдання, принципи правового регулювання; закріплюються правові категорії та поняття. Регулюючий вплив вихідних норм дуже великий і відносно самостійний. Вихідні правові норми отримують логічний розвиток і конкретизацію в інших нормах, правилах поведінки, що не виключає їх прямої дії. На них можна посилалися при вирішенні конкретної юридичної справи, якщо треба обґрунтувати правозастосовний акт тим чи іншим принципом права або підтвердити непорушність будь-якого законодавчого положення, або підсилити авторитетність прийнятого рішення.

Норми-правила – це більша частина правових норм. Вони відрізняються представницько-зобов'язуючим характером, встановлюють масштаб можливої (належної) поведінки учасників суспільних відносин, їх взаємні суб'єктивні права й обов'язки. Ці норми виступають як правила безпосереднього, прямого регулювання поведінки людей, їх суспільних відносин, у них отримують логічний розвиток і деталізацію вихідні правові норми.

Локальні норми містять правила поведінки, що діють у межах відокремленого територіального утворення. Діючи у межах відпо-

відних соціальних систем, локальні норми покликані стимулювати й упорядковувати діяльність суб'єктів соціальної взаємодії в рамках відповідної системи, забезпечувати поєднання загальнодержавних, групових та індивідуальних інтересів. Відповідно до цього локальні норми не мають рівня спільності, власитивого вихідним нормам або нормам правилам, і характеризуються більш конкретним змістом.

### Література

1. *Кухарук Т. В.* Правовая система и систематика законодательства: дис. ... канд. юрид. наук. – СПб., 1998. – 224 с.
2. *Мозолин В. П.* Система российского права // Труды Московской государственной юридической академии. – М., 2002. – С. 9–15.
3. *Лившиц Р. З.* Система права и перспективы ее развития // Советское государство и право. – 1982. – № 6. – С. 95–101.
4. *Рабец А. М.* Интеграция и дифференциация в праве // Труды Московской государственной юридической академии. – М., 2002. – С. 53–58.
5. *Алексеев С. С.* Право: азбука – теория – философия: Опыт комплексного исследования. – М., 1999. – 240 с.
6. *Теория государства и права* / Под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько. – М., 1997. – 560 с.
7. *Ситюков В. Н.* Российская правовая система: введение в общую теорию. – Саратов, 1994. – 480 с.
8. *Кузьмин А. В.* Юридическая деятельность. – СПб., 1998. – 218 с.
9. *Курдюк Г. П., Будько Л. В.* Отрасль права: эволюционирование и перспективы. – Краснодар, 2004. – 168 с.
10. *Алексеев С. С.* Общая теория права. – М., 1981. – 460 с.
11. *Алексеев С. С.* Структура советского права. – М., 1975. – 270 с.
12. *Киримова Е. А.* Правовой институт: понятие и виды. – Саратов, 2000. – 216 с.
13. *Берман Г. Дж.* Западная традиция права: эпоха формирования. – М., 1998. – 890 с.
14. *Кикоть В. А.* О системе права // Труды Московской государственной юридической академии. – М., 2002. – С. 42–48.

*In this article maintenance of category opens up «system of law» and her intercommunication with the system of law, and also their influence on normativeness of right as feature of the modern Ukrainian law.*

*В данной статье раскрывается содержание категории «системность права» и ее взаимосвязь с системой права, а также их влияние на нормативность права как особенность современного украинского права.*



## ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ЛЕСОПОЛЬЗОВАНИЯ В УССР В ГОДЫ ПЕРВЫХ ПЯТИЛЕТОК

**Борис Киндюк,**

канд. юрид. наук,  
д-р географ. наук, профессор,  
Мариупольский государственный университет

*В статье рассматриваются нормативные акты в сфере лесопользования, принятые органами государственной власти СССР и УССР в период 1929–1938 гг., показаны факты бесхозяйственности, нерационального использования лесов, принятия нормативных актов, имеющих отрицательные последствия.*

**Ключевые слова:** правовое регулирование, законодательный акт, лесопользование, украинские леса.

Двойственная функция лесов, которые одновременно являются важнейшим компонентом природной среды и источником древесины, осложняет выработку адекватного правового регулирования, цели которого разнонаправлены: обеспечение как экономических, так и экологических потребностей обществ. История лесопользования в годы первых пятилеток представляет собою одну из моделей решения этой двуединой задачи.

Правовое регулирование лесопользования в 30-х годах XX ст. в советской историографии получило односторонне-апологетическое освещение в силу не критического отношения к действиям партийно-советского руководства страны в целом (В. Горбовой, Р. Гусев, Л. Дембо, Д. Исупов, В. Лавров, О. Логвиненко, В. Лозо, В. Мунтян, Г. Полянская, Б. Цветков, Р. Хайитов). В современной литературе (Р. Бобров, П. Вакулюк, С. Генсирук, О. Логвиненко, Г. Редько, О. Фурдычко, В. Шлапак) данный вопрос рассматривался фрагментарно, в русле исследования иных проблем истории лесного права.

**Цель настоящей статьи** – выявление основных тенденций законодательного регулирования лесопользования в УССР в 1930–1938 гг.

Следует отметить, что в СССР к началу 30-х годов XX ст. был взят курс на ускоренную индустриализацию, в которой одну из ведущих ролей играла Украина. *Во-первых*, именно здесь было запланировано строительство гигантов индустрии (Харьковский тракторный завод, Днепровская ГЭС и т. д.). *Во-вторых*, сельское хозяйство, которое в УССР имело едва ли не наибольшую товар-

ность, должно было предоставить необходимые средства для осуществления индустриализации. Обе задачи так или иначе были связаны с лесопользованием. Вырубка лесов должна была обеспечить стройки древесиной. Но по решению Всеукраинского Центрального Исполнительного Комитета (далее – ВУЦИК) и Совета Народных Комиссаров (далее – СНК) УССР от 27.05.1925 г. 40 % украинских лесов было передано в пользование крестьянам. Поэтому без экспроприации крестьянства (получившей в советской историографии название коллективизации) эксплуатация лесов в полной мере была невозможна.

Крестьянское лесопользование по-своему тоже не было беспроблемным. Лесопользователи решали одну единственную задачу – удовлетворение собственных потребностей в древесине и иных продуктах леса. О лесовосстановлении они не заботились. Одной из мер по наведению порядка в крестьянских лесах явилось совместное постановление ВУЦИК и СНК УССР от 12.06.1929 г. «Як провадити лісовпорядчі роботи у лісах, переданих селянству, та про спеціальні кошти на провадження цих робіт». Производство всех лесоустроительных работ в лесах, переданных крестьянству, возлагалось на окружные земельные отделы, а финансирование лесоустройства – на земельные общества и объединения трудового крестьянства. В случае невнесения в установленный срок денежных средств за эти работы народный комиссариат земледелия УССР имел право взыскать их в бесспорном порядке. Средства на лесоустройство подлежали распределению на следующие цели: на содержание специального технического персонала, который выполнял лесоустроительные работы; на зарплату рабочим, оплату их командировочных расхо-

дов; на аренду помещений для проживания рабочих и служащих; на приобретение инструментов, необходимых для выполнения работ.

Как известно, формирование коллективных хозяйств в УССР в основном было завершено уже в 1932 г. Еще ранее, в 1930 г., были ликвидированы земельные общества, на которые возлагалось финансирование лесоустройства. В силу этого необходимо было внести изменения в правовые акты, которыми регламентировалось лесоустройство. Народный комиссариат юстиции (далее – НКЮ) УССР издал постановление «Як справляти з колгоспів невнесені платежі, належні з них за лісовпорядні роботи» от 20.02.1932 г. Документ разрешал в беспорядном порядке органам Народного комиссариата земледелия (далее – НКЗ) УССР снимать с расчетных счетов колхозов финансовые средства за выполнение лесоустроительных работ. Согласие правление колхоза не было обязательным, планирование лесоустроительных работ осуществлялось органами НКЗ УССР.

В советской литературе, посвященной данному историческому периоду, нередко утверждения, что органы власти содействовали трудящемуся населению в решении проблем, связанных с обеспечением их лесом для различных хозяйственных нужд [1, с. 4–27]. Но изучение соответствующих законодательных актов не позволяет согласиться с этими утверждениями. Так, 09.02.1928 г. СНК УССР принял постановление, согласно которому жилищным кооперативам при строительстве жилья давался ряд льгот [2]. Этот нормативный акт стал одним из немногих легальных путей приобретения строительной древесины гражданами, строившими себе жилье. При этом, уже 17.09.1930 г. постановлением СНК УССР «Про скасування постанови «Про пільги спілкам житлової кооперації за відвод лісосік»» [3] этот способ снабжения жилищного строительства был ликвидирован; сохранили свою силу только договора, заключенные до даты выхода данного постановления.

Другим нормативным актом, регламентирующим лесопользование, явилось постановление СНК УССР «Про підсилення заготівель горілого лісу, вітролому та сухостою» от 23.09.1933 г. [4]. Причины принятия акта были прозаическими. Лесоустройство практически не финансировалось, что привело к накоплению в лесах сухостоя и деревьев, пострадавших от ветролома. Участились лесные пожары. Для привлечения населения к очистке лесов от такой негодной в капитальном строительстве древесины была разрешена ее покупка по сниженному ценам и с условием вывоза. Были установлены два вида скидок при разработке такой древесины. Во-первых,

п. 2 «А» вводил уменьшение ставки с оборота для организаций до 20,6 %; во-вторых, согласно п. 2 «Б» при заготовке такого леса населением, попенная оплата снижалась на 15 %. В дополнение к этому Народному комиссариату финансов УССР давалось поручение разработать специальную инструкцию по учету снижения стоимости древесины в зависимости от ее категории и технического качества.

Лесопользователи (коими на тот момент являлись исключительно государственные предприятия и колхозы) должны были привести в порядок лесосеки и организовать их очистку. Отметим, что СНК УССР не имел полномочий контролировать исполнение лесопользователями этой обязанности, так как леса УССР находились в ведении управления Уполномоченного Народного комиссариата лесной промышленности СССР при СНК УССР. Это ведомство в основном занималось выполнением производственных планов, а не сохранением экологического состояния лесов.

Массовые вырубки для выполнения планов первых пятилеток привели к резкому ухудшению состояния украинских лесов. Особенно пострадали, по данным В. Борейко, леса Киевщины [5, с. 258]. В связи с этим СНК УССР издал постановление «Про заборону знищення лісу в 50-ти кілометровій зоні навколо м. Київ» [6].

В 1936 г. постановлением ЦВК и СНК СССР все леса были разделены на лесопромышленную и лесокультурную зоны. Первая из них управлялась Народным комиссариатом лесной промышленности СССР, а вторая – в пределах УССР – Киевским и Харьковским управлениями лесоохраны. 15 февраля 1938 г. постановление «Про проведення рубок, нагляду санітарних заходів у лісах лісоохорони та передачу лісоматеріалів і дров для місцевих потреб областей та інших споживачів» СНК УССР издал 15.02.1938 г. [7]. К тому времени состояние украинских лесов было близким к катастрофе, что зафиксировано в преамбуле законодательного акта. Так, в нем указывается о наличии в лесах водоохранной зоны 130 тыс. куб. метров древесины, а также 132,5 тыс. куб. метров сухостоя, леса, пострадавшего от пожаров, ветролома, 100 тыс. куб. метров не вывезенной древесины, собравшейся за предыдущие годы. Руководство Советской Украины решило произвести рубки надзора и другие санитарные мероприятия по очистке лесов. Прежде всего, оно требовало немедленного вывоза из украинских лесов в 1938 г. всех 362 тыс. куб. метров накопившейся древесины. В приложении к постановлению детально регламентировалось задание для каждой области. Наиболее крупные остатки древесины нако-

пились в Житомирской области – 222,1 тыс. куб. метров, наименьшие в Одесской – 0,5 тыс. куб. метров [7, п. 1].

По каждому региональному управлению лесоохраны утверждался план рубок надзора на общей площади 179,63 тыс. га, который должен был обеспечить получение 1 млн 177 тыс. куб. м древесины и 740,6 тыс. м хвороста [7, п. 2]. Анализ этих цифр показывает высокую степень эксплуатации лесов УССР, так как общая площадь лесов водоохранной зоны составляла 1104,6 тыс. га. Срубленную древесину планировалось распределить, согласно приложения 3, между 28 организациями, среди которых перечислялись одиннадцать облисполкомов, девять наркоматов и другие организации. Каждый из пользователей обязывался провести очистку лесов или заключить договор с лесхозами на проведение этих работ [7, пункты 4–5].

Анализ тогдашнего законодательства показывает отсутствие логики и последовательной политики в лесной сфере. С одной стороны, было принято постановление ЦИК и СНК УССР от 20.05.1932 г. «Про зміну арт. 82 Кримінального кодексу УРСР та арт. 74, 75 і Адміністративного кодексу УРСР» [8], которым за нарушение правил лесопользования, совершенные в виде промысла, предусматривалось суровое наказание в виде лишения свободы на срок до пяти лет, с конфискацией имущества или без таковой, а также запрещение проживать в местностях, относящихся к лесокультурной зоне. С другой стороны, коммунистические власти проявляют беспрецедентный либерализм в пользовании лесами, разрешая крестьянам пасти скот в них. Ведь выпас в лесу крайне опасен для экологического состояния лесов. Разрешение пасти скот нашло закрепление в постановлении СНК УССР «Про затвердження правил випасу худоби в лісах УРСР» от 05.05.1938 г. [9]. Согласно п. 1, использование лесов под выпас скота проводится на участках, которые выделяются лесхозами и организациями, эксплуатирующими леса. Как указывается в п. 3 и п. 4, учет, а также распределение этих площадей производится райисполкомами. Выпас скота согласно п. 2 законодательного акта производился бесплатно.

Пункт 6 ограничивал места выпаса скота, который запрещалось проводить в лесных рассадниках, местах роста молодняка, имеющего высоту до 4 м, на парубах и полянах с природным возобновлением, местах посева новых деревьев, в массивах, предназначенных для рубки, полезащитных лесовых полосах, крутых склонах и на приарусных полосах, в парках и запovedниках.

Согласно п. 7 законодательного акта, пользование лесами для выпаса скота разреша-

лось с 1 мая по 1 ноября, однако облисполкомы имели право установить более ранние сроки.

Как указывалось в п. 8, в лесах разрешался выпас коней, крупного рогатого скота, молодняка, а также по специальным разрешениям лесхозов и райлесхозов выпас овец и свиней. Единственным подпунктом, конкретно ограничивающим пользование лесами, был запрет на выпас коз. При всей полезности этих животных считается, что именно они сделали Грецию практически безлесной. Сегодня правительство Греции предпринимает серьезные усилия по восстановлению лесов, однако это удалось грекам сделать лишь частично, подняв лесистость до 12 %.

Другой важной для лесопользования нормой явилось требование п. 11 законодательного акта 1938 г. об устройстве оград между участками выпаса скота и лесом. При этом законодательный акт требовал, чтобы необходимые лесоматериалы бесплатно отпускались лесхозами. Возникал своеобразный парадокс: скот принадлежал колхозу, получавшему определенную прибыль, а за пользование лесными угодьями оплата не вносилась и необходимая древесина должна была отпущаться лесхозом бесплатно.

Согласно п. 14, при пользовании лесами пастухам запрещалось уничтожать молодых диких животных, разрушать гнезда птиц и разжигать костры. По сути, этот пункт нормативного акта разрешал пастухам охотиться в лесах, хотя по действующему на тот момент законодательству требовалось оформление специального разрешения. К данному пункту нормативного акта имелось примечание, разрешающее разжигать огонь в ночное время суток в местах, специально отведенных администрацией лесхозов. Данная норма имеет в лесном законодательстве многовековую историю. Впервые регламентация порядка разжигания пастухами костров регламентировалась в арт. 17 «Про пожежі у пуці», розділу X «Про лови про пуцу і про дерево бортне» Статуту Великого князівства Литовського 1566 р. [10, с. 365]. В указе императора Павла I от 08.08.1800 г. содержалось аналогичное требование о разжигании пастухами костров только в определенных местах и в ночное время, при условии соблюдения правил безопасности для защиты лесов от пожаров. Иными словами, советские законодатели провели рецепцию норм дореволюционного права в своих нормативных документах.

За нарушение правил лесопользования, повреждение и рубку деревьев, траву молодняка, возникновение пожаров, как указывалось в п. 16, пастухи несли уголовную, а также материальную ответственность за нанесенные лесному хозяйству убытки.

Невзирая на то, что большая часть украинских лесов эксплуатировалась организациями всесоюзного подчинения, п. 17 нормативного акта распространял действие этих правил на весь Гослесфонд УССР, а также на колхозные леса.

Рассмотрение Правил выпаса скота 1938 г. невольно вызывает вопрос о причине принятия акта, потенциально опасного для состояния и без того пострадавших от массовых порубок лесов. По мнению П. Вакулюка, одной из причин являлось заигрывание руководителей Советской Украины с крестьянскими массами [11, с. 301]. Косвенное воздействие могла оказать смена руководства исполнительной власти, так как постановлением 5-й сессии ВУЦИК от 25.02.1938 г. на должность председателя СНК был назначен Д. Коротченко. Его предшественник на посту П. Любченко застрелился, узнав о якобы имевшем место его участии в контрреволюционном центре. Местом дислокации этой вымышленной организации являлся Наркомат лесной промышленности УССР и работающие в системе ведомства лесники. Эта фальсификация стала поводом для массовых репрессий против работников лесной отрасли.

#### Выводы

Законодательные акты, регулирующие рассматриваемую сферу правоотношений, носили хаотический и бессистемный характер. Общая правовая политика в сфере лесопользования в УССР отсутствовала.

Понятие лесопользования трактовалось как задание по получению в украинских лесах все новых объемов древесины. Никаких законодательных актов, направленных на улучшение экологического состояния лесов и восстановление их площади не принималось.

Лесопользование имело нерациональный и бессистемный характер, так как в лесах ос-

тавалось большое количество невывезенной древесины. Причиной такого положения являлась эксплуатация украинских лесов большим количеством различных ведомств и неэффективностью действующего лесного законодательства, которая не давала украинским властям возможностей влиять на эти процессы.

Принимаемые нормативные акты противоречили друг другу. С одной стороны, устанавливались очень жесткие меры наказания за незаконное пользование лесами, с другой – принимались нормативные документы, разрешающие бесплатный выпас скота в лесах, разжигание костров, бесплатное использование лесоматериалов.

Ряд документов ограничивал выделение лесосек на индивидуальное строительство, которое ранее производилось решениями СНК УССР с целью оказания помощи населению в строительстве.

Задачей дальнейших исследований является изучение основных направлений правотворчества в сфере лесопользования по окончании Второй мировой войны.

#### Литература

1. Васильев П. В. Лесохозяйственная и лесомелиоративная наука в СССР (1947–1967 гг.). – М., 1967.
2. СУ УССР. – 1928. – № 3. – Ст. 41.
3. СУ УССР. – 1930. – № 21. – Ст. 209.
4. СУ УССР. – 1933. – № 51. – Ст. 664.
5. Борейко В. Е. История охраны природы Украины (X век – 1980 г.). – К., 2001. – 542 с.
6. СУ УССР. – 1934. – № 25. – Ст. 221.
7. СУ УССР. – 1938. – № 9–10. – Ст. 36.
8. СУ УССР. – 1932. – № 14–15. – Ст. 108.
9. СУ УССР. – 1938. – № 33. – Ст. 136.
10. Статуты Великого князівства Литовського: у 3 т. / За ред. С. Ківалова, П. Музиченка, А. Панькова. – О., 2003. – Т. 2. – 558 с.
11. Вакулюк П. Г. Нариси з історії лісів України. – Фастів, 2000. – 624 с.

*The article deals with regulations in the field of forestry adopted by the organs of state power in the USSR and the USSR during the period from 1929 to 1938. Evidence of mismanagement, waste of forests, the promulgation of regulations that have negative consequences are shown.*

*У статті розглядаються нормативні акти у сфері лісокористування, прийняті органами державної влади в СРСР та УРСР у період 1929–1938 рр., показані факти безгосподарності, нерационального використання лісів, прийняття нормативних актів, що мають негативні наслідки.*



## ІСТОРИКО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ РОЗВИТКУ УНІВЕРСИТЕТСЬКОЇ АВТОНОМІЇ В УКРАЇНІ

**Ольга Хохленко,**

*канд. юрид. наук,*

*в. о. завідувача кафедри теорії та історії держави і права  
Київської державної академії водного транспорту  
ім. гетьмана Петра Конашевича-Сагайдачного*

*У статті аналізуються історико-правові аспекти виникнення та становлення університетської автономії та самоврядування на території України, а також оцінюється стан справ з цього питання.*

**Ключові слова:** самоврядування, академічні свободи, університетська автономія.

Протягом декількох останніх років обговорюється питання щодо надання автономії вищим навчальним закладам (далі – ВНЗ). Ця проблема – центральна для реформування всієї системи вищої освіти України. Централізована, авторитарна система, що існує в системі вищої освіти в Україні, не є сумісною з вищою освітою. Подолання авторитаризму в українській системі вищої освіти дозволило б обмежити зміст державних і галузевих стандартів, запровадити державно-громадську систему управління нею; створити єдиний освітній простір в Європі згідно з Лісабонською конвенцією та Болонською декларацією, підвищити ефективність і якість міжнародної діяльності українських навчальних закладів.

**Метою цієї статті** є аналіз генези становлення університетської автономії та розроблення комплексу заходів, які сприятимуть розвитку автономності українських ВНЗ у контексті європейського досвіду.

Автономія університетів формувалася протягом багатьох віків і є однією з найстаріших форм самоврядування. З початку XII ст. університети мали автономію в юрисдикції, виключне право надавати науковій ступені, право до страйку та сецесії, автономію в кадрових питаннях, визначали регламентацію праці.

Середньовічний університет представляв інтереси вчених перед світською та духовною владою, гарантував ученим індивідуальну свободу, надавав право набуття юридичних і економічних привілеїв. Держава не обмежувала університетської автономії, виступала її гарантом.

Близько восьми століть самоврядування й автономія залишалися найважливішими атрибутами, найбільш повно відображали сутність університету як навчальної та дослідницької установи.

З часом вплив держави на університетське життя посилюється. Особливо цей процес активізувався після Реформації. Найбільш стійкими виявилися найстаріші університети Європи – Оксфордський, Кембриджський, американські – Гарвардський і Стенфордський, які зберегли ав-

тономію й академічні свободи як основне надбання.

Університети, які діяли на українських землях (Львівський, Чернівецький, Харківський, Одеський, Київський) тривалий час користувалися університетською автономією. Відповідно до статуту царського уряду від 1804 р. держава визнавала авторитети вчених-професорів, довіряла їм державні кошти для розвитку науки та підготовки фахівців.

У 1835 р. окремі елементи університетської автономії були ліквідовані (зокрема, був скасований університетський суд). Управління університетами перейшло до попечителів навчальних округів. У ході реформ 1860–1870 рр. автономія університетів була поновлена, у 1884 р. – знову скасована. На початку революції 1905–1907 рр. автономія була поновлена, але в 1907 р. її максимально обмежили. Таким залишалось становище університетів до лютого 1917 р. Революція, яка лише на короткий час надала ВНЗ автономні права, одночасно відкрила шлях до влади політичним авантюристам.

Знищення автономії університетів на території радянської України відкрило двері для їх розформування. Вже 6 березня 1920 р. Управління вищих шкіл освіти УРСР, затвердивши Статут інститутів народної освіти, поклато край існуванню університетів. На базі університетів почали створювати новий взірць «радянських ВНЗ» – інститути народної освіти, галузеві академії й інститути, основною ознакою яких стало повне безумовне підпорядкування партійним і адміністративним органам (Наркомату освіти).

Наказом від 19.03.1920 р. № 56 відділ Наркомату освіти повністю ліквідував університетську систему самоврядування й автономію, скасував учені ступені. До середини 30-х років минулого століття університети не функціонували взагалі. У 1933–1934 рр. деякі ВНЗ почали перейменовувати в університети, але не було мови про повернення університетської автономії та самоврядування. Схема освіти передбачала повну централізацію та профорієнтацію. Нові ВНЗ мали виховувати не повноцінного вченого, не генератора нових ідей, а спеціаліста-адміністратора. Таким чином, радянські університети за-



лишилися без основних привілеїв вікової університетської системи та перебували під опікою партійних і адміністративних органів. Підконтрольні парткомам і комітетам комсомолу (що прийшли на зміну політичним комісарам) університети УРСР жодного разу не відіграли в історії тієї ролі, якою можуть похвалитися університети Європи в історії боротьби за свободу.

Упродовж двадцятирічної найновішої історії України жоден уряд так і не наблизив університетську автономію до загальноприйнятих європейських стандартів. Слід зазначити, що в сучасних умовах ні інституційна автономія, ні академічні свободи не є абсолютними. Як правило, вони обмежені законодавчими актами й іншими механізмами регулювання.

Певні елементи університетської автономії все ж можемо віднайти в чинному законодавстві. У Законі УРСР «Про освіту» 1991 р. зазначається: «автономія надається вишу в установленому порядку відповідно до акредитації і передбачає додаткові права закладу на: визначення змісту освіти, планів прийому студентів, встановлення і присвоєння вчених звань, власність на будівлі, ін. належне їм майно, ін. повноваження, що делегують ВНЗ відповідно до його статусу органи державного управління» (ст. 39). Про роль учених рад, виборність керівництва й обмеження впливу міністерств і відомств, присудження вчених ступенів взагалі не йдеться. Зрозуміло, що ці функції були під контролем органів держави. У Законі України «Про вищу освіту» від 17.01.2002 р. про автономію та самоврядування взагалі не йдеться. Державна Національна програма «Освіта: Україна XXI століття» та Національна доктрина розвитку освіти також не згадують такий атрибут, як університетська автономія. Новий законопроект «Про вищу освіту» хоч і передбачає розширення університетської автономії, але в жодному нормативному документі не сказано про її впровадження, адже самоврядування ВНЗ просто не існує і на сьогодні спостерігається значний вплив владних органів на академічну, організаційну, кадрову, фінансову сфери вищої освіти. Таким чином, у нашій країні університети реально не мають базових елементів автономії, залишаються і надалі елементами жорстко регламентованої та централізованої системи. Іншими словами, самоврядування університетів сьогодні є чисто декларативним і не має нічого спільного із автономним самоврядуванням європейських університетів.

Приєднання України до Лісабонської та Бонської угод створило умови для проведення

реформ у галузі вищої освіти, сприяє запровадженню нової ідеології в підходах до організації навчальної, наукової, методичної та виховної роботи, пошуку додаткових інвестицій для розвитку освітньої діяльності навчального закладу. Наша держава стала активним учасником загальноєвропейського процесу реформування вищої освіти. В цьому контексті вагомого суспільного значення набуває розширення академічної культури й автономії університетів України. Університети повинні мати право формувати свою стратегію, визначати свої пріоритети в навчанні.

У сучасному розумінні автономія ВНЗ має визначатися:

- рівнем самоврядування в науково-педагогічному колективі;
- рівнем самоврядування в студентському колективі;
- рівнем свободи науково-дослідної діяльності;
- рівнем підготовки та перепідготовки спеціалістів.

Реалізація принципів університетської автономії, враховуючи українські реалії, потребує зусиль не лише Міністерства освіти і науки, молоді та спорту України, а й усіх політичних та інтелектуальних сил за підтримки всього суспільства.

Перехід до університетської автономії, на нашу думку, передбачає поетапне виведення університетів із підпорядкування відділам ВНЗ; повернення вченим радам університетів права остаточно вирішувати питання про присудження вчених ступенів і звань; демократизацію навчального процесу; підвищення відповідальності ВНЗ за якість освіти, а також за результати своєї праці перед суспільством; самостійне розпорядження власними коштами. Саме тому однією з функцій держави, спираючись на досвід закордонних партнерів, є створення законодавчих і фінансових передумов для розвитку університетської автономії.

Запровадження університетської автономії може створити унікальні можливості для стимулювання мотивації учасників навчального процесу – як студентів, так і викладачів. Кожен університет має шанс стати самоврядним закладом, де академічні свободи, право вибору, високий рівень особистої та корпоративної відповідальності перед суспільством будуть нормою<sup>1</sup>.

<sup>1</sup>Сіткович Є. Г. До проблеми запровадження університетської автономії: вітчизняний та зарубіжний досвід [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.nbuv.gov.ua/portal/Soc\\_Gum/Npchdu/History/2009\\_91/91-27.pdf](http://www.nbuv.gov.ua/portal/Soc_Gum/Npchdu/History/2009_91/91-27.pdf).

*This article analyzes the historical and legal aspects of the occurrence and formation of university autonomy and self-government in Ukraine is estimated the state of affairs on this issue.*

*В статті аналізуються історико-правові аспекти виникнення і становлення університетської автономії і самоуправління на території України, оцінюється стан справ по цьому вопросу.*



## ТЕОРЕТИЧНІ УЯВЛЕННЯ ПРО ПОЛІТИЧНІ ПАРТІЇ: історичний і методологічний аспекти

*Людмила Адашис,*

*канд. юрид. наук,  
доцент кафедри теорії та історії держави і права  
Академії митної служби України*

*Стаття присвячена розгляду теоретичних уявлень про політичні партії в різні історичні епохи, їх ролі та місця в суспільстві, з'ясовується ставлення до політичних партій з боку суспільства і держави залежно від конкретної історичної епохи та правової системи країни.*

**Ключові слова:** партія, політична партія, багатопартійна система, правова система.

З огляду на історичний досвід можна впевнено стверджувати, щоб досягти певної мети та захистити свої ідеали необхідно об'єднуватись. Однак у суспільстві завжди будуть різні погляди на одне й те саме питання, тому і виникають різні об'єднання, які згодом можуть перерости у політичні партії. Громадянське суспільство народжується та розвивається там, де створюються, мають можливість конкурувати і боротися за різними методами за владу різні політичні партії. Надання державою політичним партіям умов для законної діяльності та легальних можливостей для реалізації їх цілей, відкриття їм шляху до органів державної влади через участь у виборчому процесі закономірно тягне за собою утворення багатопартійної системи.

До проблеми дослідження виникнення політичних партій, їх розвитку та правового регулювання зверталось багато вітчизняних і зарубіжних представників політологічної, загальнотеоретичної та галузевих юридичних наук. Разом із тим існуючі проблеми становлення багатопартійної системи в Україні вимагають з'ясування цього питання з методологічної точки зору.

**Метою цієї статті** є дослідження теоретичних уявлень про політичні партії й їх місце в державі та суспільстві залежно від історичної епохи, правової системи країни.

Теоретичні уявлення про політичні партії, їх суть і роль у державі та суспільстві завжди залежали від реальних умов відповідної епохи, визначалися загальним розвитком політико-правової доктрини, уявленнями про суспільний і державний устрій у різні історичні

періоди. Однак можна констатувати, що протягом усієї історичної еволюції (майже до ХХ ст.) політичні партії (чи будь-які політичні об'єднання) потерпали від нападів і утисків держави та державної доктрини. Виражаючи групові інтереси і так чи інакше виявляючи свою самостійність і опозиційність державі, партії практично одноставно сприймалися як джерело криз і розколів у суспільстві. Антипартизм був найпоширенішою ідейною течією.

Термін «партія» (лат. *pars* (*parties*), англ. *party*) означає частину, групу. Хоча політичні партії в сучасному розумінні сформувалися порівняно недавно, термін «партія» був відомий ще в Стародавньому Римі, де партією називали групу політиків, які об'єдналися навколо певного лідера для посилення впливу свого патрона.

Свого часу ще в радянську науку була занесена пануюча наприкінці ХІХ ст. у західноєвропейській теорії точка зору, згідно з якою вже в ході гракханського руху в Римі формували політичні партії [1, с. 83]. Це були оптимати та популяри, відповідно партія аристократів і народна партія. Оптимати завжди розглядалися як партія правлячих верхів, а популяри – як партія демократична, а тому опозиційна. Таким чином, вважалося, що вже в епоху пізньої республіки в Римі існувала «двопартійна система». Зокрема, Н. Машкін розглядає оптиматів як партію аристократичну, а популярів – як партію демократичну [2, с. 126–139]. Однак такий погляд, на нашу думку, є хибним, що доводить С. Утченко. Аналізуючи промови, теоретичні твори та приватні листи Цицерона він, дійшов висновку, що оптимати не можуть вважатися не тільки партією нобілітету, а й взагалі будь-якою полі-

тичною партією чи політично організованою групою; це достатньо широкий міжстановий соціальний прошарок. Оптимати – це благопристойні та заможні громадяни, незалежно від належності до стану, люди порядні, інтелегентні, освідчені, що протиставляються грубому і неосвіченому натовпу. Популяри, за визначенням Цицерона, – особливий род політиків, які діють в угоду мас. Він зазначав, що існують і лжепопуляри, тобто популяри лише на словах і такі люди не можуть вважатися істинними захисниками народних інтересів. Популярами часто бувають представники знатних родів, сенатори, тобто це не чітко оформлена, консолідована група чи партія, а скоріше певний тип політично активних громадян, що обстоюють «народну програму». При цьому вважати популярів демократами можна лише в античному розумінні цього слова. У своїх виступах Цицерон демократичну форму правління називає «популярною». Для нього не існує принципової різниці між афінськими демократами та римськими популярями, бо й ті і інші прагнуть, щоб усі справи в державі вершилися по волі народу [3, с. 133–134].

Однак згадане дослідження не заперечує факту існування в Стародавньому Римі партій, безумовно, не в сучасному розумінні цього слова, тобто з фіксованою програмою, членством, партійним апаратом тощо. Цицерон, згадуючи про популярів і оптиматів, ніколи не називає їх *pars*, а *partes* ніколи не зв'язує з оптиматами чи популярями. Натомість він неодноразово застосовує термін «*pars*» у зв'язку з певними особистостями – «партія Помпея», «партія Клодія» тощо. Очевидно, йдеться про те, що навколо окремих політичних діячів (як оптиматів, так і популярів) на основі таких традиційних зв'язків, як клієнтела, патронат, родинні зв'язки тощо, створювалося певне постійне оточення.

Отже, ще задовго до появи політичних партій в їх сучасному розумінні цим терміном позначалися групи людей, які конкурували між собою у сфері влади чи впливу на владу. Масові політичні партії виникли порівняно недавно й є специфічним продуктом розвитку громадянського суспільства, парламентської конституційної держави, елементом політичної системи, що ґрунтується на формуванні представницьких органів.

Ж.-Ж. Руссо, розглядаючи партійні групування як фактор формування політичної волі громадян, виразників і представників суспільних інтересів, негативно оцінював антагонізм деяких із них: «тривалі ж дебати, чвари, сум'яття свідчать про посилення впли-

ву партикулярних інтересів і занепад держави» [4, с. 124]. Слід зазначити, що він взагалі був противником представництва: «щойно народ обирає собі представників, він більше не є вільним народом і взагалі народом» [4, с. 115]. Ж.-Ж. Руссо вважав, що свобода індивіда існує лише за умов, коли законотворчість здійснює безпосередньо народ, а «депутати, обрані народом, не є і не можуть бути його представниками; вони є лише його комісарами і не можуть нічого вирішувати остаточно» [4, с. 112].

Г. Гегель заперечував спроможність партій бути носієм суспільно-політичної думки. Він прирівнював їх до «влади небагатых», «приватного, випадкового інтересу», який «має бути нейтралізований» [5, с. 274]. Ф. Бекон вважав, що посилення партій і суперечок між ними свідчить про слабкість правителів і дуже шкодить успіху їх справ [6, с. 385]. А. де Токвіль вказував, що «партії – це зло, властиве демократичному правлінню», «великі партії сколихують суспільство, малі його підбурюють; перші розривають його на шматки, другі його розбещують; великі партії, сколихуючи суспільство, в такий спосіб часто-густо його рятують, а малі без очевидної користі сіють розбрат» [7, с. 150–151]. На думку Галіфакса, партія – найдосконаліший взірець змови проти решти нації, а партійна дисципліна несумісна із свободою особистої думки [8, с. 464].

Викладене свідчить, що низька оцінка політичних партій була типовою для того часу аж до виходу у світ у 1770 р. праці Е. Берка «Думки про причини нинішніх незгод». Він уперше сформулював визначення політичної партії, яке вважається класичним: партія – це об'єднання людей, що згуртувалися для сприяння загальнонаціональному інтересу своїми спільними зусиллями і то на якійсь певній, спільно погодженій засаді. Е. Берк доводив, що будь-який серйозний державний діяч повинен мати ідеї з приводу того, що потребує державна політика, співпрацювати з іншими діячами, які мають подібні погляди, не дозволяти будь-яким особистим міркуванням спонукати до порушення своєї вірності союзникам. Усі вони повинні триматися як одне ціле та відмовлятися від таких альянсів і керівництва, що були б несумісними із засадами, на яких утворено їх партію [8, с. 541].

Незважаючи на різне ставлення до політичних партій, з другої половини ХІХ ст. у більшості західноєвропейських країн партії вже глибоко проникли у сферу діяльності держави та посилили свій вплив на функціонування всієї політичної системи. Це зумовило нове бачення в державно-політичній теорії

ролі та місця політичних партій, визнання партій необхідними елементами функціонування демократичних інститутів конституційної держави. М. Дюверже зазначає, що режим без партій забезпечує увіковічення керуючих еліт, сформованих за правом народження, багатства або посади, а людині з народу складно пробитися в цю закриту касту без підтримки партій, що прагнуть зрощувати свої еліти.

Аналіз сучасних підходів до місця та ролі політичних партій у країнах світу дуже важливий і з методологічної точки зору. Зокрема, А. Георгіца виділяє п'ять таких підходів [9, с. 163–164].

*Перший підхід*, характерний для країн англосаксонської правової системи, пов'язаний із концепцією партії як «приватної справи», «клубу по інтересах». У конституціях США, Канади, деяких інших країн немає положень про партії. Так, Конституція США не тільки не містить норм, які б регулювали статус політичних партій, а й поняття «партія» взагалі не існує у федеральному законодавстві. Не існує також спеціального федерального закону про партії, а на партії поширюється загальний термін «корпорація», під яким розуміють усі недержавні об'єднання. Регламентація статусу політичних партій здійснюється в законодавстві та судовій практиці лише в тому обсязі, який пов'язаний із їх участю у виборах державних органів [10, с. 150–151]. Законодавство Великобританії також не передбачає спеціальної процедури створення та реєстрації політичних партій, які розглядаються як звичайні асоціації. Такий підхід спрощує зміст і обсяг правового статусу політичних партій. Він забезпечує відсутність спеціальних обмежень їх діяльності в політичній сфері.

Зазначений метод «мінімального втручання» характерний для країн англосаксонської правової системи.

*Другий підхід* притаманний країнам романо-германської правової системи. У конституціях цих країн містяться розгорнуті положення про роль і місце політичних партій у житті суспільства, а також фіксуються деякі принципи організації та діяльності партій. Наприклад, п. 1 ст. 21 Основного закону ФРН містить припис: партії сприяють формуванню волі народу; ст. 6 Конституції Іспанії визначає політичну партію як основний елемент політичної діяльності; п. 1 ст. 51 Конституції Португалії вбачає роль партій у формуванні народної волі та організації політичної влади. Такий підхід притаманний майже всім конституціям європейських країн.

З одного боку, він закріплює політичний плюралізм, визнає політичні партії невід'ємною частиною політичної системи суспільства та надає їм велике коло повноважень; з іншого – покладає на політичні партії певне коло обов'язків, захищає державні інституції від панування однієї партії, а партії – від свавілля з боку державної влади.

*Третій підхід* існує в деяких тоталітарних державах, де конституцією прямо встановлена однопартійна система, а всі інші партії, крім правлячої, забороняються. Так було до 1990 р. у Демократичній Республіці Конго. Тривалий час Італія була екстремальним прикладом партійної держави, де єдина всемогутня партія проникла в усі сфери суспільного життя, виходячи далеко за межі політики. Конституція СРСР 1977 р. також перетворила КПРС на партію-державу. А ст. 6 Конституції УРСР 1978 р., визначила ядром політичної системи суспільства КПРС. На сьогодні більшість країн світу прагне демократизувати свої політичні системи, імплементувати міжнародні стандарти в галузі політичних прав громадян у свої правові системи, закріпити політичну багатопартійну систему.

*Четвертий підхід* застосовується в країнах мусульманського фундаменталізму – Кувейті, Катарі, ОАЕ, Омані, Саудівській Аравії. У таких країнах заборонені всі політичні партії як такі, що порушують єдність умми – мусульманської громади. Особливістю конституцій арабських країн є вкрай незначне конституційне регулювання політичних прав і свобод громадян. Це може пояснюватися відсутністю сталих демократичних традицій, сильними тенденціями авторитаризму в державному управлінні, відсутністю легальної політичної опозиції тощо. Але такий стан речей притаманний не всім арабським країнам. Так, у ст. 8 Конституції Сирії партія арабського соціалістичного відродження є керівною силою суспільства та держави. Вона очолює Патріотичний прогресивний фронт, що прагне до об'єднання зусиль народних мас, щоб поставити їх на службу меті арабської нації.

Наявність згадки про політичні партії в конституціях, присвячення їм окремих статей є скоріше винятком із загального правила. Як правило, конституції проголошують свободу асоціацій (ст. 8 Конституції Тунісу, ст. 13 Конституції Лівану). Прикладами таких винятків можуть бути конституції Мавританії та Алжиру. Стаття 11 Конституції Мавританії закріплює положення про те, що партії і політичні групи повинні працювати разом для формування та вираження

політичної волі. Вони мають формуватися і здійснювати свою діяльність вільно, при цьому поважати демократичні принципи, з тим, щоб їх цілі та дії не підривали національний суверенітет, територіальну цілісність і єдність народу та держави. При цьому існує спеціальний закон, який окреслює умови створення, функціонування та розпуску політичних партій. Дуже змістовною є ст. 42 Конституції Алжиру, присвячена праву на створення політичних партій. Однак вона скоріше містить перелік заборон для партій, а не прав: здійснення цього права не може поєднуватися із замахом на основні свободи, фундаментальні цінності, національну єдність, безпеку, територіальну цілісність, незалежність країни та суверенітет народу, а також на демократичний і республіканський характер держави; політичні партії не можуть створюватися на релігійній, лінгвістичній, расовій, статевій, корпоративній і регіональній основі, не можуть вдаватися до пропаганди [11, с. 104, 126–127, 288].

Аналіз теоретичного уявлення про роль політичних партій в арабських країнах зумовлює необхідність згадати М. Каддафі з його теорією джамахірії. М. Каддафі називав партійну систему «диктатурою сучасної епохи», оскільки партія – це влада частини над цілим. На його думку, з точки зору справжньої демократії неприпустимо, щоб одна партія керувала всім народом, оскільки народ – це множинність інтересів і поглядів. Відносно народу партія – це меншість. Партія представляє частину народу, але суверенітет народу неподільний. Мета утворення партії – створити засіб управління народом. При цьому, заволодіння владою вважається способом здійснення мети партії, яка, нібито, збігається з метою всього народу. І хоча партія виникає як представник інтересів народу, в подальшому керівництво партії стає представником інтересів цієї ж партії, а згодом і представником лише партійного керівництва. Партія керує від імені народу, але на практиці ніяке представництво від імені народу неможливе. Підсумовуючи своє ставлення до партій і партійної системи, М. Каддафі зазначав, що партії – це племена та клани сучасної епохи. А боротьба партій за владу нічим не відрізняється від боротьби за владу між племенами та кланами. Обидві рівною мірою справляють руйнівний вплив і шкодять суспільству [12, с. 27–31]. І хоча деякі вчені ототожнюють його правління по суті з однопартійною системою, на нашу думку, певні теоретичні положення «Зеленої книги» заслуговують на увагу та подальший аналіз.

*П'ятий підхід* використовується в умовах авторитарних і тоталітарних режимів. Полягає він у законодавчому закріпленні тільки певної кількості партій або партій певного профілю, що мають репрезентувати основні течії політичної думки. Всі інші партії забороняються. У Бразилії після військового перевороту 1964 р. протягом чверті століття дозволені були лише дві політичні партії: проурядова й опозиційна. Дві партії були дозволені також Конституцією Нігерії 1989 р., а чотири – Сенегалу.

Заслугує на увагу приклад конституційного закріплення ролі партії в розвитку держави в Китайській Народній Республіці. З одного боку, керівна роль Комуністичної партії Китаю у суспільстві та державі розкрита саме в Преамбулі Конституції, а з іншого – жодна із 138 статей Конституції не закріплює керівної та спрямовуючої ролі в управлінні державою і суспільством.

Однак, проголошення Преамбулою Конституції того, що в КНР вже сформувався під керівництвом Комуністичної партії Китаю широкий єдиний фронт різних демократичних партій і народних організацій передбачає, що всі інші вісім існуючих у КНР партій так чи інакше пов'язані з КПК та її принципами [13, с. 106].

### Висновки

Термін «партія», як і уявлення про місце та роль цього об'єднання протягом свого розвитку мали різне значення залежно від конкретних історичних епох і країн. Але майже завжди партія ототожнювалася з обстоюванням певних інтересів (однієї особи, групи осіб, частини суспільства), які вона намагалася реалізувати шляхом впливу на владу в державі чи її здобуття.

Існування в Україні політичних партій – результат об'єктивного історичного розвитку, демократизації суспільного життя. Сучасний конституційно-правовий розвиток держави характеризується процесом правової інституціалізації політичних партій, законодавчим посиленням їх ролі у формуванні та здійсненні державної влади, визнанням партій необхідним інститутутом для функціонування всього державного механізму. Однак постійно триваюча політична реформа, перехід від однієї виборчої системи до іншої напередодні кожних виборів не сприяють стабільності як політичної, так і багатопартійної систем в Україні. Наявність, за даними Міністерства юстиції України, за станом на 25.04.2012 р. 199 політичних партій не

свідчить про розвинутість демократичних надбань Україною.

На жаль, на сьогодні в Україні ми маємо невтішну картину – нестабільні результати виборчих кампаній, слабкі урядові коаліції. Як наслідок – нетерплячий, невдоволений і розчарований електорат, який не надає другого шансу неуспішним урядам, з легкістю схиляється до наступних популістських обіцянок. Але тут суспільство може чекати інша загроза. Якщо від виборів до виборів на краще нічого не змінюється, то за дуже короткий період виборець може взагалі відвернутися від усіх партій [14, с. 15]. І це вже частково виправдовується, бо під час парламентської виборчої кампанії 2007 р. в Україні, за даними Центральної виборчої комісії, понад 3 % громадян не підтримали жодної політичної сили.

Сучасна як юридична, так і суспільна наука не розглядає питання про необхідність або борону існування політичних партій. Основна проблема – пошук оптимальних моделей їх правової інституціоналізації. Але, можливо, саме зараз необхідно приділити цьому питанню особливу увагу. Тому подальші дослідження в цьому напрямі видаються вкрай важливими.

*The article is devoted to the theoretical concepts of the political parties in different historical periods, outline their role and place in society. Found differences related to the political parties of the society and the state, depending on the particular historical epoch and the country's legal system.*

*Стаття посвячена розгляду теоретических представлень о політических партиях в разные исторические эпохи, их роли и места в обществе, выясняется отношение к политическим партиям со стороны общества и государства в зависимости от конкретной исторической эпохи и правовой системы страны.*

### Література

1. Моммзен Т. История Рима: В 5 т. – М.; Х., 2001. – Т. 2, кн. 4.
2. Машкин Н. А. Римские политические партии в конце II и в начале I в. до н. э. // ВДИ. – 1947. – № 3. – С. 126–139.
3. Утченко С. Л. Цицерон и его время. – М., 1973.
4. Руссо Ж.-Ж. Про суспільну угоду, або Принципи політичного права. – К., 2001.
5. Гегель Г. В. Ф. Основи філософії права, або Природне право і державознавство / Пер. з нім. Р. Осадчука, М. Кушніра. – К., 2000.
6. Бэкон Ф. Сочинения: В 2 т. – М., 1978. – Т. 2.
7. Токвиль Алексіс де. Про демократію в Америці: У 2 т. / Переклад з франц. Г. Філіпчука, М. Москаленка. – К., 1999.
8. Себайн Джордж Г., Торсон Томас Л. Історія політичної думки / Пер. з англ. – К., 1997.
9. Георгіца А. З. Конституційне право зарубіжних країн. – Тернопіль, 2003.
10. Алебастрова І. А. Конституционное право зарубежных стран. – М., 2002.
11. Сапронова М. А. Государственный строй и конституции арабских республик. – М., 2003.
12. Каддафі М. Зелена книга. – К., 2003.
13. Златопольский Д. Л. Государственное право зарубежных стран: Восточной Европы и Азии. – М., 1999.
14. Феен Г.-Й. Развитие партийных систем у посткоммунистических странах ЕС. – К., 2007.



## ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ «КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА САНКЦІЯ» З ПОЗИЦІЇ ЮРИДИЧНОГО ПОЗИТИВІЗМУ

**Єгор Назимко,**

*канд. юрид. наук,  
старший науковий співробітник відділу організації наукової роботи  
Донецького юридичного інституту МВС України*

*У статті аналізуються поняття «правова норма», «санкції правової норми», «кримінально-правова санкція», «санкції статті Кримінального кодексу».*

**Ключові слова:** кримінально-правова санкція, позитивізм, правова норма, закон.

Зважаючи на специфіку норм кримінального права та їх значущість у національній правовій системі, роль санкцій статей (санкцій частин статей) Особливої частини Кримінального кодексу (далі – КК) України у справі протидії злочинності неможливо переоцінити (деякі науковці взагалі називають їх найбільш гострою зброєю у цій справі [1, с. 63]). Тому від рівня їх розробленості та наукової обґрунтованості багато в чому залежить ефективність застосування законодавства України про кримінальну відповідальність.

Однією із складових проблеми підвищення ефективності застосування КК України є філософсько-правове осмислення базових категорій і понять кримінального права, до яких, безумовно, відноситься поняття «кримінально-правова санкція».

Дослідженню санкцій статей (санкцій частин статей) Особливої частини КК України приділяють увагу такі вчені, як П. Андрушко, М. Бажанов, Ю. Баулін, В. Борисов, В. Грищук, М. Коржанський, О. Костенко, М. Костицький, О. Литвак, М. Мельник, А. Музика, В. Навроцький, М. Панов, А. Пінаєв, В. Сташис, В. Тацій, В. Тихий, Є. Фесенко, Ю. Філей, В. Філонов, М. Хавронюк, С. Школа, С. Яценко та ін. Однак поняття «кримінально-правова санкція» потребує вивчення з різних філософсько-правових концепцій.

**Метою цієї статті** є визначення поняття «кримінально-правова санкція» з позиції юридичного позитивізму.

Юридичний позитивізм вбачає основне джерело права у волі держави, а основним свідченням цієї волі є офіційний текст права. Позитивізм у сфері міжнародного права висуває тезу, що все міжнародне право є договірним правом, а свою юридичну силу черпає з єдності суверенних воель держав. Що сто-

сується міжнародних звичаїв, то їх позитивісти визнають джерелом права на тій підставі, що вони є посереднім вираженням волі держав, мовчазною згодою держав [2].

Представники школи юридичного позитивізму (І. Бентам, Дж. Остін, Кельзен та ін.) спрямовували наукові пошуки на вивчення феноменології права (реальних законів, логіки, способів їх функціонування, класифікації, систематизації аж до правової лінгвістики). Методологією пізнання цих феноменів є теоретико-пізнавальний (науковий) підхід, що дозволяє виявити й описати реальні закономірності та законівідповідності реалізації практичного права.

З позиції позитивізму кримінально-правові явища мають досліджуватися відповідно до їх законодавчої регламентації. Іншими словами, сутнісні характеристики, що властиві кримінальному праву, не мають значення для позитивістського виміру кримінального права. Тому поняття «кримінально-правова санкція» має отожднюватися із поняттям «санкція статті (санкція частини статті) Особливої частини КК України». У нашому дослідженні поняття «кримінально-правова санкція» є категорією кримінально-правового законодавства. Однак без дослідження категорій права неможливо зрозуміти сутність категорій законодавства, яке в межах національної правової системи є формою, тобто зовнішнім виявом права. У зв'язку з цим запропоноване дослідження матиме таку структуру: норма права та її структура – санкція норми права – кримінально-правова санкція.

Існують різні визначення норми права: норма права – це загальнообов'язкове, формально визначене правило поведінки загального характеру, що у встановленому порядку приймається, змінюється, скасовується та забезпечується відповідними державними органами [1, с. 130]. На думку В. Ортинського, В. Грищука, М. Мацька норма права (право-

ва норма) – це формально обов'язкове правило поведінки загального характеру, що встановлюється або санкціонується державою з метою регулювання суспільних відносин і забезпечується її організаційною, виховною та примусовою діяльністю [3, с. 26].

Слід зазначити, що норма права є формою вияву права у виді санкціонованих державою обов'язкових правил загального характеру (закон, указ, декрет, постанова тощо) в певній галузі суспільних відносин. Що стосується структури норми права (внутрішньої організації норми права), то найбільш поширеною є ідея про триелементну (логічну) побудову правової норми. Ця позиція ґрунтується на тому, що норма права повинна, поперше, встановлювати певне правило поведінки шляхом закріплення прав та обов'язків суб'єктів (диспозиція); по-друге, визначити умови, за наявності яких суб'єкти можуть реалізувати ці права й обов'язки (гіпотеза); по-третє, закріплювати певні засоби забезпечення приписів, що в ній містяться (санкція) [1, с. 134]. Така структура норми права орієнтує правотворчість і практику на точне з'ясування: хто, коли і до чого зобов'язаний, на що має право, які, за що і до кого застосовуються санкції [4, с. 8].

Немає єдності серед дослідників у питанні визначення поняття «санкції норми права». Є різні визначення цієї складової норми права: санкція – це частина норми права, у якій міститься вказівка на міру відповідальності за порушення приписів диспозиції норми [5, с. 508]; санкція – це частина норми права, яка вказує на заходи державного впливу, що застосовуються до порушника правила, яке передбачене диспозицією [1, с. 134]; санкція – це частина норми, де міститься вказівка на засоби державного примусу, що застосовуються спеціальними органами держави за порушення вимог диспозиції норми [6, с. 28].

Різні підходи до визначення поняття «санкція норми права» є закономірністю, оскільки стрімкий розвиток юридичної науки, формування численних юридичних шкіл сприяє вдосконаленню поглядів на всі юридичні категорії, передусім, базові. Одночасно з удосконаленням базових категорій загальної теорії права відбувається перегляд, повна чи часткова ревізія галузевих юридичних категорій [7, с. 14], у тому числі категорій кримінального права та кримінально-правового законодавства.

О. Козлов вважає, що санкція – це частина кримінально-правової норми, що має державно-примусовий якісно-кількісний характер, є формально визначеною об'єктивно-суб'єктивною моделлю мір кримінально-правового впливу, що застосовується до осіб, які вчинили злочин [8, с. 17]. На думку О. Куз-

нецова та В. Гіжевського, санкція статті Особливої частини КК України – це частина норми, що визначає вид і міру покарання за вчинення передбаченого диспозицією суспільно небезпечного діяння [9, с. 31]. Ю. Філей стверджує, що кримінально-правова санкція – це необхідна складова частина норми, яка містить у собі модель виду та розміру покарання, адекватного суспільній небезпечності злочинного діяння [10, с. 34].

Ю. Ткачук доходить висновку, що кримінально-правова санкція – це врегульовані законом дії вповноважених органів державної влади, які містять підсумкову оцінку діяльності юридичних або фізичних осіб, спрямовані на підтримку законності та правопорядку [11, с. 28]. Не вдаючись до критики зазначеної позиції, навіть «озброєним оком» важко віднайти в цьому визначенні кримінально-правові ознаки чи хоч якийсь натяк на специфіку кримінально-правових санкцій.

В. Клименко вважає, що санкція статті Особливої частини КК України – це частина статті Особливої частини КК України, яка встановлює вид і розмір покарання за злочин, вказаний у диспозиції [12, с. 25]. На думку А. Чернова, кримінально-правова санкція – це частина статті кримінального законодавства, в якій вказані вид і розмір покарання [13, с. 19]. О. Литвак стверджує, що санкції норм Особливої частини КК України визначають покарання, які можуть бути призначені судом за порушення правил поведінки, що містяться у диспозиціях відповідних статей [14, с. 184].

Аналіз визначень кримінально-правових санкцій свідчить, що деякі дослідники (наприклад, О. Козлов, Ю. Філей) відносять їх до структури кримінально-правової норми, інші (наприклад, О. Кузнецов, В. Гіжевський, О. Литвак, А. Чернов) – до структури статті Особливої частини КК України.

З. Незнамова розглядає санкцію і як частину кримінально-правової норми, і як частину статті КК, яка визначає вид і розмір покарання. Як бачимо з цього визначення, одне й те саме поняття має декілька змістів, відбувається підміна категорій кримінального права та кримінально-правового законодавства. Наслідком цього є поява тверджень, що кримінально-правові санкції встановлюються не лише за злочини, а й за деякі інші неправомірні з точки зору кримінального закону дії, які настали за злочином і тим чи іншим чином впливають на основну відповідальність [11, с. 27].

Різницю між досліджуваними категоріями можна побачити, якщо піддати аналізу комплекс обмежень, застосування яких вони можуть передбачати за вчинення конкретно-злочину. Що стосується кримінально-пра-



вової санкції з позиції юридичного позитивізму, то її розуміння є праксеологічно спрямованим: за вчинення злочину, передбаченого диспозицією статті (диспозицією частини статті) Особливої частини КК України застосовується покарання, що передбачено відповідною санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини КК України. Щодо широкого тлумачення кримінально-правової санкції, то за вчинення злочину, передбаченого диспозицією статті (диспозицією частини статті) Особливої частини КК України суд може не тільки застосувати покарання, передбачене відповідною санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини КК України, а й призначити більш м'яке покарання, ніж передбачено законом, звільнити особу від покарання тощо, якщо можливість їх застосування передбачена КК України тощо.

З метою уніфікації та гармонізації процесу реалізації ми пропонуємо розуміти покарання кримінально-правову санкцію з позиції юридичного позитивізму як елемент статті (елемент частини статті) Особливої частини КК України, в якому визначена міра покарання за вчинення злочину, передбаченого диспозицією статті (диспозицією частини статті) Особливої частини КК України.

Однією з основних особливостей запропонованого визначення кримінально-правової санкції є її відмежування від категорій кримінального права як галузі права, що спрямоване на вдосконалення правозастосовної практики.

### Висновки

Проведений аналіз засвідчив, що єдиного поняття кримінально-правових санкцій, санкцій статей (санкцій частин статей) Особливої частини КК України не існує. Необхідність проведення розвідок у даній сфері зумовлена потребами належного законодавчого забезпе-

чення процесу реалізації покарання, що є індикатором дотримання прав і свобод людини та громадянина в нашій державі.

### Література

1. *Осаулєнко О. І.* Загальна теорія держави і права. – К., 2007. – 336 с.
2. *Мережко О.* Теорія джерел міжнародного права // Юридичний журнал. – 2009. – № 1 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=3110>. – Назва з екрана.
3. *Основи держави і права України* / За ред. В. Л. Ортинського, В. К. Грищука, М. А. Мацька. – К., 2008. – 583 с.
4. *Лейст О. Э.* Санкции и ответственность по советскому праву (теоретические проблемы). – М., 1981. – 224 с.
5. *Правознавство* / За ред. В. Г. Гончаренка. – К., 2007. – 636 с.
6. *Подкорытова Л. Н.* Задержание лиц, совершивших преступление, как обстоятельство, исключающее преступность деяния (социальные и уголовно-правовые проблемы): дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 1999. – 174 с.
7. *Сітькевич О. В.* Норми конституційного права України: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2003. – 207 с.
8. *Козлов А. П.* Уголовно-правовые санкции (проблемы построения, классификации и измерения). – Красноярск, 1989. – 176 с.
9. *Кузнецов О. В., Гіжевський В. К.* Кримінальне право України (повний курс у схемах та таблицях). – К., 2005. – 459 с.
10. *Філей Ю. В.* Поняття кримінально-правової санкції // Вісник прокуратури. – 2003. – № 11. – С. 30–35.
11. *Ткачук Ю. О.* Сутність, ознаки та структура санкцій у кримінальному законодавстві України // Адвокат. – 2007. – № 9. – С. 26–29.
12. *Кримінальне право України: Загальна частина* / Ю. В. Александров, В. І. Антипов, О. О. Дудоров та ін.; За ред. М. І. Мельника, В. А. Клименка. – К., 2008. – 376 с.
13. *Чернов А. Д.* Тенденция развития уголовно-правовых санкций на современном этапе // Следователь. – 1999. – № 3. – С. 19–24.
14. *Литвак О. М.* Держава і злочинність. – К., 2004. – 304 с.

*In this article we give the notion of penal sanctions from the perspective of legal positivism. Examines the concept of legal norms, sanctions, legal norms, penal sanctions, the sanctions of the Penal Code.*

*В статтє аналізують поняття «правовая норма», «санкции правовой нормы», «уголовно-правовая санкция», «санкции статьи Уголовного кодекса».*



## ПРОЦЕС ІНСТИТУЦІОНАЛІЗАЦІЇ ТОРГІВЛІ ЛЮДЬМИ В СУЧАСНИХ УМОВАХ

**Юлія Раковська,**

*канд. юрид. наук,  
старший викладач Навчально-консультаційного центру  
Національного університету «Одеська юридична академія»,  
м. Черкаси*

*У статті висвітлюються витoki формування торгівлі людьми як соціального інституту, особливості його функціонування в сучасних глобалізаційних умовах.*

**Ключові слова:** торгівля людьми, інституціоналізація, протиправний соціальний інститут.

Глобалізаційні процеси у світовому масштабі сьогодення зумовлюють зміну всіх систем та їх структурних елементів. Формальні інститути зазнають деформації, викривлення, заміщення неформальними в усіх сферах суспільного життя. Так інститути, які займаються виробництвом і розподілом благ, послуг, регулюванням грошового обігу, організацією праці, регулюють щоденні особистісні контакти, полегшують взаєморозуміння, забезпечують рівномірний плин повсякденного життя, витісняються таким неформальним інститутом, як торгівля людьми.

Торгівля людьми розглядалася в межах різних підходів, позицій на науковому рівні. Однак інституційні та структурні аспекти торгівлі людьми детально не вивчалися. Інституційній методології й окремим аспектам процесу інституціоналізації кримінальних практик присвячені праці А. Бови, В. Дрьоміна, Л. Черноуса, А. Яковлева та ін.

**Метою цієї статті** є висвітлення передумов формування торгівлі людьми як соціального інституту, особливості його функціонування в сучасних глобалізаційних умовах.

Упродовж своєї еволюції суспільство створює власні соціальні інститути, здатні вирішувати різні завдання, задовольнити найважливіші потреби. Типові для цього суспільства інститути відображають його культурний образ [1, с. 84–86].

Інституційна методологія є провідною при вивченні соціальної структури суспільства, характеристикі ціннісно-нормативних засад його розвитку. Соціальним інститутам належить провідна роль в організації суспільного життя та формуванні нормативно-впорядкованої структури суспільства. Сучасна кримінологія активно застосовує інституційні методи дослідження злочинності та криміналізації соціуму [2, с. 143].

Будь-який соціальний інститут виникає тільки тоді, коли з'являється соціальна потреба, і функціонує доти, доки існує ця потреба. Відпадає потреба – і соціальний інститут стає непотрібним, оскільки гальмує суспільне життя. Отже, інститут, виступаючи сукупністю взаємозв'язків і систем поведінки людей, визначається їх потребами, діє в їх інтересах.

Основним чинником розвитку інститутів суспільства Г. Спенсер уважав боротьбу за існування з сусідніми общинами (війну) та природним середовищем. Потреба вижити суспільному організму в умовах його еволюції, при ускладненні структури зумовлює, на думку дослідника, необхідність формування особливого регулятивного інституту. У державі, як і в живому організмі, неминуче виникає регулююча система [2, с. 139–141].

Соціальні інститути виступають як особливі ціннісно-нормативні комплекси, що регулюють поведінку індивідів, і стійкі конфігурації, які створюють статусно-рольову структуру суспільства. На думку У. Гамільтона, основою інститутів є звичний для певної групи людей або суспільства спосіб мислення та дії [2, с. 149].

Соціальні інститути – це специфічні утворення, що забезпечують відносну стійкість зв'язків і відносин у межах соціальної організації суспільства, окремі історично зумовлені форми організації та регулювання суспільного життя. Інститути виникають у ході розвитку соціуму, диференціації видів діяльності, поділу праці, формування специфічних видів суспільних відносин. Їх поява зумовлена об'єктивними потребами соціуму в регулюванні суспільно значущих сфер діяльності та соціальних відносин. В інституті відбувається опредметнення певного виду суспільних відносин [3, с. 126–127]. Кожен інститут здійснює певний вид діяльності, включає соціальну спеціалізовану групу, норми, що регулюють від-

носини всередині системи, матеріальні засоби, необхідні для досягнення поставленої мети та виконання регламентованих функцій [4, с. 132–135].

Основою торгівлі людьми є формування та функціонування специфічних соціальних груп, що утворилися на ґрунті інституційного оформлення у сфері злочинної діяльності певної групи людей. Сучасна інституціоналізація, як зазначає В. Дрьомін, є наслідком глобального поширення кримінальних практик [5, с. 54–55].

На думку А. Бови, злочинна організація – це сукупність соціальних зв'язків індивідів і груп, що ґрунтується на системі соціальних статусів та ролей, ідентифікації, соціальних норм і цінностей (тіньові конвенції, кодекси), що надають цій взаємодії цілеспрямованого, регулярного та стійкого характеру злочинної діяльності, спрямованої на досягнення економічних (прибутки), політичних (влада), соціальних (визнання, легітимація) або ідеологічних (престиж) цілей незаконними засобами, зокрема за допомогою корупції або насилля [6].

Торгівля людьми, як правило, здійснюється невеликими локальними кримінальними угрупованнями, що являють собою розгалужену систему з прямими чи опосередкованими зв'язками. Злочинні угруповання можуть здійснювати свою діяльність на основі поєднання легального та нелегального бізнесу. Ця система є доволі гнучкою та мобільною. Руйнування однієї ланки ніяк не впливає на її функціонування, оскільки ліквідована частина відразу замінюється аналогічною. Кожна організована група може входити одночасно до декількох таких систем [7, с. 214–216].

Я. Гілінський та В. Гольберт вважають, що ринкова лібералізація призвела до лібералізації сексуальних відносин і ринку сексуальних послуг (відносна легалізація проституції, менш ригористичне ставлення до неї населення, поява інституціоналізованих її форм тощо) [8, с. 220–223]. Діяльність злочинних об'єднань, що спеціалізуються на сексуальній експлуатації, здійснюється переважно під прикриттям різних бюро добрих послуг, чоловічих салонів, масажних кабінетів, саун, шлюбних агентств, пунктів психологічного розвантаження, модельних агентств, а також фірм, що пропонують «розваги», «відпочинок» тощо [9, с. 43–45]. Трудова експлуатація здійснюється «фірмами», які працюють підпільно, без забезпечення санітарних, епідеміологічних норм, правил безпеки на «виробництвах» тощо.

До злочинних угруповань, що на міжнародному рівні займаються торгівлею людьми, належать албанська, нігерійська, східна, латиноамериканська, китайська, азійська та

російська групи [10, с. 59–60; 11, с. 232–238]. Кожна з них має свої особливості діяльності, свою спеціалізацію в рамках торгівлі людьми, ринки збуту, основні категорії населення, які виступають постачальниками потенційних жертв. Діяльність злочинних організацій, що спеціалізуються на торгівлі людьми, характеризується жорстокістю, широкомасштабним застосуванням насильства, примусу, порушенням правових і моральних заборон, використанням корупційних дій для досягнення власних цілей. Основна мета торгівлі людьми – отримання максимальної економічної вигоди. Цей злочинний промисел активно реагує на попит, а дохід від нього йде людям, які залишаються в тіні та не беруть безпосередньої участі у вчиненні злочину. Торгівля людьми як злочинна діяльність є складовою транснаціональної організованої злочинності; вона приносить величезні незаконні прибутки, що відмиваються та вкладаються в легальні ринки з малим ризиком судового переслідування і конфіскації майна [12].

Традиційні різновиди форм експлуатації людини (трудова, сексуальна) та нові форми експлуатації жертв (сурогатне материнство, жебрацтво, порнобізнес, участь у збройних конфліктах) існують завдяки попиту.

Торгівля людьми як одна з форм організованої злочинності й інститут тіньової економіки охоплює виробництво, розподіл, обмін і споживання нелегальних благ та послуг. Організований характер цього «бізнесу» зумовлює «зміну спонтанних, випадкових, хаотичних дій на впорядковану, стандартизовану, нормативно врегульовану і стійку взаємодію злочинців» [13], що передбачає розподіл функцій і професіоналізацію, формування статусно-рольової системи всередині злочинних спільнот, перенесення її в суспільство в цілому. Іншими словами, можна вести мову про інституційні та структурні аспекти торгівлі людьми. Ступінь їх інституціоналізації та вкоріненості в суспільстві зумовлені особливостями культурологічної сфери.

На основі теоретичних положень інституціональної методології, викладених у працях А. Бови, В. Дрьоміна, Л. Черноуса, А. Яковлева та інших учених, з'ясовано, що торгівля людьми як одна з форм організованої злочинності виконує низку функцій, притаманних соціальному інституту: задоволення потреб у нелегальних товарах (наприклад, у наркотиках) чи послугах, зокрема сексуальних, створення робочих місць і залучення кваліфікованого та некваліфікованого персоналу, консалтинг (рекомендації щодо технологій відмивання грошей, отриманих у результаті торгівлі людьми). Торгівля людьми виконує не лише економічну функцію, а й інші: регулятивну (регулювання відносин між залежни-

ми людьми й їх власниками з метою економічної експлуатації перших), інтегративну (згуртування суспільства з боку як експлуататорів, так і експлуатованих), транслуючу (передача досвіду щодо володіння та поведення з експлуатованими, виконання певних трудових повинностей ними, їх покори), комунікативну (у межах торгівлі людьми як сучасної форми рабства та соціального інституту відбувається спілкування, поширення, передача інформації щодо статусно-рольових аспектів її учасників), захисну (нівелювання бюрократичних перепон, фінансування тощо). Характерною ознакою трудової експлуатації в результаті торгівлі людьми є те, що легальні організації можуть бути заінтересовані в діяльності злочинних груп із метою збільшення своїх доходів, посилення власного впливу тощо.

До спільнот, що продукують кримінальну поведінку, висуваються такі самі функціональні вимоги, як і до інших організацій. У їх межах забезпечується не лише виробництво, поширення, нагромадження, споживання ресурсів та оптимізація злочинного промислу, а й низка інших функцій: залучення нових членів, підтримання дисципліни та соціальної солідарності, розв'язання конфліктів, соціалізація, адаптація, мобільність. У кожному суспільстві є групи, для яких через низький суспільний статус або належність до національної чи релігійної меншини не існує законних способів і шляхів реалізації інтересів. Лише належність до певного злочинного угруповання дає можливість забезпечити свій матеріальний добробут [13].

Злочинна діяльність в організаційних формах породжує формування відповідних внутрішньогрупових норм і цінностей [13]. У процесі торгівлі людьми використовуються методи, форми та засоби, що свідчать про порушення ієрархії системи цінностей у торговців людьми: нівелюються права та свободи людини, гіпертрофується значення матеріальних ресурсів тощо. Деформована система цінностей є характерною не лише для учасників злочинних угруповань, що спеціалізуються на торгівлі людьми, а й для значної частини суспільства, що безпосередньо чи опосередковано отримує прибуток або вигоду від експлуатації інших або допускає експлуатацію як один із способів матеріального збагачення і експлуататорів.

Процес інституціоналізації, здійснюється у три етапи: типізації, об'єктивації та легітимації [2, с. 143; 14, с. 96–99]. Інституціоналізація має системний характер, тісні зв'язки з іншими соціальними процесами, що впливають на життєдіяльність людини [15, с. 81].

Сучасну торгівлю людьми можна розглядати як сучасний еквівалент работоргівлі XIX ст.

[16, с. 17]. Рабство та сучасна його форма – торгівля людьми – як соціальні інститути сформувалися під впливом економічних інститутів, що притаманні кожній епосі суспільного розвитку. Торгівля людьми як протиправний інститут сучасності замінив неефективно діючі соціальні інститути, став одним із способів пристосування людини до життя, що дозволяє в сучасних умовах одним збагачуватися та задовольняти широкий спектр своїх потреб, а іншим – виживати і задовольняти свої первинні потреби. Діяльність злочинних організацій, що спеціалізуються на торгівлі людьми, впливає на економіку держави, ринок її послуг, товарів, формує ціни на них. Тривалість існування торгівлі людьми та здатність пристосовуватися до різних умов суспільного життя зумовили її інституціоналізацію. Існування інституту торгівлі людьми свідчить про його великий потенціал пристосовуватися до суспільних формацій та породжувати масову кримінальну активність [2, с. 251–261].

Не можна стверджувати, що в радянському суспільстві торгівля людьми існувала за межами інституційного порядку. Вона характеризувалася основними якостями, що дозволяють вести мову про інституціоналізованість: відтворюваність, стійкість і відносна універсальність зразків взаємодії у просторі та часі. Однак у контексті та внаслідок соціальної трансформації торгівля людьми вийшла на новий рівень інституціоналізації, що пов'язаний майже з легальним оформленням відносин та охоплюється поняттям «організована злочинність». Основою цієї « нової інституціоналізації » стало поєднання старих традицій бюрократичного соціалізму й нових ринкових відносин, що визначаються специфікою сучасного капіталізму [8, с. 232–233].

## Висновки

Аналіз теоретичних розробок інституціональної методології, викладених у працях А. Бови, В. Дрьоміна, Л. Черноуса та інших, дозволяє констатувати, що торгівля людьми як один із видів організованої злочинності виконує низку функцій, притаманних соціальному інституту та характеризується такими ознаками:

установлення статусно-рольової структури, що ґрунтується на відносинах: жертва – торговець людьми – споживач (клієнт);

виробництво, обмін ресурсами (економічними благами) та надання послуг різноманітного характеру; у разі недотримання правил, установлених торговцями людьми, до жертв застосовуються неправові санкції (штрафи, фізичні покарання, психічний примус тощо);

наявність специфічної нормативно-ціннісної системи, що регулює відповідні типи поведінки;

формування ідентичності всіх членів відповідних злочинних спільнот;

здатність до самовідтворення;

налагодження стабільних, тривалих і стійких зв'язків, поділ праці, диференціація та спеціалізація в межах задоволення певних суспільних потреб у нелегальних і легальних товарах та послугах, виконанні інших суспільних функцій;

наявність матеріальної структури – організацій та установ, розгалуженої системи злочинних угруповань, що спеціалізуються на торгівлі людьми як однієї із сучасних форм рабства;

інтеграція в економічну, соціально-політичну, ідеологічну та ціннісну підструктури суспільства.

### Література

1. *Соціологія* – К., 1999. – 124 с.
2. *Дремін В. Н.* Преступність як соціальна практика: інституціональна теорія криміналізації общества. – О., 2009. – 616 с.
3. *Черноус Л. С.* Трансформація поняття «соціальний інститут» в умовах інтенсифікації соціальних процесів // Соціальні технології. – 2010. – № 45. – С. 126–131.
4. *Цимбалюк М. М.* Онтологія правосвідомості: теорія та реальність. – К., 2008. – 288 с.
5. *Дремін В. Н.* Інституціоналізація преступности и институциональная криминология: концептуальные подходы // Криминологія в Україні та протидія злочинності. – О., 2008. – С. 54–71.
6. *Бова А. А.* Громадська думка про роль організованої злочинності в українському суспільстві // Проблеми розвитку соціологічної теорії: Трансформація соціальних інститутів та інституціональної структури суспільства / За ред. М. О. Шульги, В. М. Ворони. – К., 2003.
7. *Казначеев Д. Г.* Торговля людьми как сфера деятельности организованных злочинных угруповань // Коруштя і діяльність з нею. – 2001. – Т. 22. – С. 214–219.
8. *Гилинский Я. И., Гольберт В. В.* Институциональные эффекты девиантности и социального контроля // Российский криминологический взгляд. – 2009. – № 1. – С. 218–233.
9. *Противодействие торговле людьми* / Под ред. А. М. Бандурки. – Х., 2003. – 312 с.
10. *Іващенко В. О.* Торговля жінками та дітьми: сучасний стан та тенденції // Часопис Київського університету права. – 2004. – № 3. – С. 56–61.
11. *Основы борьбы с организованной преступностью* / А. И. Коннов, В. И. Куликов, А. С. Овчинский и др.; Под ред. В. С. Овчинского, В. Е. Эминова, Н. П. Яблокова. – М., 1996. – 400 с.
12. *Брюссельская декларация о предотвращении торговли людьми и борьбе с торговлей людьми* [Электронный ресурс]: Европейская конференция по предотвращению и борьбе с торговлей людьми – Глобальная Проблема XXI века, г. Брюссель, 18–20 сентября 2002 г. – Режим доступа: [http://www.lastrada.org.ua/content/doc/Brussel\\_decl.rtf](http://www.lastrada.org.ua/content/doc/Brussel_decl.rtf).
13. *Бова А.* Інституційні ознаки організованої злочинності та її соціальна основа [Електронний ресурс]: Український центр політичного менеджменту. – Режим доступу: <http://www.politik.org.ua/vid/magcontent.php3?m=6&n=31&c=485&setcss=1&ncss=verybig>.
14. *Островская-младшая Е. А.* Концепции институционализации в германской теоретической социологии второй половины XX века // Вестник РУДН: Сер. Социология. – 2003. – № 1. – С. 96–113.
15. *Преступность и криминологические основы уголовной юстиции* / Под ред. В. Н. Дремينا. – О., 2007. – 280 с.
16. *Вайсбротт Д.* Упразднение рабства и его современных форм. – Нью-Йорк; Женева, 2002. – 55 с.

*The article deals with the origins of forming human trafficking as a social institute, peculiarities of its operation in conditions of modern globalisation.*

*В статтє освещаются истоки формирования торговли людьми как социального института, особенности его функционирования в современных глобализационных условиях.*



## СТРАТЕГІЇ БОРОТЬБИ З ТЕРОРИЗМОМ В УМОВАХ УРЕГУЛЮВАННЯ КРИЗОВИХ СИТУАЦІЙ СОЦІАЛЬНОГО ХАРАКТЕРУ

**Ігор Рижов,**

канд. юрид. наук, доцент,  
докторант Національної академії СБ України

*У статті аналізуються актуальні проблеми профілактики тероризму в Україні та світі в умовах урегулювання кризових ситуацій соціального характеру.*

**Ключові слова:** тероризм, профілактика тероризму, кризова ситуація.

Науково-теоретичній розробці проблеми боротьби з тероризмом присвячена значна кількість праць як вітчизняних, так і закордонних науковців різних спеціальностей. У розвиток сучасної контртерористичної проблематики суттєвий внесок зробили такі українські дослідники як В. Антипенко, О. Богданов, Т. Бояр-Созонович, В. Глушков, В. Горбатюк, М. Гуцало, В. Ємельянов, В. Крутов, В. Остроухов, В. Ліпкан, В. Титов, А. Шаповалов та ін. Більшість досліджень присвячено кримінологічному аспекту тероризму як злочину: досить повно розроблені класифікація та топологія тероризму, методологічні засади й організаційні технології протидії внутрідержавному та міжнародному тероризму. Разом із тим залишаються недостатньо вивченими концептуальні та методологічні засади стратегій національної безпеки в контексті протидії кризовим станам, що провокують тероризм, теоретичні засади функціонування державної (загальнонаціональної) системи контртероризму, здійснення державного контролю в цій сфері. Окреслене коло проблем визначає актуальність теми, створює умови для формування нових комплексних антикризових і контртерористичних технологій із урахуванням вітчизняного та зарубіжного досвіду.

Необхідність науково-теоретичного дослідження механізмів інформаційно-психологічного впливу терористичного насильства та проблеми пошуку нових технологій протидії йому, як і багато інших актуальних проблем, що призводять до людських трагедій і постали нині перед суспільством, вимагають негайної відповіді, що і зумовило **мету цієї статті**.

Мета терористичних посягань зумовлена ідеологією тероризму – примусова зміна або корекція алгоритму соціального управління.

Тому основним завданням роботи нашої статті є окреслення основних підходів до формування стратегій нейтралізації кризових ситуацій і протидії тероризму на основі соціально-інформаційних технологій.

Об'єктом тероризму є існуюча система соціального управління. Оскільки управління, в тому числі соціальне, відноситься до специфічних інформаційних процесів, то зміна алгоритму соціального управління є результатом перерозподілу інформаційного ресурсу.

Тероризм – складне, багатомірне явище. Крім правових, він торкається ряду інших проблем – психологічних, історичних, технологічних тощо. Все це зумовлює значні складнощі в дослідженні тероризму та певною мірою пояснює, чому світовому співтовариству дотепер не вдалося виробити оптимальних стратегій боротьби з ним. Саме цей факт і зумовлює необхідність детального аналізу стратегій боротьби з тероризмом, їх позиціонування у суспільній свідомості, ставлення до них населення, в інтересах якого така боротьба ведеться.

Сьогодні існує щонайменше три концептуальні стратегії боротьби з тероризмом [1; 2]. Це, передусім, насильницьке протиборство в контексті боротьби за існування, в результаті якої гинуть найменш пристосовані до даних умов життя індивідууми (соціальні групи та системи) і виживають більш пристосовані. Йдеться про певні еволюційні процеси, боротьбу як знищення супротивника (класового, економічного тощо), ворога під час воєнних дій і таємних операцій або превентивне забезпечення неможливості його повноцінного функціонування, так звана інформаційна чи «безкровна» боротьба. Як гіпотетичний можна розглядати варіант гуманної війни з тероризмом, коли нейтралізація теророгенності виробляється шляхом недо-

пущення теророгенних факторів, домовленостей і взаємних поступок [3; 4].

Позиціонування стратегій припускає обмежене число тих із них, що є ключовими, тобто можуть принести бажані результати. Перші дві вже втратили свої позиції, у будь-якому разі в практиці боротьби з міжнародним тероризмом, підтвердивши свою неефективність і нецивілізованість. Вважаємо, що перспективними є стратегії боротьби з тероризмом, в основі яких відсутні ознаки фізичного насильства, а основний наголос робиться на розумний компроміс, що враховує інтереси конфліктуючих сторін. Дотримання їх дозволяє суспільству як соціальній системі визначити оптимальний алгоритм соціального управління, за якого тероризм неможливий як у сьогоденні, так і в майбутньому.

Боротьбу з тероризмом слід розглядати як контрольований, свідомий процес, під час якого з'являються добре продумані, детально розроблені ще до початку формальної реалізації стратегії. Це дозволяє планувати та здійснювати на їх основі спеціальні заходи з метою протидії та профілактики тероризму на більш високому рівні, залучаючи аналітиків до процесу вироблення стратегії, а не просто добирати її складові з наявного арсеналу доступних засобів.

До початку напрацювання будь-яких методик запобігання та стратегій урегулювання кризових явищ соціального характеру слід визначити їх сутність і проаналізувати першопричини, умови формування. Криза – це стан системи, за якого неможливе одночасне задоволення інтересів двох і більше груп, що прагнуть до різних цілей. Криза в соціальних системах – це кінцевий результат багатоваріантного процесу патологічних змін у змісті та формах життя населення, суттєвих порушень механізму контролю в політиці, економіці, культурі, наслідком яких є вибух масового невдоволення. Фактично криза в соціальних системах завжди є антропогенним фактором або соціальним конфліктом, тобто її базисом є діяльність людини або окремої соціальної групи [5; 6].

Соціальний конфлікт – це характерна ознака кризової ситуації. Кризі часто передують конфлікти, але не кожний конфлікт породжує соціальну кризу. Особливість таких конфліктів у тому, що вони завжди трьохсторонні, а третьою стороною завжди є соціальна підсистема, яку наділено керуючими функціями і від правильності дій якої або від їх коректності чи оптимальності алгоритму залежить подальший перебіг подій. Інколи ворогуючі сторони на певному етапі об'єднують

ся проти третьої. Криза соціальної системи – наслідок недосконалої соціального управління, політичного або ідеологічного менеджменту, тобто підсистеми, що генерує алгоритм соціального управління та не може впорядковувати взаємодію між людьми шляхом регулювання соціальних відносин між ними.

У загальному випадку рівноважний стан між суспільством як суб'єктом права та владою забезпечується зваженою правовою політикою, що передбачає можливість оптимальної корекції алгоритму соціального або політичного управління відповідно до рекомендацій і побажань окремих членів чи груп суспільства, природно, у встановленому порядку. У випадку, коли порушується діалектична сутність управління, виникає ситуація, за якої незгода чи соціальний протест окремих членів суспільства проти встановленого суспільного порядку або окремих його елементів породжують соціальний конфлікт, сукупність яких і визначає стан суспільства як кризовий.

Форма кризових явищ соціального характеру еволюціонує відповідно до стану напруженості соціального конфлікту від звичайних, у межах дозволеного правовими та моральними нормами, соціальних дій протестного характеру (мітинги, страйки, марші протесту тощо) до екстремістської та терористичної діяльності [6; 7].

Криза як соціальний процес виникає задовго до появи соціальних процесів із ознаками протестної діяльності та має латентну, або невидиму, приховану частину. Історичний досвід свідчить, що будь-яка спроба вирішення кризової ситуації на етапі відкритої протидії (непокори) значно ускладнює процеси контролю, робить усі можливі антикризові заходи марними. Силкові заходи з боку влади однозначно будуть розцінені широким загалом як терор і позиціоновані на користь протестуючих. Навіть у випадку успішності таких заходів і досягнення компромісу про кінець соціальної кризи вести мову зарано. Навпаки, досить складно вирахувати, де й коли спалахне знову. Соціальний резонанс будь-якої протестної дії, навіть без ознак правопорушень, може бути непрогнозованим, коли його вчинено на екстремальній фазі латентного соціального конфлікту.

Складність протидії в тому, що по відношенню до протестувальників просто не існує дієвих правових механізмів, окрім заходів інформаційної або пропагандистської спрямованості, які силкові структури та правоохоронні структури, на жаль, не використовують [6]. Взаємодія органів державної влади й управління, місцевого самоврядування та пра-

воохоронних, військових організацій і спеціальних служб полягає в тому, щоб постійно вивчати стан суспільства на предмет наявності та ступеня розвитку соціальних конфліктів. Можна визначити дві фази взаємодії – на етапі профілактики та під час ліквідації кризової ситуації. Тактику та стратегію фази ліквідації визначено, хоча історія подій 2004 р. в Україні довела її неспроможність.

Технології аналізу передумов соціальних конфліктів із метою їх нейтралізації за рахунок оптимальної корекції алгоритму соціального управління досі не існує, оскільки будь-яке оперативне реагування починається тільки за наявності факту або наміру протестної діяльності та підозри можливого насильства. Враховуючи те, що ми живемо в постіндустриальному суспільстві, фізичне насильство в проведенні будь-яких соціальних трансформацій – це такий самий архаїзм, як і боротьба з протестно налаштованими прошарками населення за допомогою репресій та обмежень.

Ідеолог усіх «кольорових» революцій (до речі, більшість із них були вдалими) на пострадянському просторі Дж. Шарп [5] наводить понад 200 методів ненасильницької боротьби проти так званих політичних опонентів – фактично представників існуючої влади. Багато з них використовується і зараз. Можна погодитися з думкою щодо їх демократичності, але тільки не у випадку, коли такі заходи стають замовними і люди беруть у них участь не за власним бажанням, а за гроші.

Певні політичні сили системно використовують кризові явища соціального характеру та ситуацію довкола них задля задоволення власних політичних амбіцій, насамперед для формування інформаційного впливу з метою приниження політичних опонентів (це вже різновид ідеологічної боротьби або інформаційної війни). Її типовими фазами є екстремізм і тероризм, причому не обов'язково з ознаками фізичного насильства. Правильно поданий заклик або гасло інколи мають катастрофічніші наслідки, ніж теракт у формі підпалу або вбивства.

Отже, якщо тероризм розглядати як різновид кризового явища соціального характеру, то технологія протидії має базуватися на застосуванні передусім адекватних, що впливають з його інформаційної сутності, технологій – суспільно моральної (неприйняття терористичних засобів у боротьбі, як і насильства в цілому, закладене на рівні підсвідомості) та соціально-інформативної (передбачає оперативне реагування на всі передумови соціальних конфліктів із використанням управлінських засобів коригування

алгоритмів соціального управління з метою їх недопущення, або, якщо таке неможливе, зменшення гостроти, у тому числі шляхом певних раціональних поступок з боку влади; а це, як правило, потребує оптимізації алгоритму соціального управління та корекції правового поля).

Репресивна або соціально-правова концепція протидії подібним явищам (базується на реалізації в суспільстві певних обмежень і заборон на таку діяльність з боку керуючої системи, з використанням системи права як регулюючого інструмента) прийнятна лише на стадії ліквідації та з певними обмеженнями, оскільки при цьому ігнорується внутрішній стан індивідуума, передумови та причини терористичної діяльності, навіть у випадку, коли вони обумовлені та можуть бути зрозумілі або виправдані [3; 4; 8–11].

Проблема пошуку оптимального управління соціальними процесами існувала протягом усієї історії розвитку цивілізованого суспільства. Тероризм, як і протидія йому, – специфічний соціальний процес, у якому стратегічно важливим завданням (генеруючою стратегією) є переконання певної частини громадянського суспільства, як правило, меншої, але більш прогресивної чи соціально активної, у правильності алгоритму соціального управління (генеральної стратегії), обраної більшістю, або навпаки. Генеральна стратегія може бути помилковою, побудованою на обманах і помилках. Однак оскільки її підтримує більшість, вона може панувати в суспільстві протягом конкретного історичного періоду, як це було із стратегією побудови «світлого» комуністичного майбутнього чи нового тисячолітнього Рейху німецьким фашизмом тощо. Успіх тероризму як генеруючої стратегії соціального управління, як і тієї чи іншої стратегії боротьби з тероризмом, визначається тим, наскільки така стратегія підтримується загальною масою цивільного населення.

Єдиною прийнятною зброєю проти кризових явищ соціального характеру може бути оптимальна технологія соціального управління, здатна, з огляду на інтереси всіх підсистем суспільної системи, виробити оптимальну стратегію нейтралізації соціальних конфліктів. Інформаційну протидію кризовим явищам соціального характеру необхідно будувати на різних етапах її прояву, насамперед на етапі прихованої фази формування [3; 12; 13]. Подібна соціально-інформаційна або моніторингова технологія може бути представлена ланцюгом взаємовизначаючих подій: моніторинг; визначення передумов; ситуаційне моделювання; аналіз потенцій-



них наслідків соціальних конфліктів; синтез коригувального (управляючого) впливу; корекція алгоритму соціального управління; позиціонування та стратегічне планування боротьби з кризовими явищами соціального характеру, насамперед із тероризмом; нейтралізація передумов; мінімізація наслідків (у разі виникнення).

Позиціонування стратегій боротьби з тероризмом – це об'єктивно усвідомлений, систематично повторюваний процес сприйняття соціальним середовищем стратегій боротьби з тероризмом як способом нав'язування чи примусової корекції стратегій соціального управління в суспільстві, визнаних більшістю громадськості.

У позиціонуванні основна увага звертається на сутність стратегій, що превалюють над процесами, за допомогою яких вони формуються. Сучасні стратегії соціального управління, у тому числі боротьби з тероризмом, визначаються під впливом і в інтересах більшості представників конкретних соціальних утворень і процесів. При цьому успіх таких стратегій, відповідно і успіх боротьби з тероризмом у цілому, визначається не ефективністю планування й організації антитерористичних кампаній, а сприйняттям цих стратегій із боку цивільного населення, навіть потерпілого від тероризму.

Позиціонування стратегій боротьби з тероризмом, на нашу думку, вельми значуща частина боротьби з тероризмом. Це не тільки створення певного уявлення про ту чи іншу стратегію, а й її адекватне сприйняття як справедливої істини у свідомості не лише тієї більшості, в інтересах якої проводиться корекція алгоритму соціального управління, а й протилежної сторони і сторонніх спостерігачів. Позиціонування – це операція на свідомості потенційних споживачів того чи іншого алгоритму соціального управління [14]. Фактично йдеться про комунікативну чи інформаційну функцію соціального управління.

Стан, коли жертви терористичного акту співчують і з розумінням ставляться до терористів, називають «травматичним зв'язком» чи «стокгольмським синдромом».

На початку 70-х років XX ст. у Стокгольмі, де при спробі пограбування банку були захоплені заручники, поліція вперше зіштовхнулася з їх дивним і незвичайним поведінням. Заручники виявляли явну симпатію до грабіжників, що їх утримували, і відверто вороже відносилися до представників влади, які оточили будинок і готували штурм. Вони навіть почали чинити опір спробам поліції звільнити їх, як би перейшовши

на сторону терористів. Четверо із заручників настільки перейнялися співчуттям до своїх мучителів, що захищали їх навіть після того, як ті здалися поліції; а коли судовий процес закінчився, дві колишні заручниці розлучилися із своїми чоловіками та вийшли заміж за грабіжників.

Схвалення дій терористів іноді виявляють навіть члени суспільства, які постраждали від терористичного акту. У цій парадоксальній психологічній реакції є щось моторшне, але по-своєму логічне та закономірне. Аналіз глобального тероризму свідчить, що має місце ситуація, коли цивільне суспільство висловлює співчуття до угруповань і народів, які ведуть терористичну війну, й антипатію до політичних режимів і держав, що ведуть антитерористичну війну.

Після трагічних подій 11 вересня 2001 р. світ розділився на тих, хто засуджував, і тих, хто вітав атаки на США. При цьому офіційні заяви політиків багатьох країн здебільшого неадекватно описували ставлення до цих подій населення та були продиктовані політично-кон'юнктурними інтересами. Такий стан соціуму можна назвати «арабським синдромом», оскільки для багатьох представників цього народу, які вийшли святкувати на вулиці в день американської трагедії 11 вересня, цей день став днем міжнародної солідарності в боротьбі з чужим для них американським стилем життя. Вони протестували проти американської вестернізації способу життя та культури інших народів, оскільки, на їх думку, сучасний тріумф «демократії» американського зразка, яку вони самі (американці) вважають глобальною стратегією та нав'язують активно іншому світу, у тому числі з позицій сили, згідно з переконаннями інших (мусульманських) народів не можна вважати прогресом цивілізації людства.

Ситуація нагадує Англію XVI ст., коли сер Томас Грешем, англійський фінансист, виклав свій закон. Зазвичай його формулюють так: «Погані гроші витісняють гарні», тобто знецінені гроші витісняють із обігу повноцінні. В нашому випадку ніхто не застрахований від того, коли закон Грешема починає діяти у сфері соціального управління й «погані», тобто ті, що не забезпечують позитивні цивілізаційні процеси, соціальні стратегії витісняють «гарні», тобто такі, що мають сприяти прогресивному розвитку цивілізаційних процесів.

### Висновки

Ефективність протидії тероризму стало ключовим питанням у сфері внутрішньої по-

літики багатьох країн і актуальним питанням міжнародної взаємодії різних країн. Чинне сьогодні основне тактичне завдання спецслужб у боротьбі з тероризмом – нейтралізація терористів, їх організацій і навіть держав, які їх підтримують, – виконується, на що витрачаються величезні кошти. Однак терористичний рух не стихає. І це щодня призводить до нових жертв.

Заходи з попередження терористичної діяльності, на жаль, не завжди дієві. Боротьба з сучасним тероризмом потребує розроблення нових концептуальних підходів, оскільки існуючий алгоритм протидії йому показав свою неспроможність. Про це свідчить і затяжна антитерористична кампанія, розпочата США та їх союзниками, результати якої важко назвати позитивними. Щоденно у світі гинуть люди, цілі соціальні системи живуть у постійному страху.

Реформування правових відносин як об'єктивна необхідність сьогодення вимагає поєднання юридичних методів протидії із соціально-інформаційними. Перенести центр тяжіння у боротьбі з тероризмом із караючих заходів на прогнозування та соціальну профілактику – єдиний шлях підвищення її ефективності.

### Література

1. Деникер Г. Стратегия антитеррора: факты, выборы, требования. Новые пути борьбы с терроризмом // Терроризм в современном капиталистическом обществе. – М., 1982. – Вып. 2. – С. 76–80.
2. Концептуальный проект: Модель Национальной программы противодействия терроризму и экстремизму / В. С. Горбатюк, М. Г. Гуцало, В. В. Титов, А. С. Шаповалов. – К., 2005. – Свидетельст-

во о регистрации авторского права № 13982 от 29.08.2005.

3. Рижов І. М. Проблемні питання визначення тероризму в контексті теорії соціального управління // Підприємництво, господарство і право. – 2009. – № 11. – С. 44–48.

4. Рижов І. М. Стратегічне планування боротьби з тероризмом в Україні: сутність, стан та перспективи вдосконалення // Вісник запорізького юридичного інституту. – 2009. – № 3. – С. 140–149.

5. Шарт Дж., Дженкінс Б. От диктатуры к демократии: концептуальные основы освобождения: библия ненасильственной революции. – Екатеринбург, 2005. – 224 с.

6. Юрєв А. И. Политическая психология терроризма // Психология и психопатология терроризма: Гуманитарные стратегии антитеррора. – СПб., 2004. – 223 с.

7. Социальная коммуникация и социальное управление в эоантропоцентрической и семиосоциопсихологической парадигмах: В 2 кн. – М., 2000. – 155 с.

8. Крутов В. В. Методологічні підходи до підвищення ефективності боротьби з тероризмом в Україні // Тероризм і боротьба з ним. – К., 2000. – Т. 19. – С. 138–140.

9. Ліпкан В. А. Компаративний аналіз тероризму і злочинів терористичного характеру // Актуальні проблеми держави та права. – О., 2000. – Вып. 8. – С. 224–230.

10. Остроухов В. В. Філософський аналіз морально-світоглядних мотивацій насильства і терору: автореф. дис. ... д-ра філос. наук. – К., 2001. – 36 с.

11. Петрищев В. Е. Правовые и социально-политические проблемы борьбы с терроризмом // Государство и право. – 1998. – № 3. – С. 68–78.

12. Гриб Н. Н. Информационно-психологическая сфера как ведущее звено системы противодействия терроризму // Российский следователь. – 2004. – № 6. – С. 20–24.

13. Рудаков А. Стратегия информационной войны. – М., 2003. – 148 с.

14. Траут Дж., Райс Эл. Позиционирование: Битва за умы. – Питер, 2007. – 272 с.

*This article analyzes the nature and prospects of implementation of effective mechanisms for crisis management in the social context of prevention of terrorism in Ukraine.*

*В статті аналізуються актуальні проблеми профілактики тероризму в Україні і мире в умовах урегулювання кризових ситуацій соціального характеру.*



## ПОНЯТТЯ «ІНШЕ ВОЛОДІННЯ» У КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ

*Ірина Літвінова,*

*канд. юрид. наук,  
Юридичний інститут  
Національного авіаційного університету,  
м. Київ*

*У статті розглядаються підходи до визначення поняття «інше володіння» у кримінально-процесуальному законодавстві України.*

**Ключові слова:** недоторканність, житло, інше володіння, права та свободи особи, забезпечення прав, охорона прав, захист прав.

Побудова правової держави передбачає наявність фундаментальної та стабільної системи законодавства, що забезпечує захист прав і законних інтересів особи одночасно з вирішенням завдань боротьби із злочинністю. При цьому є неприпустимим протиставлення інтересів суспільства й окремої особи. Порушення прав осіб не може бути виправдане мотивами державної необхідності. У цих умовах нагальним стає посилення захисту й охорони конституційних прав осіб, одним із яких є право на недоторканність житла чи іншого володіння. Його реалізація значною мірою залежить від якості правового регулювання.

На жаль, норми, що закріплюють право особи на недоторканність житла чи іншого володіння, у чинному законодавстві залишаються незгодженими і не приведені в єдину логічну систему. Так, відсутнє законодавче формулювання базових понять, зокрема поняття «інше володіння», що викликає його неоднозначне тлумачення.

У кримінально-процесуальному законодавстві чітко не визначені підстави для правомірного обмеження цього права особи та процесуальний порядок отримання судового дозволу на проведення слідчих дій у житлі чи іншому володінні.

Проблема забезпечення права особи на недоторканність житла чи іншого володіння були предметом дослідження науковців різних галузей знань, зокрема: С. Альперта, Б. Вінника, Е. Володіної, Ю. Грошевого, А. Дубинського, В. Зайчука, С. Ільченка, В. Маляренка, М. Михеєнка, А. Олійника, І. Петрухіна, М. Рудинського, В. Савицького, І. Сервецького, В. Сташиса, М. Строговича, В. Томіна, В. Тертишника, В. Хотинця, С. Шейфера та ін. Разом із тим донині не вирішено низку проблем, пов'язаних із необхідністю приведення досудового розслідування відповідно до вимог Конституції України та міжнародних стандартів. Існує потреба в дослідженні соціальної зумовленості та загальних умов правомірного обмеження права особи на недотор-

канність житла чи іншого володіння, що дають змогу відмежувати випадки законного обмеження від порушення цього права; створенні ефективної системи процесуальних гарантій права особи на недоторканність житла чи іншого володіння у кримінальному судочинстві.

Відсутність монографічних досліджень у кримінально-процесуальній науці, а також певні недоліки кримінально-процесуального регулювання порядку провадження слідчих дій у житлі чи іншому володінні особи, що призводить до непоодиноких випадків порушення права особи на недоторканність житла та іншого володіння в діяльності органів дізнання та слідства, визначають актуальність теми даної статті.

**Мета цієї статті** – сформулювати поняття «інше володіння» через дослідження змісту й основних його ознак, відмежування від інших споріднених із ним понять.

З метою правильного й однакового застосування судами законодавства, що регулює порядок надання дозволу на тимчасове обмеження окремих конституційних прав і свобод людини та громадянина, у тому числі на проникнення до житла чи до іншого володіння особи, Пленум Верховного Суду України у своїй постанові від 28.03.2008 р. № 2 запропонував роз'яснення термінів «житло» та «інше володіння». У пункті 11 цієї постанови зазначено, що під житлом у значенні, яке використовується у статтях 177, 178 Кримінально-процесуального кодексу (далі – КПК) України, п. 7 ч. 1 ст. 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність», слід розуміти: особистий будинок з усіма приміщеннями, призначеними для постійного чи тимчасового проживання в них, а також приміщення, які хоч і не призначені для постійного чи тимчасового проживання в них, але є складовою будинку; будь-яке житлове приміщення, незалежно від форми власності, що належить до житлового фонду та використовується для постійного або тимчасового проживання (будинки, кварти-

ра в будинку будь-якої форми власності, окрема кімната в квартирі тощо); будь-яке інше приміщення або забудова, які не належать до житлового фонду, але пристосовані для тимчасового проживання (дача, садовий будинок тощо). Посилаючись на практику Європейського суду з прав людини, Пленум Верховного Суду України зобов'язує суди поняттям «житло» охоплювати не лише житло фізичних осіб, а й офісні приміщення, що належать фізичним особам, а також офіси юридичних осіб, їх філій та інші приміщення. Як інше володіння відповідно до роз'яснень Пленуму Верховного Суду України слід розуміти такі об'єкти (природного походження та штучно створені), які за своїми властивостями дають змогу туди проникнути і зберегти або приховати певні предмети (речі, цінності). Вони можуть бути, зокрема, земельна ділянка, сарай, гараж, інші господарські будівлі та інші будівлі побутового, виробничого й іншого призначення, камера сховища вокзалу (аеропорту), індивідуальний банківський сейф, автомобіль тощо [1, с. 7].

Запропоновані Пленумом Верховного Суду України роз'яснення термінів «житло» й «інше володіння», на нашу думку, не позбавлені певних недоліків. По-перше, розкриваючи поняття «житло» Пленум Верховного Суду України веде мову про приміщення, що «призначені» для проживання в них, що «використовуються» для проживання, які «пристосовані» для проживання. Слова «призначені», «використовуються» та «пристосовані» мають різне значення і не є синонімами, що може викликати у суб'єктів правозастосування певні складності. Зокрема, виникають запитання: яке приміщення слід вважати таким, що пристосоване для тимчасового проживання; чи слід вважати житлом приміщення, що не пристосоване для проживання, однак у ньому фактично проживають; чи слід вважати проживанням примусове чи вимушене перебування особи в певному приміщенні (казарма, камера, палата, купе, каюта тощо)?

Слід зазначити, що роз'яснення поняття «житло» міститься і в п. 30 чинної постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику в справах про корисливі злочини проти приватної власності» від 25.12.1992 р. № 12. Обидва роз'яснення поняття «житло» вищою судовою інстанцією різняться між собою, що, на думку В. Лутковської, навряд чи призведе до однозначної практики в судах і тому ці постанови мають бути певним чином узгоджені між собою [1].

Формулюючи поняття «інше володіння» Пленум Верховного Суду України визнає ним об'єкти природного походження та ті, що штучно створені, єдиною характерною ознакою яких називає можливість проникнення до них і зберігання або приховування в них певних предметів (речей, цінностей). І знову виникають запитання: чи повинні перебувати такі об'єкти у власності особи; чи має бути об'єкт виключно у законному володінні особи?

На нашу думку, гарантією від незаконних вторгнень до житла й іншого володіння громадян у сфері кримінального судочинства має стати чітке законодавче врегулювання цих понять на основі норм цивільного та житлового права як базових для визначення відповідних термінів. Разом із тим зміни у визначенні поняття «житло», встановленні його структури в науці (перш за все в житловому та цивільному праві) є неприпустимими для кримінально-процесуального законодавства, оскільки порушують визначеність і єдність термінології, дотримання яких забезпечує однозначність і обґрунтованість у застосуванні відповідних правових норм, а також дозволяє уникнути помилок у слідчій і судовій діяльності. Так, відповідаючи на питання про те, що охоплюється поняттям проникнення в житло, 75 % опитаних зазначили про фізичне входження людини в житло; при цьому 26 % із них вказали на обов'язковий негласний характер таких дій, 10 % – крім входження, назвали й отримання будь-яким способом відомостей про те, що відбувається в житлі, а 15 % опитаних проникнення в житло пов'язують виключно з метою вчинення злочину (насамперед, крадіжки, грабежу, розбою).

Відповідно до Житлового кодексу (далі – ЖК) України сукупність жилих будинків і жилих приміщень на всій території України, що визнані у встановленому порядку житлом, придатним для проживання громадян, утворює житловий фонд. Жиле приміщення, що надається громадянам для проживання, має бути благоустроєним стосовно умов даного населеного пункту, відповідати встановленим санітарним і технічним вимогам (ст. 50 ЖК України).

Житловий фонд України є сукупністю жилих квартир (будинків) приватної, державної, комунальної та колективної власності. До житлового фонду України входять:

**житлові будинки** – будинки, які призначені для проживання людей, мають одну чи декілька квартир, а також необхідні допоміжні приміщення. Під житловими будинками розуміють будівлі, що характеризуються сукупністю таких ознак: відповідність будівель архітектурно-будівельним, санітарно-гігієнічним, протипожежним та іншим нормам і стандартам, що робить ці будівлі придатними для постійного проживання в них громадян; прийняття в експлуатацію комісією фахівців і спеціалістів зведеного будинку, що відповідає зазначеним умовам; реєстрація в органах місцевого самоврядування будівлі як жилі. Слід відрізнити допоміжні приміщення від підсобних приміщень житлового будинку. Допоміжні приміщення житлового будинку – це приміщення, призначені для забезпечення й утримання будинку, а також побутового обслуговування населення за місцем проживання (вестибюль, сходові клітки, перехідний шлюз, міжквартирний коридор, колясочна, підвали, горіща тощо). **Особистий житловий будинок** – це індивідуально-визначена споруда, що складається з кімнат, а також підсобних приміщень, призначе-

них для задоволення господарчо-побутових та інших потреб громадян, пов'язаних з їх проживанням у такому будинку;

**квартири** – це частини житлових будинків, призначені для проживання самотніх осіб, однієї або кількох сімей із упорядженими жилими кімнатами, підсобними приміщеннями, окремим виходом на сходову клітку, галерею, в коридор або на вулицю;

**частина квартири** (одноквартирного будинку) – це жила кімната (кімнати) у квартирі (одноквартирному будинку), придатна для постійного проживання самотньої особи чи сім'ї, а також підсобні приміщення квартири (однокімнатного будинку).

**Підсобні приміщення** – це приміщення кухні, ванної кімнати чи душової, санвузла, квартирного коридору чи прихожої, вбудованих у квартирі кладових або шаф.

Житлові приміщення є об'єктами житлових прав, а також об'єктами права власності й інших речових прав, мають особливий цивільно-правовий режим. Житлові приміщення призначені для проживання в них, а відповідно здійснення прав власника щодо володіння, користування та розпорядження такими об'єктами нерухомості повинно відбуватися відповідно до їх цільового призначення. Не допускається використання житлових будинків, приміщень для промислового виробництва.

В українській мові під приміщенням розуміють нутрощі будівлі, місце, де хто-небудь чи що-небудь розміщується, тобто будівля, кімната, споруда для проживання, роботи, зберігання речей. Однак слід зазначити, що етимологічне тлумачення термінів, а також їх загальноприйняте вживання, будучи передумовою їх аналізу, не можуть замінити те спеціальне значення, що вкладається в них у праві. Крім того, розглядаючи відповідні терміни в кримінально-процесуальному значенні, слід сформулювати власні поняття, на підставі яких можна сформулювати рекомендації, необхідні для слідчої та судової практики.

Для більш детального аналізу терміна «приміщення» в контексті розгляду поняття «житло» необхідно виділити три групи ознак:

- перша група характеризує саме приміщення як будь-яку відокремлену від зовнішнього середовища закриту будівлю, споруду чи її частину з яким-небудь мінімальним внутрішнім облаштуванням. Воно може бути не тільки у виді капітальної забудови, а й тимчасовим, наприклад спорудженим із розбірних матеріалів. Приміщення може бути як стаціонарним, так і пересувним, побудованим із будь-яких матеріалів (цегла, залізо, камінь, дерево, земля тощо), які використовуються в будівництві й є достатньою перепоною для проникнення;

- друга група стосується цільового призначення приміщення: проживання (особистий будинок, квартира, кімната тощо), тимчасове розміщення людей (палата в лікарні, номер у готелі тощо), зберігання матеріальних цінностей (гараж, склад тощо);

- третя група характеризує приміщення з огляду на обмеженість доступу в нього.

Відповідно до ст. 317 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України право володіння є складовою права власності та полягає в юридичній можливості фактичного впливу на річ. Згідно із ст. 395 ЦК України право володіння також є видом речового права на чуже майно, яке надає уповноваженій особі право обмеженого користування певною річчю або їх сукупністю для визначеної мети та у певних межах. При цьому виділяють титульне та фактичне володіння. *Титульне володіння* виникає на підставі договору чи на іншій підставі, передбаченій законом. *Фактичне володіння* охоплює всі ситуації, коли особа фактично тримає майно в себе, незалежно від питання про її право на це майно.

Саме собою володіння може бути законним і незаконним. *Володіння визнається законним* у разі, коли особа здійснює його на законних підставах, тобто на основі закону чи договору. Законне володіння належить, перш за все, власникові. Але як елемент речових прав воно може належати також іншим особам, зокрема наймачеві, орендареві, комісіонеру, охоронцю. Володіння може надаватися не лише на підставі договірних відносин (найму, комісії, підяду, зберігання тощо), а й на підставі адміністративного акта (наприклад, відповідно до розпорядження органів опіки та піклування), прямої вказівки закону (знахідка, безгосподарне майно, бездоглядна худоба). Захист законного володіння регулюється за аналогією із захистом права власності. Володіння без будь-яких правових підстав вважається незаконним. *Незаконне володіння* може бути добросовісним і недобросовісним: перше має місце, коли особа, яка володіє майном без правових підстав, не знає і не зобов'язана знати про його незаконність; друге, – коли особа знає або зобов'язана знати про незаконність свого володіння [2, с. 42; 3, с. 510]. Таким чином, поняття володіння є складним за своїм змістом і не обмежується об'єктами, що знаходяться у приватній власності особи.

На думку В. Маляренка, під іншим володінням особи в кримінально-процесуальному розумінні слід розглядати: всі приміщення, крім житла, які належать особі; всі речі, які належать особі та знаходяться в житлі чи поза житлом. Під іншим володінням особи потрібно розглядати і землю, і воду, і ліс, інші насадження, худобу, птицю, транспортні засоби та будь-яке інше майно, що належить особі [4, с. 83]. Безумовно, запропоноване визначення є важливим з точки зору захисту права власності особи, однак у кримінально-процесуальному значенні недоторканність володіння розглядається в аспекті не можливості його відчуження, а захисту від незаконних проникнень. Важко уявити, яким чином може відбутися проникнення до насаджень, худоби, птиці тощо з метою проведення в них огляду та обшуку.

Досить цікавим є питання віднесення офісів фізичних осіб до категорії житла. Так, С. Бі-

гун, дійшовши висновку, що для багатьох юристів офіс (переважно свій) є «житлом юриста», пропонує ініціювати введення до законодавства терміна «юридичне житло» та регламентувати порядок його використання [5]. На таку думку його нашттовхнуло те, що в США нью-йоркські юристи нещодавно жваво обговорювали тезу одного відомого юриста, стосовно якого було виявлено, що він стабільно «виставляв рахунки» на 3200 годин на рік. Це – майже 9 годин при 7-денному робочому тижні та більше 12 (при 5-денному). Одні зазначають, що це реально; інші погоджуються, що можливо, якщо «приписувати» години; хтось стверджує, що ні.

Заслуговує на увагу точка зору Комітету з прав людини, створеного відповідно до Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, що діє з урахуванням Факультативного протоколу до Пакту. У коментарі до ст. 17 Пакту Комітет поширив захист житла на окремі аспекти статусу людини на робочому місці, зазначивши, що термін «home» англійською, «manzel» арабською, «zhuzhai» китайською, «domicile» французькою, «жилище» російською та «domicilio» іспанською мовами, котрий використовується у ст. 17 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, слід розуміти як місце, в якому людина проживає чи здійснює свої звичайні заняття. Незважаючи на те, що в ст. 8 Конвенції про захист прав людини та основних свобод називається тільки житло, Європейський суд з прав людини здійснює поширювальне тлумачення. Зазначивши, що слово «domicile», яке вживається у французькому оригіналі Конвенції має «більш широке значення», ніж англійське слово «home», Суд сформулював такі положення: в найбільш загальному плані тлумачення слів «приватне життя» та «житло», які означають також деякі види професійної чи ділової діяльності, співзвучно важливим завданням і цілям ст. 8, а саме: захисту людини від довільного втручання державних органів. Таке тлумачення не створює непотрібних труднощів для держав-членів, оскільки вони зберігають своє право «втручатися», наскільки це допускає ч. 2 ст. 8, коли справа стосується професійної чи ділової діяльності або приміщень; це їх право цілком може бути більш широким, аніж в інших випадках. У будь-якому разі, з урахуванням широкого розуміння Судом терміна «приватне життя», місце роботи особи також є захищеним від обшуків [6].

В українській мові слово «житло» означає, перш за все, приміщення, пристосоване, призначене для життя людей. Особа, яка працює в офі-

сі, хоч і тривалий час, все одно повертається в своє житло, приміщення, що пристосоване та призначене для проживання, в якому вона мешкає. Зважаючи на те, що таке розуміння поняття «житло» є усталеним і серед практичних працівників (це засвідчують результати проведеного анкетування: більше 90 % опитаних на запитання «Що Ви розумієте під житлом?» надали загалом подібну відповідь), а також враховуючи, що Європейський суд з прав людини наголошує, перш за все, не на термінологічній ідентичності законодавства країн у цьому питанні, а на дотриманні особливої процедури проникнення в такі приміщення, вважаємо, що офісні приміщення все ж слід відносити не до категорії житла, а до іншого володіння особи.

Отже, на нашу думку, поняттям «інше володіння» в кримінальному процесі повинні охоплюватися всі інші об'єкти, що знаходяться у володінні особи (як у її власності, так і в титульному чи фактичному володінні), що не є складовими її житла, а також знаходяться на певній відстані від нього і за своїми властивостями дають змогу проникнути до них (земельна ділянка, гараж, споруди господарського, виробничого й іншого призначення, автомобіль, морське, річкове чи повітряне судно, камера сховища вокзалу (аеропорту), індивідуальний банківський сейф тощо). До цієї категорії слід віднести й офісні приміщення, які належать фізичним особам, а також офіси юридичних осіб, їх філій, інші приміщення, в яких особа фактично не проживає.

### Література

1. В поисках выхода из законодательных лабиринтов: Пленум разъяснил противоречивые положения нормативных актов и избрал председателей палат [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ru.zib.com.ua/article/1176294709539>.
2. Погрібний С. О. Володіння у цивільному праві. – О., 2002. – 275 с.
3. Юридична енциклопедія: В 6 т. – К., 1998. – Т. 1. – 672 с.
4. Малярєнко В. Т. Про недоторканність житла та іншого володіння особи як засаду кримінального судочинства // Кримінальний процес України: стан та перспективи розвитку. – К., 2004. – С. 74–103.
5. Бізун С. Тези до теми: житлове право [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.yugazeta.com/article/699>.
6. Беляєва Н. Г. Борьба с преступностью и соблюдение права на неприкосновенность жилища [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://law.edu.ru/doc/document.asp?docID=1226240>.

*In the article author gives his own vision about the ways of constructing a definition of «other possessions».*

*В статтє рассматриваются подходы к определению понятия «иное владение» в уголовно-процессуальном законодательстве Украины.*



## У ПОШУКАХ ХИМЕРИ АБО ДЕЩО ПРО «ОБ'ЄКТИВНІ ВЛАСТИВОСТІ» ДОКАЗІВ

Дмитро Бочаров,

канд. юрид. наук,  
доцент Академії митної служби України

У статті критично переосмислюються уявлення про належність, допустимість і достовірність доказів як їх об'єктивні властивості. Належність, допустимість і достовірність доказів розглядаються як функціональні характеристики елементів структури доказу як знаку.

**Ключові слова:** доказ, фактичні дані, факт, належність, допустимість, достовірність, знак.

Згідно з давньогрецькою міфологією, Химера (грец. *Χίμαιρα*) – це народжена Тифоном і Єхидною триголова потвора з козячим (або лев'ячим) тулубом та головами лева, змії й кози, яка мешкала в Лікій, виплекана була лікійським царем Амисодаром, а вбита – аргейцем Беллерофонтом.

Згадки про Химеру містяться в «Іліаді» Гомера, Гесіодовій «Теогонії» та Вергілієвій «Енеїді». У сучасній літературі (окрім численних словників) згадується, наприклад, Х. Борхесом у «Книзі вигаданих істот» та Ю. Винничуком у «Книзі bestій». Іншими словами, авторитетних свідчень існування Химери не бракує. Однак Химера існує як міфічна істота в особливій міфо-поетичній реальності; тож навряд чи комусь із учених-зоологів спало б на думку досліджувати репродуктивну функцію чи специфіку травлення цього хижачка-плазуна-трав'їдного. Принаймні, така ідея в наукових колах однозначно була б визнана «химерною» – і це в кращому випадку.

Натомість юридичній науці відомі такі спроби. Зокрема, окремі вітчизняні вчені-правознавці цілком успішно досліджують властивості юридичних доказів: *належність, допустимість, достовірність, значущість та достатність* [1, с. 4–5, 9; 2, с. 7]. Так, М. Стоянов переконаний, що вживання терміна «властивість» можливе до таких невід'ємних від сутності феномена доказу ознак, як належність і допустимість, що характеризують, відповідно, його зміст і форму. «Варто відокремлювати властивості доказів як ознаки, що утворюють певне явище (доказ), без яких воно втрачає такий статус, від інших ознак, що характеризують вже існуюче явище. Отже, вбачається необхідним вживання терміна «властивість» лише до тих ознак відомостей про обставини справи, які є невід'ємними від феномена доказу – належності та допустимості» [1, с. 9, 13].

М. Деев до числа властивостей доказу, крім належності й допустимості, зараховує достовірність, значущість і достатність [2, с. 7–8]. Слід зазначити, що «властивість» (як атрибут конкретного) у понятійному плані кореспондує з тим, що зветься «сутнісною ознакою»; тож наділення юридичного доказу «властивостями» –

факт доволі симптоматичний. У даній ситуації маємо справу з так званим ефектом реіфікації, тобто уречевленням наукового чи юридичного поняття, наданням абстрактним поняттям гносеологічного онтичного статусу речі. Відбувається ледве помітна гра смислових відтінків, тобто «переведення» гносеологічного поняття в онтологічний ряд. Небезпечність цієї методологічної помилки полягає в тому, що дискурсивному феномену надається статус об'єктивного факту [3, с. 29–30]. У нашому випадку це означає, що доказ розглядається як річ, яка має певні «об'єктивні властивості»; юридична природа доказу залишається «поза дужками» й до уваги, по суті, не береться. *На відміну від Химери, юридичному доказові вдалося вислизнути із сфери безтілесного існування як поняття та зажити справжнім «тілесним життям».*

З одного боку, така ситуація зумовлена переважно властивим юридичній науці «неусвідомленням» неодноразово констатованих відмінностей об'єктів природничих і гуманітарних наук, що зумовлює ставлення до власного об'єкта як до реально існуючого. Тому і доказ розглядається зазвичай як природний об'єкт, наділений певними властивостями (що їх має виявити дослідник, аби констатувати наявність у даному випадку саме доказу, а не чогось іншого) [4, с. 17, 67]. З іншого боку, думка щодо наявності в юридичного доказу певних «об'єктивних властивостей» висловлена радянським процесуалістом М. Строговичем під час полеміки з сумнівним А. Вишинським і прихильниками ідеї самодостатності суддівського переконання (як підстави ухвалення рішення), перед якими Строгович обстоював альтернативну ідею «судового рішення на об'єктивних засадах». Пов'язуючи значущість доказів з їх «об'єктивними властивостями», М. Строгович доводив об'єктивність засад ухвалення судового рішення, отже й можливість установаження об'єктивної, матеріальної істини в справі [5, с. 201, 204, 205, 215].

Ставлення вчених-правознавців до доказу як до чогось об'єктивного певною мірою зумовлене тим, що вони змушені рахуватися з численними аналогічними за змістом визначеннями поняття «доказ» у законі [6, с. 77]. Природно, що заперечувати «об'єктивність» текстуаль-

ного існування цих визначень, отже й «об'єктивно даного поняття доказу», доволі складно. Тим більше, що автором текстуальної матриці, закріплених у вітчизняних процесуальних кодексах визначень поняття «доказ» є В. Дорохов, учень М. Строговича. Абстрагуватися від цього факту також не просто...

**Метою цієї статті** є аналіз будови доказу на основі його базових функціональних характеристик (належності, допустимості та достовірності), також визначення його правової природи.

М. Стоянов пов'язує особливий статус таких «властивостей» юридичних доказів, як належність і допустимість (на відміну від достовірності, яку він вважає за можливе лише «умовно відносити до числа властивостей», «зважаючи на неприйнятність окремого, автономного розгляду властивостей і характеристики доказів») із змістом і, відповідно, формою «феномена доказу» [1, с. 9, 13]. Ті, у свою чергу, у повній відповідності з ідеями В. Дорохова, позначають «єдність відомостей про обставини справи та процесуальну форму їх отримання, які перебувають між собою в діалектичному зв'язку» [1, с. 5, 8]. У зв'язку з цим належність визначається як властивість доказу, що «характеризує зв'язок відомостей, які становлять його зміст, із обставинами, що підлягають доказуванню», а допустимість – як властивість, що «характеризує його з погляду законності джерела, способів і форм збирання відомостей про обставини, що підлягають доказуванню» [1, с. 4].

Слід зазначити, що поняття «належність» і «допустимість» доказів М. Стоянов цілком слушно розглядає в контексті можливості їх використання в пізнавальній і процесуальній діяльності. На цьому аспекті наголошує й інший вітчизняний учений, який присвятив належності та допустимості доказів окреме дослідження та вважає їх критеріями прийнятності використання тих чи інших відомостей у ролі доказів [7]. На нашу думку, це може свідчити, принаймні, про те, що:

- об'єкт набуває своєї сутності лише у просторі діяльного суб'єкта, тобто об'єкт стає реччю лише внаслідок того, що кимось «призначений до вжитку» [3, с. 34]. За межами діяльності суб'єкта про сутність речей нічого предметного сказати не можна – вони втрачають визначеність, якості та специфіку. Позбавлений сутності предмет онтологічно неможливий [3, с. 36];

- традиційно задувані «належність», «допустимість», «достовірність», «значущість» і «достатність» не позначають властивості використовуваних як докази матеріалів, а характеризують здійснювані з ними операції та підстави їх вибору в цій якості [4, с. 17];

- юридичний доказ не можна розглядати як природний об'єкт, «рід у собі», наділену невід'ємними властивостями, які суб'єкту залишається лише виявити [4, с. 17]. Слід пам'ятати, що до-

каз – це, насамперед, засіб доказування, який набуває своїх функціональних характеристик у контексті специфічної юридичної діяльності. Правознавцям слід перейматись юридичною природою доказу.

Полишивши ідею «природнонаукового» трактування доказу, спробуємо зосередити увагу на його юридичній «природі». При тому можна скористатися підказкою, яка міститься в тексті М. Стоянова: «Доказ... становить систему декількох постійних, взаємозалежних елементів» [1, с. 13]. Незважаючи на те, що М. Стоянов вважає цими елементами зміст і форму доказу (що відповідає уявленням В. Дорохова, але навряд чи правильно з точки зору теорії систем), раціональне зерно в такому підході є. Адже текст ст. 65 Кримінально-процесуального кодексу (далі – КПК) України цілком припустимо трактувати як *нормативну конструкцію*, відповідно до якої має *формуватися склад доказу* як результат юридичної діяльності [6]. Ставлення до доказу як до *складного* за будовою юридичного явища, утвореного з *елементів*, започатковане також В. Дороховим, який, зокрема, зазначав, що фактичні дані (одержані з законних джерел відомості про факти, що підлягають установленню в справі) й їх джерела об'єднані в єдиному понятті як *два його необхідних елементи*. І в прямих, і в непрямих доказів – однакова *структура*. Об'єктивний зміст і суб'єктивна форма – елементи, притаманні будь-якому процесу пізнання, зокрема, процесу пізнання, що здійснюється при *формуванні* судового доказу. Первинне в цій єдності – фактичні дані (зміст), вторинне – джерело (форма). Засобом доказування фактів є *доказ у цілому* [8, с. 110, 113, 115]. Поза увагою численних коментаторів ідей В. Дорохова та запропонованого ним формулювання поняття доказів (відтвореного у ст. 16 Основ кримінального судочинства СРСР, а по тому – й у кримінально-процесуальному законодавстві більшості союзних республік) чомусь донині перебувають такі важливі моменти його концепції як те, що докази:

- є правовим феноменом, а не реччю;
- утворюються з елементів, отже є штучною системою або *юридичною конструкцією*;
- мають універсальну структуру (склад);
- формуються, а не «збираються» в готовому вигляді, як гриби.

Уключивши до складу доказу два функціональні елементи (фактичні дані й їх джерела), В. Дорохов цілком логічно виокремлював лише дві «правові» характеристики доказів: належність і допустимість. Належність, на його думку, означає такий зв'язок змісту доказу з об'єктивними фактами, знання якого дає можливість установити значущі для правильного вирішення справи обставини.

Натомість допустимість – це відповідність вимогам закону «форми» доказу: законність джерела, способів одержання та фіксації фактичних даних. При цьому він наголошував на правовій природі цих характеристик і застерігав від



спокуси трактувати докази як речі, навіть якщо йдеться про «речові» докази [9, с. 109]. Таким чином, кількість «сутнісних» характеристик доказу залежить від кількості функціональних елементів у його структурі.

Окрім належності та допустимості, серед характеристик доказів нерідко згадують достовірність, значущість і достатність [2, с. 7–8]. Достатність, як правило, розглядають як характеристику системи доказів, у випадку окремого доказу йдеться про значущість (силу). «Достатність доказів визначається як наявність у ...справі такої сукупності доказів, яка викликає в суб'єкта доказування внутрішню переконаність у достовірному з'ясуванні наявності або відсутності обставин предмета доказування, необхідних для встановлення об'єктивної істини та прийняття правильного рішення у справі. При оцінці достатності сукупності доказів головною характеристикою кожного окремого доказу, головною його ознакою стає значущість доказу, яка безпосередньо пов'язана з визначенням достатності доказів». На думку М. Деева, визначити значущість (силу) сукупності доказів – означає визначити їх достатність [2, с. 9, 12].

У свою чергу, М. Стоянов зазначає, що значущість (переконливість, сила, значення) доказу «становить собою прояв достовірності через те, що остання є безсумнівною доказу, яка не може бути непереконливою» [1, с. 9, 14]. Він уважає, що «достовірність доказу прямо впливає на його здатність відображатися на формуванні внутрішнього переконання суб'єкта доказування. Таким чином, сила (значущість) доказів, як логічна переконливість доказової тези, не становить самостійного значення властивості доказів» [1, с. 14]. Отже, М. Стоянов ототожнює значущість і достовірність доказу в функціональному плані. Складно сказати наскільки виправдана така позиція. На нашу думку, «відповідність доказу об'єктивній дійсності» (достовірність) і «здатність впливати на формування внутрішнього переконання» (значущість, сила, вага) – не одне й те саме.

Так чи інакше, але переважна більшість учених нині визнає щонайменше три основоположні характеристики доказів: належність, допустимість і достовірність, тобто в структурі доказу також мають виокремлюватися принаймні три функціональні елементи.

Вітчизняний процесуаліст В. Гмирко за «непрямою» аналогією з конструкцією «склад злочину» розглядає доказ як юридичну конструкцію системного характеру, у складі якої виокремлює три блоки: пізнавальний, інформаційний та нормативний [10, с. 12].

*Пізнавальний блок складу доказу* включає в себе шуканий і доказовий факти та висновок про зв'язок між ними. З ідеєю наявності певного логічного зв'язку між доказом і доказуванним фактом пов'язана така характеристика процесуальних доказів, як належність [10, с. 15, 18].

*Інформаційний блок складу доказу* поєднує інформацію про доказові факти справи та про-

цесуальні носії (джерела) інформації про них. Із результатами оцінки змісту інформації її якості її процесуальних джерел пов'язана така характеристика доказів, як достовірність [10, с. 20–21, 24].

*Нормативний блок* виконує функцію своєрідного процесуального фільтра, покликаного забезпечити відповідність доказів вимогам нормативного стандарту умов, засобів і порядку їх формування та запровадження в доказовий обіг. З вимогами закону щодо умов і належної процедури формування, а також запровадження доказів у кримінальну справу як передумови правозгідності їх використання в доказуванні, пов'язана наступна, третя характеристика доказів, тобто їх допустимість [10, с. 26, 32].

Попри те, що ставлення В. Гмирка до доказів як до «технологічного виробу», продукції, виготовленої за процесуальними правилами [10, с. 14, 17] видається цілком слушним, його скепсис щодо можливості створення загального поняття доказу навряд чи виправданий. «...Процесуальні докази як *поліаспектна сутність* на загал не можуть бути задовільно описані в межах їхньої якоїсь загальної юридичної дефініції... змагати треба не до вимріяної нормативістської уніфікованості поглядів на суть доказів, а до усвідомлення інтегральності їхньої природи», – переконаний учений [10, с. 12, 13]. Він також зазначає, що синтетичний погляд на численні наукові інтерпретації загального поняття «процесуальний доказ» уможливило припущення, що всі вони суть *знаки*, які сигналізують про складну природу цього невлімового феномена доказового права [10, с. 11].

Згадавши у зв'язку з доказами про знаки, слід згадати й те, що запропонований В. Дороховим двоелементний склад юридичного доказу відомий російський процесуаліст О. Александров небезпідставно розглядає як структуру *знаку*. Замість усталеного в криміналістиці поняття «слід» (для визначення доказу, О. Александров) пропонує поняття «знак», обґрунтовуючи «когнітивний підхід» у теорії доказів. Залежно від того, *дво-* чи *триелементною* вважаємо структуру знака, по-різному трактуватиметься й структура доказу. Якщо виходити з того, що знак становить єдність позначення та позначуваного (двоелементна модель знаку), то «джерело доказу» виступає позначенням, а власне доказ (інформація, опрацьована в рамках когнітивних структур, тобто осмислена, проінтерпретована, структурована інформація, тобто *факт*) – позначуваним (двоелементний склад доказу) [11]. Слід зазначити, що В. Дорохов також уважав опрацьовані, відібрані та перевірені фактичні дані (інформацію) доказовими *фактами* [8, с. 117].

Триелементна модель знаку передбачає наявність у структурі знаку «репрезентамена», «референта» й «інтерпретанти». *Репрезентаменом* є дещо, що заступає собою щось інше (референт) у певному відношенні або ж якості. Це, так би мовити, матеріальний, фонетичний,

графічний заміник позначуваного ним об'єкта, речовинне вираження знаку. *Референтом* є об'єкт позначення, що ним можуть виступати об'єкти реальні, уявні та навіть такі, яких не можна собі уявити. Предмети матеріального світу, образи, ідеї, закони, знаки тощо – все це може правити за об'єкти позначення. *Інтерпретанта* – це спосіб представляти за допомогою іншого знака те, що саме і на яких засадах репрезентамен насправді репрезентує. Оскільки *знак* (репрезентамен) є чимось іншим, ніж об'єкт репрезентації, то має існувати й певна думка чи положення, що пояснювали б, яким чином (тобто в рамках якої концепції чи на якій підставі) знак репрезентує об'єкт або сукупність об'єктів [12, с. 188].

У більш звичному понятійному ряді репрезентамен відповідатиме поняттю «джерело доказу» (матеріалізоване в належній процесуальній формі повідомлення чи матеріальний об'єкт, так звані фактичні дані); референт корелюватиме з поняттям «предмет доказу» (обставина, що потребує відтворення, з'ясування), а інтерпретанта співвідноситиметься з поняттям «доказовий факт» (позиційно зумовлена квінтесенція смислу повідомлень і результатів інтерпретації слідів події).

На нашу думку, двоелементна модель знаку може бути плідною для характеристики дискурсивного виміру доказування, але неспроможна пояснити характер зв'язку первинних знаків із дійсністю, тому структуру (склад) юридичного доказу вочевидь доцільніше розглядати в рамках триелементної моделі.

Таким чином, у рамках означеного підходу юридичний доказ *являє* собою конструкцію-знак і має щонайменше триелементну функціональну будову: *відсилає* до свого референта (предмет доказу; цей зв'язок іменується належністю), *існує* як репрезентамен (матеріалізоване в належній процесуальній формі повідомлення чи матеріальний об'єкт; характеризується «допустимістю») і *значить* завдяки інтерпретанті (витворений доказовий факт; має певний рівень «достовірності»).

Звернімо увагу, що за такого розуміння функції та будова доказу подібні до функцій і будови доказу як технологічного виробу. Адже докази як знаки не існують самі собою; вони створюються в процесі семіозису (означування).

За сировину для доказів-знаків правлять «сліди» або «фактичні дані».

*Слід* передусім тому, що ми зовемо *знаком*. *Породження сліду* становить основу будь-якої комунікації; слід претендує на те, щоб замінити собою реальний об'єкт. Слід – це щось водночас фізичне і психічне, біологічне та духовне. Слід не лише позначає зникнення первинності, він означає також і те, що *первинність* узагалі не зникла, що її від початку створював і створює зворотний рух чогось аж ніяк не первинного, тобто *сліду* [13, с. 191].

Сприйняття чогось як сліду вже свідчить про початок семіозису. Той, хто сприймає щось як слід, розглядає його як потенційний знак –

хіба що поки не знаючи достеменно, знак чого саме. Лише інтерпретувавши слід і витворивши на його підставі факт (квінтесенцію смислу повідомлення чи результатів інтерпретації матеріального сліду події), маємо можливість вести мову про знак. Таким чином, введення в теорію доказування концепту «знака» не скасовує та не заперечує доробку, пов'язаного з криміналістичною теорією «сліду», а радше доповнює його.

Аналогічно може розглядатися також зміст поняття «фактичні дані», використовуваного вітчизняним законодавцем для визначення поняття «докази». На відміну від усталеного в українській юридичній науці підходу до тлумачення складових лексичної формули фактичні дані, який полягає в автоматичному ототожненні фактичного із дійсним, справжнім, об'єктивно наявним, а даних – з інформацією чи відомостями, необхідно лише звернути увагу на інші можливі значення цих мовних одиниць. Так, одне зі значень слова «дані» – властивості, якості, передумови, необхідні для чогось. Що стосується вокальних або хореографічних даних, то йдеться, передусім, про природні якості, що можуть трактуватись як здібності до танцю чи співу, але потребують розвитку, опрацювання. Це щось таке, з чого за певних зусиль може постати щось інше. При цьому самі дані не залежать від докладених суб'єктом зусиль, вони або є, або немає. У цьому сенсі «дані» виступають як кимось (без уточнення, ким) дане, одержане ззовні, від іншого, надане. Іншими словами, слову «дані» тут властиві щонайменше два конотативних значення, що зумовлюють позначення ним:

- чогось об'єктивно наявного і цілком незалежного від волі та прагнень окремого суб'єкта;
- чогось такого, що потребує розвитку, опрацювання, і здатне вможливити виникнення нової якості чи функції.

Натомість прикметник «фактичні» може не лише характеризувати дані як дійсні, справжні, а й указувати, передумовою чого саме вони є (так само, як, наприклад, згадані хореографічні та вокальні дані є позначенням наявності здібностей до танцю і співу).

Докази формуються, а фактичні встановлюються на основі фактичних даних унаслідок їх опрацювання. Матеріали справи відображають результати численних правозастосовчих дій, містять безліч тверджень і суджень учасників правозастосовчого провадження, тобто відображають і містять *фактичні дані*. Вони зазвичай суперечливі, неоднозначні, безсистемні, якщо розглядати їх у цілому (передусім у змагальному процесі). Причинами цього є суперечність інтересів учасників провадження, неоднозначність їх правових позицій, суб'єктивна оцінка ними значення здійснюваних повідомлень, намагання максимально укріпити власні позиції в процесі та деконструювати позиції процесуальних опонентів, якщо такі є. Матеріали справи у більшості випадків є несистематизованою сукупністю фактичних даних, їх сумативною множиною (ризомою).

На основі одних і тих самих матеріалів справи (фактичних даних) можуть бути сформовані різні правові позиції. При цьому одні й ті самі фактичні дані можуть правити за різні докази в контексті різних правових позицій, а можуть і не стати доказами взагалі (в разі неналежності або недопустимості з інших причин). Відповідно, одні й ті самі фактичні дані можуть правити за основу різних знаків, припускають витворення різних доказових фактів і не детермінують ці процеси однозначно.

Отже, фактичні дані можуть розглядатись як емпірична складова доказів-знаків і позначати матеріальні, інформаційні тощо передумови їх утворення – те, без чого доказовий факт, що «увінчує» доказ як знакову конструкцію та виступає його «функціональним ядром», бути витворений не може. У структурі доказу (як знаку) фактичні дані формують репрезентамен.

Знак є своєрідним штучним містком між фактом дійсності (який становить предмет доказу, референт) і фактом знання (що витворюється в перебігу доказування, інтерпретанта) та рівною мірою пов'язаний з обома своїми «берегами». Належність, допустимість і достовірність – це характеристики окремих елементів доказу, що поширюються на нього як ціле.

Насамкінець слід ще раз згадати про те, що значущість (сила, вага) доказу – це, насамперед, його репрезентативна характеристика, яка не збігається з достовірністю. А це, у принципі, дає можливість вести мову про наявність у структурі доказу ще одного елемента (аргументу, доводу), який «відповідає» за «здатність доказу відобразитися на формуванні внутрішнього переконання суб'єкта доказування» (М. Стоянов) або всупереч задекларованим засадам трактувати значущість (силу, вагу) як характеристику цілого. Утім, це тема для окремої розмови.

Підбиваючи підсумки цієї розвідки, маємо визнати, що наша Химера дійсно існує – але винятково у специфічній юридичній реальності, вона справді «триголова» і «голови» в неї – різні.

## Висновки

Юридичний доказ не може трактуватись як річ, матеріальний об'єкт; це – юридична конструкція, що за своєю структурою й функціями найбільше нагадує знак.

Терміни «належність», «допустимість» і «достовірність» не позначають властивості доказів, а характеризують операції, здійснювані з

використовуваними як докази матеріалами, та підстави їх вибору в цій якості. Виокремлення належності, допустимості й достовірності в статусі сутнісних характеристик доказу дає підстави для виділення в його «функціональній структурі» принаймні трьох елементів. Це – характеристики окремих елементів доказу, що поширюються на нього як ціле.

Подібно до знаку доказ *відсилає* до свого «референта» (предмет доказу; цей зв'язок іменується «належністю»), *існує* як «репрезентамен» (матеріалізоване в належній процесуальній формі повідомлення чи матеріальний об'єкт; характеризується «допустимістю») і *значить* завдяки «інтерпретанті» (витворений доказовий факт; має певний рівень «достовірності»).

## Література

1. Стоянов М. М. Властивості доказів у кримінальному процесі України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – О., 2010. – 20 с.
2. Деев М. В. Достатність доказів у кримінальному процесі України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2008. – 16 с.
3. Пермяков Ю. Е. Правовые суждения. – Самара, 2005. – 190 с.
4. Пашин С. А. Доказательства в российском уголовном процессе. – М., 1999. – 104 с.
5. Строгович М. С. Избранные труды: В 3 т. – М., 1991. – Т. 3. – 300 с.
6. Бочаров Д. Легальне визначення доказу – дефініція чи конструкція? // Підприємництво, господарство і право. – 2003. – № 3. – С. 77–79.
7. Степанов О. С. Належність та допустимість доказів у кримінальному процесі України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2007. – 16 с.
8. Дорохов В. Я. Понятие доказательств в советском уголовном процессе // Советское государство и право. – 1964. – № 9. – С. 108–117.
9. Дорохов В. Я. Природа вещественных доказательств // Советское государство и право. – 1971. – № 10. – С. 109–114.
10. Гмирко В. П. Кримінально-процесуальні докази: поняття, структура, характеристики, класифікація. Конспект проблемної лекції. – Дніпропетровськ, 2002. – 63 с.
11. Александров А. С. Новая теория доказательств [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://iuaj.net/node/406>.
12. Бочаров Д. Юридичний доказ як динамічна знакова конструкція // Право України. – 2011. – № 2. – С. 186–192.
13. Александров А. С. Введение в судебную лингвистику. – Н. Новгород, 2003. – 420 с.

*The article critically reconsidered notions concerning relevance, competence, and credibility of evidences as their objective properties. Relevance, competence, and credibility of evidences are considered as functional characteristics of elements of evidence structure as sign.*

*В статтє критически переосмысливаются представления об относимости, допустимости и достоверности доказательств как их объективных свойствах. Относимость, допустимость и достоверность доказательств рассматриваются в качестве функциональных характеристик элементов структуры доказательств как знака.*



## ОКРЕМІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ КОМЕРЦІЙНОЇ ТАЄМНИЦІ В ТРУДОВИХ ПРАВОВІДНОСИНАХ

**Сергій Вавженчук,**

канд. юрид. наук,  
доцент кафедри цивільного та трудового права  
Київського національного економічного університету ім. Вадима Гетьмана,

**Юрій Рибак,**

юрисконсульт ТОВ «СЛАВ-ІНВЕСТ»

*У статті досліджуються проблемні питання щодо правових аспектів охорони комерційної таємниці у трудових відносинах, визначається юридична природа окремих правових явищ, що виникають у трудових правовідносинах із приводу використання комерційної таємниці.*

**Ключові слова:** комерційна таємниця, охорона, трудові правовідносини.

Комерційна таємниця, як особливий об'єкт права інтелектуальної власності, вимагає від її власника вчинення певного комплексу дій організаційно-технічного та правового характеру, спрямованих на охорону від розголошення і поширення серед третіх осіб. Використання комерційної таємниці в цивільному обороті зумовлює необхідність у ґрунтовному нормативно-правовому регулюванні відносин із приводу її поширення. На сьогодні особливого значення набуває питання щодо охорони комерційної таємниці в трудових правовідносинах, зважаючи на їх неврегульованість нормами чинного законодавства України.

Комерційна таємниця, маючи багатогранний характер і складну юридичну природу, викликає особливий інтерес у багатьох дослідників. Дослідження особливостей трудових правовідносин із використання даного об'єкта права інтелектуальної власності нерозривно пов'язане з питаннями способів її захисту, які не мають чіткого законодавчого визначення.

**Метою цієї статті** є аналіз окремих проблем правової охорони комерційної таємниці у трудових правовідносинах.

У правовій науці проблемі, що розглядається, присвячені праці таких науковців, як А. Сергєєв, Ю. Носік, А. Курінний та ін.

Норми чинного Кодексу законів про працю (далі – КЗпП) України не містить положень, які регулювали б відносини з приводу використання відомостей, що становлять комерційну таємницю, у трудових правовід-

носинах. Тому роботодавець правомірно володіючи відомостями, що становлять комерційну таємницю, самостійно та на власний розсуд визначає способи охорони таких відомостей від розголошення третім особам, однак у певних рамках, які встановлюються законодавством України.

Аналіз основних теоретичних і правозастосовчих аспектів питання щодо способів охорони комерційної таємниці у відносинах, які виникають між роботодавцем і працівником свідчить, що роботодавець, діючи з метою попередження розголошення працівниками відомостей, що становлять комерційну таємницю, може застосовувати такі способи її охорони:

- включення положення щодо умов використання комерційної таємниці у трудовий договір (контракт), що укладається між працівником і роботодавцем;
- включення положень щодо охорони комерційної таємниці у колективний договір;
- включення обов'язку щодо нерозголошення комерційної таємниці у посадову інструкцію працівника;
- затвердження на підприємстві положення про комерційну таємницю з включенням основних правових способів її охорони.

Трудовий договір є угодою, що укладається між роботодавцем і працівником, на підставі якого між сторонами виникають трудові правовідносини. У такому договорі визначаються істотні умови, а також умови, які сторони за обоюсторонньою згодою вирішили включити в його зміст. До таких умов може бути включено положення, за яким працівник зобов'язується не розголошувати відом-

мості конфіденційного характеру, у тому числі відомості, що становлять комерційну таємницю, які стануть йому відомі у зв'язку з виконанням трудових обов'язків. Важливою умовою у такому трудовому договорі слід вважати відповідальність працівника за розголошення відомостей, що становлять комерційну таємницю, а також строк, протягом якого працівник зобов'язується не розголошувати відомості, що становлять комерційну таємницю роботодавця, у разі припинення трудових відносин між сторонами. У такому випадку, трудовий договір втрачає свою чинність, окрім положень щодо нерозголошення комерційної таємниці, які продовжують діяти протягом обумовленого сторонами строку.

Слід зазначити, що сторони можуть укласти також договір про повну матеріальну відповідальність працівника, за яким у роботодавця виникатиме додаткова гарантія відшкодування шкоди, яка може бути завдана неправомірним розголошенням відомостей, що становлять комерційну таємницю, працівником. Одночасно слід враховувати, що перелік посад працівників, із якими може бути укладений договір про повну матеріальну відповідальність, визначається законодавством. Однак сторони, визначаючи умови трудового договору щодо нерозголошення відомостей, що становлять комерційну таємницю, повинні враховувати положення ст. 9 КЗпП України, відповідно до якої умови договорів про працю, які погіршують становище працівників порівняно з законодавством України про працю, є недійсними.

У статті 7 Закону України «Про колективні договори і угоди» наводиться перелік відомостей, які можуть бути включені сторонами у колективний договір. Умови щодо нерозголошення конфіденційної таємниці у наведеній статті немає, однак згаданий перелік не є виключним. Слід зазначити, що юридична природа колективного договору досить своєрідна та спрямована на регулювання соціально-економічних і виробничих відносин, які виникають між сторонами, і включення умов щодо нерозголошення комерційної таємниці працівниками буде не досить ефективним способом її охорони.

На думку А. Курінного, колективний договір є своєрідним актом соціального партнерства, який встановлює (з урахуванням економічних можливостей організації) поліпшені у порівнянні з передбаченими законодавчими положеннями трудові та соціально-економічні умови. Отже, використання колективного договору як способу охорони комерційної таємниці у трудових правовідно-

синах є законодавчо можливим, однак юридично недоцільним правовим явищем [1, с. 131].

Включення обов'язку щодо нерозголошення комерційної таємниці у посадову інструкцію працівника є досить ефективним способом її охорони, адже, виконуючи трудові обов'язки, працівник першочергово повинен керуватися положеннями своєї посадової інструкції. Роботодавець визначає умови, що включаються у посадову інструкцію в односторонньому порядку, шляхом видання відповідного наказу про її затвердження, з якою працівник повинен бути ознайомлений під розпис. У цьому випадку умови використання та нерозголошення комерційної таємниці працівником визначаються роботодавцем самостійно, а працівник погоджується на ці умови тільки шляхом ознайомлення та підписання посадової інструкції, на відміну від трудового договору, де положення, що включаються в нього, визначаються за обоюсторонньою згодою сторін. Нормами посадової інструкції працівника можуть визначитися відомості, які становлять комерційну таємницю й які працівник зобов'язується не розголошувати, а також порядок використання таких відомостей працівником під час виконання своїх трудових обов'язків.

Одним із найбільш ефективних і зручних, зважаючи на юридичну сутність, способів охорони комерційної таємниці у трудових правовідносинах є затвердження роботодавцем положення про комерційну таємницю. Оскільки в законодавстві України відсутні спеціальні норми, що регулювали б охорону комерційної таємниці у трудових відносинах, доцільно звернутися до норм ст. 11 Федерального Закону Російської Федерації «Про комерційну таємницю», де зазначається, що в цілях охорони конфіденційності інформації роботодавець зобов'язаний ознайомити під розписку працівника, доступ якого до комерційної таємниці є необхідним для виконання трудових обов'язків, із переліком відомостей, що становлять комерційну таємницю, та встановленим роботодавцем режимом комерційної таємниці, а також із відповідальністю за його порушення. На нашу думку, така розписка може бути надана працівником у момент ознайомлення з положенням про комерційну таємницю роботодавця. Даним положенням роботодавець в односторонньому порядку визначає перелік відомостей, що становлять комерційну таємницю, порядок поводження з такими відомостями й їх використання, порядок ознайомлення з такими відомостями, інші важливі аспекти, пов'язані з охороною належної роботодавцю комерційної таємниці [2].

Досить своєрідним з точки зору юридичної практики способом охорони комерційної таємниці у правовідносинах, що виникають між роботодавцем і працівником, є укладення договору про нерозголошення інформації (договору про конфіденційність) або ж підписання працівником зобов'язання про нерозголошення комерційної таємниці. А. Сергєєв зазначав, що зобов'язання працівника по нерозголошенню відомостей, які становлять комерційну таємницю, може впливати із письмового зобов'язання працівника або підписки про розголошення. При цьому такі дії можуть бути вчинені як при прийомі працівника на роботу, так і під час виконання та припинення виконання трудових обов'язків [3, с. 681]. Іншими словами, працівник до прийняття на роботу або під час виконання чи припинення виконання трудових обов'язків, може підписати письмове зобов'язання про нерозголошення відомостей, що становлять комерційну таємницю роботодавця, однак одразу постає питання щодо визначення юридичної природи такого зобов'язання. На нашу думку, таке зобов'язання є одностороннім правочином і регулюється нормами цивільного права. Про це свідчить аналіз змісту положень, що впливають із зобов'язань такого роду, адже фактично працівник в односторонньому порядку зобов'язується не розголошувати відомості, що становлять комерційну таємницю роботодавця, під час виконання ним своїх трудових обов'язків або певний час після припинення трудових відносин. Обов'язки, що впливають із такого зобов'язання встановлюються тільки для самого працівника, що повністю відповідає ознакам одностороннього правочину, наведеним у ст. 202 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України. Відповідно до норм цієї статті, односторонній правочин може створювати обов'язки лише для особи, яка його вчинила, а обов'язки відносно інших осіб односторонній правочин може створювати лише у випадках, встановлених законом, або за домовленістю з цими особами.

Іншим способом охорони комерційної таємниці є укладення договору про нерозголошення інформації, за яким особа-працівник зобов'язується не розголошувати відомості, що становлять комерційну таємницю та стали відомі йому у зв'язку з виконанням трудових обов'язків. Однак такий договір вважатиметься цивільно-правовим зобов'язанням і не буде регулюватися нормами трудового законодавства. Зазначені висновки зумовлені тим, що об'єктом такого договору виступатиме певна інформація, що має статус комерційної таємниці, а однією з основних ознак та-

кого договору – забезпечення режиму обмеженого доступу до відомостей, що становлять комерційну таємницю [4, с. 1132].

Слід зазначити, що проблему юридичної кваліфікації правовідносин породжує суб'єктивний склад сторін договору, що збігатиметься з суб'єктивним складом сторін у трудових правовідносинах, а коло прав та обов'язків сторін буде органічно пов'язане із змістом прав та обов'язків, що впливають із трудових правовідносин. Але строк дії такого договору може істотно відрізнитися від строку трудових правовідносин, що виникають між сторонами, адже умовами договору про нерозголошення відомостей, що становлять комерційну таємницю, може бути передбачена умова, за якою працівник зобов'язується не розголошувати такі відомості безстроково, навіть після припинення трудових правовідносин із роботодавцем.

Викладене свідчить про наявність цивільно-правових відносин між роботодавцем і працівником у разі укладення між ними договору про конфіденційність або ж підписання одностороннього зобов'язання працівника про не розголошення відомостей, що становлять комерційну таємницю роботодавця. Такі відносини можуть існувати паралельно з трудовими правовідносинами, адже суб'єктивний їх склад є дещо подібним, однак юридична природа, а також сфера правового регулювання таких відносин різняться. Тому у випадку існування між сторонами відносин цивільно-правового та трудового характеру, а також у разі вчинення протиправної дії (правопорушення), що полягатиме у розголошенні відомостей, що становлять комерційну таємницю роботодавця, матиме місце юридичний факт, який буде підставою для притягнення особи як до цивільно-правової, так і до дисциплінарної відповідальності. Конкретна міра та порядок притягнення працівника (особи) до зазначених видів відповідальності, визначатиметься нормами ЦК України та КЗпП України.

Слід зазначити, що на даний час у правозастосовчій практиці виникає низка актуальних питань щодо охорони комерційної таємниці у трудових правовідносинах. Зокрема, до кола таких питань слід віднести можливість звільнення працівника із посади, яку він обіймає, у зв'язку з його відмовою від ознайомлення та підписання положення про комерційну таємницю або відмовою від підписання зобов'язання про нерозголошення комерційної таємниці. Така ситуація може виникнути у разі необхідності виконання працівником певної роботи у межах, визначених

трудовою функцією, пов'язаної з використанням відомостей, що становлять комерційну таємницю, після підписання ним трудового договору. Якщо роботодавець ставить вимогу про виконання працівником певної роботи, пов'язаної з використанням відомостей, що становлять комерційну таємницю, яка не обумовлена трудовим договором або посадовою інструкцією працівника, то у такому випадку відповідну вимогу роботодавця слід кваліфікувати як зміну в організації виробництва та праці, з якою працівник має бути ознайомлений попередньо. Якщо працівник відмовляється від виконання роботи такого роду, він може бути звільнений із посади на підставі ч. 1 ст. 40 КЗпП України, тобто у зв'язку із зміною в організації виробництва та праці.

З огляду на викладене, видається прогресивним положення ст. 50 проекту Трудового кодексу України, відповідно до якого, працівник, який у зв'язку з виконанням трудових обов'язків має доступ до інформації, що відповідно до закону визнана комерційною або іншою захищеною законом інформацією, то на вимогу роботодавця під час укладення трудового договору до нього включається умова про нерозголошення цієї таємниці або інформації в період дії трудових відносин і протягом визначеного сторонами строку після їх припинення, а також відповідальність за її порушення; така умова може бути включена до трудового договору пізніше (в разі необхідності допуску працівника до такої інформації), а відмова працівника включити відповідні умови до трудового договору за наявності в роботодавця права вимагати їх включення є підставою для відмови у прийнятті на роботу, а якщо трудові відносини вже виникли – підставою для їх припинення. Таким чином, проект Трудового кодексу України, що, на жаль, перебуває у процесі розроблен-

ня та прийняття, передбачає спеціальну норму, яка виступає додатковою гарантією охорони прав роботодавця як володільця комерційної таємниці [5].

Проведений аналіз дозволяє зробити такі **висновки:**

охорона комерційної таємниці у трудових правовідносинах є законодавчо незабезпеченою; норми чинного КЗпП України не містять положень, які б гарантували збереження комерційної таємниці роботодавця під час використання даного об'єкта права інтелектуальної власності працівником;

позитивним видається те, що роботодавець самостійно та на власний розсуд може визначати способи охорони комерційної таємниці, однак із урахуванням певних законодавчих положень;

основним і найбільш ефективним способом охорони комерційної таємниці у трудових правовідносинах є включення положення про нерозголошення комерційної таємниці у трудовий договір, посадову інструкцію працівника або затвердження положення про комерційну таємницю на підприємстві.

#### Література

1. *Трудовое право России* / Под ред. А. М. Куренного. – М., 2004. – 486 с.
2. *Федеральный закон РФ* від «Про комерційну таємницю» 29.07.2004 р. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://duma.consultant.ru/page.aspx?793904>.
3. *Сергеев А. П.* Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. – М., 2001. – 752 с.
4. *Договірне право України: Особлива частина* / Т. В. Бондар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова та ін.; За ред. О. В. Дзери. – К., 2009. – 1200 с.
5. *Проект Трудового кодексу України* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb\\_n/webproc4\\_1?pf3511=30947](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?pf3511=30947).

*In this paper the authors examine the issues regarding the legal aspects of trade secrets in labor relations, and calls attention to determine the legal nature of certain legal phenomena arising in labor relations over the use of trade secrets.*

*В статті досліджуються проблемні питання правових аспектів охорони комерційної тайни в трудових відносинах, визначається юридична природа окремих правових явищ, що виникають в трудових відносинах по поводу використання комерційної тайни.*



## ПРИВАТНОПРАВОВІ ТА ПУБЛІЧНО-ПРАВОВІ ЗАСАДИ В АГРАРНИХ ОРГАНІЗАЦІЙНО-УПРАВЛІНСЬКИХ ПРАВОВІДНОСИНАХ

**Ярослав Сидоров,**

*канд. юрид. наук, доцент,  
доцент кафедри адміністративного та господарського права  
Запорізького національного університету*

*У статті досліджується співвідношення приватноправових та публічно-правових засад в аграрних організаційно-управлінських правовідносинах.*

**Ключові слова:** аграрні організаційно-управлінські правовідносини, аграрне право, аграрно-правова наука, публічне право, приватне право, конвергенція.

Аналіз юридичних публікацій останніх десятиліть свідчить про бурхливий розвиток правової науки у напрямі досліджень приватного та публічного права. Питання диференціації та співвідношення, пошук найбільш оптимальних форм взаємодії публічних і приватних засад у праві привертають увагу не лише представників теоретико-правової думки, а й фахівців юридичних галузевих наук. Аграрно-правова наука має нагальну потребу активізації наукових пошуків у даному напрямі. Разом із тим як зазначає В. Уркевич, на сьогодні надзвичайно мало досліджень аграрних правовідносин із позиції наявності в них приватноправових або ж публічно-правових елементів, засад. Лише в поодиноких роботах (при характеристиці складових предмета аграрного права, структури аграрного законодавства) вказується на наявність публічних і приватних складників у цих правовідносинах [1, с. 47].

У сучасних вітчизняних навчальних виданнях із аграрного права майже завжди констатується приватно-публічний характер аграрного права; більш детально публічно-правові та приватноправові аспекти аграрного права розглядаються у наукових роботах, присвячених питанням аграрних правовідносин (В. Єрмоленко, В. Уркевич), їх методам регулювання (М. Чабаненко), вдосконалення аграрного законодавства (А. Статівка). Щодо представників аграрно-правової науки інших пострадянських країн, які розглядали співвідношення публічного та приватного в аграрному праві, слід відзначити С. Боголюбова, Є. Мініна, М. Козиря, Г. Бистрова, М. Паладіну, Л. Єркінбаєву та ін.

**Метою цієї статті** є звернення до питань взаємодії та співвідношення публічних і приватних засад в аграрних організаційно-управлінських правовідносинах.

Аналіз розвитку правової думки щодо питань публічного та приватного права дає можливість простежити дві основні проблеми – розмежування зазначених категорій та їх співвідношення. Мабуть, актуальним залишається висновок дореволюційного російського вченого Л. Гергавена, який зазначав, що необхідність і можливість поділу права на ці дві галузі відчувається всіма; при цьому поняття приватного та публічного права уявляються як щось просте, але на питання, в чому саме є ця різниця, на чому вона заснована, в науці права досі ще не вироблено загальноприйнятної відповіді [2, с. 4]. Протягом XIX – початку XX ст. у вітчизняній юридичній науці відбулися досить суттєві зрушення у розробленні зазначених питань, зароджуються самобутні національні вчення про розмежування публічного та приватного права, набувають подальшого розвитку традиційні західноєвропейські вчення (досить вдалу та детальну систематизацію зазначених учень провів у своїй роботі О. Банчук [3, с. 15–16]). Наступні революційні перетворення в економічній, соціальній, політичній та ідеологічній сферах суспільних відносин кардинально змінюють вітчизняні правничі уявлення щодо публічного та приватного права: у 20-х – кінці 30-х років XX ст. ще були окремі прихильники поділу права на публічне та приватне, однак домінуючою стала теорія єдності.

Зазначені тенденції знайшли своє відображення в науці аграрного права. Так, на початку XX ст. О. Леонтьєв, обґрунтовуючи пропозицію щодо відокремлення селянського права, звертає увагу на поширення його на сферу публічно-правових відносин та сферу відносин приватноправового характеру [4, с. 6], а вже у 20–30-ті і наступні роки у наукових розробках теорії колгоспних правовідносин питанням публічного та приватного уваги не приділяється. Опосередковано ідея публічно-



го та приватного знаходила своє відлуння у дискурсі щодо методів правового регулювання (адміністративно-правових (імперативних) та цивільно-правових (диспозитивних), у тому числі стосовно сфери сільського господарства. У наступні періоди розвитку радянської науки сільськогосподарського (далі – аграрного) права категорії публічного та приватного розглядалися лише у контексті критичного аналізу відповідних теорій буржуазного права.

Слід зазначити, що питання приватноправових і публічно-правових засад аграрного права досить ґрунтовно розроблені науковцями тих держав, що були орієнтовані на побудову та розвиток ринкових відносин, заснованих на капіталістичному способі виробництва. Вже в середині ХХ ст. у зарубіжній юридичній науці склалася тріада основних теорій: сільськогосподарського публічного права; сільськогосподарського приватного права; комплексного сільськогосподарського права. Перші дві концепції є спеціалізованими гілками в науці публічного (перш за все адміністративного) та приватного (цивільного) права. Теорія сільськогосподарського публічного права охоплює загальне обґрунтування виділення публічного сільськогосподарського права та розроблення правових інститутів державного «планування» сільського господарства, зокрема правові форми як економічного, так і адміністративно-владного впливу держави на сільське господарство. Теорія сільськогосподарського приватного права також охоплює обґрунтування його виділення та конкретні питання сільськогосподарської спеціалізації основних розділів та інститутів приватного права (особи, право власності, договори тощо). Доволі розвинутою та поширеною стала третя, комплексна теорія, яка спирається на теорії приватного та публічного сільськогосподарського права, включає їх у свій склад і перероблює їх матеріал. Особливою групою комплексної теорії є теорії міжнародного сільськогосподарського права [5, с. 53–54]. Саме вирішення питання про межі приватного та публічного в аграрному праві стало точкою опори для теорії автономії (самостійності) сільськогосподарського права в зарубіжній юридичній науці [5, с. 221–223, 258–259].

Наприкінці 80-х – початку 90-х років ХХ ст. (і в подальшому) відбувається зміна соціальних, економічних і політичних відносин, запровадження приватної власності та перехід до ринкових відносин, що актуалізує повернення категорій публічного та приватного до радянської, а згодом і пострадянської юридичної науки, в тому числі аграрної: хоч і фрагментарно, але здійснюється певний аналіз публічних і приватних елементів в аграрному праві, з'ясовується його природа у контексті за-

значених категорій. Так, на думку Г. Бистрова (із ним погоджується М. Козир), аграрне право може бути визначене як фундаментальна частина приватного права, достатнє визнання і в теорії, і в аграрному законодавстві отримує публічно-правове регулювання аграрного підприємництва, яке охоплює численні сторони аграрних відносин, що частково зберігають приватноправовий характер (регулювання конкурсного порядку вибору постачальників продовольства, ліцензування діяльності з закупівлі, постачання, переробки, зберігання, реалізації зерна [6, с. 62–63]. В сучасній аграрно-правовій літературі публічні та приватні аспекти розглядаються також при характеристиці відповідних методів правового регулювання аграрних відносин; при цьому підкреслюється органічне поєднання публічно-правових і приватноправових методів [6, с. 62; 7, с. 75]; визнається трансформація аграрного права від суто публічного до приватно-публічного [8, с. 321]; здійснюється постановка питання про визначення ступеня застосування публічних засобів аграрно-правового впливу, необхідних для забезпечення приватних інтересів [9, с. 405].

Публічне право, як зазначає М. Паладіна, представлено в аграрному праві інститутами:

- державне регулювання шляхом: управління; державної та фінансової підтримки у різних напрямках; державного регулювання продовольчих ринків; особливого режиму оподаткування;
- державний нагляд і контроль за здійсненням окремих видів виробничо-економічної діяльності;
- інститут екологічних вимог до здійснення сільськогосподарської діяльності.

Розвивається пропозиція Ю. Тихомирова про розширення поняття публічності за рахунок включення в нього не лише державного інтересу (що стало вже традиційним), а й загальних інтересів людей як різного роду спільнот, об'єднань. В аграрному промисловому комплексі це стосується великих фінансово-промислових груп, холдингів, інших економічних структур, що контролюють економічну поведінку значної кількості людей і матеріальних ресурсів, за своєю формою та змістом є публічними, хоч і недержавними організаціями, для яких пошук раціонального співвідношення публічного та приватного в їх внутрішній корпоративній діяльності стає вже серйозною практичною проблемою [9, с. 40].

Питанню приватних і публічних засад в аграрних правовідносинах, зокрема у контексті їх класифікації, приділяє увагу В. Уркевич. Він характеризує аграрні правовідносини як приватно-публічні, зазначивши, що властивість «приватності» притаманна всім різновидам внутрішніх аграрних правовідносин –

земельним, майновим, управлінським тощо, а зовнішні аграрні правовідносини мають змішану правову природу. До виключно публічно-правових, зовнішніх аграрно-правових відносин належать аграрні податкові правовідносини та правовідносини в царині державного регулювання, оскільки обов'язковими їх учасниками є публічні органи (органи державної влади, органи місцевого самоврядування) [1, с. 78–81].

Таким чином, домінуючою у сучасній аграрно-правовій науці є позиція щодо поєднання приватних і публічних засад в аграрно-правових відносинах; при цьому останні найчастіше пов'язуються із сферою державного регулювання та контролю, тобто сферою дії зовнішніх аграрних організаційно-управлінських правовідносин. За сучасних економічних і правових умов організаційно-управлінські відносини набувають нового змісту, відображаючи приватно-публічний характер сучасного етапу розвитку аграрного права. Аналізуючи співвідношення публічних і приватних аспектів в аграрних організаційно-управлінських правовідносинах, слід звернутися до досягнень сучасної теоретико-правової думки щодо теорії конвергенції публічного та приватного права.

Як юридична сутність конвергенція приватного та публічного права постає як їх зближення, що складається із проникнення приватного права у публічну сферу суспільних відносин, а публічного – у приватну. У процесі конвергенції як приватне, так і публічне право не розчиняються одне в одному, не створюють нового правового феномена, а зберігають свою юридичну сутність, галузеві специфічні особливості та системні ознаки, які знаходять відображення у структурних елементах відповідних методів правового регулювання, що отримують нормативне закріплення у принципах, нормах та інститутах комплексних нормативних актів. Соціальне призначення конвергенції приватного та публічного права – необхідність запобігання та вирішення конфліктів різних історично змінюваних інтересів, їх гармонізація. Задля досягнення такої мети як приватноправовий, так і публічно-правовий методи регулювання виконують двоєдину функцію права, що полягає у забезпеченні двох моральних інтересів, що відображають вимоги особистої свободи (приватного інтересу) та загального блага (публічного інтересу) [10, с. 222–224].

Зазначені процеси конвергенції публічного та приватного права знаходять свій безпосередній вияв в аграрних організаційно-управлінських правовідносинах. Зростає роль приватного права в регулюванні внутрішніх аграрних організаційно-управлінських відносин, що пояснюється розвитком ринкових від-

носин і приватної власності як усередині країни, так і в межах міжнародних економічних зв'язків. Глобалізаційні процеси, з одного боку, зумовлюють, підвищення приватних засад у внутрішніх і зовнішніх аграрних організаційно-управлінських правовідносинах, а з іншого – актуалізують питання проникнення публічного права у приватну сферу, що пов'язане, у свою чергу, із зовнішніми аграрними організаційно-управлінськими правовідносинами. Підвищується роль міждержавних структур (наприклад СОТ) і великих сільськогосподарських об'єднань, що суттєво впливають на формування державної аграрної політики. У свою чергу, значення аграрного сектора економіки для забезпечення продовольчої безпеки та продовольчої незалежності країни зумовлює необхідність посилення публічної складової аграрних організаційно-управлінських відносин. Так, Україна належить до країн із найнижчим рівнем державної підтримки умов відтворення у сільському господарстві з розрахунку на 1 га ріллі. Як наслідок, господарства переходять на моновиробництво окупної, як правило, експорторієнтованої продукції, руйнуються сівоозміни, деградує ґрунти (це один із прикладів реалізації приватних інтересів без урахування публічних, загальних). В Україні держава навіть у найтяжчі кризові роки не застосувала практично ніяких засобів державного протекціонізму щодо виробників сільськогосподарської продукції, готового продовольства, не втручалася в дію ринкових механізмів, що сприяло безперешкодному спрямуванню потоків імпортного продовольства, що створювало «агресивне» економічне середовище для українських виробників продуктів харчування [11, с. 5]. Конвергенція публічного та приватного в аграрних організаційно-управлінських відносинах знаходить свій вияв також у тому, що сама участь публічних інституцій у цих відносинах відбувається або за ініціативою держави (прямі методи впливу – встановлення стандартів, ліцензування, здійснення контролю), або за ініціативою приватних осіб (економічні методи впливу – кредитування, субсидування).

## Висновки

Підвищення уваги до питань публічних і приватних засад в аграрних правовідносинах, у тому числі організаційно-управлінських, не є випадковим процесом; воно зумовлене необхідністю пошуку найбільш оптимальної моделі співвідношення зазначених категорій. Процеси конвергенції приватного та публічного права у сфері аграрних організаційно-управлінських відносин відбуваються у різних формах, які покликані забезпечити справед-

ливі соціальні відносини, регулювати поведінку приватних суб'єктів агрогосподарування, забезпечувати контроль за безпечністю й якістю сільськогосподарської продукції, підтримати економічно слабких суб'єктів агробізнесу та формування міцного середнього класу.

Основною метою конвергенції приватного та публічного у зовнішніх аграрних організаційно-управлінських відносинах має стати забезпечення ефективного державного регулювання у сфері аграрно-промислового комплексу держави. Негативна суспільна оцінка публічно-правового впливу на сільськогосподарські відносини є цілком виправданою. Разом із тим це не означає, що потрібно відмовитися від такого впливу; вочевидь, слід вести мову про вдосконалення форм і методів останнього, оскільки саме негативна практика державного регулювання дискредитує тенденцію проникнення публічного у приватну сферу. І тут не останню роль має відігравати усвідомлення тези про те, що публічне в аграрній сфері існує не для того, щоб забезпечити конкретні приватні інтереси осіб, що належать так чи інакше до публічних інституцій і реалізації публічно-владних повноважень, або конкретних економічних інтересів суб'єктів господарювання в аграрній сфері, а для гарантування ефективної реалізації приватних інтересів кожного представника українського суспільства. Слід погодитись із думкою про необхідність формування ідеї аграрного права й усвідомлення того, що аграрне право повинно мати утилітарно-прикладну спрямованість і слугувати інтересам української держави [12, с. 27].

Актуальним питанням конвергенції приватного та публічного права в аграрних організаційно-управлінських відносинах є кодифікація аграрного права, яка нині активно обговорюється, створюються робочі групи (на жаль, як зазначають фахівці, вони складаються переважно з економістів), виносяться на загальні відповідні проекти [13]. Слід за-

значити, що саме кодифікація може об'єднати на цілісному рівні публічне та приватне в аграрних правовідносинах, зокрема організаційно-управлінських, що й є перспективним напрямом подальших досліджень.

### Література

1. *Уркевич В. Ю.* Аграрні правовідносини в Україні: дис. ... д-ра юрид. наук. – Х., 2007. – 411 с.
2. *Гергавен Л.* На чем основано разделение права на публичное и частное, гражданское? – Петроград, 1915. – 23 с.
3. *Банчук О. А.* Проблема розмежування публічного і приватного права у правовій думці України XIX – початку XX століття: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2007. – 20 с.
4. *Леонтьев А. А.* Крестьянское право, его содержание и объем: Вступительная лекция. – СПб., 1908. – 30 с.
5. *Аксененок Г. А., Кикоть В. А., Фомина Л. П.* Критика современных буржуазных аграрно-правовых теорий. – М., 1972. – 319 с.
6. *Козырь М. И.* Аграрное право России: состояние, проблемы и тенденции развития. – М., 2009. – 336 с.
7. *Чабаненко М. М.* Методи правового регулювання аграрних відносин: дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2005. – 183 с.
8. *Еркимбаева Л. К.* Аграрные правоотношения в Республике Казахстан: дис. ... д-ра юрид. наук. – Алматы, 2008. – 354 с.
9. *Аграрное право: учебник / С. А. Боголюбов, М. М. Бринчук, Н. О. Ведьшева и др.* – М., 2011. – 432 с.
10. *Коршунов Н. М.* Конвергенция частного и публичного права: проблемы теории и практики. – М., 2011. – 240 с.
11. *Чернов С. I.* Державне регулювання аграрного сектора економіки в ринкових умовах: автореф. дис. ... канд. наук з держ. управління. – Запоріжжя, 2007. – 23 с.
12. *Ануфрієнко О. А.* Ідея аграрного права України початку XXI ст. // Форум права. – 2007. – № 3. – С. 26–30. – Режим доступу: <http://www.nbuv.gov.ua/ejournals/FP/2007-3/07aouapc.pdf>.
13. *Статівка А., Уркевич В.* Про проект закону України «Про сільське господарство України» // Підприємництво, господарство і право. – 2011. – № 8. – С. 104–110.

*In the article the author considers the correlation of private-law and public-law principles in the agrarian organizational and management legal relations.*

*В статье исследуется соотношение частноправовых и публично-правовых основ в аграрных организационно-управленческих правоотношениях.*



## ПЕРЕХІД ПРАВ НА ЗЕМЕЛЬНІ ДІЛЯНКИ, НА ЯКИХ РОЗТАШОВАНІ ОБ'ЄКТИ НЕРУХОМОГО МАЙНА

**Софія Резніченко,**

*аспірантка відділу земельного, аграрного та екологічного права  
Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України,  
м. Київ*

*Стаття присвячена висвітленню питання переходу прав на земельні ділянки, на яких розташовані об'єкти нерухомого майна, його особливостям, змінам в земельному законодавстві та проблемам його реалізації в Україні.*

**Ключові слова:** перехід права, земельна ділянка, відчуження об'єктів нерухомого майна, право власності, право користування, право оренди, житловий будинок, будівля або споруда, оформлення права.

Стрімкий розвиток ринку нерухомості, який спостерігався протягом 2001–2008 рр., додав актуальності питанням, пов'язаним із порядком переходу права власності покупця будівлі або споруди на земельну ділянку, на якій вона розташована.

Якщо основний порядок придбання будівлі не викликає запитань у більшості осіб, які з ним стикаються, то земельні відносини, які безпосередньо стосуються придбання або користування такою будівлею, на жаль, є суперечливими та недостатньо врегульованими чинним законодавством України.

Правила про долю земельної ділянки у разі відчуження розташованої на ній будівлі або споруди протягом останніх двох десятиліть змінювалися неодноразово.

Зокрема, під час дії ст. 30 Земельного кодексу (далі – ЗК) України в редакції 1992 р. при відчуженні нерухомого майна відбувався «автоматичний» перехід до набувача права власності або права користування земельною ділянкою без зміни її цільового призначення, якщо інше не передбачено у договорі відчуження – будівлі та споруди на земельну ділянку з необхідністю подальшого оформлення переходу права.

Відчуження об'єктів нерухомого майна в період з 01.01.2002 р. по 20.06.2007 р. (під час дії ст. 120 ЗК в редакції від 25.10.2001 р.) не тягнуло автоматичного переходу права власності на земельну ділянку під будівлями та спорудами.

Існує думка, за якою після 01.01.2004 р. автоматичний перехід права на земельну ділянку при відчуженні будівлі або споруди відбувався в силу ст. 377 Цивільного кодексу України (далі – ЦК) України, що набув чинності із зазначеної дати. Хоча такий підхід

отримав відображення у правозастосовчій практиці, вважаємо, що він спростовується положеннями ст. 9 ЦК України, за якими Кодекс застосовується до земельних відносин, лише якщо вони не врегульовані спеціальними актами законодавства. Таким спеціальним актом є ЗК, ст. 120 якого у первісній редакції не передбачала автоматичного переходу прав на земельну ділянку.

Нарешті, чинною редакцією ст. 120 ЗК України знову встановлений «автоматичний» перехід права на земельну ділянку при відчуженні будівлі або споруди (якщо доля земельної ділянки не вирішена у договорі), що фактично дублює ст. 377 ЦК України. Слід звернути увагу на те, що правило про «автоматичний» перехід права власності насправді застосовується не так вже й автоматично. Перехід права на земельну ділянку відбувається лише тоді, коли до набувача має перейти уся ділянка під будівлею (наприклад, якщо це садибна ділянка – див. ч. 2 ст. 381 ЦК). В інших випадках «автоматичний» перехід відбувається лише тоді, коли договір передбачає перехід конкретної земельної ділянки (як частини первісної ділянки). Якщо ж це не так (вказівки у договорі немає або окремий договір відсутній), то відповідна ділянка може бути визначена лише у ході судового розгляду на підставі відповідної землевпорядної документації (ст. 56 ЗУ) [1].

Порівняльний аналіз норм ст. 377 ЦК України та ст. 120 ЗК України показує, що окремі положення цих законів мають однакову спрямованість щодо переходу прав на земельну ділянку при виникненні права власності на будівлю чи споруду. *По-перше*, вони закріплюють принцип, за яким визначення правового режиму земельної ділянки пере-

буває у прямій залежності від права власності на житловий будинок, будівлю чи споруду. *По-друге*, передбачають механізм роздільного правового регулювання нормами цивільного законодавства майнових відносин, що виникають при укладенні правочинів щодо набуття права власності на нерухомість, і правового регулювання нормами земельного і цивільного законодавства відносин при переході прав на земельну ділянку в разі придбання нерухомості.

Одночасно з придбанням у власність юридичною особою житлового будинку перед нею постає і питання оформлення права на земельну ділянку, на якій розташований об'єкт нерухомості. Чинне законодавство України на сьогодні містить різні підходи щодо «автоматичного» – без погодження сторонами в договірному порядку – переходу у власність покупця житлового будинку і земельної ділянки, на якій він розташований.

Так, ст. 377 ЦК України передбачено, що до особи, яка придбала житловий будинок, будівлю або споруду, переходить право власності на земельну ділянку, на якій вони розміщені, без зміни її цільового призначення, у розмірах, встановлених договором. Якщо житловий будинок, будівля або споруда розміщені на земельній ділянці, наданій у користування, то у разі їх відчуження до набувача переходить право користування тією частиною земельної ділянки, на якій вони розміщені, та частиною ділянки, яка необхідна для їх обслуговування.

Отже, аналіз даної норми дає підстави для висновку про те, що при дотриманні передбачених вказаною статтею умов перехід прав на земельні ділянки відбувається автоматично і укладення будь-яких додаткових договорів стосовно придбання землі в даному випадку не вимагається. Тоді як згідно з попередньою редакцією ст. 120 ЗК України при переході права власності на будівлю і споруду право власності на земельну ділянку або її частину може переходити на підставі цивільно-правових угод, а право користування – на підставі договору оренди. Така норма фактично встановила необхідність укладення окремих договорів на придбання земельних ділянок при купівлі об'єктів нерухомості.

Враховуючи, що всі аспекти регулювання земельних відносин при придбанні об'єктів нерухомості вирішувалися на користь ЗК України, новий власник нерухомого майна був змушений окремо врегулювати земельні питання з власниками землі, якими у кожному конкретному випадку виступали як фізичні чи юридичні особи, так і місцеві органи влади, що, безумовно, значно ускладнювало процес набуття прав на земельні ділянки, на яких розташовані вказані об'єкти нерухомості.

Стаття 377 ЦК України має імперативний характер, оскільки у ній зазначається, що до особи, яка придбала житловий будинок, будівлю чи споруду переходить право власності на земельну ділянку чи право користування частиною земельної ділянки. Це означає, що за ЦК України особа, яка придбала будівлю чи споруду, де-факто стає власником земельної ділянки, якщо не змінюється її цільове призначення і зазначені у договорі розміри. Після оформлення і реєстрації Державного акта на право власності на земельну ділянку така особа набуває юридичного статусу власника землі. ЦК України взагалі не допускає виникнення такої ситуації, коли розташований на земельній ділянці об'єкт нерухомості належить на праві власності одній особі, а земельна ділянка перебуває у власності чи на праві оренди або постійного користування у іншої.

За ЦК України для переходу права користування земельною ділянкою не має юридичного значення правова форма користування землею – постійне чи строкове на умовах оренди. ЦК України гарантує власнику будівель і споруд можливість у всіх випадках набуття у користування земельну ділянку. При цьому необхідно мати на увазі, що у тих випадках, коли земельна ділянка під об'єктами нерухомості перебуває на праві постійного користування, а набувач будівель і споруд згідно із ЗК України не може мати на такому праві земельну ділянку, то така особа має право на оренду земельної ділянки або у встановленому земельним законодавством порядку може придбати таку ділянку у власність.

Відповідно до п. 4 ст. 120 ЗК України при переході права власності на будівлю або споруду до кількох осіб право на земельну ділянку визначається пропорційно часткам осіб у вартості будівлі та споруди, якщо інше не передбачено у договорі відчуження будівлі і споруди. Приступати до використання земельної ділянки, в тому числі на умовах оренди, до встановлення меж цієї ділянки в натурі (на місцевості) і одержання документа, що посвідчує право власності або право користування землею, забороняється. Такими документами згідно зі ст. 126 ЗК України є *державний акт на право власності на земельну ділянку та державний акт на право постійного користування земельною ділянкою*. Право оренди земельної ділянки посвідчується *договором оренди землі*, зареєстрованим відповідно до закону.

Покупець житлового будинку матиме право на укладення договору оренди земельної ділянки, яка належить до комунальної власності, чи право придбати її у власність. Статті 127 та 134 ЗК України встановлюють обов'язковість продажу земельних ділянок дер-

жавної та комунальної власності юридичним особам на конкурентних засадах (аукціон, конкурс). Винятком з правил є викуп земельних ділянок, на яких розташовані об'єкти нерухомого майна, що є власністю покупців цих ділянок. Так, згідно із ст. 134 об'єктом купівлі-продажу є земельні ділянки, призначені під забудову, що має бути здійснена суб'єктами підприємницької діяльності. Це означає, що такі земельні ділянки мають бути вільними від капітальних будівель і споруд. Крім того, фізичні особи, які не зареєстровані як суб'єкти підприємницької діяльності, не можуть брати участь у земельних торгах і набувати у власність земельні ділянки під забудову [2].

Таким чином, ЗК України не забороняє продаж земельної ділянки, що належить до земель комунальної власності, юридичній особі – власнику будинку, що розташований на цій земельній ділянці, шляхом укладення договору купівлі-продажу на підставі рішення відповідного органу влади чи місцевого самоврядування. Вартість земельної ділянки визначається на підставі її грошової та експертної оцінки, яка проводиться за методикою, затвердженою Кабінетом Міністрів України. Договір купівлі-продажу земельної ділянки має містити істотні умови, що визначені ст. 132 ЗК України, і підлягає нотаріальному посвідченню.

Варто зазначити, що у Законі України «Про внесення змін та визнання такими, що втратили чинність, деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Цивільного кодексу України» від 27.04.2007 р. (далі – Закон про внесення змін) ст. 120 ЗК України викладено в редакції, аналогічній ст. 377 ЦК України.

Внесення зазначених змін до ЗК України, без сумніву, є позитивним явищем з огляду на формування єдиного підходу до розуміння законодавства. Однак навіть таке формування ст. 120 ЗК України не дає можливості вирішити ряд важливих практичних питань, які можуть виникнути при переході прав на землю до конкретного набувача. При цьому позиція законодавця щодо переходу права власності на земельну ділянку при придбанні об'єкта нерухомості є більш-менш зрозумілою. У договорі відчуження об'єкта нерухомості достатньо передбачити характеристики земельної ділянки, на якій знаходиться такий об'єкт, та вказати власника цієї ділянки, який здійснює її передачу одночасно з відчуженням об'єкта нерухомості. У даному випадку договір відчуження об'єкта нерухомості буде підставою для видачі новому власнику державного акта на право власності на землю.

Питання *переходу права користування* земельною ділянкою при придбанні об'єкта

нерухомості є досить спірним. Оскільки відповідно до ЗК України та Закону України «Про оренду землі» від 06.10.1998 р. (далі – Закон про оренду) підставою набуття права оренди земельної ділянки є договір оренди такої ділянки, то встановлення договором відчуження об'єкта нерухомості умов про перехід права користування земельною ділянкою не звільняє нового власника об'єкта нерухомості від обов'язку врегулювати земельні питання безпосередньо із власником землі. Вказана проблема може бути вирішена шляхом внесення відповідних змін до ст. 7 Закону про оренду, яка регулює питання переходу права на оренду землі у кожному конкретному випадку. Закріплення у даній статті чіткого механізму переходу права оренди земельної ділянки до власника будівель і споруд на підставі договору відчуження таких будівель і споруд значно спростить можливість практичної реалізації норм ЗК України. Крім того, на практиці досить часто зустрічаються випадки придбання об'єктів нерухомості, власникам яких земельна ділянка належить на праві постійного користування. Враховуючи обмежене коло суб'єктів права постійного користування згідно з чинним ЗК України, новий власник об'єкта нерухомості стикається з проблемою, що право користування такою земельною ділянкою до нього *не перейшло і перейти не може*.

Ускладнюється зазначена проблема і у зв'язку з відсутністю законодавчо закріпленого механізму переоформлення права *постійного користування*. У такому випадку новому власнику будівель і споруд не залишається нічого іншого як врегулювати земельні питання з місцевими органами влади шляхом викупу такої земельної ділянки або укладення відповідного договору оренди. При цьому необхідно зазначити, що вирішення таких питань на користь нового власника будівель і споруд можливе лише за умови попередньої відмови колишнього власника від права постійного користування. Крім того, у зв'язку з відсутністю чітких критеріїв визначення площі земельних ділянок, які надаються юридичним особам для обслуговування будівель і споруд, власник нерухомості може зіткнутися з проблемою зменшення площі земельної ділянки, що перебувала у постійному користуванні, до розмірів земельної ділянки, розміщеної безпосередньо під об'єктом нерухомості, з мінімальним запасом, необхідним для обслуговування цього об'єкта. У такому випадку власнику будівель доведеться додатково обґрунтовувати необхідність надання йому земельної ділянки площею, що відповідає раніше наданій у постійне користування. Таким чином, процедура набуття прав на земельні ділянки у такому випадку є доволі

складною і тривалою навіть за умови придбання об'єктів нерухомості.

Продовжуючи обговорення даної проблеми, звернемо увагу на питання, яке розглянула С. Фандеева: чи укладесться додатково до договору оренди нерухомості договір оренди землі, на якій ця нерухомість розташована? [3]. Сумніви з даного приводу виникли у зв'язку з неоднаковими вимогами різних законодавчих актів. Незважаючи на те, що згідно з нормами Закону про оренду земельна ділянка передається орендареві за договором оренди землі після його державної реєстрації, автор наголошує на пріоритетності норм ЦК України, в якому передбачене надання права користування земельною ділянкою одночасно з правом найму будівлі або її частини (ч. 1 ст. 796). С. Фандеева так аргументує свою позицію: 1) Кодекс за своєю правовою природою має пріоритет над Законом; 2) ч. 1 ст. 796 ЦК України є спеціальною законодавчою нормою і тому підлягає прямому застосуванню; 3) ЦК України був прийнятий пізніше, ніж Закон про оренду.

Разом з тим, щоб у майбутньому уникнути спірних питань щодо земельної ділянки, на якій розташоване орендоване нежитлове приміщення, С. Фандеева пропонує вказати безпосередньо в договорі такі ключові моменти: 1) цей договір є договором господарсько-правового характеру; 2) Закон про оренду не застосовується до даного договору, оскільки він є договором оренди об'єкта нерухомості, а не землі; 3) об'єкт оренди включає в себе і земельну ділянку, на якій об'єкт оренди розташований; 4) розмір земельної ділянки та її межі, необхідні для досягнення мети найму.

З огляду на вказане, при здійсненні купівлі-продажу як житлового так і нежитлового будинку (будівлі або споруди), слід окремими положеннями договору визначати порядок передачі права власності на земельну ділянку, на якій він розташований, або ж укладати окремий договір купівлі-продажу. У випадку ж не врегулювання таких правовідносин під час продажу житлового будинку, право власності на відповідну земельну ділянку залишається за продавцем, що згодом може призвести до негативних наслідків, зокрема, спорів між сторонами таких правовідносин (адже у майбутньому продавець матиме право розпоряджатися земельною ділянкою на власний розсуд, не зважаючи на інтереси покупця, якому належатиме будівля) [4].

Для порівняння розглянемо російський досвід вирішення даної проблеми. Чинне російське законодавство, що регулює перехід прав на земельні ділянки, відрізняється хаотичністю та непослідовністю [5]. ЦК РФ допускає можливість знаходження в цивільно-правовому обігу як будівель без земельних

ділянок, на яких вони розташовані, так і земельних ділянок у відриві від розташованих на них споруд. Так, ст. 553 ЦК РФ регулює випадки, коли земельна ділянка, на якій знаходиться належна продавцю будівля, споруда або інше нерухоме майно, продається без передачі у власність покупця цієї нерухомості. ЗК РФ закріпив *«принцип єдності земельних ділянок і тісно пов'язаних з ними об'єктів»*: згідно з пп. 5 п. 1 ст. 1 ЗК РФ всі тісно пов'язані із земельними ділянками об'єкти слідує долі земельних ділянок, за винятком випадків, установлених федеративними законами. Однак, проголосивши цей принцип, при регулюванні конкретних відносин ЗК РФ не проявляє належної послідовності в його реалізації. З одного боку, п. 4 ст. 35 ЗК РФ встановлює, що *не допускається відчуження земельної ділянки без будівель, що на ній розташовані, якщо вони належать одній особі*, а це, в свою чергу, свідчить про те, що юридична доля будівель повинна слідувати за юридичною долею земельної ділянки при її відчуженні. На наш погляд, наведену норму було б доцільно врахувати при внесенні змін до ст. 120 ЗК України. З іншого боку, ЗК РФ передбачає, що при переході права на будівлю до нового власника до нього переходить і право на земельну ділянку, яке іменується *«правом на використання відповідної частини земельної ділянки»*, тобто в певних випадках виходить з того, що головною річчю є не земельна ділянка, а розташована на ній будівля, споруда [5].

Аналіз правозастосовної російської практики свідчить про те, що труднощі найчастіше виникають при переході права власності на будівлю, споруду, які розташовані на чужій земельній ділянці. Досить поширеною ситуацією, коли застосовується передбачений законом порядок, є наявність у відчужувача будівлі, споруди *права постійного безстрокового користування або довічного спадкового володіння* по відношенню до розміщеної під ним земельної ділянки. Російські законодавці впевнені, що оптимальним і для відчуження будівлі, і для її набувача є варіант, коли продавець будівлі спочатку оформлює земельну ділянку, на якій ця будівля розташована, у свою власність, а далі вже продає будівлю разом із земельною ділянкою [6].

Також закон не зобов'язує попереднього власника об'єкта нерухомості заздалегідь перед відчуженням переформити земельну ділянку під ним на такий вид права, який згідно з положеннями ЗУ РФ може бути оформлений на покупця. Тобто, як справедливо відмічає А. Дмитрієв, продавець будівлі або споруди не повинен перед продажем даної нерухомості з'ясувати правосуб'єктність покупця нерухомості – чи може він бути

тільки землекористувачем або тільки власником і орендарем землі. Інакше виходить, що продавець будівлі чи споруди обмежений у своєму волевиявленні, а таке обмеження прямо в законі не прописано. Таким чином, відчужувач об'єкта нерухомості може відмовитися від належного йому права постійного користування лише в добровільному порядку. Така відмова є необхідною для реалізації покупцем – власником об'єкта нерухомості належного йому виключного права на приватизацію земельних ділянок або набуття права оренди земельних ділянок (п. 1 ст. 36 ЗК РФ). Щоб уникнути в подальшому можливих проблем, до договору купівлі-продажу об'єкта нерухомості (а також міни, дарування, довічного утримання тощо) доцільно включити умову про відмову продавця (або іншого відчужувача) від належного йому права постійного користування земельною ділянкою і реєстрацію припинення цього права в установі юстиції [7].

Ще однією особливістю Закону про внесення змін є включення до ЗК України окремих норм про *суперфіції*. Відповідно до ст. 413 ЦК України власник земельної ділянки має право надати її в користування іншій особі для будівництва промислових, побутових, соціально-культурних, житлових та інших споруд і будівель (суперфіції). Таке право виникає на підставі договору або заповіту. Відсутність аналогічної норми у ЗК України, а також належного механізму реалізації вже існуючих правових норм стала причиною досить нечастого застосування інституту суперфіції при виборі способів набуття права на земельні ділянки для забудови. Намагаючись вирішити цю проблему, український законодавець вніс відповідні зміни до ЗК України, закріпивши інститут суперфіції. Так, відповідно до ст. 102<sup>1</sup> ЗК України право користування чужою земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб (*емфітевіс*) і право користування чужою земельною ділянкою для забудови (*суперфіції*) виникають на підставі договору між власником земельної ділянки та особою, яка виявила бажання користуватися цією земельною ділянкою для таких потреб, відповідно до ЦК України. Право користування чужою земельною ділянкою для забудови (суперфіції) може виникати також на підставі заповіту. Права емфітевісу та суперфіції можуть відчужуватися або передаватися в порядку спадкування. Укладення договорів про надання права користування земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб або для забудови здійснюється відповідно до ЦК України з урахуванням вимог ЗК України.

Поява цієї норми у ЗК України є позитивним явищем, однак вона має доволі загаль-

ний характер і не враховує усіх проблемних питань, які можуть виникнути в процесі її реалізації. Зокрема, як впливає із ст. 102<sup>1</sup> ЗК України, право суперфіцію може виникати на підставі договору, вимоги до форми та змісту якого законодавством чітко не визначені. Крім того, з огляду на передбачені земельним законодавством особливості надання у користування земельних ділянок під забудову та зі зміною цільового призначення, невирішеним залишається питання про необхідність розробки проекту відведення земельної ділянки до моменту укладення договору суперфіцію.

На думку Д. Шевченка, розробка проекту відведення у такому випадку є необхідною (особливо у разі зміни цільового призначення земельної ділянки), оскільки мінімізує можливі претензії органів контролю за використанням і охороною земель з приводу належного використання земельної ділянки відповідно до вимог закону. При цьому також необхідно погодити межі земельної ділянки та розробити технічну документацію, аналогічну тій, яка використовується при передачі земельної ділянки в оренду [8].

Окремо слід зазначити, що відповідно до ч. 2 ст. 415 ЦК України землекористувач має право власності на будівлі (споруди), споруджені на земельній ділянці, переданій йому для забудови. Водночас ані ЦК України, ані ЗК України не містять норм, які б визначали юридичну долю земельної ділянки та збудованого на ній об'єкта нерухомості після припинення договору суперфіцію. Оптимальним варіантом є продовження договору суперфіцію на невизначений строк. Однак у разі недосягнення згоди про продовження договору вирішити це питання можна шляхом придбання земельної ділянки власником об'єктів нерухомості або кушівлі будівель власником ділянки. У будь-якому випадку ці питання потребують додаткового законодавчого врегулювання. Також залишаються не вирішеними питання плати за землю при укладенні договору суперфіцію, реєстрації права суперфіцію тощо [8].

Крім цього, поза увагою законодавця залишилося питання автоматичного переходу права власності на землю під житловим будинком, якщо власник земельної ділянки і відчужувач житлового будинку, будівлі або споруди не збігаються в одній особі, а набувач, у свою чергу, не знає про таке. У такому випадку може виникнути практична проблема, яка призведе до того, що набувач виявиться добросовісним і відповідно до ст. 330 ЦК України набуде право власності як на житловий будинок, будівлю або споруду, так і на визначену вище земельну ділянку або на її частину. А це, у свою чергу, призведе до по-



рушення законних прав попереднього власника земельної ділянки або її частини.

Таким чином, земельне законодавство йде шляхом традиційного принципу «земельна ділянка слідує за будівлею», але щоб на практиці це відбулося насправді, особі, яка виявила бажання отримати житловий будинок, будівлю або споруду разом із правом власності або користування на земельну ділянку, яка зайнята цим об'єктом, і на частині земельної ділянки, яка необхідна для його обслуговування, необхідно після оформлення відповідних документів на житловий будинок, будівлю або споруду додатково замовити й отримати державний акт на право власності або землекористування й здійснити його державну реєстрацію. Лише після цього у набувача виникне відповідне право на таку земельну ділянку.

Прогнозувати ефективність правового застосування, нещодавно внесених змін до земельного законодавства України доволі складно. Однак, безумовно, позитивним є той факт, що законодавець звернув увагу на зазначені проблеми і зробив крок до їх вирішення. Слід законодавчо обмежити шляхи до «розщеплення» власності на будівлі і споруди, з одного боку, та земельну ділянку, з іншого, але водночас врегулювати ситуацію, коли подібне вже сталося. Загалом, можна зробити висновок про існування ряду прогалин та протиріч у нормативно-правовій базі, яка регулює перехід права власності на земельну ділянку під час придбання будівлі,

розташованої на ній. Також недоліки існують у чинному законодавстві, яке стосується права користування земельними ділянками, на яких розташовані об'єкти нерухомості, що підлягають продажу, однак висвітлення цих питань є предметом для окремого дослідження.

### Література

1. Мірошниченко А. М. Земельне право України. – К., 2009.
2. Земельний кодекс України: Наук.-практ. коментар / За ред. В. І. Семчика. – К., 2004. – С. 439–440.
3. Фандеева С. Щодо укладення додатково до договору оренди нерухомості договору оренди землі, на якій ця нерухомість розташована // Адвокат Бухгалтера. – 2006. – № 36.
4. Зенкін Д. Про перехід права на земельну ділянку при придбанні житлового будинку або споруди, що розташовані на ній // Правовий тиждень. – 2009. – № 7.
5. Концепція розвитку гражданского законодательства о недвижимом имуществе / Под ред. В. В. Витрянского, О. М. Козырь, А. А. Маковской. – М., 2004.
6. Ельникова Е. В. Гражданско-правовой оборот земельных участков под строениями в России: дис. ... канд. юрид. наук. – Волгоград, 2006. – С. 130–131.
7. Дмитриев А. В. Коллизии норм Земельного кодекса РФ при государственной регистрации прав на землю // Юридический мир. – 2002. – № 5.
8. Шевченко Д., Кот О. Зміни в земельному законодавстві: що нового? // Правовий тиждень. – 2007. – № 40–41.

*This article is dedicated to the research of legal nature of transition of rights to land plot and real estate, placed on it, its peculiarities, change in land law and covers questions of problems of its realization in Ukraine.*

*Статья посвящена исследованию вопроса перехода прав на земельные участки, на которых расположены объекты недвижимого имущества, его особенностям, изменениям в земельном законодательстве и проблемам его реализации в Украине.*



---

### Співзасновники:

Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва  
Національної Академії правових наук України,

ТОВ «Гарантія»

**Видавець:** ТОВ «Гарантія»

Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації  
серія КВ № 15779-4251ПР від 02.11.2009 р.

**Журнал рекомендовано до друку вченою радою Науково-дослідного інституту  
приватного права і підприємництва Національної Академії правових наук України  
(протокол № 4 від 25.04.2012 р.)**