3 2010 (171)

ПІДПРИЄМНИЦТВО, ГОСПОДАРСТВО І ПРАВО

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

ІНСТИТУТ ПРИВАТНОГО ПРАВА І ПІДПРИЄМНИЦТВА АПрН УКРАЇНИ

Шеф-редактор
МАКАРОВА
Алла Іванівна

Редакційна колегія:

ХАВРОНЮК
Микола
Іванович
головний
науковий
редактор

МЕЛЬНИК
Микола
Іванович
заст. головного
наукового
редактора

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

ГОСПОДАРСЬКИЙ ПРОЦЕС. ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО

Сергій Демченко
Медіація у господарському судочинстві 3
Анатолій Гаврилішин, Валентина Козирєва
Альтернативні способи вирішення господарських спорів 6
Володимира Добровольська
Деякі питання компетенції органів місцевого самоврядування: господарсько-правовий аспект 11
Анфіса Нашинець-Наумова
Правове регулювання діяльності вітчизняних корпорацій 15
Тетяна Куреза
Порівняльне дослідження правового регулювання аудиторської діяльності в Україні та за кордоном 18

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

Андрій Медвідь
Особливості правової регламентації статусу тимчасових комісій парламенту у конституційних актах Української Радянської Соціалістичної Республіки 22

ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Марина Мікуліна
Законні інтереси та суб'єктивні права: потенціал можливостей 25
Алла Онупрієнко
Місцева влада в системі вертикального поділу влади: загальнотеоретичні аспекти 27
Ольга Старицька
Науковий плюралізм розуміння феномена «державна влада» 31
Олена Козинець
Судоустрій і судочинство за Судебниками 1497 та 1550 рр. 35
Володимир Котенко
Проблема та напрями досліджень виникнення держави у східних слов'ян 39
Вікторія Рибачок
Особливості розвитку іпотечних правовідносин і роль нотаріуса при їх оформленні в дореволюційний період 44

ТРУДОВЕ ПРАВО

Ніна Гетьманцева, Ірина Козуб
Закон України «Про колективні договори і угоди» потребує змін 48
Костянтин Мельник
Юридичний зміст трудових правовідносин службовців правоохоронних органів 52

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО. ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС

Ганна Пендяга
Особливості правової природи та застосування спеціальних деліктів у цивільному праві 57
Галина Юровська
Договір простого товариства при створенні промислово-фінансової групи 61
Ольга Зозуляк
Поняття цивільно-правового договору в юридичній літературі та законодавстві 64
Ольга Толмач
Право людини на життя та його гарантії у сфері соціального забезпечення 68
Світлана Хіміч
Загальні особливості договору дарування нерухомого майна та його оформлення 72

На першій сторінці обкладинки – пам'ятник Магдебурзькому праву в м. Києві

Микола Шелест
Деякі проблеми персоніфікації держави як учасника цивільних відносин 75

Ігор Жеребной
Діяльність органів місцевого самоврядування та прокуратури щодо захисту інтересів неповнолітніх: цивільно-процесуальний аспект 79

АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС. ФІНАНСОВЕ ПРАВО

Володимир Шульгін
Ефективність реалізації військового законодавства України в умовах концептуально-інституційної невизначеності Воєнної організації держави 83

Світлана Ковальова
Адміністративна відповідальність за правопорушення в племінній справі у тваринництві 87

Ольга Косиця
Адміністративно-правовий механізм протидії незаконній міграції (міжнародний аспект) 90

Юлія Чиж
Генезис та адміністративно-правове розуміння співвідношення понять «посадова особа» і «службова особа» у сфері земельних відносин 94

Олександр Заєць
Особливості діяльності аварійних комісарів та їх роль при з'ясуванні причин і обставин страхових випадків в Україні 98

Сергій Ярошенко
Щодо визначення завдань провадження по адміністративним проступкам у сфері інтелектуальної власності 101

Віктор Гой, Лілія Шестак
Специфіка адміністративно-правового статусу податкових органів, які здійснюють податкове супроводження ВПП 104

Оксана Солдатенко
Теоретичні засади соціального та медичного страхування 108

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО

Дмитро Малков
Контроль у сфері боротьби із згубною податковою конкуренцією як новий вид міжнародного контролю 112

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО. КРИМІНОЛОГІЯ

Оксана Старко
До питання про визначення меж кримінально-правової охорони життя людини 116

Андрій Андрушко
Чи виправданою є заборона призначати громадські роботи особам, які досягли пенсійного віку? 120

Юля Жмур
Визначення об'єкта злочину за ст. 162 Кримінального кодесу України 124

Єгор Назимко, Юрій Коллер
Пропозиції щодо диференціації кримінальної відповідальності за злочини, передбачені статтями 287 та 288 Кримінального кодексу України 128

Володимир Шаблистий
Деякі особливості кваліфікації погрози вбивством, вчиненої членом організованої групи 132

Олексій Шевченко
Суб'єктивні ознаки фінансування тероризму: кримінально-правовий аспект 135

Ірина Нестерова
Щодо проблем формування дієвої програми детінізації відносин у сфері туристичного бізнесу України 139

КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС. КРИМІНАЛІСТИКА

Виктор Педан, Юрий Фролов
Вопросы процессуального применения освобождения от уголовной ответственности в связи с малозначительностью деяния 142

Наталія Марущак
Досудове розслідування кримінальної справи: завдання та засоби їх досягнення 145

Григорій Мамка
Особливості діяльності начальника слідчого відділу як суб'єкта доказування на досудовому слідстві 149

Ганна Мудрецька
Криміналістична характеристика осіб, які вчиняють викрадення бюджетних коштів 153

АГРАРНЕ ПРАВО. ПРИРОДОРЕСУРСОВЕ ПРАВО

Вікторія Панченко
Деякі питання співвідношення внутрішньогосподарських локальних нормативних актів і спеціальних законів щодо сільськогосподарських кооперативів 157

Ірина Вітовська
Юридична термінологія при визначенні поняття «право природокористування» 160

Підписано до друку 15.03.2010. Формат 70×108 $^{1}/_{16}$. Папір офсетний.
Друк офсетний. Ум. друк. арк. 14,0. Обл.-вид. арк. 18,6.
Умовн. фарбовідбитків 14,87. Замовлення № 10-40.
Надруковано з готових форм у ТОВ «Друкарня «Бізнесполіграф«,
02094, м. Київ, вул. Віскозна, 8.

© **Товариство з обмеженою відповідальністю «Гарантія«**, 2010.

Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації серія КВ № 15779-4251 ПР від 02.11.2009 р.
Поштова адреса редакції: 01133, м. Київ-133, а/с 23.
Тел./факс (044) 285-82-44.

МЕДІАЦІЯ У ГОСПОДАРСЬКОМУ СУДОЧИНСТВІ

Сергій Демченко,
канд. юрид. наук,
Голова Вищого господарського суду України,
заслужений юрист України

У статті розглядаються сутність і досвід застосування медіації у господарському судочинстві інших країн, сформульовані пропозиції щодо запровадження її в Україні.

Ключові слова: медіація, господарське судочинство, доступність правосуддя, судовий процес.

Актуальність теоретичних і практичних питань, пов'язаних із доступністю правосуддя, є очевидною. Доступність правосуддя є однією з передумов утвердження судової гілки влади як повноцінного та самодостатнього механізму захисту прав і свобод людини. Проблема доступності правосуддя не обмежується окремою державою, а привертає увагу міжнародного співтовариства, тому можна констатувати інтернаціоналізацію стандартів у галузі судоустрою. Міжнародно-правові акти передбачають право на справедливий суд і доступ до суду як неодмінний його елемент. Важливе значення при цьому мають такі властивості суду, як незалежність, безсторонність і законність (ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (1950 р.). Посилання на обов'язок держави забезпечити особі реальний, а не формальний, доступ до суду є в низці рішень Європейського Суду з прав людини, а також рекомендаціях і резолюціях Комітету Міністрів Ради Європи.

В юридичній літературі вирішення проблем доступності правосуддя не завжди пов'язується з існуванням альтернативних способів вирішення цивільних і господарських справ, зокрема з медіацією. Її сутність і досвід застосування ще недостатньо висвітлюється в юридичній літературі, що є однією з проблем на шляху масштабного використання цього способу розгляду спорів, перш за все, у рамках господарського судочинства.

Метою цієї статті є розкриття суті та досвіду використання медіації як складової забезпечення доступності правосуддя на прикладі господарського судочинства.

Сучасні дослідження у сфері доступності правосуддя не завжди пов'язуються з використанням медіації як складової забезпечення доступності правосуддя [1–5]. У Концепції вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів, схваленій Указом Президента України від 10.05.2006 р. № 361/2006, медіація розглядається як засіб забезпечення доступу громадян до суду.

Одним із важливих напрямів удосконалення судочинства, забезпечення доступності правосуддя є запровадження в судовий процес альтернативних способів вирішення спорів, у тому числі медіації. Вважаємо, що медіація як технологія вирішення конфлікту за участю нейтральної третьої сторони – медіатора (арбітра, арбітрів) є достатньо перспективною. Різниця між традиційним судовим розглядом і медіацією полягає у тому, що суддя вислуховує сторони і, базуючись на відповідних статтях закону, виносить рішення. Завдання медіатора полягає у наданні допомоги конфліктуючим сторонам самим знайти рішення спірного питання.

Медіатор не тільки повинен знати законодавство, а й уміти організувати процес вирішення конфлікту так, щоб конфліктуючі сторони були залучені до процесу абсолютно добровільного творчого пошуку такого рішення спору, яке задовольняло б обидві сторони та відкривало нові можливості їх подальшої взаємодії.

На думку деяких учених, серед усіх альтернативних способів вирішення спорів медіація має низку переваг. У процесі медіації сторони відіграють активну роль у розв'язанні конфлікту. Очевидна також і конфіденційність процесу, що має важливе значення, адже деякі компанії ототожнюють звернення до державних судових органів із втратою репутації, а за допомогою медіації встановлюється імунітет на розкриття інформації. До переваг медіації слід віднести також гнучкість і відсутність зайвої формалізованості процедури розгляду.

Медіація, посередництво є одним із важливих напрямів удосконалення судочинства, що набули поширення в європейських країнах, США, а також почали застосовуватись у країнах ближнього зарубіжжя, зокрема у Білорусі. Так, на відміну від України, Арбітражно-процесуальний кодекс Білорусі містить низку норм, які регулюють питання посередництва. Є там і певна практика застосування цієї процедури. В Росії працює робоча група із створення закону про медіацію. Досвід країн ближнього та дальнього зарубіжжя також свідчить про те, що правові системи деяких держав, зокрема Югославії, передбачають право судді на пропозицію сторонам спробувати вирішити конфлікт за допомогою медіації та лише після цього, якщо залишиться необхідність, розглядати спір за традиційною процедурою. Певний досвід застосу-

© С. Демченко, 2010

вання процедури медіації є в системі господарських судів в інших країнах. Наприклад, в Індії.

У ряді країн є, принаймні, чітке бажання застосовувати медіацію. Зокрема, заслуговують на увагу розробки щодо розв'язання комерційних спорів у Росії з використанням процедури медіації [6]. На розгляді Державної Думи Російської Федерації вже декілька років знаходиться проект Федерального закону про процедуру примирення за участю посередника (медіації). Президент Російської Федерації Д. Медведєв дав доручення прискорити ухвалення закону про медіацію. Крім того, сьогодні в рамках Вищого арбітражного суду Російської Федерації ведеться робота, пов'язана із внесенням змін, що стосуються посередництва, до Арбітражного процесуального кодексу Російської Федерації.

Певний досвід щодо застосування медіації накопичено у системі господарських судів Білорусі (і це незважаючи на те, що у господарських судах республіки на справи, які розглядаються з порушенням строків, припадає лише кілька відсотків). Не випадково саме у цій країні в господарському суді Мінської області в середині квітня 2009 р. відбулося засідання «Круглого столу» на тему «Практика применения и пути совершенствования правового регулирования института посредничества», де було узагальнено набутий досвід і намічені шляхи, подальші заходи із розширення практики застосування медіації.

Слід зазначити, що в Білорусі інститут медіації не тільки декларується, а й реально працює. О. Носирева вважає, що для успішного розвитку інституту посередництва в Білорусі потрібна, перш за все, відповідна правова база. Щоб інститут медіації функціонував ефективніше, слід було б включити до Господарського процесуального кодексу Білорусі норми, які б забезпечили конфіденційність посередницьких процедур. Саме конфіденційність посередництва є однією з гарантій успішного його функціонування. У зв'язку з цим виникає питання, яка інформація може бути передана судді, а яка повинна залишатися закритою? У російському законопроекті, який заснований на Типовому законі ЮНСИТРАЛ «Про міжнародну комерційну погоджувальну процедуру», гарантії конфіденційності є. Відповідно слід їх посилити й у процесуальному законодавстві. Доки ж відповідні зміни до Господарського процесуального кодексу не внесені, можна, на думку О. Носиревої, використовувати, наприклад, такий досить поширений в європейських країнах прийом, як підписання сторонами перед початком процедури угоди про конфіденційність. Хоча в цьому випадку учасники переговорів беруть на себе виключно моральні зобов'язання і вони, як правило, прагнуть їх не порушувати [7].

Щодо вдосконалення існуючих господарських процесуальних норм. О. Носирева відмітила як такі, що потребують змін, положення білоруського ГПК, згідно з якими посередник може висловлювати думку про правомірність заявлених вимог. Це не відповідає правовому статусу посередника. Посередник не є суддею або арбітром в спорі. Стосовно його діяльності існує правило трьох «ні», що визначає роль посередника в ході врегулювання спора. Посередник не досліджує докази у справі, не встановлює факти і не виносить обов'язкової для сторін ухвали. Іншими словами, посередник не вирішує, хто правий, а хто винен в спорі. Це функція судді або арбітра. В той час логічно було б надати посередникові, наприклад, право оцінити позиції обох сторін. Він також може висловити певні сумніви з приводу обґрунтованості позицій, наявності доказової бази, але у жодному випадку не щодо правомірності заявлених вимог. У виступі наголошувалось також на необхідності ухвалення Кодексу етики посередника, який, по суті, означає суспільне визнання професії. Як зразок у даному випадку міг би виступити Європейський кодекс поведінки медіатора [7].

На Президії Вищого господарського суду Республіки Білорусь ухвалені методичні рекомендації з проведення процедури посередництва, спрямовані на регулювання призначення та ходу процедури. Ця інформація адресована суддям і посередникам.

Оскільки у процедурі судового посередництва в господарському суді задіяно декілька груп осіб з різними функціями й інтересами до даної процедури, інформація по даній темі, крім зазначеного документа, повинна адресуватися цільовим призначенням окремо кожній групі учасників процесу.

Групою посередників Вищого господарського суду Республіки Білорусь розроблена докладна пам'ятка для сторін з інформацією про те, як сторони повинні діяти в процедурі, про їх можливості, методи досягнення максимального результату та задоволення інтересів сторін. Максимальна інформація запропонована у вигляді пам'ятки для використання суддями в роботі із сторонами по залученню їх до процедури. Іншими словами, підготовлені компактні рекомендації, які можна універсально використовувати як досвідченим суддям, так і новачкам. До методики планується включити зміст класичної медіації європейського зразка (до речі, модель, що сприймається нашими російськими колегами, досвід, напрацьований господарськими судами областей). Таким чином буде створено білоруську методику проведення процедури посередництва.

Планується розроблення Правил етики посередника з метою виховання фахівця-медіатора та забезпечення культури ведення процедури. Ухвалено рішення про створення візуального знака білоруської медіації для використання в освітній роботі та створення «свого обличчя» білоруської медіації.

На «Круглому столі» наголошувалося, що господарським судам слід приділяти більше уваги реалізації гласності та відкритості судового процесу. Так, разом з експериментом гос-

подарського суду м. Мінська про створення регістра боржників у виконавчому провадженні даного суду, доцільно розглянути необхідність розміщення судових ухвал у відкритих базах даних із інформацією про учасників господарського процесу. Поки що при розміщенні інформації ці дані про сторони не вказуються.

Створення повної інформаційної бази про винесені судові ухвали з конкретними учасниками спорів послужить альтернативою даних у процедурі посередництва, де основним принципом є конфіденційність інформації. Іншими словами, сторони будуть заінтересовані у звернені до посередника для врегулювання спорів, оскільки інформація про існування спору та відносини з комерційними партнерами не стане відома широкому колу осіб.

Вважаємо, що для успішного застосування процедури медіації в системі господарських судів України необхідно внести відповідні норми у проект Господарського процесуального кодексу. Зокрема, перш за все, слід закріпити автономію права сторін на визначення умов і способів виходу ними із спірної ситуації за допомогою посередництва, а також регламентувати проведення посередництва на всіх стадіях господарського процесу, а також на стадії виконання рішень.

Необхідно також встановити правило про те, що угода, досягнута в посередництві, не може бути оскаржена. У виконавчому провадженні вона має розглядатися як самостійний виконавчий документ. Крім того, в окремому законодавчому акті доцільно оформити інститут посередництва в організаційному плані: визначити порядок формування контингенту посередників, їх статус як посадової особи господарського суду, порядок призначення та контролю як на стадіях розгляду господарського спору, так і на етапі виконання судового рішення. Пропонується окреслити відповідальність посередника за проведення процедури, надання допомоги у складанні та затвердженні сторонами угоди.

Що стосується кадрового забезпечення запровадження медіації, то посередницькі функції в Білорусі виконують працівники економічних судів. Тому дослідження вирішення кадрової проблеми, шляхів організації підготовки медіаторів в інших країнах, зокрема в Україні, набуває певного значення. Міжнародна практика призначення медіаторів різноманітна. Дуже часто цю роль виконують помічники суддів. У США медіаторами у багатьох випадках виступають спеціально акредитовані при судах адвокати. Як правило, чудово справляються з функціями медіатора судді у відставці. Але, в принципі, медіаторами можуть бути будь-які юристи.

Різні підходи існують і відносно кваліфікаційних вимог, що висуваються до посередника, наприклад до рівня освіти або стажу роботи, досвіду в тій або іншій сфері. Однак очевидно, що участь у посередництві вимагає особливої підготовки. У зв'язку з цим теорія переговорів (як важлива складова посередництва) повинна стати невід'ємною складовою сучасної юридичної освіти. В Росії, наприклад, здійснюється додаткова професійна освіта, розрахована на підготовку посередників з числа адвокатів, нотаріусів, суддів, юристів, представників інших спеціальностей. Слід також передбачити низку заходів щодо забезпечення професійної підготовки (самопідготовки) посередників, виховання правової культури проведення процедури медіації. Необхідно розробити відповідні перспективні та поточні плани підготовки посередників, навчальні програми, підручники, посібники.

Методологічне та методичне забезпечення просування інституту посередництва (медіації) в системі господарських судів, організацію міжнародної співпраці у цій сфері слід покласти на Вищий господарський суд України.

Висновки

Медіація є одним із важливих напрямів удосконалення судочинства, забезпечення доступності правосуддя. Медіація набула поширення в європейських країнах, США, Індії, а також починає застосовуватися у країнах колишнього СРСР, зокрема у Білорусі. Готується до введення цієї форми розгляду господарських спорів і Росія.

Вважаємо, що для успішного застосування процедури медіації в системі господарських судів України потрібно внести відповідні зміни у господарське процесуальне законодавство, а також розробити комплексну програму запровадження медіації, забезпечити виконання цієї програми.

Література

1. *Овчаренко О. М.* Доступність правосуддя та гарантії його реалізації: Дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2007. – 249 с.

2. *Овчаренко О. М.* Доступність правосуддя та гарантії його реалізації: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2007. – 20 с.

3. *Сакара Н. Ю.* Проблема доступності правосуддя у цивільних справах: Дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2006.

4. *Овчаренко О. М.* Юрисдикція судів в аспекті забезпечення доступу особи до суду // Актуальні проблеми застосування ЦПК та КАС: Тези доп. та наук. повід. учасників міжнар. наук.-практ. конф., 25–26 січня 2007 р. / За ред. В. В. Комарова. – Х., 2007. – С. 290–293.

5. *Приходько И. А.* Доступность правосудия в арбитражном и гражданском процессе: основные проблемы: Дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 2005. – 408 с.

6. *Бургер И. С., Льюис М., Бочарова О.* Разрешение коммерческих споров в России: роль медиации // Правова держава. – 2002. – № 5. – С. 142–147.

7. *Носырева Е.* Посредничество становится заметным явлением правовой действительности // Вестник Высшего хозяйственного суда Республики Беларусь. – 2009. – № 11. – С. 6–10.

Essence and experience of application of mediation is considered in the economic legal proceeding of other countries, suggestions are formulated in relation to introduction of it in Ukraine.

В статье рассматриваются сущность и опыт применения медиации в хозяйственном судопроизводстве других стран, сформулированы предложения относительно внедрения ее в Украине.

АЛЬТЕРНАТИВНІ СПОСОБИ ВИРІШЕННЯ ГОСПОДАРСЬКИХ СПОРІВ

Анатолій Гаврилішин,
канд. юрид. наук,
доцент кафедри господарсько-правових дисциплін
Національного університету державної податкової служби України,

Валентина Козирєва,
канд. юрид. наук,
доцент кафедри господарського права і процесу
Інституту повітряного і космічного права та масових комунікацій
Національного авіаційного університету

У статті висвітлюються проблеми діяльності третейського судочинства при розгляді господарських спорів.

Ключові слова: альтернативні способи вирішення спору, третейське судочинство, арбітраж, медіатор.

Розвиток ринкових відносин в економіці України, широка участь суб'єктів господарювання у зовнішньоекономічних стосунках спонукали законодавця розробити та прийняти ряд законодавчих актів, спрямованих на врегулювання спірних питань, що можуть виникнути у процесі господарської діяльності як в державі, так і за її межами.

За сучасних умов здійснення підприємницьких відносин неминуче виникає конфлікт інтересів їх учасників, що породжує нові проблеми та вимоги оперативності, професійності у захисті цивільних і господарських прав суб'єктів господарювання. Тому одночасно з державним регулюванням цих проблем, необхідною умовою створення ефективної системи захисту порушених, невизначених або оспорюваних суб'єктивних прав, свобод та інтересів юридичних і фізичних осіб є розвиток альтернативних способів вирішення спорів.

Державне регулювання спірних питань під час господарської діяльності регулюється Господарським процесуальним кодексом (далі – ГПК) України, в розділі III якого окреслено коло спорів, що можуть розглядати господарські суди України.

Над питаннями розвитку третейського судочинства працюють такі вчені, як К. Брунцева, В. Комаров, Ю. Притика, Г. Ціпат та ін. Однак багато питань залишилися практично недослідженими.

Однією з демократичних, альтернативних форм вирішення конфліктних ситуацій під час господарської діяльності є інститут третейського судочинства та медіаторства, що дозволяє цивілізованим шляхом врегулювати спірні питання. Зростаюча кількість звернень до альтернативних способів вирішення спорів пояснюється тим, що вони засновані не на перевазі інтересів держави, а на пріоритеті захисту прав як фізичних, так і юридичних осіб – учасників цивільного або господарського обігу.

Зарубіжний досвід свідчить, що третейський розгляд спору став інститутом, здатним ефективно конкурувати з державною монополією на здійснення правосуддя в господарських спорах, тому підприємці часто вважають за краще звертатися до недержавних судів.

Метою цієї статті є розгляд проблем, пов'язаних з альтернативними способами вирішення господарських спорів як формою ефективного судочинства.

Альтернативні способи вирішення спорів прийнято позначати термінами «amicable dispute resolution» або «amicable settlement of disputes». Мирні способи врегулювання господарських спорів відносяться до альтернативних або «alternative dispute resolution, ADR», тобто до таких, які не припускають участі державних судів у вирішенні конфлікту, а якщо і припускають, то мінімальне.

Всі способи альтернативного вирішення спорів під час підприємницької діяльності об'єднує договірна основа їх створення і діяльності, а також єдина мета – досягнення компромісу, мирне врегулювання спорів і збереження партнерських відносин сторін. Справи в таких судах розглядаються швидше, рішення третейських судів є остаточним, зберігається комерційна таємниця, сторони самі подають докази тощо.

© А. Гаврилішин, В. Козирєва, 2010

Альтернативні способи вирішення спорів умовно класифікується на кілька груп:

• арбітраж (третейський суд) з обов'язковим для сторін рішенням – це процедура вирішення спору незалежним, нейтральним арбітром, що обирається сторонами; за результатами розгляду спору виноситься арбітражне рішення, яке є обов'язковим для сторін спору;

• рекомендаційний арбітраж – це процедура вирішення спору нейтральним арбітром (арбітрами), що обирається сторонами спору, але його рішення носить лише рекомендаційний характер і використовується сторонами як експертний висновок при вирішенні спору за допомогою засобів врегулювання;

• посередництво (медіація) – спосіб врегулювання спору між сторонами за участю посередника, який покликаний сприяти виробленню прийнятого рішення для обох сторін шляхом пропозиції свого варіанта вирішення конфлікту або формування рішення, прийнятного для сторін. Сьогодні в державі створений і діє Український центр медіації (далі – УЦМ) при Києво-Могилянській бізнес-школі з метою створення інституту, який би став рушійною силою для розвитку альтернативних способів вирішення спорів.

На розвиток третейського судочинства значною мірою впливають не тільки переваги, а й певні суб'єктивні фактори. Так, не є таємницею, що судді третейських судів певною мірою більш сприятливі для спілкування, обстановка судового засідання комфортніша, ніж у державних судах. Важливим підґрунтям використання арбітражних застережень юристами є їх знайомство із суддями третейських судів, що робить судовий процес менш вимушеним.

Аналіз практики роботи третейських судів в Україні свідчить, що, звертаючись до третейського розгляду спору, суб'єкти підприємницької діяльності не афішують деякі мотиви, а мають їх на увазі. Такими мотивами можуть бути:

• закріплення в третейському рішенні певних фактів, які з позиції юриспруденції не є повноцінними, але наступне доказування своєї правоти значно полегшується. В такому випадку судове рішення відіграє роль вираженого концентрованого доказу, крім того воно дозволяє закріпити позиції сторін, що, у свою чергу, не дає їм можливості в подальшому змінити свою позицію;

• велика частина третейського розгляду – офіційне закріплення існуючих неформальних домовленостей, тобто фактично йдеться про затвердження мирової угоди. Цей спосіб вигідний тим, що на відміну від фіксації цієї угоди звичайним способом, де сторона не може ухилитися від її виконання, оскільки має більшу юридичну силу й є можливість більш швидкого реагування на її невиконання, сторона третейського розгляду може уникати її виконання. Крім того, попередні відносини сторін припиняються, повернення до них неможливе, оскільки процесуально неможливо звернутися до суду з одним і тим самим позовом;

• документальне закріплення передачі майна від однієї організації до іншої. Оформлення такої угоди часто не вигідно у зв'язку з увагою до неї контролюючих органів, кредиторів, акціонерів, податкових органів тощо. І зовсім інша справа для стороннього спостерігання, коли проводиться примусове (через суд) звернення стягнення на майно або передача його в процесі мирової угоди;

• рішення третейського суду як необхідна передумова зменшити прибуток підприємства та, відповідно, податків, оскільки третейське рішення про стягнення або мирова угода – це визнання штрафу, який зменшує податок на прибуток. Оскаржити ці обставини за наявності рішення суду податковим органам досить важко;

• фіксація за допомогою третейського рішення збитків для подальшого регресивного позову. В таких випадках йдеться не про податкову, а цивільно-правову мету. За наявності рішення суду щодо обставин виникнення та розміру збитків значно легше обґрунтувати їх реальність у подальших судових органах, у тому числі в державних судах;

• списання безнадійного боргу для «вичистки» балансу суб'єкта господарювання. Для багатьох підприємств правильне співвідношення різних статей балансу дуже актуальне, оскільки свідчить про фінансову стійкість і якість управління. У таких випадках використання третейських рішень дозволяє в короткий термін отримати виконавчий лист на стягнення заборгованості, суттєво зменшити термін списання боргу з визнанням як безнадійного з віднесенням його на фінансовий результат, що, у свою чергу, позитивно впливає на податкову базу.

Такі різні цілі звернення до третейських судів не декларуються суб'єктами підприємницької діяльності, хоча судді про них можуть здогадуватися. Слід зазначити, що подібні звернення не рідкість і в державних судах, але там такі позови розчиняються у великій кількості інших, а тому не так виокремлюються. Отримані таким чином судові рішення є легітимними, оскільки за всіма формальними критеріями повністю відповідають нормам як матеріального, так і процесуального права.

Окреслені різні цілі суб'єктів господарювання та бажання третейських судів почати реально діяти призводять до явно протилеж-

них наслідків. З одного боку, підприємці отримали можливість досягти своєї мети за спрощеним порядком через третейський розгляд, що певною мірою підвищило заінтересованість, а з іншого – ці обставини призвели до того, що третейські суди стали асоціюватися в очах підприємців не з органом правосуддя, а із спрощеним механізмом отримання необхідного рішення. Безумовно, таке явище не носить масового характеру, але має місце в діяльності третейських судів України, а це, у свою чергу, веде до зменшення кількості спорів, що ними розглядаються. Іншими словами, зменшується довіра до третейського суду як до незалежного, компетентного органу, що є основою третейського розгляду.

На нашу думку, розвиток третейського судочинства в Україні розпочнеться за таких умов:

- коли держава зможе реально підтримувати третейські суди шляхом визнання їх необхідним елементом правової культури в суспільстві та буде бачити в них рівнозначний спосіб захисту прав суб'єктів господарювання;
- має змінитися відношення підприємців до суду, оскільки більшість сторін спору не бажають вирішувати правовий конфлікт через справедливе судове рішення. На даний час виграти справу за допомогою процесуальних відносин або ухилитися від виконання рішення суду вважається більшою перемогою, ніж визнати за собою наявність зобов'язань.

Загальносвітова тенденція свідчить, що третейське судочинство як розвивалося, так і розвиватиметься, перш за все, за рахунок третейських судів універсальної компетенції. Навіть за відсутності реальної допомоги з боку держави в Україні створюються та діють третейські суди.

Швидке, справедливе й ефективне врегулювання господарських спорів є однією з гарантій стабілізації економічних відносин, зміцнення партнерських ділових зв'язків. Судовий захист є важливою частиною завдань щодо створення сучасної бази для розвитку українського підприємництва. Це, у свою чергу, передбачає розвиток форм правосуддя, альтернативних державному, побудованих на договірній підсудності між сторонами спору, тобто третейського розгляду.

Які ж основні ознаки характеризують третейський суд? Перш за все, це суд не державний, а створений волею приватних осіб, а тому в його основі лежить угода сторін, на основі якої в нього виникає компетенція. Якщо в державному суді компетенція існує в силу закону, то в третейському суді – виключно з волі сторін. Державні суди керуються при розгляді справ процесуальними кодексами, а третейський суд – угодою сторін, правом, яке вони вибрали своїм регламентом. Третейський суд може керуватися процесуальними кодексами лише за аналогією. У державному суді справу розглядає суддя, призначений державою, а в третейському суді склад суду формується сторонами спору. Таким чином, третейський суд – це спосіб захисту прав, коли сторони спору без втручання держави вирішують свій правовий конфлікт за допомогою незалежної особи (осіб). Оскільки держава визнає принцип невтручання в приватні справи, то і рішення третейського суду визнається державою та може бути приведене до примусового виконання без перевірки по суті. Підстави для скасування рішення мають бути дуже ґрунтовні (коли вони порушують волю сторін щодо компетенції суду або порушують правову систему держави).

Процедура третейського розгляду спорів створена для захисту інтересів приватних осіб і побудована на змагальності сторін, швидкості, економічності розгляду спору. Вона дозволяє учасникам спору обирати суддів, кваліфікації та досвіду яких вони довіряють, гарантує захист їх інтересів, у тому числі комерційну таємницю, а у випадках необхідності допускає примусове виконання винесеного рішення. Все це забезпечує перспективний розвиток третейського судочинства, а досвід практичної діяльності свідчить, що підприємці, які отримали захист у третейському суді, стають на бік цієї форми судочинства, яка дозволяє їм успішніше вести свій бізнес за рахунок тих преваг, які дає їм цей спосіб врегулювання конфліктів.

Аналіз законодавства, а також практичної діяльності третейських судів щодо розгляду господарських спорів дає можливість виділити переваги третейського судочинства. *По-перше,* більш як у два рази скорочується розгляд справи (70 днів). При зверненні до державного суду цей строк становить не менше 120 днів, а з урахуванням оскарження в апеляційному та касаційному порядку – 120, 220 днів. *По-друге,* виконання рішення третейського суду найбільше турбує суб'єктів підприємницької діяльності при передачі справи на третейський розгляд. Але слід пам'ятати, що проблема виконання третейського рішення та сама, що і державного суду. Справа в тому, що у випадку невиконання відповідачем рішення третейського суду на нього державний суд видає відповідно до ст. 56 Закону України «Про третейські суди» виконавчий документ на примусове виконання (такий самий, як і на виконання власного рішення). Безумовно, вірогідність не видачі виконавчого документа існує, але це трапляється досить рідко та лише у випадках порушення законодавства. *По-третє,* розмір третейського збору, як правило, нижчий за державне мито в державному суді, а це дає мож-

ливість сторонам зекономити не тільки час, а й кошти, що збільшує фінансову привабливість третейського судочинства. *По-четверте,* третейське застереження є своєрідною гарантією обов'язкового виконання зо бов'язань, оскільки стимулює сторони до пунктуальності, відповідальності у випадках порушення угоди. *По-п'яте,* сторони мають право вибрати арбітра, якому вони довіряють. Це важливо, коли розглядається спір, де потрібні спеціальні пізнання та висока кваліфікація судді, наприклад діяльність у сфері фінансових відносин. *По-шосте,* можливість виконання третейського рішення на території іншої держави, що особливо важливо для учасників зовнішньоекономічної діяльності. Виконання рішення третейського суду за межами України значно легше, ніж рішення державного суду, оскільки приведення до виконання рішення третейського суду регулюється Нью-Йоркською та Європейською конвенціями, які ратифікували понад 150 держав, у тому числі Україна. Виконати рішення державного суду значно важче, оскільки потрібна двостороння угода про правову допомогу між державами. *По-сьоме,* можливість мирного врегулювання спору, оскільки державний і третейський суди мають різну мету. Якщо метою державного суду є вирішення спору по суті та встановлення відповідальності сторін, то мета третейського суду – досягнення сторонами мирової угоди, збереження ділових стосунків.

Викладене свідчить, що передача спору на розгляд третейського судочинства вигідна суб'єктам господарської діяльності. Третейські суди керуються не тільки законами, а й умовами третейської угоди з урахуванням звичаєвого права та ділового обігу. Відмова у видачі виконавчого листа на примусове стягнення рішення третейського суду можливе лише тоді, коли державний суд встановить: спір не може бути предметом третейського розгляду за законодавством України; рішення третейського суду порушує основоположні принципи українського права; порушені правила третейського судочинства (незаконний склад суду, ненадання стороні можливості захистити свої права тощо).

На сьогодні розвиток третейського судочинства в Україні відбувається у двох напрямах: всередині держави та за її межами. Згідно із Законом України «Про міжнародний комерційний арбітраж» від 24.02.1994 р. при Торгово-промисловій палаті України створені постійно діючі арбітражі – Міжнародний комерційний арбітражний суд і Морська арбітражна комісія. Ці суди розглядають спори, пов'язані із зовнішньоекономічною діяльністю, коли однією із сторін спору є нерезидент України.

Закон України «Про третейські суди» від 11.05.2004 р. регулює питання діяльності третейських судів як внутрішнього арбітражу. Кожна юридична чи фізична особа має право передати на розгляд третейського суду будь-який спір, що виникає з цивільних і господарських правовідносин, крім випадків, передбачених законами держави.

Обов'язковою умовою третейського розгляду спорів є наявність третейської (арбітражної) угоди про передачу спору на розгляд третейського суду. Така угода може бути у вигляді третейського (арбітражного) застереження в договорі, контракті або у вигляді окремої письмової угоди та лише у письмовій формі.

Існуюча нормативно-правова база третейського розгляду спорів не цілком відповідає потребам господарської практики. Сьогодні існує колізія між нормами Конституції України (ст. 124), Закону України «Про судоустрій в Україні» (статті 3, 5) і п. 14 ч. 1 ст. 91 Конституції України, де йдеться про те, що судоустрій в Україні визначається виключно законами.

У статті 124 Конституції України зазначено, що правосуддя в Україні здійснюється виключно судами. Судочинство здійснюється Конституційним Судом та судами загальної юрисдикції. Делегування функцій судів, а також привласнення цих функцій іншими органами чи посадовими особами не допускається.

Аналогічні положення закріплені й у ст. 5 Закону України «Про судоустрій України». Крім того, зазначається, що особи, які незаконно взяли на себе виконання функцій суду, несуть передбачену законом відповідальність.

Таким чином, законодавець у ст. 5 Закону України «Про судоустрій України» наводить вичерпний перелік судів, що включаються до судової системи України. У ньому зазначено, що судову систему України складають суди загальної юрисдикції та Конституційний Суд України. Суди загальної юрисдикції утворюють єдину систему судів. Про існування недержавних судів мова взагалі не йде. Разом із тим у п. 14 ч. 1 ст. 92 Конституції України зазначається, що судоустрій у державі визначається виключно законами. Тому, на нашу думку, третейські суди як альтернативні державним, слід включати в судову систему України. Ця колізія в законодавстві є підґрунтям для подачі позовів щодо визначення рішень третейського суду (арбітражу) незаконним, у зв'язку з тим, що вони не входять до судової системи України.

З метою усунення зазначеної колізії доцільно ст. 124 Конституції України доповнити положенням про те, що судоустрій в Україні здійснюється як державними, так і не-

державними судами, які створені відповідно до законів про них, а ч. 1 ст. 3 «Судова система України» Закону України «Про судоустрій України» сформулювати в такій редакції: «Судову систему України становлять державні та недержавні суди. Державні суди – це суди загальної юрисдикції, господарські, адміністративні суди, Конституційний Суд України. Недержавні суди – це Міжнародний комерційний арбітраж, Морська арбітражна комісія, третейські суди, медіатори. Державні та недержавні суди утворюють систему судів України». Внесення таких доповнень надасть можливість подолати існуючу колізію в законодавстві, а також забезпечити створення умов для здійснення правосуддя альтернативними судами, насамперед, у сфері господарської діяльності.

Настав час поширити на альтернативні суди передбачені законами гарантії незалежності та правової захищеності суддів, перш за все тих, що працюють на постійній основі в інституційних судах.

Заслуговує певної критики і положення ст. 6 Закону України «Про третейські суди», коли йдеться про заборону третейським судам розглядати спори за участю нерезидентів України. Але ж такі правовідносини у світі регулюються міжнародним приватним правом, міжнародними конвенціями, типовими законами. Сторони спору мають вільне право звертатися за допомогою як до державного, так і не державного суду. Слід також погодитись із думкою Ю. Притики про те, що спори, які виникають із сімейних правовідносин, повинні містити не лише один виняток. Слід дозволити третейським судам вирішувати спори як щодо майнових, так і не майнових правовідносин, в які вступило подружжя або інші особи, адже приватноправова природа сімейних правовідносин доведена вже давно. Зовсім інша справа, коли потрібно захищати інтереси неповнолітніх дітей. У таких випадках тільки державний суд має вирішувати це питання[1].

[1] *Притика Ю.* Підвідомчість справ третейському суду // Право України. – 2004. – № 7. – С. 51–54.

Серед основних принципів діяльності третейського судочинства є принцип автономії волі, який застосовується не лише у колізійних нормах, а й у сфері юрисдикції та процесу – вибір суддів, право, яке буде застосовуватися в процедурі розгляду спору. Тому доцільно межі правового регулювання третейського розгляду спору розширити через закріплення в Законі України «Про третейські суди» принципу автономії волі, згідно з яким не тільки вибір права, призначення (обрання) третейського суду та третейських суддів, а й право третейського розгляду щодо конкретного спору може встановлюватися угодою сторін, як це передбачено в Законі України «Про міжнародний комерційний арбітраж».

Висновки

Стан розвитку альтернативного судочинства у сфері господарювання в Україні далекий від задовільного. Питома вага кількості спорів, що розглядаються в третейських судах, залишається незначною. Неодноразові соціологічні опитування свідчать, що діяльність третейських судів ще не є рівноцінним заміщенням державних судів, насамперед, через певні недоліки у правовому регулюванні. Адже альтернативну форму судочинства можна вважати найефективнішим засобом вирішення господарських спорів. Це чинник подальшого розвитку вітчизняного судочинства на основі загальносвітових стандартів.

Необхідно на державному рівні змінити підхід до альтернативних способів вирішення спорів. Неможливо спочатку прийняти Закон України «Про третейські суди», а через кілька років повністю «перекреслити» повноваження цих судів, оскільки вони створили конкуренцію державним судам. Настав час прийняти закон про медіацію, проект якого вже кілька років знаходиться в Міністерстві юстиції України, але рішення так і не прийнято.

Викладені положення потребують подальших глибоких наукових досліджень щодо оптимальних напрямів розвитку третейського судочинства при вирішенні господарських спорів.

In the article the problems of activity of the arbitration legal proceeding light up at consideration of economic disputes.

В статье освещаются проблемы деятельности третейского судопроизводства при рассмотрении хозяйственных споров.

Журнал рекомендовано до друку Вченою радою Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва Академії правових наук України (протокол № 2 від 24.02.2010 р.)

ДЕЯКІ ПИТАННЯ КОМПЕТЕНЦІЇ ОРГАНІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ:
господарсько-правовий аспект

Володимира Добровольська,
канд. юрид. наук,
доцент кафедри господарського права і процесу
Одеської національної юридичної академії

У сфері господарювання органи місцевого самоврядування є учасниками господарських відносин, однак мають певні господарські повноваження, встановлені чинним законодавством. Господарська компетенція – складова їх загальної компетенції, яку вони реалізують через створення відповідних підприємств.

Ключові слова: органи місцевого самоврядування, господарська компетенція, учасники господарських відносин, комунальна власність, управління майном, державні закупівлі, тендер, муніципальний менеджмент.

Відповідно до ч. 2 ст. 19 Конституції України органи державної влади й органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, передбачені Конституцією і законами України.

Особливості участі в господарському обороті органів місцевого самоврядування зумовлені тим, що в силу конституційних норм місцеве самоврядування в Україні забезпечує самостійне вирішення населенням питань місцевого значення, володіння, користування та розпорядження комунальною власністю. Органи місцевого самоврядування не входять у систему органів державної влади, але можуть бути наділені законом окремими державними повноваженнями з передачею необхідних для їх здійснення матеріальних і фінансових ресурсів.

Питанням визначення обсягу та змісту компетенції органів місцевого самоврядування приділялась увага у дослідженнях В. Мамутова, О. Кутафіна, К. Шеремета, В. Воякова, В. Устименка, А. Серебрякова, П. Любченка та ін. Проте недостатньо вивченими і такими, що потребують подальшого наукового аналізу, є питання визначення особливостей реалізації органами місцевого самоврядування міста господарської компетенції.

Метою цієї статті є визначення напрямів удосконалення чинного законодавства України, що передбачає особливості реалізації органами місцевого самоврядування господарської компетенції в окремих сферах господарювання.

У частині 1 ст. 8 Господарського кодексу (далі – ГК) України, йдеться про межі господарської правосуб'єктності держави й її органів. Законодавець визначив, що держава, а також органи державної влади не є суб'єктами господарювання, оскільки це суперечило б цілям держави, закріпленим у Конституції України. Зазначена стаття чітко розмежовує управлінські та суто господарські функції держави й органів місцевого самоврядування. Потреба у такому розмежуванні є нагальною. Так, певного поширення набула практика, коли місцеві органи державної влади виступають учасниками фінансово-економічних програм розвитку свого регіону, залучення інвестицій. Є думка, що у разі виникнення господарських спорів ці органи слід розглядати як гаранти та поручителі отриманих комерційними структурами кредитів. Утім, фактично це є юридичною фікцією, оскільки матеріальна відповідальність (більше того – за третіх осіб) державних органів управління виглядає вельми спірною і не врегульована належним чином у законодавстві [1, с. 44–45]. Зміст цього законодавчого припису кореспондує з положенням, закріпленим у ст. 2 ГК України, де органи державної влади й органи місцевого самоврядування зазначені не як суб'єкти господарювання, а як учасники відносин у сфері господарювання.

Заслуговує на увагу думка про те, що сама господарська система формується на основі двох секторів економіки – державного та недержавного, які функціонують у рамках єдиного правового поля й є єдиною системою галузей і сфер виробничої, господарської та підприємницької діяльності [2, с. 10]. На нашу думку, органи місцевого самоврядування є безпосередніми учасниками зазначеного державного сектора економіка, при тому, що їм властиві владні повноваження нарівні з господарською компетенцією. Згідно із ст. 8 ГК України господарська компетенція органів державної влади й органів місцевого самоврядування реалізується від імені відповідної державної чи комунальної установи, тобто безпосереднім суб'єктом господарювання можуть бути не самі органи управління, а спеціально створені ними для цієї мети господарські структури (комунальні підприємства, банки тощо). Отже, лише вони і можуть

© В. Добровольська, 2010

бути стороною у відповідних господарських договорах.

Безпосередня участь органів управління у господарюванні допускається лише у випадках, визначених Конституцією та законами України. Таким чином, ці органи не можуть розширювати свою господарську компетенцію. Зазначені органи діють як «квазіюридичні» особи. Іншими словами, державні органи й органи місцевого самоврядування, хоч і не визнаються юридичними особами, можуть мати господарську правосуб'єктність [3, с. 18].

Господарська правосуб'єктність органів місцевого самоврядування випливає та тісно пов'язана з економічними, господарськими потребами держави, саме через неї здійснюється прогресивний рух та ефективний розвиток зазначених явищ. Економіка – це особлива сфера суспільного життя, в рамках якої функціонує господарський комплекс, що включає виробництво, розподіл та обмін виготовленого національного продукту. У цій сфері формується економічний потенціал суспільства, виробляються різноманітні товари та послуги, реалізуються різні матеріальні потреби й інтереси людей, формується система економічних і виробничих відносин, які впливають на всі сфери людської життєдіяльності. Іншими словами, економіка є складною поліструктурною суспільною системою, що функціонує з метою задоволення матеріальних потреб суспільства.

Найбільш важливими галузями та комплексами економічної системи України є: промисловість; енергетичний, агропромисловий і будівельний комплекси; транспорт і дорожнє господарство; торговий комплекс; зв'язок; житлове господарство; побутове обслуговування населення; сфера використання й охорони природних ресурсів. Зазначені сфери притаманні господарській компетенції органів місцевого самоврядування.

Перелічені галузі та комплекси мають складну внутрішню структуру, що включає відносно самостійні елементи у вигляді підгалузей, які взаємодіють у рамках відповідних комплексів і галузей, інтегровані в економічну систему країни в цілому. Так, промисловість поділяється на металургійну, машинобудівну, паливно-енергетичну, хімічну, текстильну, харчову, таку, що переробляє тощо; будівельний комплекс охоплює промислове, цивільне, дорожнє будівництво; транспорт поділяється на залізничний, повітряний, водний, автомобільний і т. д. [4, с. 356].

Разом із тим всі галузі, підгалузі, їх цілісні об'єднання включаються в єдину систему господарського комплексу країни, який виступає як об'єкт державно-правової дії, що управляє. Ця дія передбачає пряме втручання органів влади в діяльність господарюючих суб'єктів (держава бере на себе здійснення на адресу цих суб'єктів юридично-владних оперативно-розпорядчих дій, а також здійснення функцій планування, прогнозування, організації господарської діяльності та контролю за ефективністю цієї діяльності) або непряме втручання (регулювання діяльності господарюючих суб'єктів шляхом встановлення загальних правил, нормативів і стандартів виробничої та господарської діяльності, які повинні дотримуватися всіма підприємствами і господарськими організаціями незалежно від їх галузевої належності) [5, с. 52]. На нашу думку, непряме втручання є елементом господарської компетенції органів місцевого самоврядування.

Вирішальним є визначення й аналіз поняття «компетенція». Як правило, це сукупність повноважень (прав і обов'язків) державного, громадського органу або службової особи, що визначаються Конституцією України, законами й іншими нормативними актами. В загальному виді її також можна характеризувати як сукупність юридично встановлених повноважень, прав та обов'язків конкретного державного органу (органу місцевого самоврядування) чи посадової особи, які визначають їх місце у системі державних органів (органів місцевого самоврядування) [6, с. 293]. У літературі господарська компетенція органів державної влади й органів місцевого самоврядування визначається як сукупність прав і обов'язків, які передбачають здійснення організаційного впливу на діяльність суб'єктів господарювання. Зокрема, у процесі реалізації функцій власників (держави та територіальних громад) ці органи приймають рішення про створення і припинення державних і комунальних підприємств, призначають керівників таких підприємств, затверджують річні фінансові плани, забезпечують ефективне використання майна, закріпленого за відповідними суб'єктами господарювання, здійснюють ряд інших повноважень з управління їх діяльністю. Крім того, для забезпечення поєднання ринкових принципів і соціальної спрямованості економіки органи державної влади й органи місцевого самоврядування відповідно до законодавства застосовують окремі засоби регулюючого впливу на господарську діяльність і інших (не підлеглих їм) суб'єктів господарювання [7, с. 36]. Господарська компетенція реалізується також через взаємне делегування, процедура якого носить імперативний, беззаперечний характер [8, с. 203].

Коли державні чи комунальні юридичні особи діють від свого імені, підставою для подібних дій є їх господарська правосуб'єктність. Якщо від імені держави чи територіальної громади діє певний орган, такою підставою є їх компетенція. Визнання за органами місцевого самоврядування та містом господарської компетенції є результатом закономірної еволюції міста з «укріпленої воєнної фортеці до центру організації торгівлі та здійснення господарських відносин». При цьому місто вже встановлювало певні правові регулятори, тобто займалося правотворенням, визначаючи порядок здійснення тих або інших господарських операцій. У наукових джерелах зазначається, що у 70–80-х роках XIX ст. органи міського самоврядування мали право самостійно вирішувати ряд

питань місцевого значення, зокрема: встановлювати порядок управління міським майном, правила благоустрою; визначати порядок передачі в оренду «оброчних статей», спосіб виконання тієї або іншої господарської операції тощо [9, с. 37]. Навіть після реформ міського самоврядування 1870 р. та 1892 р. органи міського самоврядування, як і раніше, розглядалися як господарські органи.

В окремих дослідженнях наводиться класифікація компетенції міської ради за критерієм відношення до суб'єктів, що управляються, з боку місцевої ради. Зокрема, А. Серебряков та В. Устименко за цим критерієм поділяли компетенцію міської ради на три групи [10, с. 32]:

- загальна компетенція – управлінська дія поширюється на необмежену кількість суб'єктів;
- галузева компетенція – управлінська дія поширюється на суб'єктів господарювання певної галузі (галузей) народного господарства;
- спеціальна компетенція – управлінська дія впливає на конкретний, визначений законодавством, суб'єкт способами, передбаченими законодавством України.

Наведена класифікація не втрачає своєї актуальності. Більше того, господарська складова присутня у кожній групі компетенції міської ради. Порядок реалізації компетенції, у тому числі господарської, щодо питань, які є предметом відання міської ради, встановлений у базових (загальних) нормативних актах України, зокрема ГК України, Законі України «Про місцеве самоврядування в Україні» (далі – Закон), а також у спеціальних законодавчих актах з питань оренди, концесії й іншого господарського використання комунального майна, природних ресурсів місцевого значення; приватизації об'єктів права комунальної власності; здійснення державних закупівель товарів, робіт, послуг за кошти міського бюджету (так зване комунальне замовлення) тощо.

Слід зазначити, що реалізація органами місцевого самоврядування господарської компетенції у вказаних сферах суспільних відносин зумовлює так звану приватизацію компетенції, або приватизацію управління. На сьогодні це явище отримало відповідне відображення у науковій літературі. Як зазначають дослідники, «приватизація компетенції» набула найбільш повного наукового розроблення та нормативної підтримки в німецькому праві [11, с. 67].

Законом передбачена концепція загального управління комунальною власністю. Відповідно територіальна громада як суб'єкт права власності, на відміну від приватного власника, виступає не як окремий індивід, а як особливий управлінський апарат, що розпоряджається відповідним майном (коштами). Вона розподіляє свою власність (майно) серед різних органів управління комунальними підприємствами, установами, організаціями. Фахівці зазначають, що повноваження управління є вторинними, вони залежать від волі власників і визначені ними, оскільки обсяг цих повноважень залежить від того, якими повноваженнями наділили власники (територіальні громади) місцеву раду [12, с. 27]. При цьому права органів управління є індивідуалізованими [13, с. 75], тобто дещо різняться по відношенню до кожного конкретного підприємства, організації.

На даний час чи не найбільш проблемною та нестабільною з правової точки зору залишається сфера державних закупівель товарів, робіт і послуг за кошти місцевого бюджету. Донедавна питання закупівлі товарів, робіт, послуг за кошти як державного, так і місцевого бюджетів були врегульовані нормами Закону України «Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти» від 22.02.2000 р. Цей документ скасовано в силу Закону України «Про визнання таким, що втратив чинність, Закону України «Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти» від 20.03.2008 р.», яким встановлена необхідність розроблення та прийняття нового закону з урахуванням досвіду країн – членів Європейського Союзу. До прийняття такого закону порядок здійснення державних закупівель визначено у Тимчасовому положенні про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти (далі – Тимчасове положення). Крім того, у ГК України (статті 75, 77–79) передбачено застосування щодо закупівель товарів, робіт чи послуг державними та комунальними унітарними підприємствами, а також господарськими товариствами, державна частка у статутному фонді яких перевищує 50 %, відповідних процедур державних закупівель. Державні закупівлі є також важливою складовою господарської компетенції органів місцевого самоврядування, одним із напрямів її практичної реалізації.

Більш детального розроблення та дослідження потребує правоположення, згідно з яким органи місцевого самоврядування міста мають застосовувати процедури державних закупівель навіть у випадках, коли здійснюється закупівля товарів, робіт, послуг, які виробляються (виконуються, надаються) комунальними підприємствами. У даному випадку слід констатувати, що місто в особі представницького органу місцевого самоврядування має право безпосередньо створити комунальне підприємство, але не має права безпосередньо фінансувати його діяльність. Звісно, мета тендера – це здійснення конкурентного відбору переможця серед суб'єктів господарювання, які спроможні надавати певні послуги, виконувати роботи, виробляти товари за найбільш оптимального співвідношення ціни й якості. Це, безумовно, ефективно, коли на території міста відсутнє спеціалізоване комунальне унітарне підприємство з надання тих чи інших послуг у тій сфері комунального господарства, в якій оголошено проведення тендера. Однак доцільність проведення тендера викликає сумніви в тому разі, коли відповідні послуги надаються комунальним унітарним підприємством і одночасно оголошується на їх надання тендер. Як свідчить практика господарювання, через специфіку комуналь-

них послуг, що надаються на території міста, переможцем, як правило, виявляється комунальне підприємство. Так, у м. Луцьку комунальне транспортне підприємство виграло тендер на маршрутні перевезення [14, с. 2].

Управління комунальною власністю є однією з підфункцій комунального управління [15, с. 26] (більш поширене визначення – муніципальний менеджмент), метою якого є управління певною територією на основі власної ресурсної бази. Тому управління комунальною власністю повинно виконувати всі функції, властиві системі муніципального менеджменту [16, с. 167–217]. Зокрема, обов'язковими елементами цього управління мають стати планування (наприклад, наступних продажів чи придбань об'єктів), організація системи контролю за діяльністю вповноважених територіальною громадою органів управління комунальною власністю, прийняття рішень, прогнозування (визначальний, вихідний елемент всієї системи управління), контроль, моніторинг, мотивація.

При цьому дискусійним є питання про правову кваліфікацію діяльності деяких органів державної влади, пов'язаних із наданням послуг господарського характеру на платній основі. Так, відповідно до п. 29 ч. 4 Типового положення про управління капітального будівництва обласної, Київської та Севастопольської міських державних адміністрацій, затвердженого ухвалою Кабінету Міністрів України від 06.09.2000 р. № 1401, ці управління надають на договірній основі послуги замовника будівництва підприємствам, організаціям і громадянам. Вказані послуги надаються у сфері суспільного виробництва, мають вартісний характер і цінову визначеність, тобто така діяльність органів державної влади має ознаки господарської діяльності. Крім того, на даний час чинним є абзац 12 ст. 1 Закону України «Про захист економічної конкуренції», згідно з яким органи державної влади й органи місцевого самоврядування визнаються суб'єктами господарювання в частині їх діяльності з виробництва, реалізації, придбання товарів (продукції, робіт, послуг) або іншої господарської діяльності.

Проведений аналіз дозволяє зробити **висновок** про необхідність врегулювання суперечностей між ГК України та іншими нормативно-правовими актами щодо питання про можливість здійснення органами державної влади й органами місцевого самоврядування господарської діяльності.

Література

1. *Теньков С. О.* Науково-практичний коментар до Господарського кодексу України. – К., 2007. – 720 с.

2. *Турецкий О. А.* Национальная экономика и ее регулирование. – О., 2002. – 168 с.

3. *Науково-практичний* коментар Господарського кодексу України / За ред. Г. Л. Знаменського, В. С. Щербини. – К., 2008. – 720 с.

4. *Колпаков В. К.* Адміністративне право України. – К., 1999.

5. *Хозяйственное* право Украины / Под ред А. С. Васильева, О. П. Подцерковного. – Х., 2006. – 496 с.

6. *Большой* юридический словарь / Под ред. А. Я. Сухарева, В. Д. Зорькина, В. Е. Крутских. – М., 1999. – 790 с.

7. *Хозяйственный* кодекс Украины: науч.-практ. комментарий / Под ред. А. Г. Бобковой. – Х., 2008. – 1296 с.

8. *Сторожук І. П.* Системність як принцип місцевого самоуправління // Університетські наукові записки. – 2006. – № 1. – С. 202–207.

9. *Закревская И. И.* Компетенция и деятельность органов городского самоуправления Беларуси в последней четверти XIX века // Государственная власть и местное самоуправление. – 2007. – № 7. – С. 36–39.

10. *Серебряков А. М., Устименко В. А.* Правовые проблемы управления регионами (на примере городов) // Экономика и право – государственное регулирование. – Д., 1992. – С. 30–37.

11. *Васильева А. Ф.* Делегирование государственных функций субъектам частного права // Известия вузов: Правоведение. – 2008. – № 2. – С. 65–75.

12. *Спасибо-Фатеева И.* Метаморфозы собственности или доморощенные холдинги // Предпринимательство, хозяйство и право. – 1999. – № 4. – С. 26–31.

13. *Лаптев В. В.* Правовое положение государственных промышленных предприятий в СССР. – М., 1963. – 288 с.

14. *Мельник С.* В Луцке станет больше удобных автобусов // Голос Украины. – 2008. – 22 апреля.

15. *Курінний Є.* Комунальне управління: ознаки, принципи, поняття // Право України. – 2003. – № 12. – С. 25–29.

16. *Рой О. М.* Система государственного и муниципального управления. – СПб., 2003. – 301 с.

Jurisdiction of organs of local self-government is maintenance and practical realization of their activity. In the field of menage the noted organs are participants, instead of subjects of economic relations, however much the partial have economic plenary powers are certain, establishment a current legislation. Economic jurisdiction is component part of their general jurisdiction which they will realize through creation of the proper enterprises.

В сфере ведения хозяйства органы местного самоуправления являются участниками хозяйственных отношений, однако имеют определенные хозяйственные полномочия, установленные действующим законодательством. Хозяйственная компетенция – составляющая их общей компетенции, которую они реализуют через создание соответствующих предприятий.

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ДІЯЛЬНОСТІ ВІТЧИЗНЯНИХ КОРПОРАЦІЙ

Анфіса Нашинець-Наумова,
старший викладач кафедри конституційного і адміністративного права Національного авіаційного університету, м. Київ

У статті розглядаються правові аспекти регулювання діяльності вітчизняних корпорацій, аналізуються основні зміни, що торкнулися вітчизняних корпорацій, відповідно до Закону України «Про акціонерні товариства».

Ключові слова: корпорація, Закон України «Про акціонерні товариства», корпоративна стратегія, акціонери, правове регулювання діяльності корпорацій, способи правового регулювання.

Реформи, що здійснюються в країні, покликані змінити характер участі держави в господарській діяльності, зменшити частку державної власності, створити економічні умови для забезпечення високої ділової активності. Будь-яка масштабна акція потребує скрупульозної підготовки та виваженості [1, с. 5]. Метою правового регулювання є створення сукупності різноманітних форм і засобів юридичного впливу держави на поведінку учасників суспільних відносин [2, с. 64].

Правове регулювання зумовлене деякими об'єктивними та суб'єктивними чинниками, до яких можна віднести рівень економічного розвитку суспільства, його соціальну структуру, рівень зрілості, стійкості суспільних відносин, рівень правової культури населення, рівень визначеності предмета, засобів і методів правового регулювання [3, с. 242]. Зазначене регулювання передбачає впорядкування, юридичне закріплення й охорону суспільних відносин шляхом застосування правових засобів. Сферою правового регулювання є суспільні відносини (економічні, корпоративні, політичні тощо), які потребують правового впливу. Названі відносини є предметом правового регулювання, об'єктивно потребують впливу з боку держави та мають чітко визначений зміст. В *економічній сфері* – це відносини, пов'язані з формуванням ринкових взаємозв'язків, з розвитком різних форм власності, з виробництвом, розподілом матеріальних благ [4, с. 56]. *У корпоративній сфері* – це відносини, що виникають, змінюються та припиняються щодо корпоративних прав. У *політичній сфері* – це правове закріплення плюралістичних форм і методів здійснення влади, формування демократичних інститутів [2, с. 64]. Таким чином, сферою правового регулювання є різні види відносин – економічні, корпоративні, політичні тощо, які різняться за цілеспрямованістю, змістом і формою [5, с. 298].

У роботах сучасних українських учених правове регулювання діяльності корпорацій і власне саме правове регулювання розглядаються в розрізі їх правового оформлення. Так, А. Чернявський розкриває специфіку нормативно-правового регулювання діяльності корпорацій (акціонерних товариств) з урахуванням світових стандартів [6, с. 49–59]; В. Євтушевський розглядає правове регулювання корпоративного сектора, насамперед, крізь призму організаційно-управлінської бази функціонування корпорацій [7, с. 77–81]. Є точка зору, згідно з якою специфіку правового регулювання діяльності корпорацій розглядають, насамперед, з точки зору інституційного забезпечення нормативно-правової бази акціонерних товариств [8, с. 149–157]. С. Румянцев звертає увагу на необхідність розроблення низки законодавчих і нормативно-правових актів, які б могли нівелювати прогалини у законодавчому полі корпорацій [9, с. 94–109]. Заслуговують також на увагу дослідження Т. Кашаніної, О. Сударькової щодо взаємозв'язку системи методів державного та корпоративного регулювання господарських відносин [10, с. 8–12].

О. Радигін з'ясовує обмеження, суперечності й особливості методів державного регулювання корпоративного управління [11, с. 90–97]. П. Рабінович під правовим регулюванням розуміє здійснюваний державою за допомогою всіх юридичних засобів владний вплив на суспільні відносини з метою їх упорядкування, закріплення, охорони та розвитку [12, с. 151]. На думку А. Колодія та інших авторів, правове регулювання – це дія права на суспільні відносини за допомогою використання певних юридичних засобів [13, с. 259]. М. Кельман і О. Мурашин розуміють правове регулювання як форму владного юридичного впливу на суспільні відносини, що здійснюється державою за допомогою всіх правових засобів з метою їх упорядкування, закріплення та забезпечення [3, с. 254].

Аналіз досліджень українських і російських авторів свідчить про необхідність подальшого дослідження процесів правового

© А. Нашинець-Наумова, 2010

регулювання діяльності корпорацій в Україні, а також таких аспектів, як управління розвитком вітчизняних корпорацій в умовах нестабільної економіки; формування корпоративної стратегії; вироблення процедур прийняття рішень у корпорації для досягнення гармонії інтересів усіх груп акціонерів.

Метою цієї статті є визначення правового регулювання діяльності вітчизняних корпорацій з урахуванням Закону України «Про акціонерні товариства».

Система законодавчого регулювання діяльності акціонерного товариства (корпорації) є багаторівневою ієрархічною структурою, в основу якої покладено Конституцію України. Роль держави в процесах створення, регулювання й оптимізації діяльності корпорацій виявляється двояко: по-перше, держава виступає своєрідним регулятором її діяльності, застосовуючи різноманітні форми та методи регуляторного впливу; по-друге, держава виступає суб'єктом корпоративних відносин як потужний акціонер та інвестор.

Участь держави в процесах формування та регулювання діяльності корпорацій полягає в проведенні державою сукупності цілеспрямованих заходів і процедур, які систематично впроваджуються в соціально-економічну й юридичну реальність на всіх рівнях її функціонування з метою приведення її до бажаного стану – макроекономічної рівноваги. В даному випадку розглянемо заходи, які держава запроваджує та здійснює по відношенню до корпоративного сектора. До таких важелів можна віднести:

нормотворення – *правове регулювання;*

адміністративний примус, адміністративно-організаційну перебудову, державні контракти та державне замовлення – *адміністративне регулювання;*

податкові важелі впливу – *податкове регулювання;*

реструктуризація державного сектора як форма регулювання економіки;

створення, реформування та перебудова ринкової інфраструктури, загальних засад діяльності секторів, галузей, сфер, регіонів, суб'єктів економіки – *організаційне регулювання;*

створення *регулюючої інфраструктури та структури з боку держави.*

Всі форми та способи правового регулювання є своєрідними засобами впливу на діяльність корпоративного сектора. Серед основних способів правового регулювання виділяють такий спосіб, як зобов'язання. *Зобов'язання* – це нормативне закріплення юридичного обов'язку вчиняти певні дії в інтересах суб'єктів права. Зазначений вид юридичного обов'язку має активний характер, передбачає певну поведінку, є гарантією використання суб'єктивних прав і реалізується у формі виконання правових норм [2, с. 66]. Так, порядок створення, реорганізації, припинення діяльності акціонерних товариств, їх правовий статус, права й обов'язки акціонерів визначені ч. 1 ст. 1 Закону України «Про акціонерні товариства» (далі – Закон). Нагальність правового регулювання діяльності корпорацій зумовлена вступом у дію з 01.01.2004 р. Цивільного кодексу (далі – ЦК) України, а також Закону України «Про акціонерні товариства», який набув чинності 30.04.2009 р. ЦК України істотно змінює усталені норми, що регулюють діяльність корпорацій, але детально не описує порядок їх застосування та містить посилання на спеціальний закон, яким мають конкретизуватися ті чи інші норми. Закон України «Про акціонерні товариства» усуває наявні огріхи законодавства у сфері корпоративного управління, а також вирішує проблеми забезпечення інтересів акціонерних товариств (корпорацій), акціонерів, кредиторів, працівників і держави в цілому [14, с. 97].

Розглянемо зміни, які торкнулися вітчизняних корпорацій відповідно до Закону України «Про акціонерні товариства». *По-перше,* основне завдання Закону – посилення захисту прав акціонерів. Закон запроваджує механізм захисту від входу рейдера до складу акціонерів, від захоплення активів підприємства, від безпідставного оскарження рішень загальних зборів. *По-друге,* Закон поділяє акціонерні товариства на публічні та приватні (на відміну від відкритих і закритих). *По-третє,* публічне товариство може здійснювати публічне та приватне розміщення акцій, а приватне товариство – тільки приватне розміщення. *По-четверте,* відповідно до ч. 2 ст. 24 Закону акції приватного товариства не можуть купуватися та/або продаватися на фондовій біржі; публічне товариство передбачає продаж акцій на біржі, а також проходження обов'язкового лістингу. *По-п'яте,* однією з ознак, що відрізняє приватне товариство від публічного, є можливість закріплення у статуті іншого порядку прийняття рішення загальними зборами акціонерів, а також порядок формування наглядової ради [15, с. 2]. *По-шосте,* якщо Закон на сьогодні вже набув чинності, то норма про існування акцій в Україні набуває чинності через два роки. Через два роки втрачають силу норми Закону про господарські товариства, які стосуються акціонерних товариств. Отже, корпорації мають два роки для приведення своєї діяльності у відповідність із новим законодавчим актом.

Слід зазначити, що у зв'язку з прийняттям Закону, внесені зміни до Цивільного і Господарського кодексів України, а також до інших законів. Крім того, датою приведення діяльності ВАТ та ЗАТ у відповідність із вимогами Закону є дата державної реєстрації змін до статуту шляхом викладення статуту у новій редакції, які у тому числі передбача-

ють зміну найменування корпорацій (акціонерних товариств) з відкритого/закритого акціонерного товариства на публічне/приватне акціонерне товариство.

Відповідно до п. 7 розділу 17 «Прикінцеві та перехідні положення» Закону акціонерні товариства звільняються від сплати реєстраційного збору під час реєстрації змін до статуту товариства або статуту в новій редакції у зв'язку з приведенням його у відповідність із цим Законом.

Крім того, до приведення діяльності у відповідність з вимогами Закону з 29.04.2009 р. до 28.04.2011 р. акціонерні товариства мають керуватися нормами Закону України «Про господарські товариства». Починаючи з 29.04.2011 р. всі акціонерні товариства мають виконувати вимоги у повному обсязі.

Висновки

З прийняттям нового Закону України «Про акціонерні товариства» є надія на краще майбутнє. Адже, незважаючи на недоліки, появу Закону України «Про акціонерні товариства» спеціалісти оцінюють позитивно. Введення його в дію забезпечить можливість вирішити такі проблеми:

захист прав як дрібних акціонерів, так і великих власників;

захист корпоративного капіталу та права держави на управління акціонерними товариствами з державною часткою власності;

встановлення балансу між економічними інтересами власників корпоратизованого капіталу, розширення інвестиційно-інноваційних можливостей зростання вітчизняних корпорацій;

сприяння впровадженню прозорих стандартів законодавчого регулювання корпоративного сектора економіки;

формування моделей управління, що відповідають різним формам і стратегіям ведення бізнесу в корпораціях;

можливість обрання адекватної та зручної організаційно-правової форми в корпораціях;

правове регулювання, спрямоване на досягнення балансу інтересів усіх заінтересованих учасників корпоративних відносин: самого товариства, його учасників (міноритарних і мажоритарних), кредиторів, працівників, потенційних інвесторів суспільства та держави.

Слід зазначити, що в умовах світової фінансової кризи для населення України, яке становить переважну більшість усіх власників акціонерних товариств та є їх основними працівниками, переваги цього Закону також очевидні. Адже подальший розвиток вітчизняних корпорацій, поява нових робочих місць, поповнення державного бюджету країни неодмінно сприятимуть регулярним виплатам заробітної плати, пенсій, стипендій тощо. Це, у свою чергу, дозволить нашій країні гідно подолати нинішні перешкоди і посилити позитивні тенденції економічного зростання.

Література

1. *Стеченко Д. М.* Державне регулювання економіки. – К., 2000. – 176 с.
2. *Кузьменко О.* Теоретико-правові засади поняття, особливостей та способів правового регулювання міжбюджетних відносин як форми соціального регулювання // Право України. – 2008. – № 9.
3. *Кельман М. С., Мурашин О. Г.* Загальна теорія права (зі схемами, кросвордами, тестами). – К., 2006. – 477 с.
4. *Сафронова О. М.* Методи регулювання корпоративних відносин та особливості їх упровадження в Україні // Фінанси України. – 2006. – № 6.
5. *Теорія* держави і права: Академічний курс / За ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. – К., 2006. – 688 с.
6. *Чернявський А. Д.* Корпоративне управління. – К., 2006. – 208 с.
7. *Євтушевський В. А.* Основи корпоративного управління. – К., 2002. – 317 с.
8. *Круш П. В., Кавтиш О. П., Гречко А. В., Чихачьова Ю. С.* Формування та розвиток моделі корпоративного управління в трансформаційній економіці / За ред. П. В. Круша. – К., 2007. – 264 с.
9. *Румянцев С. А.* Українська модель корпоративного управління: становлення та розвиток. – К., 2003. – 149 с.
10. *Кашанина Т. В., Сударькова Е. А.* Акционерное право: Практический курс. – М., 1997. – 350 с.
11. *Радыгин А. Д.* Корпоративное управление: ограничения, противоречия и особенности регулирования // Проблемы теории и практики управления. – 2004. – № 2.
12. *Рабінович П. М.* Основи загальної теорії держави і права. – К., 2001. – 176 с.
13. *Теорія* держави і права / А. М. Колодій, В. В. Копейчиков, С. Л. Лисенков та ін.; За ред. С. Л. Лисенкова. – К., 2002. – 438 с.
14. *Коташевська Т.* Публічні і приватні – замість ВАТ і ЗАТ // Юридичний журнал. – 2009. – № 3.
15. *Щербина О.* Новели Закону «Про акціонерні товариства»: поділ товариств на публічні та приватні, аналіз окремих недоліків Закону // Юридичний радник. – 2009. – № 1.

The article is devoted the legal aspects of adjusting of activity of domestic corporations. An author is probe the basic most substantial changes which touched domestic corporations in accordance with Law of Ukraine «On joint-stock companies».

В статье рассматриваются правовые аспекты регулирования деятельности отечественных корпораций, анализируются основные изменения, которые коснулись отечественных корпораций, в соответствии с Законом Украины «Об акционерных обществах».

ПОРІВНЯЛЬНЕ ДОСЛІДЖЕННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ АУДИТОРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В УКРАЇНІ ТА ЗА КОРДОНОМ

Тетяна Куреза,
аспірантка юридичного факультету
Київського національного економічного університету
ім. Вадима Гетьмана

У статті досліджуються питання регулювання аудиторської діяльності в зарубіжних країнах і в Україні на основі порівняння таких критеріїв: наявність законодавчої бази щодо здійснення аудиторської діяльності, запровадженої в країні моделі правового регулювання аудиторської діяльності, функціонування в країні системи громадського нагляду за аудитом.

Ключові слова: аудиторська діяльність, аудит, правове регулюваннння.

Аудиторська діяльність як вид підприємницької діяльності виникла в Україні лише на початку 90-х років XX ст. (у таких країнах, як Великобританія, Німеччина, Франція, США початок розвитку аудиторської діяльності датується серединою XIX ст.).

Порівняно невеликий часовий проміжок існування такого роду діяльності зумовив і незначну кількість наукових досліджень, спрямованих на з'ясування особливостей правового регулювання аудиторської діяльності, її природи тощо. Серед вже існуючих наукових досліджень заслуговують на увагу роботи Р. Ханик-Посполітак, Р. Бурлакова та дослідження, що були проведені науковцями-економістами: Ф. Бутинцем, В. Бондар, О. Петрик, М. Білухою, Н. Петренко, І. Дмитренко, К. Дудкою та ін.

Разом із тим, враховуючи, що аудиторська діяльність є підприємницькою діяльністю, необхідним є її наукове дослідження з позицій господарського права. Одним із можливих методів проведення такого наукового дослідження може розглядатися метод порівняльного дослідження правового регулювання аудиторської діяльності в Україні та за кордоном.

Метою цієї статті є з'ясування відмінностей у правовому регулюванні аудиторської діяльності в Україні та за кордоном, формулювання пропозицій щодо вдосконалення чинного законодавства України на підставі проведеного порівняльного дослідження правового регулювання аудиторської діяльності в зарубіжних країнах і в Україні (на основі порівняння таких критеріїв: наявність законодавчої бази щодо здійснення аудиторської діяльності, запровадженої в країні моделі правового регулювання аудиторської діяльності, наявність нормативно закріпленої вимоги про обов'язкове проведення аудиту суб'єктів господарювання; функціонування у країні системи громадського нагляду за аудитом).

Першим порівняльним критерієм у проведенні дослідження може бути визнано законодавство, що регулює аудиторську діяльність. Слід зазначити, що законодавство більшості країн світу обумовлює необхідність проведення аудиту як основного елементу аудиторської діяльності положеннями про необхідність підтвердження даних бухгалтерських звітів компаній висновками незалежних аудиторів (аудиторських фірм), оскільки в умовах вільного ринку важливе значення має створення та функціонування ефективної системи захисту інтересів власників і надання достовірної інформації користувачам бухгалтерської та фінансової звітності щодо діяльності суб'єктів господарювання. Таким чином, подібні положення законодавчих актів фактично закріплюють легальне підґрунтя здійснення зазначеної діяльності.

У різних країнах світу запроваджена власна система організації та правового регулювання аудиторської діяльності. Проте в основі правового регулювання аудиторської діяльності всіх без винятку країн лежать законодавчі акти, які й визначають зміст правовідносин на ринку аудиторських послуг.

Формування моделі правового регулювання аудиторської діяльності ґрунтується на визначенні пріоритету повноважень держави та/або професійних незалежних організацій у здійсненні заходів з регулювання аудиторської діяльності, видачі дозволів на здійснення аудиторської діяльності, здійснення контролю за якістю аудиторських послуг тощо. Залежно від способу регулювання аудиторської діяльності, який обирає країна, створюються професійні організації, державні органи регулювання та контролю в цій галузі, громадські організації.

Спільним для більшості економічно розвинутих країн світу є й те, що у зв'язку з недавнім банкрутством ряду великих компаній, зокрема ENRON, Worldcom, Parmalat, та певними недобросовісними діями аудиторських компаній,

© Т. Куреза, 2010

які надавали послуги цим господарюючим суб'єктам, почався етап суттєвого перегляду й удосконалення нормативної бази з регулювання аудиторської діяльності та створення ефективної системи громадського нагляду за цією діяльністю. Можемо стверджувати, що на сьогодні в регулюванні аудиторської діяльності відбуваються істотні зміни, спрямовані на відновлення довіри інвесторів, інших користувачів результатів аудиторської звітності. Основні правові результати змін у законодавчому регулюванні аудиторської діяльності знайшли своє закріплення в такому документі, як Восьма директива Ради Європейського Союзу (84/253/ЄЄС) [1, с. 23].

Національне законодавство більшості економічно розвинутих країн має як законодавство, що регулює здійснення аудиторської діяльності, так і особливості такого регулювання. Яскравим прикладом таких особливостей є ***Великобританія,*** де фактично й виник цей вид професійної діяльності. Аудиторська діяльність у країні регулюється Положенням про стандарти аудиту (SASs), які почали розроблятися з 1979 р. і діють до цього часу [2, с. 18].

На відміну від інших країн ЄС, усі компанії Великобританії без винятку повинні надавати свої річні звіти для перевірки аудиторам. Основним законодавчим актом, який вимагає проведення аудиту у Великобританії, є Акт про компанії 1985 р. [3, с. 14]. Щоб бути аудитором у Великобританії, необхідно бути членом офіційно визнаного наглядового органу (RSB). Наглядові організації (RSBs) здійснюють і контролюють реєстр суб'єктів аудиторської діяльності; крім того, вони слідкують за обов'язковим дотриманням затверджених норм і прийнятих законоположень з боку своїх членів. Ці органи наділені широкими повноваженнями щодо дисциплінарних санкцій (аж до позбавлення аудитора сертифіката чи ліцензії).

У рамках реформування аудиторської діяльності у Великобританії у 2005 р. створено новий незалежний орган, який контролює діяльність аудиторів і фахових установ, – Рада з фінансової звітності. Рада здійснює нагляд за професійними аудиторськими організаціями [4, с. 23]. Таким чином, регулювання аудиторської діяльності у Великобританії здійснюється професійними громадськими аудиторськими об'єднаннями, оскільки у цій країні аудит орієнтований переважно на власників, інвесторів, кредиторів і суб'єктів господарювання.

У країнах континентальної Європи (Німеччина, Франція, Австрія, Іспанія, Італія, Швеція, Польща та ін.) основними споживачами результатів проведення аудиту є, як правило, державні органи, заінтересовані в отриманні підтвердженої інформації про фінансовий стан суб'єктів господарювання. У цих країнах аудиторська діяльність регламентується органами, на які покладаються функції державного контролю за аудиторською діяльністю. Так, у ***Німеччині*** аудиторську діяльність регулює Міністерство економіки. Починаючи з 1931 р., згідно з чинним законодавством усі компанії з обмеженою відповідальністю, а також інші середні та великі компанії зобов'язані проводити щорічний аудит [3, с. 14]. Усі аудитори й аудиторські фірми Німеччини є членами Аудиторської палати Німеччини. При Аудиторській палаті створені аудиторські суди, наділені правами притягнення аудиторів до професійної відповідальності за несумлінне ставлення до своїх професійних обов'язків і позбавлення права займатися аудиторською діяльністю. Правовий нагляд за Аудиторською палатою Німеччини та Комісією з контролю якості послуг аудиторів здійснює Міністерство економіки Німеччини [5, с. 27].

У ***Франції*** відносини, пов'язані із здійсненням аудиторської діяльності, має право регулювати Міністерство юстиції Франції шляхом видання відповідних владних рішень, актів тощо. Основним законодавчим актом, який вимагає проведення аудиту звітності всіх компаній з обмеженою відповідальністю і повних товариств, є Закон «Про промислово-торговельні компанії» 1966 р. [3, с. 13]. У країні функціонують дві основні організації, які займаються керівництвом аудиторської діяльності, – Палата експертів-бухгалтерів і повірених бухгалтерів і Національна компанія комісарів по рахунках [6, с. 33].

Атестація та ліцензування аудиторської діяльності у Франції підлягає суворому державному регулюванню. Так, допуск до здачі кваліфікаційних іспитів на отримання атестата аудитора (комісара по рахунках) надає Міністерство юстиції Франції. Після відповідної перевірки справа кандидата подається до Національної компанії комісарів по рахунках, яка направляє її до Міністерства юстиції для надання дозволу на здійснення аудиторської діяльності. Національна компанія комісарів по рахунках об'єднує всіх внесених до Реєстру аудиторів (комісарів по рахунках) і всі аудиторські фірми Франції. Нагляд за її функціонуванням і керівництво здійснює Національна Рада [2, с. 19].

З метою громадського контролю за аудиторською діяльністю у 2003 р. у Франції прийнято закон про фінансову безпеку, відповідно до якого було створено Вищу раду обов'язкових аудиторів. Рада має повноваження вищого органу, який представляє громадські інтереси та здійснює контроль за аудиторською професією. У складі Ради затверджені 12 членів, при цьому представників від аудиторів лише двоє [1, с. 23].

Законодавче регулювання та контроль аудиторської діяльності в ***Республіці Польща*** здійснює Міністерство фінансів Польщі. Основні питання регулювання аудиторської діяльності в Польщі визначені нормами Закону «Про аудиторів та їх самоврядування», відповідно до якого в Польщі створено Крайову палату аудиторів, до повноважень якої віднесено законодавчий нагляд за суб'єктами, уповноваженими здійснювати аудиторську діяльність, і

аудиторами, а також можливість застосування адміністративних і дисциплінарних санкцій за порушення положень закону, норм професійної етики.

Аудиторська діяльність здійснюється й за межами країн ЄС. Наведемо досвід РФ та США.

Що стосується ***Російської Федерації,*** то слід зазначити, що правові основи регулювання аудиторської діяльності в Росії визначає Федеральний Закон «Про аудиторську діяльність» від 07.08.2001 р. та Федеральний Закон «Про саморегулівні організації» від 01.12.2007 р. № 315-ФЗ.

У Російській Федерації уповноваженим федеральним органом виконавчої влади, який здійснює державне регулювання аудиторської діяльності, є Міністерство фінансів Росії. При цьому Міністерстві діє Рада з аудиторської діяльності, яка формується з представників акредитованих професійних аудиторських об'єднань (не менше 51 %), державних органів і користувачів аудиторських послуг. Рада бере участь у підготовці основних документів аудиторської діяльності; розробляє федеральні правила (стандарти) аудиторської діяльності; розглядає звернення професійних аудиторських об'єднань і вносить відповідні рекомендації на розгляд уповноваженого федерального органу [7, с. 27].

Слід зазначити, що прийнята у Росії система правового регулювання аудиту на даний час проходить трансформацію шляхом поступового запровадження норм Федерального Закону «Про аудиторську діяльність» від 30.12.2008 р. На відміну від Федерального Закону «Про аудиторську діяльність» від 07.08.2001 р., нормами Федерального Закону від 30.12.2008 р. держава позбавляється окремих функцій у галузі регулювання аудиторської діяльності. Так, на зміну ліцензуванню аудиторської діяльності приходить можливість здійснення аудиторської діяльності комерційною організацією лише з дати внесення про неї інформації до реєстру аудиторів та аудиторських організацій саморегулівної організації аудиторів, членом якої така організація є (ст. 3 Федерального Закону від 30.12.2008 р.). Принципово змінюється характер повноважень у діяльності Ради з аудиторської діяльності, який по суті стає органом громадського нагляду за розвитком аудиторської діяльності.

Характерними особливостями регулювання аудиторської діяльності у ***Сполучених Штатах Америки*** є високий ступінь саморегулювання та відсутність єдиного для всієї країни законодавства, що регулює діяльність сертифікованих громадських бухгалтерів. Регулювання аудиторської діяльності у США здійснюється професійними громадськими об'єднаннями. У США є такі професійні аудиторські об'єднання, як Американський інститут присяжних бухгалтерів (AICPA), Американська асоціація бухгалтерів (AAA), Головна служба обліку (GAO) та ін. Професійні організації США здійснюють підготовку аудиторів, присвоєння їм відповідної кваліфікації, виконують наглядові процедури за сумлінністю та кваліфікованістю виконання професійних обов'язків аудиторами країни.

Порівняно з іншими країнами світу, аудиторська діяльність у США відчуває незначне втручання державних структур у функціонування ринку аудиторських послуг. Окремі державні рекомендації стосуються визначення критеріїв щодо освіти та стажу роботи претендентів на здійснення аудиторської діяльності.

Обмежений вплив на діяльність суб'єктів аудиту мають державні органи влади, зокрема Головне податкове управління (IRS) та Головне бюджетно-контрольне управління (GAO). Вказані органи встановлюють до суб'єктів аудиту вимоги в частині перевірки суб'єктів господарювання, які використовують бюджетні кошти, та проведення податкових перевірок [2, с. 17].

У 2002 р. у США прийнято Закон Сарбейнса-Оксі, відповідно до якого створено Раду з нагляду за аудитом і бухгалтерським обліком у публічних компаніях. Ця Рада має дуже широкі повноваження. Зокрема, відповідно до зазначеного Закону Рада організує перевірки діяльності всіх зареєстрованих аудиторських компаній з використанням значного штату висококопрофесійних інспекторів (з метою оцінки дотримання норм законодавства у сфері аудиту, професійних стандартів тощо) [1, с. 23].

Проведений аналіз правового регулювання аудиторської діяльності в різних країнах світу свідчить про різний підхід до регулювання аудиторської діяльності в країнах континентальної Європи. Так, у США і Великобританії аудиторська діяльність переважно саморегулівна, професійні організації аудиторів самі готують аудиторів, надають їм відповідну кваліфікацію та контролюють їх. У країнах континентальної Європи організація та здійснення аудиторської діяльності перебуває під більшим регулятивним впливом державних інституцій. Зазначене підтверджує існування у світовій практиці двох принципово відмінних концепцій регулювання аудиторської діяльності.

Перша концепція поширена у країнах континентальної Європи, де аудит орієнтований здебільшого на державні органи, які є основними користувачами результатів проведення аудиту. У цих країнах аудиторська діяльність регламентується переважно централізованими владними органами, на які покладаються функції державного контролю за аудиторською діяльністю. Держава розробляє та затверджує законодавчі акти і нормативи аудиту, веде реєстр аудиторів, а також здійснює контроль за їх діяльністю. Основна увага приділяється законодавству та фіскальним вимогам.

Друга концепція поширена в англомовних країнах: Великобританії, США, де аудиторська діяльність є певною мірою саморегулівною. Аудит у цих країнах орієнтовано переважно на потреби власників, інвесторів, кредиторів та

інших суб'єктів господарювання. Регулювання аудиторської діяльності в цих країнах здійснюється, як правило, професійними громадськими аудиторськими об'єднаннями. У науковій літературі ці концепції називаються, відповідно, державною та професійною [2, с. 30].

Висновки

Україна належить до країн з переважним регулюванням аудиторської діяльності професійною організацією аудиторів, тобто до країн з англо-американським підходом до регулювання аудиторської діяльності. Так, в Україні згідно з чинним законодавством ключове місце у регулюванні аудиторської діяльності відведено Аудиторській палаті України, яка створена згідно із Законом України «Про аудиторську діяльність» у 1993 р. як незалежний, самостійний орган на засадах самоврядування, на паритетних основах шляхом делегування до її складу аудиторів і представників від державних органів. На Аудиторську палату, зокрема, покладені повноваження щодо сертифікації аудиторів, ведення Реєстру аудиторських фірм та аудиторів, затвердження стандартів аудиту, контролю за діяльністю аудиторських фірмам та аудиторів.

Більше половини сертифікованих аудиторів України об'єднані в професійну громадську організацію – Спілку аудиторів України, покликану впливати на поліпшення діяльності національної системи аудиту, забезпечувати соціальний захист своїх членів, створюючи для цього відповідні фонди, тощо [8, с. 5]. Таким чином, визначальну роль у регулюванні аудиторської діяльності відведено недержавним органам.

Разом із тим вплив на регулювання аудиторської діяльності в Україні мають також органи державної влади. По-перше, зазначений порядок формування Аудиторської палати України (відповідно до ст. 13 Закону України «Про аудиторську діяльність») передбачає наявність у складі останньої представників державних органів. По-друге, законодавчо закріплені повноваження щодо регулювання аудиторської діяльності в Україні мають такі органи, як Державна комісія з регулювання ринків фінансових послуг, Державна комісія з цінних паперів та фондового ринку та Національний банк України. Безумовно, цей вплив державних органів обмежений і стосується лише окремих питань ведення ними Реєстрів аудиторів, а також прийняття актів, якими встановлюються вимоги до аудиторських висновків, однак ігнорувати наявність таких повноважень у органів державної влади все ж не слід.

Запроваджена Законом України «Про аудиторську діяльність» англо-американська система регулювання аудиторської діяльності в Україні в цілому себе виправдала та сприяє подальшому розвитку цього різновиду підприємницької діяльності. Цей висновок підтверджується аналізом сучасного стану розвитку ринку аудиторських послуг.

Згідно з офіційною інформацією Аудиторської палати України, більше 3 тис. осіб у державі мають сертифікат аудитора; за станом на 01.02.2009 р. право на здійснення аудиторської діяльності в Україні мали 1551 аудиторських фірм і 820 аудиторів; дохід суб'єктів аудиторської діяльності у 2008 р. перевищив 1 млрд грн.

Разом зі тим слід зазначити, що на даному етапі розвитку аудиторської діяльності в Україні актуальною та невирішеною на законодавчому рівні є проблема створення в державі системи громадського нагляду за здійсненням такого виду діяльності, який мав місце в інших країнах світу і поштовхом до подальшого вдосконалення якого були факти банкрутства ряду транснаціональних компаній, яким надавалися аудиторські послуги не належної якості.

Література

1. *Крикунов А. В.* Два направления финансового контроля // Банковский ряд. – 2006, спецвыпуск.

2. *Бондар В. П.* Концепція розвитку аудиту в Україні: теорія, методологія, організація. – Житомир, 2008. – 456 с.

3. *Петрик О. А., Фенченко М. Т.* Аудит у зарубіжних країнах / За ред. О. А. Петрик. – К., 2002. – 168 с.

4. *Галкіна Т. О., Васильєва Т. В., Чугаєв А. О.* Розвиток процесу становлення професії аудитора в Україні // Аудитор України. – 2006. – № 1.

5. *Макєєва О.* Конгрес аудиторів Німеччини // Аудитор України. – 2008. – № 2. – 25 с.

6. *Тимко Й. П.* Аудит в Україні: становлення і організація. – Ужгород, 1996.

7. *Ефросеева В. А., Пискунов В. А., Битюкова Т. А.* Аудит. – М., 2008. – 447 с.

8. *Національна* система аудиту: проблеми становлення і розвитку // Бухгалтерський облік і аудит. – 2006. – № 3.

The artikle researches the problems of regulation of auditing both abroad and in Ukraine on the basis of comparison of the following: presence of the juridical basis on regulation of auditing; use of the model of legal regulation of audit activity; function of the system of public oversight in the country.

В статье исследуются вопросы регулирования аудиторской деятельности в зарубежных странах и в Украине на основании сравнения следующих критериев: наличия законодательной базы по регулированию аудиторской деятельности, применения в стране модели правового регулирования аудиторской деятельности, функционирования в стране системы общественного надзора за аудитом.

ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОЇ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ СТАТУСУ ТИМЧАСОВИХ КОМІСІЙ ПАРЛАМЕНТУ У КОНСТИТУЦІЙНИХ АКТАХ УКРАЇНСЬКОЇ РАДЯНСЬКОЇ СОЦІАЛІСТИЧНОЇ РЕСПУБЛІКИ

Андрій Медвідь,
канд. юрид. наук,
доцент кафедри теорії держави і права
Львівської комерційної академії

Стаття присвячена дослідженню ґенези правової регламентації статусу тимчасових комісій парламенту у конституційних актах Української Радянської Соціалістичної Республіки. На підставі аналізу робиться висновок про те, що у радянський період процес розвитку правової регламентації статусу вказаних комісій не був інтенсивним, але все ж здійснювався.

Ключові слова: конституція, парламент, комісія.

Відомо, що конституційне законодавство України й усталена практика національного державотворення та правотворення визнають парламент і парламентаризм пріоритетними конституційними цінностями суспільства та держави. Разом із тим масштабна політико-правова криза однозначно вказує на необхідність удосконалення організації та діяльності Верховної Ради України. Йдеться не лише про функціонально-процедурні, а й про організаційно-структурні аспекти цієї проблеми.

Зокрема, очевидно, що удосконалення потребує конституційно-правовий статус тимчасових комісій Верховної Ради України, який на сьогодні законодавчо не закріплений[1]. Здійснити таке вдосконалення можливо лише після ґрунтовного дослідження історичного розвитку конституційно-правового статусу тимчасових комісій вітчизняних вищих представницьких органів, у тому числі у період перебування України у складі Союзу Радянських Соціалістичних Республік.

Зазначимо, що українська юридична наука фактично оминула своєю увагою окреслену проблематику. Зокрема, такі вчені як В. Погорілко, Ю. Тодика, В. Журавський, З. Гладун, М. Федчишин, В. Кравченко у своїх працях [3, с. 434; 4; 5, с. 106; 6, с. 271] обмежуються лише згадкою про можливість утворення Верховною Радою України тимчасових комісій.

Метою цієї статті є дослідження ґенези правової регламентації статусу тимчасових комісій парламенту у конституційних актах Української Радянської Соціалістичної Республіки.

Зокрема, до вказаних актів належать:

Конституція Української Соціалістичної Радянської Республіки від 10.03.1919 р.[2];

Конституція Української Соціалістичної Радянської Республіки від 10.05.1929 р.;

Конституція Української Радянської Соціалістичної Республіки від 30.01.1937 р.;

Конституція Української Радянської Соціалістичної Республіки від 20.04.1978 р.

Аналізуючи норми двох перших Конституцій УСРР (від 10.03.1919 р. та від 10.05.1929 р. [7], ми можемо пересвідчитись у надзвичайно заниженій ролі тогочасних парламентів (Всеукраинского Съезда Рабочих, Крестьянских (Селянских) и Красноармейских депутатов та Всеукраїнського з'їзду рад робітничих, селянських та червоноармійських депутатів). Привілейований статус і надзвичайно широкі повноваження, відповідно до вказаних Конституцій, отримували виконавчі комітети, які і здійснювали реальну законодавчу владу. Тому повністю прогнозованою є відсутність у зазначених актах норм, що регулюють діяльність парламентських комісій.

Кардинально іншим є становище парламенту, Верховної Ради УРСР, згідно з Конституцією Української Радянської Соціалістичної Республіки від 30.01.1937 р. [8]. Відповідно до неї Верховна Рада як вищий представницький орган УРСР, мала достатньо широке коло функцій і повноважень. До їх переліку входила і можливість утворення Верховною Радою УРСР слідчих та ревізійних комісій, які здійснювали певні контрольні функції. Зокрема, ст. 33 розділу III

[1] У результаті визнання Конституційним Судом України такими, що не відповідають Конституції України Закону «Про тимчасові слідчі комісії, спеціальну тимчасову слідчу комісію і тимчасові спеціальні комісії Верховної Ради України» від 15.01.2009 р. та Регламенту Верховної Ради України від 19.09.2008 р. [1; 2].

[2] Затверджена Всеукраїнським з'їздом Рад на засіданні 10 березня 1919 р. та прийнята в остаточній редакції Всеукраїнським Центральним Виконавчим Комітетом 14 березня 1919 р.

© А. Медвідь, 2010

Конституції Української Радянської Соціалістичної Республіки від 30.01.1937 р. передбачає, що Верховна Рада УРСР призначає, коли вона визнає за необхідне, слідчі та ревізійні комісії з будь-яких питань. Всі установи та службові особи зобов'язані виконувати вимоги цих комісій, надавати їм необхідні матеріали та документи [8]. Вказана норма вперше у радянський час здійснює конституційне закріплення можливості вітчизняного вищого представницького органу створювати слідчі та ревізійні комісії парламенту. Як бачимо, зазначена норма Конституції 1937 р. не тільки передбачає право Верховної Ради УРСР на створення слідчих і ревізійних комісій, вона також визначає підстави їх створення – «коли вона визнає за необхідне», в результаті чого можна зробити висновок про тимчасовий характер роботи зазначених комісій, а також про те, що прийняття рішення про створення таких комісій ґрунтується виключно на волі Верховної Ради УРСР.

Не менш важливим для створення та діяльності зазначених комісій є окреслене ст. 33 розділу ІІІ Конституції УРСР 1937 р. коло питань, що могли бути предметом діяльності вказаних комісій і визначалось як будь-які питання. На нашу думку, таке формулювання предмета діяльності слідчих і ревізійних комісій, є надзвичайно широким і могло обмежуватися лише функціями та повноваженнями Верховної Ради УРСР. Аналіз зазначеної статті Конституції УРСР не дозволяє зробити висновок про завдання вказаних органів Верховної Ради УРСР, проте при визначенні їх повноважень заслуговує на увагу положення щодо обов'язку всіх установ і службових осіб виконувати вимоги комісій, надавати їм необхідні матеріали та документи. Тому логічним є припущення щодо наявності у вказаних комісій права вимоги певних дій службових осіб і витребування тих або інших матеріалів чи документів, отже, щодо наявності у створюваних Верховною Радою УРСР комісій необхідного обсягу повноважень для ефективної їх діяльності. У зв'язку з цим Конституцію Української Радянської Соціалістичної Республіки від 30.01.1937 р. можна розглядати як перший нормативно-правовий акт радянського періоду, який включає групу правових норм, що регулюють суспільні відносини у сфері утворення, функцій і повноважень, а також форм і результатів діяльності тимчасових слідчих комісій парламенту.

У свою чергу, Конституція Української Радянської Соціалістичної Республіки від 20.04.1978 р. [9] також передбачає можливість створення Верховною Радою Української РСР певних комісій. Так, ст. 112 розділу V зазначеної Конституції проголошує, що Верховна Рада Української РСР створює, коли визнає за необхідне, слідчі, ревізійні й інші комісії в будь-якому питанні, віднесеному до відання Української РСР (ч. 2); всі державні та громадські органи, організації і службові особи зобов'язані виконувати вимоги комісій Верховної Ради Української РСР, надавати їм необхідні матеріали та документи (ч. 3); рекомендації комісій підлягають обов'язковому розгляду державними та громадськими органами, установами й організаціями (ч. 4). Про результати розгляду або про вжиті заходи комісії мають бути повідомлені у встановлений строк [9].

На перший погляд, положення передбачене ч. 2 ст. 112 розділу V Конституції Української РСР 1978 р. дуже подібне до положення, сформульованого у ч. 1 ст. 33 розділу ІІІ Конституції Української РСР від 30.01.1937 р., але, аналізуючи їх, ми маємо змогу простежити певну еволюцію конституційно-правових поглядів з приводу утворення та діяльності тимчасових парламентських комісій. Зокрема, Конституція Української РСР 1978 р. закріплює право Верховної Ради Української РСР «створювати», а не «призначати» комісії, як це було передбачено Конституцією Української РСР 1937 р. Хоча вказана відмінність не є принциповою, доцільно навести визначення вказаних термінів, що сформульовані у Новому тлумачному словнику української мови: *створювати* – давати життя, існування чому-небудь, формувати щонебудь; творити; започаткувати існування чого-небудь, організовувати щось; засновувати; *призначати* – намічати кому-небудь щось; визначати, встановлювати кому-небудь щось; покладати обов'язок виконати що-небудь, присуджувати щось кому-небудь [10, с. 303]. З огляду на це, «створення» тимчасових парламентських комісій є більш всеохоплюючим процесом, що охоплює і «призначення».

Наступною ознакою зазначених норм є те, що відповідно до Конституції 1978 р. Верховна Рада УРСР створює слідчі, ревізійні й інші комісії, а згідно з Конституцією 1937 р. Верховна Рада УРСР призначала лише слідчі та ревізійні комісії, тобто можна припустити, що формулювання «інші комісії» закріплює можливість створення на розсуд парламенту будь-яких інших комісій, у тому числі спеціальних. Зазначене припущення дозволяє зробити висновок про наявність правового закріплення у Конституції Української РСР 1978 р. діяльності тимчасових спеціальних комісій Верховної Ради УРСР. Крім цього, ч. 2 ст. 112 розділу V Конституції УРСР 1978 р. використовує відмінне від закріпленого ч. 1 ст. 33 розділу ІІІ Конституції УРСР 1937 р. визначення кола питань, що могли бути предметом діяльності вказаних комісій. А саме – окреслює їх як «будь-яке питання, віднесене до відання Української РСР», а не «будь-які питання», як зазначалося в останній. Таку зміну формулювання можна трактувати як певне звуження можливого предмета діяльності тимчасових комісій Верховної Ради УРСР. Проте навіть якщо припустити можливість призначення відповідно до ч. 1 ст. 33 розділу ІІІ Конституції УРСР 1937 р., комісії, предмет діяльності якої виходив би за межі питань, віднесених до відання Україн-

ської РСР, то, безумовно, поставало би питання про легітимність діяльності такої комісії.

Певні відмінності можна прослідкувати і порівнюючи ч. 3 ст. 112 розділу V Конституції Української РСР 1978 р. та ч. 2 ст. 33 розділу III Конституції Української РСР 1937 р. Конституція 1978 р., крім суб'єктів, передбачених Конституцією 1937 р., зобов'язує також і всі державні та громадські органи виконувати вимоги комісій Верховної Ради Української РСР, надавати їм необхідні матеріали та документи. Зазначене доповнення, безумовно, є позитивним кроком, оскільки забезпечує можливість тимчасових комісій Верховної Ради УРСР отримувати максимально повну інформацію з питань, що є предметом їх діяльності.

Частину 4 ст. 112 розділу V Конституції Української РСР 1978 р. можна вважати новелою радянського конституційного права, що має досить важливе значення. Оскільки необхідність і важливість інституту тимчасових комісій парламенту (у тому числі Верховної Ради Української РСР) визначається виключно обсягом позитивного ефекту, що досягається у результаті їх діяльності, питання впровадження у життя отриманих у процесі їх роботи напрацювань є вирішальним і першочерговим. Зважаючи на це, обов'язок державних і громадських органів, установ та організацій розглядати рекомендації зазначених парламентських комісій і повідомляти їх про результати розгляду або вжиті заходи, безумовно, підвищувало доцільність та ефективність створення і функціонування слідчих, ревізійних та інших комісій Верховної Ради Української РСР.

Таким чином, можна стверджувати, що Конституція Української РСР від 20.04.1978 р. не лише продовжила розпочату Конституцією УРСР 1937 р., а й розвинула конституційно-правову регламентацію діяльності тимчасових слідчих комісій Верховної Ради УРСР. Також зазначений конституційний акт, опосередковано регламентує діяльність тимчасових спеціальних комісій Верховної Ради УРСР.

Викладене дозволяє зробити **висновок,** що, у радянський період процес розвитку правової регламентації тимчасових комісій парламенту не був інтенсивним, але все ж здійснювався. Конституція Української Радянської Соціалістичної Республіки від 30.01.1937 р. уперше серед конституційних актів Української Радянської Соціалістичної Республіки закріпила спеціальні норми, що регулювали діяльність тимчасових слідчих комісій Верховної Ради УРСР, а Конституція Української РСР від 20.04.1978 р. ввела, хоч і опосередковано, конституційно-правову регламентацію діяльності тимчасових спеціальних комісій Верховної Ради УРСР та значно розширила регулювання діяльності тимчасових слідчих комісій парламенту.

Література

1. *Рішення* Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Президента України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про тимчасові слідчі комісії, спеціальну тимчасову слідчу комісію і тимчасові спеціальні комісії Верховної Ради України», справа № 20-рп/2009 від 10 вересня 2009 р. // Офіційний вісник України. – 2009. – № 72. – Ст. 2488.

2. *Рішення* Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Президента України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про організацію і порядок діяльності Верховної Ради України та Регламенту Верховної Ради України», справа № 1-30/2009 від 26 листопада 2009 р. – Режим доступу: http: // zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/ main.cgi?user=o79.

3. *Конституційне* право України / В. Ф. Погорілко, О. Ф. Фріцький, О. В. Городецький та ін.; За ред. В. Ф. Погорілка. – К., 1999. – 734 с.

4. *Конституційне* право України / Ю. М. Тодика, В. С. Журавський. – К., 2002. – 542 с.

5. *Гладун З. С., Федчишин М. Г.* Основи конституційного права України. – Тернопіль, 1999. – 151 с.

6. *Кравченко В. В.* Конституційне право України. – К., 2004. – 568 с.

7. *Верховна* Рада України: офіційний веб-сайт. Парламентаризм в Україні. Конституційний процес в Україні. Конституція Української СРР 1929 р. – Режим доступу: http://gska2.rada.gov.ua/site/const/istoriya/1929.html.

8. *Верховна* Рада України: офіційний веб-сайт. Парламентаризм в Україні. Конституційний процес в Україні. Конституція Української РСР 1937 р. – Режим доступу: http://gska2.rada.gov.ua/site/const/istoriya/1937.html.

9. *Верховна* Рада України: офіційний веб-сайт. Парламентаризм в Україні. Конституційний процес в Україні. Конституція Української РСР 1978 р. – Режим доступу: http://gska2.rada.gov.ua/site/const/istoriya/1978.html.

10. *Новий* тлумачний словник української мови: У 4 т. – К., 1999. – Т. 2. – 910 с.

The proposed article is devoted to study genesis of the legal regulation of status of temporary commissions of the parliament in the constitutional acts of the Ukrainian Soviet Socialist Republic. Based on the analysis concludes, the fact that in the Soviet period the process of regulating the legal status of these commissions was not intense, but still committed, in the context of what distinguished the Constitution of the USSR in 1937 and 1978 AD.

Статья посвящена исследованию генезиса правовой регламентации статуса временных комиссий парламента в конституционных актах Украинской Советской Социалистической Республики. На основании анализа делается вывод о том, что в советский период процесс развития правовой регламентации статуса указанных комиссий не был интенсивным, тем не менее все же осуществлялся.

ЗАКОННІ ІНТЕРЕСИ ТА СУБ'ЄКТИВНІ ПРАВА: потенціал можливостей

Марина Мікуліна,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри цивільного та трудового права
Національної академії Служби безпеки України

У статті досліджуються спільні та відмінні ознаки понять «суб'єктивні права» та «законні інтереси»; ступінь реалізації законних інтересів у сфері публічного і приватного права.

Ключові слова: суб'єктивні права; законні інтереси; об'єктивне право; реалізація законних інтересів.

Закон гарантує право кожної особи на захист своїх цивільних прав та інтересів у випадку їх порушення, невизнання або оспорювання (ч. 1 ст. 15 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України) [1]. Це положення ґрунтується на нормах Конституції України щодо обов'язку держави забезпечувати захист прав усіх суб'єктів права власності та господарювання (ст. 13), споживачів (ст. 42), захист прав і свобод людини та громадянина судом, Уповноваженим Верховної Ради України з прав людини, відповідними міжнародними судовими установами чи міжнародними організаціями (ст. 55). У цій правовій нормі йдеться про захист цивільних прав та інтересів.

Отже, правами, що підлягають цивільно-правовому захисту, є всі майнові й особисті немайнові права, які належать суб'єктам цивільного права, що становлять зміст їх правоздатності. Підставою для захисту є порушення, невизнання, оспорювання цивільного права.

Порушення цивільних прав може полягати у недотриманні сторонами при вчиненні правочину вимог закону (ст. 215 ЦК), неповазі до гідності та честі фізичної особи (ст. 297 ЦК), протиправному позбавленні права власності чи його обмеженні (ст. 321 ЦК), втраті (нестачі) або пошкодженні речі (ст. 951 ЦК), заподіянні фізичній або юридичній особі майнової чи немайнової (моральної) шкоди (ст. 1166, 1167 ЦК) тощо.

Невизнання цивільного права полягає у пасивному запереченні наявності в особи суб'єктивного цивільного права, що може безпосередньо не завдавати шкоди суб'єктивному праву, а лише спричиняти невпевненість у правовому статусі носія суб'єктивного права. Оспорювання суб'єктивного цивільного права полягає у запереченні такого права в юрисдикційному органі. Законодавець, визначаючи захист цивільних прав, не визначає інтерес, який підлягає захисту.

Метою цієї статті є визначення поняття «законний інтерес» та його співвідношення з поняттям «суб'єктивне цивільне право», дослідження механізму забезпечення реалізації законних інтересів, передбаченого нормами права.

Зважаючи на об'єднання у законі захисту цивільних прав та інтересів, спробуємо дослідити спільні та відмінні ознаки цих понять.

Суб'єктивні права та законні інтереси вживаються законодавцем, як правило, в одному контексті. Ці поняття мають багато спільного. Так, суб'єктивні права та законні інтереси: передбачають, передусім, задоволення особистих інтересів особи; диспозитивні за характером та існують у межах дозволеного; це дієвий спосіб управління та впливу на суспільні процеси, а також на міжсуб'єктні правовідносини; вони ґрунтуються на законодавчих нормах, охоплюють усі сфери життєдіяльності суспільства, взаємодоповнюють і взаємозалежать між собою, визнаються й охороняються державою, тісно пов'язані з юридичними обов'язками та відповідальністю, акумулюючи особистісні, групові, суспільні та державні інтереси, спираються на єдність інтересів особи, суспільства і держави, єдність інтересів і права.

До дослідження співвідношення понять, що розглядаються, зверталися свого часу Е. Флейшиц, С. Алексеєв, Н. Малеїн, В. Тархов, А. Малько, М. Смирнова, М. Перший, Д. Чечот та ін.

Основною відмінністю між суб'єктивними правами та законними інтересами є різні правові дозволи, тобто *реалізація суб'єктивного права* – це дозволено можлива поведінка (правова можливість), а *реалізація законного інтересу* – дозволено спрямована поведінка. Обидва поняття об'єднує можливість певної поведінки, що реалізує певний інтерес. Однак, якщо учасник правовідносин виявить бажання реалізувати можливість, надану йому суб'єктивним правом, він може заручитися, по-перше, «підтримкою» норми права, яка закріплює можливість такої поведінки; по-друге, гарантуванням певних обов'язків третіх осіб стосовно себе.

Продовжуючи розвідку різного потенціалу можливостей суб'єктивних прав і законних інтересів, зазначимо, що суб'єктивне право – це гарантована законом ступінь можливої (дозволеної) поведінки особи. Більш детально суб'єктивне право визначається як «створювана і гарантована державою через норми об'єктивного права особлива юридична можливість діяти, що дозволяє суб'єкту (носію цієї можливості) поводити себе певним чином, вимагати відповідної

© М. Мікуліна, 2010

поведінки від інших осіб, користуватися певним соціальним благом, звертатися за необхідності до компетентних органів держави за захистом – з метою задоволення особистих інтересів і потреб»[1].

Законний інтерес можна визначити як поведінку суб'єкта правовідносин на свій розсуд, не порушуючи межі дозволеного.

Об'єктивне право охороняє (а у певних випадках захищає) і законний інтерес, і суб'єктивне право. Однак не будь-який захищений інтерес є суб'єктивним правом. На нашу думку, не можна розмежувати суб'єктивне право і законний інтерес тільки враховуючи спосіб їх охорони залежно від правовідносин між суб'єктами. Необхідно зважати на те, що суб'єктивні права є конкретним дозволом певного виду дій, а законні інтереси – лише їх не забороною. Охоронюваний законом інтерес особи є прагненням до користування певним матеріальним та (або) нематеріальним благом, тобто цей інтерес ґрунтується на праві особи, яке може виникнути як результат застосування певного способу захисту.

Поняття «законні інтереси» може застосовуватися у приватному та публічному праві. Щодо приватного права, то у суб'єкта законний інтерес виникає й існує незалежно від того, до якої сфери приватного чи публічного права звертається заінтересована особа.

Слід зазначити, що можна виокремити певні особливості існування та реалізації законних інтересів. Насамперед, відбувається усвідомлення законних інтересів, яке має досягти того ступеня, коли суб'єкт може обґрунтувати законність своїх вимог, мотивувати у зв'язку з цим свої дії та захищати намагання мати певне благо.

Заінтересована особа захищає свої законні інтереси, вступаючи у правовідносини з однаковими за статусом суб'єктами. Реалізація законного інтересу стосується особистої позиції людини і, певною мірою, особистої позиції іншого суб'єкта правовідносин. Ступінь реалізації інтересу, перешкоди та порушення інтересів сторін залежать від компромісів, до яких доходять сторони.

Особа, яка має законні інтереси, прагне, щоб суб'єкти, які їй протистоять, діяли певним чином або утримувалися від певних дій. Отже, реалізація законних інтересів за характером одночасно і вимоги щодо володіння конкретним соціальним благом, і вимоги до конкретних осіб (певної поведінки чи утримання від певних дій) може визначатися як сподівання на здійснення запланованого.

Реалізація законних інтересів у сфері публічного права може відбуватися з урахуванням того, що акти публічного права можуть гарантувати реалізацію особистих (приватноправових) законних інтересів і реалізація охоронюваних законом особистісних інтересів може торкатися сфери публічного права. Така реалізація торкається інтересів значної кількості людей, вона може певним чином вплинути на їх статус, на діяльність органів влади.

Однак, незважаючи на певні відмінності, приватне та публічне право співіснують, утворюючи, поєднуючись, об'єктивне право.

По-перше, норми права є своєрідним координуючим фактором реалізації законних інтересів. У той самий час вони перешкоджають реалізації законного інтересу у випадку його реалізації способом, який може зашкодити суспільним інтересам; стримують реалізацію будь-якого інтересу, що ґрунтується на антисуспільних потребах; перешкоджають гіпертрофованим інтересам обмежувати права і законні інтереси інших осіб та учасників правовідносин.

По-друге, неможливо захистити приватний законний інтерес, не враховуючи публічні інтереси, і навпаки. На нашу думку, публічні та приватні інтереси в їх діалектичному співіснуванні є своєрідною і дієвою формою контролю за дотриманням суб'єктами правовідносин наданих їм суб'єктивних прав і покладених обов'язків. Будь-яке суспільство, організоване у державу, існує заради не абстрактного блага всіх, а тієї частки загального блага, яка сприяє задоволенню приватного інтересу[2].

Висновок

Законні інтереси можуть не тільки співіснувати з атрибутивно визначеними протиріччями, а й згладжувати їх. Якщо право прямо не передбачає можливість користування певними благами, то для цього й існують законні інтереси, завдяки яким легше досягти визначеної мети у компромісі з системою державного управління.

Отже, *законні інтереси є формою реалізації спрямувань учасників правовідносин у сфері приватного та публічного.*

[1] *Субочев В. В.* Законные интересы / Под ред. А. В. Малько. – М., 2008. – С. 120.

[2] *Там само.* – С. 314.

It was researched common and distinctive features of the notions subjective right and legitimate interests, the level of realization of legitimate interests in the sphere of public and private law.

В статье исследуются общие и отличительные черты понятий «субъективные права» и «законные интересы»; степень реализации законных интересов в сфере публичного и частного права.

МІСЦЕВА ВЛАДА В СИСТЕМІ ВЕРТИКАЛЬНОГО ПОДІЛУ ВЛАДИ: загальнотеоретичні аспекти

Алла Онупрієнко,
канд. юрид. наук,
старший науковий співробітник
Науково-дослідного інституту державного будівництва
та місцевого самоврядування АПрН України,
м. Харків

У статті досліджується природа місцевої влади, її місце в системі вертикального поділу влади, розкривається поняття «організація влади» як складна система.

Ключові слова: влада, центральна влада, місцева влада, поділ влади, вертикальний поділ (організація) влади, горизонтальний поділ (організація) влади.

Державно-політичне реформування українського суспільства зумовило жваві дискусії про сутність місцевої влади, її місце у системі сучасного громадянського суспільства. З точки зору організації політико-управлінської системи в цілому за сучасних умов проблема місцевої влади переходить у розряд ключових і найперспективніших. Найбільш значними серед сучасних наукових розробок, присвячених проблемам місцевої влади, є праці вітчизняних і зарубіжних учених Г. Барабашова, І. Бачила, М. Корнієнка, О. Кутафіна, В. Погорілка, Ю. Тихомирова, Ю. Тодики, О. Фрицького, К. Шеремета, А. Черкасова, В. Кампо, М. Баймуратова, М. Бондаря, М. Орзіха, М. Постового, В. Васильєва, І. Видріна та ін. Разом із тим залишаються недостатньо дослідженими місце і роль місцевої влади в системі вертикального поділу влади в комплексному загальнотеоретичному вигляді, що, безумовно, актуалізує обраний аспект даної проблематики.

Метою цієї статті є поглиблене вивчення та системний аналіз різних форм публічної влади, враховуючи вертикальний і горизонтальний поділ влади, що сприятиме вирішенню проблеми взаємоузгодження інтересів центра і місць.

Розкриття сутності місцевої влади слід розпочати з розгляду питання про владу як загальносоціологічну категорію. Відомо, що влада своїм виникненням передує державі та, відповідно, політичному життю суспільства [1, с. 44; 2; 3]. У той самий час залишається поза увагою те, що політична влада в її сучасній формі як влада державно-публічна має не таку вже тривалу історію (близько 5 тисячоліть) порівняно з додержавними, так званими потестарними (від пізнєлатинського potestas – влада), структурами управління та самоорганізації, що виникли набагато раніше [4, с. 11–57; 5, с. 12–42; 6]. Очевидно, що взагалі самоорганізація властива суспільству, оскільки, за спостереженням Г. Рузавіна, самоорганізація – найбільш активний початок будь-якого процесу, без неї неможливе ні виникнення нового, ні еволюція [7, с. 69].

На користь того, що видове поняття «державна влада» за обсягом значно вужче, ніж родова категорії «влада», свідчать і новітні процеси появи на рубежі третього тисячоріччя органів «наддержавної» влади в особі законодавчих (Європарламент) і виконавчих (Комісія Європейського Співтовариства) інститутів, владні повноваження яких поширюються на територію близько трьох десятків європейських країн. Отже, в широкому розумінні категорія «влада» містить у собі додержавну (потестарну), державну та владу місцевого самоврядування як форми публічної влади, а також «наддержавну» (постдержавну) форму владної організації людей.

Влада властива будь-якій організованій, більш-менш стійкій і цілеспрямованій спільноті людей. За сферою застосування влади її диференціюють, як правило, на економічну, ідеологічну, церковну, вказуючи при цьому на особливий статус державної влади. Кожен із різновидів суспільної влади має певну своєрідність, специфічні особливості. Практичне ж питання полягає у тому, ким і як має бути представлена влада, носій ідей і інтересів певної соціальної спільноти.

Слід зазначити, що механізм влади має складну, ієрархічну структуру, в якій формальним первинним суб'єктом і джерелом

© А. Онупрієнко, 2010

влади виступає народ, який передає владні функції своєму офіційному представнику, опосередкованому агенту – державі [8, с. 3–13]. Держава, у свою чергу, розподіляє повноваження серед «носіїв» по «горизонталі» (законодавча, виконавча та судова гілки влади) та по «вертикалі» (центральні та місцеві органи влади), щоб управляти населенням країни (об'єкт владарювання) від імені всього суспільства (суб'єкт владарювання). Саме такий формально-юридичний механізм закладений у систему влади України і закріплений на конституційному рівні. Згідно із ст. 5 Конституції України носієм суверенітету й єдиним джерелом влади в Україні є народ. Народ здійснює владу безпосередньо (шляхом виборів, референдумів) і через органи державної влади, органи місцевого самоврядування. Як зазначає М. Цвік, поділ влади може бути здійснений лише на підставі народовладдя, а першоосновою є норма ст. 5 Основного Закону [9, с. 23].

Таким чином, у найбільш загальному вигляді *влада – це здатність і можливість регулювати діяльність людей, здійснюючи вплив на їх інтереси.* З точки зору об'єкта регулювання (інтереси) виділяють політичну, економічну, ідеологічну владу. З точки зору суб'єкта її реалізації, співтовариства людей (наприклад, нації, місцевого співтовариства) можна вести мову про державну владу та самоврядування. З точки зору механізму організації та здійснення влади говорять про демократію чи диктатуру.

Обсяг влади – коло «справ» (завдань), вирішення яких пов'язано з організацією діяльності різних суб'єктів у суспільстві. У кожну історичну епоху складається властивий їй «набір» справ, що становить конкретно-історичний зміст влади. Оскільки життєдіяльність людей об'єктивно здійснюється на різних рівнях (наприклад, місто, область, регіон, республіка), то й обсяг влади об'єктивно повинен бути розподілений між цими рівнями, а «всередині» рівнів – за функціями та видами діяльності.

Організація влади – сукупність (набір) форм і методів поділу влади як по вертикалі, так і по горизонталі (за рівнями).

Поділ влади – це спосіб (стан) організації влади, що передбачає не лише різноманітні форми її організації, а й механізми їх взаємодії один з одним так, щоб ефективно використовувався весь обсяг влади. Іншими словами, поділ влади передбачає її поділ на законодавчу, виконавчу та судову влади, а також на державну та самоврядування [10; 11], на центральну та місцеву владу (вертикальний поділ), де кожна з гілок, рівнів влади має своє функціональне призначення в суспільстві, взаємодіючи і взаємодоповнюючи одна одну.

Організація влади – складна система, що базується на кількох основних принципах:

горизонтальний поділ (організація) влади;

вертикальний поділ (організація) влади.

Сукупність цих принципів і називають принципами поділу влади або поділом влади.

За горизонтальним поділом, так би мовити всередині себе, за функціональним призначенням (за функціями) влада поділяється на законодавчу, виконавчу та судову. Конституція України закріпила цей важливий політико-правовий принцип організації та функціонування державної влади (ст. 6), що зробило можливим запроваджувати в нашій державі якісно новий поділ влади, який дозволяє, на думку О. Батанова, виділити рівень децентралізованої публічно-самоврядної влади [12, с. 23].

Вертикальний поділ (організація) влади. Із становленням елементів громадянського суспільства, зокрема місцевого самоврядування, виникла необхідність запровадження не лише горизонтального поділу влади, а й вертикального. Такий поділ, як зазначає В. Лазарєв, тісно пов'язаний із ефективним функціонуванням місцевого самоврядування, його розвинутістю та здатністю вирішувати проблеми територіальних громад [13, с. 380].

Обґрунтуванням вертикального поділу була свобода общинного самоврядування від урядового нагляду та втручання в місцеві справи. Ця вимога, звернена проти феодального абсолютизму, знайшла теоретичне обґрунтування в принципі поділу влади, що деякими буржуазними ідеологами, перш за все, Бенжаменом Констаном і Томасом Джефферсоном, трактувалося не лише як розмежування «по горизонталі», а й у плані збалансування центральної влади – місцевою, централізму – децентралізацією. Муніципалісти визнавалися ніби четвертою владою, зв'язаною законом і судовим контролем, але не підлеглою уряду та його органам у центрі й на місцях.

Вертикальна організація (поділ) влади історично виникла однією з перших, оскільки була зумовлена необхідністю підвищення ефективності управління країною. Цей поділ передбачає організацію влади на кожному конкретному рівні. Так, якщо на якомусь із рівнів організації суспільства ряд питань віднесений до відання центральної влади, то для їх виконання буде створений орган центральної (державної) влади. В умовах багатоук-

ладної економіки, коли форми і методи організації життєдіяльності настільки різноманітні та багатоваріантні, що центр вже не встигає відслідковувати проблеми, які виникають, велику частину питань відносять до компетенції місцевої влади і створюють умови для вирішення їх на місцевому рівні, формуючи, крім органів державної влади, органи самоврядування.

У цьому плані урядова (державна) вертикаль, найбільш широка, потужна, владна в правах «наверху», так би мовити звужується до низу, «знизу». Муніципальна ж вертикаль, найбільш владна і компетентна «знизу», звужується до верху. Ці вертикалі, незважаючи на деяку так звану різноспрямованість, повинні взаємоіснувати та співпрацювати.

У той самий час, кожна з гілок, рівнів влади об'єктивно має своє функціональне призначення у суспільстві. Пов'язано це з наявністю певних груп інтересів кожного громадянина України. Дійсно, будь-який громадянин однаково заінтересований у безпеці всієї держави, отже, у проведенні відповідної державної політики з боку центральних органів влади (зовнішньої, економічної, правової, екологічної, соціальної), у захисті традицій, врахуванні природних, економічних, культурних та інших регіональних особливостей його проживання, що мають забезпечити органи державної влади, а також у створенні комфортних і гідних умов його безпосереднього проживання – у містах, селищах, селах, що є функцією органів місцевої влади. Погоджене функціонування всіх владних структур у державі передбачає враховування розмаїття індивідуальних, колективних, територіальних, політичних та інших інтересів громадян, щоб сприяти забезпеченню прав і свобод кожної людини, розвитку держави і суспільства в цілому.

Отже, характерною ознакою вертикальної організації влади є її поділ за рівнями. Кожний із виділених рівнів наділяється компетенцією, правами та майном для вирішення питань, що перебувають у його відання. Обсяг цих повноважень залежить від характеру державного устрою, історичних традицій та інших факторів. Як правило, виділяють такі рівні:

- рівень населених місць (міста, села, комуни, муніципалітети);
- рівень територіальних місць:
- середній (райони області; округи; графства);
- вищий (департамент; область; штат; земля);
- державний рівень (рівень центру).

Подібні рівні існують у будь-якій країні, незалежно від її політичного ладу та розмірів. Така єдність не випадкова, оскільки зумовлена необхідністю «охопити» керуючим (владним) впливом найбільш істотні процеси життєдіяльності людей. Скажімо, потреба у благоустрої місць проживання людей зумовлює необхідність виділення муніципального рівня та формування тут відповідної структури влади й управління. Необхідність координації діяльності місць, узгодження їх інтересів тягне за собою формування наступного рівня ієрархії влади: райони – у США, Росії; графства – у Великобританії. Координація й узгодження інтересів місць і держави зумовлює появу наступного рівня влади: у Росії – області, у США штати, у Німеччині – землі. Кожен із владних рівнів характеризується трьома складовими: межами; компетенцією, правами й обов'язками; апаратом влади даного рівня. Поділ влади на рівні визначає положення (ієрархію) кожної влади відносно інших. Оскільки кожна країна по-своєму вирішує ці питання, у світі існує велика розмаїтість конкретних форм і методів поділу влади по вертикалі.

Заслуговує на увагу також та обставина, що українська державність випробує на собі, з одного боку, тенденцію до інтеграції в європейське і світове співтовариство, до формування загального політико-правового і культурного простору, а з іншого – прагнення до курсу на самодостатність і самозабезпечення через регіоналізацію і децентралізацію при тенденції, що зберігається, до єдності та цілісності історично сформованої держави. Як свідчить практика, ці тенденції можуть накладатися одна на одну, перетинатися; зазначений процес супроводжується різного роду протиріччями і конфліктами.

Центральним питанням вертикального поділу влади є також формування реального самоврядування на місцях, тобто передача компетенції, прав, майна та коштів для самостійного вирішення місцевих проблем. Незалежно від країни самоврядування обмежене 3–4 типами і 2–3 рівнями. За ними розподіляється компетенція, права, відповідальність. І завжди є рівень, що має найбільшу компетенцію – «провідний» рівень самоврядування. У кожному випадку, як вважають експерти Ради Європи, бажаність багаторівневого місцевого самоврядування беззаперечна. У рамках багаторівневої (дво-, трирівневої) системи організації місцевої влади необхідно чітко розмежувати повноваження між рівнями місцевої влади без подвійної спільної компетенції, щоб громадяни чітко знали, хто і за що відповідає [14, с. 87, 88].

Висновки

Викладене свідчить, що вертикальний і горизонтальний поділ влади сприяє рівномірному поділу обсягу влади по рівнях суспільної організації, який забезпечує нормальну роботу його ланок, сприяє вирішенню проблеми взаємоузгодження інтересів центра та місць. Крім того, поділ влади – це не просто непорушний конституційний принцип, що потребує поваги сам собою. Значення поділу влади також полягає в розподілі політичного впливу, збалансуванні гілок, рівнів влади. Саме таку думку підкреслюють теоретики. Вони нагадують про історичні корені цієї теорії, яка покликана була встановити систему противаг у вигляді монархічної виконавчої влади та демократичної законодавчої влади. У сучасних умовах, коли уряд і парламентська більшість практично ідентичні в політичному відношенні, такі противаги практично зникають і повинні бути компенсовані вертикальним поділом влади в умовах державного ладу. Іноді втрата системи противаг по горизонталі розглядається як наслідок сучасної партійної системи, як пробоїна в поділі влади, яку повинен закрити принцип вертикального поділу влади. З цієї точки зору принцип поділу влади повинен не стільки посилювати сам ефект такого поділу, скільки служити приборканню різних (політичних) владних сил в умовах демократії, що пов'язує всі гілки влади.

Отже, публічна влада має різні форми свого прояву (центральний і місцевий; державна влада та місцеве самоврядування), які доповнюють одна одну, утворюють у своїй взаємодії діалектичну єдність усієї системи влади в країні. Принцип поділу влади дає змогу певним чином будувати механізм демократичної держави, організовувати його функціонування. Цей принцип означає, що влада реалізується через державні органи (органи законодавчої, виконавчої, судової влади) й органи місцевого самоврядування. Між ними розподілені владні повноваження таким чином, що вони є самостійними при реалізації своєї компетенції в установлених Конституцією та законами України межах і взаємодіють між собою.

Література

1. *Мамычев А. Ю.* Идея власти в отечественном политико-правовом дискурсе // Философия права. – 2003. – № 2. – С. 42–49.

2. *Исаев И. А.* Метафизика Власти и Закона: у истоков политико-правового сознания. – М., 1998. – 256 с.

3. *Сапронов П. А.* Власть как метафизическая и историческая реальность. – СПб., 2001. – 816 с.

4. *История* Европы / Под ред. Е. С. Голубцовой. – М., 1988. – Т. 1. – 703 с.

5. *Васильев Л. С.* История Востока: В 2 т. – М., 1993. – Т. 1. – 495 с.

6. *Байтин М. И.* Государство и политическая власть. – Саратов, 1972. – 240 с.

7. *Рузавин Г. И.* Самоорганизация и организация в развитии общества // Вопросы философии. – 1998. – № 8. – С. 63–72.

8. *Чиркин В. Е.* Разделение властей: социальные и юридические аспекты // Советское государство и право. – 1990. – № 8. – С. 3–13.

9. *Цвик М. В.* Актуальные проблемы организации власти в Украине // Проблемы законности. – Х., 1995. – Вып. 30. – С. 22–30.

10. *Барнашев А. М.* Теория разделения властей: становление, развитие, применение. – Томск, 1988. – 102 с.

11. *Разделение* властей: история и современность / Под ред. М. Н. Марченко. – М., 1996. – 425 с.

12. *Батанов О. В.* Функції територіальних громад як специфічних суб'єктів конституційного права // Право України. – 1998. – № 8. – С. 21–24.

13. *Теория* государства и права / Под ред. В. Г. Афанасьева. – М., 1997. – 432 с.

14. *Разграничение* полномочий между различными уровнями публичной власти в Российской Федерации: обзор выступлений и материалов междунар. конф., СПб., 23–24 апреля 2002 г.) // Проблемы разграничения компетенции между уровнями публичной власти по вертикали. – М., 2003. – С. 63–96.

The article is devoted general theoretic research of the nature of local-authority, its places in the system of vertical division of power. The concept of organization of power opens up as a difficult system.

В статье исследуется природа местной власти, ее место в системе вертикального разделения власти, раскрывается понятие «организация власти» как сложная система.

НАУКОВИЙ ПЛЮРАЛІЗМ РОЗУМІННЯ ФЕНОМЕНА «ДЕРЖАВНА ВЛАДА»

Ольга Старицька,
асистентка кафедри цивільного права і процесу
Інституту повітряного і космічного права та масових комунікацій
Національного авіаційного університету

У статті розглядається поняття «влада», у тому числі «державна влада», аналізуються деякі ознаки державної влади, співвідношення державної влади та політичної влади в умовах сьогодення.

Ключові слова: влада, державна влада, політична влада, легалізація державної влади, легітимація державної влади.

Над проблемою влади людство розмірковувало протягом усього суспільно-історичного розвитку. Перебуваючи у центрі уваги, влада по-різному виявляла себе. Саме тому для одних влада означає реальну здатність одного з елементів існуючої системи реалізувати власні інтереси в її межах; інші вважають владою результати, продукт деякого цілеспрямованого впливу; взаємовідносини між людьми чи групами людей, сутність яких полягає у впливі та прагненні до досягнення рівноваги.

Актуальність обраної тематики полягає в тому, що в умовах сьогодення, коли відбуваються процеси закріплення нової державної влади, її демократизації, підтримки народом, необхідно детальніше та глибше з'ясувати базові методологічні орієнтири вивчення феномена «державна влада» на основі досягнень науки й існуючих доктрин влади.

Метою цієї статті є окреслення особливостей феномена «державна влада» шляхом розв'язання таких завдань: виокремлення основних наукових теорій розуміння сутності влади; визначення поняття «державна влада»; виокремлення основних ознак державної влади як виду соціальної влади; визначення співвідношення державної і політичної влади; формулювання пропозицій щодо вдосконалення теорії державної влади.

Наше дослідження здійснюється на основі наукових розвідок у цій сфері таких фахівців, як: С. Алексеєв, Г. Бєлов, Д. Керімов, Б. Кістяковський, В. Лазарєв, В. Ладиченко, А. Силін, О. Скакун, В. Халіпов та ін.

Кожна наукова теорія фіксує лише один із багатьох аспектів, що у ґенезі взаємодіють між собою. Саме тому вчені по-різному визначають не лише сутність влади, а й її виникнення. Так, у межах біологічного підходу влада є механізмом приборкування, стримування людської агресивності – інстинкту, притаманного людині як біолого-соціальній істоті. Власне агресія, зазначає А. Силін, розглядається як інстинкт боротьби, спрямований проти братів по виду, що існує як у тварин, так і людей. Для Ф. Ніцше влада – це воля і здатність до самоутвердження. На інстинктивну, психологічну природу прагнення до влади та покори вказують представники фрейдистської теорії. Вони знаходять їх джерела у структурі позасвідомого, що формується під впливом соціальних умов та інших факторів [1, с. 70]. На думку М. Вебера, влада – це можливість проводити власну волю навіть усупереч опору [2, с. 53].

В. Халіпов підтримує іншу наукову позицію, згідно з якою влада – це здатність, право та можливість розпоряджатися кимось, чимось; здійснювати вирішальний вплив на долі, поведінку та діяльність людей за допомогою різних засобів (права, авторитету, волі, примусу); політичне панування над людьми; система державних органів; особи, органи, наділені відповідними державними, адміністративними повноваженнями [3, с. 15–16].

У вітчизняній юридичній науці неодноразово робилися спроби сформулювати поняття та сутність влади, класифікувати існуючі точки зору. У тлумачному словнику юридичних термінів влада у загальному розумінні визначається як здатність і можливість вирішальним чином впливати на діяльність і поведінку людей за допомогою волі, авторитету, права, насильства [4, с. 54].

Компаративний аналіз вітчизняних і зарубіжних наукових поглядів на розуміння сутності та природи влади дозволяє дійти висновку, що західна наука накопичила більш змістовний арсенал знань про прагматичний бік цього феномена. Для вітчизняної науки, зазначає В. Ладиченко, що характерним є розуміння влади на основі більш загальних і абстрактних понять [1, с. 71].

У найширшому значенні влада – це завжди вольові відносини: індивіда до самого себе (влада над собою), між індивідами, групами, класами в суспільстві, між громадянином і державою, між посадовою особою та підлеглим, між державами. Реалізується вона у сфері особистої та суспільної діяльності – політичної, економічної, правової.

Основними компонентами влади є її суб'єкт, об'єкт, засоби (ресурси) і процес, що призводить до руху всі її елементи (механізм і засоби взаємодії суб'єкта й об'єкта).

© О. Старицька, 2010

Влада – завжди двостороння взаємодія суб'єкта й об'єкта. Влада ніколи не є відносинами лише однієї особи (або органу), якщо не мати на увазі владу людини над собою (але це вже психологічний, а не соціальний феномен). Влада означає відносини залежності між людьми: з одного боку, нав'язування волі когось іншого, з іншого – підкорення їй. Іншими словами, це владовідносини між суб'єктом і об'єктом.

Влада припускає верховенство, монопольне право суб'єкта приймати рішення (авторитетні рішення), обов'язкові та значущі для об'єкта, і спроможність забезпечувати виконання взятих зобов'язань, тобто контролювати об'єкт. Вона протистоїть анархії, перешкоджає руйнівним діям, небезпечним для всього соціального організму [5, с. 33].

Суспільство об'єктивно потребує влади. Будь-яке суспільство не може нормально існувати, якщо кожному надається право безперешкодно творити сваволю. Російський дослідник В. Соловйов зазначав, що влада неминуче стає наслідком саме соціальної природи людини. Однак, як тільки вияви влади набувають суспільного характеру, її основною метою стає створення та підтримка порядку, найважливішим засобом якого є влада. У зв'язку з цим людям зовсім не потрібно створювати владу. Їм досить її прийняти та підкоритися; тим самим встановлюється порядок. Пошук порядку, як правило, супроводжується пошуком влади. Так, влада вимагає підпорядкування, але люди, підпорядковуючись їй, не повинні жертвувати своєю свободою [6, с. 458].

Дослідження сутності влади порушує питання щодо ціннісної орієнтації влади. Нині гуманістичні цінності набувають для суспільства самоцінного значення, належать до вищих цілей життя, організують їх в ієрархію, вершиною якої є феномени, що відображені в категоріях прав людини: свободи, гідності, рівності, справедливості.

Ціннісні основи формулюють сутнісні орієнтаційні мотивації державної влади як одного із видів влади та визначають сенсожиттєві точки опори в різних сферах: політико-правовій, соціально-економічній, духовно-культурній.

Державна влада є публічним носієм забезпечення цілісності суспільства як необхідної умови для його існування. Саме цілісність характеризує все те стійке, стабільне, глибинне, що властиве владі як системі, зумовлює її єдність, динаміку, взаємоузгодженість складових [7, с. 352].

Державна влада – складне, багатопланове та суперечливе явище. Саме тому юридична наука ще не виробила єдиної точки зору на її поняття та принципи; не існує й цілісної загальновизнаної теорії державної влади.

Існувало багато державознавців і філософів, визначень державної влади. Проте всі вони по-різному визначають державну владу, але деякі спільні ознаки державної влади все ж присутні. Вони й відкривають зміст її феномена.

Державна влада – це здатність суб'єктів, що виступають від імені держави, впливати на поведінку людей та їх об'єднань за допомогою державного апарату. За своєю сутністю державна влада є знаряддям здійснення волі панівної частини суспільства в межах усієї країни та виявляється у вигляді системи публічно-політичних відносин владарювання і підпорядкування, які забезпечуються можливістю застосування примусу з боку державновладних структур [4, с. 74].

Державна влада як особливий різновид соціальної влади має ряд ознак.

Публічно-політичний характер державної влади визначається тим, що державна влада має «публічну» основу в суспільстві, оскільки є представником усього суспільства, виступає від імені всього суспільства, але вона не може бути зовсім самостійною: вона підпадає під вплив різних політичних партій, суспільних об'єднань, рухів, словом, різних «груп тиску» (їх у новітній літературі називають «заінтересованими групами»), які змушують її вживати певних заходів або відмовлятися від них [8, с. 8].

Державна влада – влада апаратна, оскільки здійснюється від імені держави спеціальними суб'єктами (органами держави та їх посадовими особами). Діяльність держави, її органів регулюється правом; офіційні дії державних органів здійснюються на основі юридичних норм і в цьому випадку вони законні, легальні. У протилежному випадку вони протиправні.

Державна влада має потребу в легалізації, узаконюванні. Не тільки у звичайних ситуаціях, а й після військових переворотів, революційних подій знову створені вищі органи держави приймають різні правові акти (конституції, а частіше декрети, як це було в Росії у 1917 р., прокламації, тимчасові конституції), покликані стати юридичною основою державної влади. Легалізація (від кореня латинських слів «закон», «законний») державної влади – це визнання правомірності її виникнення (установлення), організації та діяльності [9, с. 9]. Дослідження легалізації пов'язані в основному з аналізом юридичних документів, з їх здійсненням на практиці. Основний критерій у цьому випадку – відповідність текстів, практики їх тлумачення та застосування загальнолюдським цінностям (демократія, права людини, соціальна справедливість тощо). Особливо важливе значення для легалізації державної влади має конституція держави, її зміст, порядок її розроблення та прийняття, відповідність законодавства країни міжнародним актам, принципам міжнародного права.

Необхідність легітимації державної влади. Легітимація державної влади – це процеси, за допомогою яких вона набуває легітимності, що виражає правильність, виправданість, справедливість, законність та інші сторони відповідності характеру влади, її діяльності певним, насамперед психічним, установкам, експектаціям (очікуванням) особистості, колективу, соціальної й іншої групи, народу. Цей стан влади пов'язаний із матеріальними, соціальними, політичними, духовними умовами громадського життя, з індивідуальною та суспільною психологією. Суть легітимації – втілення ідей «суспільного договору» про державотворення для

загального добра, висловлених французькими просвітителями напередодні революції 1789 р. Влада справедлива, якщо вона не порушує «договірних принципів» громадянського суспільства та держави. На сучасному етапі деякі елементи відносин фіксуються й на папері, навіть у спеціальних пактах, що підписуються між державами, політичними партіями, громадськими організаціями, а іноді й релігійними конфесіями [8, с. 9].

Легітимність у сучасному суспільстві залежить, насамперед, від розумних суджень людей, оцінки розумом, але вона може визначатися й ірраціональними моментами: традиціями, почуттями, різними способами впливу на людей, масовою психологією населення тощо. У сучасних умовах раціональні судження людей відіграють основну роль у легітимації державної влади. Основне полягає в діючій політиці державної влади, у тому, як вона вирішує принципові питання суспільного ладу, життєві питання, що зачіпають інтереси широкого кола населення. В. Чіркін зазначає, що діяльність державної влади в ім'я демократії, прав людини, соціальної справедливості, суспільного прогресу, матеріального та духовного розвитку країни, її справжня роль у міжнародних справах (відповідно до традицій, реальних можливостей), проведення політики миру і дружби народів тощо – це ті основні умови, які забезпечують легітимацію державної влади всередині країни та в очах світового співтовариства [9, с. 111].

Верховенство державної влади як юридичного уособлення загальнообов'язкової волі всього суспільства, що має у своєму розпорядженні монопольне право видавати закони та спиратися на апарат примусу як на один із засобів дотримання законів, інших правових актів, оскільки держава за своєю природою є організацією всього суспільства. Тільки окремі державні органи мають право застосовувати насильство, забезпечувати обов'язковість прийнятих рішень. Державна влада поширюється на всіх громадян, які проживають на її території, незалежно від віросповідання, політичних позицій, соціального стану. Ф. Хайєк зазначав, що в суспільстві вільних людей верховна влада в нормальних умовах взагалі не повинна мати жодної позитивно-наказової функції; її функцією може бути тільки заборона; влада повинна забороняти, спираючись на існуюче правило, так, щоб її верховенство обумовлювалося її вірністю встановленим загальним принципам [10, с. 193].

Державна влада – влада універсальна. Вона поширює владні рішення на все суспільство; вони є загальнообов'язковими для всіх колективних та індивідуальних суб'єктів. Державна влада не повинна використовувати примус для досягнення своїх цілей; для цього можуть бути використані ідеологічні, економічні й інші методи впливу. Разом із тим саме державна влада має монополію на те, щоб примусити членів суспільства виконувати свої наміри [11, с. 143].

Державна влада – це суверенна влада, яка відділена від інших видів влади всередині країни: від партійної, церковної тощо, від влади інших держав. Вона незалежна від них і має виключне монопольне становище у сфері державних справ. Ефективною державна влада є тоді, коли одні її органи спроможні впливати на інші, нижчі структури підпорядковуватися вищим. Забезпечується це дією принципів суверенітету й єдності держави, оптимальними моделями взаємодії із соціальним середовищем. Суверенітет державної влади нині виявляється в сильній державній владі, що діє винятково в межах права, не суперечить політичному плюралізму, не створює перешкод практиці прав і свобод особистості. За таких умов організація державної влади повинна враховувати не тільки вертикально чи горизонтально поділену систему органів, а й взаємовідносини влади й особи, рівень інтелектуальних, загальнокультурних і моральних якостей особистості [1, с. 88].

З урахуванням того, що державна влада за своєю сутністю є знаряддям здійснення волі панівної частини суспільства в межах усієї країни і виявляється у вигляді системи публічно-політичних відносин владарювання та підпорядкування, що забезпечуються можливістю застосування примусу з боку державовладних структур, поняття «державна влада» можна сформулювати як *здатність певних владних суб'єктів, що виступають від імені держави, впливати на об'єкт, тобто поведінку людей та їх об'єднань за допомогою державного апарату*.

Державна влада нерозривно пов'язана із владою політичною. Щоб домінуюча соціальна спільнота могла повною мірою реалізувати політичну владу, свою волю, вона повинна мати важелі державної влади. Проте першу слід відрізняти від другої. Будь-яка державна влада має політичний характер, але не завжди політична влада є державною [9, с. 39].

Політична та державна влада мають різні механізми реалізації. Політична влада здійснюється за допомогою діяльності її політичних партій, масових виступів, тиску через пресу, формування певної суспільної думки, із якою змушена рахуватися державна влада, впливу на державний апарат шляхом керівництва певними ланками цього апарату (наприклад, представники різних фракцій керують постійними комісіями парламенту, а пости міністрів у коаліційному уряді можуть належати різним партіям), хоча самі чиновники користуються незмінюваністю й не підлягають заміні при зміні політичних партій у влади. Навпаки, державна влада централізована, формалізована. Вона реалізується за допомогою діяльності спеціалізованого державного механізму (парламент, уряд, суди тощо), що забезпечує діяльність трьох гілок влади: законодавчої, виконавчої та судової.

Політична влада безпосередньо не має у своєму розпорядженні засобів примусу по відношенню до всього суспільства, хоч у відомі періоди здійснює це (наприклад, ради в умовах двовладдя в Росії: повстанці у звільнених районах мали свої збройні сили, а в Китаї – армію; ці загони здійснювали не тільки примус, а й іноді пряме насильство). Але юридичним інститутом

легалізованого примусу щодо всього суспільства є тільки держава. Лише державна влада може використати такий примус, що не тільки легально, а й у більшості випадків і легітимно [9, с. 42].

На нашу думку, *державна влада – це основна форма політичної влади, основний спосіб реалізації останньої.*

Політичну та державну владу слід розрізняти, але не протиставляти. У звичайних умовах їх соціальний характер однаковий. *Політична влада* – це влада соціальної спільності, що визначає в остаточному підсумку, у протиборстві з іншими силами напрям розвитку країни; *державна влада* – це політичний характер влади особливої організації – держави, її органів, посадових осіб, що реалізують в остаточному підсумку волю тієї політичної спільноти, що належить політичній владі. На відміну від політичної, державна влада здійснюється в особливих процедурних формах, властивими державі засобами та методами. Від імені держави її здійснюють, насамперед, органи та посадові особи, вповноважені на те конституцією [9, с. 43].

Слід також зазначити, що державна влада – не тільки соціальне явище, а й міцний конституційно-правовий інститут, якому притаманне внутрішнє узгодження правових норм, що регулюють одноманітні суспільні відносини у рамках певної галузі права.

В сучасних соціально-політичних умовах відбувається суттєва зміна системи ціннісної орієнтації влади. На сьогодні необхідна нова організація державної влади, яка б базувалася на пріоритетах постійного, впорядкованого людського розвитку для забезпечення рівності всіх громадян у правовому, соціально-справедливому, гарантованому, захищеному та матеріально забезпеченому соціально-історичному просторі. Тому існує необхідність у проведенні дослідження влади як цілісної системи за якісними показниками її організації, у глибокому її аналізі та, можливо, збалансуванні пріоритетів державної влади. Ми не можемо не погодитися із думкою Б. Кістяковського, який зазначав, що не можна вивчати державну владу ізольовано від влади взагалі, а її юридичний аспект – від інших аспектів. Для держави мають значення всі аспекти влади та всі її складові, тому дослідження має бути спрямоване на проблему влади в цілому. Коли ми замислюємося над цією проблемою, нас, насамперед, вражає надзвичайна складність, різноманіття та багатосторонність тих явищ, які ми називаємо владою. В цих явищах переплітаються постійні та стихійні елементи людської психіки, настрої, що зумовлюються соціальним та історико-політичним розвитком і, нарешті, те, що виявляється в правовій діяльності держави. Якщо ми не будемо прагнути чітко розрізняти та розмежовувати всі ці елементи, ми ніколи не зрозуміємо в чому полягає влада [12, с. 467]. Незважаючи на те, що наведена думка була висловлена ще у 1916 р., вона не лише не втратила свого значення, а, навпаки, набула особливої актуальності. Це пояснюється тим, що в сучасній Україні, враховуючи економічні та соціально-політичні перетворення, що відбуваються, різко зріс інтерес до питань державної влади. У зв'язку з цим, виникла потреба в їх ґрунтовних дослідженнях. Юридична наука, на жаль, виявилася не готовою запропонувати практиці фундаментальну теорію державної влади. Разом із тим потребує систематизації нагромаджений юриспруденцією значний матеріал.

Проведений аналіз дає підстави зробити такі **висновки:**

дослідження державної влади потребує застосування різних прийомів і способів пізнання цього феномена;

неможливо лише юридичним шляхом вирішення питання про природу влади, у тому числі державної;

необхідним є використання не тільки різних методів дослідження державної влади, а й застосування досягнень різних наук у цій сфері.

Література

1. *Ладиченко В. В.* Гуманістичні основи організації державної влади. – К., 2007. – 407 с.

2. *Weber M.* Economy and Society. – N. Y., 1968. – Vol. 1.

3. *Халипов В. Ф.* Основы кратологии. – М., 1995. – 390 с.

4. *Юридичні* терміни. – К., 2004. – 320 с.

5. *Скакун О. Ф.* Теорія держави і права. – Х., 2001. – 656 с.

6. *Соловьев В. С.* Сочинения: В 2 т. – М., 1990. – Т. 1. – 656 с.

7. *Лазарев В. В.* Общая теория права и государства. – М., 1997. – 542 с.

8. *Чиркин В. Е.* Государствоведение. – М., 1999. – 400 с.

9. *Чиркин В. Е.* Основы государственной власти. – М., 1996. – 112 с.

10. *Хайек Ф. А.* Общество свободных. – М., 1990. – 412 с.

11. *Белов Г. А.* Инстуционная система политической власти // Кентавр. – 1995. – № 4.

12. *Кистяковский Б. А.* Социальные науки и право: очерки по методологии социальных наук и общей теории права: [монографія] / Б. А. Кистяковский. – М., 1916. – 586 с.

In this article an author describes a definition of the power, also a state power. An author takes into account some features of state power, correlation of state power and political power of nowadays.

В статье рассматривается понятие «власть», в том числе «государственная власть», анализируются некоторые качества государственной власти, соотношение государственной власти и политической власти в современных условиях.

СУДОУСТРІЙ І СУДОЧИНСТВО ЗА СУДЕБНИКАМИ 1497 та 1550 рр.

Олена Козинець,
канд. істор. наук,
м. Чернігів

У статті досліджуються основні ознаки судоустрою та судочинства у Московській державі за Судебниками 1497 та 1550 рр.

Ключові слова: суд, процес, Судебник, Великий князь, цар.

Московська держава, яка в основному сформувалася наприкінці XV ст., все частіше стала називатися Росією. Істотні зміни, які відбулися в державному ладі та були безпосередньо пов'язані з централізацією влади Великого князя (царя), зумовили зміни і в правовій системі. Перш за все, це пов'язано з тим, що в праві поступово стиралися відмінності між окремими землями та князівствами, сформувалась єдина система права. Крім того, становлення централізованої Російської держави супроводжувалося поступовим збільшенням ролі законодавчих повноважень Великого князя (царя). Для створення єдиної системи права необхідно було провести систематизацію діючих норм. Насамперед, ішлося не про організацію правового матеріалу за галузями й інститутами, а про зведення норм, що знаходилися в різних законодавчих актах Московської держави та колишніх самостійних князівств у єдину спільноруську збірку. Так на Русі були створені Судебники 1497 і 1550 рр. – кодекси переважно процесуального права, які стали найважливішими та найповнішими пам'ятками права даного періоду.

Характеристиці й аналізу Судебників присвячено небагато спеціальних робіт, проте, починаючи з XIX ст., учені досліджували різні аспекти цих джерел права. Це, зокрема, такі видатні вчені, як В. Ключевський, М. Владимирський-Буданов, Л. Черепнін, О. Зимін, С. Юшков, С. Штамм, Ю. Алексеєв. Проте вони в переважній більшості розглядали Судебники в контексті характеристики історії становлення Московської та централізованої Російської держави.

Метою цієї статті є дослідження судового устрою та судочинства Московської держави за Судебниками 1497 і 1550 рр.

До створення Судебника 1497 р. ніяких відомостей про загальну систематизацію російського феодального права у XV ст. немає. З другої половини XV ст. Великий князь, Боярська дума й інші державні органи докладали значних зусиль до створення нових правил регулювання суспільних відносин. Продуктом такої діяльності були різні грамоти – даровані, статутні, указні, а також духовні грамоти Великого князя. Судебник 1497 р. узагальнив цю діяльність і став першим загальним кодексом права Московської держави. Крім законодавчої діяльності та судової практики XV ст., при складанні Судебника 1497 р. використовувалися деякі норми Руської правди, судної грамоти Пскова. Багато статей Судебника (близько половини) були новими, створеними у процесі його підготовки [1, с. 49]. Судебник хоч і не давав повного уявлення про всі діючі тоді інститути права, проте регулював широкий круг відносин, зокрема судовий устрій і правила судочинства.

Подальший розвиток феодальних відносин закріплювався в актах, виданих після Судебника 1497 р. У 1549–1550 рр. знову була проведена велика робота із кодифікації; у червні 1550 р. був затверджений новий Судебник, в основу якого покладений Судебник 1497 р. Близько третини його статей були новими, коло регульованих відносин у Судебнику 1550 р. було ширшим, ніж у Судебнику 1497 р.

Судебник 1497 р. зберігся лише в одному рукописі [2, с. 382], що включає 68 статей. Він був прийнятий великим князем Московським Іваном III, тому його зазвичай називають великокнязівським, на відміну від Судебника 1550 р., який був прийнятий онуком Івана III царем Іваном IV Грозним і його називають царським.

Судебник 1550 р. зберігся більш як у 40 списках [2, с. 384]. Він включає 100 статей, які згруповані за змістом, що свідчить про високий рівень розвитку тогочасної техніки кодифікування.

В епоху становлення централізованої Російської держави суди не були відокремлені від адміністрації, хоча царська влада докладала зусиль до обмеження самовладності намісників і волостителів у їх судових повноваженнях. За Судебниками 1497 і 1550 рр. суди були поділені *на центральні* та *місцеві.*

До центральних судів відносилися: суд великокнязівський (царський), суд Боярської думи, накази. Так, суд Великого князя (царя) або боярина очолював судову систему і був вищою інстанцією (ст. 21). Його очолю-

© О. Козинець, 2010

вав або сам Великий князь (пізніше цар), або боярин, якого він призначав. Окрім голови, до складу суддів входили члени Думи (бояри й окольничі), представники бюрократії – скарбник, дворецький, дяки, а також виборні представники від земщини. З XVI ст. із складу Боярської думи для вирішення судових справ виділився «путь» у складі боярина та дяка, який судив за відсутності царя, але від його імені.

Компетенція царського та боярського суду в першій інстанції включала розгляд чолобитних, поданих безпосередньо на ім'я царя, суд із особливо важливих справ і суд над дітьми боярськими й іншими служивими (з 1555–1556 рр. – по всіх справах). На суд царя для затвердження або відміни ухваленого рішення незалежно від бажання сторін по доповіді передавали справи з нижчестоящих судів; рішення царя записувалося в доповідному списку.

Крім того, суд Боярської думи служив апеляційною інстанцією на рішення намісницького суду. Повторний розгляд справи називався пересуд. Як правило, днями засідань по пересудах були понеділок, середа, п'ятниця. Пересуд наступав за скаргою однієї із сторін, якщо вона ставила під сумнів судний список (протокол судового засідання), а також при вирішенні справи полем (судовий поєдинок). У разі пересуду судний список, правильність якого оспорювалася, звірявся з копією, що зберігалась у суддів. Якщо під час доповіді справи члени намісницького суду та сторони визнавали справедливість судного списку, справа закривалася. Спочатку пересуд не призначався у справах менше рубля, по позовах про холопів і землю.

У Судебнику 1497 р. згадуються судові повноваження нових центральних державних установ – приказів. Після видання царського Судебника саме суд приказу стає основною ланкою судової системи на центральному рівні. Справи в приказах розбиралися всім складом приказних людей, аж до дяка. Ухвалу виносили одноголосно, у протилежному випадку доповідали царю.

Разом із приказами, що здійснювали судові функції в межах повноважень свого відомства, у XVI ст. виділилися власне судові накази. До них належали Розбійний приказ (суд по татебних (крадіжка) і розбійних справах на місці злочину), Земський двір (ті ж справи на території Москви).

Як і раніше, у церковних справах діяв властительський суд, якому було підлегле все духівництво і підвладне церкві населення. Суд відбувався за канонічним правом і ґрунтувався на таких джерелах, як Кормча книга (збірка візантійського канонічного права) і Стоглав 1551 р. (прийнятий церковним собором).

До місцевих судів відносився суд намісника або волостеля, який діяв на рівні повіту (відповідно в місті або волості). Суд включав намісника або волостеля, тіуна, дяка і виборних від населення старости, дворового та цілувальників (аналог присяжних засідателів). Щоб захистити населення від свавілля, судний список посвідчувався цілувальниками, його завірена копія передавалася на зберігання місцевим «кращим людям».

Підсудність намісницького суду охоплювала всі цивільні та кримінальні справи місцевого населення, у тому числі служивих людей. Стосовно останніх намісник або волостель міг розглядати тільки серйозні кримінальні злочини – вбивство, розбій, крадіжка на місці злочину. Після ліквідації у 1555–1556 рр. намісницького управління ці справи також відійшли до компетенції царського суду. Суду намісника були непідсудні іногородці – жителі інших міст (на відміну від чужоземців, тобто іноземців). Намісники видавали повні та доповідні грамоти, за якими особа з власної волі віддавала себе в холопи. Рішення намісницького суду повинні були затверджуватися «по доповіді» царським судом. У даному випадку вищестояща інстанція дозволяла суддівські сумніви, не переглядаючи справу по суті. Останнє траплялося тільки після скарги однієї із сторін. Усі вироки по тяжких кримінальних злочинах теж повинні були «по доповіді» затверджуватися царем. Таким чином, спостерігалася тенденція до зосередження всіх подібних справ в єдиному центральному органі.

Як правило, на великій території повіту адміністративно-судові питання розв'язувалися представниками намісників – тіунами. Судебник 1550 р. точно визначав межі їх повноважень. Намісники та волостелі несли солідарну відповідальність за дії своїх людей – тіунів, праветчиків, доводчиків, тобто сповна відповідали за тими вимогами, які до них пред'являлись. Таким чином, обмежувалося свавілля представників місцевої влади. Взагалі, протягом другої половини XI – першої половини XVI ст. суди поступово втрачали значення кормління (спосіб утримування посадових осіб за рахунок місцевого населення на Русі до середини XVI ст.). Так, з майна страченого, окрім мит, заборонялося будь-що вилучати на користь боярина, дяка, недільника.

Судебник 1497 р. також згадував сумісний суд, коли справа розглядалася двома суддями, представленими сторонами. У царському Судебнику цей вид суду фактично відмінявся, оскільки справу розглядав тільки один суддя. Справжній сумісний суд з того часу був можливий тільки між духовними та світськими особами, що проживали в одній області.

Вотчинна судова система не знайшла прямого віддзеркалення в Судебниках. Вотчинник-землевласник мав права суду над населенням його землі. Виділяють декілька різновидів вотчинних судів: палацові (для суду над палацовими селянами), монастирські

(суд над монастирськими селянами), власницькі (суд над приватновласницькими селянами).

Продовжувала діяти церковна судова система (у справах віри та шлюбно-сімейних відносин, а також для суду над духівництвом).

Апарат суду згідно із Судебниками включав, окрім суддів, багато посадовців. Перш за все, це пристав (недільник, доводчик), відповідальний за доставку в суд сторін, організацію судового поєдинку, виконання судового рішення. Назва «недільник» зумовлена терміном повноважень, що тривав один тиждень, після якого ці особи повинні були змінюватися. До апарату недільника входили їздці та змовники. *Їздці* наймалися для виклику в суд відповідачів і свідків з інших міст. *Змовники* (що вступили з недільником у «змову», тобто уклали договір) складали товариство, що допомагало недільнику в його роботі та відповідало за неї за принципом кругової поруки. Їх наявність була обов'язкова.

Пристав або недільник одержував від суду приставні грамоти для проведення обшуку, узяття відповідача на поруки при виклику його до суду або виконання вироку. Недільник не повинен був затягувати передачу справи до суду. Якщо все ж тяганина при видачі безсудних грамот або перенесенні терміну явки до суду траплялася, компенсацію за неї виплачувала винна сторона, а недільник відповідальності не ніс.

При відстані до 100 верст відповідачу для явки до суду давалося 7 днів. Відповідач після прочитання приставної грамоти повинен був дати недільнику доручний запис, що він з'явиться на суд у встановлений термін. Якщо ж він не міг дати доручного запису, то недільник заарештовував його і тримав у себе до судового засідання. У випадку неявки на 8-й день дяк видавав позивачу безсудну грамоту, тобто рішення на його користь. Дозволялося переносити термін явки в суд; таке відстрочення записувалося в срочній грамоті, за видачу якої відповідач платив дяку особливе мито. Людям служивим дозволялося переносити терміни явки до суду безмитно.

Відповідно до Судебників 1497 і 1550 рр. була встановлена регламентація судових мит, що надавало стрункості централізованій системі судових органів. Зокрема, встановлювалися такі види судових мит: судні (від суми позову), польові (при судовому поєдинку), мита від грамот (за складання різних грамот), правий десяток (при пересуді). Вперше у загальнодержавному масштабі суд проголошувався неупередженим, заборонялася дача хабара («посула») (статті 1, 38, 67). Раніше «посул» – це, найімовірніше, платня судді за старання, увагу до обставин справи. Тільки Судебник 1550 р. встановив покарання за це. Судебник 1497 р. чітко визначив для всієї держави розміри мит за відправлення суду. Мито складало десяту частину від суми позову: боярину йшло – 6 %, дяку – 4 %. У такий спосіб суд ставав доступнішим, це сприяло зосередженню всіх судових справ у руках державних органів [3, с. 376].

До судових документів відносилися різні грамоти та списки, а саме: приставні грамоти (для виклику відповідача в суд); термінові грамоти (прості термінові призначали перший термін для явки в суд, відписані термінові давали відстрочення); безсудні грамоти (видавались одній із сторін у разі неявки другої сторони до суду на 8-й день явочного терміну); судні списки (протоколи судового засідання); праві грамоти (запис протоколу засідання й ухваленого рішення або вироку суду); доповідні списки (текст правої грамоти, який направлявся в царський суд «для доповіді»); холопські грамоти (доповідні – про віддачу в холопи-тіуни, відпускні – про відпуск на волю, праві – по справі між холопом і паном).

Спочатку судний список (протокол судового засідання) писався дяком на чернетці; при переписуванні його начисто присутність заінтересованих сторін заборонялася, навіть у випадку необхідності уточнення в однієї із сторін свідчень для внесення їх у список. Остаточний текст судного списку зачитувався тільки судді. У разі припинення справи до надання додаткових доказів дяки записували свідчення позивача та відповідача і зберігали ці списки у себе (ст. 28).

Як і судовий устрій, судовий процес за Судебниками зазнав істотних змін у період становлення Російської централізованої держави. Так, у період видання Судебників все більшого поширення набуває розшукова форма судового процесу, хоча навіть у кримінальних справах продовжує використовуватися змагальна. В останньому випадку справа порушувалася за заявою позивача, потерпілої сторони. У кримінальних справах позов подавався за місцем проживання або місцем скоєння злочину. Якщо позов пред'являвся по двох пунктах, наприклад, по бою та грабежу, і якщо відповідач визнавав вину тільки по одному з них, то згідно з царським Судебником він ніс відповідальність тільки за ним. За іншим пунктом повинно було проводитися слідство.

Можливість задоволення позову пов'язувалася відповідно до Судебника 1550 р. із наявністю у позивача майна, не меншого за вартістю, ніж сума позову. Якщо у процесі розгляду з'ясовувалося, що в нього немає майна на цю суму, він програвав справу і міг бути звинувачений в ябедництві. Майно та доходи місцевих жителів щорічно заносилися в розмітні книги, одна копія яких передавалася до центральних державних органів до Москви.

Судебники передбачали можливість примирення сторін (у справах про позику, бій, образу) до судового розгляду, але після подачі скарги судді. У цьому випадку сторони звільнялися від сплати судових мит.

У Судебнику 1550 р. вперше вводилося поняття «солідарна» та «пайова» відповідальність (ст. 20). У випадку, якщо з 10–15 вказаних у позовній заяві відповідачів на суд з'являлося лише 3–4, вони відповідали тільки за себе в своїй частці позову (пайова відповідальність) або за тих, що не з'явилися, за кого вони самі хочуть (солідарна відповідальність). За рештою відповідачів посилали пристава із срочною грамотою, що викликала їх на суд повторно. Грамота могла бути вручена одному із співвідповідачів, якого зобов'язували повідомити про неї іншим. Якщо вони не прибули до суду, то позивач одержував на них безсудну грамоту та міг зловити відповідачів і доставити до суду сам.

Згідно із Судебниками система доказів у цілому залишалася колишньою. Так, широко використовувалися письмові свідчення. У суперечці двох власників одного і того ж холопа або ділянки землі пріоритет мав той, хто має старішу грамоту на володіння. Новий власник холопа втрачав усі права на нього і повинен був компенсувати старому власнику збиток, заподіяний утечею холопа.

Крім письмових свідоцтв (у разі земельних суперечок тощо), важливе значення в судовому процесі надавалося свідченням послухів, що виставляються від позивачів і розглядаються як очевидці факту. Якщо виставлений позивачем послух показував не в інтересах позивача, не підтверджував факти, що наводяться позивачем, останній позбавлявся права на задоволення позову. Якщо свідчення декількох послухів розходилися, між ними могло проводитися поле (судовий поєдинок). У разі перемоги послухів, що дали свідчення згідно з позивачем, позов останнього задовольнявся. У разі перемоги послухів, що давали свідчення, що розходяться із словами позивача, позов припинявся, а позивач і згодні з ним послухи виплачували судові мита. Нарешті, якщо послух до суду не з'явився, він виплачував суму позову та судові мита незалежно від того, міг він дати свідчення по справі чи ні.

Хресне цілування як вид доказу за Судебниками допускалося тільки у разі суперечки між росіянами та чужоземцями; при цьому відповідач визначав, чи самому цілувати хрест чи надати це право позивачу. Між росіянами хресне цілування було можливим тільки тоді, коли не було інших судових доказів або коли позивач або відповідач відкидали свідчення свідків іншої сторони.

Поле як засіб вирішення справи у XV–XVI ст. використовувалося досить часто, хоча влада докладала зусилля щодо його обмеження. Одним із ініціаторів цього була церква. Так, на початку XV ст. митрополит Фотій заборонив священикам причащати тих, що йдуть на поле, і ховати загиблих там. У 1556 р. Іван IV заборонив використовувати поле при розбіжності свідчень послухів. У цьому випадку судовий поєдинок замінювався принесенням присяги. При суперечках між росіянами й іноземцями поле застосовуватися не могло, оскільки в Західній Європі цей метод судового розгляду не використовувався. Тому вирішення подібних суперечок розв'язувалося принесенням присяги по жеребу: якщо присягне позивач, то він візьме суму позову, а якщо відповідач, то він цілуванням хреста відведе від себе звинувачення.

Полем вирішувалися звинувачення в найтяжчих злочинах: підпал, убивство, розбій, крадіжка. Існувало правило рівності положення сторін на полі (ст. 14). Неявка однієї із сторін або втеча з поля вели до програшу справи. Якщо переможеним у полі опинявся відповідач, він виплачував суму позову та «ставився перед государем». На суді йому потрібно було представити поручителів, що свідчили б на його користь. Якщо їх не було, він підлягав тюремному ув'язненню. Якщо на полі програвав позивач, то він виплачував судові мита, а справа припинялася. Найманий боєць на полі надавався тоді, коли однією із сторін був старий, дитина, жінка, священик або чернець.

Висновки

Судебники 1497 та 1550 рр. систематизували правові норми, сприяли уніфікації права на всій території держави. Основним змістом обох Судебників було пристосування права до нових історичних умов, централізація суду, встановлення порядку судового процесу. Також були запроваджені чітко визначені судові мита, які усували різноманітні зловживання під час розгляду справ. Крім того, Судебники закріпили нарівні з існуючою формою судового процесу (змагальною) нову (розшукову), яка в подальшому стане основною.

Література

1. *Развитие* русского права в XV – в первой половине XVII в. – М., 1986. – 465 с.

2. *Насонов А. Н.* История русского летописания XI – начала XVIII века. – М., 1969. – 556 с.

3. *Памятники* русского права. – М., 1955. – Вып. 3. – 527 с.

The features of the judicial system and legal procedure in the Moscow State by the Codes of Law 1497 and 1550 are researched in the article.

В статье исследуются основные черты судебного устройства и судебного процесса в Московском государстве по Судебникам 1497 и 1550 гг.

ПРОБЛЕМА ТА НАПРЯМИ ДОСЛІДЖЕНЬ ВИНИКНЕННЯ ДЕРЖАВИ У СХІДНИХ СЛОВ'ЯН

Володимир Котенко,
канд. юрид. наук, доцент,
завідуючий кафедрою галузевих юридичних дисциплін
Азовського регіонального інституту управління ЗНТУ

У статті досліджуються суперечності наукових концепцій, виникнення східнослов'янської держави, початкові етапи становлення держави у східних слов'ян.

Ключові слова: державотворчі процеси, держава, соціально-політичний розвиток слов'янського суспільства, соціально-економічний розвиток.

Вибір проблеми дослідження зумовлений тим значенням, яке займає держава у соціально-політичному розвитку кожного народу, зокрема слов'ян. Адже історія слов'ян тісно пов'язана з Європою й є однією з реалій сьогодення у свідомості всіх слов'янських народів. Інтерес до цієї проблематики пояснюється не тільки теоретичним значенням, а й її актуальністю. Вона має практичне значення для сучасного життя деяких народів Африки, у яких ще достатньо виразно виявляються ті чи інші форми родоплемінних інститутів. Зрозуміло, що для подальшого соціально-економічного розвитку таких країн важливо розуміння сутності їх історичної спадщини. Певним чином це стосується й подальшого розвитку української державності. Ось чому можливість проникнення у найдавніші часи започаткування держави східного слов'янства продовжує цікавити вітчизняну історичну й історико-правову науку.

Метою цієї статті є комплексний аналіз факторів, зумовлених проблемою дослідження державотворчих процесів у східних слов'ян, окреслення основних перспективних напрямів її вирішення.

Історіографія східнослов'янської державності налічує велику кількість історичних праць, але й донині не має узагальненого історико-правового дослідження, присвяченого даній проблемі у широкому часовому діапазоні. Майже кожне фундаментальне положення, яке стосується цієї проблеми, неодмінно породжувало широкі наукові дискусії, багато з яких продовжують залишатися актуальними.

З кінця XIX ст. до кінця 90-х років XX ст. наукова думка приділяла багато уваги пошуку шляхів розв'язання проблеми, що розглядається [1]. З розпадом СРСР наукові дослідження східнослов'янської державності поступово втрачали пріоритетний напрям. Разом із тим розбудова незалежної української держави невід'ємно пов'язана з висвітленням основних етапів, загальних і специфічних особливостей започаткування східнослов'янської державності.

Намагання встановити якомога об'єктивнішу картину соціально-політичного розвитку східнослов'янського суспільства потребує розгляду проблеми становлення державності в контексті та перспективі розвитку всесвітнього історичного процесу. Зрозуміло, що зазначена проблема не може обґрунтовуватися бодай якимось одним, навіть вирішальним, фактором: економічним чинником чи діяльністю певних героїчних постатей минулого або цілих народів (аріїв, скандинавів, тюрків, хозарів та ін.). Нарешті, безглуздо доводити спроможність слов'янських народів до побудови своєї держави. Адже це об'єктивний історичний процес, який рано чи пізно проходять більшість народів. При цьому не можна не погодитися з думкою О. Пріцака щодо ролі селянських громад Східної Європи VIII–X ст., які не спроможні були створити державу, оскільки мали свої історично окреслені пріоритетні напрями діяльності, пов'язані з циклічними сільськогосподарськими роботами. Така місія державного будівництва, за його думку, була під силу лише специфічному прошарку людей, віддалених від щоденної селянської праці – воїнам і купцям, які утворили своєрідну спілку [1, с. 31]. Зрозуміло, що більшість сучасних дослідників східнослов'янської історії звертаються до комплексного вивчення джерел, враховуючи економічні, соціологічні та релігійні фактори. Але не може сприяти з'ясуванню істини як

© В. Котенко, 2010

приниження соціально-економічного розвитку, так і намагання деяких дослідників переоцінювати ступінь суспільного розвитку східних слов'ян у І тисячолітті нашої ери.

Існуюча суперечливість наукових концепцій щодо означеної проблеми зумовлена, як на нашу думку, певними чинниками.

По-перше, це ідеологічні фактори, що впродовж десятиліть впливали на плідність наукових думок. Над деякими розробками, присвяченими проблемі, що розглядається, продовжують тяжіти упереджені марксистські схеми історичного розвитку народів, які носять штучний універсальний характер: розклад первісного ладу, рабовласницький устрій, феодалізм. Наукові пошуки історичних витоків Київської Русі як колиски трьох слов'янських народів вимагають нових концептуальних підходів до її вирішення. Протягом тривалого часу вітчизняна історична наука з політичних та ідеологічних міркувань знаходилася у самоізоляції, що не могло не позначитися на якості державотворчих досліджень. З часу утворення української держави відкрилася унікальна можливість широкого доступу до уважного вивчення досягнень закордонної історіографії. Показовим у цьому плані є історичні напрацювання польських, чеських, словацьких, болгарських та інших дослідників історії східних слов'ян ближнього та дальнього зарубіжжя. Все це, врешті-решт, має надати новий імпульс історичним розробкам, допомогти здолати самоізоляцію та прискорити інтегрування до світової історичної науки.

По-друге, зазначену проблему можна пояснити відсутністю чітких історичних пам'яток, присвячених суспільному устрою східних слов'ян. При цьому значно ускладнюється державно-правове дослідження започаткування перших державних утворень у східних слов'ян І тисячоліття нашої ери, оскільки численні письмові джерела вирізняються мозаїчністю, фрагментарністю, не чіткими сюжетами. Історична наука, здебільшого, базується на письмових джерелах, але ці пам'ятки складалися людьми свого часу та своїх інтересів. Протягом століть автори переписували старі пам'ятки, доповнюючи їх новими даними, змінюючи поступово їх зміст. Давньогрецькі та римські джерела трактують слов'ян здебільшого з точки зору своїх державницьких і військових інтересів, плутаючи їх із скифами чи гунами. При цьому давні хронографи або простодушно описували слов'ян, які мирно грають на лірах і не знають ані зброї, ані війн (Феофілакт Симокатта), або представляли їх дикунами, які знищують немовлят і жінок (Псевдо-Захарій). У Прокопія є твердження про те, що у слов'ян не було досвіду взяття фортець, але те саме джерело свідчить, що слов'яни в Ілірії захопили багато фортець [2, с. 295, 297].

Підміна наукової правди свідомою рутиною позначилася і на дослідженнях східнослов'янської державності. Відомі науці письмові джерела містять дані про початок процесу зародження держави у східних слов'ян у IV–VI ст. нашої ери, а інші пам'ятки, перш за все «Повєсть врємєнних лєт» (далі – ПВЛ) фіксують існування Київської держави – імперії Рюриковичів IX ст., тобто проміжок часу, не охопленого письмовими джерелами, становить два століття. Зазначимо, що суперечність різних частин ПВЛ, написаних різними людьми, породжували полярні погляди більш пізніх істориків. За свідченням Б. Рибакова, помилки київських монахів XII ст. зумовлювали помилки дослідників упродовж вісьмох століть [3, с. 119]. Базуючись на одних і тих самих джерелах дослідники східного слов'янства будували різні, часом прямо протилежні, схеми розвитку його державності. Так, російський дослідник Б. Рибаков на підставі вивчення билин і руського літописання іменував київського князя придніпровського союзу племен хаганом – «хакан – рус» [3, с. 570], а О. Пріцак, оперуючи даними східних скандинавських джерел, виходив з того, що давні скандинави, запозичивши від гунів і хозарів соціополітичну та релігійну систему бойового товариства (Mannerbunde) винесли з неї ідею конунга – «людини божественого походження» і стали будівничими Руської держави [4, с. 588–589].

Зрозуміло, що лише письмові джерела не можуть дати вичерпних відповідей на всі питання стосовно даної проблематики, але їх використання має підвести дослідників східнослов'янської державності до ясної аргументації результатів наукового дослідження. Дискусії щодо державності у східних слов'ян продовжуються, але необхідно, щоб вони не закривали реальних досягнень вітчизняної та зарубіжної історичної науки.

По-третє, зазначену проблему можна пояснити ускладненням археологічних досліджень, оскільки територія сучасної України в далекому минулому була ареною масових міграційних процесів – великого переселення народів і різних племен, які залишили по собі багато археологічних пам'яток. Чимало археологічних праць свідчить про те, що кімерійці, скіфи, східні готи, гуни, болгари, угри, хозари й деякі інші народи, проходячи чи осідаючи на території України, вносили певні антропологічні, етнічні та культурні на-

шарування, доповнюючи та змінюючи картину розвитку суспільно-політичного устрою східного слов'янства. Висновки археологічних розвідок свідчать, що на території сучасної України мало місце не тільки започаткування східнослов'янської державності, а й задовго до неї державності інших народів. Взяти хоча б, для прикладу, територію Північного Причорномор'я, де одночасно або по черзі, змінюючи один іншого, проживали кімерійці, скити (скіфи), дакійці, сармати, остготи й інші народи. Всі вони залишили по собі певні ознаки, які простежуються в етнічному та суспільно-політичному устрої східнослав'янської держави [5, с. 7–76; 6, с. 7–197]. Особливу роль при цьому відіграли так звані індоєвропейські народи, які населяють сучасний європейський і значну частину азіатського континентів і відносяться разом із слов'янами до однієї мовної групи. Вплив культур давніх кельтів, германських, іранських народів на східних слов'ян позначився на архітектоніці побудови східнослов'янської державності. Зважаючи на численні археологічні пам'ятки, насамперед лісостепової частини України, діапазон досліджень з означеної проблеми необхідно розширити [7, с. 29–30; 8, с. 190–191]. Аби скласти правильну думку про започаткування та розвиток держави східних слов'ян, слід враховувати не тільки загальні ознаки походження східних слов'ян, а й єдність політичного, культурного, економічного життя всіх слов'янських народів, які брали участь у спільній колонізації сусідніх територій і захисті своїх земель протягом усього І тисячоліття нашої ери.

Серед основних питань, що підлягають розв'язанню, чи не найважливішим є те, наскільки переконливо археологічна наука може підтвердити наявність основних елементів держави, зовнішніх ознак та атрибутів державної влади в східнослов'янському суспільстві, наскільки такі артефакти узгоджуються з письмовими пам'ятками. Перш за все, це стосується території, того висхідного моменту, коли вона починає складатися як міжплеменна територія. Саме тому при вивченні процесу виникнення східнослов'янської державності важливого значення набуває кількісний бік таких її елементів, як територія та населення. Адже за розмірами території можна скласти певне уявлення про характер зв'язків усередині племені чи племінного союзу (іншої племінної спільноти). Щільність (компактність) і загальна чисельність населення є важливими показниками розвитку продуктивних сил і, певною мірою, дають відповідь на питання щодо характеру внутрішніх зв'язків, населення, племені, союзу племен чи народності. В «Походженні сім'ї, приватної власності та держави» Ф. Енгельс, аналізуючи суспільний устрій давніх германців за часів Цезаря, зазначав, що на кожен окремий народ германців приходилося в середньому по 100 тис. чоловік, а середня чисельність племен американських індійців не перевищувала й 2 тис., тобто кількість давніх германців першої половини І тисячоліття нашої ери явно виходила за рамки звичайної кількості племені. Це вже були скоріше союзи племен – політичні об'єднання та предтечі державних утворень [9, с. 93].

Слід зазначити, що питання, пов'язане з визначенням чисельності населення окремих археологічних ареалів все ще не стало предметом докладного наукового дослідження. Якщо археологічно-локалізовані ареали середини І тисячоліття нашої ери порівняти та логічно об'єднати з теренами так званих літописних «племен» з ПВЛ, то можна з певною вірогідністю знайти підтвердження того, що ці ареали представляли собою території доволі численних східнослов'янських народів – носіїв державності, які виникають на базі союзів племен.

Плідним є намагання дослідників прослідкувати, як пов'язуються зазначені висновки археологів з письмовими повідомленнями про розміщення означених літописних племен (ПВЛ) і, тим самим, дослідити політичну географію східного слов'янства. Якщо для першої половини І тисячоліття нашої ери є доволі розпливчасті відомості, що переважно стосуються антів, то вже для другої половини письмові джерела містять більш змістовні дані про ранні східнослов'янські народи; при цьому деякі з них вже мали свої «княжіння» (ПВЛ).

По-четверте, подальші дослідження та використання досягнень лінгвістики й етнографії суттєво б допомогли прискорити розв'язання означеної проблеми, розширили б пізнавальні рамки східнослов'янської історії. Роль мовних свідоцтв неоціненна, насамперед, у вивченні східнослов'янської давнини. Продовжують ще існувати традиційні, навіть архаїчні, погляди і, навпаки, часом поспіхом оголошуються застарілими ті, що заслуговують на спокійне та неупереджене вивчення. Досягнення лінгвістичної науки переконливо свідчать, що слов'яни ни в чому особливо не відставали від інших сучасників по родоплемінному устрою. Зокрема, слов'яни мали свої давні назви стріли, щита, списа. Більше того, оповідання давніх авторів про піших слов'ян, які майже не знали кінноти, спрос-

товуються свідоцтвами мовознавства щодо давності слов'янських назв сідла та стремен. Все це свідчить про кавалеристські вдосконалення, не відомі на той час давнім римлянам чи германським племенам. Коли недоброзичливий до слов'ян стратег Псевдо-Маврикія промовляє про них: «Замість міст у них болота та ліси», то це суперечить багатій матеріальній культурі давніх слов'ян, що була відтворена, зокрема, засобами лінгвістики. Слід зазначити, що давнім слов'янам (і навіть їх пращурам), відоме було місто як огороджене поселення, що дійшла до нас у словах град, городище, місто. Все це певною мірою підтверджується етнографічними напрацюваннями історії давніх слов'ян, хоча залишаються не до кінця вивченими питання, пов'язані з переходом від родо-племінного устрою до класового, роллю та значенням у житті слов'ян періоду так званої героїчної епохи тощо.

По-п'яте, певною причиною, що ускладнює подальше дослідження проблеми, яка розглядається, – вибір методики історико-державного дослідження. Використовуючи методично правильні прийоми вивчення особливостей політичного життя східнослов'янських племінних утворень, шляхом порівняння письмових та археологічних, етнографічних даних, можна відтворити історично правильне уявлення про процес створення держави східних слов'ян. Разом із тим для вирішення нових завдань, що постали перед істориками права, необхідно освоювати нові, більш точні й ефективні методи дослідження. Це неможливо без критичного перегляду історіографічних праць, накопичених за досить великий проміжок часу. Низка історичних та історико-правових концепцій, присвячених проблемам походження та державотворення східних слов'ян, з часом поступово застарівають, втрачають свою актуальність. До числа таких концепцій слід віднести відому свого часу теорію існування так званої дофеодальної держави С. Юшкова та Б. Грекова, історичні концепції В. Покровського та інших відомих істориків-марксистів [10; 11; 12]. Крім того, загальноісторичні праці не можуть компенсувати відсутність спеціальних досліджень з питань східнослов'янської ранньої державності.

Сприймаючи наукові методи, розвинуті сучасними досягненнями археології, антропології та лінгвістики, необхідно уникати суб'єктивного та телеологічного погляду на історичні події минулого східних слов'ян. Оскільки логіка будь-якого дослідження одна і врешті-решт вона пробиває собі дорогу [13, с. 154], перед дослідниками східного слов'янства стоїть завдання розроблення такої методики, яка б давала найбільший результат в історико-правовому дослідженні. Це досягається у комплексі методики датування та локалізації історичних фактів, а також за допомогою таких методів, як метод аналогії, порівняльного аналізу й інших сучасних методів, що застосовуються в новітніх історичних та історико-правових дослідженнях. Для прикладу можна навести метод сінергетики, що тільки започатковується у практиці дослідження. Цей метод пізнання використовується, зокрема, для вивчення наслідків спільної дії незалежних причин. Доцільно згадати так званий свідомо ретроспективний метод М. Блока, який використовував О. Пріцак. Цей метод заснований на вивченні пізнішого за часом періоду, що дає можливість простежити наслідки більш ранніх історичних подій [1, с. 31].

Слід зазначити, що з розвитком сінергетики, загальної теорії систем, ергономіки, нерівновісної термодинаміки відкривається реальна можливість перенесення деяких методик вивчення просторово-часових явищ не тільки на терени буття окремої людини, а й на сферу суспільних відносин. Можливість такої екстраполяції підготовлена об'єктивним розвитком сучасної науки та має певне значення для кращого розуміння суспільних, зокрема державотворчих, процесів. Оволодіння науковою методикою дослідження, навичками комплексного використання історичних і допоміжних історичних дисциплін дозволять перевірити правильність вихідних позицій, на яких стояли попередники при вирішенні завдань означеної проблеми, зробити власні висновки переконливими як для себе, так і для наукової громадськості [14, с. 207]. Але для цього слід позбавитися інтуїтивного, суб'єктивного та телеологічного ухилу в історичній науці минулого, переглянути проблеми з розширеної, структурно обґрунтованої точки зору, сприйнявши наукові методи, запропоновані сучасною антропологією, лінгвістикою та соціологією. Не можна не погодитися з тим, що документальний матеріал служить не для того, щоб дати ясні відповіді на всі апріорні запитання дослідника, а скоріше, щоб забезпечити його підґрунтям для постановки правильних запитань, тобто таких, що підводять до науково доказових відповідей [1, с. 591].

Висновки

На сучасному етапі розвитку під впливом диференціації й інтеграції дисциплін шляхи

пізнання закономірного розвитку слов'янського суспільства настільки ускладнилися, що пізнання їх неможливе без опрацювання нових, більш ефективних методів дослідження. Потрібен критичний перегляд як вітчизняної, так і іноземної історіографії, присвяченої східному слов'янству. Узагальнення всього цінного, що було напрацьоване попередніми поколіннями істориків, врахування допущених помилок дозволять створити методику історичного дослідження, що відповідає сучасним вимогам.

Одним із важливих етапів отримання знань щодо слов'ян є датування історичних фактів, встановлення місця їх здійснення та людей, які брали в них участь. З огляду на це методика датування історичних фактів, їх локалізація, а також ідентифікація особистості повинні суттєво допомогти сучасним дослідникам східнослов'янської державності у відтворенні наукової фактичної бази історичного дослідження цієї складної проблеми.

Таким чином, джерельна база, присвячена східному слов'янству, величезна, а питання, які постають перед істориками, та шляхи їх розв'язання можуть бути такими складними й оригінальними, що тільки творчий підхід до даної проблеми з урахуванням зазначених чинників може забезпечити її успішне розв'язання.

Література

1. *Пріцак О.* Походження Русі: Стародавні скандинавські джерела (крім ісландських саг). – Т. 1. – К., 1997. – Т. 1. – 589 с.
2. *Прокопий* из Кесарии. Война с готами. – М., 1950. – Кн. 3, гл. 14.
3. *Рыбаков Б. А.* Киевская Русь и русские княжества XII–XIII вв. – М., 1982.
4. *Пріцак О.* Походження Русі. – К., 1997.
5. *Папанова В. А.* Урочище сто могил (некрополь Ольвии Понтийской). – К., 2006.
6. *Античные* государства Северного Причерноморья. – М., 1984.
7. *Греков Б. Д.* Очерки по истории феодализма в России: Система господства и подчинения в феодальной деревне. – М., 1934. – Вып. 72.
8. *Павленко Ю. В.* Раннеклассовые общества: генезис и пути развития. – К., 1989.
9. *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч. – 2-е изд. – Т. 21.
10. *Юшков С. В.* Нариси історії виникнення і початкового розвитку феодалізму в Київській Русі. – К., 1939.
11. *Греков Б. Д.* Киевская Русь. – М., 1950.
12. *Покровский В. С.* Древнейшее княжество «Славия» // Учёные записки Саратовского юридического института. – 1960. – Т. 6.
13. *Стефанов Н.* Теория и метод в общественных науках. – М., 1967.
14. *Пронштейн А. П., Данилевский И. Н.* Вопросы теории и методики исторического исследования. – М., 1986.

Publication of this article reflect attempt form a correct in existing contradiction of scientific conceptions of this problem, carry out integrated analise the factors, influence on investigate initial at the stage formation of state from eastern slaws, outline long – terming ways of come decision point problem.

В статье исследуются противоречия научных концепций возникновения восточнославянского государства, начальные этапы становления государства у восточных славян.

ОСОБЛИВОСТІ РОЗВИТКУ ІПОТЕЧНИХ ПРАВОВІДНОСИН І РОЛЬ НОТАРІУСА ПРИ ЇХ ОФОРМЛЕННІ В ДОРЕВОЛЮЦІЙНИЙ ПЕРІОД

Вікторія Рибачок,
здобувачка Київського університету права НАН України

У статті зроблена спроба на теоретичному рівні проаналізувати існуючі на рівні доктрини підходи до історії становлення та розвитку інституту іпотеки в дореволюційному праві, а також роль нотаріуса в оформленні дореволюційної іпотеки.

Ключові слова: алфавітна книга заборон, заставний акт, іпотека, майданний піддячий, накладення заборони, публічні писці, реєстр кріпацьких справ, старший нотаріус, молодший нотаріус.

Досліджуючи зародження, формування та розвиток іпотечних правовідносин в Україні, неможливо розглядати іпотеку як новий інститут цивільного права незалежної України, оскільки його підвалини закладені ще у дореволюційний період, коли Україна була складовою Російської імперії. Саме норми дореволюційного права створили передумови для становлення та вдосконалення сучасного механізму оформлення і нотаріального посвідчення іпотечних договорів.

Питання оформлення іпотечних правовідносин у дореволюційний період активно досліджувалися протягом XIX ст. та на початку XX ст. у науковій юридичній літературі такими видатними класиками цивілістики, як К. Аннєнков, О. Башмаков, Л. Гантовер, С. Гришаєв, О. Звоницький, Л. Кассо, Д. Коковцев, В. Крюковський, Д. Мейєр, К. Побєдоносцев, О. Пиохотеньков, М. Товтолес, Г. Шершеневич, О. Фемеліді. Разом із тим наукові роботи цих авторів присвячені в основному дослідженню питань матеріального права щодо механізму встановлення іпотеки; при цьому поза увагою більшості науковців залишалися питання ролі нотаріуса при оформленні іпотечних правовідносин у дореволюційний період. У сучасній науковій літературі ці питання також залишаються поза увагою. Лише деякі сучасні вчені при дослідженні іпотечних правовідносин базують свої дослідження на підвалинах, що були закладені в іпотечну систему ще у дореволюційний період. При цьому не досліджуються питання, присвячені визначенню ролі та місця нотаріуса при оформленні іпотечних правовідносин у дореволюційний період, хоча саме такі дослідження могли б допомогти визначити роль нотаріуса та його значення при оформленні іпотечних правовідносин на сучасному етапі розвитку економічних правовідносин.

Підвалини іпотечних правовідносин у Російській імперії, до складу якої входила Україна, були закладені шляхом рецепції іноземних інститутів, а саме – часткової трансформації римської іпотеки в цивільне право дореволюційної Росії, оскільки саме в цей час відбувається активний розвиток форм власності, а економіка спрямована на розвиток ринкових правовідносин, отже, і кредитних правовідносин.

Витоки інституту застави в Росії, на думку Л. Гантовера [1, с. 27] та О. Звоницького [2, с. 10] беруть свій початок у XIV–XV ст. Обґрунтовуючи свою точку зору, О. Звоницький зазначав, що застава вперше згадується у XIII–XIV ст. у документах Новгорода та Пскова. При цьому Руська правда не містила норм, що могли б регулювати заставні правовідносини, отже, перша законодавча формула застави міститься лише у Псковській Судній грамоті (кінець XIV – початок XV ст.) [2, с. 10]. Заслуговує на увагу той факт, що дискусія точилася навколо питання виникнення саме інституту застави, а не іпотеки, оскільки цей термін взагалі почав використовуватися лише на початку 60-х років XIX ст.

На думку О. Башмакова, до 60-х років XIX ст. дослідники, які випадково зачіпали питання іпотеки, були переконані, що їх читачі навіть не чули, тим більше не розуміли, такого терміна, як «іпотека» [3, с. 1]. Більшість праць науковців, які починають досліджувати питання іпотеки відносяться вже до 70-х років XIX ст.

Слово «іпотека» застосовувалося в Росії в трьох значеннях. *Перше значення* сформувалося під впливом римського цивільного права і мало значення «підпори» або «підставки». Зміст цього значення пояснив О. Башмаков таким чином: це забезпечення боргової угоди, яка без такої підпори або забезпечення була б чимось не зовсім твердим. Слово людини, особистий кредит залежить від честі, тобто від елемента дуже нестійкого, а річ не зрадить, поки вона існує, а нерухомість завжди існує [3, с. 1]. Іншими словами, іпотека – це особливий засіб забезпечення зобов'язань заставою нерухомості [4, с. 1].

© В. Рибачок, 2010

Друге значення іпотека носила в контексті іпотечного права й означала той розділ, що регулював порядок виникнення права власності та його обтяження [3, с. 1]. *Третє значення* було досить абстрактним, однак найбільш вживаним, і означало «записана нерухомість» [3, с. 2], тобто будівля, маєток. При дослідженні іпотечних правовідносин дореволюційної Росії ми не використовуватимемо третє значення, оскільки це може призвести до неправильного розуміння викладеного матеріалу.

У Росії як рухомі, так і нерухомі речі могли передаватися в забезпечення виконання зобов'язань, тобто в заставу. У зв'язку з цим Д. Мейєр виділяє два види застави: застава нерухомого майна; застава рухомого майна [5, с. 545].

Аналіз законодавства дореволюційної Росії дозволяє виділити дві основні конструкції застави, що сформувалися в період з XIV по XIX ст. Перша конструкція представляла заставні правовідносини шляхом надання права власності на нерухоме майно кредитору, що переходило до нього або з моменту встановлення іпотеки, або лише після того, як боржник не виконає взятих на себе зобов'язань. У такому випадку було передбачено правило еквівалентності боргу заставленої речі, тобто в разі невиконання зобов'язання боржником і привласнення кредитором заставленої речі ні кредитор, ні боржник не мали один до одного права вимоги. При належному виконанні боржником забезпеченого такою заставою зобов'язання, титул права власності знову повертався до нього. Г. Шершеневич називав таку конструкцію застави «застава як право привласнення» [6, с. 363]. Отже, законодавець у цьому випадку на перше місце ставив інтереси кредитора та прагнув на законодавчому рівні знизити ризик заставних правовідносин, при цьому інтереси боржника не бралися до уваги взагалі.

Інша конструкція, що також застосовувалася в дореволюційній Росії, передбачала, що право власності на предмет застави не виникало у кредитора (ні після встановлення застави, ні після невиконання зобов'язання боржником). У випадку невиконання зобов'язання боржником, предмет застави відчужувався, а кредитор мав право задовольнити свої вимоги, виходячи з суми відчужуваного майна.

Особливу увагу дослідники оформлення заставних правовідносин приділяли питанням застави нерухомого майна. Д. Мейєр при дослідженні питань застави нерухомості не вживав термін «іпотека». Він зазначав, що російське цивільне право знає саме термін «застава», під яким і розуміють заставу нерухомості. І дійсно, в т. 10 ч. 1 Зводу Законів застосовувався термін «застава», а не «іпотека» [7, с. 27]. Однак у теоретичних роботах, присвячених дослідженню застави нерухомого майна застосовувався термін «іпотека» для полегшення розуміння змісту правовідносин, оскільки в більшості випадків, як на практиці, так і на теоретичному рівні під терміном «застава» розуміли заставу як нерухомості, так і рухомості. У зв'язку з цим ми також застосовуватимемо термін «іпотека», коли будемо досліджувати питання застави нерухомості в дореволюційній Росії.

Порядок встановлення й оформлення іпотеки з XIV по XIX ст. зазнав значних змін. Аналіз розвитку іпотечних правовідносин свідчить про еволюцію значення нотаріуса при встановленні іпотеки. Починаючи з XIV ст., у дореволюційній Росії з'явилися публічні писці, які здійснювали письмове викладення різноманітних паперів. На початку XVII ст. такі писці утворили привілейований стан майданних піддячих або майдану. Члени такого стану прирівнювалися до публічних нотаріусів і оформлювали правочини та відповідали за тотожність осіб, які до них зверталися [8, с. 5]. Беручи до уваги компетенцію таких публічних нотаріусів, вони не мали права перевіряти права власника на нерухомість, яку останній передавав в іпотеку. Отже, на цьому етапі розвитку іпотечних правовідносин нотаріус лише оформлював волевиявлення сторін відповідно до вимог, що були встановлені законодавством дореволюційної Росії, та підтверджував, що до нього звернулися саме ті особи, які виступають сторонами у правочині. При цьому, нотаріус не міг забезпечити інтереси кредитора, оскільки право власності на річ ним не встановлювалася. Кредитор повинен був самостійно перевіряти належність речі тій особі, якій він надавав кредит під іпотеку.

Однак таке оформлення не могло вже задовольняти іпотечні відносини, що швидко розвивалися та вдосконалювалися. Саме тому Петро Великий перетворив «стан майданних піддячих на писців кріпацьких справ» [8, с. 5]. У результаті такого нововведення уряд, в особі В. Матвеєва, вповноваженого Петром Великим, став ніби власником нотаріальної контори, а писці – найманими працівниками його нотаріату [8, с. 5]. Таким чином, всі кошти, що отримували писці за оформлення іпотеки йшли до державної казни, а нотаріус не мав права встановити іпотеку без спеціального дозволу, що оформлювався дяком на іпотечному акті написом: чинити по указах [8, с. 5]. Отже, нотаріат на цьому етапі розвитку іпотечних правовідносин носив лише фіскальний характер і не міг відповідати основному призначенню – здійснювати юридичне оформлення волевиявлення приватних осіб. Поступово В. Матвеєв передав свої повноваження Окружній палаті, а та, у свою чергу, – Ратуші. Нарешті повноваження щодо організації роботи нотаріату перейшли до Юстиції–Колегії, що регулювала на той час діяльність усіх судових органів. Завдяки Юстиції–Колегії в дореволюційній Росії була визначена нова роль нотаріуса при оформленні правочинів, а нотаріальний процес встановлення іпотеки (у порівнянні з римським правом) був набагато деталізованішим і досконалішим.

Юстиція–Колегії надала провідну роль в оформленні іпотечних правовідносин нотаріусу, який надавав іпотеці законної сили, вста-

новлював достовірність і безспірність існуючих правовідносин. Враховуючи особливості побудови нотаріальних органів у дореволюційній Росії, в оформленні іпотеки брали участь як молодший нотаріус так і старший.

Іпотечні правовідносини будувалися в дореволюційній Росії на засадах публічності й обов'язкового встановлення іпотеки за місцем знаходження нерухомості. Гласність встановлення іпотеки була зведена до публічного вчинення акта: нотаріус входив до системи окружного суду; факт встановлення обтяження друкувався в Сенатських оголошеннях.

Крім того, було проголошене виключне право встановлення іпотеки лише тим старшим нотаріусом, у судовому окрузі якого знаходився маєток. Так, нотаріальні акти, якими встановлювалися права на нерухомість, через встановлення їх старшими нотаріусами того судового округу, де майно знаходилося, отримували статус актів кріпацьких [9, с. 13], тобто набували законної сили.

Іпотека між приватними особами оформлювалася актом у кріпацькому порядку, що називався «Заставна на нерухомий маєток» [10, с. 136].

Звід законів встановлював перелік нерухомого майна, що могло бути передане в іпотеку: землі та будь-які угіддя; будинки, заводи, фабрики, будь-які будівлі; пусті дворові місця; залізничні дороги [7, с. 13].

При складанні акта нотаріуси керувалися Положенням про нотаріальну частину [11, с. 34–46], яке регламентувала процедуру оформлення акта. Акт на нерухоме майно складався молодшим нотаріусом; при цьому нотаріус не з'ясовував, чи накладені ще заборони на це майно, що могли бути перепоною для встановлення іпотеки та складання акта. Таким чином, на цьому етапі інтереси третіх осіб не були захищені. Такий стан справ не задовольняв Сенат, тому 3 листопада 1867 р. компетенція молодших нотаріусів була розширена [11, с. 34–46]. Тепер вони повинні були перед складанням акта перевіряти заборони щодо певного майна за алфавітною книгою заборон. Однак на практиці ці повноваження не могли принести користі, оскільки: алфавітна книга заборон, накладених до 1864 р., коштувала 20 руб., а на той час це були дуже великі кошти. Крім того, необхідно було придбати й книги, що велися після 1864 р. (до алфавітної книги заносилися лише роки, коли накладалася заборона, та номера статей, зміст яких не зазначався).

Таким чином, перевірка заборони в алфавітній книзі не могла забезпечити інтереси третіх осіб. У зв'язку з цим молодші нотаріуси не перевіряли заборон, а лише подібно до писців кріпацьких справ складали акти на нерухоме майно.

Після складання такого акта, молодший нотаріус повинен був протягом року зробити витяг з актової книги та направити його старшому нотаріусу того судового округу, де знаходилося майно, що передавалося в іпотеку. Витяг старший нотаріус міг отримати й почтою, що дозволяло полегшити процедуру передачі документів на великі відстані.

Старший нотаріус спочатку перевіряв законність вчинюваної дії [4, с. 13], потім надавав сторонам квитанцію для внесення мита до казни; лише після цього робив на витязі запис про встановлення іпотеки. Старший нотаріус повинен був оформити дію в реєстрі кріпацьких справ і долучити виписку до кріпацької книги. Реєстр кріпацьких справ – це книга, кожен аркуш якої присвячений окремому нерухомому майну, тобто на одному аркуші містилася вся інформація, що стосувалася обтяжень такого майна іпотекою. Таке нововведення полегшило порядок реєстрації іпотек і забезпечило гласність інформації.

Керуючись ст. 171 Положення про нотаріальну частину, старший нотаріус видавав сторонам витяг із книги кріпацьких актів, в якому вказував номер, сторінку в кріпацькій книзі та час встановлення акта. Після здійснення заставної старший нотаріус накладав заборону на заставлене майно та направляв повідомлення про це до сенатської типографії. Таке повідомлення друкувалося в сенатських об'явах, із змістом яких могли ознайомитися всі бажаючі особи.

Моментом укладення іпотеки було її встановлення старшим нотаріусом, тобто іпотека набувала чинності з моменту отримання сторонами витягу з книги кріпацьких актів. Якщо ж іпотека з певних поважних причин не відбулася, то сторони повинні були надати витяг з книги кріпацьких актів тому старшому нотаріусу, який його видав. Нотаріус після цього повинен був внести запис до реєстру кріпацьких справ про те, що іпотека не відбулась.

Якщо до нотаріуса зверталася кредитна установа для встановлення іпотеки на її користь, то він повинен був застосовувати порядок, передбачений для встановлення іпотеки на користь казни.

Старший нотаріус повинен був перевірити, чи існують обтяження щодо цього майна, чи накладені заборони. Крім того, нотаріус встановлював факт належності майна конкретному власнику. Після встановлення цих фактів нотаріус видавав Заставне свідоцтво, про що робив запис у реєстрі кріпацьких справ і накладав заборону на майно. Заставне свідоцтво нотаріус направляв до кредитної установи. На підставі такого свідоцтва майно безпосередньо приймалося в іпотеку кредитною установою. Після того, як майно було прийняте в іпотеку, нотаріус знову накладав заборону на таке майно. Заставні свідоцтва мали досить короткий термін дії (1 рік), після спливу якого вони набували статусу недійсності. Крім того, нотаріус у Заставному свідоцтві вказував кредитну установу, до якої він його направляє. Будь-яка інша установа не мала права прийняти Заставне свідоцтво, що було адресоване іншій установі. Нотаріус мав право видати додаткове Заставне свідоцтво, що носило назву друге, третє тощо, у випадках

коли майно передавалося в наступну іпотеку в межах суми такого майна, що ще не була обтяжена. Для того, щоб нотаріус видав додаткове свідоцтво, йому повинні були надати копію першого свідоцтва, засвідчену установою, що виступала заставодержателем за цим свідоцтвом.

На оригіналі та на копії Заставного свідоцтва кредитна установа робила запис, що містив таку інформацію: від кого, в забезпечення якого зобов'язання, сума боргу, а також застереження про те, що це свідоцтво не може більше використовуватися для встановлення іпотеки або для збільшення суми іпотеки.

У випадку, якщо власник майна втратив отримане свідоцтво, за яким іпотека не була ще встановлена або вже припинилася у зв'язку з погашенням боргу, він міг звернутися до нотаріуса з проханням зняти заборону, що була накладена у зв'язку з видачею свідоцтва. Якщо ж свідоцтво було видане для конкретної кредитної установи, то для зняття заборони власник повинен був надати лист такої установи про те, що маєток не знаходиться в іпотеці та свідоцтво не знаходиться в цій установі. У випадку, коли свідоцтво було видане для застави маєтку в казенному управлінні, то заборона не знімалася, поки не мине рік з дня видачі свідоцтва.

Борг міг забезпечуватися декількома маєтками, що знаходилися в різних губерніях, або в різних районах однієї губернії. Старший нотаріус повинен був видавати заставний акт на кожний маєток із застереженням, яка саме сума забезпечується цим маєтком. Однак сторони могли дійти згоди видати один загальний акт про заставу декількох маєтків. У такому випадку нотаріус повинен був розписати, яка частина боргу забезпечується тим чи іншим майном.

Таким чином, заборона в заставному праві Росії оформлювалася заставною, що завжди повинна бути «супутником іпотеки» [12, с. 254] та захищати інтереси третіх осіб. Однак така заборона не могла вплинути на визначення привілейованості існуючих іпотек, оскільки вона встановлювалася на заставній, що була вчинена раніше. Накладення заборони після видачі свідоцтва ще не означало, що певна нерухомість перебуває у визначеній іпотеці, оскільки власник ще міг відмовитися від пред'явлення свідоцтва, а банк, у свою чергу, міг відмовитися від видачі кредиту. Таким чином, в Російському заставному праві не існувало моменту, з настанням якого сторони були б упевнені, що виконання боргу буде забезпечене нерухомістю [12, с. 255].

У 1917 р. закінчився період формування й оформлення іпотеки, якому притаманні як недоліки, так і великі здобутки, передусім у частині, що стосується становлення механізму нотаріального оформлення іпотеки. У свою чергу, основним здобутком цього періоду було те, що саме старший нотаріус почав відігравати провідну роль у встановленні іпотеки, оскільки правочин вважався вчиненим з моменту його посвідчення. Таким чином, механізм оформлення договору іпотеки як у дореволюційній Росії, так і в Україні був спрямований на забезпечення гласності та публічності встановлення іпотеки, оскільки вимагав обов'язкового нотаріального посвідчення, накладення заборони, видачі свідоцтва тощо, хоча така гласність не могла забезпечити права й інтереси третьої особи, яка не брала участі в іпотечному договорі, від порушення її інтересів.

Оскільки положення дореволюційного періоду заклали підвали сучасного механізму оформлення іпотечних правовідносин, більш детальне дослідження механізму становлення іпотечних правовідносин допоможе визначити місце нотаріуса в оформленні сучасних іпотечних правовідносин, зрозуміти розвиток іпотечних правовідносин під впливом різних економічних передумов, що сприятиме вдосконаленню іпотечної системи України в цілому.

Література

1. *Гантовер Л. В.* Залоговое право: Объяснение к положениям гл. 4 раздела 1 проекта вотчинного устава. – Спб., 1890. – 459 с.

2. *Звоницкий А. С.* О залоге по русскому праву. – К., 1912. – 311 с.

3. *Башмаков А. А.* Основные начала Ипотечного права. – Либава, 1891. – 400 с.

4. *Къ вопросу* ипотечной системы. – Тифлисъ, 1885. – 98 с.

5. *Мейер Д. И.* Русское гражданское право. – М., 2003. – 830 с.

6. *Шершеневич Г. Ф.* Учебник руського гражданского права. – СПб., 1910. – 457 с.

7. *Крюкоовський В. Я.* Залогъ имущества. – СПб., 1914. – 243 с.

8. *Мысли* объ устройствъ ипотечнаго порядка въ России. – СПб., 1862. – 327 с.

9. *Пиохотенко А. К.* Курс нотариата: с образцами, формами и законоположениями. – М., 1915. – 420 с.

10. *Сводъ* Законовъ Гражданскихъ. – Т. 10. – http://civil.consultant.ru/reprint/books/211/.

11. *Руководство* к совершению актов, договоров и обязательств на основании Положения о нотариальной части – СПб.; М., 1873. – 189 с.

12. *Кассо Л. А.* Понятие о залоге в современном праве. – М., 1999. – 284 с.

The article attempts on the theoretical level to analyze the approaches to history of formation and development of category of mortgage in doctrine of pre-revolutionary hypothec as well as to analyze the role of notary in execution of pre-revolutionary hypothec.

В статье сделана попытка на теоретическом уровне проанализировать существующие на уровне доктрины подходы к истории становления и развития института ипотеки в дореволюционном праве, а также роль нотариуса в оформлении дореволюционной ипотеки.

ЗАКОН УКРАЇНИ «ПРО КОЛЕКТИВНІ ДОГОВОРИ І УГОДИ» ПОТРЕБУЄ ЗМІН

Ніна Гетьманцева,
канд. юрид. наук, доцент,
завідувач кафедри цивільного права
юридичного факультету,

Ірина Козуб,
аспірантка кафедри цивільного права
юридичного факультету
Чернівецького національного університету ім. Юрія Федьковича

У статті досліджуються деякі прогалини та колізії у Законі України «Про колективні договори і угоди», обґрунтовується необхідність внесення змін до Закону.

Ключові слова: колективні договори і угоди; сторони колективного договору, угоди; трудовий колектив; професійна спілка.

Колізії та прогалини у законодавстві України – явище не нове, однак таке, що вимагає виснажливої роботи з його усунення. Всі добре знають постулат: «Незнання закону, не позбавляє відповідальності». Проблема лише в тому, що насправді слід знати, якщо у законодавстві багато суперечностей? Оскільки всі Закони України мають однакову юридичну силу, постає запитання: який закон слід застосовувати?

В умовах економічних труднощів, в яких перебуває Україна, становище працівників дедалі погіршується. Працівники прагнуть не лише гарантій, стабільності та впевненості у завтрашньому дні. Вони прагнуть більшого, ніж те, що може нам гарантувати держава, адже гарантує вона нам, насправді, мінімум. Саме ці додаткові гарантії працівникам можуть бути забезпечені шляхом укладення на підприємстві, установі, організації колективного договору.

Соціальне партнерство та колективний договір, зокрема, часто піддавалися аналізу науковців. Останні дослідження у цій сфері серед учених-трудовиків проведені Г. Гончаровою, В. Жернаковим, Г. Труновою, Г. Чанишевою та ін. Однак питання дослідження колективного договору не втрачає своєї актуальності. Хоча потреба у зміні ст. 3 Закону України «Про колективні договори і угоди» не нова, однак потребує негайного вирішення.

Метою цієї статті є виявлення прогалин та колізій у Законі України «Про колективні договори і угоди», що вповноважує відповідних суб'єктів на укладення колективного договору, та шляхів їх вирішення.

Закон України «Про колективні договори і угоди» від 01.07.1993 р. (далі – Закон) вже давно пережив себе. Звісно, поправки до нього вносились, які зумовлювалися з прийняттям законів України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення відповідальності у вигляді штрафу», «Про внесення змін до деяких законів України щодо оплати праці» та «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку із прийняттям Закону України «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків», однак вони не потягли змін до ст. 3 Закону, що є предметом нашого дослідження.

Справа в тому, що у 1999 р. прийнято Закон України «Про професійні спілки, їх права та гарантії їхньої діяльності», а у 2001 р. Закон України «Про організації роботодавців» і це, на нашу думку, не могло не позначитися на ст. 3 Закону.

Відповідно до ч. 1 ст. 3 Закону колективний договір укладається між власником або уповноваженим ним органом і однією або кількома профспілковими чи іншими вповноваженими на представництво трудовим колективом органами, а у разі відсутності таких органів – представниками трудящих, обраними й уповноваженими трудовим колективом. Отже, профспілка є стороною колективного договору лише у разі, якщо її на це вповноважує трудовий колектив. Відповідно ж до ст. 20 Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії їх діяльності» профспілки, їх об'єднання ведуть колективні переговори, здійснюють укладення колективних договорів (до речі, у цьому Законі немає жодного слова про необхідність уповноваження трудовим колективом профспілки на ведення колективних переговорів та укладення колективного договору).

Звернемося до Закону СРСР «Про трудові колективи і підвищення їх ролі в управлінні підприємствами, установами, організаціями».

© Н. Гетьманцева, І. Козуб, 2010

Відповідно до ст. 7 цього Закону трудові колективи беруть участь у розробленні колективних договорів, обговорюють їх і приймають по них рішення, вповноважують профспілкові комітети підприємств і організацій підписати ці договори; здійснюють заходи для забезпечення виконання колективних договорів; заслуховують звіти адміністрації підприємств, організацій і профспілкових комітетів про виконання колективних договорів; ставлять у необхідних випадках питання про притягнення до відповідальності осіб, які не виконують зобов'язань за колективними договорами. Отже, відповідно до вказаного Закону СРСР саме трудовий колектив бере участь у розробленні колективних договорів і на відміну від Закону України «Про колективні договори і угоди» вповноважує профспілку лише на підписання колективного договору, а не на його укладення.

Хто насправді має брати участь у колективних переговорах та укладати колективний договір? Відповідно до ст. 12 Кодексу законів про працю (далі – КЗпП) України колективний договір укладається між власником або вповноваженим ним органом (особою), з одного боку, і первинною профспілковою організацією, яка діє відповідно до статуту, а у разі її відсутності – представниками, вільно обраними на загальних зборах найманих працівників або вповноважених ними органів, – з іншого. Отже, КЗпП України не вказує на необхідність уповноваження трудовим колективом первинної профспілкової організації на укладення колективного договору. Більше того, в ньому передбачена можливість участі в укладенні колективного договору трудового колективу лише у разі відсутності профспілки. Що це? Ігнорування інтересів членів трудового колективу, які не є членами профспілки? І хто все ж має брати участь в укладенні колективного договору?

Для початку визначимо, що являє собою профспілка, профспілковий орган, первинна профспілкова організація та трудовий колектив. Відповідно до ст. 1 Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» *професійна спілка* (профспілка) – добровільна неприбуткова громадська організація, що об'єднує громадян, пов'язаних спільними інтересами за родом їх професійної (трудової) діяльності (навчання); *профспілковий орган* – орган, створений згідно із статутом (положенням) профспілки, об'єднання профспілок, через який профспілка здійснює свої повноваження. Іншими словами, профспілка – це група найманих працівників за інтересами. Якщо інтереси не збігаються, то ви не вступаєте до профспілки.

Відповідно до ч. 1 ст. 37 Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» профспілкові організації на підприємствах, в установах, організаціях та їх структурних підрозділах представляють інтереси своїх членів і захищають їх трудові, соціально-економічні права й інтереси. Отже, первинна профспілкова організація представляє інтереси не всіх працівників, а лише своїх членів. Частина 2 ст. 37 цього Закону передбачає, що якщо на підприємстві, в установі або організації діє кілька первинних профспілкових організацій, представництво колективних інтересів працівників підприємства, установи або організації щодо укладення колективного договору здійснюється об'єднаним представницьким органом, який утворюється цими первинними профспілковими організаціями за ініціативою будь-якої з них. У цьому випадку кожна профспілкова організація має визначитися щодо своїх конкретних зобов'язань за колективним договором і відповідальності за їх невиконання. Представницький орган утворюється на засадах пропорційного представництва. Первинна профспілкова організація, що відмовилася від участі в представницькому органі, позбавляється права представляти інтереси найманих працівників при підписанні колективного договору.

На основі аналізу ч. 2 ст. 37 Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» можна дійти висновків, що тільки об'єднаний представницький орган може представляти інтереси працівників при укладенні колективного договору (і не лише членів відповідних первинних профспілкових організацій). При цьому первинна профспілкова організація, що відмовилася від участі в представницькому органі, позбавляється права представляти інтереси найманих працівників при підписанні колективного договору. А хіба окремо взята первинна профспілкова організація його мала? Частина 1 ст. 37 цього Закону дає нам відповідь: ні!

Звернімося до ст. 4 Закону України «Про колективні договори і угоди», відповідно до якої право на ведення переговорів і укладення колективних договорів, угод від імені найманих працівників надається професійним спілкам, об'єднанням профспілок в особі їх виборних органів або іншим представницьким організаціям трудящих, наділеним трудовими колективами відповідними повноваженнями. Так, відповідно до Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» первинна профспілкова організація не має права представляти інтереси всіх працівників при укладенні колективного договору. Таке право виникає в об'єднаного представницького органу. А первинна профспілкова організація представляє інтереси своїх членів.

Аналізуючи ч. 2 ст. 4 Закону України «Про колективні договори і угоди», яка передбачає, що за наявності на підприємстві кількох профспілок чи їх об'єднань або інших уповноважених трудовими колективами на представництво органів вони повинні сформувати спільний представницький орган для ведення переговорів і укладення угоди або колективного договору, ми знову зустрічаємось із тим, що профспілка потребує вповноваження на ведення переговорів і укладення колективного договору від трудового колективу.

Перш як вирішити проблему вповноваження трудовим колективом профспілки, з'ясуємо, що собою являє трудовий колектив. Відповідно до ст. 252[1] КЗпП України трудовий колектив підприємства утворюють усі громадяни, які своєю працею беруть участь у його діяльності на основі трудового договору (контракту, угоди), а також інших форм, що регулюють трудові відносини працівника з підприємством. Повноваження трудового колективу визначаються законодавством. Згідно із ст. 1 Закону СРСР «Про трудові колективи і підвищення їх ролі в управлінні підприємствами, установами, організаціями» трудовий колектив підприємства, установи, організації – це об'єднання всіх працівників, які здійснюють спільну трудову діяльність на державному, громадському підприємстві, в установі, організації, в колгоспі та іншій кооперативній організації. Розбіжності у визначеннях трудового колективу, які ми наводили, наявні, але піддавати їх аналізу ми не будемо. Це не є предметом нашого дослідження. Лише зазначимо, що членами трудового колективу є всі працівники підприємства, установи, організації. І не тільки працівники. Укладаючи трудовий договір із роботодавцем, працівник стає частиною трудового колективу. Для цього не потрібно будь-яких додаткових дій. На відміну від членства у профспілці (ст. 7 Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності»).

Згідно із ст. 19 Закону СРСР, на який ми вже згадували, повноваження трудових колективів здійснюються безпосередньо загальними зборами (конференціями) трудових колективів підприємств, установ, організацій. У період між зборами повноваження трудових колективів здійснюються: спільно адміністрацією та виборними органами профспілкових організацій; профспілковими та іншими громадськими організаціями, які діють у трудових колективах, відповідно до їх статутів і законів; адміністрацією підприємств, установ, організацій відповідно до її повноважень або за дорученням трудових колективів. Адміністрація та профспілковий комітет систематично інформують членів трудового колективу про свою діяльність із здійснення повноважень трудового колективу в період між загальними зборами.

Стаття 20 згаданого Закону СРСР передбачає, що збори (конференції) трудових колективів підприємств, установ, організацій проводяться в міру потреби, але не рідше як два рази на рік. Вважаємо, що діяльність з ведення переговорів та укладення колективного договору – це саме та потреба задля якої повинні скликатися загальні збори. Тому, вважаємо за доцільне, що таке положення слід передбачити у КЗпП України.

На жаль, чинне законодавство не дає нам чіткої відповіді на запитання: як має здійснюватись уповноваження трудовим колективом професійної спілки. Те, що відповідно до ст. 13 Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії їх діяльності» держава визнає профспілки повноважними представниками працівників і захисниками їх трудових, соціально-економічних прав та інтересів ще не означає, що така профспілка вповноважена на представництво трудового колективу у переговорах з укладення колективного договору та його підписання.

Слід зазначити, що ч. 1 ст. 6 Закону України «Про колективні договори і угоди» наголошує на тому, що забороняється будь-яке втручання, що може обмежити законні права працівників та їх представників або заборонити їх здійснення, з боку органів представницької та виконавчої влади, господарського управління, політичних партій, власників або вповноважених ними органів при укладенні та виконанні колективних договорів, угод. Іншими словами, забороняється обмежувати право трудового колективу або відповідно вповноваженого ним органу брати участь у веденні переговорів та укладенні колективного договору. Пам'ятаємо, що первинна профспілкова організація представляє інтереси своїх членів і лише об'єднаний представницький орган (який включає представників з відповідних первинних профспілкових організацій) може представляти інтереси працівників (таке положення, як ми вже зазначали міститься саме у Законі України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності»).

Частина 3 ст. 6 Закону України «Про колективні договори і угоди» передбачає, що у разі, коли інтереси трудового колективу представляє профспілковий орган, інтереси власника або вповноваженого ним органу не можуть представляти особи, які є членами виборного органу цієї профспілки. Отже, цей Закон України передбачає можливість профспілки представляти інтереси всіх працівників при укладенні колективного договору, однак не як правило. Адже в Законі чітко вка-

зано «у разі, коли», а це означає, що таке представництво не є правилом. При цьому не забуваємо про те, що ч. 1 ст. 3 даного Закону передбачає необхідність уповноваження такої профспілки на укладення колективного договору трудовим колективом.

Оскільки колективний договір укладається з метою регулювання виробничих, трудових і соціально-економічних відносин, узгодження інтересів трудящих, власників або уповноважених ними органів (відповідно до ст. 1 Закону України «Про колективні договори і угоди»), трудовий колектив не може бути не заінтересований у його укладенні та врахуванні його інтересів. Такі інтереси мають бути враховані. Тому те, що в КЗпП України применшується роль трудового колективу викликає непорозуміння. Адже наявність первинної профспілкової організації на підприємстві, в установі й організації ще не означає, що всі працівники є її членами і така організація може забезпечити врахування інтересів усіх працівників. Ніхто не може бути примушений вступати або не вступати до профспілки. Тим більше, що в Законі України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» не передбачено положення про те, що до складу профспілки повинна входити відповідна кількість працівників. Таке б правило порушувало права, передбачені Конвенцією № 87 «Про свободу асоціації та захист права на організацію».

Тому, не применшуючи ролі первинної профспілкової організації, однак, не забуваючи, що така організація не обов'язково повинна об'єднувати всіх працівників відповідного підприємства, установи й організації, вважаємо, що права працівників у разі створення первинної профспілкової організації на підприємстві, в установі, організації повинні представлятися спільним з трудовим колективом представницьким органом. Представники до такого представницького органу повинні обиратися пропорційно від кількості їх членів. Це положення поширюється й на випадки наявності на підприємстві, установі, організації декількох первинних профспілкових організацій.

Представники до представницького органу від трудового колективу обираються на загальних зборах (конференції) трудового колективу відкритим голосуванням. Представники до представницького органу вважаються обраними, якщо за них віддано більшість голосів членів колективу.

У разі, коли від імені працівників їх інтереси представляє первинна профспілкова організація, вповноваження такої організації на представництво здійснюється на загальних зборах (конференції) трудового колективу. Документом, що підтверджує повноваження первинної профспілкової організації, є протокол засідання загальних зборів (конференції) трудового колективу.

Висновки

Аналіз чинного законодавства, зокрема КЗпП України, Закону України «Про колективні договори та угоди», Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності», Закону СРСР «Про трудові колективи і підвищення їх ролі в управлінні підприємствами, установами, організаціями», дозволяє констатувати, що положення законодавства України щодо сторін колективного договору є суперечливим. З метою усунення зазначених суперечностей пропонуємо внести зміни до Закону України «Про колективні договори і угоди» та доповнити його положеннями такого змісту: «Представники до представницького органу від трудового колективу обираються на загальних зборах (конференції) трудового колективу відкритим голосуванням. Представники до представницького органу вважаються обраними, якщо за них віддано більшість голосів членів колективу.

Якщо від імені працівників їх інтереси представляє первинна профспілкова організація, вповноваження такої організації на представництво здійснюється на загальних зборах (конференції) трудового колективу. Документом, що підтверджує повноваження первинної профспілкової організації, є протокол засідання загальних зборів (конференції) трудового колективу».

У КЗпП України слід передбачити статтю такого змісту: «У разі ініціювання укладення колективного договору на підприємстві, в установі, організації скликаються загальні збори трудового колективу відповідного, підприємства, установи, організації».

In article explore some gaps and conflicts in the law of Ukraine «About collective contracts and agreements». Authors proved that the law need changes.

В статье исследуются некоторые пробелы и коллизии в Законе Украины «О коллективных договорах и соглашениях», обосновывается необходимость внесения изменений в Закон.

ЮРИДИЧНИЙ ЗМІСТ ТРУДОВИХ ПРАВОВІДНОСИН СЛУЖБОВЦІВ ПРАВООХОРОННИХ ОРГАНІВ

Костянтин Мельник,
канд. юрид. наук,
старший науковий співробітник,
провідний науковий співробітник
Науково-дослідної лабораторії з розроблення законодавчих
та інших нормативно-правових актів
Харківського національного університету внутрішніх справ

У статті досліджується проблематика юридичного змісту трудових правовідносин службовців правоохоронних органів, визначені права й обов'язки службовців правоохоронних органів і правоохоронних органів як роботодавців.

Ключові слова: зміст трудових правовідносин, права, обов'язки, правоохоронні органи, службовець, роботодавець.

Для належного існування трудових правовідносин і захисту фізичної особи під час реалізації нею здатності до праці важливе значення має чітке нормативне закріплення прав та обов'язків сторін трудового правовідношення. Слід зазначити, що проблематика змісту трудових правовідносин достатньо докладно розроблена у науці трудового права. Її розробленням займалися такі відомі вчені-трудовики, як М. Александров, Л. Гінцбург, С. Іванов, М. Карпушин, Р. Лівшиць, А. Мацюк, Ю. Орловський, А. Пашков, О. Процевський, В. Скобелкін, О. Смирнов та ін. Аналіз наукових праць свідчить, що дана проблематика переважно досліджувалася в загальному плані, де юридичному змісту трудових правовідносин за участю певних категорій працюючих не завжди приділялася достатня увага. Так, проблема юридичного змісту трудових правовідносин службовців правоохоронних органів залишилася поза увагою вчених-трудовиків.

Метою цієї статті є визначення юридичного змісту трудових правовідносин службовців правоохоронних органів і надання рекомендацій з узагальнення та нормативного закріплення прав і обов'язків сторін зазначених правовідносин.

У теорії права у змісті правовідношення виділяють матеріальний та юридичний зміст. *Матеріальний зміст правовідношення* – це та фактична поведінка (дія і бездіяльність), що управомочений може, а правозобов'язаний повинен здійснити [1, с. 301]. *Юридичним змістом правовідносин* є суб'єктивні права й обов'язки суб'єктів правовідносин. Під суб'єктивним правом розуміють вид і міру можливої або дозволеної поведінки особи, а під суб'єктивним обов'язком – вид і міру необхідної або належної поведінки особи.

У трудових правовідносинах права й обов'язки працівника та роботодавця виступають як кореспондуючі відносно один одного, тобто правам одного суб'єкта відповідають обов'язки іншого і навпаки. Так, праву працівника на отримання роботи, обумовлену трудовим договором, відповідає обов'язок роботодавця надати таку роботу. Важливою особливістю трудових правовідносин є те, що в них реалізуються не окремі права й обов'язки, а їх комплекс.

Усі суб'єктивні трудові права працівників можна розділити на такі основні групи: право на отримання роботи; право на належні умови праці й її оплати; право на повагу гідності та честі, на конфіденційність персональних даних, їх захист; право певних категорій працівників на особливе ставлення. Цим групам прав працівників кореспондують відповідні групи обов'язків роботодавців. Так, з виникненням трудових правовідносин у працівника з'являється право на фактичне виконання роботи, передбаченої трудовим договором. Роботодавець, у свою чергу, зобов'язаний надати роботу, що розрахована на виконання її протягом усього строку дії трудового договору, характеристики якої відповідають вимогам, встановленим трудовим договором.

Надавши роботу, роботодавець повинен забезпечити умови праці, необхідні для її виконання. До цього обов'язку роботодавця відноситься й обов'язок забезпечити умови праці, що відповідають вимогам безпеки та гігієни. Обов'язкам роботодавця щодо забезпечення належних умов праці, необхідних для її виконання, кореспондує право працівника вимагати забезпечення цих умов.

Для належного здійснення трудової функції працівник наділяється правом на відпо-

© К. Мельник, 2010

чинок. Це право в Україні забезпечується встановленням нормальної тривалості робочого часу, скороченого та неповного робочого часу для окремих категорій працівників, наданням вихідних, неробочих і святкових днів, а також оплачуваних щорічних відпусток.

Важливим обов'язком роботодавця є своєчасна виплата працівникам заробітної плати та здійснення інших виплат, передбачених трудовим законодавством, колективними угодами, колективним і трудовими договорами. До інших виплат відносяться премії, надбавки, доплати, гарантійні та компенсаційні виплати. Як зазначає Ю. Орловський, відплатність – ознака, іманентно властива трудовим правовідносинам. Виконання роботи з трудового правовідношення завжди викликає відповідну дію підприємства – виплату винагороди за витрачену працю [2, с. 230]. Крім оплати живої праці роботодавець несе й інші витрати (наприклад, з оплати відпусток).

У трудових правовідносинах працівники володіють не лише майновими, а й немайновими правами, які підлягають захисту від порушення. Важливе місце серед таких прав належить праву на повагу гідності та честі. М. Бару зазначав, що за своєю природою право на трудову честь є суб'єктивним правом, що належить працівнику; воно визначає міру та зміст поводження працівника і разом з тим надає йому певних правомочностей, зокрема право вимагати певної поведінки від інших зобов'язаних осіб. Іншими словами, якщо працівник виявляє певне ставлення до праці, він вправі вимагати відповідної моральної оцінки його праці, поваги його гідності, трудової репутації з боку інших зобов'язаних осіб (адміністрації, громадських організацій тощо) [3, с. 27].

Вступаючи в трудові правовідносини з працівником, роботодавець отримує доступ до інформації особистого характеру щодо цього працівника. З огляду на це на нього покладається обов'язок забезпечувати захист і конфіденційність персональних даних працівника в порядку, встановленому законодавством. Відповідно до ст. 23 Закону України «Про інформацію» *інформація про особу* – це сукупність документованих або публічно оголошених відомостей про особу. Основними даними про особу (персональними даними) є: національність, освіта, сімейний стан, релігійність, стан здоров'я, а також адреса, дата та місце народження.

Одним із принципів національного права є принцип рівності. Відповідно до ст. 24 Конституції України громадяни мають рівні конституційні права та свободи, є рівними перед законом. Не може бути привілеїв чи обмежень за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками. Будучи частиною національного права, трудове право встановлює єдині для всіх працівників правила регулювання трудових відносин, чим забезпечує рівні можливості та рівне ставлення до них під час працевлаштування, оплати за працю рівної цінності, професійного зростання або звільнення. У той самий час з огляду на особливості певних категорій населення виникає необхідність диференційованого підходу до регулювання трудових правовідносин за їх участю. Передусім, це стосується неповнолітніх, інвалідів, жінок та осіб із сімейними обов'язками. Стосовно цих осіб диференціація провадиться за допомогою встановлення спеціальних правових гарантій у сфері праці. Така диференціація не суперечить принципу рівності; більше того, вона дозволяє досягти більш реальної рівності порівняно з тією, що встановлюється загальним законодавством, яке поширюється на всіх працівників. Таким чином, автори проекту Трудового кодексу цілком обґрунтовано закріпили у ст. 21 «Основні права працівника» такі права: право неповнолітніх на особливий захист від фізичного та морального ризику у зв'язку з трудовими відносинами; право працюючих жінок на особливий захист материнства; право інвалідів на соціально-трудову реабілітацію й адаптацію; право працівників із сімейними обов'язками на захист від дискримінації та узгодження в міру можливості їх трудових обов'язків із сімейними. Разом із тим вважаємо недоліком Проекту відсутність у ст. 27 «Основні обов'язки роботодавця» кореспондуючих зазначеним правам обов'язків роботодавця. У зв'язку з цим пропонуємо доповнити ст. 27 Проекту обов'язком такого змісту: «забезпечувати надання спеціальних гарантій неповнолітнім працівникам, працівникам із сімейними обов'язками, працюючим жінкам та інвалідам».

Усю сукупність суб'єктивних трудових прав роботодавця можна поділити на групи: право на добір працівників і укладення, зміну та розірвання трудових договорів; право на одержання від працівника роботи, обумовленої кількості та якості; право на організацію й управління працею; право на відшкодування шкоди, заподіяної майну роботодавця працівником унаслідок порушення ним своїх трудових обов'язків.

Ефективність діяльності будь-якої організації безпосередньо залежить від кваліфікації її працівників. Тому можливість здійснення добору працівників є важливим правом роботодавця. Крім права на добір працівників та укладення трудових договорів, для досягнення цілей і виконання завдань роботодавця він наділяється правом на зміну та розірвання трудових договорів з працівниками.

Після укладення трудового договору у роботодавця виникає право на одержання від

працівника роботи обумовленої кількості та якості. Цьому праву роботодавця кореспондує відповідний обов'язок працівника, який передбачено ч. 1 ст. 21 Кодексу законів про працю (далі – КЗпП) України. Наказ Міністерства праці та соціальної політики України «Про затвердження форми трудового договору між працівником і фізичною особою та Порядку реєстрації трудового договору між працівником і фізичною особою» від 08.06.2001 р. № 260 затвердив форму трудового договору між працівником і фізичною особою, яка передбачає обов'язок працівника виконувати роботу із зазначенням її докладних характеристик (продавця, водія, секретаря, садівника, няньки тощо) та вимог до рівня її виконання: за обсягом виробництва (робіт), якістю виконання робіт, рівня виконання норм і нормованих завдань, дотримання правил з охорони праці; строків її виконання.

Досягнення цілей, здійснення завдань і функцій роботодавця неможливо без належної організації й управління працею працівників. Тому роботодавець наділяється певними владними повноваженнями стосовно них: правом встановлювати норми, які є обов'язковими для працівників; правом давати працівникам обов'язкові до виконання вказівки; правом на застосування заходів заохочення та дисциплінарного впливу. Як зазначав В. Прокопенко, заохочення є формою сприяння сумлінному виконанню працівником своїх трудових обов'язків, сприяє здійсненню ним корисних творчих дій, які перевищують звичайні нормальні вимоги. Заохочення є публічним виявом пошани до працівника у формах, що визначаються чи дозволяються нормою права, за зразкове виконання трудових обов'язків, підвищення продуктивності праці, поліпшення якості продукції, тривалу та безперервну роботу, новаторство у праці й інші досягнення в роботі [4, с. 410]. На відміну від заохочень, що застосовуються до працівників, які сумлінно виконують свої трудові обов'язки, заходи дисциплінарного впливу застосовуються до порушників трудової дисципліни. КЗпП України не закріплює навіть орієнтовного переліку заохочень, що може застосовувати роботодавець, натомість види дисциплінарних стягнень чітко визначені ст. 147 КЗпП.

При виконанні роботи працівники зобов'язані дбайливо ставитися до майна роботодавця, вживати заходів щодо запобігання заподіянню шкоди, а роботодавець зобов'язаний створювати працівникам умови, необхідні для нормальної роботи та забезпечення збереження довіреного їм майна. Заподіяння шкоди майну роботодавця тягне матеріальну відповідальність працівника. *Матеріальна відповідальність працівників* – один із заходів захисту форм власності, оскільки є юридичним обов'язком працівника, який винно заподіяв шкоду, відшкодувати її у встановленому законом розмірі [5, с. 332]. Цьому обов'язку працівника кореспондує право роботодавця на відшкодування шкоди, заподіяної працівником унаслідок порушення ним своїх трудових обов'язків.

Юридичним змістом трудових правовідносин службовців правоохоронних органів є як зазначені права й обов'язки, так і окремі специфічні права й обов'язки, зумовлені характером діяльності правоохоронних органів. Так, для службовців правоохоронних органів законодавець встановлює певні обмеження та заборони (наприклад, особам рядового та начальницького складу органів внутрішніх справ забороняється займатися будь-якими видами підприємницької діяльності, а також організовувати страйки, брати участь у них). Іншими словами, одним із обов'язків службовців правоохоронних органів є дотримання обмежень і непорушення заборон, що встановлені законодавством. Відомо, що виконання посадових обов'язків службовцями правоохоронних органів безпосередньо пов'язано з небезпекою для їх життя та здоров'я, життя і здоров'я членів їх сімей, а також майна, яке їм належить. З огляду на це держава наділяє їх правом на державний захист зазначених цінностей.

Слід зазначити, що в системі національного законодавства сьогодні відсутній комплексний законодавчий акт, який би визначав правові основи організації та діяльності правоохоронних органів України. У чинних законодавчих актах, які регламентують діяльність окремих правоохоронних органів (закони України «Про статус суддів», «Про прокуратуру», «Про міліцію», «Про Службу безпеки України», «Про державну охорону органів державної влади України та посадових осіб», «Про Державну прикордонну службу України»), права й обов'язки службовців і правоохоронних органів у сфері служби прописані недостатньо чітко або відсутні взагалі.

З метою чіткого й однозначного розуміння юридичного змісту трудових правовідносин службовців правоохоронних органів існує доцільність в узагальненні та закріпленні прав і обов'язків службовців та правоохоронних органів як роботодавців у сфері проходження служби в комплексному законі з орієнтовною назвою «Про правоохоронну службу України». Пропонуємо такі назви та зміст статей:

«Стаття... **Основні права службовця**

Службовець має право на:

отримання роботи, що відповідає посадовим інструкціям та іншим документам, що визначають його права й обов'язки за посадою;

належні умови, необхідні для виконання посадових обов'язків;

отримання інформації щодо умов праці та вимог охорони праці на робочому місці;

повагу його гідності та честі, конфіденційність персональних даних, їх захист;

рівні можливості та рівне ставлення до нього при вирішенні питання щодо оплати праці, професійного зростання і звільнення;

відпочинок;

справедливу оплату праці (не нижчу від визначеної законом мінімальної заробітної плати) та своєчасну її виплату у повному розмірі;

особливий захист материнства;

отримання інформації та матеріалів, необхідних для виконання посадових обов'язків, а також на внесення пропозицій щодо вдосконалювання діяльності правоохоронного органу;

доступ у встановленому порядку до інформації, що становить державну таємницю, якщо виконання посадових обов'язків пов'язано з використанням такої інформації;

доступ у встановленому порядку у зв'язку з виконанням посадових обов'язків до державних органів, органів місцевого самоврядування, громадських організацій, на підприємства;

ознайомлення з відгуками щодо своєї професійної діяльності й іншими документами до внесення їх у його особову справу, матеріалами особової справи, а також на долучення до особової справи його письмових пояснень та інших документів і матеріалів;

професійну підготовку, перепідготовку та підвищення кваліфікації;

членство в професійних спілках у випадках, встановлених законодавством;

проведення за його заявою службової перевірки;

захист своїх прав, обов'язків і законних інтересів на службі в правоохоронному органі, у тому числі оскарження в суді їх порушення;

соціальний захист;

припинення трудових правовідносин;

державний захист свого життя та здоров'я, життя та здоров'я членів своєї сім'ї, а також майна, що їм належить».

«Стаття... **Основні обов'язки службовця**

Службовець зобов'язаний:

дотримуватися Конституції України та інших нормативно-правових актів України та забезпечувати їх виконання;

особисто та сумлінно виконувати посадові обов'язки відповідно до посадових інструкцій, а також вказівки відповідних керівників, які даються в межах їх повноважень, встановлених законодавством;

дотримуватися норм з охорони праці;

дотримуватися при виконанні посадових обов'язків прав і законних інтересів фізичних і юридичних осіб;

дотримуватися трудової дисципліни і правил внутрішнього трудового розпорядку;

підтримувати рівень кваліфікації, необхідний для належного виконання посадових обов'язків;

не розголошувати відомості, що становлять державну й іншу охоронювану законом таємницю, а також відомості, що стали йому відомими у зв'язку з виконанням посадових обов'язків, у тому числі відомості, що стосуються приватного життя та здоров'я громадян або зачіпають їх честь і гідність;

берегти державне майно, у тому числі надане йому для виконання посадових обов'язків;

відшкодувати шкоду, заподіяну майну роботодавця внаслідок порушення службовцем своїх посадових обов'язків;

повідомляти безпосереднього керівника про причини відсутності на роботі;

негайно повідомляти безпосереднього керівника про загрозу його життю та здоров'ю, життю і здоров'ю членів його сім'ї, збереженню їх майна;

не допускати вчинків, які порочать його як службовця правоохоронного органу або дискредитують орган, у якому він працює;

надавати у встановленому порядку передбачені законом відомості щодо себе і членів своєї сім'ї, у тому числі відомості про доходи та зобов'язання фінансового характеру, а також відомості про належні йому та членам його сім'ї нерухоме та цінне рухоме майно, вклади у банках і цінні папери;

повідомляти про вихід із громадянства України або про набуття громадянства іншої держави в день виходу з громадянства України або в день набуття громадянства іншої держави;

дотримуватися обмежень та не порушувати заборони, встановлені законодавством;

повідомляти про особисту заінтересованість при виконанні посадових обов'язків, що може призвести до конфлікту інтересів, вживати заходів до запобігання такому конфлікту».

«Стаття... **Основні права роботодавця**

Роботодавець має право на:

добір службовців;

прийняття, переведення, переміщення, відсторонення та звільнення службовців із служби;

вимагання від службовця виконання посадових обов'язків, вказівок, нормативних актів роботодавця, дотримання правил внутрішнього трудового розпорядку, норм з охорони праці, а також дбайливого ставлення до ввіреного службовцю майна;

заохочування працівників за результатами праці;

застосування передбачених законом дисциплінарних стягнень за невиконання або неналежне виконання службовцями посадових обов'язків;

відшкодування шкоди, заподіяної його майну службовцем внаслідок порушення ним своїх посадових обов'язків;

прийняття нормативних актів».

«Стаття... **Основні обов'язки роботодавця**

Роботодавець зобов'язаний:

надати службовцю роботу, яка відповідає посадовим інструкціям та іншим документам, що визначають його права й обов'язки за посадою;

створити належні умови праці, необхідні для виконання службовцем посадових обов'язків;

надавати службовцю інформацію щодо умов праці та вимог охорони праці на робочому місці;

поважати гідність і честь службовця, забезпечувати захист та конфіденційність його персональних даних;

забезпечувати рівні можливості та рівне ставлення до службовців при вирішенні питання щодо оплати праці, професійного зростання та звільнення;

забезпечувати відпочинок;

своєчасно і в повному розмірі здійснювати оплату праці службовців та інші виплати, передбачені законодавством, колективним і трудовим договорами;

сприяти забезпеченню захисту материнства;

сприяти отриманню інформації та матеріалів, необхідних для виконання службовцем посадових обов'язків, а також внесенню пропозицій щодо вдосконалення діяльності правоохоронного органу;

сприяти отриманню доступу у встановленому порядку до інформації, що становить державну таємницю, якщо виконання посадових обов'язків пов'язано з використанням такої інформації;

сприяти отриманню доступу в установленому порядку у зв'язку з виконанням посадових обов'язків до державних органів, органи місцевого самоврядування, громадських організацій та підприємств;

забезпечити ознайомлення службовця з відгуками щодо його професійної діяльності й іншими документами до внесення їх у його особову справу, матеріалами особової справи, а також долучення до особової справи його письмових пояснень та інших документів і матеріалів;

забезпечити своєчасне проходження професійної підготовки, перепідготовки та підвищення кваліфікації;

сприяти створенню у випадках, передбачених законодавством, профспілкових організацій і забезпечувати умови для здійснення ними своєї діяльності;

проводити службову перевірку за заявою службовця;

забезпечувати соціальний захист службовця;

забезпечити можливість використання службовцем права на припинення трудових правовідносин;

сприяти здійсненню захисту життя та здоров'я службовця, життя і здоров'я членів його сім'ї, а також майна, яке їм належить».

Література

1. *Алексеев С. С.* Проблемы теории права: В 2 т. – Свердловск, 1972. – Т. 1. – 396 с.

2. *Иванов С. А., Лившиц Р. З., Орловский Ю. П.* Советское трудовое право: вопросы теории. – М., 1978. – 368 с.

3. *Бару М. И.* Охрана трудовой чести по советскому законодательству. – М., 1966. – 104 с.

4. *Прокопенко В. І.* Трудове право України. – Х., 1998. – 480 с.

5. *Гусов К. Н., Толкунова В. Н.* Трудовое право России. – М., 2003. – 496 с.

Rang of the problems of juridical content of the labour legal relationships with the officers of law machinery is investigated. Rights and duties of the officers of law machinery and law machinery as employers are defined. With the purpose of the clear and unambiguous understanding of juridical content of the labour legal relationships with the officers of law machinery it is proposed to generalize and allocate rights and duties of the officers and law machinery in the area of service in a complax law with the tentative name «About law-enforcement service of Ukraine».

В статье исследуется проблематика юридического содержания трудовых правоотношений служащих правоохранительных органов, определены права и обязанности служащих правоохранительных органов и правоохранительных органов как работодателей.

ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОЇ ПРИРОДИ ТА ЗАСТОСУВАННЯ СПЕЦІАЛЬНИХ ДЕЛІКТІВ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ

Ганна Пендяга,
канд. юрид. наук,
доцент кафедри права
Київського національного лінгвістичного університету

У статті досліджуються особливості інституту деліктних зобов'язань, зокрема, з відшкодування шкоди, завданої працівником, правова природа цих зобов'язань, у тому числі з позиції окремих систем права.

Ключові слова: деліктні правовідносини, відповідальність за шкоду, завдану працівником, відшкодування шкоди.

Згідно із ст. 3 Конституції України основним обов'язком держави є утвердження та забезпечення прав і свобод людини. У правовій державі на першому плані права та законні інтереси громадян, особистості, які більш гостро потребують правового та соціального захисту, у тому числі у зв'язку із правовідносинами щодо відшкодування завданої шкоди. Перш за все, до категорії цих осіб потрібно віднести тих, хто постраждав від делікту. Такі особи прагнуть відновлення своїх прав; у цьому процесі провідну роль відіграють норми зобов'язального права, зокрема щодо деліктних зобов'язань.

Метою цієї статті є дослідження особливостей і змісту окремих деліктних зобов'язань, правова природа яких пов'язана із ноксальними правовідносинами.

Порівняльне правознавство у сфері деліктного права було предметом дослідження Ю. Матвеєва (відносно англо-американської правової системи), та К. Цвайгерта і Х. Кетца (щодо романо-германської правової системи). Ці дослідження стосувалися питань деліктної відповідальності за законодавством США, Англії, Франції, Німеччини. Генезис правових ідей української правової доктрини деліктного права не досліджувався. Тому згадані наукові розвідки не можуть вважатися такими, що дозволяють повною мірою встановити спільні витоки інституту ноксальної відповідальності та тенденції його розвитку в сучасних умовах [1, с. 118].

Нарівні із загальним правилом деліктної відповідальності, за яким кожний відповідає лише за завдання шкоди власними діями, римські юристи встановили спеціальні правила щодо відповідальності одних осіб за дії інших – ноксальну відповідальність [1, с. 117]. Серед іншого, у цивілістичному просторі України передбачені норми, які встановлюють деліктну відповідальність осіб за «чужі» дії. Зокрема, відповідальність:

- юридичної та фізичної особи за шкоду, завдану їх працівником під час виконання ним своїх трудових та/або службових обов'язків (ч. 1 ст. 1172 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України);
- замовника за шкоду, завдану іншій особі підрядником, однак у випадку, якщо останній діяв за завданням замовника (ч. 2 ст. 1172 ЦК України);
- батьків (усиновлювачів), опікунів та інших фізичних осіб, які на правовій підставі здійснюють виховання малолітньої особи (наприклад, на підставі договору патронату тощо), за шкоду, заподіяну малолітньою особою (ч. 1 ст. 1178 ЦК України);
- навчального закладу, закладу охорони здоров'я й іншого закладу, зобов'язаного здійснювати нагляд за малолітньою особою, та фізичної особи, що здійснює нагляд на підставі договору за малолітньою особою за шкоду, заподіяну останньою (ч. 2 ст. 1178 ЦК України);
- батьків, усиновлювачів, піклувальників
- батьків, позбавлених батьківських, прав за шкоду, завдану дитиною (ст. 1183 ЦК України);
- опікуна або закладу, зобов'язаного здійснювати нагляд, за шкоду, заподіяну недієздатною особою (ч. 1 ст. 1184 ЦК України);
- чоловіка або дружини, батьків повнолітніх дітей за шкоду, заподіяну особою, яка не усвідомлювала значення своїх дій та / або не могла керувати ними у зв'язку з психічним розладом або недоумством (ч. 2 ст. 1186 ЦК України).

Обґрунтовано до питання обов'язку роботодавця відповідати за дії працівника підійшла доктрина цивільного права Франції. Абзац 1 ст. 1384 Французького цивільного кодексу (далі – ФЦК) встановлює відповідальність за речі, які знаходяться під наглядом володільця («gardien») [2, с. 430].

© Г. Пендяга, 2010

Згідно із ст. 1385 ФЦК власник тварини або той, хто нею користується, несе відповідальність за шкоду, заподіяну цією твариною (як у випадку, коли вона знаходилася у вказаної особи, так і у випадку, коли вона заблукала або втекла). Що стосується власників споруд, то ст. 1386 ФЦК передбачається, що останні несуть відповідальність за шкоду, заподіяну руйнуванням будівлі, якщо руйнування виникло у зв'язку із недостатнім доглядом за будівлею або недоліками в її конструкції [2, с. 430]. Отже, власники аварійних споруд та утримувачі тварин несуть відповідальність незалежно від їх вини.

Відповідно до рішення, прийнятого на спільному засіданні палат Касаційного суду з цивільних справ від 02.12.1941 р., «gardien» є особа, яка відповідно до обставин справи користується річчю, здійснює над нею управління та контроль («usage, direction et controle»), тобто «gardien» має реальну владу розпоряджатися річчю фізично. Навіть тирічний хлопчик повинен розглядатися як особа, яка розпоряджається своєю палицею, у разі, якщо він ушкодив нею око свого співігрока. Проте, якщо працівник використає автомобіль в особистих цілях, власник, як правило, втрачає «garde», як і у випадках крадіжки автомобіля у власника або у разі передачі автомобіля спеціалізованій організації для ремонту [3, с. 449–450].

У випадках заподіяння шкоди під час транспортування відповідних речей питання кваліфікації делікту ускладнюється. Так, популярності набула справа про рідкий кисень («affaire de l'Oxygene liquide»), в якій компанія-відповідач передала певну кількість скрапленого кисню фрахтівникові для поставки споживачу. У момент вивантаження на території споживача декілька бутлів спалахнуло, що спричинило ушкодження двох працівників, які пред'явили відповідачу позов з відшкодування шкоди. Проте Апеляційний суд м. Пуатьє визнав фрахтівника повновладним розпорядником («gardien») бутлів. Касаційний суд скасував це рішення та передав справу Апеляційному суду в Анжере із вказівкою з'ясувати («si le detent"ur auquel la garde aurait ete transgeree avait l'usage de l'objer qui a cause le prejudice ainsi que le pouvoir de surveiller et d'en controler tous les elements»), чи володів утримувач, якому було передане право повного розпорядження (garde), повноваженнями користуватися предметом, що завдав шкоди, як і владою здійснювати за ним спостереження та контролювати всі його компоненти. Анжерський суд також визнав відповідальним фрахтівника. Справа знову повернулася в Касаційний суд, який остаточно ухвалив, що відповідач-власник є «gardien», тобто повновладним розпорядником [3, с. 450].

На думку К. Цвайгерт та Х. Кетц, загальна позиція Касаційного суду полягала в тому, що при вибуху пляшки з газом їх власник залишається відповідальним за заподіяну шкоду як «gardien» (повноправний розпорядник), якщо, як у цьому випадку, погодиться з тим, що причиною вибуху був невиявлений дефект матеріалу, з якого були зроблені пляшки. Відповідно до однієї із численних точок зору, слід розрізняти контроль за поведінкою речі та контроль за її обладнанням. У першому випадку відповідальність несе фрахтівник, в іншому – власник речі. І суддя в кожному конкретному випадку повинен вирішувати, чи причиною шкоди є поводження з річчю чи властиві їй конструктивні або якісні дефекти [3, с. 450–451].

Прихильники такої точки зору [3, с. 451] вказують на ті обставини, що, виходячи з юридико-технічних особливостей страхування, рекомендується, щоб страхування відповідальності брав на себе не фрахтівник, а постачальник газу, що постійно використовує такі пляшки для своєї продукції, оскільки його страхові ризики набагато легше скалькулювати. У випадках відповідальності виробника («Produzenthaftung») суди також іноді використовують доктрину розходжень між «контролем за поводженням з річчю» та «контролем за її обладнанням» («garde du comportement» й «garde de la structure»). Вони виходять із того, що потерпілий від вибуху пляшки з мінеральною водою може вимагати на підставі абз. 1 ст. 1384 ЦКФ відшкодування шкоди виробником, що займається розливом мінеральної води в пляшки[1], адже він продовжує залишатися її «gardien» у тому, що стосується властивих їй внутрішніх якостей, насамперед дефектів матеріалу, з яких вона зроблена [3, с. 451].

Категорії професійного та підприємницького ризику є предметом доктринальних досліджень у цивілістиці [4; 5, с. 358–406; 6, с. 486–582; 7; 8] та питання правових мотивів, які виправдовують застосування відповідальності, що базується на ризику відомо, і є дискусійним в сучасному європейському цивільному праві. Існують різні твердження щодо окресленого питання. Найпоширенішою є думка, згідно з якою у разі дозволу підприємцю поширити сферу своєї діяльності за допомогою найманих працівників та в зв'язку з цим, створити для себе можливість отримання більшого прибутку він, відповідно, зобов'язаний прийняти на себе і більший ризик, пов'язаний з відповідальністю за заподіяння шкоди третім особам: «qui sentit commodum debet sentire et onus» (той, хто набуває вигоди, повинен взяти на себе й зобов'язання). Проте існують заперечення щодо цієї точки зору, оскільки вона не може

пояснити, чому діюче право не покладає на володільця (підприємця) також і ризик заподіяння шкоди третім особам невинуватими діями підлеглих. Зазначене заперечення спростовується іншою теорією, згідно з якою відповідальність покладається на підприємця у зв'язку з тим, що підлеглий є його «другим я» (alter ego»), його «рукою» («long arm»), а тому вина підлеглого повинна розглядатися як вина його підприємця: «Qui facit per alium facit per se» (той, хто діє через іншого, той діє сам). Крім того, згідно із ще однією точкою зору відповідальність підприємця за вину своїх підлеглих виправдовується на тій підставі, що це дає йому додатковий стимул приймати підвищені застережні заходи щодо заподіяння шкоди третім особам [3, с. 425–426].

Втім, наведене стосується правових мотивів застосування деліктних зобов'язань, які цілком придатні для обґрунтування ноксальної відповідальності в правовому просторі українського законодавства. Тому в ракурсі ст. 1182 ЦК України відносини щодо відшкодування шкоди кореспондуються особі, яка її безпосередньо не завдавала (незалежно від її вини), однак на підставах, притаманних основам підприємницького ризику зобов'язана в повному обсязі, на відміну від трудового права, покрити розмір останньої.

Суб'єктом відповідальності можуть бути: юридична особа або фізична особа (роботодавці); замовник у договорі (цивільно-правовому); підприємницькі товариства або кооперативи.

Склад цивільного правопорушення. Умовами відшкодування шкоди, заподіяної у зв'язку з виконанням трудових (службових) обов'язків, є наявність шкоди, протиправність і причинний зв'язок між шкодою та протиправною поведінкою. Крім зазначених умов, для виникнення зобов'язальних відносин необхідна наявність спеціальних умов, які в даному спеціальному делікті є обов'язковими. Тому у разі заподіяння шкоди працівником необхідними є встановлення трудових (службових, договірних тощо) відносин та виконання працівником своїх обов'язків, виконання підрядником доручень (завдань) замовника, здійснення підприємницької й іншої діяльності від імені товариства чи кооперативу. Крім того, враховується те, що працівники, підрядник, учасники (члени) при цьому діяли або повинні були діяти за завданням фізичних або юридичних осіб (роботодавців) та під їх контролем за безпекою виконання робіт. Викладене свідчить, що відповідальність роботодавця (фізичної особи, організації, кооперативу) виникає за шкоду, заподіяну її працівником, виконавцем, учасником (членом) відповідно, якщо вона заподіяна протиправним діянням при виконанні трудових (службових, договірних) обов'язків протягом робочого часу.

Особливості спеціального делікту. На відміну доктрини німецького, французького та загального цивільного права [3, с. 415–417], в Україні у разі завдання шкоди працівником, підрядником, учасником (членом) певними діями (наприклад, нанесення тілесних ушкоджень, хуліганство), які за своїм характером не входять до трудових (службових) обов'язків, не випливають із них, шкода підлягає відшкодуванню на загальних підставах (ст. 1166 ЦК України) безпосереднім заподіювачем.

За вимогами третіх осіб, що ґрунтуються на неналежному виконанні працівником своїх трудових обов'язків (відшкодування шкоди їх майну, здоров'ю, виплаченої пенсії, допомоги по соціальному страхуванню тощо) відповідальність несе фізична, юридична особа, товариство, кооператив, замовник як за свої дії, тому останні не вправі пред'явити зворотну вимогу працівнику, підряднику, учаснику (члену) в порядку цивільного законодавства. Регресний порядок відшкодування завданої шкоди в результаті виконання трудових (службових) обов'язків у зв'язку із заподіянням шкоди третім особам та їх майну може бути запроваджений щодо працівника, юридичної чи фізичної особи, підрядника замовника, учасника товариства та члена кооперативу в ракурсі матеріальної відповідальності згідно з нормами трудового законодавства.

Трудове законодавство (статті 132–134 Кодексу законів про працю України), у свою чергу, передбачає два види матеріальної відповідальності працівників: повну та обмежену. Матеріальна відповідальність учасників трудових відносин (договору) за шкоду, заподіяну підприємству, установі, організації може бути застосована лише за наявності таких умов:

- наявність прямої дійсної шкоди власнику;
- наявність протиправної поведінки (невиконання або неналежне виконання трудових обов'язків);
- наявність причинного зв'язку між протиправними діями (бездіяльністю сторін трудового договору та виникненням майнової шкоди);
- наявність вини працівника (у формі умислу або необережності).

У зв'язку з цим у суді повинні бути з'ясовані такі обставини: наявність прямої дійсної шкоди та її фактичний розмір; якими саме неправомірними діями заподіяна шкода та чи входили до функцій працівника обов'язки, неналежне виконання яких призвело до шкоди; в чому полягала його вина; в якій конкретно обстановці заподіяна шкода; чи були створені умови, які забезпечували схо-

ронність матеріальних цінностей і нормальну роботу з ними; майновий стан працівника.

Слід зазначити, що відповідно до ст. 132 Кодексу законів про працю України винуватий працівник несе відповідальність за шкоду, заподіяну підприємству, установі, організації лише в розмірі прямої дійсної шкоди, однак не більше свого середнього місячного заробітку, який визначається відповідно до затвердженого постановою Кабінету Міністрів України Порядку обчислення середньої заробітної плати від 08.02.1995 р. № 100, а саме виходячи з виплат за останні два календарних місяці роботи, що передують вирішенню судом справи про відшкодування шкоди, або фактично відпрацьований час, якщо працівник пропрацював менше двох місяців, а в разі, коли працівник останні місяці перед вирішенням справи не працював або справа вирішується після його звільнення – виходячи з виплат за попередні два місяці роботи на даному підприємстві (в установі, організації).

Якщо шкода заподіяна з вини не лише працівника, до якого пред'явлено позов, а й посадових осіб роботодавця, згідно із ст. 105 Цивільного процесуального кодексу України останні притягаються до участі у справі як співвідповідачі. Якщо шкоду заподіяно кількома працівниками, встановлюється які конкретно порушення трудових обов'язків допустив кожен працівник, ступінь його вини та пропорційна частка загальної шкоди, за яку до нього може бути застосовано відповідний вид і межі матеріальної відповідальності. Згідно із п. 16 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику розгляду судами цивільних справ за позовами про відшкодування шкоди» від 27.03.1992 р. солідарна матеріальна відповідальність застосовується лише за умови, якщо суд встановив, що шкода заподіяна спільними умисними діями кількох працівників або працівника та інших осіб. Однак у порядку цивільного судочинства суд вправі зобов'язати цих осіб відшкодувати шкоду солідарно, якщо при постановленні обвинувального вироку цивільний позов був залишений без розгляду або вирок у частині цивільного позову скасовано і справа в цій частині направлена на новий розгляд у порядку цивільного судочинства.

Безумовно, зазначене дозволяє зробити **висновок** про наявність взаємозв'язку деліктних ноксальних правовідносин у законодавчих нормах, доктрині та судовій практиці багатьох країн в ході рецепції римського приватного права. Крім того, подальші дослідження щодо визначення та розмежування цих правових конструкцій і проблем їх тлумачення та застосування сприятимуть розвитку правового забезпечення відшкодування шкоди, завданої працівником фізичної (у тому числі фізичної особи-підприємця) та юридичної особи в Україні.

Література

1. *Гринько С. Д.* Ноксальна відповідальність за законодавством Франції, Німеччини та України: порівняльно-правовий аспект // Форум права. – 2009. – № 1. – С. 117–122 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.nbuv.gov.ua/ejournals/FP/2009-1/09gcdppa.pdf.

2. *Гражданский* кодекс Франции (Кодекс Наполеона). – К., 2006. – 1008 с.

3. *Цвайгерт К., Кетц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2 т. – М., 1998. – Т. 2. – 512 с.

4. *Варул П. А.* Методологические проблемы исследования гражданско-правовой договорной ответственности: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Л., 1985. – 18 с.

5. *Архипов Д. А.* Опыт теории риска в договорном обязательстве // Актуальные проблемы гражданского права / Под ред. О. Ю. Шилохвоста. – М., 2005. – Вып. 9. – С. 358–406.

6. *Аномалії* в цивільному праві України. – К., 2007. – 912 с.

7. *Кабышев О. А.* Предпринимательский риск: правовые вопросы: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1996. – 27 с.

8. *Хмелевский И. Н.* Проблемы риска в гражданском законодательстве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2001. – 25с.

The article is devoted to the research of the peculiarities of the institution of the delictual obligation, especially of the compensation of damages caused by the employee. The legal nature of these obligations is investigated on the position of particular law systems.

В статье исследуются особенности института деликтных обязательств, в частности, по возмещению вреда, причиненного работником, правовая природа этих обязательств, в том числе с позиции отдельных систем права.

ДОГОВІР ПРОСТОГО ТОВАРИСТВА ПРИ СТВОРЕННІ ПРОМИСЛОВО-ФІНАНСОВОЇ ГРУПИ

Галина Юровська,
здобувачка Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва АПрН України,
суддя апеляційного суду Київської області

У статті аналізуються особливості договору про спільну діяльність при створенні промислово-фінансової групи, Генеральна угода про спільну діяльність.

Ключові слова: спільна діяльність, договір простого товариства, промислово-фінансова група.

Договір простого товариства на даний час достатньо широко застосовується при здійсненні різних господарських, соціально-культурних та інших операцій за участю як громадян, так і організацій, зокрема, при створенні науково-виробничих комплексів, наукових інститутів і вузів на базі майна виробничих підприємств, при здійсненні постачальницько-збутової, будівельної діяльності тощо. Таке поширення договору простого товариства в сучасному цивільному обороті породжує багато питань теоретичного характеру, що стосуються цього договору. Так, заслуговує на увагу питання використання договору про спільну діяльність при створенні промислово-фінансової групи, дослідження того, чи є передбачена в даному випадку спеціальним законом Генеральна угода про спільну діяльність договором простого товариства.

Науково-теоретичне розроблення окремих аспектів спільної діяльності та договору простого товариства досліджували О. Дзера, А. Довгерт, В. Луць, А. Масляєв, І. Масляєв, В. Коссак, Н. Коровяковська, С. Погуляєв, Ю. Дмитрієва, В. Резнікова, О. Блажівська та ін. Проте питання особливостей договору про спільну діяльність при створенні промислово-фінансової групи детально не досліджувалось, а тому потребує окремого вивчення та аналізу.

Метою цієї статті є дослідження особливостей договору про спільну діяльність при створенні промислово-фінансової групи (далі – ПФГ), порівняння Генеральної угоди про спільну діяльність з договором простого товариства.

Під фінансово-промисловою групою у світовій економіці розуміють широке коло інтегрованих структур, що існують у визначених організаційно-правових формах, у тому числі великі національні та транснаціональні корпорації [1, с. 78].

За сучасних умов утворення та діяльність ПФГ стають одним із основних напрямів розвитку національної і світової економіки. Значного поширення вони набули у США, Японії, Кореї, ФРН та інших країнах. За своїм суб'єктним складом ПФГ поділяються на національні та транснаціональні корпорації [2, с. 164].

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про промислово-фінансові групи в Україні» (далі – Закон) промислово-фінансовою групою є об'єднання, до якого можуть входити промислові підприємства, сільськогосподарські підприємства, банки, наукові та проектні установи, інші установи й організації всіх форм власності, що мають на меті отримання прибутку, та яке створюється за рішенням уряду на певний термін з метою реалізації державних програм розвитку пріоритетних галузей виробництва та структурної перебудови економіки України, у тому числі програми згідно з міждержавними договорами, а також виробництва кінцевої продукції.

Більшість авторів кваліфікують договори про створення фінансово-промислових груп як договори простого товариства [1, с. 78]. Якщо порівняти Генеральну угоду про спільну діяльність щодо виробництва кінцевої продукції ПФГ, передбачену Законом, та договір простого товариства, можна віднайти певні відмінності. На відміну від договору простого товариства учасниками Генеральної угоди про спільну діяльність не можуть бути фізичні особи. Сторони в договорі простого товариства відповідно до глави 77 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України називаються учасниками. А у Генеральній угоді не тільки визначена назва сторін договору – Головне підприємство та учасники ПФГ, а й передбачено, які підприємства й організації можуть ними бути. Так, Головне підприємство ПФГ – це підприємство, створене відповідно до законодавства України, яке виробляє кінцеву продукцію ПФГ, здійснює її збут, сплачує податки в Україні й офіційно представляє інтереси ПФГ в Україні та за її межами. Головне підприємство ПФГ втрачає право на будь-які пільги з питань оподаткування, яке воно мало або може мати згідно з чинним законодавством України. Учасниками ПФГ можуть бути підприємство, банк або наукова чи

© Г. Юровська, 2010

проектна установа, організація, створені згідно з законодавством України, або іноземна юридична особа, що входить до складу ПФГ, виробляє проміжну продукцію ПФГ або надає банківські й інші послуги учасникам і головному підприємству ПФГ, має на меті отримання прибутку.

Для укладення договору простого товариства потрібно лише добровільне волевиявлення сторін і відповідно до вимог ст. 1131 ЦК України повинна бути дотримана письмова форма. Промислово-фінансова група створюється на підставі рішення уряду, а тому Законом передбачено, що Генеральна угода про спільну діяльність підлягає затвердженню постановою Кабінету Міністрів України.

У договорі простого товариства учасники самостійно відповідно до вимог статей 1132–1143 ЦК України визначають умови договору. Самостійність сторін Генеральної угоди про спільну діяльність обмежена державними програмами, з метою реалізації яких і створено ПФГ. Істотні умови цієї угоди визначені п. 3 ст. 2 Закону, до яких відносяться:

- назва ПФГ;
- перелік затверджених у встановленому законодавством порядку державних програм, з метою реалізації яких створюється ПФГ;
- визначення головного підприємства ПФГ;
- кандидатура президента ПФГ, його права й обов'язки, порядок звільнення з посади;
- перелік учасників ПФГ;
- перелік кінцевої продукції ПФГ;
- термін дії угоди;
- інші умови, передбачені законодавством, та ті, які визнають необхідними ініціатори створення ПФГ.

Порядок набрання чинності договором також має свої відмінності. Договір простого товариства відповідно до загальних вимог ст. 638 ЦК України вважається укладеним з моменту досягнення згоди з усіх істотних умов договору в належній (у даному випадку – письмовій) формі. Генеральна угода про спільну діяльність набуває чинності з дня прийняття Кабінетом Міністрів України постанови про створення ПФГ, що збігається з реєстрацією ПФГ. Отже, до моменту прийняття Кабінетом Міністрів України постанови про створення (реєстрацію) ПФГ у учасників ПФГ відсутні правові підстави вимагати виконання Угоди.

Укладення Генеральної угоди про спільну діяльність регулюється спеціальним законом, а тому ЦК України до цієї угоди застосовується в частині, що не суперечить Закону. Після прийняття Закону України «Про промислово-фінансові групи в Україні» від 21.11.1995 р. Вищий арбітражний суд України (нині – Вищий господарський суд України) одразу звернув увагу судів при вирішенні спорів, пов'язаних з укладенням, виконанням, зміною та розірванням Генеральної угоди про спільну діяльність щодо виробництва кінцевої продукції ПФГ, на необхідність керуватися нормами законодавства, що регулюють відповідні відносини, зокрема ЦК України та антимонопольним законодавством (Інформаційний лист Вищого арбітражного суду України від 25.06.1996 р. № 01-8/234 «Про Закон України «Про промислово-фінансові групи в Україні»).

Договір простого товариства, виходячи із змісту ст. 1142 ЦК України, буває безстроковим або укладається на визначений строк. Крім того, досягнення мети договору простого товариства може бути визначено як скасувальна умова.

Генеральна угода про спільну діяльність укладається лише на визначений строк (зазначення терміну її дії у тексті угоди є обов'язковим відповідно до ст. 2 Закону). ПФГ створюється лише на певний термін (ст. 1 Закону).

За договором простого товариства метою учасників є отримання прибутку або досягнення іншої мети. Головне підприємство й учасники промислово-фінансової групи обов'язково мають на меті отримання прибутку. Крім того, Законом передбачені певні особливості діяльності, для якої ПФГ створюється, а саме – з метою реалізації державних програм розвитку пріоритетних галузей виробництва та структурної перебудови економіки України, у тому числі програми згідно з міждержавними договорами, а також виробництва кінцевої продукції.

Ведення спільних справ і вступ у відносини з третіми особами у договорі простого товариства та ПФГ теж має свої відмінності. Так, відповідно до вимог ст. 1135 ЦК України під час ведення спільних справ кожен учасник має право діяти від імені всіх учасників, якщо договором простого товариства не встановлено, що ведення справ здійснюється окремими учасниками або спільно всіма учасниками договору простого товариства. У разі спільного ведення справ для вчинення кожного правочину потрібна згода всіх учасників. У відносинах із третіми особами повноваження учасника вчиняти правочини від імені всіх учасників посвідчується довіреністю, виданою йому іншими учасниками, або договором простого товариства.

За Генеральною угодою визначається головне підприємство, керівник якого є Президентом ПФГ і без довіреності представляє інтереси ПФГ в Україні та за її межами. Вимога ст. 1135 ЦК України щодо видачі довіреності для ведення спільних справ у даному випадку не застосовується. Головне підприємство укладає договори, пов'язані з досягненням мети, для якої створена ПФГ, від власного імені, набуває цивільних прав і несе обов'язки за цими договорами.

Законом передбачені також окремі види ПФГ, що виникають внаслідок укладення Генеральної угоди про спільну діяльність: ПФГ за участю українського головного підприємства й учасників ПФГ і Транснаціональна ПФГ – це ПФГ, до складу учасників якої входять українські й іноземні юридичні особи.

Є відмінності й у порядку виходу учасників із договорів, що порівнюються. Так, виключення

(вихід) головного підприємства або учасника ПФГ із складу ПФГ здійснюється шляхом прийняття постанови Кабінетом Міністрів України. Якщо це стосується головного підприємства, то вихід тягне за собою реорганізацію ПФГ та її нову реєстрацію.

Вихід учасника договору простого товариства у зв'язку з відмовою від подальшої участі у договорі простого товариства тягне припинення цього договору лише у випадку, якщо домовленістю між учасниками не передбачено збереження договору щодо інших учасників.

Разом із тим між договором простого товариства та Генеральною угодою про спільну діяльність спільними є такі ознаки, які дають підстави стверджувати що обидва договори є договорами про спільну діяльність, а саме – обов'язок учасників спільно діяти без створення юридичної особи для досягнення спільної мети, що не суперечить закону. Дійсно, і за договором простого товариства, і у Генеральній угоді при створенні ПФГ учасники зберігають свою правосуб'єктність і не створюють окремої юридичної особи на підставі укладеного договору. Так, відповідно до Закону головне підприємство та учасники ПФГ зберігають статус юридичної особи, а також незалежність у здійсненні виробничої, господарської та фінансової діяльності відповідно до цього Закону та укладеної Генеральної угоди про спільну діяльність.

Оскільки за Генеральною угодою про спільну діяльність учасники об'єднують вклади та зобов'язуються спільно діяти, цей правочин є договором простого товариства. У договорі простого товариства і Генеральній угоді про спільну діяльність визначається обов'язок кожного з учасників щодо вкладів, необхідних для досягнення мети. Такими вкладами можуть бути грошові суми, майно, трудова участь, надання послуг, розробка і забезпечення проектною документацією тощо.

Внесене учасниками майно і за Генеральною угодою, і за договором простого товариства, а також вироблена у результаті спільної діяльності продукція, отримані від такої діяльності плоди та доходи є спільною частковою власністю учасників, якщо інше не передбачено договором або законом. Тому у разі припинення договору (у тому числі реорганізації або ліквідації ПФГ) учасник має право вимагати повернення своєї частки спільного майна у натурі або шляхом грошової чи іншої матеріальної компенсації, якщо виділ у натурі неможливий у порядку, передбаченому ст. 364 ЦК України. У процесі дії договору кожен учасник без згоди інших учасників не має права розпоряджатися своєю часткою у спільній власності. Але з метою реалізації державних програм право розпоряджатися спільним майном, у тому числі шляхом його відчуження, має головне підприємство ПФГ за умови, що це передбачено Генеральною угодою про спільну діяльність.

Слід також зазначити, що оскільки метою є отримання прибутку, Генеральна угода про спільну діяльність відноситься до такого виду договору простого товариства, як договір простого товариства з метою отримання прибутку. Відповідно до вимог ст. 1132 ЦК України метою договору простого товариства може бути не тільки отримання прибутку, а й досягнення іншої мети. Однак Генеральна угода про спільну діяльність є особливим видом договору простого товариства, передбаченим спеціальним законом, а тому норми ЦК України, що регулюють договір простого товариства, застосовуються до Генеральної угоди лише в частині, що не суперечить Закону України «Про промислово-фінансові групи в Україні».

Висновки

Проведене нами дослідження дозволяє зробити такі висновки.

Генеральна угода про спільну діяльність і договір простого товариства є договорами про спільну діяльність.

Генеральна угода про спільну діяльність та договір простого товариства мають як спільні ознаки, що дає можливість вести мову про Генеральну угоду як особливий вид договору простого товариства, так і певні відмінності.

Генеральна угода про спільну діяльність регулюється спеціальним законом, а тому глава 77 ЦК України до неї може застосовуватися лише в частині, що не суперечить Закону України «Про промислово-фінансові групи».

Подальшого дослідження потребують інші види договору простого товариства, а також проблеми, пов'язані з цивільно-правовим регулюванням цього договору, які існують у теорії та практиці, що є предметом окремих наукових досліджень.

Література

1. *Петухов В. Н.* Корпорации в российской промышленности: законодательство и практика. – М., 1999. – 208 с.

2. *Юридична* енциклопедія: В 6 т. – К., 1998. – Т. 5. – 733 с.

This article states the specific features of the joint venture contract while establishing financial and industrial group, General joint venture contract as provided for by the special law in such case is being analyzed and compared with simple partnership contract, issue as to the identity of the General joint venture contract and particular partnership contract is being examined.

В статье анализируются особенности договора о совместной деятельности при создании промышленно-финансовой группы, Генеральный договор о совместной деятельности.

ПОНЯТТЯ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОГО ДОГОВОРУ В ЮРИДИЧНІЙ ЛІТЕРАТУРІ ТА ЗАКОНОДАВСТВІ

Ольга Зозуляк,
здобувачка НДІ приватного права і підприємництва,
викладач кафедри господарського та екологічного права
Прикарпатського юридичного інституту
Львівського державного університету внутрішніх справ України

У статті досліджується поняття цивільно-правового договору в юридичній літературі та законодавстві. Автор статті приходить до висновку, що у цивілістичній доктрині відсутнє єдине розуміння поняття «договір». Втім, багатоманіття думок з приводу розкриття сутності цього правового явища не «руйнують» легальне визначення договору, а, навпаки, доповнюють його окремими ознаками та характеристиками.

Ключові слова: договір, угода, домовленість, юридичний факт, зобов'язання.

Цивілістична наука володіє певними категоріями, дослідження яких викликає особливу увагу науковців. Такою категорією, без сумніву, є цивільно-правовий договір, що сягає своїм корінням ще у часи римського приватного права, пройшовши тисячолітній шлях свого розвитку. Римські юристи розглядали цивільно-правовий договір як двосторонню угоду, в якій виражена воля двох сторін, спрямована на досягнення або припинення правового результату – виникнення, зміну чи припинення прав та обов'язків [1, с. 281]. У стародавньому Римі була створена розгорнута система договорів, що забезпечувало надійну правову основу ділових відносин [2, с. 53]. Саме тому рецепція римського права була історичною необхідністю і фактором прогресу [3, с. 57].

Розвиток ринкової економіки та підприємництва докорінно змінили роль і значення договору, розширилася сфера його застосування, з'явилося багато нових договорів, договір використовують як засіб подолання монополії у процесі приватизації та корпоратизації, дедалі більшого поширення набуває договірна форма створення комерційних структур, у багатьох випадках договір стає єдиним регулятором відносин [4, с. 719].

В умовах зменшення державного регулювання договірних зв'язків суттєво відчувається зростання свободи суб'єктів договору в реалізації своїх прав та інтересів. І хоча сьогодні виникають нові конструкції цивільно-правових договорів, все ж основна увага науковців прикута до дослідження загальних положень про договір, адже останні поширюються на всі види відносин договірного характеру, що виникають у нашій державі. Феномен договору полягає у тому, що він є правовим засобом, у межах якого інтерес однієї сторони задовольняється через інтерес іншої. Така ситуація породжує загальний інтерес сторін до укладення договору та його належного виконання [5, с. 32]. С. Бородовський зазначає, що договір, заснований на взаємній заінтересованості сторін, здатний забезпечити таку організацію, порядок і стабільність в економічному обороті, яких неможливо досягти за допомогою найжорсткіших адміністративно-правових засобів [6, с. 7].

Цивілістична література характеризується багатоманітністю поглядів на визначення цивільно-правового договору. За такого розмаїття підходів щодо розуміння цивільно-правового договору, основним є його розуміння як угоди [7, с. 467–468; 8, с. 10–15]. Таке бачення договору відображалось і в цивільному законодавстві радянського періоду. За умов відсутності легального визначення поняття «договір» у Цивільному кодексі (далі – ЦК) УРСР 1963 р., до уваги бралася ч. 2 ст. 41 цього Кодексу, де було вміщене положення про поділ угод на односторонні, двосторонні та багатосторонні. Таким чином, поняття договору зводилось до категорії дво- або багатосторонньої угоди.

Друга, не менш важлива, позиція щодо визначення поняття «договір» пов'язана із його розумінням як юридичного факту, відома з римського приватного права. Наведена позиція набула особливої популярності в радянський період, в умовах застосування командних механізмів регулювання економіки. На думку М. Сібільова, договір – це умова, з якою норми права пов'язують виникнення, зміну або припинення правовідносин і певний автономний регулятор суспільних відносин [9, с. 17–18]. Ця позиція не втратила

© О. Зозуляк, 2010

свого значення і в сучасних умовах. Свідченням цьому є ст. 11 ЦК України, в якій зазначається, що договір виступає однією із найпоширеніших підстав виникнення цивільно-правових зобов'язань.

В. Луць зазначає, що договору як юридичному факту властиві такі ознаки [10, с. 24]: у ньому виявляється воля не однієї особи (сторони), а двох чи кількох; при цьому волевиявлення учасників за своїм змістом повинно збігатися та відповідати одне одному; договір – це така спільна дія осіб, яка спрямована на досягнення певних цивільно-правових наслідків: набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Саме за цією ознакою цивільно-правовий договір відрізняється від договірних форм, що їх використовують в інших галузях права (трудовому, міжнародному публічному тощо).

Слід зазначити, що в сучасних умовах договір не обмежується лише його трактуванням як юридичного факту. Адже така змістова форма договору не дозволяє виявити всі його істотні ознаки, насамперед, як основного регулятора приватно-правових відносин. За своїм характером договір як правомірна дія є підставою виникнення регулятивних правовідносин. Дійсно, сьогодні важко знайти дослідника, який би заперечував регулятивну функцію договору. Так, на думку А. Довгерта, договір є основним регулятором цивільних відносин [11, с. 12–13]. Регулятивна функція договору випливає безпосередньо із ст. 6 ЦК. Цією нормою законодавець, *по-перше,* робить вказівку на дану функцію договору, встановивши, що «сторони в договорі можуть на власний розсуд відступати від актів цивільного законодавства і врегульовувати свої відносини на власний розсуд»; *по-друге,* визначає межі регулятивного впливу договору на відносини між договірними сторонами через вказівку на те, що «сторони в договорі не можуть відступати від положень актів цивільного законодавства, якщо в цих актах прямо вказано про це, а також у разі, якщо обов'язковість для сторін актів цивільного законодавства випливає з їх змісту або із суті відносин між сторонами».

У науковій літературі з приводу значущості закону та договору виокремилися три основні точки зору. На думку представників так званої вольової теорії, договір є вольовим актом контрагентів, а закон лише доповнює чи обмежує їх волю. За теорією «пріоритету закону» договору властивий лише похідний від закону правовий ефект. Третя позиція обґрунтована представниками «емпіричної теорії», які вважали, що воля сторін умисно спрямована на певний економічний ефект; при цьому наслідки договору розуміються як засоби його здійснення, про які сторони можуть і не мати чіткої уяви [12, с. 13–15]. На думку С. Бервено та О. Дзери, регулятивна роль договору визначається ступенем договірної врегульованості відносин сторін, порівняно із ступенем їх нормативної врегульованості. Вона може бути домінуючою, якщо зміст договору визначений переважно його умовами, або мінімальною, якщо сторони обмежилися лише визначенням параметрів істотних умов із застереженням про врегулювання всіх інших відносин чинним законодавством України [13, с. 101–102]. Втім, регулятивні властивості договору зберігають своє значення до того часу, поки забезпечується необхідна для будь-якого договору свобода сторін при його укладенні [14, с. 105].

Наступна позиція, пов'язана із розумінням договору як зобов'язального правовідношення, змістом якого є взаємні права та кореспондуючі обов'язки сторін. О. Іоффе розумів під договором саме зобов'язання, що виникло із такої угоди [15, с. 26]. Проте поняття «договір» за своїм змістом ширше, ніж поняття «договірне зобов'язання», оскільки виступає однією із підстав виникнення зобов'язання. Аналіз змісту договору як зобов'язального правовідношення дозволяє визначити притаманні йому якісні характеристики [16, с. 414–416]. У цивілістичній доктрині сформувалася концепція договору як особливого виду нормативного акта, у випадках, якщо цей договір має форму типового документа. На думку С. Верба, типовий договір є нормативним актом, в якому правила поведінки визначаються в умовах конкретного договору [17, с. 146–147].

Таким чином, розуміння договору не є однозначним. Він виступає і юридичним фактом, і формою існування правовідношення, і угодою. Зазначені категорії виступають самостійними аспектами договору. З цього приводу В. Луць робить слушне застереження: «В конкретному аналізі юридичних явищ завжди слід розкривати їх сутність, встановлювати, зокрема, що розуміється під поняттям «договір» у тому чи іншому випадку» [18, с. 15].

Наведені уявлення про договір знайшли своє подальше закріплення у цивільному законодавстві нашої держави. Прийняття нового ЦК України знаменувало новий етап у розвитку договірного права. Так, у ст. 626 цього Кодексу вперше закріплене легальне визначення договору як домовленості двох або більше сторін, спрямованої на встановлення, зміну чи припинення цивільних прав та обов'язків. Таким чином, законодавець робить акцент на «домовленості», визначаючи поняття та правову природу договору. Слід зазначити, що таке розуміння договору не є новим для цивілістичної доктрини, його можна

прослідкувати у працях цивілістів дореволюційного періоду. Так, К. Победоносцев договір розумів як усвідомлену домовленість декількох осіб, в якій вони спільно виявляють свою волю для того, щоб визначити між собою правове відношення щодо свого особистого інтересу з приводу майна [19, с. 2]. Д. Мейєр визначав договір як домовленість волі двох чи декількох осіб, яка породжує право на чужу дію, що має майновий інтерес [20].

Законодавче визначення договору було піддане критиці у зв'язку із кількома причинами. По-перше, визначення договору як домовленості двох або більше сторін, на думку окремих учених, є невдалим [21, с. 19]. Так, зокрема, вказується на методологічний та юридичний дефекти, які мають місце у даному визначенні. Суть неточності з точки зору філології полягає в тому, що термін «домовленість» виступає синонімом поняття «договір». У словнику синонімів української мови синонімами договору визначені такі поняття як угода, контракт, домовленість [22, с. 440]. На думку А. Корецького, такий підхід у визначенні договору не дає нам нової інформації; в даному випадку процес пізнання правового явища (договору) «іде по кругу», залишаючись осторонь від його суті. Юридична помилка, на думку вченого, полягає у тому, що не будь-яка домовленість, спрямована на виникнення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків, визнається цивільно-правовим договором. Автор наводить приклад, коли більшість недійсних договорів на етапі свого укладення виступають домовленостями, сторони яких добросовісно бажають встановити (змінити чи припинити) цивільне правовідношення. Проте пізніше (на етапі свого виконання, або після того, як всі обов'язки будуть виконані сторонами) подібний договір суд може визнати недійсним, у зв'язку з дефектом форми, змісту, помилки волі, помилки в суб'єкті чи з інших причин [21, с. 19–20]. Безумовно, наведена критика є справедливою, проте слід врахувати і позитивні моменти легального визначення договору. Перш за все, таке рішення законодавця пов'язане з прагненням до уніфікації цивілістичних термінів і категорій, що використовуються в правових системах країн СНД. Зокрема, аналогічне визначення договору можна знайти у п. 1 ст. 420 ЦК Російської Федерації, п. 1 ст. 390 ЦК Білорусі та інших країн пострадянського простору.

За останні роки були зроблені суттєві спроби вдосконалити легальне визначення цивільного договору. Так, В. Олюха вказує, що розкриття договору через термін «домовленість» звужує його зміст і фактично виключає конклюдентні дії та дії з передачі майна, які нарівні з домовленістю необхідні для укладення реальних договорів. Учений пропонує визначити договір як юридичний факт – як правочин двох чи більше осіб у визначеній законодавством формі, який спрямований на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків [23, с. 9]. Проте, як зазначає С. Бородовський, В. Олюха не повністю враховує, що правочинна природа договору передбачає його формування на основі дій сторін, а домовленість є результатом таких дій. Визначення договору тільки через категорію дії «розмиває» його правову природу як результат цих дій – домовленості двох і більше осіб, заснованої на їх спільних діях, вираженої в єдиному волевиявленні та спрямованої на досягнення єдиного правового результату [6, с. 13].

Аналізуючи поняття договору, М. Брагінський в одному випадку відносить договори до правочинів, в іншому – вказує, що «мати договору – домовленість» [8, с. 13–14]. Спробу вдосконалити законодавче визначення договору зробив В. Меркулов. На його думку, цивільний договір – дозволена та забезпечена законом вільна правовстановлююча домовленість двох чи більше незалежних один від одного суб'єктів права, що тягне виникнення зобов'язань [24, с. 18]. Проте і в даному випадку поняття «договір» розкривається через категорію домовленості, що, як зазначалось, є небажаним з юридичної та методологічної позицій.

Аналізуючи поняття «цивільно-правовий договір», слід звернутися до зарубіжних правових джерел. Так, за Французьким ЦК (ст. 1101) договором визнається домовленість, за допомогою якої одна або кілька осіб зобов'язуються перед іншою особою дати будь-що, зробити будь-що або не робити чогось [25, с. 300]. У ЦК Філіппін 1949 р. (ст. 1305) договір визначено як зв'язок між двома сторонами через встановлення зобов'язань (надання послуг) однієї особи іншій [26, с. 408]. У наведених визначеннях можна простежити як ознаки угоди, так і ознаки, притаманні зобов'язанню. Подібне визначення договору міститься у ЦК Аргентини 1871 р. (ст. 1137), де зазначено, що договір – це добровільна домовленість декількох осіб, яка встановлює і регулює їх права [26, с. 375]. У Єдиному торговому кодексі США (ст. 1 – 201) договір розглядається як правове зобов'язання, яке в цілому випливає із домовленості сторін відповідно до цього закону й інших норм права, які підлягають застосуванню [27, с. 49]. У даному випадку договір прирівнюється до зобов'язання, що виникає на підставі угоди. У цивільному законодавстві Німеччини, Португалії та інших держав визначення поняття договору відсутнє. Цілком імовірно, що відсут-

ність легальної дефініції договору у законодавстві зазначених держав можна пояснити багатоманітністю підходів до розуміння правового явища, яке розглядається.

Наведене, дозволяє дійти **висновку,** що сьогодні в цивілістичній доктрині відсутній єдиний підхід до розуміння цивільно-правового договору. Разом із тим розмаїття думок з приводу розуміння цього правового явища не «руйнують» визначення договору, запропоноване законодавцем, а, навпаки, доповнюють його окремими ознаками та характеристиками, що має особливе значення в умовах ринкових перетворень і розвитку підприємництва в нашій державі.

Література

1. *Підопригора О. А.* Римське приватне право. – К., 2001. – 440 с.
2. *Малиновська В.* До питання про специфіку договорів у сфері підприємницької діяльності // Підприємництво, господарство і право. – 2000. – № 7. – С. 30–34.
3. *Покровский И. А.* Основные проблемы гражданского права.– М., 1998. – 353 с.
4. *Цивільне* право України: У 2 кн. / Д. В. Боброва, О. В. Дзера, А. С. Довгерт та ін.; За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. – К., 2000. – Кн. 1. – 864 с.
5. *Договор* в народном хозяйстве (вопросы общей теории) / М. К. Сулейманов, Б. В. Покровский, В. А. Жакенов и др. – Алма-Ата, 1987. – 223 с.
6. *Бородовський С. О.* Укладення, зміна і розірвання договору в цивільному праві України. – Івано-Франківськ, 2008. – 141 с.
7. *Цивільне* право України: Академічний курс: У 2 т. / За ред. Я. М. Шевченко. – К., 2003. – Т. 1. – 520 с.
8. *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право: Общие положения. – М., 1997. – 682 с.
9. *Сібільов М.* Базові моделі регулювання договірних відносин за новим Цивільним кодексом України // Українське комерційне право. – К., 2003. – № 4. – С. 17–21.
10. *Луць В. В.* Контракти в підприємницькій діяльності. – К., 2008. – 576 с.
11. *Цивільний* кодекс України: Науково-практичний коментар. – К., 2004.
12. *Брагинский М. И.* Договор страхования. – М., 2000. – 174 с.
13. *Договірне* право України: Загальна частина / Т. В. Бондар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнєцова та ін.; За ред. О. В. Дзери. – К., 2008. – 896 с.
14. *Агарков М. М.* Обязательство в советском гражданском праве. – М., 1940. – 192 с.
15. *Иоффе О. С.* Обязательственное право. – М., 1975. – 880 с.
16. *Сібільов М.* Зміст цивільно-правового договору // Вісник Академії правових наук України. – 2003. – № 2–3. – С. 414–424.
17. *Верб С. А.* Типовые и примерные договоры как средство правового регулирования общественных отношений // Договорная дисциплина в советском гражданском праве. – Свердловск, 1985. – С. 144–152.
18. *Луць В. В.* Контракти у підприємницькій діяльності. – К., 2001. – 560 с.
19. *Победоносцев К. П.* Курс гражданского права: В 3 т. Т. 3 / Под ред. В. А. Томсинова. – М., 2003. – 608 с.
20. *Мейер Д. И.* Русское гражданское право: В 2 ч. – М., 1999. – Ч. 2.
21. *Корецкий А. Д.* Договорное право России: Основы теории и практика реализации. – М.; Ростов н/Д., 2004. – 528 с.
22. *Словник* синонімів української мови. – К., 2001. – 1040 с.
23. *Олюха В. Г.* Цивільно-правовий договір: поняття, функції і система: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2003. – 20 с.
24. *Меркулов В. В.* Гражданско-правовой договор в механизме регулирования товарно-денежных отношений. – Рязань, 1994.
25. *Французский* Гражданский кодекс // Кулагин М. И. Избранные труды. – М., 1997.
26. *Гражданские* и торговые кодексы зарубежных стран: Сборник законодательства. Современное зарубежное частное право / Под ред. С. Н. Медведева, С. О. Звонок. – Ставрополь, 1999.
27. *Единообразный* торговый кодекс США. – М., 1996. – 427 с.

The article is devoted to the theoretical and legal analysis of the concept of contract in civil law and literature. Analyzing the contract as a legal fact, agreement, obligations, the author makes the conclusion about the lack of common understanding of this concept in civil doctrine.

В статье исследуется понятие гражданско-правового договора в юридической литературе и законодательстве. Автор статьи приходит к выводу, что в гражданско-правовой доктрине отсутствует единое понимание понятия «договор». Вместе с тем, это не «разрушает» нормативное определение договора, дополняя его отдельными особенностями и характеристиками.

ПРАВО ЛЮДИНИ НА ЖИТТЯ ТА ЙОГО ГАРАНТІЇ У СФЕРІ СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

Ольга Толмач,
асистентка кафедри цивільного права
Чернівецького національного університету ім. Юрія Федьковича

У статті розглядаються поняття «права людини на життя в аспекті соціального забезпечення«, його зміст і гарантії; показано, що соціальний аспект життя людини включає умови, необхідні для забезпечення її життєдіяльності в суспільстві.

Ключові слова: гідне життя, прожитковий мінімум, поріг бідності, гарантії, соціальне обслуговування.

Поняття «життя» є центральним, основним у різних галузях наукового знання. Можна з упевненістю стверджувати, що воно має складний, комплексний характер та у більшості випадків розглядається в біосоціальному плані (не тільки як «спосіб існування білкових тіл», а й як соціальне благо).

На сьогодні практика законодавчого визначення права на життя та його захисту, насамперед у системі соціального забезпечення, є неоднорідною, що свідчить про недостатній рівень його наукового вивчення. В українській правовій науці майже не розглядається право людини на життя в аспекті соціального забезпечення, передусім, дослідження його походження, правової природи, змісту, меж і можливостей гарантування, сучасної практики його захисту. Комплексне дослідження зазначених проблем може заповнити цю прогалину.

Проблему прав людини, зокрема права на життя, вивчали українські та зарубіжні фахівці у різних галузях права. Такі вітчизняні вчені, як К. Гориславський, С. Порощук, О. Онуфрієнко, П. Рабінович, Т. Свіда, М. Страхов, С. Шевчук присвятили свої наукові праці дослідженню окремих аспектів цього права.

Література з проблеми, що розглядається, представлена також працями багатьох учених з країн СНД – це С. Алексеєв, С. Бахін, А. Іойриш, Н. Кальченко, І. Котляр, Є. Кузнєцов, Л. Лінік, І. Лукашук, О. Лукашова, О. Мєзяєв, А. Мовчан, Р. Мюллєрсон, Л. Рассказов, Г. Романовський, І. Упоров та ін.

У сучасній українській науці окремим аспектам права на життя присвячували свої праці такі вчені, як М. Бурменський, В. Євінтов, В. Денисов, Л. Заблоцька, П. Пилипенко, Б. Сташків.

Мета цієї статті полягає у визначенні змісту права людини на життя в системі соціального забезпечення.

У юридичній науці отримала визнання ідея про диференціацію прав людини на декілька груп і поколінь. Першим поколінням прав людини визнаються традиційні ліберальні цінності, сформульовані в процесі здійснення буржуазних революцій, а потім конкретизовані та розширені в практиці та законодавстві демократичних держав [1, с. 21]. До них слід віднести особисті та політичні права і свободи (право на життя, свободу думки, свободу пересування, участь в управлінні справами суспільства та держави тощо). Друге покоління створюють соціально-економічні права, які сформувалися в умовах капіталізму в процесі класової боротьби. Це право на працю, на соціальне забезпечення, на захист від безробіття та ін. Нарешті, третє покоління прав прийнято називати колективними, оскільки вони здійснюються не окремими особами, а колективами, соціальними спільнотами (наприклад, право на безпечне навколишнє середовище, на мир і т. п.). Права всіх трьох поколінь Є. Лукашева визнає основними, посилаючись на те, що вони зафіксовані в Конституції держави і найважливіших міжнародно-правових документах [1, с. 22].

Безумовно, в системі прав людини праву на життя відводиться особливе місце – воно є першоосновою, адже без його реалізації неможливе здійснення всіх інших прав. Крім того, право на життя як фундамент правового статусу людини має розглядатися як соціальна цінність, що об'єднує, «цементує» весь комплекс прав людини. Як право першого покоління право на життя не може бути реалізоване поза зв'язком із соціально-економічними та колективними правами. Підтвердженням цього є положення ст. 1 Конституції України, в якій Україна проголошується соціальною державою. Розкривається це положення у змісті ст. 3 Основного Закону, яка визначає, що людина, її життя та здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Ці положення означають, що держава забезпечує гідне життя та вільний розвиток людини. Отже, право на життя наповнюється соціальним змістом, трансформується в право на гідне життя, реалізація якого повинна здійснюватися державою, у тому числі в системі соці-

© О. Толмач, 2010

ального захисту населення та соціального забезпечення.

Конституція України закріпила перелік гарантій соціального захисту населення, до числа яких Основний Закон відносить охорону праці та здоров'я, право на винагороду за працю (ст. 43), державну підтримку сім'ї, материнства та батьківства (ст. 51), встановлення пенсій, інших видів державних соціальних виплат і допомоги (ст. 46) тощо. Таким чином, соціальний аспект життя людини охоплює ті умови, які необхідні для забезпечення її життєдіяльності як частини соціуму. Характеризуючи право людини на життя, ми пов'язуємо його із правом на соціальне забезпечення як природне та невід'ємне право людини. Як зазначає Є. Мачульська, право на життя означає не тільки життя без війни, а й умови гідного існування, необхідні для всебічного розвитку людини. Отже суть терміна «гідне людини існування» повинно містити широкі соціокультурні контексти, виражати гуманістичну концепцію людського буття в суспільстві [2, с. 59]. Саме тому життя має розглядатися як соціальне благо, що є цінністю як для самої людини, так і для суспільства в цілому. Такий підхід до розуміння життя може вважатися вихідним теоретичним посиланням для обґрунтування необхідності створення й ефективного функціонування системи соціального забезпечення, яке повинно бути спрямоване на задоволення основних матеріальних і духовних потреб тих членів суспільства, які в силу об'єктивних причин позбавлені можливості самостійно подолати важку життєву ситуацію.

Розглядаючи право на життя в системі соціального забезпечення, необхідно звернути увагу на декілька принципово важливих аспектів проблеми. По-перше, соціальне забезпечення має гарантувати право людини на життя. По-друге, уявлення про соціальні норми, які на сьогодні формалізовані в категорії прожиткового мінімуму, відображають не тільки матеріальні, а й інші потреби людей. По-третє, у системі соціального забезпечення встановлені гарантії, спрямовані не тільки на фізіологічне виживання людини, а й на досягнення її соціального благополуччя з точки зору можливостей спілкування з іншими людьми, самореалізації тощо.

Законодавство України про соціальне забезпечення встановлює два види гарантій реалізації права на життя: які забезпечують фізіологічне виживання; які спрямовані на досягнення соціального благополуччя особистості. До першої групи входять всі гарантії, спрямовані на забезпечення доходу (пенсійне забезпечення, допомога по тимчасовій непрацездатності, допомога в разі безробіття тощо) і гарантії медичного обслуговування, у тому числі лікарську допомогу. Але останнім часом все більш активно розвивається система гарантій, що забезпечують реалізацію права на життя в соціальному аспекті. Серед них, наприклад, гарантії соціальної та професійної реабілітації, а також забезпечення життєдіяльності інвалідів, спрямовані на придбання або відновлення здатності працювати за певною спеціальністю чи професією, здатності спілкуватися з іншими людьми, вести соціально прийнятний спосіб життя, займатися фізичною культурою, відвідувати театри та музеї, здобувати освіту. До цієї групи гарантій слід включати також форми соціального захисту безробітних, наприклад перенавчання, перепідготовку та підвищення кваліфікації безробітних з метою підвищення їх конкурентоспроможності на ринку праці, тощо.

Аналогічні приклади можна знайти в законодавстві про соціальне обслуговування населення. Воно охоплює всі види діяльності державних органів, що спрямовані на підтримку осіб похилого віку, непрацездатних, сімей, які мають дітей, а також деяких інших категорій громадян. Соціальне обслуговування має комплексний характер і полягає у наданні різного виду соціальних послуг, спрямованих на задоволення тих потреб громадян, що зумовлені хворобою, інвалідністю, старістю, вихованням дітей та іншими соціальними ризиками [3, с. 420]. Іншими словами, основою для соціального обслуговування є тяжка життєва ситуація, що об'єктивно порушує життєдіяльність громадянина (інвалідність; неспроможність до самообслуговування у зв'язку із віком, хворобою; сирітство; малозабезпеченість; безробіття; конфлікти, жорстоке поводження в сім'ї тощо) та яку він не може подолати самостійно. Життєві обставини, що породжують суб'єктивне право особи на соціальне забезпечення, вчені називають соціальними ризиками [4, с. 52]. У таких випадках громадянам гарантується не тільки соціально-побутові та соціально-медичні, а й психологічно-педагогічні послуги, спрямовані на соціальну адаптацію та реабілітацію. Все це сприяє розвитку особистості, підвищенню якості життя людей.

Слід зазначити, що всі перелічені заходи спрямовані на реалізацію соціальної складової права на життя, на забезпечення гідного життя та вільного розвитку таких громадян.

Функцію гарантій права людини на життя у сфері соціального забезпечення виконують саме ті його види, які людина отримує в якості такого джерела: це пенсії, допомоги на випадок тимчасової непрацездатності, по вагітності та пологах, на випадок безробіття, страхове відшкодування на випадок нещасного випадку на виробництві. Отже, основним завданням держави є надання людині зазначених видів соціального забезпечення на такому рівні, який би забезпечував збереження гідного життя людини та гарантував його високу якість. Оскільки право майже на всі ці виплати зумовлено трудовою діяльністю, а їх розміри визначаються на основі минулого заробітку, то основною гарантією права на життя тих, працею яких створюється національне багатство суспільства, є гідна заробітна плата.

Проблема бідності особливо загострюється, коли людина переходить із сфери праці до сфе-

ри соціального забезпечення. У цьому випадку рівень колишнього невисокого доходу, різко знижується і про «гідне життя» (ст. 1 Конституції України) вже не йдеться, адже стає реальною загроза для самого життя людини через незабезпеченість її навіть фізіологічного аспекта. У зв'язку з цим важливими стають, перш за все, економічні гарантії, що використовуються державою для реалізації даного права.

У нашій країні поріг бідності офіційно фіксується шляхом застосування прожиткового мінімуму як стандарту життя. Як позитив у вирішенні проблеми гарантування права на життя доцільно навести такий аргумент: в Україні поступово знижується чисельність населення з доходами нижче прожиткового мінімуму. Проте це скоріше «паперове» зниження, оскільки заморозивши прожитковий мінімум (незначне його підвищення в межах 50–100 грн не відображає реального стану), держава тим самим легалізує саме підстави для перекручування реальної дійсності та маніпуляцій.

Закон України «Про прожитковий мінімум» від 15.07.1999 р. передбачає, що зазначена категорія застосовується при встановленні державних гарантій отримання мінімальних грошових доходів і при здійсненні інших заходів соціального захисту громадян. Цим Законом прожитковий мінімум визначається як вартісна величина достатнього для забезпечення нормального функціонування організму людини, збереження її здоров'я набору продуктів харчування, а також мінімального набору непродовольчих товарів і мінімального набору послуг, необхідних для задоволення основних соціальних і культурних потреб особистості. Прожитковий мінімум розраховується на місяць на одну особу та окремо визначається стосовно основних соціальних і демографічних груп населення, тобто встановлюється прожитковий мінімум для дітей віком до 6 років; від 6 до 18 років, а також для працездатних осіб та для тих, які втратили працездатність.

У сфері соціального забезпечення прожитковий мінімум застосовується для встановлення мінімальної пенсії за віком, визначення розмірів соціальної допомоги, допомоги сім'ям з дітьми, допомоги по безробіттю, а також інших соціальних виплат, виходячи з вимог Конституції України та законів України. Він також має юридичне значення при визначенні права на призначення соціальної допомоги та державних соціальних гарантій і стандартів обслуговування, забезпечення у сфері охорони здоров'я, освіти, соціального обслуговування тощо.

Отже, прожитковий мінімум є тим соціальним стандартом, що має забезпечувати гідні умови життя громадян України і тим самим слугувати основою для ухвалення норм права соціального забезпечення як окремої галузі у системі вітчизняного права. Однак він є лише найнижчою межею забезпеченості людини і, очевидно, не свідчить про добробут, який гарантує гідний рівень життя особи. Тому принципом права соціального забезпечення, яким повинен керуватися законодавець у своїй правотворчій діяльності, залишається ідея про гарантування соціальним забезпеченням гідного життєвого рівня, а не досягнення прожиткового мінімуму [5, с. 72].

Для вітчизняної системи соціального забезпечення характерною є неповна ефективність реалізації гарантії права громадян на достатній життєвий рівень. Дуже часто встановлені законами України мінімальні розміри соціальних допомог і пенсій фактично виплачуються із значними коригуваннями у бік їх заниження, тобто гарантія отримання соціальних виплат на рівні прожиткового мінімуму, який має забезпечувати гідні умови життя людини у нашій державі, не завжди дотримується. А це дає підстави вважати, що право соціального забезпечення у цій частині не відповідає вимогам принципа гарантування гідного рівня життя людини або ж ми маємо приклади порушення норм права соціального забезпечення [6, с. 104].

Слід зазначити, що соціальні виплати з коштів державного бюджету, які надаються людині як джерело засобів до існування, не залежать від такого фактора, як участь у трудовій діяльності, оскільки покликані гарантувати право на життя кожному як члену суспільства. До числа таких виплат належать, наприклад, соціальна пенсія непрацездатним особам, виплати на випадок безробіття, соціальна допомога бідним. Безумовно, розмір зазначених виплат суттєво залежить від економічних можливостей держави, проте в усіх випадках основна їх мета – гарантувати людині право на життя, тобто гарантувати як фізіологічний, так і соціальний аспекти життя на рівні, що дозволяє задовольняти основні потреби людини. Жодна з названих виплат такої гарантії нашим співвітчизникам не надає.

У Законі України «Про загальнообов'язкове соціальне страхування на випадок безробіття« визначено, що розмір допомоги по безробіттю та матеріальної допомоги у період професійної підготовки, перепідготовки та підвищення кваліфікації має бути на рівні не нижче прожиткового мінімуму, встановленого Законом. Разом із тим правила обчислення допомоги по безробіттю, визначені цим Законом, дають підстави вважати, що навіть особи з тривалим страховим стажем, але невеликою заробітною платою можуть мати допомогу нижчу за прожитковий мінімум. Що стосується осіб, страховий стаж яких є недостатнім для нарахування їм допомоги по безробіттю за правилами ст. 23 Закону України «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування на випадок безробіття», то розмір виплат для цієї категорії безробітних встановлюється у розмірі 23 % встановленого Законом прожиткового мінімуму для працездатної особи. Наведені приклади свідчать про наявність у системі законодавства про соціальне забезпечення окремих нормативних актів, що не відповідають принципам правового регу-

лювання у цій сфері. Тому такі акти необхідно скасовувати або вдосконалювати.

Таким чином, у сфері соціального забезпечення гарантії права людини на життя повинні зберегти повноцінне якісне життя людині, у якої здатність до праці обмежена або вже повністю вичерпана чи неможлива. При цьому особливого значення набувають види соціального забезпечення, мета яких – надати людині джерело засобів для існування.

Висновки

На основі аналізу реального стану гарантій права людини на життя в Україні можна зробити висновок про об'єктивну необхідність докорінної зміни соціальної політики держави у сфері прав людини.

По-перше, в Конституції України, яка закріплює право на життя, повинно бути також закріплено право на високу якість життя, конкретизовано його зміст шляхом включення до нього основних соціально-економічних прав людини, які гарантують як фізіологічний, так і соціальний аспекти даного права.

По-друге, вся система соціального забезпечення концептуально повинна бути зорієнтована на те, щоб гарантувати людині не заходи соціальної підтримки, а її право на життя.

По-третє, таке функціональне призначення національної системи соціального забезпечення має бути закріплено в кожному законі, що регулює суспільні відносини у даній сфері; з урахуванням цього необхідно переглянути обсяг, види та рівень соціального забезпечення.

По-четверте, під контролем органів громадянського суспільства в країні повинні бути визначені реальні параметри рівня життя населення, які об'єктивно склалися, на основі яких і з урахуванням наявних економічних можливостей повинні затверджуватися соціальні стандарти. Рівень відповідних видів соціального забезпечення не може бути нижчий таких стандартів. Тільки в цьому випадку система соціального забезпечення зможе запобігти зубожінню таких соціальних груп населення як родини з дітьми, літні громадяни, інваліди, безробітні.

Література

1. *Общая* теория прав человека. – М., 1996. – 520 с.

2. *Мачульская Е. Е.* Право на социальное обеспечение – естественное и неотъемлемое право человека // Вестник Моск. ун-та: Сер. Право. – 1998. – № 5.

3. *Сташків Б. І.* Принципи соціально-обслуговуючого права у Росії та Україні // Актуальні проблеми політики. – О., 2002. – Вип. 15. – С. 420–425.

4. *Болотіна Н. Б.* Концепція кодифікації законодавства України про соціальне забезпечення // Право України. – 1996. – № 7.

5. *Право* соціального забезпечення / П. Д. Пилипенко, В. Я. Буряк, С. М. Синчук та ін.; За ред. П. Д. Пилипенка. – К., 2008. – 504 с.

6. *Захаров М. Л., Тучкова Э. Г.* Право социального обеспечения России. – М., 2002. – 560 с.

This article discusses the concept of human rights of life in the aspect of social security, its maintenance and warranty, it is shown that the social dimension of human life includes the conditions that are necessary to ensure its existence in society.

В статье рассматривается понятие «права человека на жизнь в аспекте социального обеспечения», его содержание и гарантии; показано, что социальный аспект жизни человека включает в себя те условия, орые необходимы для обеспечения его жизнедеятельности в обществе.

ЗАГАЛЬНІ ОСОБЛИВОСТІ ДОГОВОРУ ДАРУВАННЯ НЕРУХОМОГО МАЙНА ТА ЙОГО ОФОРМЛЕННЯ

Світлана Хіміч,
молодший науковий співробітник
відділу юрисдикційних форм правового захисту суб'єктів приватного права
Науково-дослідного інституту приватного права
і підприємництва АПрН України

У статті досліджуються загальні особливості договору дарування нерухомого майна, аналізується сутність договору дарування, а також особливості його оформлення.

Ключові слова: договір дарування, нерухоме майно, садиба, правочин, нотаріальне посвідчення.

Одним із найбільш поширених видів договорів, за якими переходить право власності на нерухоме майно, крім договору купівлі-продажу, є договір дарування. Згідно із ч. 1 ст. 717 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України таким визнається договір, за яким одна сторона (дарувальник) передає або зобов'язується передати у майбутньому другій стороні (обдарованому) безоплатно дарунок у власність. У цьому випадку предметом договору виступатиме нерухоме майно (будинок, квартира, садиба тощо) [1, с. 456–457].

Безпосередньо ЦК України не наводить окреме визначення нерухомої речі, однак за його змістом і змістом Закону України «Про податок з доходів фізичних осіб» від 19.01.2006 р. випливає, що під нерухомими речами слід розуміти об'єкти майна, які розташовуються на землі та не можуть бути переміщені в інше місце без втрати їх якісних або функціональних характеристик (властивостей), а також земельні ділянки.

Договір дарування нерухомого майна є речовим, реальним, безоплатним договором. На безоплатність договору дарування вказували такі вчені, як Є. Мічурін, М. Галянтич, Ю. Басін, С. Братусь, В. Грибанов, О. Дзера, Є. Харитонов та ін., оскільки за договором дарувальник не отримує ніякого зустрічного надання і не розраховує на нього.

Метою цієї статті є аналіз чинного законодавства стосовно особливостей договору дарування нерухомого майна та його оформлення відповідно до нотаріального посвідчення.

Базовим правовим положенням всієї конструкції нормативно-правових актів держави, що регулюють правові основи здійснення дарування, є норма ст. 41 Конституції України, відповідно до якої кожен має право володіти, користуватися та розпоряджатися своєю власністю. Звідси випливає і право особи на безоплатну передачу належної їй власності іншій особі, конкретизоване й унормоване в ЦК України, де законодавець відповідним питанням присвятив окрему главу.

Дарування є двостороннім правочином. На формальному рівні це означає, що для укладення договору дарування до нотаріуса мають з'явитися дві сторони (дарувальник та обдарований) і висловити свою волю щодо укладення такого договору. Так, договірна природа дарування пояснюється тим, що хоч дарування не породжує з боку обдарованого будь-якого договірного обов'язку, він під час укладення цього правочину має виразити згоду на дарування, тобто якщо немає згоди обдарованого на отримання майна або бажання дарувальника на безоплатну передачу майна, немає і договору дарування [2, с. 104].

Основною умовою прийняття дарунка є відповідність такого рішення інтересам особи, оскільки за договором дарування можуть бути встановлені обов'язки обдарованого на користь третьої особи (ч. 1 ст. 725 ЦК України), яка повинна буде виконати їх (надати право довічного користування, не пред'являти вимоги до третьої особи про виселення тощо) [3, с. 45–48]. Так, договір дарування може укладатись як на всю квартиру, будинок дарувальника, так і на його частки. С. Фурса визначає такі договори дарування нерухомого майна: квартири, будинку; будинку неповнолітньому до 18 років; квартири в майбутньому; кімнати в комунальній квартирі та частини квартири; садиби з участю представника; недобудованого будинку; договір дарування із встановленням особистого сервітуту квартири; частки будинку у спільній сумісній власності; будинку з відкладальним та заповідальним розпорядженням. Кожен із цих договорів має свої особливості, а тому такий підхід є цілком виправданим [4, с. 112– 114].

© С. Хіміч, 2010

Сторонами у договорі дарування з дотриманням загальних правил законодавства про дієздатність можуть бути фізичні й юридичні особи, а також держава Україна, Автономна Республіка Крим, територіальні громади (ч. 1 ст. 720 ЦК України). Пункти 2 і 3 ст. 720 ЦК України встановлюють обмеження права дарування для батьків (усиновлювачів), опікунів на дарування майна дітей, підопічних і для підприємницьких товариств, якщо право здійснювати дарування прямо не встановлено установчим документом дарувальника, за винятком договору пожертви. Натомість право прийняття дарунка законодавством не обмежується. Так, прихильник договірного характеру дарування Г. Шершеневич зазначав, що дарування – це угода, що ґрунтується на взаємній згоді, а не на волі одного дарувальника. До прийняття пропонованого дарунку особою, яку одаровують, дарування не має сили. Тому дарування призначається договором. Отже, дарування завжди є договором, заснованим на взаємній згоді сторін, який передбачає згоду обдарованої особи безоплатно прийняти пропоноване майнове право [5, с. 216–217].

До кола правочинів, на вчинення яких встановлена абсолютна заборона, відносять дарування батьками (усиновлювачами), опікуном майна, яке належить малолітній чи неповнолітній особі (ч. 2 ст. 720 ЦК України). Так, ст. 71 ЦК України містить заборону для опікуна на вчинення правочинів, спрямованих на відмову від майнових прав підопічного без дозволу органів опіки та піклування. У ч. 1 ст. 72 ЦК України зазначається, що опікун зобов'язаний дбати про збереження та використання майна підопічного в його інтересах.

Також забороняється дарування нерухомого майна від імені недієздатних осіб їх законними представниками. Якщо договір дарування нерухомого майна відбувається на користь недієздатних осіб, то при нотаріальному посвідченні повинна бути згода законного представника на отримання нерухомого майна у дарунок. Таким чином, заборона встановлюється щодо будь-якого нерухомого майна (будинок, квартира, садиба тощо) [6, с. 125–126].

Договір дарування нерухомої речі укладається у письмовій формі та підлягає нотаріальному посвідченню (ч. 2 ст. 719 ЦК України). Слід зазначити, що договір дарування нерухомого майна використовується в практиці досить активно.

Нотаріальне посвідчення договору дарування нерухомого майна та державна реєстрація в ідеалі повинні бути системою, в якій кожна з цих дій виконує свою чітко визначену та виправдану функцію. При цьому нотаріальне посвідчення виконує незамінну роль, оскільки передбачає дії спеціально уповноваженої, юридично кваліфікованої посадової особи – нотаріуса, який роз'яснює сторонам їх права й обов'язки, юридичний зміст і наслідки правочину, перевіряє дієздатність і легітимність сторін, досліджує правову долю нерухомого майна, що відчужується, та всі обтяження, пов'язані з цим.

Що стосується державної реєстрації договору дарування нерухомого майна, то слід враховувати, що ст. 3 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень» встановлює, що речові права на нерухоме майно, їх обмеження та правочини щодо нерухомого майна підлягають обов'язковій державній реєстрації в порядку, встановленому цим Законом.

Відповідно до розділу 3 «Інструкції про порядок виконання нотаріальних дій нотаріусами України» від 03.03.2004 р., затвердженої Міністерством юстиції України, посвідчення договорів про відчуження (у тому числі дарування) будинку, садиби, квартири, гаража, земельної ділянки, іншого нерухомого майна виконується за місцезнаходженням зазначеного майна.

Для нотаріального посвідчення договору дарування сторони повинні надати нотаріусу такий пакет документів:

для встановлення особи та його дієздатності: паспорт; свідоцтво про народження; свідоцтво про шлюб; свідоцтво про розлучення; свідоцтво про реєстрацію суб'єкта підприємницької діяльності; ідентифікаційний податковий номер;

якщо договір укладається через представника – нотаріально посвідчену довіреність;

якщо дарувальником є один із подружжя, а подарунок належить їм на правах спільної власності – нотаріально посвідчену згоду іншого подружжя;

документи, які підтверджують право власності на нерухоме майно, що є предметом договору дарування, а у передбачених законодавством випадках – документи, які підтверджують державну реєстрацію прав на це майно в осіб, які його дарують.

Нотаріальне посвідчення договору дарування нерухомого майна передбачає оплату:

- якщо договір посвідчує державний нотаріус, то сплачується держмито;
- якщо договір посвідчує приватний нотаріус, то сплачуються кошти за посвідчення договору, що не можуть бути меншими за розмір ставки держмита;
- якщо обдарований є фізичною особою, то він сплачує податок з доходів фізичних осіб.

Слід зазначити, що 1 січня 2007 р. набув чинності Закон України «Про внесення змін до Закону України «Про податок з доходів фізичних осіб» щодо оподаткування спадку» від 19.01.2006 р., в якому законодавець ще раз спробував упорядкувати оподаткування дарування. За цим Законом передбачений такий порядок оподаткування дарування нерухомого майна:

• члени сім'ї першого ступеня споріднености (батьки, чоловік/дружина, діти) зобов'язані сплатити податок за нульовою ставкою;

• інші обдаровані – 5 % ставки;

• якщо обдарований є інвалідом I групи або має статус дитини-сироти або дитини, яка позбавлена батьківського піклування – 0 % ставки;

• не підлягають оподаткуванню прибутки як майно (майнові чи немайнові права), подароване одним членом сім'ї іншому, в межах їх спільної часткової або спільної сумісної власності, а також батьками дітям, у тому числі зачатими за життя та народженими після смерті, і дітьми батькам, у межах їх спільної часткової власності відповідно до закону.

Податок сплачується через банк у сумі, визначеній податковим агентом (тобто нотаріусом) до нотаріального посвідчення договору дарування.

Таким чином, *дарування нерухомого майна* є сукупністю юридичних і фактичних дій з боку як дарувальника, так і обдарованого. Не виконання вимог закону щодо процедури оформлення дарування нерухомого майна може призвести до порушення прав як особи, яка дарує подарунок, так і особи, яка приймає його. У зв'язку з цим договір може бути визнаний нікчемним, недійсним, розірваним.

Формою дарування є також пожертва, зміст якої ст. 729 ЦК України визначає як дарування нерухомих і рухомих речей, зокрема грошей і цінних паперів, особам, визначеним ч. 1 ст. 720 ЦК України, для досягнення ними певної, наперед обумовленої мети, загальнокорисної цілі. Оскільки пожертва є даруванням, до неї застосовуються положення про договір дарування. Відмінність від дарунка вбачається в тому, що пожертва призначена для користування невизначеної кількості осіб і має конкретне призначення. Окремо встановлюються лише права пожертвувача на здійснення контролю за використанням пожертви відповідно до мети, визначеної договором про пожертву. У випадку неможливості використання пожертви за призначенням пожертвувач дає згоду на використання пожертви за іншим призначенням (у разі смерті пожертвувача або ліквідації юридичної особи – за рішенням суду). Згідно з ч. 3 ст. 730 ЦК України пожертвувач має право вимагати розірвання договору про пожертву, якщо пожертва використовується не за призначенням.

Закон України «Про благодійництво та благодійні організації» від 16.09.1997 р. № 531/97-ВР визначає благодійництво як добровільну безкорисливу пожертву фізичних та юридичних осіб у поданні набувачам матеріальної, фінансової, організаційної й іншої благодійної допомоги, специфічними формами якої є меценатство та спонсорство. Згаданий Закон визначив організаційно-правові засади такої форми дарування, як благодійництво, а також засади діяльності благодійних організацій.

Висновки

Договором дарування як одним із видів зобов'язань є така домовленість між сторонами, за якою одна сторона (дарувальник) передає або ж зобов'язується передати в майбутньому іншій стороні (обдарованому) безоплатно майно (дарунок) у власність. Суб'єктами договору можуть виступати фізичні й юридичні особи, а також держава Україна, Автономна Республіка Крим, територіальна громада (в особі органів державної влади та місцевого самоврядування). При цьому встановлені певні обмеження для підприємницьких товариств, які вправі укладати договір дарування між собою лише за наявності відповідних записів в установчих документах дарувальника. Проте це обмеження на практиці можна легко обійти, шляхом надання пожертви на нечітко окреслену мету, яка є одним із видів дарування і здійснення якої не передбачає подібних застережень.

Література

1. *Науково-практичний* коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової, В. В. Луця. – К., 2006. – Т. 2. – 1088 с.

2. *Мічурін Є. О.* Правочини з житлом. – Х., 2005. – 472 с.

3. *Правове* регулювання житлових відносин в Україні / За ред. Є. О. Харитонова. – Х., 2008. – 456 с.

4. *Яворська О. С.* Правове регулювання відносин власності за цивільним законодавством України. – К., 2008. – 256 с.

5. *Житлове* законодавство України: стан та шляхи вдосконалення / За ред. М. К. Галянтича. – К., 2006. – 564 с.

6. *Галянтич М. К., Дрішлюк А. І., Лічман Л. Г.* Здійснення та судовий захист суб'єктивних житлових прав. – К.; Тернопіль, 2009. – 496 с.

Article is devoted research of the basic features of the contract of donation of real estate. The essence of the contract of donation, and also feature of its registration is in details analyzed.

В статье исследуются основные особенности договора дарения недвижимого имущества, анализируется суть договора дарения, а также особенности его оформления.

ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ ПЕРСОНІФІКАЦІЇ ДЕРЖАВИ ЯК УЧАСНИКА ЦИВІЛЬНИХ ВІДНОСИН

Микола Шелест,
асистент кафедри права
Сумського державного університету

У статті аналізуються об'єктивні можливості та доцільність участі функціонально різних органів держави в цивільних відносинах. Обґрунтовується ідея виведення законодавчого та судових органів держави з цивільного обігу в силу відсутності у останніх цивільної правоздатності, позиція, за якою держава бере участь у цивільних відносинах виключно в особі своїх виконавчих органів.

Ключові слова: орган держави, законодавчий орган держави, судові органи держави, виконавчі органи держави, цивільна правоздатність, участь держави в цивільних відносинах.

Будівництво залізниць, автомобільних доріг і державного житлового фонду, геологічна розвідка, розробка родовищ, видобування корисних копалин, закупівля сільськогосподарської продукції для поповнення державного резерву, виготовлення та ремонт необхідного обладнання для Збройних сил України, відчуження об'єктів державної власності шляхом приватизації – це далеко не повний перелік тих завдань, які зумовлюють участь держави у цивільних, зокрема договірних, правовідносинах.

Цивільні зобов'язальні відносини, будучи відносними, зумовлюють чітку персоніфікацію суб'єктів цих відносин. Зважаючи на проведений нами системний аналіз ст. 170 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України та беручи до уваги положення теорії держави щодо структури апарату держави, знайшли обґрунтування положення щодо діяльності держави у цивільних відносинах через органи держави як складові єдиного державного механізму, які, у свою чергу, за характером діяльності поділяються на: законодавчі; виконавчі; судові; правоохоронні та контрольно-наглядові органи. Неабиякий науковий інтерес має питання про об'єктивну необхідність і доцільність перебування кожного з цих органів у цивільному обігу, більше того, у сфері цивільних зобов'язальних відносин. Актуальність нашого дослідження зумовлена необхідністю встановлення можливостей і меж участі органів держави у цивільних відносинах.

Слід зазначити, що ця проблематика не зазнала комплексного дослідження в науці цивільного права, оскільки є нетиповою для останньої.

Метою цієї статті є аналіз, вивчення та встановлення об'єктивних можливостей і доцільності участі функціонально різних органів держави у цивільних відносинах, що відкриє перспективу чіткого розуміння ст. 170 ЦК України.

Відповідно до ст. 6 Конституції України державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову. Відповідний принцип покладено і в механізм формування органів держави, які здійснюють свої повноваження в установлених Конституцією межах і відповідно до законів України. Законодавчі, виконавчі та судові органи держави є безпосередніми учасниками широкого кола суспільних відносин у сферах політики, економіки, культури, права тощо. Так, не викликає жодних заперечень той факт, що національний парламент є основним суб'єктом прийняття політичних рішень; уряд є основним суб'єктом регулювання економічних процесів, що відбуваються в державі. Означене свідчить, що зазначені органи держави, безумовно, є суб'єктами суспільних відносин.

Правові відносини є одним із видів суспільних відносин, отже, співвідносяться з останніми як вид з родом, але мають свої особливості. Між правом і його суб'єктами існує двосторонній взаємозалежний зв'язок. В. Гойман вважає, що особистість чи колектив людей є не лише об'єктом правового регулювання, а й джерелом, що формує право [1, с. 125]. Цивільно-правові відносини також мають свої специфічні особливості. А. Пасічник зазначає, що до процесу визнання певного учасника суспільних відносин суб'єктом права слід ставитися надзвичайно обережно [2, с. 17]. На його думку, суб'єкт права, на відміну від суб'єкта суспільних відносин, отримує у розпорядження правові

© М. Шелест, 2010

інструменти, що дозволяють в окремих випадках нав'язувати свою волю іншим, ініціювати застосування державного примусу тощо. Іншими словами, суб'єкт суспільних відносин, перетворившись на учасника відносин правових, отримує можливість не лише ефективного захисту та реалізації своїх прав чи інтересів, а й вирішального та тривалого впливу на статус інших суб'єктів права, на процеси формування і розвитку правових відносин у цілому. А. Пасічник пропонує спочатку відібрати тих суб'єктів, які не зашкодять стабільному розвитку правових відносин. Критерієм, за допомогою якого можна виявити шкідливі або непотрібні для правовідносин соціальні утворення та не допустити отримання ними статусу суб'єкта права, він вважає правоздатність [2, с. 17]. Саме правоздатність підтверджує суспільно-правову необхідність, об'єктивну можливість і доцільність визнання особи суб'єктом права. На нашу думку, суспільно-правова необхідність, об'єктивна можливість і доцільність можуть розглядатися як юридичний зміст правоздатності.

Наше наукове дослідження зводиться до пошуку наявності чи відсутності цивільної правоздатності у законодавчих, виконавчих і судових органів, отже, можливості розуміння їх як суб'єктів цивільних відносин. Як зазначає В. Борисова, зміст правоздатності державної організації відповідно до закону, статуту (положення про неї) визначається тими цілями, для досягнення яких вона створена [3, с. 32–33]. Аналогічної точки зору дотримується й Р. Еннан на думку якого створення юридичної особи, зокрема, публічного права має бути підпорядковане завданням і функціям держави та не суперечити основним засадам конституційного ладу [4, с. 110]. Викладене дозволяє дійти висновку, що правоздатність органу держави випливає з функцій останньої. Отже, обсяг правоздатності органу держави не може виходити за межі обсягу цивільної правоздатності самої держави, яка, як зазначалося, носить спеціальний функціональний характер [5, с. 123]. Таким чином, орган держави може мати лише чітко визначені законом цивільні права, які, у свою чергу, не повинні суперечити функціям держави.

Стаття 75 Конституції України проголошує парламент – Верховну Раду України єдиним органом законодавчої влади в Україні. Аналіз ст. 85 Конституції України дає можливість визначити основні напрями діяльності законодавчого органу. До них, зокрема, на думку деяких авторів [6, с. 97–98; 7, с. 277], враховуючи представницький характер діяльності парламенту, належить законодавча діяльність, яка є основною. Фінансова діяльність законодавчого органу втілюється в щорічному затвердженні бюджету країни. Засновницька діяльність здійснюється через участь парламенту у формуванні вищих виконавчих і судових органів держави. Має місце також контролююча діяльність законодавчого органу за роботою глави держави та виконавчих органів.

Не менш важливим питанням є з'ясування можливостей і потреби участі в цивільних договірних відносинах судових органів. Стаття 124 Конституції України покладає здійснення функції правосуддя виключно на систему судових органів держави. Стаття 1 Закону України «Про судоустрій України» встановлює, що судова влада реалізується шляхом здійснення правосуддя у формі цивільного, господарського, адміністративного, кримінального, а також конституційного судочинства. Судочинство здійснюється Конституційним Судом України та судами загальної юрисдикції. До системи судів загальної юрисдикції відносяться Верховний Суд України, вищі спеціалізовані суди (господарські й адміністративні), апеляційні та місцеві суди. Єдиним та основним завданням суду в Україні, отже, й його функцією є здійснення ним правосуддя на засадах верховенства права.

Аналіз наведених напрямів діяльності законодавчого органу дозволяє зробити висновок про наявність його глобальної (в межах держави) й виключно публічної представницької діяльності. Жодної функції держави, виконання якої вимагало б участі парламенту в цивільних відносинах, не існує. Судові органи держави взагалі виконують єдину та основну функцію – здійснення правосуддя, виконання якої також жодним чином не пов'язано з необхідністю участі судів у цивільних відносинах як суб'єктів. Аналіз законодавства свідчить у відсутності жодних цивільних прав, які б належали досліджуваним суб'єктам, що зумовлюється виконуваними ними функціями. Функції, визначені Основним законом, а також суспільне призначення розглянутих органів держави, зумовлюють відсутність об'єктивної потреби та можливості участі цих органів у цивільних відносинах. На нашу думку, виведення зазначених органів держави з цивільного обігу може вважатися цілком правильним вирішенням проблеми входження владного суб'єкта в цивільні відносини.

Разом із тим ми погоджуємося з авторами, які вважають, що діяльність органу держави неможлива без меблів, офісної техніки, канцелярських товарів тощо [8, с. 463]. Все це, природно, набувається за цивільними правочинами. Але, слід зазначити, що ця проблема зазнала досить вдалого, на нашу думку, вирішення. Матеріально-технічне забезпе-

чення законодавчого та судових органів держави здійснюється виконавчими органами. У даному випадку показовими є утворення та діяльність Державної судової адміністрації (далі – ДСА) України. Викладене означає, що твердження деяких авторів [4, с. 112] про те, що держава може набувати цивільних прав та обов'язків через органи судової влади є хибним.

Відповідно до Положення про Державну судову адміністрацію, затвердженого Указом Президента України від 03.03.2003 р. № 182, ДСА України здійснює організаційне забезпечення діяльності судів загальної юрисдикції. Зокрема, ДСА України бере участь у відносинах, що опосередковуються укладенням цивільно-правового договору. До них можна віднести:

- організацію та фінансування будівництва і ремонту будинків, приміщень судів, забезпечення їх технічного оснащення;
- здійснення в установленому порядку заходів щодо матеріально-технічного забезпечення діяльності судів загальної юрисдикції;
- організацію впровадження в судах комп'ютеризації для судочинства, діловодства й інформаційно-нормативного забезпечення судової діяльності;
- забезпечення судів необхідними технічними засобами фіксування судового процесу;
- здійснення згідно із законодавством функції з управління об'єктами державної власності, що перебувають в її управлінні тощо.

Заслуговує також на увагу те, що суди загальної юрисдикції не мають статусу юридичної особи, оскільки для здійснення публічної функції правосуддя такий статус їм не потрібен. Натомість, участь ДСА України в цивільних договірних відносинах вимагає від останньої стати таким самим суб'єктом, якими є суб'єкти цивільного права. Саме тому відповідно до п. 14 Положення про Державну судову адміністрацію, ДСА України є юридичною особою, має печатку із зображенням Державного Герба України та своїм найменуванням, самостійний баланс, рахунки в органах Державного казначейства України.

У свою чергу, функції організаційного, фінансово-господарського та матеріально-технічного забезпечення діяльності національного парламенту покладено на Апарат Верховної Ради України. Відповідно до Положення про Апарат Верховної Ради України, затвердженого розпорядженням Голови Верховної Ради України від 31.05.2000 р. № 459, Апарат Верховної Ради України (далі – Апарат) є органом, який здійснює правове, наукове, організаційне, документальне, інформаційне, кадрове, фінансово-господарське, матеріально-технічне, соціально-побутове й інше забезпечення діяльності Верховної Ради України, народних депутатів України. У цій нормі Положення не вказано, що Апарат є виконавчим органом держави, але, оскільки він не виконує законодавчих, судових чи контрольно-наглядових функцій, вважаємо правильним відносити його саме до виконавчих органів держави.

Зокрема, Апарат відповідно до Положення, здійснює діяльність, що опосередковується укладенням цивільно-правових договорів:

- фінансування діяльності Верховної Ради України та структурних підрозділів її апарату відповідно до видатків, передбачених кошторисом витрат на здійснення повноважень Верховної Ради України;
- матеріально-технічне забезпечення діяльності Верховної Ради України в межах наявних коштів;
- оперативне управління державним майном, що забезпечує діяльність Верховної Ради України;
- забезпечує в установленому порядку соціально-побутові та житлові умови народних депутатів України, працівників апарату Верховної Ради України;
- забезпечує діяльність Верховної Ради України необхідними засобами зв'язку й іншими засобами оргтехніки;
- здійснює господарське обслуговування Верховної Ради України.

Слід зазначити, що національний парламент також не визнається юридичною особою в силу відсутності потреби до участі в цивільних відносинах, але, Апарат Верховної Ради України є юридичною особою, має печатку із зображенням Державного Герба України та своїм найменуванням.

Виконавчі органи держави беруть участь у цивільних відносинах не лише задля забезпечення діяльності законодавчого та судових органів держави. Не викликає сумніву те, що виконання більшості державних функцій і завдань покладено на виконавчі органи держави, які здійснюють безпосередню практичну реалізацію державою управління різними сферами суспільного життя. На відміну від виконавчих органів держави, законодавчий і судові органи держави відповідно до Конституції України, їх суспільного призначення, правової природи їх виникнення та функціонування не покликані брати участь у цивільних правовідносинах. Викладене, на нашу думку, зумовлює входження в цивільний обіг лише виконавчих органів держави, на які, як зазначає М. Марченко, покладаються досить відповідальні завдання з правового регулювання та керівництва різними сферами життєдіяльності суспільства і держави [7, с. 279].

Кабінет Міністрів України відповідно до ст. 113 Конституції України, ст. 1 Закону Ук-

раїни «Про Кабінет Міністрів України» від 16.05.2008 р. № 279 є вищим органом у системі органів виконавчої влади. Статтею 2 згаданого Закону передбачені основні завдання Кабінету Міністрів України, які, у свою чергу, мають стратегічне значення для всебічного розвитку суспільства та держави. Стаття 20 Закону визначає основні повноваження Кабінету Міністрів України у різних сферах суспільного життя, тобто встановлює обсяг правоздатності, у тому числі цивільної, останнього. Отже, Кабінет Міністрів України виражає інтереси і волю держави та суспільства, здійснює державну політику в різних сферах суспільних відносин. У цивільних відносинах Кабінет Міністрів України формулює волю держави щодо вступу в такі відносини взагалі та механізму участі держави в таких відносинах. Так, відповідно до п. 4 ч. 1 ст. 20 Закону України «Про Кабінет Міністрів України» Уряд України здійснює відповідно до закону управління об'єктами державної власності, у тому числі корпоративними правами, делегує в установленому законом порядку окремі повноваження щодо управління зазначеними об'єктами міністерствам, іншим центральним органам виконавчої влади, місцевим державним адміністраціям і відповідним суб'єктам господарювання.

Слід зазначити, що Кабінет Міністрів України не є єдиним виконавчим органом держави, який бере участь у цивільних відносинах. Указом Президента України від 15.12.1999 р. № 1573 (з наступними змінами і доповненнями) затверджена схема організації центральних органів виконавчої влади, відповідно до якої розрізняють три види виконавчих органів держави:

- міністерства, керівники яких входять до складу Кабінету Міністрів України;
- державні комітети й інші центральні органи виконавчої влади, статус яких прирівнюється до Державного комітету України;
- центральні органи виконавчої влади із спеціальним статусом.

Висновки

Проведене дослідження свідчить, що держава Україна набуває та здійснює цивільні права й обов'язки в особі системи створених нею виконавчих органів держави, які діють у межах їх компетенції, встановленої законом. Ця система охоплює Кабінет Міністрів України – вищий орган державної виконавчої влади, міністерства – центральні органи державної виконавчої влади, державні комітети й інші центральні органи виконавчої влади, статус яких прирівнюється до Державного комітету України, центральні органи державної виконавчої влади із спеціальним статусом. Система виконавчих органів держави в законодавстві та літературі дістала назву «уряд». На нашу думку, в цивільно-правовому розумінні поняття «уряд» може не збігатися з його конституційно-правовим аналогом. У цьому розумінні до складу уряду також можна віднести такі органи, як Національний банк України та Фонд державного майна України. Отже, на нашу думку, для позначення держави як учасника цивільних відносин доцільніше використовувати назву «уряд», яка, у свою чергу, чітко характеризує групу органів держави, в особі яких остання діє в цивільних відносинах.

Література

1. *Гойман В. И.* Действие права. – М., 1992. – 181 с.

2. *Пасічник А. В.* Природа та зміст правоздатності суб'єкта права // Правовий вісник Української академії банківської справи. – 2008. – № 1 – С. 14–17.

3. *Борисова В. І.* Установа – одна з організаційно-правових форм юридичної особи // Проблеми законності. – Х., 2002. – Вип. 57. – С. 27–34.

4. *Цивільний* кодекс України: Науково-практичний коментар / За ред. Є. О. Харитонова, О. І. Харитонової, Н. Ю. Голубєвої. – К., 2008. – 740 с.

5. *Шелест М.* Деякі проблеми визначення обсягу цивільної правоздатності держави // Підприємництво, господарство і право. – 2009. – № 6. – С. 121–124.

6. *Скакун О. Ф.* Теорія держави і права / Пер. з рос. – Х., 2006. – 656 с.

7. *Марченко Н. М.* Проблемы общей теории государства и права: В 2 т. – М., 2007. – Т. 1. – 752 с.

8. *Цивільне* право України: У 6 т. / За ред. Р. Б. Шишки, В. А. Кройтора. – Х., 2008. – Т. 1. – 680 с.

The search of civil legal capacity is conducted at the legislative, executive and judicial bodies of the State, that enables to perceive them as subjects of civil relations. The idea of exception of legislative and judicial bodies of the State from civil relations is grounded. Position in obedience to which the state takes part in civil relations exceptionally in the person of the executive branches speaks out.

В статье анализируются объективные возможности и целесообразность участия функционально разных органов государства в гражданских отношениях. Обосновывается идея выведения законодательного и судебных органов государства из гражданского оборота в силу отсутствия у последних гражданской правоспособности, позиция, согласно которой государство принимает участие в гражданских отношениях исключительно в лице своих исполнительных органов.

ДІЯЛЬНІСТЬ ОРГАНІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ ТА ПРОКУРАТУРИ ЩОДО ЗАХИСТУ ІНТЕРЕСІВ НЕПОВНОЛІТНІХ: цивільно-процесуальний аспект

Ігор Жеребной,
викладач кафедри цивільного права та процесу
Донецького юридичного інституту
Луганського державного університету внутрішніх справ ім. Е. О. Дідоренка

У статті досліджуються особливості захисту прав неповнолітніх органами місцевого самоврядування й органами прокуратури, розглядаються винятки із загальних правил цивільної процесуальної дієздатності, які мають місце під час захисту прав неповнолітніх у цивільному судочинстві України.

Ключові слова: неповнолітні, органи місцевого самоврядування, органи прокуратури, органи опіки та піклування.

Сучасне становище неповнолітніх в Україні викликає обґрунтоване занепокоєння в суспільстві та вимагає принципово нових підходів до захисту їх прав у суді. Якщо оцінювати механізм, який нині діє в Україні в частині державної політики у сфері забезпечення прав та інтересів дітей, то слід зазначити, що, незважаючи на велику увагу, яка приділяється цьому питанню державою, він потребує доопрацювання.

Слід зазначити, що у структурі Міністерства праці, Міністерства охорони здоров'я, Міністерства соціального захисту, Міністерства освіти і науки, Міністерства внутрішніх справ створені управління, які займаються питаннями забезпечення інтересів дітей [1, с. 47]. Проте, незважаючи на таку кількість існуючих управлінь, в Україні відсутній національний механізм «забезпечення реалізації та контролю за додержанням норм законодавства про права дитини» [2, с. 15]. Отже, механізм проведення державної політики в галузі захисту прав дитини залишається незавершеним, а проблема захисту прав дитини в Україні постає такою, що потребує її вирішення на рівні як міжнародних правових відносин, так і національного законодавства. На сьогодні майже всі розвинуті країни світу мають державні інститути захисту прав та інтересів дитини. Україна ж такого окремого інституту щодо захисту прав дитини досі не має [3, с. 15–18]. Іншими словами, на законодавчому рівні захищаються права неповнолітніх майже всіма державними установами, але на практиці реальний захист інтересів неповнолітніх у повному обсязі так і не реалізується.

Проблеми сутності, змісту й особливостей захисту прав неповнолітніх органами місцевого самоврядування та органами прокуратури свого часу досліджували такі вчені, як С. Коталейчук, С. Ісакевич, Ю. Буров, С. Волкова, С. Полич та ін. Однак, незважаючи на інтенсивність і широкий спектр досліджень, присвячених різним аспектам цієї проблеми, багато питань у цій сфері ще залишаються дискусійними.

Метою цієї статті є спроба на основі правового аналізу цивільного та цивільно-процесуального законодавства, судової практики дослідити особливості захисту прав неповнолітніх органами місцевого самоврядування та органами прокуратури.

Процесуальне законодавство, з одного боку, входить і формує ту систему галузей права, які концентрують у собі основні сегменти, в яких регулюється захист неповнолітніх у цивільному судочинстві України, а з іншого – регулює процесуальні відносини, які на рівні безпосереднього правозастосування розкривають питання суб'єктів таких правовідносин, об'єктів такого захисту та інститутів, які впливають на процедуру судового розгляду. Відповідно до ч. 1 ст. 45 Цивільного процесуального кодексу (далі – ЦПК) України у випадках, встановлених законом, Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, прокурор, органи державної влади, органи місцевого самоврядування можуть звернутися до суду із заявами про захист прав, свобод та інтересів інших осіб, брати участь у цих справах. Відповідно

© В. Жеребной, 2010

до ст. 32 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» від 21.05.1997 р. до відання виконавчих комітетів сільських, селищних, міських рад належить організація роботи щодо запобігання бездоглядності, правопорушенням серед дітей і підлітків. Однак ця вимога Закону, спрямована на захист порушених прав, свобод та інтересів неповнолітніх, на сьогодні фактично не виконується. Органи місцевого самоврядування на ці заходи не передбачають коштів у своїх бюджетах, питання захисту прав дітей відповідно до Закону України «Про попередження насильства в сім'ї» від 15.11.2001 р. виконкомами не розглядаються.

У 2003–2004 рр. органи виконавчої влади, місцевого самоврядування Кременчуцького, Хорольського, Котелевського, Козельщанського районів Полтавської області взагалі не виділяли кошти на профілактику попередження насильства в сім'ї та бездоглядності серед неповнолітніх [4, с. 93].

Органи місцевого самоврядування не порушують питань перед судами про позбавлення батьківських прав батьків, які зловживають спиртними напоями, наркотичними засобами, не займаються вихованням, не піклуються про фізичний і духовний розвиток дитини, її навчання тощо. Така ситуація має місце внаслідок того, що до осіб, які мають право звернутися з позовом до суду про позбавлення батьківських прав віднесені не органи місцевого самоврядування, а органи опіки та піклування. Ця функція, зазвичай, покладається на секретаря виконкому і це нібито вже й не стосується місцевого самоврядування. У зв'язку з цим вважаємо, що доцільно було б у ст. 165 Сімейного кодексу (далі – СК) України слова «орган опіки та піклування» замінити на «органи місцевого самоврядування». Така позиція збігалася би з позицією ч. 1 ст. 45 ЦПК України, де захист прав, свобод та інтересів у цивільному судочинстві стосовно інших осіб, серед іншого і неповнолітніх, надається органам місцевого самоврядування. Участь у цивільному процесі органів опіки та піклування є однією з форм діяльності держави, спрямованої на захист прав, свобод та інтересів дітей.

Судова практика давно визнала участь органів опіки та піклування неодмінною умовою правильного розгляду питань щодо судового розгляду справ, що стосуються інтересів неповнолітніх. Процесуальне положення цих органів, на нашу думку, не повинно зводитися до участі у процесі виключно в ролі третіх чи заінтересованих осіб. Їх роль є більш багатогранною та значущою, ніж та, яка відводиться їм сьогодні процесуальним законодавством. На жаль, ні у штатних розписах органів місцевого самоврядування, ні у суду немає посад психологів, які б на підставі дослідження проблеми, яка виникає в частині захисту інтересів дітей, давали б професійні висновки щодо перспектив подальшого місця проживання та виховання дитини при позбавленні її батьків батьківських прав. Професійні висновки, щодо мотивації усиновлення дитини такі психологи могли б надавати суду для того, щоб останній міг приймати більш виважені рішення. Такі висновки були б доцільними і при вирішенні питань щодо надання неповнолітній особі повної цивільної дієздатності, чи надання права на шлюб. Незважаючи на те що цивільне процесуальне законодавство відводить органам місцевого самоврядування самостійну роль, у цивільному судочинстві участь таких органів є вкрай обмеженою. Так, відповідно до ч. 3 ст. 45 ЦПК України «органи державної влади та органи місцевого самоврядування можуть бути залучені судом до участі в справі, або взяти участь у справі за своєю ініціативою для подання висновків на виконання своїх повноважень». Як бачимо, органи опіки та піклування *можуть бути залучені* судом до розгляду справи, а *можуть і не бути залучені* судом до такого розгляду. Тобто таке тлумачення норми статті не є імперативним, а тому ця обставина в кожному випадку не може розглядатися як порушення закону з боку суду. Крім того, участь зазначених органів є обов'язковою, якщо вони беруть участь у судовому засіданні у зв'язку з наданням висновків або у випадках, встановлених законом, можуть звертатися до суду за захистом прав, свобод та інтересів інших осіб.

Викладене свідчить про доцільність вилучення із ч. 1 ст. 45 ЦПК України слів «у випадках, встановлених законом». Тоді ця норма матиме всеохоплюючий зміст і стосуватиметься загального питання захисту прав людини, у тому числі неповнолітніх.

Органи місцевого самоврядування зобов'язані не лише діяти у сфері захисту прав неповнолітніх дітей щодо їх виховання й утримання, а й захищати права неповнолітніх у частині житлових прав. Так, відповідно до ч. 2 ст. 9 Житлового кодексу України громадяни (у тому числі неповнолітні) мають право на приватизацію квартир (будинків) державного житлового фонду. Незважаючи на те, що неповнолітні особи мають право на частину житла під час його приватизації, все ж нерідко житлові права неповнолітніх у цій

сфері порушуються. Батьки часто їх не включають до осіб, які мають право на приватизацію житла, а при загибелі батьків і оформленні неповнолітніх дітей у дитячі державні заклади у них взагалі відбирається житло і після закінчення навчання в державних дитячих закладах діти залишаються фактично на вулиці. Така ситуація має місце у зв'язку з тим, що батьки, родичі-опікуни знімають дітей з реєстраційного обліку до оформлення договору приватизації житлового приміщення з метою подальшого продажу житла без згоди на це органів опіки та піклування. Останні досконально не перевіряють фактичні обставини справи. Більше того, органи опіки та піклування при відчуженні житла, власником якого є неповнолітня особа, не виявляють інтересу до причин продажу квартири, не мають відомостей, де в подальшому мешкатимуть неповнолітні особи [5, с. 17].

З питаннями захисту інтересів неповнолітніх осіб у суді може виступити і прокурор. Відповідно до ч. 2 ст. 45 ЦПК України він здійснює в суді представництво інтересів громадян (у тому числі неповнолітніх осіб) в порядку, встановленому ЦПК України на будь-якій стадії цивільного процесу. Прокурор – особливий представник у справах щодо захисту порушених прав, свобод та інтересів неповнолітніх осіб, перш за все, у сфері неналежного виховання дітей, захисту їх життя, здоров'я, честі, гідності, недоторканності та безпеки. Практика свідчить, що особливого значення сьогодні набуває захист прав, свобод та інтересів неповнолітніх від насильства в сім'ї. Ці питання в Україні набувають своєї актуальності. За даними громадської організації «Міжнародна амністія», 70 % жінок, а з ними і дітей в Україні зазнають різноманітних форм насильства [6, с. 15–16].

Виокремлення питання про насильство в сім'ї в самостійну соціальну проблему на сучасному етапі – лише перший крок у реальному захисті прав неповнолітніх дітей. Це пов'язано з високим ступенем латентності, і в цій частині діяльність органів місцевого самоврядування, уповноваженого та прокуратури має бути спрямована на рішучі кроки щодо захисту інтересів неповнолітніх у суді. Зазначене стосується, передусім, питань щодо позбавлення батьків, які використовують дітей у сфері жебракування, проституції, крадіжок тощо, батьківських прав.

Рішенням Куйбишевського району м. Донецька був задоволений позов прокурора Куйбишевського району м. Донецька в інтересах неповнолітнього А. Малого 1993 р. народження до його батьків Є. Малого та С. Малої про позбавлення батьківських прав і стягнення аліментів. Підставою до цього був той факт, що С. Мала (мати неповнолітнього) протягом тривалого часу не виконувала своїх обов'язків щодо виховання сина та свідомо ухилялася від їх виконання. А. Малий упродовж тривалого часу жебракував. У 2003 р. відповідачка продала свого неповнолітнього сина А. Малого громадянину Є. Малому за 1000 грн, який протягом 2002–2003 рр. неодноразово вступав у статеві зносини з неповнолітньою дитиною. Прокуратурою Куйбишевського району м. Донецька 18.09.2007 р. стосовно відповідачки С. Малої порушена кримінальна справа за фактом продажу неповнолітньої особи з метою сексуальної експлуатації за ознаками злочину, передбаченого ч. 3 ст. 149 Кримінального кодексу (далі – КК) України; стосовно відповідача Є. Малого (батька дитини) порушена кримінальна справа за ознаками ч. 3 ст. 153 КК України. 07.06.2007 р. вони були засуджені Ленінським районним судом м. Донецька до 11 років позбавлення волі [7].

Слід зазначити, що прокуратура не ставить собі за мету контролювати методи виховання дітей. Це питання має значення лише в аспекті їх правомірності. Так, безнаглядність за дітьми з боку їх батьків дає право прокурору, органам внутрішніх справ поставити питання про відібрання неповнолітніх дітей з поміщенням їх у школи-інтернати та притягненням батьків до кримінальної відповідальності.

Так, вироком Білопільського районного суду Сумської області від 30.08.2007 р. засуджено Л. Гасевську за ст. 166 КК України, яка 14.10.2006 р. народила доньку Сніжану, а 20.10.2006 р. дівчинка була доставлена до Білопільської районної лікарні з діагнозом «правобічна пневмонія, гематома правого плеча, дисплазія кульшових суглобів». Новонароджена з її матір'ю направлені до Сумської обласної клінічної лікарні і лише 28.11.2006 р. дівчинку в задовільному стані було виписано. Л. Гасевська продовжувала зловживати спиртними напоями, доглядом за своєю дитиною не займалася і 03.05.2007 р. Сніжану в тяжкому стані знову було доставлено до Білопільської лікарні, а 23.05.2007 р. Л. Гасевська взагалі покинула свою дитину в лікарні. На сьогодні вона не знає, де знаходиться її донька [8].

У таких випадках батьки, за позовом прокурора, зобов'язані сплачувати аліменти на утримання дітей. Прокурор не лише самостійно готує позовну заяву до суду, а й безпосередньо бере участь у розгляді такої справи

як представник держави на боці неповнолітніх дітей, захищаючи таким чином їх права на матеріальну допомогу, яку вони мають право отримувати від своїх батьків відповідно до ст. 180 СК України.

Рішенням Дружковського районного суду Донецької області задоволено позов прокурора Артемівського району м. Луганська до А. Ковальова про позбавлення батьківських прав відносно неповнолітнього сина Дмитра та стягнення аліментів на його утримання в розмірі $^1/_6$ частини від доходу. Підставою до цього був той факт, що відповідач має неповнолітнього сина Дмитра, мати якого (О. Кузьміна) померла у 2007 р. З того часу А. Ковальов не спілкується з дитиною, матеріальної допомоги не надає, долею хлопчика та його життям не цікавиться [9].

Ми вважаємо, що позов формально заявляється прокурором в інтересах малолітніх чи неповнолітніх дітей; реальними позивачами в усіх випадках є діти, незважаючи на вимоги ст. 29 ЦПК України щодо неприпустимості їх самостійного звернення до суду із позовом через відсутність цивільної процесуальної дієздатності у малолітніх осіб та її обмеженням у неповнолітніх. Відповідно до ч. 1 ст. 46 ЦПК України органи та інші особи, які згідно із ст. 45 ЦПК України звернулися до суду в інтересах інших осіб (у тому числі неповнолітніх) мають процесуальні права й обов'язки особи, в інтересах якої вони діють, за винятком права укладати мирову угоду. За змістом цієї норми, права позивачів, а саме такими є неповнолітні чи малолітні особи, відповідно до інституту представництва, який передбачає автономне набуття в таких випадках процесуальних прав неповнолітніх, на законних підставах переходять до прокурора або іншого представника дитини. На нашу думку, такі випадки слід вважати винятками із правил цивільної процесуальної дієздатності. Змістом таких винятків є:

- природна можливість: кожна особа має права, у тому числі процесуальні, під час захисту своїх порушених прав звернутися до суду (ст. 3 ЦПК України);
- психологічна неможливість належним чином використати своє природне процесуальне право щодо захисту свого права в суді (ст. 29 ЦПК України);
- законодавчий обов'язок захисту прав неповнолітніх органами місцевого самоврядування, правоохоронними органами, прокуратурою, судом (ст. 45 ЦПК України);
- законодавче закріплення процесуальних прав сторін (статті 27, 31 ЦПК України);
- можливість використання природних прав особи уповноваженого для цього державою органом, який є самостійною юридичною особою (ч. 1 ст. 46 ЦПК України);
- використання процесуальних прав особи лише стосовно захисту її інтересів у конкретній справі;
- права прокурора, інших органів, які здійснюють захист інтересів неповнолітніх осіб у суді, аналогічні й не різняться між собою.

Викладене дозволяє зробити такий **висновок:** враховуючи специфіку цивільної процесуальної дієздатності *неповнолітніх, органи опіки та піклування, прокурор* не повинні мати звужене право на безпосередню участь у судових засіданнях чи на звернення до суду лише у випадках, встановлених законом. Таке право вони повинні мати в усіх випадках, коли йдеться про захист порушених прав, свобод та інтересів, передусім *неповнолітніх,* осіб.

Література

1. *Коталейчук С. П.* Правова захищеність неповнолітніх в Україні: міф чи реальність // Наукові записки. – К., 2003. – Т. 21. – С. 47–51.

2. *Ісакевич С.* Наукові засоби захисту прав дитини в Україні // Український часопис прав людини. – 1998. – № 3. – С. 14–19.

3. *Буров Ю. О.* Права дитини в Україні // Стан, проблеми, перспективи / За ред. М. Л. Головка. – К., 1998. – Ч. 2. – 130 с.

4. *Волкова С.* Прокурори опікуються правами дітей // Прокуратура, людина, держава. – 2004. – № 2. – С. 92–95.

5. *Полич С.* Охрана прав несовершеннолетних при приватизации жилья // Законность. – 1997. – № 3. – С. 16–17.

6. *Сененко С.* Битые жены, бьющие мужья: Психология супружеского насилия // Зеркало недели. – 2006. – № 13.

7. *Рішення* від 20.05.2008 р., справа № 2-800 / Куйбишевський райсуд м. Донецька // Архів Куйбишевського райсуду м. Донецька.

8. *Вирок* від 30.08.2007 р., справа № 1-172 / Білопільський райсуд Сумської обл. // Архів Білопільського райсуду Сумської обл.

9. *Рішення* від 24.09.2008 р., справа № 2-1690 / Дружковський райсуд Донецької обл. // Архів Дружковського райсуду Донецької обл.

In this article are researched particularities of protection of the minor by the local organs and by the public prosecutors office. There are exceptions from the general rules of the civil process capacity, which exist in protection of the rights of minors in the civil proceedings in Ukraine.

В статье исследуются особенности защиты прав несовершеннолетних органами местного самоуправления и органами прокуратуры, рассматриваются исключения из общих правил гражданской процессуальной дееспособности, которые имеют место при защите прав несовершеннолетних в гражданском судопроизводстве Украины.

ЕФЕКТИВНІСТЬ РЕАЛІЗАЦІЇ ВІЙСЬКОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ В УМОВАХ КОНЦЕПТУАЛЬНО-ІНСТИТУЦІЙНОЇ НЕВИЗНАЧЕНОСТІ ВОЄННОЇ ОРГАНІЗАЦІЇ ДЕРЖАВИ

Володимир Шульгін,
доцент кафедри військового права
Військового інституту
Київського національного університету ім. Тараса Шевченка

У статті аналізуються правові аспекти негативного впливу концептуально-понятійних неузгодженостей щодо визначення складових частин Воєнної організації держави на систематизацію й ефективність реалізації військового законодавства України.

Ключові слова: інституціалізація Воєнної організації держави, систематизація законодавства, галузі законодавства, військове законодавство, ефективність механізму реалізації приписів військового законодавства.

Дослідження ефективності реалізації приписів військового законодавства України набуває сьогодні актуальності з огляду на формування специфічних цивільно-військових правових відносин як сукупності правових відносин між суспільством і складовими частинами Воєнної організації держави, що охоплює політичні, фінансово-економічні, соціальні й інші аспекти національної оборонно-безпекової сфери.

Вагомий внесок у дослідження конституційних концептуально-правових основ національної безпеки й оборони здійснили Є. Кравець, В. Мамонов, І. Петрів, Ю. Тодика, Т. Шуберт. Проблемі реалізації законодавства присвятили свої праці такі вітчизняні та зарубіжні науковці, як С. Бобровник, О. Богінич, Ю. Власов, М. Вопленко, М. Гнатюк, Л. Завадська, В. Котюк, В. Лазарєв, О. Лисенков, Р. Лівшиць, К. Мусалімов, П. Недбайло, А. Олійник, М. Оніщук, А. Піголкін, С. Полєніна, В. Протасов, П. Рабінович, Ю. Решетов, А. Ришелюк, В. Сирих, В. Сіренко, О. Скакун, Ю. Тихомиров. Проблемам військового права та військового законодавства присвячені роботи П. Богуцького, А. Горного, Н. Гредескула, М. Кузнєцова, Ю. Мігачева, М. Прохоренка, Н. Ренненкампфа, С. Тихомирова.

Слід зазначити, що проблематика ефективності реалізації приписів військового законодавства в умовах концептуально-інституційної невизначеності Воєнної організації держави майже не розроблена в сучасних працях вітчизняних військових юристів.

Г. Ситник вважає, що вади чинного законодавства знижують ефективність формування та функціонування Воєнної організації держави, окремі їх положення суперечать одне одному, а понятійно-категорійний апарат, який у них використовується, не витримує жодної критики [1, с. 216]. Залишається остаточно не врегульованим питання інституціалізації Воєнної організації держави як сектора безпеки. Це зумовлює низьку ефективність механізму реалізації приписів військового законодавства України, пов'язаних із невизначеністю єдиного керівництва, системи та механізмів управління сектором безпеки відповідно до ресурсних можливостей держави. Зазначене на практиці призвело до грубого зловживання правом з боку Верховного Головнокомандувача Збройних Сил (далі – ВГКЗС) України, отже, і до деформації механізму реалізації приписів військового законодавства України. Особливо гостро це стало відчуватися після прийняття Закону України «Про внесення змін до Конституції України» від 08.12.2004 р. № 2222-IV, переходу до парламентсько-президентської форми правління, перерозподілу повноважень в оборонно-безпековій сфері не на користь Президента України. Так, ч. 5 ст. 17 Конституції України забороняє на території України створення та функціонування будь-яких збройних формувань, не передбачених законом. Але ВГКЗС України (на той час Л. Кучма) Указом «Про Службу зовнішньої розвідки України» від 14.10.2004 р. № 1239/ 2004 утворив на базі Департаменту розвідки та розвідувальних підрозділів регіональних органів Служби безпеки України Службу зовнішньої розвідки (далі – СЗР) України як спеціальний державний орган. На підставі цього незаконного Указу видано незаконний Указ «Про проходження військової служби у Службі зовнішньої розвідки України» від 25.12.2004 р. № 1538, яким намагалися регла-

© В. Шульгін, 2010

ментувати діяльність незаконно створеного органу (військового формування). У подальшому незаконними указами Президента України (спочатку Л. Кучми, а потім В. Ющенка) призначалося та змінювалося керівництво нелегітимно створеного органу. Лише 1 грудня 2005 р. після неодноразових звернень до Президента України народних депутатів України (членів Комітету Верховної Ради України з питань безпеки і оборони) був підготовлений і прийнятий Закон України «Про Службу зовнішньої розвідки України», який легітимізував діяльність СЗР України, визначивши його статус як військового формування. У подальшому, вже в установленому порядку, відповідно до зазначеного Закону та ст. 2 Закону України «Про військовий обов'язок і військову службу» від 25.03.1992 р. № 2232-XII Указом Президента України від 17.07.2006 р. № 619/2006 визнано таким, що втратив чинність, фактично незаконний Указ «Про проходження військової служби у Службі зовнішньої розвідки України» та затверджено Положення про проходження військової служби у Службі зовнішньої розвідки України.

Посилаючись на приписи пунктів 1, 15 і 17 ч. 1 ст. 106 Конституції України указами Президента України:

від 25.05.2007 р. № 474/2007, грубо порушуючи норми ст. 6 Закону України «Про внутрішні війська Міністерства внутрішніх справ» від 26.03.1992 р. № 2235-XII, внутрішні війська виведені з підпорядкування Міністра внутрішніх справ України та підпорядковані Президенту України;

від 11.06.2007 р. № 515/2007 зупинено дію постанови Кабінету Міністрів України «Питання контролю та забезпечення діяльності органів та підрозділів Міністерства внутрішніх справ» від 25.05.2007 р. № 774.

У подальшому Президент України ці укази визнав такими, що втратили чинність. Але це викликало негативний резонанс з боку Верховної Ради України, яка постановила: визнати перший указ таким, що не тягне за собою юридичних наслідків і не підлягає виконанню, а Кабінету Міністрів України забезпечити неухильне виконання Міністерством внутрішніх справ України Закону України «Про внутрішні війська Міністерства внутрішніх справ України» та інших законів України. Все це призвело до небезпечного протистояння законодавчої та виконавчої влади Президенту України як Верховному Головнокомандувачу Збройних Сил України та главі держави.

Невизначеність інституціалізації та концептуальних понять Воєнної організації держави взаємозумовлені та тягнуть (крім суто практичних) науково-теоретичні негативи, що позначається, зокрема, на процесі класифікації галузей системи законодавства України. Це призводить до невизначеності предмета правового регулювання в галузі військового законодавства України, що, у свою чергу, ускладнює виокремлення підгалузей та інститутів військового законодавства України, які покладені в основу його систематизації (кодифікації, інкорпорації та консолідації). У зв'язку з цим виникли прогалини та колізії в системі актів військового законодавства, знизилась ефективність механізму його реалізації, спостерігається руйнація законності та військового правопорядку. Це яскраво ілюструє Класифікатор галузей законодавства України (далі – Класифікатор), затверджений наказом Міністерства юстиції України від 02.06.2004 р. № 43/5 складений з метою підвищення ефективності правового регулювання, реалізації програм законопроектних робіт, забезпечення правової реформи в Україні, вдосконалення обліку, класифікації та систематизації актів законодавства і призначений для ведення Єдиного державного реєстру нормативно-правових актів, інших електронних баз даних правової інформації та для формування зібрань чинного законодавства України.

Серед 38 галузей законодавства України виокремлені такі галузі законодавства як: 300.000.000 – «Оборона» (19 підгалузей, що включають 62 інститути) та 310.000.000 – «Національна безпека» (9 підгалузей та 1 інститут). Відомо, що підгалузі й інститути законодавства регулюють певний вид і сторону однорідних суспільних відносин. Але, Класифікатором до галузі законодавства 300.000.000 – «Оборона» включено підгалузь 300.030.000 – «Збройні Сили України. Склад Збройних Сил України», до якої, на нашу думку, необґрунтовано та помилково включені такі інститути: 300.030.070 – «Державна прикордонна служба України»; 300.030.080 – «Війська цивільної оборони України»; 300. 030. 090 – «Служба безпеки України»; 300.030.100 – «Інші військові формування»; 300.030.110 – «Внутрішні війська Міністерства внутрішніх справ України». При цьому, незважаючи на те, що Державна прикордонна служба України перетворена із військового формування на правоохоронний орган із спеціальним статусом – Адміністрацію державної прикордонної служби, а Війська цивільної оборони – на Війська цивільного захисту, які з іншими військовими формуваннями (Внутрішніми військами МВС України) та правоохоронними органами із спеціальним статусом (Службою безпеки України) складають Воєнну організацію держави, але не Збройні Сили України.

Також Класифікатором до вказаної підгалузі віднесені окремі інститути: 300.03.120 – «Вій-

ська автомобільна інспекція»; 300.030.130 – «Військова служба правопорядку у Збройних Силах України», яка, у свою чергу, одночасно включена як підгалузь до галузі законодавства 310.000.000 – «Національна безпека». При цьому слід зазначити, що Військової автомобільної інспекції не існує взагалі, а аналогічні підрозділи, які мають назву підрозділів Безпеки дорожнього руху структурно входять до інституту 300.030.130 – «Військова служба правопорядку у Збройних Силах України» і не можуть розглядатись як окремий інститут підгалузі 300.030.000 – «Збройні Сили України. Склад Збройних Сил України».

Безпідставно до підгалузі 300.090.000 – «Постачання військ. Загальні питання» включений інститут 300.090.010 – «Фінансування», який виокремлений із інституту 300.090.090 – «Види забезпечення військовослужбовців», який, у свою чергу, необґрунтовано ототожнюється із постачанням військ і включений у підгалузь 300.090.000 – «Постачання військ. Загальні питання».

Зовсім безглуздо виглядають виокремлені як різні інститути різних підгалузей: інститут 300.010.040 – «Статути Збройних Сил України» підгалузі 300.010.000 – «Загальні положення про оборону» та інститути: 300.030.020 – «Внутрішня служба»; 300.030.040 – «Гарнізонна служба та військові ритуали»; 300.030.050 – «Вартова служба» підгалузі 300.030.000 – «Збройні Сили України. Склад Збройних Сил України», які у своїй сукупності саме й утворюють зміст інституту 300.010.040 – «Статути Збройних Сил України». Разом із тим відсутні у Класифікаторі такі необхідні й об'єктивно існуючі інститути, як: «Проходження служби у військовому резерві» підгалузі 300.130.000 – «Виконання військового обов'язку в запасі»; «Військова служба за контрактом» підгалузі 300.120.000 – «Проходження військової служби».

Підгалузь 310.090.000 – «Соціальне забезпечення працівників і військовослужбовців національної безпеки» віднесена до складу галузі законодавства 310.000.000. «Національна безпека». Але ця підгалузь є інститутом підгалузі 300.180.000 – «Соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей» галузі законодавства 300.000.000 – «Оборона», оскільки питання соціального захисту стосовно всіх військовослужбовців військових формувань і правоохоронних органів (Воєнної організації держави) є уніфіковані.

Безумовно, можливе деяке ототожнення міжгалузевого інституту 370.100.010 – «Миротворчі сили» підгалузі 370.100.000 – «Право міжнародної безпеки» галузі законодавства 370.000.000 – «Зовнішня політика і міжнародні відносини. Міжнародні договори. Зовнішньоекономічні відносини» із інститутом 300.190.010 – «Миротворча діяльність» підгалузі 300.190.000 – «Питання міжнародного військового співробітництва» галузі законодавства 300.000.000 – «Оборона».

Також, на нашу думку, у Класифікаторі необґрунтовано відсутня назва такої важливої галузі національної системи законодавства, як військове законодавство України, яке налічує за станом на 01.09.2009 р. тільки відносно життєдіяльності Збройних Сил Укра-їни не менше 440 правових актів нормативно-правового характеру Верховної Ради України, Президента й Уряду України та має у своєму складі кодифіковані нормативно-правові акти (статути Збройних Сил України).

Наукове обґрунтування позитивного вирішення цього питання аргументовано та переконливо доведено вітчизняними науковцями у дисертаційних дослідженнях М. Прохоренка та П. Богуцького [2; 3]. Військове законодавство України в горизонтальній структурі законодавства України займає місце окремої комплексної галузі законодавства України [2, с. 190].

Мета правового регулювання як невід'ємний елемент у складі галузевого правового режиму дозволяє нарівні з іншими ознаками ідентифікувати ту чи іншу сукупність правових норм, які здійснюють регулятивну функцію стосовно однорідних за своєю соціальною природою суспільних відносин у військовій сфері [3, с. 6].

Таким чином, діючий Класифікатор містить багато протиріч, неточностей та не повною мірою враховує появу нових груп і видів суспільних відносин, які потребують правового врегулювання, зокрема у військовій сфері, сфері воєнної безпеки держави. Це не відповідає сучасним науковим тенденціям класифікації цих відносин у системі законодавства України по галузях, підгалузях та інститутах (субінститутах), нормативних приписах, отже, потребує уточнення та професійної переробки, зокрема, відносно сфери правового регулювання суспільних відносин у системі функціонування Воєнної організації держави, життєдіяльності Збройних Сил України.

Офіційна позиція вчених радянського періоду, яка визначала військове законодавство як сукупність законів та інших нормативно-правових актів, які регулюють відносини у сфері будівництва, життя і діяльності виключно Збройних Сил, набула суттєвих і принципових змін [4, с. 262].

Сучасні науковці уточнюють універсальне, об'єднуюче та широке поняття «воєнна діяльність держави», а під предметом правового регулювання військового законодавства

розуміють не тільки окремі суспільні відносини у сфері оборони чи будівництва та діяльності Збройних Сил, а набагато ширше коло суспільних відносин, яке охоплює правові основи забезпечення оборони та безпеки держави воєнними методами; виконання військового обов'язку та військової служби; статус військовослужбовців; підтримання військової дисципліни, законності та правопорядку, діяльність органів військової юстиції; військове співробітництво, а також воєнні конфлікти [5, с. 20].

О. Петриченко зазначає, що «військове законодавство – система правових актів у яких закріплені норми, що регламентують відносини в галузі військового будівництва і діяльності Воєнної організації держави» [6, с. 524]. Підтримує цю позицію П. Богуцький, який уточнює, що «військова сфера суспільної діяльності характеризується притаманними лише їй відносинами, які виникають та існують у межах функціонування Воєнної організації держави» [7, с. 14].

Не заперечуючи існування різних підходів до визначення військового законодавства, які об'єднує одностайне визнання його комплексного характеру, необхідно виокремити суттєві відмінності в цих підходах. Вони в основному пов'язані із розширенням змісту об'єктивної та суб'єктної складових предмета військового законодавства (як наслідок динамічності сукупності соціальних відносин певного виду, що підлягають правовому регулюванню). В результаті цього розуміння предмета військового законодавства сучасні науковці трактують як суспільні відносини, що складаються не лише у сфері життєдіяльності Збройних Сил, а й у різних сферах діяльності інших окремих військових формувань, а також у їх сукупності в рамках єдиної Воєнної організації держави в цілому як сфері безпеки.

Таким чином, подальші наукові дослідження ефективності механізму реалізації приписів військового законодавства України слід пов'язувати не стільки із функціонуванням Збройних Сил України, а скільки із необхідністю врахування специфіки спільного комплексного інституційного функціонування Воєнної організації держави. Це потребує чіткого й однозначного законодавчого визначення сутності понять, термінів і правових складових інститутів Воєнної організації держави.

Література

1. *Ситник Г. П.* Державне управління національною безпекою України. – К., 2004. – 408 с.

2. *Прохоренко М. М.* Система військового законодавства України: Дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2007. – 218 с.

3. *Богуцький П. П.* Військове право у системі права України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – О., 2009. – 23 с.

4. *Военный* энциклопедический словарь. – М., 1986. – 863 с.

5. *Мигачов Ю. И., Тихомиров С. В.* Военное право. – М., 2003. – 456 с.

6. *Енциклопедія* сучасної України / І. М. Дзюба, А. І. Жуковський, О. М. Романів та ін. – К., 2005. – Т. 4. – 699 с.

7. *Богуцький П. П.* Військове право у регулюванні відносин військової сфери // Право військової сфери. – 2006. – № 12. – С. 4–17.

The article is devoted to analyze the legal aspects of negative influence of conceptual in coordination of components tailoring of Military organization of state with the aim of systematization and effectiveness of realization of military legislation of Ukraine.

В статье анализируются правовые аспекты негативного влияния концептуально-понятийных несогласованностей в определении составных частей Военной организации государства на систематизацию и эффективность реализации военного законодательства Украины.

АДМІНІСТРАТИВНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ПРАВОПОРУШЕННЯ В ПЛЕМІННІЙ СПРАВІ У ТВАРИННИЦТВІ

Світлана Ковальова,
старший викладач
Національного університету біоресурсів і природокористування,
м. Київ

У статті досліджується проблема відповідальності за вчинення адміністративних правопорушень у племінній справі у тваринництві, а також висловлюються рекомендації щодо вдосконалення чинного законодавства.

Ключові слова: адміністративна відповідальність, адміністративні правопорушення, державні племінні книги, племінна справа.

Одним із напрямів удосконалення племінної діяльності в тваринництві є вдосконалення інституту адміністративної відповідальності за правопорушення у зазначеній сфері. Питаннями правового регулювання племінної діяльності у тваринництві та відповідальності за правопорушення у цій сфері займалися такі науковці, як С. Бугера, В. Курило, Н. Кузьміна та ін. Проте дослідженнями не повною мірою охоплені особливості адміністративної відповідальності за правопорушення у племінній діяльності.

Метою цієї статті є виявлення прогалин у чинному законодавстві, що регламентує адміністративну відповідальність за правопорушення у племінній справі та формулювання пропозицій щодо вирішення виявлених проблем.

Розглядаючи питання про адміністративну відповідальність, насамперед, зазначимо її дискусійний характер у науці адміністративного права. І. Беленчук дійшов висновку, що адміністративна відповідальність – це різновид юридичної відповідальності внаслідок невиконання чи неналежного виконання особою норм адміністративного законодавства, відбиття невідворотності реагування держави на адміністративні правопорушення (проступки) [1, с. 76].

В. Колпаков вважає, що адміністративна відповідальність – це специфічне реагування держави на адміністративне правопорушення, що полягає в застосуванні повноважним органом або посадовою особою передбаченого законом стягнення до суб'єкта правопорушення [2, с. 287].

Рівень дослідження адміністративної відповідальності племінної справи у тваринництві як у науці адміністративного права, так і в законодавстві України є недостатнім. Тому доцільно взяти за основу таке визначення адміністративної відповідальності в племінній справі у тваринництві: це вид юридичної відповідальності, яка передбачає заходи адміністративного впливу за протиправні та винні діяння, що порушують законодавство про племінну справу у тваринництві.

Загальновизнано, що підставою виникнення адміністративної відповідальності є адміністративне правопорушення. Відповідно підставою виникнення адміністративної відповідальності в галузі племінної справи у тваринництві є адміністративні правопорушення у зазначеній сфері.

Слід зазначити, що згідно із ст. 107^1 Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП) відповідальність за порушення законодавства про племінну справу несуть особи винні в:

- оформленні племінних свідоцтв (сертифікатів) на племінні (генетичні) ресурси без урахування даних офіційного обліку продуктивності тварин, офіційної класифікації (оцінки) за типом, імуногенетичного контролю, внесення до документів з племінної справи недостовірних даних;
- використанні для відтворення не атестованих і недопущених до відтворення плідників;
- недотриманні встановлених технологічних та ветеринарно-санітарних вимог і правил щодо отримання, зберігання та використання племінних (генетичних) ресурсів.

Аналіз Закону України «Про племінну справу у тваринництві» свідчить, що *племінне свідоцтво* (сертифікат) – це документ встановленої форми про походження, продуктивність, тип та інші якості тварин, сперми, ембріонів, яйцеклітин. На нашу думку,

© С. Ковальова, 2010

поза увагою законодавця залишилися відповідальність за правопорушення з такими племінними (генетичними) ресурсами, як сперма, ембріони, яйцеклітини, інкубаційні яйця.

Племінні тварини – це чистопородні або одержані за затвердженою програмою породного вдосконалення тварини, що мають племінну (генетичну) цінність і можуть використовуватися в селекційному процесі, проходять реєстрацію в державних книгах племінних тварин та Державних племінних реєстрах. Як показує практика, одним із видів адміністративних проступків у племінній справі є порушення правил реєстрації племінних тварин і стад. Тому ми вважаємо, що необхідно закріпити в чинному КУпАП норму, яка б передбачала адміністративну відповідальність за порушення правил державної реєстрації племінних тварин і племінних стад. Згідно із Законом України «Про племінну справу у тваринництві» від 21.12.1999 р. з наступними змінами та доповненнями:

- Державний племінний реєстр – це інформаційна база про племінні стада, що відповідають установленим для реєстрації вимогам;
- державні книги племінних тварин – це інформаційна база даних про племінних тварин, що відповідають установленим для реєстрації вимогам.

Слід зазначити, що в Кодексі Російської Федерації про адміністративні правопорушення від 20.12.2001 р. в ч. 2 ст. 10^{11} знайшло своє відображення правопорушення саме у сфері реєстрації племінних тварин і племінних стад.

Своє вираження адміністративна відповідальність знаходить у застосуванні конкретних видів адміністративних стягнень, що специфічні за змістом. Адміністративні стягнення накладаються спеціально уповноваженими на те органами управління (посадовою особою). Слід зазначити, що правопорушників до адміністративної відповідальності у сфері охорони законодавства про племінну діяльність можуть притягати відповідно до ст. 221 КУпАП районні, районні у містах, міські чи міськрайонні суди (судді). Згідно із ст. 17 Закону України «Про племінну справу у тваринництві» до повноважень державних органів управління племінною справою у тваринництві серед інших належить також розгляд справ про адміністративні правопорушення та накладення адміністративних стягнень за порушення законодавства про племінну справу.

Таким чином, не зовсім зрозуміла та, на нашу думку, чітко не визначена підвідомчість справ про адміністративні правопорушення у сфері племінної справи у тваринництві.

Аналіз даних статистичного щорічника України за 2008 р. свідчить, що кількість осіб, притягнутих до адміністративної відповідальності у сільському господарстві за період 2003–2008 рр. зростала та мала таку динаміку (тис.): 2003 р. – 121,0; 2004 р. – 127,7; 2005 р. – 136,9; 2006 р. – 136,8; 2007 р. – 142,6; 2008 р. – 144,1.

На жаль, жоден протокол про порушення законодавства у племінній справі в судовому порядку не був розглянутий. На нашу думку, це є наслідком нечіткої визначеності підвідомчості такого роду справ.

Підставою притягнення до адміністративної відповідальності є протокол про адміністративні правопорушення. Згідно із ст. 255 КУпАП протокол про порушення у сфері племінної справи мають право складати державні органи управління племінною справою у тваринництві. Виходячи із положень ст. 16 Закону України «Про племінну справу у тваринництві» такими органами є:

- Головна державна племінна інспекція, яка підпорядковується керівнику спеціально вповноваженого центрального органу виконавчої влади, до відання якого віднесені питання сільського господарства. Очолює її Головний державний інспектор з племінної справи у тваринництві;
- керівництво племінною справою у тваринництві в Автономній Республіці Крим, областях і районах здійснюється відповідними державними племінними інспекціями у тваринництві АРК, областей та районів.

Враховуючи ситуацію, яка склалася, проблема притягнення до адміністративної відповідальності за правопорушення в племінній справі у тваринництві є актуальною, оскільки кінцевим результатом селекційно-племінної діяльності є отримання високоякісних продуктів харчування. Очевидно, логічним було б віднести розгляд справ про адміністративні правопорушення у племінній справі до компетенції державних органів управління племінною справою у тваринництві та, відповідно, КУпАП доповнити статтею, яка закріпила б за державним органом управління племінною справою у тваринництві право розглядати справи, пов'язані з порушенням законодавства про племінну справу у тваринництві (ст. 107^1). Від імені органів управління племінною справою у тваринництві розглядати справи і накладати стягнення за адміністративні правопорушення доцільно покласти на:

- Головного державного інспектора з племінної справи у тваринництві та його заступників;
- державного племінного інспектора з племінної справи Автономної Республіки Крим, областей, районів та його заступників;

• державних інспекторів з племінної справи у тваринництві.

Особливе місце в системі адміністративної відповідальності займає проблема адміністративної відповідальності юридичних осіб. Позицію щодо віднесення до кола суб'єктів адміністративної відповідальності юридичних осіб підтримують як українські, так і російські правознавці. Разом із тим у теорії відсутнє тлумачення такої ознаки суб'єктивної сторони правопорушення юридичних осіб, як вина, тобто ставлення правопорушника до своїх дій та їх наслідків. Це – нове явище у сфері адміністративно-правового регулювання, зумовлене соціально-економічними перетвореннями [3, с. 6–9].

Незважаючи на те, що положення КУпАП не поширюються на юридичних осіб, в Україні діє велика кількість законодавчих актів, які встановлюють відповідальність підприємств [4, с. 146–149].

На нашу думку, в окремих випадках суб'єктом адміністративної відповідальності в племінній справі можуть виступати юридичні особи. Зокрема, це стосується адміністративної відповідальності за:

• використання для відтворення неатестованих і недопущених до відтворення плідників;

• проведення недостовірної генетичної експертизи походження тварин.

Юридичними особами в даному випадку можуть бути: підприємства (об'єднання) з племінної справи, селекційні, селекційно-технологічні центри, селекційно-гібридні центри.

Висновки

Проведене дослідження свідчить, що реалізація адміністративної відповідальності за адміністративні правопорушення у племінній справі фактично є неможливою через невизначеність підвідомчості справ про адміністративні правопорушення. На нашу думку, розгляд справ про адміністративні правопорушення в племінній справі у тваринництві слід віднести до компетенції Головдержплемінспекції. Для посилення адміністративної відповідальності за провадження у галузі племінної справи доцільно доповнити КУпАП статтею, яка б передбачала адміністративну відповідальність за порушення правил Державної реєстрації племінних тварин і стад.

Література

1. *Беленчук І. А.* Адміністративне право України. – К., 2004. –176 с.

2. *Колпаков В. К.* Адміністративне право України. – К., 1999. – 736 с.

3. *Стефанюк В., Голосніченко І., Михеєнко М.* Інститут адміністративної відповідальності юридичних осіб: проблеми теорії та практики // Право України. – 1999. – № 9. – С. 6–9.

4. *Попов Ю., Кільдюшкіна О.* Адміністративна відповідальність юридичних осіб: проблема системного впорядкування // Право України. – 2006. – № 7. – С. 146–149.

On the basis of analysis of national legislation the research of problems of responsibility for administrative offences in the stock in the field of stock-breeding was made and reconmendations concerning improvement of available legislation are propased.

В статье исследуется проблема ответственности за административные правонарушения в племенном деле в животноводстве, а также высказываются рекомендации относительно совершенствования действующего законодательства.

АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВИЙ МЕХАНІЗМ ПРОТИДІЇ НЕЗАКОННІЙ МІГРАЦІЇ (міжнародний аспект)

Ольга Косиця,
лаборант кафедри управління, адміністративного права, процесу та адміністративної діяльності Національного університету державної податкової служби України

У статті розглядається міжнародний аспект адміністративно-правового механізму протидії незаконній міграції, дається класифікація видів міграції, розкриваються суть реадмісії та проблеми нелегальної міграції.

Ключові слова: міграційний режим, міграційний процес, адміністративно-правовий механізм, реадмісія, нелегальна міграція.

Україна перебуває на етапі докорінних змін ідеологічних, соціальних, правових, податкових та економічних засад державотворення. Прийняття доктрин, концепцій, стратегій, програм економічного та політичного розвитку вимагає всебічного аналізу сучасної геополітичної ситуації, змін у світовій економіці з метою вибору найбільш прийнятної стратегії економічного розвитку країни.

XXI ст. для світової цивілізації ознаменувалося не лише розвитком нових, часом революційних технологій, а й новими загрозами людству – тероризмом, організованою злочинністю, кіберзлочинністю, торгівлею людьми, міграцією й іншими негативними явищами, основною ознакою яких є порушення прав і свобод людини.

Соціально-економічний розвиток практично всіх країн світу значною мірою залежить від міжнародної міграції.

Аналіз вітчизняної та зарубіжної літератури свідчить, що причиною міграції є політичні, економічні, соціальні та психологічні фактори, що охоплюють депресії за соціально-політичними й етнічними ознаками, порушення прав людини, збройні конфлікти, а в деяких випадках і екологічні проблеми.

Важливість і актуальність розгляду проблем адміністративно-правового механізму протидії незаконній міграції зумовлена рядом обставин: по-перше, проблеми у сфері міграції є одними із глобальних світових проблем; по-друге, виходом країни на якісно новий рівень міжнародних відносин, адаптація нормативно-правової бази України до законодавства ЄС полягає у їх зближенні, у тому числі у сфері проблем міграції.

Мета цієї статті – дати класифікацію видів (типів) міграції, з'ясувати суть реадмісії та проблеми нелегальної міграції.

Аналіз досліджень з проблеми, яка розглядається, свідчить, що від часу становлення України як незалежної, суверенної держави опубліковано значну кількість робіт, в яких міститься важливий аналітичний та емпіричний матеріал щодо різних складових міграційних процесів, зокрема змісту та наслідків нелегальної імміграції, законодавчого вирішення пов'язаних з нею проблем. Це, зокрема, праці В. Євтуха, І. Кураса, Є. Лібанової, С. Пиріжкова, А. Позняка, І. Прибиткової, В. Трощинського, О. Холери, С. Чеховича, М. Шульги та ін. У галузі методології та методів вивчення міграції, у тому числі нелегальної, управління ними, сутнісних характеристик міграційних процесів значні здобутки належать російським науковцям О. Воробйовій, Т. Заславській, В. Іонцову, Л. Рибаковському, а також західним авторам, серед яких Р. Епплярд, Р. Бонінг, М. Вайнер, Д. Массей, Д. Салт, С. Сассен, П. Сталкер, П. Стокер, Т. Хаммар та ін.

Слід зазначити, що такі дослідники як Ю. Римаренко, О. Піскун, І. Прибиткова та ін. визначають види міграції *за способом реалізації:* організована та неорганізована; *за ступенем контрольованості:* легальна та нелегальна; за територіальною ознакою: внутрішні та зовнішні; *за часовою ознакою:* постійні (чи незворотні), тимчасові, сезонні, кочові; *за відношенням до країни:* еміграція, імміграція, транзитна міграція [1].

Проведений Міжнародною організацією праці аналіз найбільш суттєвих причин міжнародної міграції населення дозволяє кла-

© О. Косиця, 2010

сифікувати її суб'єктів на п'ять основних видів (типів): переселенці; трудові мігранти; висококваліфіковані спеціалісти, професіонали, фахівці; нелегальні мігранти; біженці.

Інший підхід до класифікації мігрантів пропонують експерти ООН. Вони виділяють також п'ять груп мігрантів:

- іноземці, допущені в країну, в'їзд з метою отримання освіти;
- мігранти, які виїжджають на роботу;
- мігранти, які виїжджають по сімейній лінії, створення нових сімей;
- мігранти, які виїжджають на постійне місце проживання;
- іноземці, допущені в країну в'їзду в силу гуманістичних міркувань (біженці, особи, які шукають притулку та ін.).

На нашу думку, кожна з таких груп охоплює від двох до п'яти різних категорій іммігрантів. У порівнянні з проведеною раніше класифікацією Міжнародної організації праці, позиція експертів ООН не враховує всіх особливостей міжнародної міграції населення. Так, залишилася без належної уваги така категорія осіб, як нелегальні мігранти.

Суттєвим недоліком як першої, так і другої класифікації можна вважати відсутність чітких визначень таких основоположних фундаментальних стрижневих понять, як «емігрант», «іммігрант», «біженець». Імовірно, саме з цієї причини в різних країнах використовується різний підхід до тлумачення вказаних дефініцій, що, у свою чергу, неминуче позначається як на правовому становищі мігрантів, так і на міжнародному регулюванні міграційних процесів.

Міграційна проблематика активно вивчається в Інституті держави та права ім. В. М. Корецького НАН України, Інституті соціології НАН України (І. Прибиткова, М. Шульга та ін.), Інституті економіки Мінекономіки України та деяких вищих навчальних закладах, зокрема Київському національному університеті внутрішніх справ (О. Джужа, Я. Кондратьєв, О. Кузьменко, А. Мозоль, В. Олефір та ін.).

Для України основним завданням має бути створення адміністративно-правових механізмів протидії незаконній міграції разом з Європейським Союзом.

М. Александров увів у літературу термін «механізм правового впливу». Він визначив його шляхи та форми, обґрунтував, що до останніх належить встановлення заборон дій, правоздатності суб'єктів права, а також компетенції певних органів та їх посадових осіб і взаємозв'язків між учасниками суспільних відносин у вигляді правовідносин [2, с. 85]. Таким чином, функціонування правової системи держави забезпечується комплексом державно-правових механізмів, для розуміння суті яких необхідно мати чітке уявлення про правові режими.

Правовий режим – це комплекс суспільних відносин певного виду діяльності, закріплений юридичними нормами та забезпечений сукупністю юридично-організаційних засобів. Він задається особливою спеціальною значимістю суспільних відносин, їх специфічними цілями та завданнями; використанням особливих принципів, форм і методів діяльності, що зумовлює систему прав і обов'язків суб'єктів [3, с. 201].

Ми поділяємо точку зору Ю. Тихомирова, який під адміністративно-правовим режимом розуміє специфічний порядок діяльності суб'єктів права в різних сферах державного життя. Цей порядок встановлюється законами та підзаконними актами, спрямований на їх цільову та функціональну діяльність на тих ділянках, де потрібні додаткові засоби для підтримки необхідного державного стану. У дослідженнях складової частини адміністративно-правового режиму, яку складають міграційні процеси, вживають термін «міграційний режим», що означає адміністративно-правовий режим, у рамках якого здійснюється регулювання міграційних потоків і попередження незаконного в'їзду іноземців на територію України.

Міграційний режим установлюється для регулювання міграційних потоків, подолання негативних наслідків міграції, що розвивається стихійно, створення умов для безперешкодної реалізації прав мігрантів, а також забезпечення гуманного відношення до осіб, які шукають захисту на території України. У рамках міграційного режиму регламентуються правила в'їзду, тимчасового перебування, пересування на території України для іноземних громадян; виїзду та в'їзду в Україну громадян України.

Методом дослідження проблем нелегальної міграції з правової точки зору є оцінка ряду нормативно-правових актів, які безпосередньо регламентують статус нелегального мігранта, мігранта, біженця, а також угод про реадмісію між Україною та іншими державами. Найважливішим регулятором внутрішньодержавних і міжнародних суспільних відносин є право.

Встановлення та підтримка міграційного режиму забезпечується за допомогою різних механізмів, одним із яких є механізм протидії незаконній міграції. Цей механізм містить:

систему правових актів, що є основою функціонування механізму. Слід зазначити, що правовою основою щодо протидії незаконній міграції, крім конституційних норм (статті 26, 33, п. 26 ч. 1 ст. 106 Конституції України) є закони, підзаконні нормативно-пра-

вові акти та міжнародні угоди, ратифіковані Україною.

Історія свідчить, що початок формування новітньої політики України у сфері імміграції треба віднести до першого стану державотворення. Вже в Декларації про державний суверенітет, прийнятій Верховною Радою 16 липня 1990 р., серед іншого, було проголошено, що Україна «регулює іммиграційні процеси».

Перший Закон України, який має суттєве значення для регулювання зовнішньої міграції («Про громадянство України» від 13.11.1991 р.), надав вихідцям із України, які поверталися на її територію, право отримати українське громадянство та тим самим сприяв репатріації.

Правовою основою протидії нелегальній імміграції, крім конституційних норм, є закони України «Про правовий статус іноземців», «Про біженців», «Про державний кордон України», «Про прикордонні війська України», «Про порядок виїзду та в'їзду в Україну громадян України», «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо боротьби з нелегальною міграцією» та ін.;

організаційно-структурні формування протидії незаконній міграції, тобто суб'єкти, що здійснюють протидію незаконній міграції класифікуються: державні органи; органи місцевого самоврядування; громадські організації; представництва міжнародних організацій;

організаційно-правові й адміністративні способи протидії незаконній міграції. Організаційно-правові й адміністративні способи – це види діяльності організаційно-структурних державних формувань, практичні прийоми, операції, форми роботи, що ними використовуються для забезпечення законності й адміністративної відповідальності. Залежно від змісту, характеру, особливостей застосування юридичних наслідків розрізняють такі способи забезпечення: контроль, нагляд, звернення до державних органів із заявами, пропозиціями, скаргами з питань забезпечення законності.

Міжнародні та регіональні норми у сфері прав людини та трудової діяльності забезпечують мінімальні гарантії мігрантам, тому ця категорія осіб є однією з найбільш уразливих і потребує особливого захисту. Кожна окрема особа має право на захист у будь-якій країні світу. Враховуючи причини міграції, насамперед мету, рішення подальшого перебування або депортації має прийматися стосовно кожної людини окремо. Роль державних і правоохоронних органів у цьому процесі є визначальною. Україна в особі державних органів одночасно з вирішенням питання про реадмісію та боротьбу з нелегальною міграцією на міжнародному рівні повинна врегулювати його і на місцевому рівні. Україна спільно з ЄС виробила новий підхід до підготовки нових кадрів прикордонних служб, служб міграції, підрозділів, які б безпосередньо займалися проблемами нелегальних мігрантів. Працівники цих служб – це перші представники української влади, які безпосередньо постають перед проблемою нелегальної міграції. Вони формують імідж України. Основним напрямом їх підготовки став професіоналізм (досконале володіння законодавством, іноземними мовами), гуманізм (толерантність, допомога) та психологічна підготовка.

Регулювання та контроль міграційних процесів здійснюється на універсальному (ООН, МОП, ЮНЕСКО тощо) та регіональному рівні (СНД, ЄС, ОБСЄ). Йдеться про засоби, форми та методи регулювання міжнародної міграції, захисту прав біженців і мігрантів, в тому числі нелегальних, у міжнародному та внутрішньому правопорядку, зокрема, про застосування міжнародних і європейських стандартів з прав людини [4, с. 91].

На національному рівні ці функції покладені на такі державні органи та відомства: Державну прикордонну службу України, Міністерство внутрішніх справ, Службу безпеки України, Митну службу України та Раду національної безпеки та оборони.

Одним із ключових моментів, який заслуговує на увагу на етапі боротьби з нелегальною міграцією, є реадмісія. *Реадмісія* – це процес повернення, приймання та транзит нелегальних мігрантів до країни, з якої вони прибули.

Як комплексне суспільне явище, міграція також є об'єктом регулювання як національних законодавств, так і, безумовно, міжнародного права. Міжнародна міграція породжує міжнародні проблеми. Зрозуміти цю істину, отже, зробити перший крок до формування і, можливо, розв'язання деяких правових проблем надзвичайного значення і складності. 15 січня 2008 р. Верховна Рада ратифікувала угоду між Україною та Європейським Союзом про реадмісію. Угода передбачає уніфікацію процедур і правил реадмісії. Що стосується фінансової сторони цього питання, то ЄС зобов'язується надавати фінансові ресурси з тим, щоб підтримати Україну у визнанні цієї Угоди. Така підтримка здійснюватиметься в контексті загальних пріоритетів допомоги, як частина всього обсягу коштів, що надаються Україні, та з новим урахуванням відповідних правил і процедур реалізації закордонної допомоги ЄС [5].

По суті, реадмісія – це той компроміс, на який пішла Україна, взявши на себе відповідальність за врегулювання питання щодо повернення нелегалів і виторгувавши у ЄС

спрощення візового режиму. Після набуття чинності цією угодою, країні доведеться щорічно витрачати мільйони доларів на утримання нелегалів, депортованих із країн ЄС. Не виключено, що європейські країни просто прагнуть позбутися такої проблеми за рахунок держави, яка не є членом ЄС, тобто перекласти на плечі України відповідальність за втікачів.

На сучасному етапі Україна зіштовхнулася з такою проблемою: Європейський Союз не поспішає реалізовувати програму включення України до єдиного європейського простору, адже це автоматично означає, що всі нелегальні мігранти, які зараз перебувають на території України та постійно прибувають із азіатських країн, потрапляють у бажану Європу. Незважаючи на те, що Україна уклала угоди про реадмісію із Швейцарією, Туреччиною, В'єтнамом, Туркменістаном, а угоди з Данією та Норвегією подані на ратифікацію, ЄС ставить умову підписання спочатку угод про реадмісію з Росією та Білорусією. Значним кроком у співпраці у сфері боротьби з незаконною міграцією та транснаціональною організованою злочинністю стало підписання Угоди між Кабінетом Міністрів України і Урядом Російської Федерації про реадмісію. На думку українських науковців, фахівців, політиків, перспективою для України є: створення єдиного реадмісійного простору на основі двосторонніх угод: Україна – ЄС, Росія – ЄС, Білорусь – ЄС, Росія – Білорусь, Україна – Росія, Україна – Білорусь.

Реалізація адміністративно-правового механізму протидії незаконній міграції, специфіка міграційно-правової політики полягає в тому, що вона стосується питань, які відносяться до різних сфер суспільства. З цього випливає необхідність комплексного вивчення питань, що відносяться до сучасної держави, у тому числі іммміграційно-правові, натуралізаційно-правові, правову політику щодо соціокультурної адаптації іммміграції, правову політику по відношенню до мігрантів.

Сьогодні вирішення проблеми міграції стало одним із пріоритетних напрямів державної внутрішньої та зовнішньої політики як України, так і Європейського Союзу з координації зусиль щодо вироблення таких міжнародно-правових норм, які б дозволили надійно запобігти нелегальній міграції шляхом узгодження підходів усіх держав до модернізації й оптимізації засобів подолання цього загрозливого явища.

На нашу думку, одним із шляхів вирішення проблем міжнародної міграції є розроблення теоретично обґрунтованих і пристосованих для практичного застосування рекомендацій щодо вдосконалення підходів до класифікації видів мігрантів, а також чіткої регламентації статусу мігранта, нелегального мігранта, біженця, вироблення правильної зовнішньої міграційно-правової політики, яка полягає у розв'язанні значимих правових проблем, серед яких – реадмісія. У внутрішній політиці основним завданням має стати розвиток правових, матеріально-технічних та кадрових можливостей органів і відомств, на які покладено функції регулювання та контролю міграційних процесів. У комплексі це сприятиме ефективному регулюванню міграційних процесів як на національному, так і міжнародному рівні.

Література

1. *Римаренко Ю. І.* Міжнародне міграційне право. – К., 2007. – 640 с.

2. *Міграційні* процеси у сучасному світі: світовий, регіональний та національний виміри: понятійний апарат, концептуальні підходи, теорія та практика / За ред. Ю. М. Римаренко. – К., 1998.

3. *Бахрах Д. Н.* Административное право. – М., 1997.

4. *Снігур В.* Роль міжнародних організацій у забезпеченні міграційного режиму в Україні // Підприємництво, господарство і право. – 2008. – № 4. – С. 93–95.

5. *Тиндик Н. П.* Взаємодія правоохоронних органів України щодо адміністративно-правової протидії нелегальній імміграції // Митне право. – 2007. – № 3. – С. 23–28.

The research is devoted to the international aspect of administrative regime of combating illegal migration. It gives general classification of migration types, it determines the gist of readmission and problems of illegitimate migration.

В статье рассматривается международный аспект административно-правового режима противодействия незаконной миграции, дается классификация видов миграции, раскрываются суть реадмиссии и проблемы нелегальной миграции.

ГЕНЕЗИС ТА АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВЕ РОЗУМІННЯ СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ «ПОСАДОВА ОСОБА» І «СЛУЖБОВА ОСОБА» У СФЕРІ ЗЕМЕЛЬНИХ ВІДНОСИН

Юлія Чиж,
здобувачка кафедри адміністративного права та організації адміністративної діяльності Академії управління МВС

У статті розглядаються поняття «посадова особа» та «службова особа», питання їх практичного застосування, а також розуміння цих понять з наукової точки зору, у тому числі у сфері земельних відносин.

Ключові слова: посадова особа, службова особа, земельні відносини, адміністративні правовідносини, державна служба.

Здійснення земельної реформи в Україні передбачає, насамперед, докорінне реформування відносин власності на землю. Реформування відносин власності спрямоване на поступове та послідовне формування цивілізованого розвитку ринку як важливої передумови виходу країни з економічної та соціальної кризи.

Земельні відносини як самостійний вид суспільних відносин врегульовані нормами права та мають визначену специфіку. Характер і особливості цих відносин багато в чому визначаються своєрідністю їх об'єкта – землі, що виконує багатоаспектні функції.

Слід зазначити, що існування різних підходів до поняття «посадова особа», спроби правової регламентації елементів її правового статусу дають підстави для аналізу історії розвитку цієї проблематики. Вітчизняні юридична наука та практика не демонструють єдиного підходу до визначення поняття «посадова особа», що суттєво ускладнює як регулювання службово-трудових відносин, так і практику правозастосування. Зокрема, це має місце в адміністративному праві.

На сьогодні проблематикою, що розглядається, займаються більшість представників сучасної української науки – В. Авер'янов, М. Мельник, Т. Оленченко, О. Петришин, Л. Кисіль, С. Дубенко, В. Курило, О. Лов'як, В. Мозоль, О. Старцев та ін. Ми намагатимемося не лише розглянути науковий розвиток визначення понять «посадова особа» та «службова особа», погляди окремих учених на їх правовий статус, а й визначити адміністративно-правовий статус посадової особи у сфері земельних відносин, надати їх визначення відповідно до чинного законодавства України.

Земельні відносини – це сукупність соціально-економічних і екологічних заходів, спрямованих на регулювання відносин та організацію територій адміністративно-територіальних утворень, суб'єктів господарювання, що здійснюються під впливом суспільно-виробничих відносин і розвитку продуктивних сил [1].

Відповідно до Земельного кодексу (далі – ЗК) України суб'єктами земельних відносин є громадяни, юридичні особи, органи місцевого самоврядування й органи державної влади (ст. 2 ЗК), а іноземці та особи без громадянства. ЗК України визначає земельні відносини як суспільні відносини щодо володіння, користування та розпорядження землею. Однак вони не обмежуються лише наведеними діями стосовно земельних ділянок і земель України в цілому [1].

З точки зору права, земельна правосуб'єктність передбачає можливість бути учасником суспільних земельних відносин. У коментарі до ЗК України зазначено, що земельна правосуб'єктність – це здатність мати права та брати на себе обов'язки щодо землі, виконувати юридичні обов'язки стосовно конкретної земельної ділянки. Таким чином, суб'єкти земельних відносин виступають учасниками суспільних відносин у сфері земельно-правового регулювання, які мають правоздатність і дієздатність відносно земельних ділянок в Україні.

Управління полягає у здійсненні цілеспрямованого впливу суб'єкта управління на його об'єкт. Тому для здійснення управлінського процесу необхідним є суб'єкт і об'єкт управління. Тільки між ними можливе налагодження управлінських відносин. Оскільки останні врегульовані нормами права, що наділяють їх певними правами й обов'язками, встановлюють підпорядкованість об'єктів суб'єктам та обов'язковість для об'єктів виконання рішень і вказівок суб'єктів, то вказані відносини набувають характеру правових відносин або правовідносин. У силу того, що зазначені правовідносини врегульовані саме нормами адміністративного права, то й вони за своїм змістом є адміністративними правовідносинами [2].

Суб'єкт правовідносин – це той, хто керує, виконує функції управління (орган виконавчої

© Ю. Чиж, 2010

влади чи місцевого самоврядування в частині делегованих державою повноважень чи їх посадова особа, державний службовець).

В умовах удосконалення та реформування інституту державної служби особливої гостроти набула проблема визначення поняття «посадова особа», уніфікації та законодавчого закріплення цього поняття. Проведення адміністративно-правової реформи зумовило необхідність дослідити його зміст та встановити співвідношення понять «посадова особа» і «службова особа» у сфері земельних відносин.

Скільки існує держава, стільки йде пошук її ідеального устрою. Високорозвинутою була система державної служби у Стародавньому Римі, Візантійській імперії [3]. Вже наприкінці XVII – на початку XVIII ст. на території нашої держави відбувається перехід від служби до державної служби [4, с. 6].

Окремі питання державної служби, правового становища посадових осіб, принцип субординації у службових відносинах мали відповідне правове закріплення ще на початку XVIII ст. Досліджуючи проблеми правового статусу посадової особи, адміністративісти звертаються ще до норм Конституції Пилипа Орлика (5 квітня 1710 р.), яка заклала деякі принципи управління та діяльності органів державної влади. Цей нормативний акт вирішував значне коло питань, пов'язаних із недопущенням концентрації влади в руках однієї особи, запобігав виявам зловживання цією владою [5, с. 168].

Інтерес науковців до поняття «посадова особа» та її правового статусу виникав постійно. Це зумовлювалося причинами різного характеру, але основною з них була необхідність визначення суб'єктів державно-службових відносин. У свою чергу, такий інтерес зумовив широкий спектр різних підходів до поняття «посадова особа». Найчіткіше вираження вони знайшли у науках адміністративного та кримінального права [6].

Спеціальний правовий статус посадової особи визначає положення державного органу, спеціалізацію, категорію посади, носить професійний характер. На даний час у чинному законодавстві чіткої й єдиної нормативної регламентації правового статусу посадової особи немає. Тому, на нашу думку, необхідно визначити поняття «посадова особа» та її правовий статус в науці адміністративного права.

Уперше серед адміністративістів сучасне поняття «посадова особа» сформулював І. Євтихієв, який вважає, що це зайняття посади у державній установі та на підприємстві [7].

С. Студенікін зазначав, що віднесення всіх посадових осіб до державних службовців не дає можливості вважати останніх посадовими особами [8]. Ц. Ямпольська доповнила це поняття тим, що особливістю правового статусу посадової особи є обсяг службових повноважень та її прав щодо вчинення юридично значимих дій шляхом видання адміністративних актів [9].

Разом із тим діяльність посадових осіб не обмежується лише прийняттям адміністративних актів; вони також вчиняють низку інших організаційних дій, що передбачають управління людськими та матеріальними ресурсами і спрямовані на забезпечення діяльності всієї організаційної структури. Однак у правовій науці продовжує застосовуватися галузевий підхід у дослідженнях поняття «посадова особа». Так, А. Ноздрачев вважає, що посадовими особами в системі державної служби виступають державні діячі, які володіють державно-владними повноваженнями, що мають у своєму підпорядкуванні інших державних службовців або розпоряджаються в адміністративному порядку матеріальними та грошовими ресурсами [10]. На думку Ю. Старілова, посадова особа може бути одночасно індивідуальним і колективним суб'єктом адміністративного права.

Таким чином, єдиної думки щодо сутності посадової особи в адміністративно-правовій науці не склалося.

Важливою правовою проблемою на даний час є відсутність уніфікованого трактування у законодавчому полі нашої держави термінів «посадова» та «службова» особа. Прийняття нової Конституції України певною мірою загострило проблему співвідношення цих понять, де вони були розмежовані (статті 19, 40, 56). Таке становище в законодавчому регулюванні державно-службових відносин зумовило необхідність обґрунтування характерних ознак, які б дали змогу розмежувати поняття «посадова особа» і «службова особа», щоб запобігти недосконалості правозастосовчої діяльності.

Закон України «Про Службу Безпеки України» від 25.03.1992 р. ототожнює поняття «посадова» і «службова» особа; Закон «Про митну службу в Україні» всіх працівників митних органів відносить до посадових осіб, а Митний кодекс України, який набув чинності пізніше, називає їх службовими особами.

Прийнятий у 1993 р. Закон України «Про державну службу» вперше ввів поняття «посадова особа» і закріпив його дефініцію. Цей нормативний акт визначив основи правового статусу державних службовців, які обіймають посади в державних органах та їх апараті. Проте цей Закон нечітко окреслив межі державно-службових відносин, чим активізував пошук шляхів нового оптимального вирішення проблеми [11].

Відповідно до положень ст. 1 Закону України «Про державну службу» державна служба в Україні – це професійна діяльність осіб, які займають посади в державних органах та їх апараті щодо практичного виконання завдань і функцій держави, отримують заробітну плату за рахунок державних коштів. Ці особи є державними службовцями та мають відповідні службові повноваження. Згідно із положеннями ст. 2 цього Закону посадовими особами вважаються керівники і заступники керівників державних органів та їх апарату, інші державні службовці, на яких законами або іншими нормативними актами покладено здійснення ор-

ганізаційно-розпорядчих і консультативно-дорадчих функцій.

З організаційної точки зору посада – це певна структурна одиниця, що перебуває в системі державної служби. Посада також визначає коло завдань, які передаються одному державному службовцеві або групі службовців, які обіймають однотипні посади в державних органах. Під час здійснення посадових функцій державний службовець повинен виконувати службові функції та завдання, передбачені законодавчими та іншими нормативними актами.

Слід зазначити, що дослідження у кримінально-правовій науці переважали у вивченні проблеми, яка розглядається. Зокрема, кримінальні кодекси закріплювали широке розуміння поняття «службова особа» і проводили розмежування лише між службовцями й іншими працівниками [12].

Загальне поняття «службова особа» надано у п. 1 примітки до ст. 364 Кримінального кодексу (далі – КК) України. Це особи, які займають відповідні посади чи виконують відповідні функції в державній владі, органах місцевого самоврядування, на державних підприємствах і організаціях, підприємствах приватної чи колективної форм власності, спільних, кооперативних та інших підприємствах тощо.

На думку О. Старцева, за кримінальним законодавством і положеннями науки кримінального права службовими визнаються, як правило, особи, які обіймають постійно чи тимчасово у державному апараті посади службовців, тобто всі державні службовці, проте не всі вони є посадовими особами (кур'єри, секретарі, друкарки, охоронці тощо) [13, с. 20].

Прийнятий у 1995 р. Закон України «Про внесення змін і доповнень до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності посадових осіб» вніс зміни до Кримінального, Кримінально-процесуального кодексів (далі – КПК) та Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП) стосовно використання терміна «посадова особа» замість «службова особа». У кримінальному законодавстві досі використовується поняття «службова особа». Ситуація, що склалась у законодавстві, дає підстави ототожнювати ці поняття. Але розвиток юридичної науки, у тому числі адміністративного права, зумовлює необхідність вивчення правового статусу посадової особи як суб'єкта адміністративно-правових відносин, зокрема суб'єкта адміністративної відповідальності у сфері земельних відносин.

Зміст поняття «посадова особа» в адміністративному праві досліджувався у межах державної служби, внаслідок чого посадовими особами визнавалися лише державні службовці державних органів та їх апарату.

Л. Мілімко зазначає, що у КУпАП не визначається поняття «посадова особа», крім того, воно за своїм змістом є близьким до поняття «службова особа», що закріплене у пунктах 1 та 2 примітки до ст. 364 КК України. У зв'язку з цим Л. Мілімко пропонує абзацом 2 ст. 14 КУпАП закріпити поняття «службова особа» у редакції у КК України, та внести зміни до статей 52, 53, 53^1, 53^3, 54, 55, 56 КУпАП, у яких замінити поняття «посадова особа» поняттям «службова особа» [14, с. 209].

Ми поділяємо таку точку зору, оскільки чинним Законом України «Про державну службу України» визначені поняття посадової та службової особи, посади та служби; крім того, у КУпАП передбачено застосування адміністративних санкцій до посадових осіб за вчинені ними правопорушення у сфері земельних відносин.

Слід зазначити, що в чинному ЗК України не згадуються окремо службові чи посадові особи, а йдеться лише про те, що повноваженнями у сфері земельних відносин наділені органи місцевого самоврядування, державної влади, виконавчої влади тощо, тобто можна зробити висновок, що вказаними повноваженнями наділені посадові особи органів місцевого самоврядування, державної влади, виконавчої влади тощо.

Однак, як стверджують деякі науковці, відсутність єдиного підходу до визначення поняття, що розглядається, значно ускладнює практику реалізації законодавства, викликає гострі дискусії у правовій науці [15, с. 168].

У свою чергу, слід погодитися з В. Авер'яновим, що службова особа – це фізична особа, яка обіймає постійно чи тимчасово в органах державної влади, органах місцевого самоврядування, на підприємствах, в установах чи організаціях, незалежно від форм власності, посаду, пов'язану з виконанням спеціальних повноважень, наданих їй у встановленому законом порядку, стосовно осіб, які не перебувають з нею у службовому підпорядкуванні, і у випадках, передбачених законодавством, має право застосовувати заходи примусу [16, с. 405].

З іншого боку, ознакою, яка дає підстави уніфікувати поняття «посадова особа», є виконання організаційно-розпорядчих функцій, що включають сукупність відповідних службових обов'язків. Здійснення цих функцій покладається на посадових осіб. Чинний Закон України «Про державну службу» до таких функцій відносить організаційно-розпорядчі та консультативно-дорадчі. Однак юридичною літературою не пропонується чітких визначень щодо організаційно-розпорядчих і консультативно-дорадчих функцій.

В юридичній літературі поняття «посадова особа» розуміють так: службовець, діяльність якого з метою реалізації управлінських функцій має владно-розпорядчий характер і спрямована на організацію та забезпечення якості праці службовців та інших учасників службових відносин.

Якщо базуватися на дослідженнях В. Авер'янова, Т. Оленченко та інших, то посадова особа – це службовець, який з метою постійного чи тимчасового управління організаційною структурою та представництва її інтересів у зовнішніх

відносинах наділений організаційно-владними повноваженнями і правомочний вчиняти службові юридичні дії. Окремі науковці стверджують, що поняття «посадова» та «службова» особа збігаються в силу виконання покладених на них функцій, повноважень і відповідно несення відповідальності за вчинювані порушення. Однак у сфері регулювання земельних відносин ці поняття не можна ототожнювати.

Виходячи з визначень Закону України «Про державну службу» та інших законодавчих актів України службовою особою може бути будь-яка особа, а посадовою – лише службова особа, наділена певними повноваженнями, відповідно до займаної посади (видання наказів, розпоряджень, розпорядження майном тощо).

Характеризуючи діяльність службовця, необхідно враховувати такі моменти: юридичну значимість виконуваних функцій, характер та обсяг повноважень, наявність розпорядчих повноважень, види та форми державної діяльності, значення у реалізації функцій органів, характер відносин між службовцями, ступінь самостійності у здійсненні наданих повноважень.

Виходячи з положень чинного законодавства можна запропонувати таке визначення посадовій особі у сфері земельних відносин – це *службова особа, яка обіймає посаду у державному органі та його апараті, виконує завдання та функції держави, наділена правом здійснення організаційно-розпорядчих повноважень щодо земельних ділянок та отримує заробітну плату за рахунок державних коштів.*

Однак відповідно до положень КУпАП відповідальність за вчинене правопорушення у сфері землекористування не завжди несе посадова особа державного органу; це може бути й посадова особа підприємства, установи, організації не державної форми власності. У даному випадку не лише посадова особа державного органу має право розпоряджатися земельними ділянками. Адже на кожному підприємстві, в установі й організації є перелік посад, відповідно до яких особи, які їх обіймають, наділені певними повноваженнями (надання достовірної інформації, запобігання псуванню та забрудненню земель, не порушення правил використання земель, раціональне використання сільськогосподарських земель тощо).

Ми вважаємо, що *посадовими особами у сфері земельних відносин є особи, які відповідно до займаної посади наділені певними повноваженнями щодо володіння, користування та розпоряджання земельними ділянками та в разі порушення земельного законодавства несуть відповідальність згідно з чинним законодавством України.*

Література

1. *Ляшенко Ю., Кобзак С., Левков В.* Операции с землей. – Х., 2007.
2. *Гладун З. С.* Адміністративне право України. – 2004.
3. *Соловьева З. С.* История развития государственной службы и кадровой политики в Росии // Россия на рубеже XXI века: проблемы управления глазами молодых: Материалы межвуз. науч.-практ. конф. – Саратов, 2000. – Ч. 1.
4. *Архипова Т. Г., Румянцева М. Ф., Сенин А. С.* Российский государственный гуманитарный университет. – 1999.
5. *Янюк Н. В.* Адміністративно-правовий статус посадової особи: Дис. ... канд. юрид. наук. – Л., 2002.
6. *Усольцев А. Т.* Должностное лицо в советском государственном управлении // Правоведение. – 1987. – № 2.
7. *Евтихиев Е. И., Власов В. А.* Административное право СССР. – М., 1946.
8. *Студеникин С. С.* К вопросу о советской государственной службе // Вопросы советского административного права. – М., 1949.
9. *Ямпольская Ц. А.* О должностном лице в советском государственном аппарате // Вопросы административного права. – Л., 1949.
10. *Ноздрачев А. Ф.* Государственная служба. – М., 1999.
11. *Авер'янов В. Б., Дубенко С. Д.* Законодавче регулювання державної служби в Україні // УНІАН-право. – 1995. – № 2.
12. *Лысов М. Д.* Ответственность судьбоносного лица по советскому уголовному праву. – Казань, 1972.
13. *Старцев О. В.* Адміністративно-правове регулювання відповідальності посадових осіб органів виконавчої влади: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2004.
14. *Мілімко Л. В.* Адміністративна відповідальність за правопорушення у сфері земельних відносин: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2009.
15. *Янюк Н. В.* Адміністративно-правовий статус посадової особи: Дис. ... канд. юрид. наук. – Л., 2002.
16. *Виконавча* влада і адміністративне право / За ред. В. Б. Авер'янова. – К., 2002.

In the article the meaning of Public officer and the service officer, the questions of their practical use are seen the understanding of these meanings from the scientific point in the whole and in the sphere of land relations particularly are shown too.

В статье рассматриваются понятия «должностное лицо» и «служебное лицо», вопросы их практического применения, а также вопросы понимания этих понятий с научной точки, в том числе в сфере земельных отношений.

ОСОБЛИВОСТІ ДІЯЛЬНОСТІ АВАРІЙНИХ КОМІСАРІВ ТА ЇХ РОЛЬ ПРИ З'ЯСУВАННІ ПРИЧИН І ОБСТАВИН СТРАХОВИХ ВИПАДКІВ В УКРАЇНІ

Олександр Заєць,
ад'юнкт кафедри економічної безпеки
Луганського державного університету внутрішніх справ ім. Е. О. Дідоренка

У статті розглядається правовий статус аварійних комісарів – осіб, які встановлюють причини й обставини страхових випадків, аналізується законодавство, що регулює діяльність аварійних комісарів, сформульовані пропозиції з удосконалення законодавства України.

Ключові слова: аварійний комісар, аварійний сертифікат, страховий акт, страховий випадок, страхова виплата, страхове відшкодування, страхування, розслідування.

У зв'язку з вступом України до Світової організації торгівлі (далі – СОТ) проблема ефективної діяльності аварійних комісарів набуває особливого значення. За сучасних умов швидкого розвитку страхових відносин набуває великої актуальності процес з'ясування причин та обставин страхових випадків, результатом якого є питання щодо відшкодування або невідшкодування страхових збитків. В Україні згідно із ст. 25 Закону України «Про страхування» від 04.04.2001 р. № 2745-III цим видом діяльності займаються аварійні комісари. Діяльність аварійних комісарів – це важлива частина страхової роботи, з цього починається процес документального оформлення страхового випадку, починається оцінка збитку та підготовка матеріалів до розгляду претензії страхувальника [1].

Ми поділяємо думку А. Беспалова, але проблема полягає в тому, що правове закріплення одного з найважливіших суб'єктів страхового ринку не повинно регулюватися лише визначенням, закріпленим у Законі України «Про страхування» (далі – Закон) та постановою Кабінету Міністрів України від 05.01.1998 р. № 8, яка затвердила Типове положення про організацію діяльності аварійних комісарів (далі – Положення) і не відповідає вимогам сьогодення. Це призводить до порушень прав громадян на захист майнових інтересів і непорозумінь під час розгляду страхових справ.

Питання діяльності аварійних комісарів перебувають у полі зору як вітчизняних, так і зарубіжних науковців, але розглядаються поверхнево. Деякі аспекти цієї проблеми розглядалися в окремих публікаціях таких українських і російських учених, як О. Залєтов, В. Базилевич, К. Базилевич, Н. Галагуза, В. Ларичев, О. Алгазин та ін.

Метою цієї статті є дослідження особливостей діяльності аварійних комісарів, а також з'ясування їх правового статусу, адже висновок який вони надають (аварійний сертифікат), згідно із законодавством України, є підставою для отримання постраждалим страхового відшкодування.

При настанні події, про яку можна заздалегідь судити як про страховий випадок, необхідно зібрати всю інформацію, щоб повно та швидко провести виплату страхового відшкодування. З цією метою страхова практика виробила особливий механізм розслідування страхових випадків, а також створила особливий інститут його застосування – аварійне комісарство.

Термін «аварійний комісар» запозичений із французької мови, на якій воно звучить як «commissaire d'avarie», хоча у світовій страховій практиці частіше застосовується англомовний термін «surveyor» (сюрвейєр) – особа, яка оглядає або інспектує що-небудь. Іншими словами, аварійне комісарство можна визначити як планомірну роботу, спрямовану на встановлення факту страхового випадку, його оцінку та документальне оформлення, а також визначення розміру пов'язаного з ним збитку.

В Україні інститут аварійного комісара здійснює діяльність на підставі ст. 25 Закону України «Про страхування», в якій закріплено поняття аварійного комісара (це особа, яка займається визначенням причин настання страхового випадку та розміру збитків, кваліфікаційні вимоги до яких встановлюються актами чинного законодавства України, та постанови Кабінету Міністрів України від 05.01.1998 р. № 8, яка затвердила Положення. Проведений аналіз норм зазначених актів, які регулюють діяльність аварійних комісарів

© О. Заєць, 2010

та частково закріплюють правовий статус, дає підстави стверджувати, що правове регулювання діяльності цих підрозділів не є досконалим, застаріле, суперечливе та недостатньо узгоджене із суміжними правовими інститутами. На нашу думку, необхідно чіткіше та детальніше визначити правовий статус цього суб'єкта страхового ринку України.

Діяльність аварійних комісарів в Україні може здійснюватися як в рамках структурного підрозділу страхової організації, так і шляхом створення спеціалізованої організації (або у вигляді приватнопідприємницької діяльності), що укладає із страховиками й іншими заінтересованими особами договір на надання послуг з експертизи та ліквідації збитків. Аварійний комісар як особа або фірма, що здійснює свої дії при виникненні страхового випадку, залучається страховиком, перш за все, для огляду, ідентифікації та нагляду за виникаючими випадками збитку, а також для здійснення конкретної допомоги у врегулюванні претензій.

При виконанні своїх обов'язків аварійний комісар повинен бути абсолютно неупередженим і незалежним від інтересів як страховиків, так і страхувальників. Але, виходячи з позиції законодавця, це неможливо, бо відповідно до ст. 25 Закону страховик і страхувальник мають право залучати за свій рахунок аварійного комісара до розслідування обставин страхового випадку. Ми вважаємо, що в цій ситуації аварійний комісар знаходиться між двох вогнів – страховою компанією та страхувальником. Від того, хто йому «важливіший», від кого він залежить, буде експертна оцінка збільшуватись або зменшуватись, тобто аварійний комісар діє з позиції не об'єктивності розслідування обставин страхового випадку та встановлення істини щодо страхової справи, а заінтересованості однієї із сторін договору страхування.

Виходячи із змісту постанови Кабміну України від 05.01.1998 р. № 8, яка затверджує Положення, можна стверджувати, що аварійні комісари у своїй діяльності виконують такі функції:·

оцінювальна – це функція, спрямована на оцінку обстановки, яка склалася після страхового випадку, а також оцінку застрахованого об'єкта, що полягає в огляді пошкодженого майна, розслідуванні обставин настання страхового випадку, проведенні оцінки збитку;

охоронна – це широкий комплекс заходів, щодо зменшення негативних наслідків, який полягає в забезпеченні права страховика на регрес до осіб, відповідальних за настання страхового випадку та заподіяння збитку;

регулятивна – полягає в зборі документів, що відносяться до даного страхового випадку, а також наданні висновків з приводу віднесення події до страхового випадку та страхового відшкодування.

Як правило, аварійного комісара запрошує страховик. При настанні страхового випадку, страхувальник звертається до аварійного комісара, вказаного в полісі, а за його відсутності – до страхової компанії за інструкціями. Зазвичай страхувальник заповнює та направляє на адресу аварійного комісара заяву, в якій зазначаються відомості, необхідні для організації та проведення огляду (найменування страхувальника, особи, відповідальної за фінансове врегулювання, характер пошкодження, місце та час проведення огляду тощо). Для огляду пошкодженого майна страхувальник вживає заходів щодо запобігання та зменшення збитків, завданих внаслідок настання страхового випадку, а також забезпечує доступ до нього, відокремлює пошкоджене майно від непошкодженого, готує всю необхідну документацію. Адже факт настання страхового випадку доводить страхувальник (вигодонабувач), а тягар доведення наявності винятків із страхування, а також провини страхувальника (застрахованої особи, вигодонабувача) лягає на страховика.

Аварійний комісар після ретельного огляду майна фіксує пошкодження, а також оцінює збиток. Під час виконання своїх обов'язків аварійний комісар, відповідно до ч. 6 Положення, має право:

- визначати форми та методи виконання зобов'язань на підставі законодавства й умов договору;
- з дозволу особи або органу, які проводять розслідування, знайомитися з матеріалами слідства, бути присутнім під час проведення слідчих дій і порушувати клопотання стосовно обставин і причин настання страхового випадку;
- отримувати необхідні пояснення в письмовій чи усній формі від сторін, причетних до настання страхового випадку;
- надавати на запити Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг, а також слідчих органів інформацію про обставини та причини настання страхового випадку, заподіяну шкоду.

Одночасно з цим аварійний комісар збирає документи, які будуть необхідні для роботи страхової компанії. Обов'язком аварійного комісара також є забезпечення права страхової компанії на пред'явлення регресних вимог до осіб, відповідальних за настання збитку, тобто право страхувальника щодо особи, відповідальної за заподіяння збитку, переходить після страхового відшкодування до страховика.

Після проведеного дослідження та збору документів аварійний комісар складає аварійний сертифікат. Відповідно до ч. 16 Положення *аварійний сертифікат* – це документ, в якому зазначаються обставини і причини

настання страхового випадку та розмір заподіяної шкоди. В аварійному сертифікаті зазначаються достовірні дані, які підтверджують об'єктивну інформацію про обставини та причини настання страхового випадку, розмір заподіяної шкоди, а також повинні бути всі реквізити, необхідні для оформлення ділових паперів. Аварійний сертифікат підписується безпосередньо аварійним комісаром, який з'ясував обставини та причини настання страхового випадку, і завіряється штампом. Цей документ має бути складений у двох примірниках, один з яких видається страховику (страхувальнику), а другий зберігається в аварійного комісара. Зібрані матеріали (довідки, акти експертиз, малюнки, схеми тощо) видаються як додаток до аварійного сертифіката.

Генеральний директор Асоціації страхувальників України Л. Хорін, стверджує, що аварійний сертифікат є тільки свідоцтвом збитку і не припускає обов'язкового його відшкодування. Цей документ є підставою для ухвалення рішення страховиком про виплату страхового відшкодування або про відхилення заявленої страхувальником претензії. *Страховий акт* – це документ, що складається страховиком при визнанні ним факту настання страхового випадку та є підставою для виплати страхового відшкодування [2, с. 41]. Ми не поділяємо цю думку. Так, аналіз ст. 25 Закону України «Про страхування», в якій зазначено, що здійснення страхових виплат і виплат страхового відшкодування проводиться страховиком згідно з договором страхування або законодавством на підставі заяви страхувальника та страхового акта (аварійного сертифіката), свідчить: у наведеній нормі страховий акт ототожнюється з аварійним сертифікатом. Тобто про аварійний сертифікат, виходячи із змісту тексту Закону, йдеться як про пояснення, уточнення. Тож аварійний сертифікат є підставою для виплати страхового відшкодування.

Висновки

Діяльність аварійного комісара – це, з одного боку, важлива частина страхової діяльності, з цього починається процес документального оформлення страхового випадку, проводиться оцінка збитку та готується матеріал для розгляду претензії страхувальника; з іншого – це етап, на якому вчиняються різноманітні злочини (хабарництво, підробка документів, шахрайство тощо), які сприяють відмові страхувальнику в виплаті страхового відшкодування або змові між аварійним комісаром і страхувальником, спрямованій на завищення вартості пошкодженого майна задля отримання завищеного страхового відшкодування. Слід зазначити, що механізм встановлення причин та обставин страхових випадків в Україні не діє на практиці, всі учасники процесу страхового відшкодування нехтують нормами права.

Для вирішення проблеми неупередженості та незалежності аварійного комісара як суб'єкта страхового ринку від інших учасників, на нашу думку, необхідно наділити його статусом державного службовця. Це дасть можливість дисциплінувати комісарів за рахунок обов'язків і відповідальності, яка покладається на державних службовців, а держава отримає додаткові кошти до державного бюджету за рахунок платності цього виду діяльності.

Література

1. *Беспалов А.* Страхование [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.blackseatrans.com/pu/1999-5/strahov2.htm.

2. *Хорин Л.* Комментарий Типового положения об организации деятельности аварийных комиссаров, утвержденное постановлением КМУ от 05.01.1998 г. № 8 (с изменениями и дополнениями, внесенными постановлением КМУ от 04.06.2003 г. № 871) // Бухгалтерия. – 2005. – № 37.

This article deals with legal status of crash commissar, those who state the reasons and conditions of insurance cases. The analysis of legislation that regulates the activity of commissar was made in the article. Also, the suggestions of the legislation's improvement are offered.

В статье рассматривается правовой статус аварийных комиссаров – лиц, которые занимаются установлением причин и условий наступления страховых случаев, анализируется законодательство, регулирующее деятельность аварийных комиссаров, сформулированы предложения по совершенствованию законодательства Украины.

ЩОДО ВИЗНАЧЕННЯ ЗАВДАНЬ ПРОВАДЖЕННЯ ПО АДМІНІСТРАТИВНИМ ПРОСТУПКАМ У СФЕРІ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Сергій Ярошенко,
здобувач Київського національного університету внутрішніх справ

У статті розглядаються підходи до визначення завдань адміністративно-деліктного провадження по проступках у сфері інтелектуальної власності, аналізується чинне законодавство, сформульовані пропозиції щодо його вдосконалення.

Ключові слова: провадження, адміністративно-деліктне провадження, завдання провадження, інтелектуальна власність, об'єкти інтелектуальної власності.

Провадження у справах про адміністративні проступки – це процесуальна діяльність на підставі визначених законодавцем правил щодо встановлення об'єктивної істини у справі про адміністративний проступок і прийняття рішення відповідно до чинного законодавства [1, с. 117].

Провадження у справах про адміністративні правопорушення визначається як ряд послідовних дій уповноважених органів (посадових осіб), а в деяких випадках – інших суб'єктів, які відповідно до норм адміністративного законодавства здійснюють заходи, спрямовані на притягнення правопорушників до відповідальності та забезпечення виконання винесеної постанови. Іншими словами, адміністративно-деліктне провадження – це діяльність уповноважених суб'єктів із застосування адміністративних стягнень, здійснена в адміністративно-процесуальній формі, яка є складовою частиною адміністративно-юрисдикційного процесу.

При розробленні поняття «провадження у справах про адміністративні правопорушення» радянські вчені виходили з прагненням забезпечити законність у діяльності державного управління шляхом упорядкування законом їх владних дій і процедури цих дій у взаємовідносинах влади з громадянами. А. Лунєв зазначав, що під адміністративним процесом слід розуміти порядок діяльності всіх органів державного управління із здійснення їх компетенції, порядок розв'язання справ, що виникають у процесі управління, а також застосування норм матеріального адміністративного права. Це широке коло питань, що мають важливе значення для поліпшення роботи органів державного управління, входить у поняття «адміністративний процес» [2, с. 64].

Провадження у справах про адміністративні правопорушення – це вид адміністративно-юрисдикційного провадження, що має специфічну процедуру розгляду справ із накладення адміністративних стягнень. Провадження у справах про адміністративні правопорушення – це системне утворення, комплекс взаємозалежних процесуальних дій, що:

- утворюють визначену сукупність процесуальних правовідносин, що відрізняються предметною характеристикою та взаємозв'язком із відповідними матеріальними правовідносинами;
- викликають потреби встановлення, доведення, а також обґрунтування всіх обставин і фактичних даних розглянутої юридичної справи;
- зумовлюють необхідність закріплення, офіційного оформлення отриманих процесуальних результатів у відповідних актах, документах.

У цілому провадження у справах про адміністративні правопорушення врегульовано нормами, які містяться в розділах IV та V Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП).

Визначаючи поняття *«адміністративно-деліктне провадження у сфері інтелектуальної власності»*, зазначимо, що це регламентований положеннями нормативно-правових актів порядок діяльності органів (посадових осіб) із своєчасного, всебічного, повного й об'єктивного з'ясування обставин кожної справи у сфері інтелектуальної власності (далі – ІВ); вирішення її відповідно до чинного законодавства; забезпечення виконання винесеної постанови; виявлення причин та умов, що сприяють вчиненню адміністративних правопорушень у сфері інтелектуальної власності, а також виховання громадян у дусі дотримання законів і зміцнення законності. У наведеному визначенні сконцентровані та враховані основні завдання, які, відповідно до ст. 245 КУпАП, ставляться до провадження у справах про адміністративні правопорушення.

Всебічність і повнота дослідження всіх обставин справи означає, що мають бути з'ясовані всі обставини, що мають значення для

© С. Ярошенко, 2010

правильного розгляду справи. Зокрема, відповідно до ст. 280 КУпАП орган (посадова особа) зобов'язана з'ясувати:

- чи було вчинено адміністративне правопорушення у сфері ІВ;
- чи винна особа в його вчиненні;
- чи підлягає особа адміністративній відповідальності;
- чи є обставини, що пом'якшують або обтяжують відповідальність;
- чи заподіяно майнову шкоду;
- чи є підстави для передачі матеріалів про адміністративне правопорушення на розгляд громадської організації, трудового колективу;
- інші обставини, що мають значення для правильного вирішення справи.

Крім того, має бути з'ясований майновий стан правопорушника, адже адміністративні проступки (далі – АП) безпосередньо вчинюють особи, майновий стан яких є незначним, на відміну від організаторів цих правопорушень, які володіють значними статками саме через ефективну організацію їх вчинення й уникнення покарання.

Об'єктивність з'ясування обставин справи виключає упередженість до розгляду справи, обвинувачувальний нахил справи, зневага до обставин, що свідчать на користь особи, яку притягають до адміністративної відповідальності. Об'єктивність несумісна із нерівним ставленням до учасників процесу, заявлених клопотань.

Своєчасність розгляду справи означає її розгляд у визначені законом строки із урахуванням вимог законності. Відповідно до адміністративного законодавства строки розгляду справ про адміністративні проступки є короткими: 15, 7, 5, 3, 1 доба (ст. 277 КУпАП). Це пояснюється тим, що адміністративні проступки здебільшого легко встановлюються й, як правило, не потребують багато часу для розслідування та розгляду порівняно з кримінальними справами.

Важливе значення має посилання на *обов'язок вирішення справи відповідно до закону*. Ніхто не може бути притягнутий до адміністративної відповідальності за вчинене адміністративне правопорушення інакше як на підставах і в порядку, встановлених законом.

На особливу увагу в сучасній українській державі заслуговує *необхідність забезпечення виконання винесеної постанови*. Адже ефективність сучасного адміністративно-правового механізму охорони прав ІВ, так і механізму державно-правового примусу є невисокою, оскільки існує низка об'єктивних причин, що перешкоджають здійсненню ефективної державної політики в цілому. Такі негативні тенденції позначаються і на захисті прав ІВ.

Виходячи зі змісту запропонованого нами визначення, йдеться, передусім, про реалізацію охоронної функції закону. Разом із тим слід зазначити, що у процесі провадження у тому чи іншому ступені реалізується превентивна функція закону, на що ми власно і прагнули звернути увагу, адекватно відобразивши свою позицію у поданому для аналізу визначенні. Незважаючи на те, що практично будь-яке охоронне законодавство у той чи інший спосіб вирішує це завдання, практичне зазначення безпосередньо у визначенні сприятиме чіткому, насамперед, обов'язковому, врахуванню та реалізації не тільки охоронної, а й *превентивної функції закону*. Переконані, що пряма вказівка на встановлення причин та умов, що сприяють вчиненню адміністративних правопорушень у сфері інтелектуальної власності, а також *запобігання* ним у цій сфері, сприятиме, передусім, унеможливленню порушень прав на об'єкти права ІВ.

Безпосередньо зазначена функція у процесуальній формі може бути виражена через внесення представлень про усунення причин та умов, які сприяють вчиненню порушень прав на об'єкти права інтелектуальної власності, що безпосередньо і буде спрямоване на їх попередження.

Хотіли б висловити декілька критичних зауважень щодо співвідношення змісту ст. 6 КУпАП «Запобігання адміністративним правопорушенням» і ст. 245 «Завдання провадження в справах про адміністративні правопорушення». На нашу думку, зазначення одночасно на запобігання та виявлення й усунення причини та умови вчинення адміністративних правопорушень є помилковим. Адже запобігання, як зазначають, наприклад, автори науково-практичного коментарю до КУпАП – це соціально спрямована діяльність держави, її органів та їх посадових осіб, громадських організацій та окремих громадян *на виявлення причин та умов* вчинення адміністративних правопорушень, ліквідацію факторів, які сприяють формуванню антигромадських установок громадян, та забезпечення під час здійснення такої діяльності прав і свобод громадян [3, с. 14]. Таким чином, або законодавець під запобіганням розуміє щось інше, ніж виявлення та усунення причин та умов, що сприяють вчиненню адміністративних правопорушень, або автори коментаря неправильно дали тлумачення змісту процесу запобігання. Безумовно, автори коментаря є досвідченими та визнаними фахівцями; більше того ця думка презентована у більшості наукових досліджень, у тому числі інших галузей науки, зокрема таких відомих українських учених, як В. Голіна [4–6], О. Джужа [7], а також закордонних учених [8–10]. Тому, на нашу думку, з тексту статті доцільно вилучити слова «виявлення й усунення

причин та умов, що сприяють їх вчиненню». Це доцільно зробити і в ст. 245 КУпАП.

Заслуговує на увагу ще одна законодавча хиба: якщо у ст. 6 КУпАП вказується на необхідність «виховання громадян у дусі високої свідомості і дисципліни, суворого додержання законів України», то у ст. 245 КУпАП вже йдеться про «виховання громадян у дусі додержання законів, зміцнення законності». Натомість у ст. 1 КУпАП мова йде про «виховання громадян у дусі точного і неухильного додержання Конституції України і законів України».

Виникає запитання: про який саме дух йдеться? Чи є доречним і коректним у нормативних актах вживати це слово, яке не має юридичного навантаження та правового змісту? Безумовно, робота Ш. Л. Монтеск'є [11] є вагомим внеском у філософію права та скарбницю світової правничої науки, але зазначення безпосередньо у нормах про дух не відповідає законодавчій техніці, а також створює вільне його трактування, унеможливлює (як наслідок такого волюнтаризму) його правозастосування.

Вважаємо за доцільне взагалі вилучити із статей вислови, що стосуються «різних духів», адже правовий зміст чи то духу свідомості, чи то духу законності, чи то духу дотримання законів є незрозумілим і в правовому сенсі неможливим для визначення та відповідної правової регламентації.

Крім того, норми законів мають бути пов'язані між собою спільною логікою будови та написані ідентичними правовими термінами, що усуне можливість різного трактування, тлумачення та відповідно правозастосування.

Зважаючи на викладене, ст. 1 КУпАП доцільно викласти у такій редакції:

«Стаття 1. **Завдання Кодексу України про адміністративні правопорушення**

Завданням Кодексу України про адміністративні правопорушення є захист особи, охорона прав і свобод людини та громадянина, власності, конституційного ладу України, захист прав і законних інтересів фізичних і юридичних осіб, суспільства та держави від адміністративних правопорушень, зміцнення законності, а також запобігання правопорушенням».

Частину 1 ст. 6 КУпАП «Запобігання адміністративним правопорушенням» слід викласти в такій редакції: «Органи виконавчої влади та органи місцевого самоврядування, громадські організації, трудові колективи розробляють і здійснюють заходи, спрямовані на запобігання адміністративним правопорушенням, зміцнення законності».

Відповідно, ст. 245 КУпАП «Завдання провадження в справах про адміністративні правопорушення», пропонуємо викласти в такій редакції: «Завданням провадження у справах про адміністративні правопорушення є: своєчасне, повне та всебічне, об'єктивне з'ясування обставин кожної справи, вирішення її в точній відповідності із законом, забезпечення виконання винесеної постанови, запобігання правопорушенням, зміцнення законності».

Запропоновані нами зміни дозволять усунути філософічний підтекст норм права, які набудуть нормативного змісту та будуть чіткими як для розуміння, так і для правозастосування. Що стосується виховної функції адміністративного законодавства, то виховання забезпечується комплексом заходів, які входять як у запобігання, так і процес зміцнення законності.

Література

1. *Колпаков В. К.* Адміністративна відповідальність (адміністративно-деліктне право). – К., 2008. – 256 с.

2. *Лунев А. Е.* Административная ответственность за правонарушения. – М., 1961. – 187 с.

3. *Кодекс* України про адміністративні правопорушення: Наук.-практ. коментар / Р. А. Калюжний, А. Т. Комзюк, О. О. Погрібний та ін. – К., 2010. – 684 с.

4. *Кримінологія:* Загальна та Особлива частини / І. М. Даньшин, В. В. Голіна, М. Ю. Валуйська та ін. За ред. В. В. Голіної. – Х., 2009. – 288 с.

5. *Голіна В. В., Валуйська М. Ю.* Запобігання злочинності в Україні. – Х., 2007. – 107 с.

6. *Кальман А. Г., Христич И. А.* Понятийный аппарат современной криминологии (терминологический словарь). – Х., 2005. – 273 с.

7. *Кримінологія* / О. М. Джужа, В. В. Василевич, Ю. Ф. Іванов та ін.; За ред. О. М. Джужи. – К., 2004. – 208 с.

8. *Криминология* и уголовная политика. – М., 1985. – 142 с.

9. *Криминология* / Под ред. А. И. Долговой. – М., 1999. – 784 с.

10. *Российская* криминологическая энциклопедия: преступность и борьба с ней в понятиях и комментариях / А. И. Алексеев, А. А. Артамонов, Х. М. Ахметишин и др. – М., 2000. – 802 с.

11. *Монтескье Ш. Л.* О духе законов. – М., 1999. – 672 с.

In the article the main approaches to define the essential tasks of administrative proceeding is researched. The analyses of law is made due to give the proposals of its improving.

В статье рассматриваются подходы к определению задач административно-деликтного производства по проступкам в сфере интеллектуальной собственности, анализируется действующее законодательство, сформулированы предложения по его совершенствованию.

СПЕЦИФІКА АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО СТАТУСУ ПОДАТКОВИХ ОРГАНІВ, ЯКІ ЗДІЙСНЮЮТЬ ПОДАТКОВЕ СУПРОВОДЖЕННЯ ВПП

Віктор Гой,
здобувач кафедри адміністративного права і процесу Національного університету ДПС України,
Лілія Шестак,
канд. юрид. наук, доцент кафедри теорії та історії держави і права, конституційного та адміністративного права Чернігівського державного інституту права, соціальних технологій та праці

Стаття присвячена визначенню правового статусу Спеціалізованих податкових інспекцій, що здійснюють податкове супроводження великих платників. Автори наголошують, що специфіка суб'єктів оподаткування обумовлює особливості статусу відповідних інспекцій.

Ключові слова: спеціалізована ДПІ, великий платник податків, суб'єкт оподаткування.

Органи державної податкової служби (далі – ДПС) України – єдина структура, всі складові якої взаємодіють і пов'язані між собою. Цей взаємний зв'язок виявляється у спільних завданнях і повноваженнях, що покладаються на податкові органи різного рівня, у застосуванні єдиних нормативно-правових актів, які регулюють специфіку діяльності цієї категорії державних установ; в єдиному порядку формування відповідних органів тощо. Проте кожен орган системи ДПС України виконує свої власні, особливі завдання та функції, обслуговує відповідну категорію платників податків.

Метою цієї статті є визначення особливостей структурної побудови та взаємовідносин податкових органів, що забезпечують здійснення індивідуального податкового супроводження великих платників податків (далі – ВПП).

Питання правового статусу податкових органів традиційно досліджували вітчизняні та зарубіжні вчені. Зокрема, до них зверталися такі дослідники, як А. Берлач, П. Гега, Я. Греца, А. Дусик, Ю. Крохіна, Т. Коломоєць, М. Легкова, О. Крестьянінов, О. Ноздрачов, О. Орлюк, П. Пацурківський, В. Шкарупа, проте вони не виокремлювали специфіку організації діяльності спеціалізованих податкових інспекцій по роботі з ВПП.

Основним нормативним актом, що визначає особливості правового статусу окремих структурних підрозділів системи ДПС України, в тому числі тих податкових інспекцій, які працюють з ВПП, є Закон України «Про державну податкову службу в Україні».

Спеціалізовані державні податкові інспекції (далі – СДПІ) по роботі з великими платниками податків створені відповідно до Указу Президента України «Про затвердження Положення про Державну податкову адміністрацію України» від 13.07.2000 р. № 886/2000 та здійснюють безпосередній відбір і обслуговування ВПП. Таким чином, на обліку й обслуговуванні СДПІ перебувають виключно ті підприємства, які на підставі Порядку відбору великих платників податків, затвердженого наказом ДПА України від 09.12.2008 р. № 771, віднесені до числа таких підприємств.

Сьогодні в Україні відсутні законодавчо закріплені підстави й умови створення та функціонування спеціалізованих галузевих податкових інспекцій по роботі з ВПП. Закон України «Про державну податкову службу в Україні» (далі – Закон), визначаючи систему органів ДПС нашої держави, не вказує навіть на можливість чи необхідність створення таких галузевих ДПІ, обмежуючись лише декларуванням залежно від кількості платників податків та інших умов створювати міжрайонні (на два і більше районів), об'єднані (на місто та район) державні податкові інспекції, а в їх складі – відповідні підрозділи податкової міліції. Переконані, що така ситуація не повинна мати місця, у зв'язку з чим пропонуємо ст. 1 Закону доповнити частиною такого змісту: *«Державна податкова адміністрація України залежно від кількості платників податків, що віднесені до категорії великих (бюджетоутворюючих) платників податків може створювати спеціалізовані (у тому числі галузеві) державні податкові інспекції з податкового обслуговування великих платників податків на базі міських податкових інспекцій. Такі інспекції є самостійними суб'єктами в системі органів державної податкової служби та безпосередньо підпорядковані Державній податковій адміністрації України».*

© В. Гой, Л. Шестак, 2010

Основна мета (стратегічне завдання) діяльності створених інспекцій по обслуговуванню ВПП – підвищення ефективності роботи з мобілізації платежів до бюджету, поліпшення рівня обслуговування великих платників податків, забезпечення стабільного надходження платежів до бюджету, концентрація зусиль по контролю за великими платниками податків.

Незважаючи на те, що кількість СДПІ сьогодні є незначною (порівняно з кількістю загальних податкових інспекцій), вони зайняли належне місце у структурі органів ДПС України, а завдяки наявності спеціально підготовлених висококваліфікованих кадрів, високому рівню організації роботи з клієнтами навіть в умовах нестабільного податкового законодавства забезпечують стабільне й якісне надходження податкових та інших обов'язкових платежів до бюджетів і державних позабюджетних фондів.

Організація роботи з великими платниками податків здійснюється на двох рівнях: центральному та місцевих. Перший рівень – Державна податкова адміністрація України; другий – місцеві спеціалізовані державні податкові інспекції по роботі з ВПП, які створені та діють у найбільш промислово розвинутих регіонах. Така організаційна структура дозволяє повністю реалізовувати покладені на СДПІ завдання та функції, забезпечувати вчасне, якісне та повне надходження податкових та інших обов'язкових платежів до бюджетів і позабюджетних фондів. Перевагою дворівневої системи індивідуального податкового супроводження ВПП є те, що вона забезпечує індивідуальне обслуговування більшості ВПП, які працюють в Україні, але при цьому не передбачає дублювання повноважень спеціалізованих і місцевих ДПІ.

Всі СДПІ підпорядковані Державній податковій адміністрації України, в структурі якої функціонує Управління організації роботи з великими платниками податків. Його основним завданням є здійснення контролю за дотриманням ВПП і підприємствами у складі фінансово-промислових груп податкового законодавства, правильністю обчислення, повнотою та своєчасністю сплати до бюджетів, державних цільових фондів податків і зборів (обов'язкових платежів), а також неподаткових доходів, установлених законодавством; внесення у встановленому порядку пропозицій щодо вдосконалення податкового законодавства [1]. Наділене зазначеними завданнями, Управління наділяє відповідними повноваженнями також і спеціалізовані ДПІ по роботі з ВПП, залишаючи за собою право контролю за діяльністю відповідних ДПІ з питань організаційного супроводження ВПП, організації галузевого менеджменту діяльності підприємств у складі фінансово-промислових груп інших об'єднань, а також великих платників податків; організації роботи по відбору платників податків до категорії «великий», порядку їх відбору при переведенні на податковий облік до СДПІ тощо.

Таким чином, можна констатувати, що Управління ДПА по організації роботи з великими платниками податків безпосередньо не займається організацією податкового супроводження таких платників, а виконує владно-організаційні, контрольні, інформаційно-аналітичні та представницькі повноваження, реалізація яких спрямована на забезпечення належної організації роботи СДПІ, попередження порушень чинного податкового законодавства, вчинення корупційних діянь тощо.

Зважаючи на те, що вказане Управління організовує роботу СДПІ по роботі з ВПП, найбільшу групу його повноважень складають саме владно-організаційні. До них, зокрема, можна віднести такі:

- розроблення та впровадження стратегії роботи органів державної податкової служби України з підприємствами у складі фінансово-промислових груп, інших об'єднань, а також великими платниками податків, спрямованої на забезпечення виконання органами державної податкової служби завдань із забезпечення надходжень податків, зборів і платежів до бюджетів України;
- внесення пропозицій щодо вдосконалення організаційної структури, функцій і процедур структурних підрозділів регіональних органів ДПС, на які покладені обов'язки з організації роботи з великими платниками податків і СДПІ по роботі з ВПП. Вказана функція дозволяє залежно від потреб коригувати структуру СДПІ, обґрунтовувати необхідність створення нових підрозділів чи припинення діяльності вже існуючих;
- погодження призначення на посади керівників СДПІ по роботі з ВПП (дозволяє фактично будувати та реалізовувати кадрову політику відповідних інспекцій);
- розроблення критеріїв визначення фінансово-промислових груп, інших об'єднань, відбору платників податків до категорії «великий», порядку та механізму їх застосування при переведенні платників на податковий облік до СДПІ по роботі з ВПП;
- здійснення організації роботи департаментів, головних управлінь (управлінь) ДПА України стосовно своєчасного й якісного виконання ними спільних завдань і заходів щодо організації роботи з підприємствами у складі фінансово-промислових груп інших об'єднань, а також великими платниками податків (за дорученням керівництва) – дозволяє узгоджувати роботу системи ДПС в цілому, забезпечувати провадження єдиної державної податкової політики;
- з такою ж метою здійснюється і координація взаємодії структурних підрозділів державної податкової служби при здійсненні податкового супроводження великих платників податків і підприємств у складі фінансово-промислових груп, інших об'єднань, планування проведення документальних перевірок підприємств у складі фінансово-промислових груп, інших об'єднань, а також великих платників податків;

• здійснення заходів щодо підвищення кваліфікації працівників СДПІ по роботі з ВПП і структурних підрозділів регіональних органів податкової служби, на які покладені функції з організації роботи з підприємствами у складі фінансово-промислових груп, інших об'єднань, а також великими платниками податків, шляхом проведення семінарів, нарад та інших форм навчання, надання консультацій. Підвищення кваліфікації працівників СДПІ дозволяє не лише підвищити якість здійснюваної ними роботи, застосовувати нові форми спілкування з платниками, наприклад подання електронної податкової звітності та реєстрів податкових накладних [2, с. 32–33], а й попередити прояви корупції, різного роду фальсифікації [3, с. 13–14], враховувати досвід іноземних держав з питань оподаткування, створювати оптимальні умови для виконання платниками податкових зобов'язань.

Слід зазначити, що більша частина владно-організаційних функцій притаманні не лише Управлінню ДПС України по роботі з великими платниками податків, а й спеціалізованим ДПІ, які здійснюють безпосереднє обслуговування великих платників. Це свідчить про те, що практична реалізація відповідних завдань і функцій спрямована на забезпечення належної організації діяльності СДПІ по роботі з ВПП, якісну організацію роботи СДПІ з великими платниками.

Важливе значення мають також контрольні повноваження Управління, оскільки вони дозволяють виявляти недоліки та переваги чинного податкового законодавства у ході здійснення спеціалізованими податковими інспекціями індивідуального податкового супроводження за діяльністю великих платників, попереджати їх виникнення в майбутньому, вчасно й якісно їх усувати. До контрольних повноважень Управління організації роботи з ВПП можна віднести такі:

• здійснення контролю за роботою регіональних органів державної податкової служби та СДПІ з податкового обслуговування ВПП з питань організації податкового супроводження таких платників (основне завдання Управління спрямоване на недопущення порушень фінансової дисципліни в органах ДПС, а також попередження вчинення корупційних діянь);

• розроблення та затвердження форм оперативної звітності щодо діяльності підприємств у складі фінансово-промислових груп, інших об'єднань, а також великих платників податків (дозволяє попередити порушення чинного податкового законодавства та застосовувати типові форми оперативної звітності);

• розроблення інструктивних та інших нормативних документів щодо індивідуальних методів податкового супроводження підприємств у складі фінансово-промислових груп, інших об'єднань, а також великих платників податків;

• розгляд, у межах компетенції, запитів регіональних органів податкової служби, СДПІ по роботі з ВПП і підприємств у складі фінансово-промислових груп, інших об'єднань, а також великих платників податків з проблемних питань.

У суспільстві, в якому інформація є одним із видів товарообігу, виконання інформаційно-аналітичних функцій є ознакою динамічного розвитку держави. Реалізація саме таких функцій створює цілісну картину діяльності СДПІ по роботі з ВПП, а також дає можливість останнім використовувати відповідні дані для модернізації своєї роботи, налагодження взаємовигідної співпраці з платниками, викриття порушень чинного податкового законодавства, поширення позитивного досвіду роботи податківців і платників. До числа таких функцій можна віднести:

• здійснення аналізу діяльності регіональних органів державної податкової служби та СДПІ ВПП щодо виконання завдань з надходження до бюджету платежів від підприємств у складі фінансово-промислових груп, інших об'єднань, а також великих платників податків. Відповідний аналіз провадиться на основі звітів СДПІ, які безпосередньо здійснюють податкове обслуговування ВПП. Часто рівень виконання покладених завдань визначається не за реальними показниками, а порівняно з відповідним періодом попередніх років [4]. Переконані, що така практика не повинна мати місця, оскільки не дає реальної картини податкових надходжень внаслідок зміни розміру інфляції, збільшення бази оподаткування, введення чи відміни податкових пільг, інших обставин. На нашу думку, доцільнішим буде порівняння із запланованими (прогнозованими) показниками у процентному співвідношенні, оскільки саме на їх основі можна вести мову про виконання чи невиконання фіскальної політики держави, що забезпечується великими платниками;

• аналіз результатів контрольно-перевірочної роботи по великих платниках податків і підприємствах у складі фінансово-промислових груп, інших об'єднань, внесення пропозицій щодо підвищення рівня її ефективності. Це дозволяє застосовувати результати контролю у подальшій профілактичній роботі, а також в ході розроблення законопроектів з питань оподаткування ВПП для недопущення порушень чинного законодавства. Слід зазначити, що результати вказаних контрольних заходів можуть виявляти недоліки не лише у господарсько-фінансовій діяльності ВПП, а й чинного законодавства. Зокрема, велика кількість учених одним із основних недоліків чинної податкової системи вважають оподаткування витрат, а не результатів господарської діяльності [5, с. 152], внаслідок чого податковий тягар для підприємців стає практично непосильним і вони порушують законодавчі вимоги;

• підготовка для керівництва ДПА України аналітичних матеріалів стосовно діяльності великих платників податків і підприємств у складі фінансово-промислових груп, інших об'єднань (забезпечує об'єктивну інформацію про роль і

місце ВПП у системі платників податків та процесах наповнення державного бюджету). Відповідні аналітичні матеріали дозволяють не лише вказувати на наявність порушень у діяльності ВПП, а й відстежувати кримінологію таких протиправних дій, отже, розробляти способи та методи боротьби з ними;

• підготовка інформаційних матеріалів з проблемних питань, які мають найбільш актуальний стратегічний характер і потребують вирішення на рівні Уряду України. Як правило, це питання, пов'язані з необхідністю внесення змін і доповнень до чинних законів України або розробленням відповідних законопроектів;

• підготовка пропозицій щодо створення інформаційно-аналітичної бази даних по фінансово-промислових групах і великих платниках податків. Створення такої бази та її належне інформаційне наповнення дають можливість мати інформацію не лише про фінансово-господарську діяльність ВПП, а й про найбільш типові способи порушень податкового законодавства саме такою групою суб'єктів; виявляти незаконослухняних платників, застосовувати до них передбачені правовими нормами заходи впливу. Крім того, наявність такої бази дозволить здійснювати реальний аналіз власне господарської діяльності платника, виявити причини його фінансового зростання чи занепаду (значна кількість кредитних зобов'язань, неспроможність контрагентів по договорам, розширення виробничих потужностей тощо);

• узагальнення та поширення позитивного досвіду структурних підрозділів податкової служби України й інших країн з питань організації роботи податкових органів з ВПП і підприємствами у складі фінансово-промислових груп, інших об'єднань (дає можливість реалізовувати в Україні відповідні проекти щодо належної організації співробітництва СДПІ та великих платників, запроваджувати нові й удосконалювати існуючі форми спілкування податківців з платниками);

• підготовка матеріалів для висвітлення роботи з великими платниками податків, а також підприємствами у складі фінансово-промислових груп, інших об'єднань у засобах масової інформації. Подання такої інформації у ЗМІ дозволяє не лише показати недоліки та переваги роботи окремих підприємств, а є й своєрідною рекламою їх діяльності.

Висновки

Реалізація інформаційної складової діяльності Управління організації роботи з великими платниками податків ДПА України дозволяє належним чином організувати таку роботу, виявити недоліки та переваги спілкування податківців з ВПП, надавати останнім інформаційну підтримку щодо існуючих змін податкового законодавства, особливостей реалізації податкових зобов'язань тощо. Все це сприяє підвищенню податкової культури платників, підвищує професіоналізм працівників СДПІ.

Специфіка суб'єктів оподаткування, що знаходяться на обліку й обслуговуванні в СДПІ, зумовлює особливості правового статусу таких інспекцій. Зважаючи на відсутність належного законодавчого регулювання їх діяльності, питання правового статусу, завдань і повноважень таких ДПІ залишаються невирішеними, що має стимулювати наукові дослідження в означеному напрямі.

Література

1. *Основні* функції та завдання Управління організації роботи з великими платниками податків // www.vuzlib.net/podatk.

2. *Лапшин Ю., Древаль Л.* Вимоги сьогодення: подання податкової звітності та реєстрів податкових накладних в електронному вигляді // Вісник податкової служби України. – 2007. – № 24. – С. 32–35.

3. *Наша* позиція залишається незмінною: нечесним людям немає місця в податкових органах // Вісник податкової служби України. – 2008. – № 43. – С. 12–14.

4. *Забійчук В.* Річні прогнози сплати ПДВ та їх реальне втілення в життя // www.vuzlib.net/posibn_podatk/cop.

5. *Ляшенко Ю. І.* Формування бюджетних коштів України в умовах ринкової трансформації економіки (теорія і практика). – Ірпінь, 2003. – 200 с.

The article is dedicated to the definition of the legal status of Specialized Tax Administrations, that realize tax support of big tax payers. The authors lay stress to the fact that the specific of subjects taxation conditions the appropriate inspection status peculiarities.

Статья посвящена определению правового статуса Специальных налоговых инспекций, обеспечивающих налоговое сопровождение крупных налогоплательщиков. Авторы указывают, что специфика субъектов налогообложения обуславливает особенности статуса соответствующих инспекций.

ТЕОРЕТИЧНІ ЗАСАДИ СОЦІАЛЬНОГО ТА МЕДИЧНОГО СТРАХУВАННЯ

Оксана Солдатенко,
канд. екон. наук, доцент,
директор Науково-дослідного інституту фінансового права
Національного університету державної податкової служби України

У статті узагальнюються теоретичні засади функціонування соціального страхування, розглядаються основні ознаки соціального медичного страхування, які можуть бути корисними при запровадженні його в Україні.

Ключові слова: страхування, медичне страхування, фінансово-правове регулювання страхування, фінансові правовідносини, функції страхування, ознаки соціального медичного страхування.

Недостатність фінансових ресурсів у системі охорони здоров'я України, що є причиною порушення норм ст. 49 Конституції України, спонукає до пошуку джерел її фінансування, альтернативних бюджетним. Одним із таких джерел є медичне страхування, проблеми якого на сьогодні хоча і досліджені, але у зв'язку з його відсутністю в Україні залишаються актуальними.

Мета цієї статті – узагальнити визначення категорій «страхування» та «медичне страхування», виокремити ознаки соціального медичного страхування та з'ясувати економічну основу системи медичного страхування.

У XX ст. соціальний захист населення, у тому числі через фінансування видатків на охорону здоров'я, країн Центральної Європи розвивався на основі двох моделей: державного фінансування й обов'язкового соціального страхування, відомих як системи Беверіджа та Бісмарка.

Перша система соціального захисту була введена у Німеччині канцлером фон Бісмарком у 1880 р., коли було запроваджено принцип обов'язковості страхування для робітників і службовців, встановлено співвідношення між внесками та розміром отримуваних доходів.

Коли у Великобританії здійснювалася реорганізація системи лікарень протягом Другої світової війни, був застосований інший підхід до захисту від ризику захворювань – національна система охорони здоров'я. Модель національної системи охорони здоров'я розроблена за завданням лорда Беверіджа. Вона базувалася на основі чотирьох основних принципів: охоплення всього населення; повний захист, який передбачає гарантії незалежно від ризику; єдина система, що вимагає централізованого національного управління; узгодженість вигод, за яких пропозиція відповідає потребам.

Структура та фінансування видатків на охорону здоров'я всіх європейських країн базується на одному з цих двох підходів. Спочатку модель фінансування за системою соціального страхування поширилася у найбільш промислово розвинутих країнах. Соціальний захист зводився до захисту найманих працівників на основі обов'язкового страхування, а згодом поступово поширився на все населення, за винятком Німеччини, де певні категорії населення (в основному ті, які мають розміри доходів, що перевищували середній рівень) можуть або повинні придбати приватну страховку.

Якщо розглядати поняття «страхування» з погляду економічного, матеріального та правового, то як економічна категорія страхування є системою економічних відносин з приводу утворення централізованих і децентралізованих грошових і матеріальних фондів, необхідних для покриття непередбачених потреб суспільства чи його членів. З матеріального погляду страхування виступає у вигляді створених грошових і матеріальних фондів, які використовуються для відшкодування збитків, що виникли в результаті непередбачених обставин. Як правова категорія страхування є суспільними відносинами, що виникають при створенні та використанні страхового фонду й опосередковані нормами права [1, с. 299].

© О. Солдатенко, 2010

Законом України «Основи законодавства України про загальнообов'язкове державне соціальне страхування» передбачено, що страхування – це система прав, обов'язків і гарантій, яка забезпечує надання соціального захисту, що включає матеріальне забезпечення громадян у разі хвороби, повної, часткової або тимчасової втрати працездатності, втрати годувальника, безробіття з незалежних від них обставин, а також у старості та в інших випадках, визначених законом, за рахунок грошових фондів, що формуються шляхом сплати страхових внесків власником або уповноваженим ним органом, громадянами, а також бюджетних та інших джерел, встановлених законом.

Відповідно до Закону України «Про страхування» від 07.03.1996 р. під ним розуміють вид цивільно-правових відносин щодо захисту майнових інтересів фізичних та юридичних осіб у разі настання певних подій (страхових випадків), визначених договором страхування або чинним законодавством, за рахунок грошових фондів, що формуються шляхом сплати фізичними та юридичними особами страхових платежів і доходів від розміщення коштів цих фондів.

Основоположник теорії страхування В. Райхер визначив страхування як систему відносин, що мають на меті захист майнового інтересу (страхового інтересу) фізичних та юридичних осіб у разі настання визначених подій (страхових випадків) за допомогою здійснення страхових виплат за рахунок страхових фондів грошового характеру, які формуються шляхом сплати страхових премій (внесків).

Детальні дослідження сучасних проблем фінансово-правового регулювання страхування проведені А. Мамедовим [2], який дійшов висновку, що соціальне страхування – один із елементів системи державного соціального захисту населення; держава здійснює керівний вплив на систему соціального страхування. Для формування бюджету соціального страхування характерні ті самі принципи, що й для бюджетної системи Російської Федерації в цілому; це свідчить про бюджетний процес у системі обов'язкового соціального страхування та його регулювання нормами бюджетного права як складової фінансового права [3, с. 732].

М. Федорова розглядає всі наявні види соціального страхування, аналізує страхові внески як фінансові джерела соціального страхування. На її думку держава має забезпечити стійкість фінансової системи обов'язкового соціального страхування через надання дотацій у випадку недостатності коштів для виконання зобов'язань перед застрахованими особами [4].

У згаданих дослідженнях фінансові ресурси, що акумулюються та використовуються через фінансові фонди державних і муніципальних страхових організацій, розглядаються як державна або муніципальна власність, а страхування – як самостійна ланка фінансової системи, що може здійснюватися у формі соціального страхування (спеціального страхування) та власне страхування, пов'язаного з непередбаченими подіями. Соціальне страхування поділяється на *державне соціальне страхування* і *недержавне соціальне страхування*. Перший вид страхування державою гарантується, а другий – стимулюється.

Держава встановлює обов'язкову форму страхування у випадку, коли захист тих чи інших об'єктів пов'язаний з інтересами як окремих страховиків, так і всього суспільства, тобто коли наявний публічний інтерес. Страхування зазвичай здійснюється на основі відповідного законодавчого акта, у якому передбачено перелік об'єктів, що підлягають страхуванню, обсяг страхової відповідальності, основні права й обов'язки сторін, які беруть участь у страхуванні, порядок встановлення ставок страхових платежів тощо.

Таким чином, відносини з обов'язкового соціального страхування найбільше пов'язані з фінансовими правовідносинами, оскільки вирізняються особливою роллю держави в їх організації та регулюванні. Саме держава встановлює види й умови обов'язкового страхування, порядок функціонування соціальних страхових фондів, джерела фінансування та виплати страхових відшкодувань, контроль використання акумульованих коштів на конкретно визначені цілі, дотримання законодавства страховиком і страхувальником. Усе це свідчить про регулювання державою відносин з обов'язкового страхування з використанням імперативного методу.

Соціальне страхування, на відміну від звичайного страхування, тісно пов'язане з трудовою діяльністю громадян; воно є комплексним правовим інститутом, який регулюється конституційним, цивільним, трудовим, фінансовим та іншими галузями права. Соціальне страхування також є системою відносин з державного матеріального забезпечення громадян при настанні непрацездатності, старості та в інших, передбачених законодавством, випадках, що здійснюється за рахунок коштів підприємств чи частково також – за рахунок коштів громадян, об'єднаних у різні фонди (Пенсійний, Державний фонд соціального страхування, Фонд обов'язкового медичного страхування тощо).

Страхування базується на принципах: стійкості фінансової системи; еквівалентності страхового забезпечення та страхових

внесків; обов'язковості сплати страхових внесків; солідарності та субсидування; відповідальності за цільове використання коштів, автономності фінансової системи обов'язкового соціального страхування тощо.

Страхуванню притаманні всі основні функції категорії фінансів, зокрема: *розподільна,* яка виявляється через попередження, відновлення, збереження; *попереджувальна* – страхові компанії мають право використовувати тимчасово вільні кошти страховиків на проведення профілактичних заходів, спрямованих на попередження настання можливих збитків; *відновлювальна* – означає, що при настанні страхового випадку та виплати страхової суми, обумовленої договором, відбувається повне чи часткове відновлення втрат, понесених фізичною чи юридичною особою; *контрольна* – передбачає акумулювання коштів у страховому фонді на суворо визначені цілі та використання їх у визначених випадках і визначеним колом суб'єктів.

Викладене свідчить, що *страхування є сукупністю правовідносин, які передбачають акумуляцію коштів у спеціальних фондах через добровільну чи обов'язкову форму сплати страхових внесків юридичними та фізичними особами.* Держава здійснює не управління, а лише регулювання та контроль за страховою діяльністю. Державний нагляд у сфері загальнообов'язкового державного соціального страхування здійснює спеціально уповноважений Кабінетом Міністрів України центральний орган виконавчої влади.

Складний характер страхових взаємовідносин зумовлює його регулювання як нормами цивільного права (договірні взаємовідносини), так і фінансового – заснованого на державно-владних приписах. Норми фінансового права визначають систему й організацію страхування, його види, порядок обов'язкового страхування, ліцензування страхової діяльності, забезпечення фінансової стійкості організацій-страховиків, здійснення державного нагляду за страховою діяльністю.

Одним із видів соціального страхування є медичне, яке вважається сукупністю правових норм, що регулюють суспільні відносини з приводу захисту майнових інтересів фізичних осіб при отриманні медичної допомоги у разі настання страхових випадків, визначених договором страхування або чинним законодавством за рахунок страхових грошових фондів, які формуються із страхових внесків [5, с. 270–272].

Медичне страхування належить до особистого страхування громадян, об'єктом якого виступають особисті блага, пов'язані з життям і здоров'ям особи. Це спеціальний самостійний вид страхування, який у більшості країн світу регулюється окремим законом, в якому визначаються правові, економічні й організаційні засади медичного страхування населення. Метою медичного страхування є гарантування громадянам при настанні страхового випадку отримання медичної допомоги за рахунок накопичених коштів у централізованих фондах і фінансування профілактичних заходів.

Медичне страхування буває *обов'язковим* і *добровільним.* Обов'язкове є частиною державного соціального страхування та забезпечує всім громадянам рівні можливості в отриманні медичної допомоги, яка надається за рахунок коштів обов'язкового медичного страхування в обсязі та на умовах, передбачених програмами обов'язкового медичного страхування. Добровільне страхування здійснюється на основі програм добровільного страхування та забезпечує громадянам отримання додаткових медичних послуг зверх тих, що передбачені програмами обов'язкового страхування.

Основною ознакою, яка дозволяє правовідносини у сфері обов'язкового медичного страхування віднести до фінансово-правових, є те, що обов'язок сплати страхових внесків встановлюється законом. Ці правовідносини мають грошовий характер, виникають щодо утворення, розподілу та використання спеціальних страхових фондів фінансових ресурсів (або публічних фондів соціального призначення); їх виникнення зумовлено публічними цілями вирішення проблем фінансового забезпечення охорони здоров'я і надання громадянам мінімального гарантованого рівня медичної допомоги, медичного обслуговування. Фінансові ресурси формуються за рахунок платежів фізичних чи юридичних осіб як окремого виду платежу чи у складі єдиного соціального внеску (податку).

Викладене дозволяє виокремити ознаки соціального медичного страхування:

- застраховані особи зобов'язані сплачувати регулярні внески, розмір яких пов'язаний не з розміром ризиків, а з розміром отримуваного доходу і вони є джерелом покриття страхових випадків;
- функції основних управлінських органів виконують публічні фонди соціального призначення.

Крім того, соціальне медичне страхування є обов'язковим для більшості або всього населення, у зв'язку з чим за непрацюючі категорії населення внески сплачує держава, що сприяє забезпеченню приблизно однакового рівня медичного обслуговування для всього населення незалежно від рівня їх доходів; при цьому забезпечується прозорість руху фінансових ресурсів від платника внесків до страхового фонду і до постачальника медичних послуг.

У радянський період державне соціальне страхування було реальною гарантією реалізації радянськими громадянами свого права на матеріальне забезпечення у старості, у випадку хвороби та втрати працездатності; воно виступало доповненням до заробітної плати громадян. Кошти державного соціального страхування були державною власністю і не могли використовуватися на інші цілі [6, с. 122]. У період розвитку соціалізму всю відповідальність за сферу медичних послуг несла держава: вона здійснювала фінансування та контроль, а також забезпечувала діяльність системи охорони здоров'я. Основним принципом медичного обслуговування був принцип державності. В умовах переходу до ринкової економіки в усіх країнах Центральної Європи почав відбуватися перехід від державної системи фінансування сфери охорони здоров'я до системи фінансування саме через медичне страхування. Це свідчить про те, що значення бюджету як єдиного економічного інструменту управління системою охорони здоров'я у країнах Центральної Європи суттєво зменшилося, натомість перевагами системи медичного страхування є прозорість, точність визначення ресурсів, необхідних для функціонування медичної галузі, поліпшення якості медичної допомоги й ефективності використання фінансових ресурсів.

Економічною основою системи медичного страхування є фінансування із спеціальних страхових фондів (публічних фондів соціального призначення), які утворюються за рахунок різних джерел: коштів державного бюджету, внесків роботодавців, працівників, осіб, зайнятих індивідуальною трудовою діяльністю, тощо. При обов'язковому страхуванні організаційно закріплюється статус територіального акумулювання коштів у страхових фондах, визначаються умови та порядок фінансування лікувально-профілактичних установ, бездефіцитність їх фінансування і забезпечення соціальних гарантій при наданні послуг соціально незахищеним верствам населення. Роль центральної фінансової організації при цьому виконують фонди обов'язкового медичного страхування – економічно самостійні некомерційні структури. Форми розподілу страхових ресурсів більшою мірою визначаються місцевими органами управління, що розширює межі місцевого самоврядування; при цьому суттєвою є і роль населення у реалізації як державної, так і місцевої політики охорони здоров'я. Суб'єктами правових відносин у межах страхової медицини є підприємства, установи, громадяни, страхові організації, медичні заклади, хоча всі вони мають різні економічні інтереси.

Незважаючи на те, що ми є прихильниками бюджетної системи фінансування охорони здоров'я, запровадження з часом в Україні медичного страхування неминуче, у зв'язку з чим викладені теоретичні засади медичного страхування будуть корисні при його введенні.

Література

1. *Финансовое* право Российской Федерации. – М., 2002. – 576 с.

2. *Мамедов А. А.* Финансово-правовые проблемы страхования в России: Дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 2006.

3. *Грачева Е. Ю., Щекин Д. М.* Комментарий к диссертационным исследованиям по финансовому праву. – М., 2009. – 1055 с.

4. *Федорова М. Ю.* Теоретические проблемы правового регулирования социального страхования: Дис. ... д-ра юрид. наук. – СПб., 2003.

5. *Стеценко В. Ю.* Медичне страхування в загальній системі страхування // Медичне право України: проблеми управління та фінансування охорони здоров'я: Матеріали III Всеукр. наук.-практ. конф. з медичного права (II Міжнародної науково-практичної конференції з медичного права) «Медичне право України: проблеми управління та фінансування охорони здоров'я», 23–24 квітня 2009 р., м. Львів. – Л., 2009.

6. *Гурвич М. А.* Советское финансовое право. – М., 1952. – 324 с.

In the offered article generalized theoretical principles of functioning of social security and the basic characteristic features of social medical security, which can be useful at introduction of him in Ukraine, are expounded.

В статье обобщаются теоретические основы функционирования социального страхования, рассматриваются основные признаки социального медицинского страхования, которые могут быть полезны при его внедрении в Украине.

КОНТРОЛЬ У СФЕРІ БОРОТЬБИ ІЗ ЗГУБНОЮ ПОДАТКОВОЮ КОНКУРЕНЦІЄЮ ЯК НОВИЙ ВИД МІЖНАРОДНОГО КОНТРОЛЮ

Дмитро Малков,
аспірант кафедри міжнародного права
Українського державного університету фінансів та міжнародної торгівлі

У статті досліджується проблема науки міжнародного права, пов'язана з деякими аспектами нового виду міжнародного контролю.

Ключові слова: міжнародний контроль, міжнародне оподаткування, згубна податкова конкуренція, ОЕСР.

Донедавна вважалося, що міжнародне право перестане бути міжнародним, а держава – державою, якщо питання, пов'язані з встановленням, зміною та припиненням податків у тій чи іншій частині перейдуть на рівень міжнародно-правового регулювання [1, с. 134]. Однак процеси глобалізації світової економіки поставили під загрозу високий рівень збору податків, «підточуючи» технологію оподаткування, у зв'язку з чим виникла необхідність створення технології оподаткування глобальної економіки [2, с. 4]. У зв'язку з цим у забезпеченні ефективного співробітництва країн поступово зростає роль міжнародних організацій у сфері оподаткування [3, с. 4], які здійснюють міжнародний контроль для забезпечення дотримання та виконання міжнародних податкових зобов'язань і боротьби із згубною податковою конкуренцією.

Сучасні українські наукові розробки в галузі міжнародного права пов'язані переважно з дослідженням практичних питань міжнародного контролю. Деякі аспекти контрольного процесу в рамках міжнародних організацій розкривають З. Луцишин, П. Селезень, Ю. Уманців, Ю. Швед та ін. Представники казанської школи міжнародного контролю (М. Байтєєва, Р. Валеєв, Ю. Круглова) та інші російські автори практично не згадують проблему міжнародного контролю у сфері міжнародного оподаткування. Іноземна наука міжнародного права (С. Доума, Ф. Енгелєн, Ф. Пагані та ін.) приділяє значну увагу питанням забезпечення дотримання та виконання міжнародних зобов'язань при дослідженні податкових аспектів діяльності міжнародних організацій.

Метою цієї статті є характеристика контролю у сфері боротьби із згубною податковою конкуренцією як нового виду міжнародного контролю.

Незважаючи на те, що боротьба із згубною податковою конкуренцією вже достатньо давно набула міжнародного характеру, досі не створений ефективний механізм міжнародного контролю у цій сфері. Відсутність такого механізму пояснюється відсутністю універсального міжнародного договору, який би чітко визначав зміст згубної податкової конкуренції, методи боротьби з цим явищем і механізм контролю за виконанням юрисдикціями із згубною податковою конкуренцією вже розроблених у міжнародному оподаткуванні принципів зменшення її негативних наслідків та інших рекомендацій.

Міжнародним оподаткуванням слід вважати сукупність питань взаємодії між податковими органами різних держав, ефективного обміну інформацією, протидії міжнародному ухиленню від оподаткування й інших питань співробітництва у податковій сфері, врегульованих міжнародно-правовими нормами [4, с. 2–3]. Джерелами міжнародного права у сфері міжнародного оподаткування є двосторонні та багатосторонні міжнародні договори [4, с. 5].

Проблеми міжнародного оподаткування міжнародне співтовариство намагається вирішити шляхом створення міжнародних організацій. Нині існує понад 15 міжнародних міжурядових організацій, які в процесі своєї діяльності займаються окремими аспектами оподаткування. Їх можна поділити на дві групи: універсальні (ООН, СОТ, МВФ, ОЕСР та ін.) та регіональні (CIOTA, CIAT, IOTA, SGATAR та ін.) [3, с. 207]. Дещо специфічну групу міжнародних організацій у сфері оподаткування складають ті, що функціонують як робочі органи в рамках інтеграційних об'єднань (СОТА, Європейська комісія). Це зумовлено поглибленим характером економічної співпраці країн-членів та інтеграційними цілями таких об'єднань [3, с. 207].

© Д. Малков, 2010

Інституціоналізація є закономірним етапом розвитку міжнародного права, у тому числі міжнародного контролю, результатом ускладнення та формалізації міжнародних контрольних відносин. Якщо звернутися до історії питання, то спершу держави самостійно здійснювали перевірку дотримання та виконання міжнародних зобов'язань, використовуючи для цього, в основному, дипломатичні канали. Спільні не інституційні процедури міжнародного контролю були ефективні доки мова йшла про двосторонні відносини. Однак із збільшенням кількості учасників, появою багатосторонніх міжнародних договорів і ускладненням регульованих відносин попередні децентралізовані методи міжнародного контролю вже не могли бути достатньо ефективними. Подальше зосередження міжнародного контролю виключно в руках держав загрожувало тим, що практично всю свою увагу вони мали б концентрувати на контролі за дотриманням і виконанням міжнародних зобов'язань [5, с. 2]. Закономірно виникла потреба у більш об'єктивних та організованих формах і методах міжнародного контролю. Делегування контрольних повноважень міжнародним організаціям і органам, які могли б зосередити здійснення міжнародного контролю у своїх руках, враховуючи при цьому інтереси всіх держав і зберігаючи відносну незалежність, надаючи процесу міжнародного контролю більш стійких і триваючих форм, сприяло вирішенню цієї проблеми.

В умовах глобалізації зростає потреба у створенні міжнародної організації універсального характеру, яка б спрямувала свої зусилля виключно на подолання транскордонних проблем оподаткування. На нагальну необхідність цього кроку звернула увагу Група високого рівня з фінансування розвитку ООН у Доповіді № A/55/1000 від 26.06.2001 р. Потенційними перевагами створення міжнародної податкової організації, на думку урядовців, є:

- збір статистичних даних, виявлення тенденцій і проблем, підготовка доповідей, надання технічної допомоги та розроблення міжнародних норм у сфері податкової політики і податкового управління;
- здійснення спостереження за змінами у сфері оподаткування на зразок того, як МВФ здійснює спостереження за макроекономічною політикою;
- очолення діяльності з обмеження податкової конкуренції, орієнтованої на заохочення багатонаціональних компаній шляхом пропонування надмірних і необдуманих стимулів;
- виконання більш масштабної функції розроблення процедур арбітражу на випадок виникнення протиріч між країнами з питань оподаткування;
- фінансування механізму багатостороннього обміну податковою інформацією на зразок того, що вже існує в рамках ОЕСР, щоб обмежити можливості для ухилення від податків на інвестиційний прибуток, одержаний за кордоном (с. 7 Доповіді 2001 р.). Таким чином, Група високого рівня пропонує наділити міжнародну податкову організацію, крім інших, функцією міжнародного контролю у сфері боротьби із *згубною податковою конкуренцією,* під якою розуміють існування країн з пільговими податковими режимами, орієнтованими на залучення багатонаціональних компаній за рахунок пропозиції надмірних і необдуманих стимулів.

Офшорні зони є найпоширенішими територіями з пільговими податковими режимами. *Офшорною зоною* є країна чи окремі території країн, де на державному рівні для певних типів компаній, власниками яких є іноземці, встановлені значні пільги з оподаткування, частково або повністю зняті митні та торговельні обмеження, знижені або відсутні вимоги до бухгалтерського обліку й аудиту [6, с. 223]. Існування офшорних зон і здійснення офшорного підприємництва створюють умови для *міжнародного податкового планування* – побудови такої схеми здійснення комерційної операції, яка дозволяє максимально зменшити податкові зобов'язання кінцевого вигодонабувача (бенефіціара) [7, с. 6].

Прикметник «офшорний» походить від англійського offshore, що означає «поза берегом» або «за кордоном» і в сучасному своєму значенні був уперше вжитий наприкінці 50-х років XX ст. (економічні часописи східного узбережжя США застосували визначення «офшорна банківська діяльність» щодо фінансових установ, які переміщали свою діяльність з території США до сприятливіших у податковому аспекті юрисдикцій, де американський уряд не міг їх контролювати) [8, с. 48]. За оцінками фахівців, $^{3}/_{4}$ світового обороту капіталу на різних його етапах проходить через офшорні фінансові установи, де не підлягає майже ніякому офіційному контролю [9, с. 6]. Не оминула офшорна проблема й українську економіку. З початком лібералізації зовнішньоекономічної діяльності вітчизняних компаній наприкінці 80-х років XX ст., з її поглибленням після здобуття незалежності, багато українських компаній звернулися до офшорного підприємництва як ефективного важеля підвищення прибутковості зовнішньоекономічної діяльності [7, с. 4].

Негативні прояви офшорного підприємництва стимулювали науковців різних країн, фахівців – практиків міжнародних організацій (ООН, МВФ, ОЕСР, ФФС, FATF та ін.) до поглибленого вивчення питань походження інституту офшорного підприємництва, механізму його здійснення, наслідків функціонування для розвитку міжнародних економічних відносин і вироблення ефективних засобів протидії згубній податковій конкуренції. Наслідком цієї роботи стало визначення принципів попередження згубної подат-

кової конкуренції між державами, які справили визначальний вплив на розвиток офшорного підприємництва у світовому масштабі та формування його нового статус-кво.

Найбільшого успіху боротьба із згубною податковою конкуренцією досягнута в рамках проекту, здійснюваного Форумом із згубної податкової конкуренції – допоміжного органу Комітету з фіскальних справ ОЕСР. Ідея створення Форуму вперше відображена у п. 10 Доповіді «Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue» Комітету від 20.01.1998 р.

ОЕСР у рамках своїх повноважень запропонувала у п. 10 Доповіді 1998 р. рекомендації, які є фактично обов'язковими для держав-учасниць. Серед запропонованих трьох груп рекомендацій, питань міжнародного контролю стосується група рекомендацій з обміну інформацією з іншими країнами в рамках Форуму із згубної податкової конкуренції. До його завдань належать [10]:

- контроль за дотриманням рекомендацій ОЕСР державами-членами;
- підготовка офіційного списку «податкових сховищ»;
- вплив на «податкові сховища» через країни, що мають з ними близькі стосунки;
- розроблення принципів правильного податкового адміністрування й організація взаємодії з країнами, що не входять до ОЕСР.

Застосування такого методу міжнародного контролю, як обмін податковою та пов'язаною із нею інформацією, включаючи країни, що не входять до ОЕСР, є одним з ключових моментів виявлення згубної податкової конкуренції в усьому світі [10].

У Доповіді «Overview Of The OECD's Work On Countering International Tax Evasion» Центру з податкової політики й адміністрації ОЕСР від 28.08.2009 р. зазначено, що держави – учасниці ОЕСР, податкові гавані, визначені у 2000 р., країни – спостерігачі Комітету з податкових справ ОЕСР та фінансові центри, визначені у 2004 р., разом іменовані як 84 юрисдикції, виконують рекомендації, запропоновані у 1998 р., та все більше територій проголошують про намір дотримуватися відповідних рекомендацій.

В іноземних доктринах міжнародного права немає єдиного підходу до оцінки ефективності діяльності ОЕСР і створеної під її егідою системи міжнародного контролю: на думку Дж. К. Шермена спроби ОЕСР є невдалими, а Дж. Ваун відзначає значні успіхи у боротьбі із згубною податковою конкуренцією в державах – учасницях ОЕСР [11, с. 1–2].

Незважаючи на досягнення останніх років, під час зустрічі голів G20 в Лондоні на початку квітня 2009 р. виникла ідея реформування міжнародних податкових відносин [12]. У відповідь на проголошену ініціативу, в п. 1 Доповіді «Overview Of The OECD's Work On Countering International Tax Evasion» 2009 р. зазначено, що для забезпечення подальшого прогресу в боротьбі із згубною податковою конкуренцією Глобальний форум з прозорості й обміну інформацією має адаптуватися до нових викликів шляхом організації процесу моніторингу, який враховує всі доцільні у податковому контексті фактори.

Багаторічна діяльність ОЕСР засвідчила необхідність створення ефективної системи міжнародного контролю за дотриманням і виконанням державами – учасницями ОЕСР та іншими юрисдикціями рекомендацій ОЕСР. Усвідомлюючи це, 178 делегатів із більше ніж 70 юрисдикцій і міжнародних організацій зустрілись у Мексиці 1–2 вересня 2009 р. для обговорення прогресу, досягнутого в імплементації міжнародних стандартів прозорості й обміну інформації в податкових цілях, як це відображено у Модельній конвенції з обміну податковою інформацією та ст. 26 Модельної податкової конвенції ОЕСР та ООН, і шляхів поліпшення роботи Глобального форуму з прозорості й обміну інформацією [13], створеного у 2000 р. [14].

Учасники зустрічі вирішили, що Глобальний форум функціонуватиме за новим трирічним мандатом, покликаним забезпечити швидку та глобальну імплементацію стандартів прозорості й обміну інформацією в податкових цілях шляхом глибинного моніторингу та peer review [13]. Термін «peer review» у досліджуваному контексті чітко не визначений, але впродовж років він набув специфічного значення в практиці міжнародних організацій і може бути розтлумачений як регулярне обстеження й оцінка виконання однієї держави іншими державами з метою сприяння державі у поліпшенні, підвищенні ефективності здійснюваної політики з урахуванням кращих практик, запровадження кращих методів і контролю дотримання встановлених стандартів і принципів [15, с. 4]. На думку фахівців російського Інформаційно-координаційного центру із взаємодії з ОЕСР, peer review є механізмом роботи ОЕСР, механізмом взаємної оцінки, міждержавного моніторингу [16]. Доктрина Ф. Пагані [15] дає підстави стверджувати, що термін «peer review» є рівнозначним терміну «міжнародний контроль», під яким слід розуміти діяльність з перевірки дотримання та виконання міжнародних зобов'язань, що передбачає встановлення фактів у сфері дотримання і виконання міжнародних зобов'язань, їх оцінку на предмет відповідності міжнародно-правовим нормам і, у разі виявлення недотримання або невиконання міжнародних зобов'язань, вжиття організаційних заходів для доведення виявлених фактів порушення до відома заінтересованих суб'єктів міжнародного права.

Для реалізації прийнятого в Мексиці рішення Глобальний форум узгодив заснування Peer Review Group (PRG) для вироблення

методології та деталізованої термінології з метою визначення доцільного, прозорого і швидкого процесу. До завдань PRG належатиме: міжнародний контроль законодавчих і адміністративних сфер підконтрольних юрисдикцій; оцінка імплементації стандартів на практиці підконтрольних юрисдикцій.

Глобальний форум паралельно здійснюватиме моніторинг правових засобів з обміну інформацією (договорів з уникнення подвійного оподаткування й обміну податковою інформацією). Процес моніторингу та міжнародного контролю матиме безперервний характер. Доповіді про досягнення публікуватимуться після затвердження Глобальним форумом. Юрисдикції мають діяти згідно з рекомендаціями, виробленими в результаті міжнародного контролю, та доповідати Глобальному форуму з приводу вжитих заходів [13]. Таким чином, Глобальний форум заснував новий механізм міжнародного контролю для забезпечення дотримання та виконання міжнародних зобов'язань учасниками ОЕСР й іншими юрисдикціями [14].

Висновки

Глобальні економічні проблеми можуть бути вирішені шляхом створення міжнародних організацій, наділених контрольними та наглядовими функціями.

Створення універсальної міжнародної податкової організації та використання в її рамках ефективного міжнародного контролю може стати першим кроком на шляху подолання світової економічної кризи, узгодження податкових законодавств, усунення негативних наслідків міжнародного податкового планування. Доки така організація не створена, важливу роль у боротьбі з міжнародним уникненням від оподаткування і згубною податковою конкуренцією відіграє ОЕСР. Розуміючи це, провідні країни світу оголосили про структурні зміни (реорганізація Глобального форуму й утворення Peer Review Group) у механізмі міжнародного контролю.

Згідно з класифікацією за об'єктом контрольної діяльності [17, с. 40], контроль у сфері боротьби із згубною податковою конкуренцією слід розглядати як новий вид міжнародного контролю, який залишається недослідженим у пострадянській науці міжнародного права та вимагає подальших розробок.

Література

1. *Томко Я.* Внутренняя компетенция государств и ООН. – М., 1963. – 310 с.
2. *Танци В.* Глобализация и ее влияние на налоговую систему // Экономические исследования и образование: Россия и СНГ. – 2004. – № 14. – С. 4–5.
3. *Селезень П. О.* Міжнародні організації у сфері оподаткування в умовах глобалізації // Порівняльно-правові дослідження. – 2008. – № 2. – С. 207–209.
4. *Баев С. А.* Соглашения об избежании двойного налогообложения между Россией и государствами–членами ЕС: сравнительно-правовое исследование. – М., 2007. – 192 с.
5. *Chowdhury T. M. R.* Legal Framework of International Supervision: Doctoral Dissertation / Chowdhury T. M. R. – Edsbruk, 1986. – 365 p.
6. *Пересада А. А.* Управління інвестиційним процесом. – К., 2002. – 472 с.
7. *Уманців Ю. М., Швед Ю. А.* Офшорне підприємництво у сучасній економіці. – К., 2004. – 144 с.
8. *Апель А. Л., Гунько В. А., Соколов И. Б.* Обналичивание и оффшорный бизнес в схемах. – СПб., 2002. – 192 с.
9. *Кабир Л. С.* Организация оффшорного бизнеса. – М., 2002. – 144 с.
10. *Александр А.* Противостояние оффшорам и налоговое планирование // Практическое налоговое планирование. – 2007. – № 12. – http:// www. gsl. ru/publicate/pub_content.php?id=36.
11. *Reuven S. Avi-Yonah.* The OECD Harmful Tax Competition Report: F 10th Anniversary Retrospective /S/Avi-Yonah Reuven // Public Law and Legal Theory Working Paper Series. – 2008. – № 115. – P. 2–18.
12. *Бирюков А.* ОЭСР создаст орган по борьбе с налоговыми правонарушениями // Газета. – 2009. – http://www.gzt.ru/topnews/economics/254823.html.
13. *Summary* of Outcomes of the Meeting of the Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes Held in Mexico on 1–2 September 2009/OECD. – http://www.oecd.org/dataoecd/44/39/43610626.pdf.
14. *OECD* Global Forum consolidates tax evasion revolution in advance of Pittsburgh / OECD. – http://www.oecd.org/document/43/0,3343,en_2649_37427_43601579_1_1_1_1,00.html.
15. *Pagani F.* Peer Review: A Tool for Co-operation and Change. An Analysis of an OECD Working Method / Pagani F. – Paris, 2002. – 39 p.
16. http://www.oecdcentre.hse.ru/stract.html.
17. *Круглова Ю. Б.* Институт контроля в международном морском праве: Дис. ... канд. юрид. наук. – Казань, 2007. – 192 с.

In this article an author researches the problem of the international law theory, connected with some aspects of the new international control type.

В статье исследуется проблема науки международного права, связанная с некоторыми аспектами нового вида международного контроля.

ДО ПИТАННЯ ПРО ВИЗНАЧЕННЯ МЕЖ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ ЖИТТЯ ЛЮДИНИ

Оксана Старко,
канд. юрид. наук,
доцент Волинського національного університету
ім. Лесі Українки

У статті аналізуються теоретичні підходи стосовно визначення моменту початку кримінально-правової охорони життя людини.

Ключові слова: кримінально-правова охорона, початок життя, вбивство, плід, фізіологічні пологи.

Одним із вирішальних серед питань розмежування вбивства та суміжних злочинів, злочинного і незлочинного є визначення меж кримінально-правової охорони життя людини. Початок життя людини у науці кримінального права це той момент, з якого закон про кримінальну відповідальність бере життя людини під свою охорону. На відміну від кінцевого моменту життя, цей момент у законодавстві не визначено, що, у свою чергу, породжує неоднозначність його розуміння. Зміна кількісних критеріїв життєздатності плода[1], які використовуються в багатьох країнах, а віднедавна й в Україні, зумовлюють появу нових підходів до розв'язання означеної проблеми.

Питанню визначення меж кримінально-правової охорони життя присвячено доволі широке коло праць. Це, зокрема, роботи відомих учених-криміналістів М. Аніянца, М. Бажанова, С. Бородіна, М. Загороднікова, М. Коржанського, Г. Мендельсона, А. Піонтковського, Е. Побєгайла, О. Попова, Н. Таганцева, М. Шаргородського та ін. На складність вирішення проблеми, що розглядається, вказував М. Загороднiков [1, с. 31]. У зв'язку з цим у теорії кримінального права сформувалися різні точки зору, згідно з якими пропонуються певні критерії у визначенні початкового моменту життя людини.

У питанні про початок життя людини та його закінчення тісно переплітаються деякі вузлові питання медицини та права. Частина вчених-криміналістів ототожнюють кримінально-правовий початок життя із біологічним, вважаючи ним момент настання дихання (перший вдох). Так, М. Гродзинський зазначав, що розмежувальною ознакою повинен бути встановлюваний за допомогою медичної експертизи факт наявності чи відсутності самостійного позаутробного життя: а саме, якщо дитина вже дихає, або ж хоч і не дихає, але вже повністю відділилася від утроби матері [2, с. 4]. Подібної думки дотримується й Г. Шаріпова, яка вважає, що дії проти плоду під час проходження його пологовими шляхами, а також стосовно вже народженого плоду, але ще не дихаючого, не можуть розглядатись як дії проти життя людини [3, с. 8]. Така позиція, на нашу думку, досить сумнівна. *По-перше,* дихання – це не єдина, а лише одна із ознак життя людини. Так, згідно п. 1.2 Інструкції з визначення критеріїв перинатального періоду, живонародженості та мертвонародженості, затвердженої наказом Міністерства охорони здоров'я (далі – МОЗ) України від 29.03.2006 р. № 179, яка набрала чинності з 1 січня 2007 р., до ознак життя, крім дихання, відносяться й такі ознаки, як серцебиття, пульсація пуповини, певні рухи скелетних м'язів. *По-друге,* дихання, як підтверджує медична практика, – це та ознака, яка в силу випадкових обставин може бути відсутня. Так, в акушерстві досить часто при пологах зустрічається асфіксія новонародженого – синдром, який характеризується відсутністю дихання за наявності серцевої діяльності. Як свідчать медики, новонароджений з помірною асфіксією робить перший вдох протягом першої хвилини після народження, а внаслідок тяжкої асфіксії дихання нерегулярне або його зовсім немає, новонароджений не кричить, інколи стогне, виявляються поодинокі нерегулярні скорочення серця [4, с. 357–358]. *По-третє,* критерій визначення моменту початку життя слід по-

[1] З 1 січня 2007 р. життєздатним в Україні вважається плід по досягненню 22 тижнів вагітності (до цього було 28 тижнів вагітності).

© О. Старко, 2010

в'язувати із такими факторами, як наявність можливості спричинити реальну шкоду людині й уявленням про дитину, яка народжується, як про живу. З цього приводу М. Загородніков зазначав, що дитину, яка народилась, але ще не дихає, вже видно й у кожного спостерігаючого за нею складається уявлення як про людину. Вчинення дій над такою дитиною з метою позбавлення її життя з усіх точок зору утворює склад убивства [1, с. 34]. Якщо ж вважати початком життя початок легеневого дихання, то умертвіння дитини, яка народжується, але ще не дихає, слід було б кваліфікувати як незаконне проведення аборту (ст. 134 Кримінального кодексу (далі – КК) України), що, на нашу думку, неприпустимо.

Початок дихання є дуже пізнім початком життя, оскільки новонароджений у звичайних природних умовах його розвитку в тілі матері не може почати дихати раніше, ніж буде звільнений від усього, що пов'язувало його з тілом матері. Тому немає жодних підстав залишати новонародженого на час від початку фізіологічних пологів до початку дихання без кримінально-правової охорони. Хоч цей час і нетривалий, але він має важливе значення для охорони життя [5, с. 120–121].

Сутність наступної точки зору, що висловлена у сучасній кримінально-правовій літературі, зводиться до того, що початковий момент життя визначається на підставі сучасних критеріїв живонародженості. Такі критерії, зазначає А. Красіков, як дихання, серцебиття, пульсація пуповини або довільні рухи мускулатури, незалежно від того чи перерізана пуповина, чи відшарувалася плацента, й є тією раціональною межею між продуктом зачаття (ембріоном) і реальним людським життям [6, с. 175]. Критикуючи А. Красікова, С. Бородін доводить, що рекомендації МОЗ не містять прямих вказівок щодо питання, яке розглядається, та не мають ніякого значення для його вирішення, оскільки воно є предметом відання кримінального закону та доктрини кримінального права [7, с. 175].

За своєю сутністю наведена точка зору мало чим відрізняється від попередньої, оскільки початок життя фактично пов'язується з моментом повного відокремлення дитини від тіла матері. На нашу думку, це надто пізній початок життя, оскільки об'єктивна можливість впливу на тіло дитини з'являється раніше – ще до моменту повного відокремлення дитини від тіла матері.

Представники наступного підходу (Р. Шарапов, О. Попов та ін.) пов'язують початок людського існування з появою сформованої маси мозкових клітин (появою головного мозку), які роблять плід життєздатним. Це відбувається ще в материнській утробі задовго до народження дитини [8, с. 75]. О. Попов вважає, що посягання на життя дитини, яка знаходиться в утробі матері, при вагітності строком понад 22 тижні повинно визнаватись убивством, оскільки місцезнаходження дитини в момент посягання на її життя в даному випадку ніякого принципового значення не має [9, с. 29–30].

На нашу думку, зазначений критерій неприйнятний для визначення початку кримінально-правової охорони життя людини при конструкції складу вбивства. Як відомо, об'єктом вбивства є життя людини. Життя – динамічний стан організму людини, який полягає у неперервності процесів обміну матерією й енергією з оточуючим середовищем. Проявами життя людини, зокрема, можуть бути дихання, рух, збудливість, мислення, спілкування, харчування, виділення, розмноження, ріст [10, с. 99]. Отже життя, на відміну від життєздатності, яка є лише здатністю до самостійного позаутробного існування, є самостійним позаутробним існуванням.

Неприйнятність даного критерію пояснюється ще й тим, що до початку фізіологічних пологів, до того, коли з'являється можливість реально сприйняти чи побачити немовля, у свідомості людини ще немає уявлення про те, що новий суб'єкт з'явився, існує, вже живе. Вплив на ненароджений, але вже життєздатний плід з метою переривання вагітності не формує у свідомості особи уявлення, що вона позбавляє життя іншу людину, що вчиняється вбивство [1, с. 32]. Тому внутрішньоутробне умертвіння плода слід кваліфікувати лише як незаконне проведення аборту.

Досить поширеною у теорії кримінального права є точка зору, згідно з якою початком життя людини є початок фізіологічних пологів [1, с. 35; 11, с. 19; 12, с. 11–12; 13, с. 60]. Однак у зазначених працях учених відсутня вказівка на конкретний період фізіологічних пологів, з якого має починатися кримінально-правова охорона життя, що, у свою чергу, призводить до неоднозначного розуміння моменту початку життя. Так, М. Аніянц вважає, що початком життя дитини, який дозволяє кваліфікувати посягання на її життя як убивство, є початок фізіологічних пологів. Тому як дітовбивство слід розглядати вбивство, вчинене під час пологів, коли дитина, яка народжується, не розпочала ще самостійного позаутробного життя [11, с. 19]. Ра-

зом із тим відомо, що у медицині фізіологічні пологи поділяють на три періоди. Перший (період розкриття шийки матки) – це проміжок часу між початком регулярної пологової діяльності, яка супроводжується згладжуванням і розширенням шийки матки, до повного розкриття маткового отвору (може тривати до 18 годин) [4, с. 177]. Другий (період зганяння плода) – це час від моменту повного розкриття шийки матки до народження плода (тривалість до 2 годин) [14, с. 156]. Третій (послідовий період) – починається від моменту народження плода і завершується народженням посліду. Він є найкоротшим (5–30 хвилин) [4, с. 183]. Відповідно під початком фізіологічних пологів, отже, й початком життя слід розуміти початок першого періоду – розкриття шийки матки.

Однак така позиція також викликає певні застереження. *По-перше,* можна погодитися з тим, що дитину ще не видно, але все свідчить про те, що нова людина з'являється на світ, розпочинає своє самостійне життя [12, с. 12]. Проте у період розкриття шийки матки плід фактично знаходиться в утробі, об'єктивна можливість фізичного впливу на нього відсутня. *По-друге,* загальновідомим в акушерській практиці є те, що початок фізіологічних пологів супроводжується такими симптомами, як поява переймоподібного болю, виділення слизової пробки каналу шийки матки. Але відомо, що вказані симптоми з'являються протягом останніх двох тижнів вагітності та називаються передвісниками пологів [4, с. 176–177]. Постає запитання: чи можна вважати вбивством дії особи, яка посягає на внутріутробний плід, помилково сприймаючи передвісники пологів за їх початок? У даному випадку навряд чи можна дати позитивну відповідь. *По-третє,* посягання на плід з боку жінки, яка народжує, чи з боку інших осіб, це, перш за все, посягання на здоров'я (і навіть на життя) самої породіллі. Таким чином, внутріутробне посягання на плід не можна визнати вбивством і, відповідно, початок фізіологічних пологів – початком життя.

Представники наступного підходу (В. Грищук [10, с. 261], Л. Глухарева [15, с. 57], Г. Мендельсон [16, с. 5], А. Піонтковський [17, с. 9], М. Шаргородський [18, с. 15]) вважають, що початком кримінально-правової охорони життя людини є момент появи будь-якої частини тіла дитини з утроби матері. Ця позиція, на нашу думку, є більш прийнятною, ніж наведені раніше, оскільки при визначенні моменту початку життя людини у кримінально-правовому розумінні слід враховувати таку обставину, як поява об'єктивної можливості фізичного впливу на тіло дитини. Така можливість, зокрема, з'являється під час другого періоду пологів – зганяння плода, коли народжується голівка чи будь-яка інша частина тіла плода. Цей момент, на відміну від початку першого періоду фізіологічних пологів, коли плід ще знаходиться в тілі матері, є очевидним підтвердженням появи нового життя.

На практиці трапляються випадки нанесення смертельної рани в голову дитини до моменту повного відокремлення від тіла матері. Якщо вважати цей момент чи, скажімо, момент настання легеневого дихання початком життя, то такі дії не будуть утворювати склад убивства. Проте в судовій та слідчій практиці подібні дії кваліфікують як убивство.

За ст. 117 Кримінального кодексу України було кваліфіковано дії К., яка приховувала вагітність і намагалася таємно народити дитину та позбутись її. Під час пологів, а саме – в момент народження голівки дитини, К. нанесла їй два удари молотком, у результаті чого настала смерть дитини [19].

Таким чином, початок кримінально-правової охорони життя людини повинен збігатися з моментом появи будь-якої частини тіла дитини з утроби матері. Аналогічно має вирішуватися це питання й у випадках неприродних пологів, зокрема при так званому кесаревому розтині. Хоча кесарів розтин є специфічним методом розродження (це хірургічна операція діставання плода та посліду з порожнини матки шляхом розрізу її стінки [14, с. 630]), початок життя дитини, на нашу думку, визначається за тим самим критерієм, що й за звичайних пологів, – з моменту появи будь-якої частини тіла з утроби матері. Адже техніка операції передбачає, що народження плода відбувається не одномоментно, а з поступовим штучним витягненням певних частин його тіла [4, с. 416], що створює об'єктивну можливість фізичного впливу на нього.

Висновки

Викладене свідчить, що питання визначення початкового моменту життя має велике наукове та практичне значення, є вирішальним для розмежування різних злочинів. У зв'язку з цим та з метою посилення захисту права на життя в Україні вважаємо за доцільне доповнити ст. 115 КК України, приміткою, яка містила б вказівку на момент початку

кримінально-правової охорони життя людини (поява будь-якої частини тіла дитини з утроби матері).

Література

1. *Загородников Н. И.* Преступления против жизни по советскому уголовному праву. – М., 1961. – 278 с.
2. *Гродзинский М. М.* Преступления против личности. – М., 1924.
3. *Шарипова Г.* Уголовная ответственность за детоубийство по Узбекской ССР: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1987. – 16 с.
4. *Запорожан В. М.* Акушерство і гінекологія. – К., 2000. – Кн. 1. – 432 с.
5. *Коржанський М. Й.* Кваліфікація злочинів. – К., 2002. – 640 с.
6. *Красиков А. Н.* Ответственность за убийство по российскому уголовному праву. – Саратов, 1999. – 135 с.
7. *Бородин С. В.* Преступления против жизни. – М., 1999. – 356 с.
8. *Шарапов Р.* Начало уголовно-правовой охраны жизни человека: опыт юридического анализа // Уголовное право. – 2005. – № 1. – С. 75–77.
9. *Попов А. Н.* Убийство матерью новорожденного ребенка (ст. 106 УК Российской Федерации). – СПб., 2001. – 68 с.
10. *Науково-практичний* коментар Кримінального кодексу України / За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. – К., 2004. – 1056 с.
11. *Аниянц М. К.* Ответственность за преступления против жизни по действующему законодательству союзных республик. – М., 1964. – 212 с.
12. *Побегайло Э. Ф.* Умышленные убийства и борьба с ними: уголовно-правовое и криминологическое исследование. – Воронеж, 1965. – 205 с.
13. *Сташис В. В., Бажанов М. І.* Особа під охороною кримінального закону. – Х., 1996. – 224 с.
14. *Степанківська Г. К., Михайленко О. Т.* Акушерство. – К., 2000. – 744 с.
15. *Глухарева Л. И.* Уголовная ответственность за детоубийство. – М., 1984. – 57 с.
16. *Мендельсон Г. А.* Уголовная ответственность за убийство и телесные повреждения. – М., 1962. – 40 с.
17. *Пионтковский А. А.* Уголовное право: Особенная часть. Преступления против личности. – М., 1938. – 136 с.
18. *Шаргородский М. Д.* Ответственность за преступления против личности. – Л., 1953. – 108 с.
19. *Кримінальна* справа № 1-82/01. – Архів Рогатинського місцевого суду Івано-Франківської області за 2001 р.

The article deals with the analysis of the theoretical approaches of determination of the beginning of criminal legal protection of a human life.

В статье анализируются теоретические подходы относительно определения момента начала уголовно-правовой охраны жизни человека.

Поправка

У статті Вікторії Мілаш «Окремі питання, пов'язані з укладенням господарських договорів» (№ 1, 2010 р.) учений ступінь автора кандидат юридичних наук слід читати як доктор юридичних наук.

ЧИ ВИПРАВДАНОЮ Є ЗАБОРОНА ПРИЗНАЧАТИ ГРОМАДСЬКІ РОБОТИ ОСОБАМ, ЯКІ ДОСЯГЛИ ПЕНСІЙНОГО ВІКУ?

Андрій Андрушко,
викладач кафедри кримінально-правових дисциплін та кримінології Закарпатського державного університету

У статті обґрунтована можливість застосування покарання у виді громадських робіт до осіб, які досягли пенсійного віку, якщо на те є їх згода. Запропоновано внести відповідні зміни до Кримінального кодексу України.

Ключові слова: покарання, громадські роботи, особи, які досягли пенсійного віку, призначення покарання.

Дослідження покарань, альтернативних позбавленню волі, заслуговує на особливу увагу, оскільки вони дають змогу зменшити кількість засуджених осіб, які перебувають на державному утриманні, сприяють розвитку процесів гуманізації, потребують менших матеріальних затрат, сприяють кращій ресоціалізації засудженого, його інтеграції в суспільство тощо. Одним із покарань, не пов'язаних з ізоляцією від суспільства, є громадські роботи (ст. 56 Кримінального кодексу (далі – КК) України). Проблемним питанням застосування зазначеного виду покарання наукові праці присвятили такі вчені, як В. Антипов, Н. Ахтирська, О. Беца, І. Богатирьов, І. Вартилецька, Б. Кирись, А. Коваленко, Ф. Марчук, Н. Осадча, В. Павленко, В. Сташис, О. Ткачова, С. Чубраков та ін. Віддаючи належне згаданим дослідникам, слід зазначити, що окремі положення ст. 56 КК України все ж потребують подальшого вдосконалення. Зокрема, доцільним, на нашу думку, є перегляд законодавчої заборони застосовувати покарання у виді громадських робіт до осіб, які досягли пенсійного віку.

Мета цієї статті – обґрунтувати можливість призначення громадських робіт особам, які досягли пенсійного віку, запропонувати відповідні зміни до ст. 56 КК.

Чинний КК України визначає види покарань, що не можуть призначатись особам, які досягли пенсійного віку. Це громадські роботи (ч. 3 ст. 56), виправні роботи (ч. 2 ст. 57) та обмеження волі (ч. 3 ст. 61). Всі покарання, які заборонено застосовувати до осіб пенсійного віку, передбачають примусове залучення засуджених до праці. Отже, соціальною підставою виключення для вказаної категорії осіб цих видів кримінальних покарань є їх непрацездатність. Крім того, кримінальний закон забороняє застосовувати до осіб, які досягли пенсійного віку, громадські та виправні роботи й обмеження волі; ч. 2 ст. 64 КК України передбачає, що довічне позбавлення волі не застосовується до осіб віком понад 65 років.

Слід також зазначити, що застосування до досліджуваної нами категорії осіб інших покарань, передбачених у X розділі КК України, на практиці малоймовірне навіть тоді, коли у відповідних статтях немає жодних згадок про можливість їх призначення особам, які досягли пенсійного віку. Серед перелічених у ст. 51 КК України видів покарань реально застосовними до осіб пенсійного віку є штраф, арешт і позбавлення волі на певний строк. Інші покарання (позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю; службові обмеження для військовослужбовців; тримання в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців), як правило, не можна застосовувати до таких осіб з огляду на відсутність посади чи певного виду діяльності у пенсіонерів. А такі покарання, як позбавлення військового, спеціального звання, рангу, чину або кваліфікаційного класу, конфіскація майна відповідно до ч. 2 ст. 52 КК України є лише додатковими. Вони призначаються виключно шляхом їх приєднання до основних покарань і самостійно застосовуватися не можуть.

Таким чином, особи похилого віку перебувають у гіршому, ніж інші особи, становищі при вирішенні питання про диференціацію їх кримінальної відповідальності. На цей парадоксальний факт уже зверталась увага в науковій літературі [1, с. 68; 2, с. 50].

У літературі висловлювалася думка про те, що наявність у кримінальному законі багатьох видів покарань з широкими межами в альтернативних санкціях суперечить рівності громадян перед законом і судом та з урахуванням досвіду «цивілізованих країн» є сенс зменшити кількість покарань у КК [3, с. 8]. З такою позицією погодитися важко. Невелика кількість покарань автоматично призводить до звуження можливості індивідуалізації кримінального покарання, а іноді унеможливлює призначення покарання взагалі. Скорочення переліку покарань призводить до протилежного результату, коли замість гуманізації кримінальної відповідальності відбувається її необґрунтоване посилення. Суд повинен мати з чого вибирати. Це дозволить призначити винному справедливе й ефективне покарання, що адекватно відображає суспільну небезпеку вчиненого.

Окреслена ситуація є складнішою, ніж може видатися на перший погляд. Закріплена у КК України заборона застосування до осіб пенсійного віку окремих видів покарань, носячи на перший

© А. Андрушко, 2010

погляд виключно гуманний характер, призводить до зворотного ефекту. Неможливість застосування до особи, яка досягла пенсійного віку, наприклад, виправних робіт чи обмеження волі, підштовхує суд до призначення невиправдано суворого покарання (арешту або позбавлення волі). Так, скажімо, до пенсіонера, який вчинив убивство через необережність (ч. 1 ст. 119) може бути застосовано тільки позбавлення волі, а відповідно до ч. 3 ст. 61 КК, покарання у виді обмеження волі, що також передбачене відповідною нормою, не застосовується до осіб, які досягли пенсійного віку. Вчинення умисного середньої тяжкості тілесного ушкодження (ч. 1 ст. 122 КК) особою, яка досягла пенсійного віку, означає можливість застосування до неї лише позбавлення волі, а до особи, яка не досягла відповідного віку, можливим є застосування також виправних робіт або обмеження волі, що є менш суворими покараннями. Вчинення особами пенсійного віку злочину, передбаченого ст. 196 КК (необережне знищення або пошкодження майна), також тягне застосування лише позбавлення волі. Особи ж молодшого віку можуть розраховувати на застосування до них менш суворих видів покарання – виправних робіт або обмеження волі. Отже, у вказаних нормах позбавлення волі для осіб пенсійного віку по суті є безальтернативним покаранням. Таким чином, можливість індивідуалізації покарання стосовно осіб похилого віку значно зменшена, причому в бік більш тяжкого покарання.

У низці випадків маємо ситуацію, коли неможливим є застосування до осіб, які досягли пенсійного віку, жодного з передбачених санкцією норми Особливої частини КК України покарання. Так, жодне покарання не може бути призначено особі пенсійного віку, яка вчинила необережне тяжке або середньої тяжкості тілесне ушкодження (ст. 128), оскільки кримінальний закон забороняє застосування до вказаної категорії осіб усіх покарань, які передбачені санкцією відповідної статті (громадські роботи, виправні роботи, обмеження волі). Не можна покарати особу пенсійного віку, яка ухиляється від сплати штрафу, позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю (ч. 1 ст. 389), оскільки передбачені у санкції відповідної норми покарання (виправні роботи та обмеження волі) не можуть застосовуватися до осіб пенсійного віку. Такою ж є ситуація у випадку вчинення особою, яка досягла пенсійного віку, злочинів, передбачених ч. 2 ст. 203 (зайняття забороненими видами господарської діяльності) та ч. 1 ст. 224 КК (виготовлення, збут і використання підроблених недержавних цінних паперів), оскільки санкції вказаних норм безальтернативно містять покарання у виді обмеження волі.

Отже, особи пенсійного віку, як це не парадоксально, можуть безкарно вчиняти будь-які діяння, якщо санкції норм про відповідальність за їх вчинення не знають інших видів покарання, окрім громадських робіт, виправних робіт або обмеження волі. У разі вчинення ними таких злочинів, відповідно до п. 8 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику призначення судами кримінального покарання» від 24.10.2003 р. № 7, суд за наявності до того підстав, відповідно до ст. 7 Кримінально-процесуального кодексу (далі – КПК) України повинен закрити справу і звільнити особу від кримінальної відповідальності або постановити обвинувальний вирок і звільнити засудженого від покарання.

Таким чином, очевидним є порушення принципів гуманності та справедливості призначення покарання щодо осіб пенсійного віку. Наявність ситуації, коли для вказаної категорії осіб, які є однією із найбільш соціально вразливих груп населення, кримінальний закон безальтернативно передбачає позбавлення волі, тоді як молодші особи можуть розраховувати на застосування до них менш суворого покарання, на нашу думку, є неприйнятною. Такою ж виглядає ситуація, коли особливості конструкції санкцій окремих кримінально-правових норм у поєднанні із вказаними положеннями Загальної частини КК призводять до фактичної безкарності осіб пенсійного віку. Залишення безкарним злочинця, поза сумнівом, порушує інтереси держави та законослухняних громадян (передусім потерпілих).

В. Антипов цю складну ситуацію, яка, до речі, стосується й інших категорій осіб, пропонує вирішувати шляхом внесення змін до КК, насамперед, шляхом прийняття норм Загальної частини, що передбачали б заміну тих видів покарань, застосування яких до вказаних осіб не є можливим, покараннями інших видів із певного розрахунку [1, с. 29, 54, 62, 182]. Загалом таку пропозицію слід підтримати. Однак не зовсім зрозуміло якими покараннями можна замінити для осіб пенсійного віку громадські роботи, виправні роботи та обмеження волі, якщо жодне з цих покарань до них не може застосовуватися.

Слід зазначити, що у разі неможливості сплати штрафу суд може замінити особі несплачену суму штрафу покаранням у виді громадських робіт або виправними роботами (ч. 5 ст. 53 КК України). Однак відповідно до КК України ні громадські роботи, ні виправні роботи не можуть бути призначені особам, які досягли пенсійного віку. Отже, вказаним засудженим несплачена сума штрафу не може бути замінена громадськими та виправними роботами. Такий стан речей не можна оцінити позитивно, адже тим самим ускладнюється сплата штрафу засудженими похилого віку, переважна більшість яких перебуває у скрутному матеріальному становищі та фактично щодня бореться за виживання. Суд же, призначаючи покарання такій особі, врахувавши її фінансову неспроможність і неможливість подальшої заміни несплаченої суми штрафу громадськими чи виправними роботами, може взагалі відмовитися від застосування до неї штрафу та перейти до іншого, більш тяжкого покарання. А така змога у нього є, оскільки альтернативою штрафу у санкціях багатьох кримінально-правових норм є арешт і позбавлення волі на певний строк.

Викладене, на нашу думку, ще раз підтверджує той прикрий факт, що особи похилого віку при призначенні їм покарання опиняються у значно гіршому становищі, ніж особи молодшого віку. Ми вважаємо, що виходом із цієї непростої ситуації може бути зміна позиції законодавця стосовно неможливості застосування до осіб, які досягли пенсійного віку, покарання у виді громадських робіт. Для цього, існують вагомі підстави.

Загальновідомо, що з віком поступово знижуються фізичні сили людини. Разом із тим поняття

«особа пенсійного віку» – доволі широке. Це жінка віком 55 років або віком 60 років, але це й особа, скажімо, у 75-річному віці. Цілком очевидно, що стан здоров'я та реальна працездатність у них можуть бути зовсім різними. Особа, яка щойно досягла пенсійного віку, здебільшого ще здатна певний час нормально працювати, а особа, яка досягла глибокої старості, є немічною та слабкою. У цьому контексті зазначимо, що питання встановлення пенсійного віку є індивідуальним для кожної конкретної країни. Низка розвинутих держав Європи передбачають вищий пенсійний вік, аніж існує в Україні. З огляду на суттєве зростання осіб похилого віку у демографічній структурі суспільства, окремі країни визнають, що змушені будуть підвищувати планку пенсійного віку й надалі. Подібні заклики лунають і в Україні.

Ні для кого також не секрет, що чимало осіб похилого віку (нині – близько 2,8 млн) навіть після виходу на пенсію продовжують працювати. Більше того, окремі з них не уявляють собі життя без постійного руху, звичних турбот тощо. Для багатьох вихід на пенсію є серйозною психотравмуючою подією. Тому позиція законодавця, який категорично заборонив можливість застосування до осіб пенсійного віку громадських робіт, на нашу думку, не зовсім правильна. Адже це тільки шкодить їм, звужує можливості індивідуалізації покарання, призводить до призначення таким особам покарань, пов'язаних з ізоляцією від суспільства.

Слід зазначити, що Кримінально-виконавчий кодекс (далі – КВК) України передбачає залучення до роботи осіб, які відбувають покарання у виді арешту (ст. 52) та позбавлення волі (ст. 118). Але ж це не стає на заваді можливості призначення цих покарань особам, які досягли пенсійного віку. Заслуговує на увагу ст. 118 КВК України, що передбачає особливості залучення засуджених (у тому числі похилого віку) до позбавлення волі до суспільно корисної праці, згідно з якою засуджені залучаються до суспільно корисної праці з урахуванням наявних виробничих потужностей, зважаючи при цьому на стать, вік, працездатність, стан здоров'я та спеціальність (ч. 1). Частина 2 ст. 118 КВК передбачає, що засудженим чоловікам віком понад 60 років, жінкам – понад 55 років, а також окремим іншим категоріям засуджених, дозволяється працювати за їх бажанням з урахуванням висновку лікарської комісії колонії. Отже, у випадку із покаранням у виді позбавлення волі законодавець передбачає можливість залучення до праці осіб похилого віку за умови, якщо вони бажають цього і це не суперечить лікарському висновку. То чому ж настільки категоричною є його позиція стосовно незастосування громадських робіт до вказаної категорії осіб?! Відповідь на це запитання дати не просто.

Зазначимо, що російський законодавець, який спершу заборонив призначати обов'язкові (аналог громадських) роботи (ст. 49 КК РФ) жінкам, які досягли 55-річного віку, та чоловікам, які досягли 60-річного віку, (редакція КК від 08.12.2003 р. № 162-ФЗ) згодом відмовився від такої позиції. Аналіз кримінальних кодексів зарубіжних держав свідчить, що заборону застосування громадських робіт до осіб, які досягли пенсійного віку (до жінок віком понад 55 років і чоловіків віком понад 60 років) передбачають лише КК Республіки Білорусь (ч. 4 ст. 49), КК Республіки Казахстан (ч. 3 ст. 42), КК Киргизької Республіки (ч. 4 ст. 43), КК Азербайджанської Республіки (ч. 47.4.4 ст. 47), КК Республіки Молдова (ч. 4 ст. 67), КК Грузії (ч. 4 ст. 67). Кримінальне законодавство розвинутих держав Західної Європи (КК Іспанії, Франції, Голландії, Норвегії, Данії) не містить жодних застережень з цього приводу.

Слід пам'ятати, що ніхто не може зобов'язати пенсіонера працювати. Працездатність у нього може бути реально відсутньою не в силу лише досягнення пенсійного віку, а зважаючи на стан здоров'я, немічність. З огляду на це, на нашу думку, було б неправильно просто виключити із ч. 3 ст. 56 КК України заборону застосування громадських робіт до вказаної категорії осіб. Це могло б призвести до зловживання судами цим видом покарання, призначення його особам, які в силу старечого віку, фізичної слабкості втратили реальну працездатність.

Зважаючи на це, доцільно включити до ст. 56 КК України ч. 4, у якій передбачити, що суд може застосовувати громадські роботи до особи, яка досягла пенсійного віку, якщо на те є її згода. Якщо ж така особа не виявляє відповідного бажання, суд не може призначити їй такий вид покарання. При цьому слова «особам, які досягли пенсійного віку» слід виключити із ч. 3 ст. 56.

А чи не суперечить така добровільність, можливість вибору ознаці примусу, що є важливою ознакою кримінального покарання? Ми вважаємо, що ні, оскільки покарання, передбачене санкцією кримінально-правової норми, все ж призначається особі, яка вчинила суспільно небезпечне діяння. Така добровільність є лише індивідуальною оцінкою особи пенсійного віку власної здатності відбувати покарання. У випадку ж відмови, суд може призначити інше, більш суворе покарання (в межах санкції відповідної норми Особливої частини КК).

Слід зазначити, що за кримінальним законодавством окремих європейських країн покарання у виді громадських робіт не є примусовим чи обов'язковим і призначається у випадку відповідного прохання або ж згоди підсудного. Так, ч. 2 ст. 131-8 КК Франції приписує, що покарання у виді робіт у громадських інтересах не може бути призначене підсудному, який від нього відмовляється або ж не присутній у судовому засіданні. Голова суду до винесення вироку повідомляє особі про її право відмовитися від відбування такого покарання та приймає її відповідь [4, с. 88]. Частина 1 ст. 22с КК Голландії вказує, що суд може призначити покарання у виді громадських робіт на прохання обвинуваченого [5, с. 135]. Стаття 49 КК Іспанії передбачає, що роботи на користь суспільства не можуть призначатися без згоди засудженого [6, с. 25]. Про це фактично йдеться і в ч. 1 ст. 46 КК Литовської Республіки, відповідно до якої публічні роботи виконуються лише у випадку згоди засудженого [7, с. 160].

Згідно з чинним КК України громадські роботи полягають у виконанні засудженим у вільний від роботи чи навчання час безоплатних суспільно корисних робіт, вид яких визначають органи місцевого самоврядування (ч. 1 ст. 56). Частиною 2 цієї статті передбачається, що громадські роботи

встановлюються на строк від шістдесяти до двохсот сорока годин і відбуваються не більш як чотири години на день. Важливо, що особам, засудженим до громадських робіт, надається робота, не пов'язана із шкідливим виробництвом, ризиком для життя та здоров'я (п. 6.7 Інструкції про порядок виконання покарань, не пов'язаних з позбавленням волі, та здійснення контролю щодо осіб, засуджених до таких покарань).

На нашу думку, виконання таких робіт не було б надто обтяжливим для переважної більшості осіб пенсійного віку. У той самий час ми переконані, що сутність та інтенсивність громадських робіт, застосовуваних до таких осіб, мають дещо відрізнятися від тих, що виконуються засудженими молодшого віку. Це має бути посильна, нетяжка для осіб похилого віку праця, що не заподіює шкоди їх здоров'ю. Доцільно також удвічі скоротити щоденну тривалість цього покарання аби вона не перевищувала двох годин на день (як це має місце у випадку з неповнолітніми). Таке обмеження щоденної тривалості громадських робіт для осіб, які досягли пенсійного віку, відповідало б принципу гуманізму, не позначалося б негативно на їх здоров'ї.

Ми вважаємо, що завдання законодавця та суду полягає в тому, аби застосовуване до особи пенсійного віку покарання було реальним для такої особи, аби воно сприяло досягненню мети покарання.

Слушними є пропозиції В. Павленка та А. Ткачової, згідно з якими при призначенні покарання у виді громадських робіт суд повинен зобов'язати засудженого пройти медичний огляд на предмет придатності до роботи, на якій його передбачається використовувати [8, с. 99; 9, с. 257]. На нашу думку, відповідний медичний огляд є чи не найбільш доречним при застосуванні вказаного покарання до досліджуваної категорії осіб. Він дозволив би зменшити фактор суб'єктивності оцінки власної працездатності пенсіонера.

Висновки

Проведене дослідження свідчить про доцільність доповнення ст. 56 КК України ч. 4 такого змісту: *«4. Особі, яка досягла пенсійного віку, посильні для неї громадські роботи можуть бути призначені за її згодою. Перед початком відбування даного виду покарання така особа підлягає обов'язковому медичному огляду. Тривалість громадських робіт для неї не може перевищувати двох годин на день»*.

Така норма, на нашу думку, дозволила б збільшити кількість покарань, що можуть застосовуватися до осіб пенсійного віку, та відповідно розширила б можливості індивідуалізації покарання, зменшила б кількість вироків із призначенням покарань, пов'язаних з ізоляцією від суспільства. Це також дало б можливість судам замінювати вказаній категорії осіб несплачену суму штрафу громадськими роботами за згодою засудженого.

Література

1. *Антипов В. В., Антипов В. І.* Обставини, які виключають застосування кримінального покарання. – К., 2004. – 208 с.

2. *Тирский В. В., Евстратов Ю. И.* Некоторые вопросы назначения и исполнения уголовного наказания с учетом возраста и состояния здоровья // Вопросы повышения эффективности борьбы с преступностью. – Томск, 1980. – С. 49–53.

3. *Самвелян К. Р.* Уголовно-правовые санкции: проблемы конструирования и применения: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Волгоград, 1997. – 24 с.

4. *Уголовный* кодекс Франции. – СПб., 2002. – 650 с.

5. *Уголовный* кодекс Голландии. – СПб., 2001. – 510 с.

6. *Уголовный* кодекс Испании / Под ред. Н. Ф. Кузнецовой, Ф. М. Решетникова. – М., 1998. – 218 с.

7. *Уголовный* кодекс Литовской Республики. – СПб., 2003. – 470 с.

8. *Павленко В.* Громадські роботи в системі покарань, не пов'язаних з позбавленням волі: загальна характеристика та шляхи вдосконалення // Право України. – 2003. – № 11. – С. 97–101.

9. *Ткачова А.* Зміст та основні риси громадських робіт // Вісник Академії правових наук України. – 2005. – № 3. – С. 250–258.

The article contemplates a possibility of applying public works as a penalty towards pension age persons in case they agree to this. The relevant amendments to the Criminal Code of Ukraine are offered.

В статье обоснована возможность применения наказания в виде общественных работ к лицам, которые достигли пенсионного возраста, если на то есть их согласие. Предложено внести соответствующие изменения в Уголовный кодекс Украины.

ВИЗНАЧЕННЯ ОБ'ЄКТА ЗЛОЧИНУ ЗА ст. 162 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

Юлія Жмур,
аспірантка кафедри кримінального права
Національного педагогічного університету ім. М. П. Драгоманова

У статті розкривається поняття об'єкта в кримінальному праві, а також визначається об'єкт злочину за ст. 162 Кримінального кодексу України.

Ключові слова: об'єкт, об'єкт злочину, житло, недотоканність житла.

Проблема визначення суспільної сутності та практичного значення об'єкта є досить давньою, складною, суперечливою. До середини XX ст., як правило, зазначалося, що об'єкт злочину – це те, на що посягає злочин: «Об'єкт злочину – це те, проти чого він спрямований і чому може заподіяти або спричинити шкоду» [1, с. 3].

Визначення об'єкта злочину в теорії кримінального права має важливе теоретичне, практичне та навіть пізнавальне значення для оцінювання суспільної й юридичної сутності злочину, адже об'єкт злочину є одним із чотирьох елементів складу злочину, одним із основних розділів науки кримінального права. Цій проблемі завжди приділялася увага. Загалом дослідження об'єкта злочину займало провідні позиції як в теорії, так і практиці кримінального права.

У науці кримінального права є загальновизнане визначення об'єкта злочину – це суспільні відносини, що охороняються законом про кримінальну відповідальність [2, с. 101].

Слід зазначити, що питання визначення об'єкта у кримінальному праві є досить складним і надзвичайно важливим, тому зрозуміло чому його розгляд і вирішення має велику кількість різнодумців. За різних часів під об'єктом злочину розумілися суб'єктивні права особи (А. Феєрбах); норми права в їх реальному бутті (М. Таганцев); цінності як умови здорового існування суспільства (К. Біндінг); охоронювані нормами права життєві інтереси (Ф. Ліст); правові блага (Г. Вельцель); суспільні відносини (М. Коржанський, В. Тацій); конкретні відносини, речі та стани осіб чи речей (С. Познишев); матеріальні та нематеріальні цінності (А. Трайнін); суспільні інтереси (Б. Нікіфоров); охоронювані кримінальним правом блага (С. Гавриш) [3, с. 138].

Значний внесок у розвиток визначення об'єкта злочину зробили такі вчені, як М. Коржанський, В. Тацій. У своїх працях вони намагаються сформулювати визначення поняття «об'єкт злочину», розкрити його суть, ознаки. Що стосується радянських науковців, то питанням об'єкта злочину займалися також М. Гельфер, Б. Никифоров, А. Пионтковський, Г. Кригер, Б. Здравомислов та ін.

На жаль, проблема визначення об'єкта злочину ще не вирішена, адже існують певні протиріччя в кримінально-правовій науці як в Україні, так і за її межами. Багато десятків років науковці та юристи багатьох країн намагаються дати ґрунтовне та вичерпне визначення поняття «об'єкт» у кримінальному праві. Але існує ряд питань щодо об'єкта, відповіді на які є дискусійними.

Мета цієї статті – дослідити історіографію питання щодо об'єкта злочину, порівняти визначення об'єкта злочину, сформульовані різними науковцями, а також дати визначення об'єкта злочину за ст. 162 КК України – кримінальна відповідальність за порушення недоторканності житла.

Аналіз робіт радянських науковців свідчить, що основною та панівною точкою зору за часів СРСР була така: об'єктом будь-якого злочину є суспільні відносини, тобто стосунки між людьми у процесі їх суспільної діяльності чи спілкування, які охороняються нормами права.

У Керівних засадах з кримінального права РРФСР 1919 р. при визначенні поняття кримінального права та злочину прямо вказувалося на суспільні відносини як на об'єкт охорони кримінального закону (пункти 2, 3, 5). У Кримінальному кодексі (далі – КК) РРФСР (1922 р., 1926 р., 1960 р.) з різним ступенем повноти існують посилання на об'єкт злочину як суспільні відносини [4, с. 110–138]. М. Гельфер також робить висновки про те, що об'єктом злочину є соціалістичні суспільні відносини, які охороняються нормами радянського кримінального права від злочинних посягань. Визначаючи, що об'єктом злочину є лише суспільні відносини, які охороняються суспільним законом, ми вказуємо на необхідну формальну ознаку об'єкта злочину, а це призводить до обмеження об'єкта злочину порівняно з об'єктами інших злочинів – цивільних, адміністративних, трудових. Виходячи із значення словосполучення «соціалістична власність» як економічної основи радянського ладу та джерела заможного і культурного життя трудящих, закон встановлює посилену охорону соціалістичної влас-

© Ю. Жмур, 2010

ності (порівняно з охороною особистої власності громадян). Інтенсивність кримінально-правової охорони соціалістичної власності полягає в установленні більш суворих заходів кримінального покарання. Таким чином, М. Гельфер, безумовно, визнає суспільні відносини об'єктом злочину, але намагається зробити акцент саме на тому, що об'єкт злочину – це соціалістичні суспільні відносини. Можливо він вважав, що соціалістичні суспільні відносини важливіші за особисту власність, а тому ці відносини будуть більш охоронювані. Слід зазначити, що М. Гельфер був не один у таких визначеннях [5, с. 6–7].

М. Шаргородський вважає, що об'єктом злочину є: радянський суспільний чи державний лад; соціалістична система господарства; соціалістична власність; особистість; політичні, трудові, особисті й інші права громадян; соціалістичний правопорядок [6, с. 277].

В. Кудрявцев стверджував, що при здійсненні злочину проти життя, здоров'я, честі, гідності та волі особистості об'єктом злочину є не суспільні відносини, а людина, яка є не лише носієм суспільних відносин, а й виробником соціальних благ. Оскільки особистість – поняття соціальне, а не біологічне, її слід розглядати як самостійний об'єкт охорони кримінального закону, тобто об'єкт злочинного посягання [7].

Л. Блінова, Г. Криволапов вважають, що суспільні відносини, які порушуються здійсненням злочину, називаються об'єктом злочину. Разом із тим об'єктом злочину визнаються не всі суспільні відносини, що існують у соціалістичному суспільстві, а лише найбільш важливі з них, які охороняються кримінальним законом. Окремі групи суспільних відносин, для охорони яких не потрібно застосовувати заходи кримінального покарання, захищаються за допомогою адміністративних, цивільних та інших норм права або заходами виховного характеру. Таким чином, об'єктом злочину за радянським кримінальним правом є соціалістичні суспільні відносини, що охороняються кримінальним законом від злочинних посягань [8].

На думку Н. Бєляєва, об'єкт кримінального права – це соціалістичні відносини, відповідальність за зазіхання на які передбачена нормами радянського кримінального права [6, с. 275].

Рудольф фон Ієрінг виклав свою теорію, яку розвивав у другій половині XIX ст. Він вказував, що об'єктом злочину є правове благо. Проте ця теорія піддалася нищівній критиці радянських кримінологів, які вважали, що об'єкт він характеризує як «некое абстрактное понятие», адже він захищав особисту власність: їжу, одяг, житло, інші предмети особистого вжитку, гроші, а не соціалістичну власність [9, с. 115].

Викладене свідчить, що за часів СРСР об'єкт злочину більше був спрямований на охорону соціалістичних відносин, тобто державних.

Незважаючи на важливість визначення об'єкта кримінального права, це питання і в сучасній літературі залишається повністю не розкритим і має певні розбіжності.

Оцінюючи значення об'єкта, В. Тацій правильно зазначає, що «саме об'єкт дозволяє визначити соціальну сутність злочину, з'ясувати його суспільно небезпечні наслідки, сприяє правильній кваліфікації діяння, а також відмежування його від суспільно небезпечних посягань». Об'єкт має істотне значення також для визначення поняття злочину, значною мірою впливає на зміст об'єктивних і суб'єктивних ознак злочину, є вихідним при кваліфікації злочинів, побудові системи Особливої частини КК [2, с. 101].

На сьогодні щодо визначення об'єкта існує дві основні точки зору. Найпослідовнішими та найпоширенішими є визначення об'єкта злочину як суспільних відносин. Висновок про те, що об'єктом злочину є суспільні відносини, ґрунтується на КК України (статті 1, 11, 293, 296, 377).

Визначення суспільних відносин об'єктом злочину випливає із загального вчення про суспільну сутність і призначення кримінального права, покликаного охороняти найцінніші соціальні здобутки – особу (як сукупність суспільних властивостей і ознак людини та громадянина), її життя і здоров'я, волю, недоторканність, власність та інші законні права і свободи. Об'єктом кримінально-правової охорони також є громадський порядок, громадська безпека, довкілля, конституційний устрій України. Стаття 1 перелічує найважливіші об'єкти що перебувають під кримінально-правовою охороною.

М. Мельник і М. Хавронюк вважають, що об'єкт злочину – це охоронювані кримінально-правовими нормами суспільні відносини та соціальні блага, на які посягає злочин [10, с. 12].

На думку В. Тація, об'єктом злочину, зрештою, завжди є об'єктивно існуючі в суспільстві відносини між людьми, поставлені під охорону закону про кримінальну відповідальність [2, с. 102].

М. Коржанський визначає об'єкт злочину як суспільні відносини, що перебувають під охороною кримінального закону, шляхом змін яких заподіюється соціально небезпечна шкода. Об'єкт злочину – це мішень, в яку націлений кожний злочин. Такою мішенню є суспільні відносини, порушенням яких заподіюється соціальна шкода. При цьому йдеться тільки про найважливіші, найбільш значущі для інтересів суспільства та держави відносини, яким злочинні посягання завдають або можуть завдати значної шкоди. Відносини, не охоплені сферою правового регулювання (звичаєві, моральні, партійні тощо), а також заборонені правом (наприклад, відносини, що виникли внаслідок згоди між правопорушниками про вчинення злочину), не можуть бути об'єктом злочину. Суспільні відносини завжди мають об'єктивний характер, існують незалежно від людської свідомості, отже, незалежно від кримінального закону, й є первинними щодо самого злочину.

Оскільки злочин завжди посягає на об'єктивно існуючий об'єкт, певну реальність, то він не може завдати шкоди тому, чого немає в об'єктивній дійсності [1, с. 24].

М. Коржанський наводить приклад, коли при визначенні об'єкта злочину у кримінально-правовій літературі іноземних держав іноді трапляється вказівка про охорону суспільних відносин на користь трудящих. Наприклад, Ф. Полячек зазначає, що об'єктом злочину є суспільні відносини, які існують у демократичній державі й охороняються на користь трудящих кримінальним законом [1, с. 15]. Щодо цієї думки М. Коржанський висуває певне заперечення: охорона суспільних відносин «в интересах трудящихся» зайва, оскільки в суспільних відносинах, що охороняються кримінальним законом, закріплені інтереси всього суспільства. Тому охороною суспільних відносин є охорона інтересів трудящих.

В. Філімонов вважає, що об'єкт злочинного посягання домінує у визначенні змісту та конструкцій складу злочину і спроби представити об'єкт злочину як явище, яке перебуває за межами суспільних відносин, не мають підстав. Навіть у випадках, коли злочин посягає на життя людини або завдає шкоду її здоров'ю, його об'єктом є суспільні відносини. Життя та здоров'я людини є такими видами соціальних благ, які не можуть існувати поза рамками суспільних відносин. З юридичної точки зору, вони є предметом злочину, що як складова частина належить до його об'єкта. Як і будь-який інший предмет злочину, життя та здоров'я людини можуть розглядатися як будь-що відмінне від об'єкта злочину тільки за умови, що вони будуть уявно ізольовані від інших елементів суспільних відносин. Потреба в такій ізоляції виникає, зокрема, коли те чи інше благо може виступати як предмет різних за своїм змістом суспільних відносин (наприклад, життя як предмет злочину при вбивстві та терористичному акті) або коли предмет злочину розглядається у взаємозв'язку з об'єктивними або суб'єктивними ознаками злочину. Тому не буде помилкою стверджувати, що об'єктом, наприклад, убивства є не лише суспільні відносини, що виражається у потребі людини в своєму існуванні та кореспондуючій їй необхідності для інших осіб утриматися від дій, здатних позбавити її життя, а й саме життя людини як біологічне явище. Позбавлення людини життя та порушення суспільних відносин, предметом якого воно є, у даному випадку органічно взаємопов'язані [3, с. 141].

В юридичній літературі є й інші погляди щодо визначення об'єкта злочину. Спробу вчинити «революційний переворот» у вченні про об'єкт злочину зробив С. Гавриш, який вважає, що суспільні відносини не є і не можуть бути об'єктом злочину, оскільки вони «представляют собой всего лишь определенную форму научной абстракции, поэтому сами по себе они не существуют» [11, с. 28]. Але таке визначення об'єкта критикує М. Коржанський. Якщо суспільних відносин немає, якщо їх не існує, то вони, справді, не можуть бути об'єктом злочинного посягання, і закон не може охороняти те, чого не існує. Як просто: відносин не існує і все. А як бути з філософією як наукою про суспільні відносини між людьми, їх історію та розвиток? Філософії, мабуть, у такому разі теж не існує. С. Гавриш прагне довести, що «уголовное право как раз и охраняет, в первую очередь, материальные явления, жизнь, здоровье, достоинство, имущество, природные объекты и т. д. Именно на защиту этих ценностей, а не мысленных, идеальных их восприятий, направлены нормы уголовного закона». Проте, зазначає М. Коржанський, із тексту роботи С. Гавриша не можна зрозуміти, який зміст він вкладає у терміни «життя», «здоров'я». Адже «життя» та «здоров'я» для лікаря зовсім не те, що для судді. У цьому суспільно-громадському розумінні «життя» і «здоров'я» – це забезпечені особі (громадянинові) можливості жити, перебувати у живому стані, користуватися життям і здоров'ям. Ці суспільні відносини й є об'єктом злочину, саме їх охороняє закон від руйнації, від пошкодження. Саме ці суспільні відносини дають можливість установити та визначити суспільну сутність, небезпечність злочину проти життя і здоров'я особи, відмежувати один злочин від іншого [1]. С. Гавриш називає гідність особи матеріальним явищем, а на думку М. Коржанського, гідність особи – це не матеріальне явище, не річ, її не можна купити, передати іншому. Гідність особи є певними суспільними відносинами і в цій своїй якості вони є об'єктом злочинів, що посягають на честь, гідність особи. Об'єктом злочину С. Гавриш називає майно (имущество), а М. Коржанський зазначає, що злочин посягає не на річ, предмет, майно, а на відносини власності, які реально існують, і саме їх руйнує злочин [1].

Що стосується визначення об'єкта за ст. 162 КК України, то навіть у науково-практичних коментарях до КК визначення об'єкта злочину хоч і однакові, проте дещо різняться. Так, у Науково-практичному коментарі під редакцією М. Мельника та М. Хавронюка об'єктом злочину є право людини на недоторканність житла й іншого володіння [10, с. 404]. Проте у коментарях до КК об'єктом злочину є гарантоване Конституцією України право недоторканності житла або інших будівель, якими володіє громадянин [12, с. 301]; безпосереднім об'єктом злочину за ст. 162 КК є суспільні відносини, які забезпечують право особи на недоторканність житла [13, с. 155]; об'єктом злочину є право людини на недоторканність житла [14, с. 454]; автори коментаря визначають, що об'єктом злочину за ст. 162 є недоторканність житла [15, с. 461].

Поняття «житло» і визначення його об'єкта є досить широким і охоплює не лише кримінальне, а й цивільне, житлове, кримінально-процесуальне законодавство. Так, ст. 379 Цивільного кодексу України визначає поняття житла (п. 1).

Житлом фізичної особи є житловий будинок, квартира, інше приміщення, призначені та придатні для постійного проживання в них. Саме ці об'єкти мають забезпечити одну з найважливіших потреб особи – потребу у житлі [16, с. 327]. Отже, за Цивільним кодексом об'єкти нерухомості (житлові будинки, квартири) є об'єктами, які мають захищатися та гарантуватися державою. Незважаючи на те, що ми й досі користуємося Житловим кодексом УРСР, прийнятим у 1983 р., ст. 1 цього Кодексу передбачає, що право людини на житло є однією з найважливіших соціальних цінностей, невід'ємним правом кожної людини, закріпленим ст. 47 Конституції України [17, с. 16].

Висновки

Проведений аналіз дозволяє зробити висновок, що *об'єктом злочину є суспільні відносини, які охороняються кримінальним законом*. Відповідно до ст. 162 КК України *об'єктом злочину є право людини та громадянина на недоторканність житла чи іншого його володіння*. Порушення недоторканності житла – це незаконне проникнення до житла чи іншого володіння особи, незаконне проведення в них огляду чи обшуку, незаконне виселення, інші дії, що порушують недоторканність житла громадян. Згідно із ст. 30 Конституції України кожному гарантується недоторканність житла. Не допускається проникнення до житла чи до іншого володіння особи, проведення в них огляду чи обшуку інакше як за вмотивованим рішенням суду. У невідкладних випадках, пов'язаних із врятуванням життя людей та майна чи з безпосереднім переслідуванням осіб, які підозрюються у вчиненні злочину, можливий інший, встановлений законом, порядок проникнення до житла чи до іншого володіння особи, проведення в них огляду, обшуку.

Незважаючи на дослідження питання про об'єкт злочину щодо недоторканності житла, воно має багато «білих плям» і протиріч, потребує подальшого дослідження.

Література

1. *Коржанський М. Й.* Об'єкт і предмет злочину. – Д., 2005. – 252 с.
2. *Кримінальне* право України: Загальна частина / За ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – К., 2007. – 496 с.
3. *Строган А. Ю.* Склад злочину як підстава кримінальної відповідальності. – К., 2007. – 424 с.
4. *Уголовное* право: Общая часть / Под ред. Б. В. Здравомыслова, Ю. А. Красикова, А. И. Рарога. – М., 1994. – 536 с.
5. *Гельфер М. А.* Объект преступления: Советское уголовное право. – М., 1960. – 20 с.
6. *Шаргородский М. Д.* Курс советского уголовного права: Часть общая. – Л., 1968. – Т. 1. – 646 с.
7. *Кудрявцев В. Н.* Состав преступления: Лекция 1. Понятие и значение состава преступления. Объект преступления. – М., 1957. – 26 с.
8. *Блинова Л. Н., Криволапов Г. Г.* Основные вопросы общей части советского уголовного права. – М., 1976.
9. *Советское* уголовное право: Часть общая / Под ред. Г. А. Кригера, Б. А. Куринова, Ю. М. Ткачевского. – М., 1981. – 517 с.
10. *Науково-практичний* коментар Кримінального кодексу України / За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. – К., 2007. – 1184 с.
11. *Уголовно-правовая* охрана природной среды Украины: проблемы теории и развитие законодательства. – Х., 1994. – 640 с.
12. *Науково-практичний* коментар до Кримінального кодексу України / За ред. С. С. Яценка. – К., 2006. – 848 с.
13. *Науково-практичний* коментар до Кримінального кодексу України: Особлива частина / Під ред. М. О. Потебенька, В. Г. Гончаренка. – К., 2001. – 386 с.
14. *Науково-практичний* коментар до Кримінального кодексу України / За ред. П. П. Андрушка, В. Т. Гончаренка, Є. В. Фесенка. – К., 2008. – 1427 с.
15. *Кримінальний* кодекс України: наук.-практ. коментар / За ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – К., 2003. – 1193 с.
16. *Науково-практичний* коментар Цивільного кодексу України / За ред. В. М. Коссака. – К., 2004. – 976 с.
17. *Житловий* кодекс: наук.-практ. коментар / За ред. С. Я. Фурси. – К., 2008. – 1280 с.

In this article author tries to expand the notion of objects and identify objects under article 162 of Criminal code of Ukraine.

В статье раскрывается понятие объекта в уголовном праве, а также определяется объект преступления по ст. 162 Уголовного кодекса Украины.

ПРОПОЗИЦІЇ ЩОДО ДИФЕРЕНЦІАЦІЇ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ЗЛОЧИНИ, ПЕРЕДБАЧЕНІ СТАТТЯМИ 287 ТА 288 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

Єгор Назимко,
науковий співробітник відділу організації наукової роботи,
Юрій Коллер,
здобувач кафедри адміністративного права та адміністративної діяльності Донецького юридичного інституту Луганського державного університету внутрішніх справ ім. Е. О. Дідоренка

У статті розглядаються питання диференціації кримінальної відповідальності за злочини, передбачені статтями 287 та 288 Кримінального кодексу України, пропонуються шляхи законодавчої оптимізації покарання за вчинення зазначених злочинів.

Ключові слова: диференціація кримінальної відповідальності; безпека дорожнього руху.

Дослідження стану та розроблення напрямів удосконалення кримінальної відповідальності за злочини у сфері безпеки дорожнього руху, безумовно, є актуальними. Як зазначає Я. Матвійчук, загальний ризик загибелі особи найбільш виражений при пересуванні автомобільним транспортом [1, с. 5]. На ньому трапляється пригод у 12 разів більше, ніж на морському та річковому, у 3 рази більше, ніж на залізничному, в 1,5 раза більше, ніж на повітряному [2, с. 9].

Кримінальну відповідальність за злочини проти безпеки дорожнього руху досліджували такі вчені, як П. Андрушко, В. Борисов, С. Гизимчук, Я. Матвійчук, В. Мисливий, В. Навроцький, А. Савченко, П. Фріс, М. Хавронюк та ін. Однак питанням кримінальної відповідальності за злочини, передбачені статтями 287 та 288 Кримінального кодексу (далі – КК) України, в науці кримінального права України приділено недостатньо уваги.

Аналіз санкцій зазначених статей дає підстави стверджувати, що законодавцем не приділено достатньої уваги виокремленню кваліфікуючих ознак злочинів, залишено невиправдано широке поле для судового розсуду під час призначення покарання за вчинення злочинів, передбачених статтями 287, 288 КК України.

У ситуації, коли суспільно небезпечні наслідки у вигляді середньої тяжкості тілесного ушкодження, тяжкого тілесного ушкодження або смерті людини передбачені в одній частині статті (зрозуміло, що міра покарання за спричинення зазначених наслідків визначається в одній санкції частини цієї статті), правила або критерії призначення покарання мають бути чітко визначені. Однак у Загальній частині КК України передбачені тільки загальні засади призначення покарання, а спеціальні правила призначення покарання не дають відповіді на питання: яке покарання має бути призначене за вчинення необережного злочину в сфері безпеки дорожнього руху, наслідком якого є або тілесне ушкодження середньої тяжкості, або тяжке тілесне ушкодження, або смерть людини. У постанові Пленуму Верховного Суду України «Про практику застосування судами України законодавства у справах про деякі злочини проти безпеки дорожнього руху та експлуатації транспорту, а також про адміністративні правопорушення на транспорті» (із змінами, внесеними згідно з постановою Пленуму Верховного Суду України від 19.12.2008 р. № 18) від 23.12.2005 р. № 14 приділяється увага лише питанню призначення додаткового покарання за вчинення злочину, передбаченого ст. 287 КК України, – позбавлення права обіймати посади, пов'язані з відповідальністю за технічний стан чи експлуатацію транспортних засобів. На цьому розгляд питань призначення покарання за вчинення злочинів, передбачених статтями 287, 288 КК України закінчується. Суду фактично необхідно здогадуватись, яке покарання має бути призначено, якщо наслідком вчинення діяння, передбаченого статтями 287 або 288 КК України, стали або середньої тяжкості тілесне ушкодження, або тяжке тілесне ушкодження, або смерть людини, оскільки будь-яких критеріїв призначення покарання за вчинення вказаних злочинів не розроблено навіть на судовому рівні.

© Є. Назимко, Ю. Коллер, 2010

На думку М. Хавронюка, в умовах тотальної корупції подібний стан речей є додатковим і надзвичайно потужним корупційним ризиком [3, с. 6].

Метою цієї статті є розроблення пропозицій стосовно диференціації кримінальної відповідальності за злочини, передбачені статтями 287 та 288 КК України.

Термін «диференціація», як випливає із тлумачних словників і словників синонімів, означає розподіл цілого на частини, форми чи ступені та має такі синоніми, як «поділ», «розділення», «розходження», «різниця», «розшарування» тощо. Отже, у контексті кримінальної відповідальності (спрощено) він може означати різну міру відповідальності за різні злочини [3, с. 3].

Сутність диференціації полягає в тому, що на законодавчому рівні визначається різна міра кримінальної відповідальності за різні злочини залежно від їх об'єктивних і суб'єктивних ознак. Отже, диференціація кримінальної відповідальності за певний злочин на рівні статті (частини статті) Особливої частини КК України полягає як у виокремленні об'єктивних і суб'єктивних ознак злочину, так і визначенні міри державно-правового примусу в санкції статті (санкції частини статті) КК України.

Статтею 287 КК України встановлено, що випуск в експлуатацію технічно несправних транспортних засобів, допуск до керування транспортним засобом особи, яка перебуває в стані алкогольного, наркотичного чи іншого сп'яніння або під впливом лікарських препаратів, що знижують її увагу та швидкість реакції, або не має права на керування транспортним засобом, інше грубе порушення правил експлуатації транспорту, що убезпечують дорожній рух, вчинене особою, відповідальною за технічний стан або експлуатацію транспортних засобів, якщо це спричинило потерпілому середньої тяжкості тілесне ушкодження, тяжке тілесне ушкодження або його смерть, караються штрафом від двохсот до п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або обмеженням волі на строк до п'яти років, або позбавленням волі на строк до п'яти років, з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з відповідальністю за технічний стан або експлуатацію транспортних засобів, на строк до трьох років або без такого. У статті 288 КК України за порушення правил, норм і стандартів, що стосуються убезпечення дорожнього руху, вчинене особою, відповідальною за будівництво, реконструкцію, ремонт чи утримання автомобільних доріг, вулиць, залізничних переїздів, інших дорожніх споруд, або особою, яка виконує такі роботи, якщо це порушення спричинило потерпілому середньої тяжкості тілесне ушкодження, тяжке тілесне ушкодження або смерть встановлено покарання у виді штрафу від двохсот до п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправних робіт на строк до двох років, або обмеження волі на строк до п'яти років, або позбавлення волі на строк до п'яти років.

Отже, однією з обов'язкових ознак зазначених складів злочинів є суспільно небезпечні наслідки у виді спричинення потерпілому середньої тяжкості тілесного ушкодження, тяжкого тілесного ушкодження або смерті. Передбачення цих складів злочинів в окремих статтях Особливої частини КК України дає підстави стверджувати, що норми, в яких їх передбачено, є спеціальними по відношенню до ст. 128 та ч. 1 ст. 119 КК України, які передбачають кримінальну відповідальність за необережне тяжке або середньої тяжкості тілесне ушкодження та вбивство, вчинене через необережність, відповідно.

Безумовно, суспільна небезпечність злочинів, передбачених статтями 277 та 278 КК України є вищою, ніж суспільна небезпечність злочинів, передбачених ст. 128 та ч. 1 ст. 119 КК України. За правилами здорового глузду та відповідно до положень теорії кримінального права міра покарання, визначена в санкціях статей 277 та 278 КК України має бути суворішою, порівняно із мірою покарання, визначеною в санкціях ст. 128 та ч. 1 ст. 119 КК України. Однак аналіз санкцій досліджуваних норм свідчить, що законодавець дотримується іншої точки зору: ці групи злочинів є ідентичними за критерієм їх суспільної небезпечності.

Щоб довести те, що злочини, передбачені статтями 287 та 288 КК України є більш суспільно небезпечними, ніж злочини, передбачені статтями 128 та 119 КК України, проаналізуємо ознаки складів зазначених злочинів з точки зору теорії суспільної небезпечності.

Оцінка суспільної небезпечності злочинів характеризується її характером і ступенем. *Характер суспільної небезпечності злочину* – це якісний показник, що визначається, перш за все, тією або іншою групою соціальних цінностей, на які посягає злочин. *Ступінь суспільної небезпечності вчиненого злочину* залежить від форми вини, мотиву та мети, способу вчинення дій, місця, обстановки та стадій його вчинення, тяжкості злочинних наслідків тощо [4, с. 18].

Життя людини або її здоров'я, які є основними об'єктами злочинів, передбачених ч. 1 ст. 119 та ст. 128 КК України, є основни-

ми об'єктами злочинів, передбачених статтями 287, 288 КК України. Однак основним домінуючим об'єктом злочинів, передбачених статтями 287, 288 КК України, є безпека дорожнього руху. Ці злочини належать до групи двооб'єктних злочинів. За ознакою об'єкта злочини, передбачені статтями 287 та 288 КК України є більш суспільно небезпечними, оскільки, крім посягання на життя або здоров'я особи, вони завдають шкоду безпеці дорожнього руху.

Об'єктивна сторона злочину, передбаченого ст. 287 КК України характеризується сукупністю таких ознак: випуск в експлуатацію завідомо технічно несправних транспортних засобів; допуск до керування транспортним засобом особи, яка перебуває у стані сп'яніння чи не має права на керування транспортним засобом; інше грубе порушення правил експлуатації транспорту, що убезпечують дорожній рух; спричинення суспільно небезпечних наслідків; причинний зв'язок між порушенням правил експлуатації та суспільно небезпечними наслідками. Об'єктивна сторона злочину, передбаченого ст. 288 КК України, полягає у: порушенні правил, норм і стандартів, що стосуються убезпечення дорожнього руху; настанні суспільно небезпечних наслідків; причинному зв'язку між порушенням зазначених правил, норм і стандартів та настанні наслідків, передбачених у диспозиції статті.

Склади досліджуваних злочинів за ознакою об'єктивної сторони є матеріальними, тобто такими, обов'язковими ознаками яких є діяння, наслідки та причинний зв'язок між ними. Однак законодавець, встановлюючи кримінальну відповідальність за діяння, передбачені статтями 287 та 288 КК України, «звузив» пошуки ознак об'єктивної сторони цих злочинів, виокремивши як основні такі ознаки складів злочинів, як місце, обстановка, знаряддя тощо (автомобільна дорога, вулиця, залізничний переїзд, інші шляхові споруди (мости, шляхопроводи, естакади, віадуки, тунелі тощо), лінії зв'язку й освітлення, засоби технічного регулювання безпеки дорожнього руху тощо).

Якщо суб'єктом злочинів, передбачених ч. 1 ст. 119 та ст. 128 КК України може бути будь-яка фізична осудна особа, яка досягла 16-річного віку, то суб'єктами злочинів, передбачених статтями 287, 288 КК України можуть бути 16-річні фізичні осудні особи: працівники транспортних та інших підприємств, установ і організацій (незалежно від форми власності), на яких законом або підзаконними нормативними актами (інструкціями, правилами, розпорядженнями та ін.) покладена відповідальність за технічний стан чи експлуатацію транспортних засобів (ст. 287 КК України); які виконують такі роботи або відповідальні за їх проведення: керівники дорожньо-експлуатаційних підприємств, їх підлеглі, яким надані повноваження щодо дотримання відповідних правил, норм і стандартів, рядові працівники зазначених підприємств; інспектори безпеки руху; виконроби, майстри інші особи, які керують проведенням дорожніх робіт чи робіт у межах проїзної частини; тощо (ст. 288 КК України) [5, с. 163]. Отже, суб'єкти злочинів, передбачених статтями 287, 288 КК України, є спеціальними. Законодавець покладає на них конкретні обов'язки у сфері безпеки дорожнього руху, що зумовлює підвищену суспільну небезпечність діянь, вчинених ними.

Щодо суб'єктивної сторони, то вона, як у злочинах, передбачених ч. 1 ст. 119 та ст. 128 КК України, так і злочинах, передбачених статтями 287 та 287 КК України, характеризується виною у формі необережності. Винна особа передбачає можливість настання наслідків, зазначених у законі, але легковажно розраховує на їх відвернення (злочинна самовпевненість) або не передбачає можливості настання таких наслідків, хоча повинна була і могла їх передбачити (злочинна недбалість).

Суб'єктивна сторона злочину, передбаченого ст. 287 КК України, полягає в усвідомленні суб'єктом злочину наявності технічної несправності транспортного засобу, що реально загрожує безпеці руху, або іншого грубого порушення правил експлуатації транспорту, яке для нього є очевидним та унеможливлює експлуатацію транспортного засобу, а тому у законі йдеться про умисел. Щодо наслідків, які настали, то винна особа передбачає можливість їх настання, але легковажно розраховує на їх відвернення або не передбачає можливості настання таких наслідків, хоча повинна була і могла їх передбачити [5, с. 160]. Суб'єктивна сторона ст. 288 КК України характеризується тим, що порушення правил, норм або стандартів, що убезпечують дорожній рух, може бути як умисним, так і необережним. Тільки ставлення особи до наслідків має бути необережним.

Таким чином, за всіма ознаками злочин, передбачені статтями 287 та 288 КК України є більш суспільно небезпечними, ніж злочини, передбачені ч. 1 ст. 119 та ст. 128 КК України. Так, законодавцем диференційована кримінальна відповідальність за вчинення з необережності тілесного ушкодження середньої тяжкості, тяжкого тілесного ушкодження або заподіяння смерті людини. Однак ця диференціація в нинішньому стані не має ніякого юридичного сенсу, за винятком кваліфікації, оскільки передбачає тотожні кримінально-правові наслідки (крім додаткового

покарання у виді позбавлення права обіймати посади, пов'язані з відповідальністю за технічний стан чи експлуатацію транспортних засобів). Більше того, аналізуючи об'єктивну сторону складів злочинів, передбачених статтями 119, 287, 288 КК України, виникає питання: чому законодавець не передбачив кваліфікуючою ознакою останніх двох злочинів смерть двох або більше осіб? Такий наслідок передбачений в ч. 2 ст. 119 КК України. Вірогідність же настання смерті двох або більше осіб від вчинення діянь, передбачених статтями 287 та 288 є більшою. За умов вчинення діянь, передбачених статтями 287 та 288 КК України, та настання наслідків у виді смерті двох або більше осіб діяння кваліфікуються за сукупністю злочинів, передбачених ст. 287 або ст. 288 та ч. 2 ст. 119 КК України. Такий стан речей, безумовно, створює зайві труднощі у правозастосовній практиці. Вважаємо, необхідно передбачити спричинення смерті двох або більше осіб як кваліфікуючу ознаку злочинів, ознаки яких закріплені у статтях 287, 288 КК України.

Зважаючи на те, що злочини, передбачені статтями 287, 288 КК України, характеризуються майже тотожною суспільною небезпечністю, пропонуємо такий варіант диференціації кримінальної відповідальності за їх вчинення:

«Стаття 287 (Стаття 288) КК України

1. ..., якщо це спричинило потерпілому середньої тяжкості тілесне ушкодження, –

карається громадськими роботами на строк від ста п'ятдесяти до двохсот сорока годин або виправними роботами на строк до двох років, або обмеженням волі на строк до двох років.

2. Ті самі діяння, якщо вони спричинили тяжке тілесне ушкодження, –

караються обмеженням волі на строк до п'яти років, або позбавленням волі на строк до чотирьох років, з позбавленням права керувати транспортними засобами на строк до трьох років або без такого (з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з відповідальністю за технічний стан або експлуатацію транспортних засобів, на строк до трьох років або без такого).

3. Діяння, передбачені частиною першою цієї статті, якщо вони спричинили смерть особи, –

карається позбавленням волі на строк від чотирьох до семи років з позбавленням права керувати транспортними засобами на строк до трьох років (з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з відповідальністю за технічний стан або експлуатацію транспортних засобів, на строк до трьох років).

4. Діяння, передбачені частиною першою цієї статті, якщо вони спричинили смерть двох або більше осіб, –

карається позбавленням волі на строк від семи до десяти років з позбавленням права керувати транспортними засобами на строк до трьох років (з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з відповідальністю за технічний стан або експлуатацію транспортних засобів, на строк до трьох років)».

Література

1. *Матвійчук Я. В.* Кримінальна відповідальність за порушення правил дорожнього руху або експлуатації транспорту (порівняльно-правове дослідження): Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2009. – 249 с.

2. *Коробеев А. И.* Транспортные преступления. – СПб., 2003. – 406 с.

3. *Хавронюк М.* Диференціація кримінальної відповідальності: чи кримінальна безвідповідальність // Підприємництво, господарство і право. – 2009. – № 8. – С. 3–7.

4. *Науково-практичний* коментар до Кримінального кодексу України. – К., 2005. – 848 с.

5. *Науково-практичний* коментар до Кримінального кодексу України: У 2 т. – Т. 2 / За ред. П. П. Андрушка, В. Г. Гончаренка, Є. В. Фесенка. – К., 2009. – 624 с.

The questions of differentiation of criminal responsibility for the crimes foreseen to the item of the articles 287 and 288 of CC Ukraine are examined in the article. The ways of legislative optimization of punishment for the commitment noted crimes are offered.

В статье рассматриваются вопросы дифференциации уголовной ответственности за преступления, предусмотренные статьями 287 и 288 Уголовного кодекса Украины, предлагаются пути законодательной оптимизации наказания за совершение указанных преступлений.

ДЕЯКІ ОСОБЛИВОСТІ КВАЛІФІКАЦІЇ ПОГРОЗИ ВБИВСТВОМ, ВЧИНЕНОЇ ЧЛЕНОМ ОРГАНІЗОВАНОЇ ГРУПИ

Володимир Шаблистий,
ад'юнкт кафедри кримінального права та кримінології
Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ

У статті досліджуються особливості кваліфікації погрози вбивством, вчиненої членом організованої групи, обґрунтовується доцільність внесення змін до змісту диспозиції ч. 2 ст. 129 Кримінального кодексу України.

Ключові слова: склад злочину, кримінальна відповідальність, кваліфікація, погроза вбивством, член організованої групи.

Функціонування українського суспільства в якісно новому стані відбувається при постійних економічних і соціально-політичних змінах, що передбачає необхідність забезпечення охорони громадського порядку, особистої безпеки громадян, усіх форм власності, життєво важливих інтересів суспільства та держави [1, с. 42]. Це свідчить про необхідність дослідження не лише загальних питань кримінальної відповідальності за погрозу вбивством, а й спеціальних, оскільки особиста безпека як безпосередній об'єкт складу злочину, передбаченого ст. 129 Кримінального кодексу (далі – КК) України, постійно піддається злочинному впливу, а це вимагає, у свою чергу, пошуку оптимальних шляхів щодо запобігання таким суспільно небезпечним діянням.

Метою цієї статті є дослідження особливостей кваліфікації погрози вбивством, вчиненої членом організованої групи, та наукове обґрунтування доцільності внесення змін до змісту диспозиції ч. 2 ст. 129 КК України.

Оскільки проблеми кримінальної відповідальності за погрозу вбивством на теренах незалежної України залишаються в числі недостатньо досліджених, то досягнення проголошеної мети можливе лише шляхом звернення до праць учених, які приділяли увагу питанням, що розглядаються: П. Андрушка, М. Бажанова, Ю. Бауліна, В. Борисова, В. Ємельянова, М. Коржанського, П. Матишевського, М. Мельника, В. Сташиса, В. Тація, М. Хавронюка, С. Яценка та ін.

На нашу думку, проблемні питання особливостей кваліфікації складу злочину, передбаченого ст. 129 КК України, знаходять своє вираження в декількох аспектах. Один із них пов'язаний з існуючою редакцією ч. 2 ст. 129 КК України, що передбачає кримінальну відповідальність за погрозу вбивством, вчинену членом організованої групи. Ця ознака вперше законодавцем виділена як кваліфікуюча у КК України 2001 р. Що стосується юридичної природи кваліфікуючих ознак складу злочину, то слід погодитися із Е. Кісілюком, який зазначає, що «кваліфікуючі ознаки є ознаками складу злочину і свідчать про серйозний перепад у ступені суспільної небезпеки порівняно з тим, який відображено в ознаках основного складу злочину. Ознаки ж складу злочину як родове поняття – це закріплені у кримінальному законі обставини, які визначають характер і типовий ступінь небезпеки вчиненого і виражаються в законодавчій оцінці вчиненого» [2, с. 113]. На нашу думку, у ступені суспільної небезпеки основного складу погрози вбивством до її кваліфікованого виду в редакції ч. 2 ст. 129 КК України існує деяка невідповідність. Так, за даними Державної судової адміністрації (далі – ДСА) України, за вчинення злочину, передбаченого ч. 2 ст. 129 КК України, судами України протягом 2003–2008 рр. засуджено лише чотири особи (2004 р. – 3 особи, 2008 р. – 1 особа)[1].

Така статистична інформація має подвійне значення. З одного боку, вона свідчить про необхідність існування посиленої кримінально-правової охорони особистої безпеки особи від погрози вбивством члена організованої групи; з іншого – про необхідність поставлення під посилену охорону кримінального закону особисту безпеку тих членів суспільства, від нормального розвитку яких залежить майбутнє будь-якої держави – малолітні особи та вагітні жінки. Про таку необхідність свідчать результати вивчення матеріалів слідчої та судової практики – кожна п'ята погроза вбивством вчинялася відносно малолітньої особи; кожна десята – відносно жінки, яка завідомо для винного перебувала у стані вагітності.

Так, 04.02.2009 р. Світловодським міськрайонним судом Кіровоградської області Г. визнано винним у вчиненні злочинів, передбачених ч. 1 ст. 125 та ч. 1 ст. 129 КК України, відносно 12-річного С. і призначено покарання у вигляді обмеження волі строком на один рік, який звільнив його від відбу-

[1] Лист ДСА України від 18.02.2009 р. № 14-832/09.

© В. Шаблистий, 2010

вання покарання з іспитовим строком на один рік. Суд установив, що 17.07.2008 р., о 21 годині, перебуваючи в стані алкогольного сп'яніння, в с. Григорівка Світловодського району Кіровоградської області, поблизу одного з будинків підсудний Г. умисно, на ґрунті раптово виниклих неприязних відносин, наніс удари кулаком в обличчя, спричинив тим самим малолітньому потерпілому С. легкі тілесні ушкодження у вигляді крововиливу спинки носу з втягненням верхнього віка лівого ока та крововиливу на слизистій лівої щоки, які за ступенем тяжкості відносяться до категорії легких тілесних ушкоджень. Крім того, під час нанесення малолітньому потерпілому тілесних ушкоджень висловлював відносно нього погрозу вбивством. Враховуючи стан сп'яніння підсудного та фізичне насильство щодо малолітнього потерпілого, яке застосовувалося з боку підсудного, а також вік потерпілого та підсудного, у потерпілого С. виникали реальні підстави для побоювання здійснення підсудним цієї погрози. З місця скоєння злочину підсудний зник [3].

У цьому випадку суд прийняв цілком обґрунтоване рішення, якби не одне «але» – проігноровано пряму вказівку закону на обов'язкове врахування як обтяжуючої обставини те, що злочин вчинено відносно малолітнього (п. 6 ч. 1 ст. 67 КК України). У жодній із досліджених кримінальних справ про погрозу вбивством відносно малолітнього це не було враховано як обставину, що обтяжує покарання. Аналогічною є ситуація із погрозами вбивством, вчиненими відносно вагітних жінок.

Слід зазначити, що 81,3 % респондентів вважають необхідним встановлення кримінальної відповідальності за погрозу вбивством або тяжких тілесних ушкоджень відносно вагітної жінки чи малолітньої особи шляхом внесення їх до ч. 2 ст. 129 КК України. Більше того, 92,4 % опитаних вважають недоцільним існування чинної редакції ч. 2 ст. 129 КК України через складність притягнення до кримінальної відповідальності членів організованої групи.

Отже, наголошуємо на необхідності криміналізації погрози вбивством, вчиненої відносно малолітньої дитини або вагітної жінки. При чому стан вагітності та вік малолітньої особи обов'язково мають бути відомими тому, хто погрожує.

В. Грищук та М. Мельник вважають, що при вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 129 КК України, той факт, що погроза вбивством висловлюється членом організованої групи, має усвідомлюватися як винним, так і потерпілим [4, с. 308]. На нашу думку, така точка зору є правильною, але потребує уточнення. Безумовно, погрожуючи вбивством, винний усвідомлює, що він є членом організованої групи.

Що стосується адресата таких дій, то виникає питання: може він чи ні усвідомлювати, насамперед, знати та розуміти, всі юридичні ознаки, що визначають групу організованою. Відповідно до ч. 3 ст. 28 КК України злочин визнається вчиненим організованою групою, якщо в його готуванні або вчиненні брали участь декілька осіб (три і більше), які попередньо зорганізувалися у стійке об'єднання для вчинення цього та іншого (інших) злочинів, об'єднаних єдиним планом з розподілом функцій учасників групи, спрямованих на досягнення цього плану, відомого всім учасникам групи. Наведене законодавче визначення свідчить про те, що потерпілий не може усвідомлювати того, що виражаючи погрозу вбивством, винний є членом організованої групи. На нашу думку, в даному випадку усвідомлення потерпілого характеризується загальновідомими у суспільстві фактами: певна особа є членом певного об'єднання людей, які постійно вчиняють злочини і з якими, через їх антигромадську спрямованість, ніхто «не хоче зв'язуватися». Обізнаність у таких характеристиках особи злочинця для адресата погрози вбивством є як і додатковим аргументом на користь побоювання приведення погрози в дію, так і значно підвищує ступінь її суспільної небезпеки, що справедливо знайшло своє вираження в ч. 2 ст. 129 КК України.

В. Бояров вважає, що кваліфікуючою ознакою складу злочину «погроза вбивством» законодавець визначив не вчинення цього злочину організованою групою, що є характерним для більшості складів злочинів, вчинення яких групою осіб, що має ознаки організованої групи, суттєво підвищує ступінь їх суспільної небезпечності та визначається законодавцем кваліфікованими складами відповідних злочинів, а вчинення погрози вбивством членом організованої групи. На його думку, як вчинена членом організованої групи погроза вбивством може кваліфікуватись, якщо:

- погроза висловлюється від імені організованої групи, учасником якої є особа, яка її висловлює;
- погроза висловлюється в інтересах організованої групи, членом (учасником) якої є особа, яка висловлює погрозу. Інші учасники (члени) організованої групи можуть нести відповідальність за погрозу вбивством, вчинену одним із членів (учасників) такої групи, згідно з ч. 2 ст. 30 КК України, якщо вони брали участь у підготовці чи вчиненні цього злочину, незалежно від тієї ролі, яку вони виконували. Для кваліфікації погрози вбивством як вчинену членом організованої групи не має значення, усвідомлювала чи ні особа, погрозу вбити яку висловлено, ту обставину, що погроза висловлена саме особою, яка є членом організованої групи [5, с. 321].

Не применшуючи значення такого роз'яснення змісту ч. 2 ст. 129 КК України, доводиться констатувати, що:

- потребує окремого доктринального тлумачення положення про те, що погроза вбивством може бути виражена від імені організованої групи, оскільки як тоді розуміти поняття «ім'я організованої групи»;
- неусвідомлення потерпілим того, що погроза вбивством, виражена членом організованої групи, автоматично виключає кваліфікацію вчиненого за ч. 2 ст. 129 КК України, а тому вести мову про кримінальну відповідальність інших

членів організованої групи в даному випадку не коректно. Враховуючи особливості відповідальності за погрозу вбивством, на нашу думку, практично неможливо притягти всіх членів організованої групи за підготовку до вчинення такого злочину.

Кваліфікація погрози вбивством, вчинена членом організованої групи, має свої особливості, які полягають у:

- вчиненні погрози вбивством членом організованої групи особисто – це не було попередньо сплановано і не відомо іншим учасникам групи;
- вчиненні погрози вбивством входило до плану злочинної діяльності та він був відомим усім учасникам групи.

У першому випадку до кримінальної відповідальності притягається лише той учасник організованої групи, який безпосередньо вчинив погрозу вбивством; у другому – кожен учасник залежно від виконуваних дій. У будь-якому випадку потрібно встановлювати поінформованість членів організованої групи про злочинну діяльність один одного.

Детальний аналіз чинного КК України дозволив дійти висновку, що лише в ч. 2 ст. 129 КК України законодавець передбачив таку кваліфікуючу ознаку злочину, як його вчинення членом організованої групи. В жодному складі злочину аналогічної норми немає. У зв'язку із цим слід зазначити, що вчинення будь-якого злочину декількома особами значно підвищує його суспільну небезпечність, що й знайшло своє відображення у п. 2 ч. 2 ст. 67 КК України як обставина, що обтяжує покарання (вчинення злочину групою осіб за попередньою змовою). Така кваліфікуюча ознака є у багатьох складах злочинів – п. 12 ч. 2 ст. 115, ч. 2 ст. 127, ч. 2 ст. 185 КК України (умисне вбивство, катування, крадіжка, вчинена групою осіб за попередньою змовою відповідно). Разом із тим деякі склади злочинів мають таку ж кваліфікуючу ознаку, але без попередньої змови, тобто вчинення злочину групою осіб – ч. 2 ст. 121, ч. 4 ст. 296 КК України (тяжке тілесне ушкодження та хуліганство відповідно). Згідно із ч. 1 ст. 28 КК України злочин визнається таким, що вчинений групою осіб, якщо у ньому брали участь декілька (два або більше) виконавців без попередньої змови між собою. Таким чином, існування такої кваліфікуючої ознаки дозволяє кваліфікувати вчинений злочин як і групою осіб за попередньою змовою, так і організованою групою або її членом, лише цю обставину суд повинен врахувати як таку, що обтяжує покарання.

Враховуючи той факт, що тільки чотири особи було засуджено за погрозу вбивством, вчинену членом організованої групи, пропонуємо замінити цю кваліфікуючу ознаку на погрозу вбивством, вчинену групою осіб, що дозволить частіше застосовувати ч. 2 ст. 129 КК України і, відповідно, поліпшить захист особистої безпеки людей від таких посягань.

Крім того, погроза вбивством відноситься до насильницьких злочинів, що вчиняється у більшості випадків за наявності попередніх зв'язків між винним і потерпілим. Дослідження кримінальних справ засвідчило, що траплялися випадки вчинення такого злочину групою осіб, але судами ця обставина не могла вважатися як такою, що обтяжує покарання. Саме тому ч. 2 ст. 129 КК України потребує зміни – члена організованої групи на групу осіб. Вчинення ж погрози вбивством групою осіб за попередньою змовою зобов'язує суд відносити її до обставин, що обтяжують покарання.

Підтвердженням пропонованих змін може бути досвід зарубіжного законодавця. Так, у КК Німеччини § 240 передбачена кримінальна відповідальність за погрозу спричиненням відчутної шкоди відносно вагітної жінки або примушення її до переривання вагітності [6, с. 391].

Висновки

Кваліфікація погрози вбивством, вчиненої членом організованої групи, має свої особливості, які значно ускладнюють застосування ч. 2 ст. 129 КК України на практиці. Врахування законодавцем запропонованих змін до визначення змісту диспозиції цієї норми сприятиме її частішому застосуванню та, відповідно, кращому захисту особистої безпеки особи від таких посягань.

Література

1. *Негодченко О. В.* Основи діяльності органів внутрішніх справ щодо забезпечення прав і свобод людини. – Д., 2005. – 164 с.

2. *Кісілюк Е.* Юридична природа кваліфікуючих ознак складу злочину // Юридична Україна. – 2008. – № 12. – С. 112–116.

3. *Єдиний* державний реєстр судових рішень. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу – http: // www.reyestr.court.gov.ua/pls/apex/f?p=301:2:2997491103573105::NO::P2_DC_ID,P2_DC_HASH:10004184283%2C6263FCC48DC4146CFAE608BB04E391F6.

4. *Науково-практичний* коментар Кримінального кодексу України / В. К. Грищук, О. О. Дудоров, А. М. Ришелюк та ін.; За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. – К., 2009. – 1236 с.

5. *Науково-практичний* коментар Кримінального кодексу України: У 2 т. – Т. 1 / За ред. П. П. Андрушка, В. Г. Гончаренка, Є. В. Фесенка. – К., 2009. – 964 с.

6. *Уголовный* кодекс ФРГ. – М., 2000. – 208 с.

In the article the features of qualification of murder threating are probed, perfect a member organized group and expedience of making alteration is grounded to maintenance of disposition of part 2 article 129 Criminal Code of Ukraine.

В статье исследуются особенности квалификации угрозы убийством, совершенной членом организованной группы, обосновывается целесообразность внесения изменений в содержание диспозиции ч. 2 ст. 129 Уголовного кодекса Украины.

СУБ'ЄКТИВНІ ОЗНАКИ ФІНАНСУВАННЯ ТЕРОРИЗМУ: кримінально-правовий аспект

Олексій Шевченко,
аспірант Національної академії Служби безпеки України

У статті аналізуються суб'єкт і суб'єктивна сторона такого злочинного діяння, як фінансування тероризму.

Ключові слова: тероризм, фінансування, суб'єкт, суб'єктивна сторона.

Входження України як нової, правової, демократичної держави до міжнародного співтовариства є необхідною умовою її успішного розвитку. Разом із тим у державі виникають певні соціально-економічні, політичні й юридичні проблеми. Однією з них є зростання злочинності, поява нових її видів, насамперед, злочинів терористичної спрямованості. Особливої небезпеки набуває зрощування тероризму з таким кримінально караним діянням, як легалізація (відмиванням) доходів, одержаних злочинним шляхом, наркобізнес, контрабанда.

Заслуговує на увагу розвиток зв'язку зрощування тероризму з організованою злочинністю: організована злочинність стимулює тероризм, у той самий час вона часто застосовує методи тероризму [1, с. 104]. Оскільки фінансуванню тероризму як проблемі планетарного масштабу приділялася недостатня увага з боку вітчизняних і закордонних науковців, на нашу думку, дуже важливим є дослідження елементів складу такого злочинного діяння, як фінансування тероризму.

Метою цієї статті є з'ясування суб'єкта та суб'єктивних ознак злочину «фінансування тероризму».

Суб'єктивна сторона складу злочину – це психологічний зміст злочину, його внутрішня (відносно об'єктивної сторони) сторона. Вона нерозривно пов'язана з іншими елементами складу злочину, оскільки у психіці суб'єкта знаходять відображення всі об'єктивні якості злочинного діяння [2, с. 111].

В юридичній літературі суб'єктивна сторона складу злочину визначається як внутрішня сторона злочину, тобто психічна діяльність особи, що відображує ставлення її свідомості та волі до суспільно небезпечного діяння, яке нею вчиняється, і до його наслідків [3, с. 171].

До ознак, які утворюють суб'єктивну сторону складу злочину, віднесені: вина, мотив, мета злочину й емоційний стан. Слід зазначити, що останню ознаку суб'єктивної сторони виділяють не всі вчені. Вина – основна й обов'язкова ознака суб'єктивної сторони будь-якого злочину. Мотив і мета – це факультативні ознаки суб'єктивної сторони злочину. Вони вимагають свого встановлення лише у випадках, коли про це прямо зазначено у законі (в диспозиції статті Особливої частини Кримінального кодексу (далі – КК) України) або коли вони однозначно випливають із змісту злочину [2, с. 112].

Слід зазначити, що у деяких випадках кримінальний закон вказує на особливий емоційний стан як ознаку суб'єктивної сторони. Так, відповідно до статей 116 (Умисне вбивство, вчинене в стані сильного душевного хвилювання), 123 (Умисне тяжке тілесне ушкодження, заподіяне у стані сильного душевного хвилювання) КК України такий емоційний стан, як сильне душевне хвилювання, входить до змісту суб'єктивної сторони складу цих злочинів [4, с. 287–303].

Основною й обов'язковою ознакою суб'єктивної сторони складу злочину є вина, яка як невід'ємний елемент суб'єктивної сторони злочину й обов'язкова ознака складу злочину нерозривно зв'язана з об'єктом та об'єктивною стороною. Вона найбільше акумулює в собі ознаки об'єкта й об'єктивної сторони, як в дзеркалі відображає те, як ці ознаки проходять крізь призму свідомості та волі злочинця [2, с. 128]. Згідно із ст. 23 КК України винною є психічне ставлення особи до вчинюваної дії чи бездіяльності, передбаченої цим Кодексом, та її наслідків, виражене у формі умислу чи необережності.

Розгляд суб'єктивної сторони фінансування тероризму доцільно починати з аналізу суб'єктивної сторони тероризму. Так, В. Ліпкан вважає, що з суб'єктивної сторони (з урахуванням формального складу злочину) тероризм вчиняється лише з прямим умислом. Особа усвідомлює суспільну небезпечність вчинюваних нею дій, бажає, щоб її дії стали відомі невизначеному колу осіб, залякали населення, створили загальний стан пригніченості та пригнобленості, досягли кінцевої мети – виконання чи невико-

© О. Шевченко, 2010

нання вимог злочинців. Що стосується інших додаткових об'єктів, на які посягає тероризм, то тут форма вини може бути як умисною, так і необережною [5, с. 68].

Інший дослідник тероризму С. Мохончук представляє суб'єктивну сторону тероризму таким чином: «дане посягання може здійснюватись тільки з прямим умислом. Зміст його інтелектуального та вольового моментів з огляду на те, що суспільно небезпечні наслідки тероризму лежать за межами складу злочину, визначається ставленням винного до самого суспільно небезпечного діяння. Зміст умислу характеризується сукупністю тих об'єктивних ознак тероризму, які відбиваються у свідомості винного і мають значення для кваліфікації вчиненого. Інтелектуальний момент умислу при тероризмі включає в себе усвідомлення об'єкта злочину, характеру дій, а також суспільної небезпеки та протиправності тероризму. Вольовий момент полягає, перш за все, у бажанні вчинити вибух, підпал чи інші загальнонебезпечні діяння» [6, с. 10]. Разом із тим С. Мохончук, розглядаючи цілі тероризму, робить висновок, що вони є обов'язковими ознаками суб'єктивної сторони. Зокрема, він стверджує, що з позиції послідовності «розглядаються найближчі, проміжні та кінцеві цілі тероризму. Але тільки останні є обов'язковими для їх встановлення при скоєнні тероризму. Вони дозволяють дати відповідь на питання, чому винний скоює вибухи, підпали. Вони також обумовлюють постановку та реалізацію найближчих цілей тероризму, а звідси визначають умисел цього злочину та доводять його наявність. Складність суб'єктивної сторони свідчить про наявність декількох цілей тероризму, які є його обов'язковими ознаками. Це, по-перше, залякування населення та, по-друге, здійснення впливу на прийняття рішень чи відмови від них органами державної влади, місцевого самоврядування, міжнародної організації, фізичної чи юридичної особи» [6, с. 11].

З огляду на той факт, що принцип суб'єктивного ставлення є одним з основоположних принципів кримінального законодавства, то вину вчинення необхідно встановити, що особа, маючи на меті фінансування терористичної діяльності, чітко усвідомлювала терористичну спрямованість даних дій і бажала цю спрямованість реалізувати у відповідному результаті. При цьому особливість терористичних діянь полягає в спрямованості дій на залякування населення задля досягнення мети, впливу на прийняття вигідного для терористів рішення.

«Фінансування тероризму, зазначає Л. Новікова, – за своєю суттю і є нічим іншим як співучастю у підготовці злочину терористичної спрямованості. Саме так воно і кваліфікується відповідно до чинного КК України, якщо це не фінансування тих дій, котрі вказані у статтях 258^3 і 258^4 КК, і котрі, у свою чергу, за суттю теж є одним з різновидів готування до злочинів терористичної спрямованості». Для того, щоб особі поставити за вину фінансування тих терористичних дій, які охоплюються ознаками ст. 258^3 КК, необхідно встановити, що особа цілком усвідомлювала не лише суспільну небезпечність і незаконність надання або збирання коштів для підтримки терористичного формування, а й суспільну небезпечність самого існування такого формування, а також тих дій, які може вчинити це формування. А щоб особі поставити за вину фінансування терористичних дій, які не охоплюються ст. 258^3 КК, необхідно відповідно до чинного КК України встановити не лише терористичний характер злочину, що фінансується, а й те, на фінансування якого саме злочину, передбаченого якою саме статтею КК був спрямований умисел винної особи. В іншому випадку взагалі неможливо притягти особу, яка фактично фінансує терористичну діяльність, до кримінальної відповідальності за вчинене, тим більше тоді, коли її дії припинені на стадії збирання коштів для підтримки терористичної діяльності, але особа ще сама не визначилась, який саме злочин терористичної спрямованості вона бажає фінансувати [7, с. 142].

Аналіз положень Конвенції про боротьбу з фінансуванням тероризму свідчить, що змістом суб'єктивної сторони фінансування тероризму є ставлення особи не лише до самого факту надання коштів або їх збирання, а й до їх використання з метою здійснення злочинів терористичної спрямованості. Адже, пункти 1 і 3 ст. 2 Конвенції проголошують [8]:

будь-яка особа чинить злочин за змістом цієї Конвенції, якщо вона будь-якими методами, прямо чи опосередковано, незаконно й умисно надає кошти або здійснює їх збір з наміром, щоб вони використовувались, або при усвідомленні того, що вони будуть використані, повністю чи частково, для вчинення:

a) будь-якого діяння, яке є злочином відповідно до сфери застосування одного з договорів, перелічених у додатку, та до визначення, що міститься в ньому;

b) будь-якого іншого діяння, спрямованого на те, щоб викликати смерть будь-якої цивільної особи або будь-якої іншої особи, яка не бере активної участі у воєнних діях у ситуації збройного конфлікту, або заподіяти їй тяжке тілесне ушкодження, коли мета такого діяння в силу його характеру чи контексту полягає в тому, щоб залякати населення чи змусити уряд або міжнародну організацію вчинити будь-яку дію або утриматися від неї;

щоб будь-яке діяння становило злочин, зазначений у п. 1, не обов'язково, щоб кошти фактично використовувалися для скоєння злочину, згаданого у підпунктах «a» або «b» п. 1.

Іншими словами, зміст суб'єктивної сторони фінансування тероризму лежить у площині ставлення особи не тільки до самого діяння, а й до настання багатьох наслідків від фінансування терористичної діяльності у вигляді реального завдання шкоди або реальної небезпеки її спричинення:

- настання реальної небезпеки для суспільства від самого факту фінансування терористів і терористичних формувань, постійно готових до вчинення терористичних діянь;
- настання таких наслідків, як вчинення злочинів терористичної спрямованості;
- виникнення в суспільстві стану страху;
- настання наслідків у вигляді невинних жертв і значних руйнувань, що впливатиме на прийняття вигідного для терористів рішення.

З огляду на викладене, на нашу думку, можна стверджувати, що особа, яка здійснює фінансування тероризму, цілком усвідомлює незаконний характер надання коштів або їх збирання, а також те, що ці засоби (активи) використовуватимуться для вчинення злочинів терористичної спрямованості; усвідомлює, що такого роду злочини ведуть до залякування населення, що будуть невинні жертви та значні руйнування, які не мають прямого відношення до суті основного конфлікту; усвідомлює, що таким чином може бути досягнута мета впливу на прийняття вигідного для терористів рішення.

Таким чином, аналіз джерел, використаних для дослідження суб'єктивної сторони фінансування тероризму, підтверджує думку Л. Новікової: «при вчиненні фінансування тероризму власне надання коштів або збирання їх з метою надання може бути лише з прямим умислом, тоді як по відношенню до наслідків умисел може бути як прямим, так і непрямим. Тобто фінансування тероризму може бути здійснене лише умисно, а необережність як форма вини тут виключається» [7].

Що стосується факультативних ознак суб'єктивної сторони фінансування тероризму (мотиву та мети), на нашу думку, мотиви фінансування тероризму як різновиду терористичної діяльності тісно пов'язані і перетинаються з мотивами терористичної діяльності взагалі, а основною метою фінансування тероризму є сприяння терористичній діяльності.

Суб'єкт злочину в кримінальному законодавстві – це один із обов'язкових елементів складу злочину. У кримінально-правовій теорії суб'єктом злочину визнається особа, яка володіє сукупністю ознак, що дають підстави для її притягнення до кримінальної відповідальності. Зазначимо, що КК 1960 р. не передбачав законодавчого визначення цього елемента складу злочину. КК України 2001 р. не лише визначив поняття «суб'єкт злочину», а й передбачив у Загальній частині окремий розділ IV, в якому врегульовані всі основні питання щодо цього поняття, а саме розуміння сутності суб'єкта злочину (ст. 18); осудності (ст. 19); обмеженої осудності (ст. 20); особливості кримінальної відповідальності за злочини, вчинені в стані сп'яніння (ст. 21); віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність (ст. 22).

Відповідно до ч. 1 ст. 18 КК України, суб'єктом злочину є фізична осудна особа, яка вчинила злочин у віці, з якого відповідно до цього Кодексу може наставати кримінальна відповідальність. Це законодавче визначення дає можливість виділити три обов'язкові групи ознак, що характеризують суб'єкт злочину. Він (суб'єкт) повинен бути: фізичною особою; осудним; досягти віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність [4, с. 46–52].

Що стосується такої ознаки суб'єкта злочину, як фізична особа, то слід зазначити, що під час обговорення проекту нового КК висловлювалися пропозиції передбачити в кримінальному законі відповідальність не тільки фізичних, а й юридичних осіб. Однак закріплення в законі положення про кримінальну відповідальність тільки фізичної особи як ознаки суб'єкта свідчить про збереження в КК України 2001 р. принципу особистої, персональної відповідальності за вчинений злочин [9, с. 114]. Таким чином, у разі вчинення окремими представниками юридичних осіб злочину, відповідальність несуть не юридичні особи, а певні фізичні особи, навіть якщо під час вчинення злочину вони діяли від імені юридичної особи чи в її інтересах [9, с. 101].

Фізична особа у кримінально-правовому значенні – це людина. Відповідно до чинного КК України суб'єктами злочину можуть бути: громадяни України; особи без громадянства; іноземці, які не володіють дипломатичним імунітетом. Питання про кримінальну відповідальність дипломатів і деяких інших категорій осіб, які не підлягають юрисдикції українського суду, вирішується дипломатичним шляхом [4, с. 16–22].

Слід констатувати, що вирішення питання визначення суб'єкта фінансування тероризму лежить в площині проблематики суб'єкта не лише злочину, а й тероризму та має вагоме теоретичне і практичне значення. Тому актуальним є визначення суб'єкта тероризму. Зокрема, В. Ліпкан вважає, що суб'єктом вказаного злочину повинна бути фізична, осудна особа, яка на момент його вчинення досягла 14 років. Обрання заниженого віку кримінальної відповідальності, на його думку, зумовлювалося результатами отриманих даних, унаслідок проведення ретельного аналізу практики вчинення актів тероризму [5, с. 86].

Ми поділяємо точку зору С. Мохончука, який вважає, що у 14-річному віці особа не

може усвідомлювати суспільну небезпеку, а також протиправність тероризму у зв'язку із складністю об'єктивної сторони і цілей тероризму, тому суб'єктом слід визнавати фізичну, осудну особу 16-річного віку [6, с. 11].

Висловлюється також думка, що суб'єктами тероризму можуть виступати релігійні екстремісти, наркокартелі та транснаціональні корпорації, злочинні групи, що ведуть боротьбу за перерозподіл фінансових світових ринків тощо [10, с. 168]. Заслуговує на увагу й питання про кримінальну відповідальність за фінансування тероризму юридичних осіб і держав, на якій наголошує ст. 5 Міжнародної конвенції про боротьбу з тероризмом [8].

Закордонний досвід свідчить, що на сучасному етапі притягнення до кримінальної відповідальності юридичних осіб, покарання, що застосовуються до них, нічим не відрізняються від аналогічних санкцій адміністративного, фінансового чи цивільно-правового характеру, тому немає жодної необхідності перевантажувати кримінальне законодавство якимись новими видами суб'єктів кримінальної відповідальності, а види відповідальності юридичних осіб – кримінальною відповідальністю. Юридична особа може нести відповідальність за злочини фізичних осіб, які входять до її складу, проте ця відповідальність не кримінальна, а інша – матеріальна, адміністративна, моральна тощо [7, с. 152].

На нашу думку, у випадках, коли сприяння терористичній діяльності здійснюють представники державної влади, суб'єктами злочину можуть бути лише фізичні особи. Такої точки зору дотримується і М. Семикін: «Держава може виступати суб'єктом відповідальності за вчинені цими особами злочини, але відповідальності не кримінально-правової, а міжнародно-правової» [11, с. 134].

Висновки

Фінансування тероризму може втілюватися в життя безпосередньо фізичними особами, а також за допомогою діяльності юридичних осіб і державних інституцій. У цих випадках кримінальній відповідальності підлягає лише фізична особа; юридична особа несе адміністративну, матеріальну, моральну відповідальність, а держава – міжнародно-правову відповідальність.

Суб'єктом фінансування тероризму може бути тільки фізична осудна особа, якій до вчинення злочину виповнилося 16 років, тобто загальний суб'єкт.

При вчиненні фінансування тероризму власне надання коштів або збирання їх з метою надання може бути лише з прямим умислом, а по відношенню до наслідків умисел може бути як прямим, так і непрямим, тобто фінансування тероризму може бути здійснене лише умисно, а необережність як форма вини тут виключається.

Література

1. *Литвиненко В. І., Бова А. А.* Тероризм та організована злочинність (аналітичний огляд) // Тероризм і боротьба з ним: аналітичні розробки, пропозиції наукових та практичних працівників. – К., 2000. – Т. 19.

2. *Кримінальне* право України: Загальна частина / Ю. В. Александров, В. І. Антипов, М. В. Володько та ін. – К., 2004. – 352 с.

3. *Уголовное* право Украины: Общая часть / М. И. Бажанов, Ю. В. Баулин, В. И. Борисов и др.; Под ред. М. И. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тация. – К., 2003. – 512 с.

4. *Науково-практичний* коментар до кримінального кодексу України / За ред. П. П. Андрушка, В. Г. Гончаренка, Є. В. Фесенка. – К., 2008. – 1428 с.

5. *Ліпкан В. А., Никифорчук Д. Й., Руденко М. М.* Боротьба з тероризмом. – К., 2002. – 254 с.

6. *Мохончук С. М.* Кримінальна відповідальність за тероризм: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2000. – 16 с.

7. *Новікова Л. В.* Кримінальна відповідальність за фінансування тероризму. – Х., 2006. – 199 с.

8. *Международная* конвенция о борьбе с финансированием терроризма: Принята резолюцией 54/109 Генеральной Ассамблеи ООН от 9 декабря 1999 года [электронный ресурс] // сайт ООН – 2005. – 10 сентября. – Режим доступа:http://www.un.org/russian/dokumen/gadocs/54sess.

9. *Кримінальне* право України: Загальна частина / За ред. М. І. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – Х., 1999. – Кн. 1. – 350 с.

10. *Звіт* про науково-дослідну роботу «Розробка нормативно-правових та організаційних основ протидії тероризму («пошук-3»). – Х., 2009. – Кн. 1. – 223 с.

11. *Семикін М. В.* Створення терористичної групи чи терористичної організації: кримінально-правове дослідження / За ред. В. П. Ємельянова. – Х., 2003. – 145 с.

This article details subject and subjective side of such crime as financing of terrorism.

В статье анализируются субъект и субъективная сторона такого преступного деяния, как финансирование терроризма.

ЩОДО ПРОБЛЕМ ФОРМУВАННЯ ДІЄВОЇ ПРОГРАМИ ДЕТІНІЗАЦІЇ ВІДНОСИН У СФЕРІ ТУРИСТИЧНОГО БІЗНЕСУ УКРАЇНИ

Ірина Нестерова,
викладач
Закарпатського державного університету

У статті розглядаються проблеми тіньової економіки у сфері туристичного бізнесу України, основні чинники виникнення цього феномена.

Ключові слова: тіньова економіка, детінізація, туристичний бізнес, дієва програма боротьби, злочинність.

Сфера туризму – вагома складова соціально-економічної стратегії держави, спрямованої на формування освітнього та культурного рівня життя населення [1]. Прийняття Закону України «Про туризм», в якому зазначається, що держава проголошує туризм одним із пріоритетних напрямів розвитку економіки та культури, запровадження нових правил для ведення туристичної діяльності підняли туристичний бізнес в Україні на значно вищий рівень. Разом із тим ця галузь вимагає вдосконалення законодавства для створення умов подальшого існування галузі, залучення закордонних інвестицій, що матиме найкращі наслідки для економіки країни, для подолання негативних явищ, які заважають її розвитку. Основною проблемою, що стримує розвиток цієї галузі, – тіньова економіка.

Поширення в Україні такого соціально-економічного явища, як тіньова економіка, а також обсяги продукції та фінансових ресурсів, що обертаються у цій сфері, є суттєвою перешкодою для забезпечення сталого розвитку економіки, у тому числі туристичної сфери. За підрахунками економістів, до державної казни України через несплату податків не надходило до 60 % обсягів прибутків, отриманих підприємствами, організаціями та фірмами [2, с. 90].

Серед вітчизняних учених, які займалися вивченням цього процесу та внесли вагомий внесок в осмислення питань формування і розвитку тіньової економіки в Україні, слід згадати Р. Базилюка, О. Барановського, З. Варналія, Я. Жаліло, С. Коваленка, В. Мандибуру, В. Поповича, О. Пасхавера, О. Турчинова та ін. Їм належать розробки важливих аспектів цієї складної проблеми (визначення причин і масштабів поширення тіньової економіки, закономірностей її розвитку та форм прояву, характеристика сутності та структуризація видів зловживань, можливостей їх здійснення в умовах чинної нормативно-правової бази). Разом із тим проблема тіньових відносин у сфері туристичного бізнесу України недостатньо розроблена та вивчена.

У сфері туристичної діяльності до проявів тіньової економіки ми відносимо тіньовий капіталооборот, фінансові операції, спрямовані на ухилення від оподаткування (діяльність без отримання ліцензій, неофіційне надання приміщень у користування туристів, інші послуги), корупцію, підставні турфірми українських резидентів за кордоном, псевдобанкрутство, хабарництво, тіньову зайнятість. Для формування дієвої боротьби з цими проявами необхідно виявити основні чинники, що впливають на поширення згаданих негативних тенденцій, оцінити, проаналізувати способи їх мінімізації. Серед них заслуговують на увагу:

- економічна криза, політична нестабільність у державі, що зумовлює неповноцінність ринкового середовища; учасники економічних відносин змушені самостійно розбудовувати механізми взаємної співпраці;
- недосконаліть податкової системи. Чинна податкова система фактично зосереджена на максимальному залученні надходжень до бюджету. Надмірний податковий тиск призводить до того, що прагнення держави легалізувати тіньові капітали та залучити їх у реальну економіку виявляються неефективними;
- незбалансованість і непослідовність державної політики, що регулює цю сферу. Хронічними недоліками законодавства залишаються надмірна множинність нормативних актів, неузгодженість їх між собою, не завжди виправдані зміни, значні прогалини у регулюванні тих чи інших господарських відносин. Бюрократична тяганина у прийнятті рішень місцевими та центральними органами виконавчої влади, нечітка визначеність прав і взаємних обов'язків держави та суб'єктів туристичної діяльності відштовхують учасників ринкових відносин від контактів з державними органами, закріплюють їх прагнення до нелегальної діяльності;

© І. Нестерова, 2010

• недосконаліть бюджетної політики, що виявляється у відсутності належного контролю за виконанням видаткової частини держбюджету у сфері фінансування туристичних послуг, його недостатня прозорість, численні випадки зловживань державними коштами;

• деформація структури зайнятості сфери туризму. У тіньовому секторі відсутні гарантії працевлаштування, оплати праці та соціального страхування, безпеки праці, створюються додаткові умови для втягування значної частини населення у кримінальні відносини;

• недосконаліть судової влади. Особливо важливою в цьому контексті є неефективність механізму виконання судових рішень. В останні роки посилилася тенденція до протиправного використання механізмів судових рішень для перерозподілу надання туристичних послуг (скасування ліцензії, закриття туристичної фірми тощо);

• корупція.

Аналіз чинників, що зумовлюють виникнення та поширення тіньової економіки в туристичній сфері, погляди науковців на вивчення цього явища та протидію ним, свідчить, що справа не тільки у запровадженні нових стратегій детінізації економіки, а й у створенні сприятливих умов для легальної економічної діяльності на основі максимального врахування конструктивних інтересів суб'єктів туристичної діяльності, які працюють у тіньовій сфері, вдосконаленні законодавства, що регулює цю галузь. *Детінізація економіки* – це цілісна система заходів, спрямована, передусім, на викорінення причин, передумов виникнення тіньової економіки [3, с. 446].

Детінізація туристичної галузі має важливе значення для створення сприятливих умов для залучення тіньових капіталів до легальної сфери туристичних послуг. Слід зазначити, що детінізація економіки, у тому числі сфери туризму, входить до стратегічних засад державної політики України. Системна робота протидії тіньовим проявам у туристичному бізнесі регулюється Указом Президента України «Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 25 січня 2001 року «Про заходи щодо детінізації економіки» від 20.03.2001 р., Державною програмою розвитку туризму на 2002–2010 роки, затвердженою постановою Кабінету Міністрів України від 29.04.2002 р., та іншими актами.

Напрями детінізації відносин у сфері туристичного бізнесу в Україні повинні бути спрямовані на усунення виявлених основних аспектів тінізації. Пріоритетними першочерговими заходами в стратегії легалізації відносин у сфері туризму, на нашу думку, є:

• посилення контролю за обсягами діяльності суб'єктів туристичної діяльності; звільнення від відповідальності суб'єктів господарювання за хабарництво у попередні періоди в разі викриття з їх допомогою фактів хабарництва державних службовців, запровадження майнової люстрації доходів і видатків чиновників;

• посилення репресивних заходів за корупцію, вчинення корупційних дій чи хабарництво представниками місцевої влади й органів державного управління при здійсненні ліцензування та інших дозвільних процедур. Одним із найбільш очевидних засобів зниження рівня тіньової економіки є ефективне використання сили закону. Проте на даний час покарання за вияви корупційних діянь, на нашу думку, є незначним. Згідно із Законом України «Про боротьбу з корупцією» від 05.10.1995 р. № 356/95-ВР, вчинення корупційних діянь тягне за собою адміністративну відповідальність у вигляді штрафу від п'ятдесяти до ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Крім того, назріла необхідність прийняття закону України про легалізацію тіньових коштів, отриманих некримінальним шляхом, з метою запровадження на певний період політики амністії по відношенню до тіньового капіталу не кримінального походження через відкриття йому шляхів для легального інвестування [3], у тому числі в туристичний бізнес. Слід зазначити, що Закон України «Про внесення змін до Закону «Про туризм» від 18.11.2003 р. суттєво обновив та узагальнив понятійний апарат і фактично встановив нові правила надання послуг у сфері туризму. У зв'язку з прийняттям цього Закону зменшилася кількість ліцензованих турфірм; практично залишилися тільки ті, що насправді займаються туризмом і очікують прибутку від своєї діяльності. Так, із 3 тис. фірм, які до прийняття Закону офіційно займалися діяльністю туроператорів, тільки 2,5 тис. надавали звіт про свою діяльність. Із них 100 фірм сплачувало 87 % податків у бюджет, а із цих 100 – 10 підприємств сплачувало 70 % податків [4]. Таким чином, можна сказати, що прийняття цього Закону значною мірою допомогло процесу детінізації цієї галузі;

• удосконалення системи оподаткування та зниження рівня оподаткування фізичних осіб;

• запровадження податкових стимулів до нагромадження й інвестування коштів юридичними та фізичними особами, які пропонується надавати за фактичними результатами діяльності;

• адміністративне усунення факторів, що стримують конкуренцію у сфері виробництва та надання туристичних послуг, спрощення погоджувальних і дозвільних процедур при здійсненні туристичної діяльності. З метою підвищення заінтересованості працівників у переході в офіційну економічну діяльність необхідно зменшити кількість процедур для отримання ліцензій, дозволів, а також вжити для їх спрощення таких заходів,

як посилення контролю та відповідальності посадових осіб дозвільних органів, створення органу з контролю та моніторингу дозвільної системи, запровадження відповідальності державних службовців за незаконні дії чи бездіяльність, які завдали збитків суб'єкту туристичної діяльності. Так, власник готелю «Шепіт Карпат», що на Закарпатті, депутат Міжгірської райради В. Рябець із Пилипця переконує, що найбільшою бідою сучасного туристичного бізнесу є не світова фінансова криза, і вітчизняна корумпована бюрократія. Збудувати й облаштувати об'єкт сьогодні легше і простіше, ніж ввести його в експлуатацію. Він наводить такі приклади: аби «ви́ходити» дозвіл тільки від енергетиків треба кілька разів побувати в їх конторі, розташованій за 100 км, у Хусті; експертиза технічної документації вже збудованих очисних споруд більш як 6 місяців триває у Києві, а коли будуть висновки – невідомо [5];

• залучення до реалізації стратегії легалізації представників міжнародних організацій, спеціалізованих на протидії нелегальному господарюванню, та громадянського суспільства.

Всеукраїнська федерація роботодавців у сфері туризму передала до Мінекономіки перелік невідкладних заходів з детінізації сфери туризму та курортів. Розроблений експертами перелік заходів передбачає запровадження системних дій, спрямованих на стимулювання легальної діяльності у сфері туризму, курортів і готельного господарства.

Заслуговує на увагу така неприродна ситуація, коли тільки в курортних зонах Одеси на 1 млн відпочивальників на офіційно зареєстрованих підприємствах припадає 4 млн так званих неорганізованих курортників, що залишають гроші за свій відпочинок приватникам, які нелегально надають послуги з розміщення. Ми маємо абсолютно викривлену ситуацію, коли юридичні особи, пройшовши сертифікацію, ліцензування, сплачуючи податки державі, дотують тіньову економіку за свій рахунок, утримуючи всю інфраструктуру.

Із метою протидії тіньовому сектору у сфері туристичних послуг було б доцільно створити спеціальні підрозділи туристичної міліції в усіх регіонах України, які б виконували функцію організації боротьби з «тіньовим ринком» у цій сфері. Туристичні «силовики» мали б відстежувати поселення туристів у помешканнях приватників, які працюють без спеціального дозволу. Створення спецпідрозділу допомогло б раніше виявляти порушників, швидше притягати їх до відповідальності. Такі структури могли б ділитися інформацією з податковими органами (насамперед, про необліковані доходи), міграційними службами (про нелегалів під виглядом туристів) та владою (про аварійний та архітектурний фонди). Але каральні дії, якщо вони не підкріплені комплексними заходами щодо створення сприятливого економічного середовища та поширення правової культури, не є ефективними.

Зниження рівня тінізації економіки нерозривно пов'язане із стійким економічним зростанням. Заходи щодо легалізації тіньового капіталу мають супроводжуватися комплексом жорстких інструментів подолання передумов корупції, запобіганням подальшому розвитку тіньового сектора, які мають впроваджуватися синхронно із стимулами легалізації.

Проведений аналіз дозволяє зробити **висновок,** що значна тінізація туризму, недостатність державних зусиль щодо її подолання призводять до формування негативного іміджу українського туризму у світі, стримують надходження в країну іноземних інвестицій, не сприяють налагодженню відносин українських туристичних підприємств із зарубіжними партнерами, стримують євроінтеграційні зусилля України. Все це об'єктивно зумовлює необхідність здійснення активних дій щодо детінізації відносин у сфері туристичного бізнесу. Реалізація заходів стратегії детінізації туристичної галузі забезпечить створення сприятливих умов для розвитку сфери туризму, сприятиме посиленню позитивного іміджу України на міжнародному туристичному ринку.

Література

1. *Охріменко О. О.* Соціальні аспекти безпеки сфери туризму в умовах глобалізації. – http:// www.niisp.gov.ua/vydanna/panorama/.

2. *Гега П.* Тіньова економіка: її витоки та вплив на криміногенну ситуацію в Україні // Прокуратура. Людина. Держава. – 2005. – № 2.

3. *Тіньова* економіка: сутність, особливості та шляхи легалізації / За ред. З. С. Варналія. – К., 2006. – 576 с.

4. *Кабмін* виводить туристичний бізнес з «тіні». – http://www.ukrbusiness.com.ua.

5. *На Верховині* «жнивують» у січневу студінь. – http://www.ua-reporter.com/novosti.

The article is devoted to the tourist business sphere in Ukraine as one of most priority world industries and such phenomena as «shadowing» in it.

В статье рассматриваются проблемы теневой экономики в сфере туристического бизнеса Украины, основные причины возникновения этого феномена.

ВОПРОСЫ ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ПРИМЕНЕНИЯ ОСВОБОЖДЕНИЯ ОТ УГОЛОВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ В СВЯЗИ С МАЛОЗНАЧИТЕЛЬНОСТЬЮ ДЕЯНИЯ

Виктор Педан,
старший преподаватель кафедры уголовного и административного права Бердянского университета менеджмента и бизнеса,
Юрий Фролов,
канд. юрид. наук, доцент, адвокат, г. Бердянск

В статье исследуется уголовно-правовое значение понятия малозначительности деяния, а также отдельные вопросы его процессуального применения при разрешении вопроса об освобождении от уголовной ответственности.

Ключевые слова: незначительность, состав преступления, объективные и субъективные признаки, уголовная ответственность, наказание, общественная опасность, производство по делу.

Определение понятия «малозначительность деяния» в науке уголовного права является непосредственной реализацией принципов гуманизма и справедливости, одним из положений которых есть учет степени общественной опасности совершенного деяния при разрешении вопроса о привлечении лица к уголовной ответственности.

Проблема малозначительности деяния в современной науке уголовного права и процесса получила достаточно широкое освещение в работах таких ученых, как Л. Кривоченко, П. Матышевский, А. Дудоров, В. Маляренко, Ю. Аленина и др. В советской уголовно-правовой науке данная категория была предметом исследования таких ученых, как А. Трайнин, В. Курляндский, М. Бажанов и др.

Однако на сегодняшний день понятие «малозначительность деяния», по нашему мнению, не нашло достаточно всестороннего отражения в теории уголовного процесса, что несомненно проявляется и в отсутствии объективного подхода к применению данного положения в процессуальной деятельности органов дознания, досудебного следствия и суда при разрешении вопроса об освобождении лица от уголовной ответственности.

Целью настоящей статьи является исследование уголовно-правового значения понятия «малозначительность деяния», а также процессуального применения данного института в уголовном судопроизводстве и внесение предложений по совершенствованию ст. 6 Уголовно-процессуального кодекса (далее – УПК) Украины.

Законодательное определение понятия «малозначительность деяния» содержится в ч. 2 ст. 11 Уголовного кодекса (далее – УК) Украины, в которой указано, что «не является преступлением действие или бездействие, которое хотя формально и содержит признаки какого-либо деяния, предусмотренного настоящим Кодексом, но в силу малозначительности не представляет большой общественной опасности, то есть не причинило и не могло причинить существенного вреда физическому или юридическому лицу, обществу или государству». Согласно данному определению, *первым* обязательным условием применения малозначительности является наличие в совершенном деянии формально признаков деяния, предусмотренного УК; *вторым* условием является то, что деяние не причиняет существенного вреда охраняемым законом общественным отношениям; *третьим* – деяние субъективно не должно быть направлено на причинение значительного, существенного вреда [1, с. 71–72].

УК Украины закрепляет положение о том, что единственным основанием уголовной ответственности является совершение лицом общественно опасного деяния, содержащего состав преступления, предусмотренного настоящим Кодексом (ст. 2). Лицо считается невиновным в совершении преступления и не может быть подвергнуто уголовному наказанию, пока его вина не будет доказана в законном порядке и установлена обвинительным приговором суда. Таким образом, в качестве основания уголовной ответственности выступает наличие в действиях лица объективных и субъективных признаков, образующих в своей совокупности состав преступления. Наличие в действиях лица состава преступления является основанием для применения к нему уголовно-правовой санкции.

© В. Педан, Ю. Фролов, 2010

Из общей теории уголовного права известно, что одним из признаков преступления является общественная опасность как объективное свойство преступления причинять или создавать угрозу причинения вреда объектам уголовно-правовой охраны [2, с. 21]. По мнению Л. Кривоченко, критерием оценки общественной опасности, ее степени выступают объективные и субъективные признаки преступления. Только оценка всей их совокупности может раскрыть объективную, реальную опасность преступления – его тяжесть. Значение общественной опасности, как материального признака преступления состоит в том, что она, *во-первых,* является основным объективным критерием признания деяния преступлением, его криминализации; *во-вторых,* позволяет дать классификацию преступлений по степени тяжести; *в-третьих,* определяет границу между преступлением и иными правонарушениями; *в-четвертых,* является одним из центральных положений индивидуализации уголовной ответственности и наказания [1, с. 68]. А. Трайнин считал, что «наличие лишь одной совокупности объективных и субъективных элементов само по себе не образует состава преступления. Состав преступления будет лишь в том случае, когда названная совокупность определяет собой общественно опасное деяние» [3, с. 319]. Иными словами, отсутствие общественной опасности, как одного из основных признаков преступления, указывает на отсутствие так называемой материальной оценки преступления и, таким образом, исключает уголовную ответственность вообще. На этом положении и основывается понятие «малозначительность» в отечественном уголовном праве.

В комментарии к ч. 2 ст. 11 УК П. Матышевский указывает, что «если в деянии установлены признаки, указанные в ч. 2 ст. 11 УК, дело подлежит прекращению в связи с отсутствием состава преступления» [2, с. 22]. Данное обстоятельство определено в п. 2 ч. 1 ст. 6 УПК Украины, из которого следует, что «уголовное дело не может быть возбуждено, а возбужденное подлежит прекращению за отсутствием в деянии состава преступления».

Высказанное утверждение не согласуется с положениями ч. 2 ст. 11 УК, где указано, что деяние в случае признания его мало-значительным должно содержать признаки преступления, т. е. в его действиях формально должны усматриваться все обязательные признаки конкретного состава преступления, но вместе с тем должны отсутствовать его материальные признаки. В таком случае необходимо четко разграничить грань, отличающую малозначительность от некоторых видов исключения уголовного преследования, в частности, прекращения уголовного дела либо отказа в возбуждении уголовного дела за отсутствием в деянии состава преступления.

Рассматривая вопросы исключения уголовного преследования, мы усматриваем различия в правовых основаниях для этого прекращения, предусмотренные ч. 2 ст. 11 УК и п. 2 ч. 1 ст. 6 УПК Украины. Так, если согласно ч. 2 ст. 11 УК уголовное дело не подлежит возбуждению, а возбужденное подлежит прекращению в случае, если по делу доказана вся совокупность обязательных признаков всех элементов состава данного преступления, то в соответствии с п. 2 ч. 1 ст. 6 УПК лицо не подлежит уголовному преследованию, если в его действиях отсутствует хотя бы один обязательный признак любого из элементов состава преступления, что в конечном итоге указывает на отсутствие состава конкретного преступления вообще. По мнению А. Трайнина, «в обоих случаях уголовная ответственность исключается на одном и том же правовом основании – в обоих случаях нет состава преступления, но фактические основания этого прекращения различны» [3, с. 320].

Мы считаем целесообразным рассмотреть понятие «освобождение от уголовной ответственности в связи с изменением обстановки». Так, ст. 48 УК содержит определение о том, что «лицо, впервые совершившее преступление небольшой или средней тяжести, может быть освобождено от уголовной ответственности, если будет признано, что ко времени расследования или рассмотрения дела в суде вследствие изменения обстановки совершенное им деяние утратило общественную опасность или это лицо перестало быть общественно опасным. Процессуальный порядок этого вида освобождения от уголовной ответственности регламентирован ст. 7 УПК, согласно которой «суд вправе освободить подсудимого от уголовной ответственности, если будет признано, что ко времени рассмотрения дела в суде вследствие изменения обстановки совершенное деяние утратило общественную опасность или это лицо перестало быть общественно опасным.

Рассматривая данные положения применительно к малозначительности деяния, мы видим между ними существенные различия как материального, так и процессуального характера. Законодатель, указывая на освобождение лица от уголовной ответственности на основании ст. 7 УПК, подразумевает действие, которое содержит состав преступления. Однако, для освобождения лица от уголовной ответственности по данной статье законом установлено ряд условий, предусмотренных ст. 48 УК: совершение преступления лицом впервые; совершенное преступление должно быть небольшой или средней тяжести; при условии, что ко времени расследования или рассмотрения дела в суде вследствие изменения обстановки совершенное лицом деяние утратило общественную опасность или это лицо перестало быть общест-

венно опасным; процессуальные условия, установленные в ч. 2 и ч. 3 ст. 7^1 УПК.

Под утратой лицом общественной опасности подразумеваются такие объективные обстоятельства, когда оно как по своей воле, так и помимо нее попадает в другие условия жизни или деятельности, что исключает его общественную опасность.

При отсутствии этих условий невозможно вести речь о данном основании освобождения от уголовной ответственности. Напротив, освобождение от уголовной ответственности на основании ч. 2 ст. 11 УК Украины не предусматривает перечисленных условий. Заслуживает внимания мнение, согласно которому разграничение прекращения уголовного дела в связи с изменением обстановки и прекращения уголовного дела в связи с отсутствием состава преступления по его малозначительности следует проводить по временному признаку: отсутствие в деянии состава преступления в связи с его малозначительностью подразумевает отсутствие общественной опасности деяния на момент его совершения, а общественная опасность деяния в случае прекращения дела по ст. 7 УПК существует на момент совершения деяния и исчезает в связи с изменением обстановки [4, с. 38–39].

Кроме этого, ст. 7 УПК регламентирует положение о том, что прекращение уголовного дела по данному основанию является исключительной компетенцией суда. Напротив, прекращение уголовного дела в связи с малозначительностью деяния возможно и на более ранних стадиях уголовного судопроизводства.

Проведенный анализ позволяет сделать вывод о недопустимости процессуального применения ст. 7 УПК Украины в случае освобождения лица от уголовной ответственности по малозначительности.

Анализ основания освобождения от уголовной ответственности за отсутствием события преступления, предусмотренного п. 1 ч. 1 ст. 6 УПК, свидетельствует, что событием преступления является факт совершения лицом общественно опасного деяния, содержащего признаки преступления. Событие преступления отсутствует, если [4, с. 29]:

- не было самого факта преступного действия;
- событие наступило в результате действий самого потерпевшего;
- событие стало результатом действия стихийных сил природы или обстоятельств не-преодолимой силы.

Следовательно, недопустимо процессуальное применение данной нормы при освобождении лица от уголовной ответственности по малозначительности (ввиду отсутствия обязательного признака объективной стороны преступления, совершенного лицом деяния).

Следует отметить, что освобождение от наказания, исходя из определения его общего уголовно-правового содержания, применяется судом в отношении лиц, осужденных к конкретной мере наказания, если при этом «его цель может быть достигнута без реального отбывания наказания (в целом либо его части) или когда его достижение в дальнейшем, становится невозможным или нецелесообразным» [1, с. 342]. В свою очередь, освобождение от уголовной ответственности по малозначительности не влечет за собой осуждение лица к определенному виду и размеру наказания и, кроме того, может применяться к лицам, совершившим деяния, не являющиеся общественно опасными, и на более ранних стадиях уголовного процесса.

Вывод

Действующим уголовно-процессуальным законодательством не урегулирован вопрос процессуального применения освобождения от уголовной ответственности по малозначительности. Существующее мнение о применении для разрешения этого вопроса в качестве процессуального основания п. 2 ч. 1 ст. 6 УПК (отсутствие состава преступления) не является объективным ввиду того, что в этом случае отсутствует так называемая, формальная оценка преступления. В связи с этим предлагаем дополнить ч. 1 ст. 6 УПК Украины пунктом следующего содержания: «в связи с малозначительностью деяния». Данное положение будет способствовать объективности, а также достижению целей и задач уголовного судопроизводства.

Литература

1. *Уголовное* право Украины: Общая часть / Под ред. М. И. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тация. – К.; Х., 2002. – 416 с.

2. *Уголовный* кодекс Украины: научн-практ. комментарий. – К., 2003. – 1088 с.

3. *Трайнин А. Н.* Общее учение о составе преступления. – М., 1957. – 363 с.

4. *Уголовно-процессуальный* кодекс Украины: научн.-практ. комментарий / Под ред. В. Т. Маляренко, Ю. П. Аленина. – Х., 2003. – 960 с.

This article probes criminal and legal value of concept of act unimportantness and also separate questions of his criminal application at deciding the question of release from criminal responsibility.

У статті досліджується кримінально-правове значення поняття малозначності діяння, а також окремі питання його процесуального застосування при розв'язанні питання щодо звільнення від кримінальної відповідальності.

ДОСУДОВЕ РОЗСЛІДУВАННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ СПРАВИ:
завдання та засоби їх досягнення

Наталія Марущак,
старший викладач Чернігівського державного інституту права, соціальних технологій та праці

У статті досліджуються проблеми співвідношення мети та засобів її досягнення на стадії досудового розслідування, стверджується, що високоморальні цілі кримінального судочинства, зокрема стадії досудового розслідування, не можуть бути досягнуті будь-якими засобами.

Ключові слова: досудове розслідування, завдання, засоби, особа.

Досудове розслідування як самостійна стадія має чітко окреслені межі в системі кримінального процесу – від постанови про порушення кримінальної справи до винесення підсумкового рішення, яким завершується розслідування (статті 7, 7[1], 212 Кримінально-процесуального кодексу (далі – КПК) України), своїх суб'єктів, свою процесуальну форму та свій зміст, що визначається її завданнями. Закон (ст. 2 КПК України), визначаючи завдання кримінального процесу, не виділяє окремо якісь із них як другорядні для органів досудового розслідування. Тобто відповідальність за правильне вирішення справи в суді лягає і на орган дізнання, слідчого, прокурора, який здійснює нагляд за виконанням законів органами дізнання та досудового слідства. Згідно з ч. 1 ст. 22 КПК України прокурор, слідчий і особа, яка проводить дізнання, зобов'язані вжити всіх передбачених законом заходів для всебічного повного й об'єктивного дослідження обставин справи, виявити як обставини, що викривають, так і обставини, що виправдовують обвинуваченого, а також обставини, що пом'якшують і обтяжують його відповідальність. Таким самим чином визначає закон і коло обставин, які визначають предмет доказування у кримінальній справі та підлягають з'ясуванню у кожній кримінальній справі як судом, так і органом досудового розслідування: подія злочину (час, місце, спосіб та інші обставини вчинення злочину); винність обвинуваченого у вчиненні злочину та мотиви злочину; обставини, що впливають на ступінь тяжкості злочину, а також обставини, що характеризують особу обвинуваченого, пом'якшують та обтяжують покарання; характер і розмір шкоди, завданої злочином, а також розмір витрат закладу охорони здоров'я на стаціонарне лікування потерпілого від злочинного діяння; причини й умови, що сприяли вчиненню злочину (статті 64, 23 КПК України). При провадженні досудового слідства та розгляді в суді справи про злочини неповнолітнього, крім обставин, зазначених у статтях 64, 23 КПК України, необхідно також з'ясувати: вік неповнолітнього; стан здоров'я та загального розвитку неповнолітнього; характеристику особи неповнолітнього; умови життя та виховання неповнолітнього; обставини, що негативно впливали на виховання неповнолітнього; наявність дорослих підмовників та інших осіб, які втягли неповнолітнього в злочинну діяльність (ст. 433 КПК України).

У юридичній літературі зміст даної стадії небезпідставно пов'язується із завданнями кримінального процесу, бо стадія досудового розслідування (як частина загальної процесуальної системи) спрямована на досягнення загальної мети кримінально-процесуальної діяльності [1, с. 43; 2]. Зазначається, що мета, як уявна модель бажаного результату, – це те, до чого прагнуть суб'єкти процесу. Ми підтримуємо цю позицію бо не можна протиставляти категорії «мета» та «завдання»; між ними немає суттєвих розбіжностей, більше того вони тісно пов'язані між собою. Якщо мета – це те чого прагнуть, то завдання – це практична категорія, яка визначає те, що необхідно зробити для досягнення мети, тобто основною метою кримінального процесу є захист особи та суспільства від злочинних посягань через справедливе правосуддя. Завданнями кримінального процесу, окресленими у чинному КПК України, є охорона прав і законних інтересів фізичних та юридичних осіб, які беруть у ньому участь, швидке та повне розкриття злочинів, викриття винних і забезпечення правильного застосування закону з тим, щоб кожний, хто вчинив злочин, був притягнутий до кримінальної відповідальності і жоден невинний не був покараний (ст. 2).

© Н. Марущак, 2010

На нашу думку, для характеристики змісту кримінального процесу, зокрема стадії досудового розслідування, має суттєве значення те, як формулюються його завдання, як вони співвідносяться з його метою, оскільки учасники кримінально-процесуальних відносин, діючи у межах закону, мають на меті різні цілі та використовують різні засоби для їх досягнення [3, с. 83].

Метою цієї статті є дослідження проблеми співвідношення мети та засобів її досягнення на стадії досудового розслідування.

П. Елькінд вважає, що теоретичне та практичне значення проблеми цілей і засобів, їх співвідношення в галузі кримінально-процесуального регулювання полягає в усвідомленні визначеної цілеспрямованості відповідної правотворчої та правозастосовчої діяльності, в якій, як і в будь-якій іншій сфері суспільного життя, діють люди, які мають певні цілі; у сприянні усвідомленню соціальної цінності даного виду регулювання, бо як рушійна сила відповідної діяльності, категорія «мета» відповідає на питання про те, на що спрямована ця діяльність і заради чого вона здійснюється; у забезпеченні оптимальної ефективності кримінально-процесуального права та його реалізації; у рішучому спростуванні макіавеллівської концепції «мета виправдовує засоби» стосовно даної сфери суспільного життя [4, с. 3–4].

На думку О. Коблікова, проблема співвідношення мети та засобу її досягнення – одна із найважливіших і в етиці. Вона набуває правового аспекту, як тільки ми торкнемося права та правозастосування [3, с. 83]. Не можна також не погодитися з думкою про те, що в правовій державі вже недостатньо формальної вимоги того, що закон має суворо та неухильно дотримуватися. Закони, як і практика їх застосування, мають спиратися на природне право та сприйматися суспільством як правильні, справедливі. У людей має бути віра в те, що державно-правові інститути забезпечують їх безпеку, потрібні їм. В іншому випадку, диктатура закону перетворюється на закон диктатури [5, с. 34–35].

Історія розвитку кримінального процесу є свідченням еволюції у підході до вирішення проблеми співвідношення мети та засобів її досягнення у сфері як права, так і моралі. Сучасне цивілізоване суспільство використовує принципово нові правові й етичні засади, які безпосередньо пов'язані з гуманістичними ідеалами сучасного світу. Актуальний ще зовсім недавно принцип «мета виправдовує засоби» відходить у небуття; на його місце висуваються принципові положення про те, що мета визначає засоби, але не виправдовує їх, що застосування для досягнення цілей невідповідних засобів спотворює суть самої мети. Відповідність чи невідповідність засобів необхідно оцінювати перш за все з позицій їх моральності чи аморальності. Мета, яка вимагає неправильних засобів, не є правильною метою. О. Кобліков, досліджуючи це питання, дійшов висновку, що мета, задля досягнення якої треба застосовувати аморальні засоби, – аморальна мета, а моральним є засіб, який необхідний і достатній для досягнення моральної мети, який не суперечить вищій меті, не змінює її морального характеру [3, с. 84].

Сьогодні, на нашу думку, дуже важливим є питання щодо допустимості використання засобів, які виправдовують примус. В. Устинов зазначав, що морально суперечливі засоби припустимі тільки в разі існування потреби для досягнення благої мети, але їх використання морально не може бути виправдане [6, с. 14]. Відповідно до його позиції застосування насильства у відповідь на примус морально виправдати не можна; таке виправдання може бути обґрунтоване лише з позиції соціальних завдань суспільства (оскільки цілі, які має на меті суспільство, спрямовані на забезпечення та захист прав його членів, їх гідності від злочинних посягань). Крім того, забезпечення прав і свобод людини є обов'язком держави.

Учені, які вивчали проблему співвідношення цілей і засобів у кримінальному судочинстві, дійшли висновку, що сумнівні засоби знижують моральну цінність мети. У зв'язку з цим не можна не погодитись з думкою П. Елькінд про те, що засоби досягнення цілей у кримінальному процесі обов'язково повинні відповідати таким вимогам: бути законними, етичними, дійсно науковими, максимально ефективними, економічними [4, с. 60–68]. В. Асташенков також вважав, що проблема співвідношення цілей і засобів у професійній діяльності слідчого (одночасно з правовим, психологічним та іншими аспектами) має етичний характер [7, с. 3]. Дійсно, засоби, що використовуються учасниками кримінального процесу, мають бути законними та відповідати цілям кримінального процесу, в тому числі стадії досудового слідства, та нормам моралі.

Шлях до мети пролягає через засіб, що перебуває у взаємозв'язку й у взаємопроникненні із своєю метою [4, с. 60]. Про засоби можна вести мову в аспекті класифікації цілей, оскільки кожна найближча мета стає засобом забезпечення наступної [4, с. 60]. П. Елькінд, досліджуючи види цілей у кримінальному процесі, розрізняла цілі перспективні та найближчі, цілі кримінального процесу та його окремих стадій, цілі всієї кримінальн-

но-процесуальної діяльності та цілі функціональні. Вона виділяла цілі офіційні та неофіційні, зазначала, що неофіційні цілі можуть бути результатом як байдужого ставлення суб'єктів до цілей кримінального судочинства, так і явно негативного ставлення до них [4, с. 57–58].

Наведена П. Елькінд класифікація цілей, на нашу думку, заслуговує на увагу ще й з позицій моралі. Особливе значення має співвідношення цілей офіційних, які визначаються законом або з нього випливають, та неофіційних, тобто тих, що визначають поведінку суб'єктів кримінального процесу залежно від мотивів, якими вони керуються насправді. Саме мотив є основою будь-якого вчинку, він є внутрішнім спонуканням до дії, заінтересованістю в ній. Так, у законі чітко визначена компетенція судді, прокурора, слідчого, органу дізнання тощо. У той самий час непоодинокими є випадки приховування злочинів, умисного безпідставного затягування досудового слідства, фальсифікації доказів тощо. Будь-яка діяльність, передусім у сфері кримінального процесу, якщо гіпотетично визнати відсутність мети, автоматично стає безцільною, що позбавляє її зовнішньої правової форми, внутрішнього морального змісту [3, с. 83].

Суперечність офіційних і неофіційних цілей може бути зумовлена недосконалістю законодавства, коли сама норма вступає у суперечність із уявленнями про справедливість, моральні цінності, відстає від вимог життя. На нашу думку, саме законодавець повинен створити умови для формулювання та постановки тільки суспільно корисних цілей, використання правозастосовувачем відповідних засобів.

Згідно з положеннями чинного КПК України, однобічність або неповнота дізнання та досудового слідства може бути підставою для скасування вироку суду, повернення справи на додаткове розслідування (статті 367, 368 КПК України). Так само істотне порушення вимог кримінально-процесуального закону під час досудового розслідування (зокрема, порушення права обвинуваченого на захист, яке виявилось у незабезпеченні участі у справі захисника, коли його участь за законом була обов'язковою) є підставою для скасування вироку суду з поверненням справи на додаткове розслідування (ст. 370 КПК України). Як зазначає В. Тертишник, досудове розслідування покликане вирішити або створити умови для подальшого вирішення судом усіх завдань кримінального процесу [8, с. 5].

В. Маляренко вважає, що становлення нових за характером відносин між державою та громадянином зумовлює необхідність істотного зміщення акцентів у визначенні завдань кримінального процесу та вилучення з нього елементів, що мають ідеологічне, а не процесуальне забарвлення. До останніх, насамперед, належать такі завдання, як швидке та повне розкриття злочинів, невідворотність кримінальної відповідальності [9, с. 32].

У Конституції України найвищою соціальною цінністю проголошено людину, її життя та здоров'я, честь і гідність, недоторканність, безпеку, визнано, що права та свободи людини, їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави; утвердження та забезпечення цих прав і свобод є основним обов'язком держави (ст. 3). В. Маляренко зазначає, що вимога закону щодо швидкого та повного розкриття злочину та забезпечення невідворотності кримінальної відповідальності має декларативний, а до певної міри – і лицемірний, характер, оскільки ігноруються об'єктивні фактори [9, с. 33].

Основними завданнями кримінального судочинства, які необхідно закріпити у новому КПК, є: регулювання процесуального порядку викриття осіб, винуватих у вчиненні злочинів, притягнення їх до відповідальності та справедливе покарання; регулювання процесуального порядку звільнення від кримінальної відповідальності осіб, які вчинили суспільно небезпечні діяння, у передбачених законом випадках; регулювання процесуального порядку викриття осіб, які вчинили суспільно небезпечні діяння у неповнолітньому віці або в стані неосудності, застосування до них передбачених законом примусових заходів; захист особи від безпідставного притягнення до кримінальної відповідальності та недопущення засудження невинуватих або застосування до них примусових заходів; захист особистої свободи особи, її майна, честі, гідності, інших прав і законних інтересів, а також державних інтересів та інтересів і прав юридичних осіб [9, с. 35–36]. Ця пропозиція, на нашу думку, є слушною, але акценти слід розставити дещо інакше. Адже саме особа, її гідність, права й інтереси є основною цінністю і забезпечення охорони прав і свобод особи, її гідності слід було б поставити на перше місце. Як зазначила Ю. Гурджі, правозахисні цілі галузевого рівня формують і впорядковують весь процесуальний інструментарій, призначений для забезпечення режиму правової захищеності [10, с. 206].

Таким чином, завданнями стадії досудового розслідування є захист особи, її гідності інших прав і законних інтересів, а також державних інтересів, інтересів і прав юридичних осіб; викриття осіб, винуватих у вчиненні злочинів, притягнення їх до відповідальності та справедливе покарання і звільнення від кримінальної відповідальності осіб, які вчи-

нили суспільно небезпечні діяння, у передбачених законом випадках; захист особи від безпідставного притягнення до кримінальної відповідальності, недопущення засудження невинуватих або застосування до них примусових заходів. У цьому полягає призначення досудового розслідування як важливої частини єдиної системи кримінально-процесуальної діяльності, кінцевою метою якої є правильне вирішення кримінальної справи (законне, обґрунтоване та справедливе). Лише справедливе рішення можна вважати правосудним, тобто таким, що засвідчує здійснення судом своєї винятково належної йому конституційно закріпленої процесуальної функції правосуддя.

Соціальне призначення кримінально-процесуального законодавства, на нашу думку, полягає, насамперед, у тому, щоб визначити морально виправдані, обґрунтовані підходи, методи, засоби для досягнення цілей кримінального процесу. Введення будь-яких юридичних правил і приписів спрямоване на впорядкування суспільних відносин, внесення чіткості та визначеності у взаємодію суб'єктів права, а це не може бути байдуже моралі, бо їх недотримання шкодить людям. У цьому випадку в моральних категоріях оцінюється не саме організаційно-технічне правило, а ставлення до його дотримання. Таким чином, вся сфера дії права повинна бути простором моральності; недосконаліть законодавства, правозастосовчої діяльності, порушення законності та правопорядку неминуче тягнуть за собою дисфункції у сфері моральної свідомості, моральних відносин та, підриваючи повагу до права, обертаються великими моральними втратами [11, с. 91].

Метою досудового розслідування є виконання завдань, прийняття законного й обґрунтованого підсумкового для даної стадії процесуального рішення, яке в багатьох випадках визначає зміст і результати процесуальної діяльності в суді: обвинувального висновку, постанови про направлення справи до суду для вирішення питання про звільнення особи від кримінальної відповідальності, постанови про закриття справи (де завдання – недопущення притягнення та засудження невинної особи), постанови про направлення справи до суду для вирішення питання про застосування примусових заходів медичного характеру.

Разом із тим у кримінальному процесі, у тому числі в стадії досудового розслідування, має чітко виконуватися заборона керуватися положенням «мета виправдовує засоби»: розкриття злочину, притягнення до кримінальної відповідальності будь-якою ціною, з порушенням процесуального порядку й умов провадження, найважливішою з яких є забезпечення поваги до гідності особи, незалежно від її процесуального статусу та бажання сприяти органам досудового розслідування у розкритті злочину, виконанні інших завдань досудового розслідування.

Отже, *високоморальні цілі кримінального судочинства, зокрема стадії досудового розслідування, не можуть бути досягнуті будь-якими засобами. Вони повинні ґрунтуватися на принципах гуманізму, справедливості, на повазі до гідності учасників кримінального процесу.*

Література

1. *Михеєнко М. М., Нор В. Т., Шибіко В. П.* Кримінальний процес України. – К., 1999.

2. *Лобойко Л. М.* Стадії кримінального процесу. – К., 2005.

3. *Кобликов А. С.* Избранное: Юридическая этика. Военные суды России. – М., 2005.

4. *Элькинд П. С.* Цели и средства их достижения в советском уголовно-процессуальном праве. – Ленинград, 1976.

5. *Александров А. С., Александрова И. А., Круглов И. В.* Назначение уголовного судопроизводства и наказания. – Н.-Новгород, 2006.

6. *Устинов В. С.* Соотношение целей и методов борьбы с преступностью. – Нижний Новгород, 1991.

7. *Асташенков В. Г.* Этико-правовые основы производства следственных действий // Совершенствование уголовно-процессуальной деятельности следователя. – М., 1984.

8. *Тертишник В. М.* Кримінально-процесуальне право України. – К., 1999.

9. *Маляренко В. Т.* Перебудова кримінального процесу України в контексті європейських стандартів. – К., 2005.

10. *Гурджи Ю. А.* Правовая защита личности в уголовном процессе: вопросы теории и методологии. – О., 2007.

11. *Этика* сотрудников правоохранительных органов. – М., 2005.

The problems of the aim and its means' achievement correlation on the stage of prejudicial inquiry are researched in the article; it proves that high moral aims of the criminal judicature including the stages of prejudicial inquiry can't be achieved by any means.

В статье исследуются проблемы соотношения целей и средств их достижения на стадии досудебного расследования, утверждается, что высокоморальные цели уголовного судопроизводства, в частности стадии досудебного расследования, не могут достигаться любыми средствами.

ОСОБЛИВОСТІ ДІЯЛЬНОСТІ НАЧАЛЬНИКА СЛІДЧОГО ВІДДІЛУ ЯК СУБ'ЄКТА ДОКАЗУВАННЯ НА ДОСУДОВОМУ СЛІДСТВІ

Григорій Мамка,
здобувач кафедри кримінального процесу
Київського національного університету внутрішніх справ

У статті аналізуються особливості процесуальної діяльності начальника слідчого відділу як суб'єкта доказування на досудовому слідстві, розкриваються особливості функції процесуального контролю на досудовому слідстві.

Ключові слова: досудове слідство, доказування, начальник слідчого відділу, слідчий, функція процесуального контролю.

Визначення ролі начальника слідчого відділу у виконанні завдань доказування на досудовому слідстві та зміцнення законності при розслідуванні злочинів можна вважати одним із найбільш гострих і важливих питань у науці кримінального процесу. Аналіз наукових праць радянського періоду та робіт, опублікованих останніми роками, свідчить, що питання, пов'язані з особливостями правового статусу начальника слідчого відділу як суб'єкта доказування, залишається одним із найбільш дискусійних у теорії вітчизняного кримінального процесу.

Перш за все заслуговує на увагу питання щодо процесуальної функції, яку виконує начальник слідчого відділу, оскільки саме з урахуванням останньої визначається його місце та роль у кримінальному процесі. Більше того, від вирішення питання процесуальної функції начальника слідчого відділу на стадії досудового слідства безпосередньо залежить визначення його ролі як суб'єкта доказування.

Проблеми визначення повноважень начальника слідчого відділу як суб'єкта доказування були предметом уваги таких учених, як Б. Асрієв, Е. Воронін, А. Гаврилов, Є. Коваленко, В. Маляренко, П. Мінюков, А. Мінюков, М. Михеєнко, О. Петков, С. Стахівський, М. Строгович, Л. Удалова, С. Шейфер та ін. Незважаючи на великий обсяг спеціальної літератури, у кримінально-процесуальній науці відсутнє комплексне дослідження особливостей діяльності начальника слідчого відділу як суб'єкта доказування.

Метою цієї статті є дослідження особливостей діяльності начальника слідчого відділу як суб'єкта доказування на досудовому слідстві.

Ми маємо на меті дослідити поняття доказування в теорії кримінального процесу; проаналізувати особливості діяльності начальника слідчого відділу як суб'єкта доказування на досудовому слідстві.

З'ясування ролі начальника слідчого відділу в доказуванні на досудовому слідстві вимагає хоча б короткого розгляду поняття «доказування». Доказування – одна із найважливіших категорій кримінального процесу, що вже протягом тривалого часу привертає до себе увагу вчених та є закономірним процесом, бо кожен етап у розвитку законодавства породжує нові ідеї, викликає бурхливі дискусії.

Звернувшись до історії питання, побачимо, що в дореволюційний період процесуалісти в основному розглядали доказування як логічну діяльність, що полягала в обґрунтуванні істинності одних думок за допомогою інших [1, с. 162]. Сучасна юридична наука не відмовилася від цієї концепції, проте були вироблені й інші підходи до визначення поняття доказування.

М. Михеєнко визначає доказування як процес пізнання події минулого, який проходить в особливій процесуальній формі – шляхом збирання, перевірки й оцінки доказів певними суб'єктами (слідчим, прокурором і судом) [2, с. 82].

Є. Коваленко та В. Маляренко вважають, що доказування в кримінальному процесі полягає у збиранні доказів, їх закріпленні, перевірці, відповідній оцінці й отриманні обґрунтованих висновків по справі. Доказування в кримінальному судочинстві як різновид процесу пізнання є діяльністю розумовою, що протікає відповідно до законів логіки, у визначених логічних формах. Але разом із тим це є і практична діяльність, що суворо

© Г. Мамка, 2010

регламентована процесуальним законом [3, с. 116–117].

У свою чергу, В. Назаров, Г. Омельяненко під доказуванням розуміють практичну діяльність уповноважених законом суб'єктів, що відбувається в особливій процесуальній формі, шляхом збирання, перевірки й оцінки доказів [4, с. 171].

Отже, не вдаючись у детальний аналіз наведених точок зору, початковим є уявлення про доказування як про пізнавальну діяльність, яка має місце на всіх стадіях процесу. Таке розуміння доказування повною мірою відповідає усталеним, початковим положенням теорії пізнання [5, с. 148–149]. З нього логічно випливає, що доказування має місце і на досудовому слідстві [6, с. 56]. Виходячи з такого розуміння доказування, під обов'язком доказування слід розуміти передбачену законом діяльність відповідних органів і осіб (слідчого, начальника слідчого відділу, органу дізнання, прокурора, суду) щодо збирання, перевірки й оцінки доказів, їх джерел, а також обґрунтування певних положень, висновків і рішень по справі. Всією своєю процесуальною діяльністю ці органи зобов'язані всебічно, повно й об'єктивно дослідити обставини, що підлягають доказуванню, забезпечити встановлення об'єктивної істини по справі та вирішити завдання кримінального судочинства [7, с. 224–225].

Обов'язок доказування (як у широкому, так і вузькому розумінні), безумовно, покладений і на начальника слідчого відділу. Такий обов'язок начальника слідчого відділу прямо передбачений ст. 114[1] Кримінально-процесуального кодексу (далі – КПК) України, а саме – він має право давати вказівки слідчому щодо провадження досудового слідства, притягнення як обвинуваченого, кваліфікації злочину й обсягу обвинувачення, направлення справи, провадження окремих слідчих дій, а також передавати справу від одного слідчого іншому, доручати розслідування справи кільком слідчим, брати участь у провадженні досудового слідства й особисто провадити слідство, користуючись при цьому повноваженнями слідчого.

Начальник слідчого відділу має право особисто розглядати матеріали, що надійшли з органу дізнання, та давати оцінку зібраним по них доказам при вирішенні питання про порушення кримінальної справи про розкрадання державного та колективного майна у великих і особливо великих розмірах, учинених шляхом привласнення, розтрати або зловживання службовим становищем, інші тяжкі, резонансні злочини. Начальник слідчого відділу також має право вимагати від органу дізнання необхідні матеріали, документи й іншу інформацію, виконання органами дізнання доручень, збирання доказів у кримінальній справі, повертати органу дізнання матеріали дослідчої перевірки, якщо вони не містять достатніх приводів і підстав для порушення кримінальної справи [4, с. 86–87].

Отже, визнання суб'єктом доказування начальника слідчого відділу випливає з його кримінально-процесуальної функції переслідування, відповідно до якої на нього покладений обов'язок забезпечити своєю діяльністю розкриття злочину та викриття винної особи.

Конкретні завдання окремих етапів судочинства й умови, в яких протікає процесуальна діяльність, визначає ряд особливостей доказування на різних стадіях процесу. Відповідно до цього визначаються конкретні форми участі начальника слідчого відділу в процесі доказування.

Ще дореволюційні процесуалісти звертали увагу на значення слідства для судового розгляду, взаємозв'язок цих двох стадій. А. Квачевський зазначав, що судовому слідству важко було б, якби попереднє слідство не надало йому можливості вбачати в конкретній події її кримінальний характер із всіма необхідними ознаками [8, с. 6].

У теорії кримінального процесу багато вчених звертали увагу на особливості доказування на різних стадіях процесу, багатоступінчатість, циклічність доказування. Так, Ю. Кореневський вважає, що доказування – це ряд етапів, що послідовно змінюються залежно від процесуальної стадії; при цьому кожна стадія має специфічні методи, можливості, умови дослідження й оцінки доказів [9, с. 9–10]. Г. Колбая вказував на те, що доказування на попередньому слідстві та в судовому розгляді – самостійні, незалежні цикли [10, с. 91].

Для дослідження питання про специфіку доказування на окремих стадіях процесу слід враховувати особливе пізнавальне завдання, що вимагає вирішення на конкретному етапі, специфічний предмет дослідження, процесуальні умови, в яких проходить пізнавальна діяльність, способи встановлення істини. Ця багатофакторна обстановка, що складається на основі вимог кримінально-процесуального закону та змінюється із переходом кримінальної справи з однієї стадії в іншу, – особлива процесуальна категорія, що в теорії називається пізнавальною ситуацією [11, с. 45–46].

Якщо оцінювати стадію досудового слідства з точки зору завдань доказування й особливостей пізнавальної ситуації, яка по-

лягає в тому, що пізнання часто починається з «нуля», то основне її значення полягає в необхідності підтвердити факт скоєння злочину, розкрити його, всебічно, повно й об'єктивно досліджувати обставини справи, тобто у виявленні, процесуальному закріпленні доказів, на основі яких виявляються обставини скоєння злочину, формулюються висновки та приймаються рішення у справі, та, врешті-решт, забезпечуються всі умови для остаточного вирішення справи.

Очевидно, що без встановлення всіх вказаних у законі обставин, що підлягають доказуванню, не можна правильно вирішити справу та постановити обґрунтований і законний вирок. Справа не може бути направлена в суд, якщо досудовим слідством не з'ясовано хоч одну з таких обставин. Досудове слідство має прагнути до такої ж повноти та всебічності, як і судовий розгляд [12, с. 57– 59]. Всі докази повинні бути зібрані на досудовому слідстві; без цього судовий розгляд не матиме міцної опори.

Заслуговують на увагу особливості умов і методів доказової діяльності на цій стадії процесу. На даному етапі йде процес активного пошуку та збирання доказів, їх перевірки й оцінки. Можуть бути використані всі способи збирання доказів. Деякі слідчі й інші процесуальні дії із збирання доказів провадяться тільки або переважно на цій стадії (наприклад, огляд місця події, пред'явлення для впізнання, затримання підозрюваного у вчиненні злочину, обшук, виїмка) [2, с. 83]. Найбільше застосовуються науково-технічні засоби для виявлення, закріплення та перевірки доказів, їх джерел.

На досудовому слідстві основними суб'єктами доказування є слідчий і начальник слідчого відділу. Закономірно виникає питання: яке співвідношення їх діяльності? Слід визнати, що основна робота із збирання, закріплення доказів, їх перевірки, розгляду всіх обставин скоєння злочину, встановлення всіх обставин, що підлягають доказуванню у справі, лягає на слідчого, є його обов'язком, що прямо передбачено в законі. І. Лузгін зазначає, що в процесі провадження попереднього слідства обов'язок доказування в повному обсязі покладається тільки на слідчого [13, с. 26]. Перш за все слідчий повинен з'ясувати всі обставини справи. Проте начальник слідчого відділу також має право збирати, перевіряти й оцінювати докази, є активним учасником процесу доказування. Так, Р. Рахунов зазначав, що вся діяльність начальника слідчого відділу пов'язана з доказуванням, а виокремлення доказування із усієї іншої процесуальної діяльності не досягає цілі [14, с. 40–41]. Слід визнати, що ця сторона діяльності начальника слідчого відділу недостатньо досліджена. Так, начальник слідчого відділу є суб'єктом доказування; разом із тим його участь у цій діяльності полягає в обов'язку забезпечити всебічність, повноту й об'єктивність досудового слідства, а не тільки зведенні діяльності до відомчого контролю за кримінально-процесуальною діяльністю слідчих, які входять до складу відділу.

Начальник слідчого відділу не просто контролює своєчасність проведення всіх слідчих дій із розкриття злочинів і запобігання їм; він вживає заходів до найбільш повного, всебічного й об'єктивного провадження досудового слідства в кримінальних справах. Для вжиття відповідних заходів КПК України наділяє начальника певним обсягом процесуальних прав. Зокрема, з метою контролю та надання кваліфікованої допомоги він має право перевіряти кримінальні справи (як і матеріали перевірок заяв, повідомлень про злочини, які є у провадженні слідчих, виконання окремих доручень у порядку ст. 118 КПК України та ін.). На підставі отриманої в результаті такої перевірки інформації начальник слідчого відділу дає вказівки слідчому, що є обов'язковими для виконання. У вказівках може йтися про виконання конкретних слідчих дій, спрямованих на встановлення істини у справі: про притягнення до відповідальності як обвинуваченого, про кваліфікацію злочину й обсяг обвинувачення, про провадження окремих слідчих дій, про передачу справи іншому слідчому, про створення слідчої групи тощо.

Начальник слідчого відділу може брати участь у проведенні окремих слідчих дій без прийняття справи до свого провадження або особисто провадити досудове слідство, користуючись при цьому повноваженнями слідчого. При цьому особливого значення набуває контроль начальника слідчого відділу за формуванням, пред'явленням і доказуванням обвинувачення, створенням процесуальних умов для успішного ведення розслідування.

Начальник слідчого відділу повинен з'ясувати, чи правильно визначена мета доказування у справі, чи виконує слідчий обов'язок повно, всебічно й об'єктивно перевіряти зібрані у справі докази; чи всі обставини справи взяті до уваги при вирішенні питання про притягнення особи до кримінальної відповідальності.

Висновки

Проведене дослідження свідчить, що діяльність начальника слідчого відділу як су-

б'єкта доказування на досудовому слідстві, перш за все, полягає у сприянні проведенню належної процесуальної діяльності підлеглих йому слідчих та в окремих випадках у безпосередній участі у процесі проведення досудового слідства у повному обсязі.

Провідною функцією начальника слідчого відділу в кримінальному процесі, у тому числі на досудовому слідстві, є функція процесуального контролю. Крім функції процесуального контролю, начальник слідчого відділу може брати участь у провадженні досудового слідства, при цьому використовувати повноваження слідчого. Суб'єктом доказування на досудовому слідстві є не тільки слідчий, а й начальник слідчого відділу. Його обов'язок, як суб'єкта доказування, полягає в тому, що начальник слідчого відділу, діючи як слідчий, є суб'єктом доказування, на якому лежить обов'язок встановлення істини та вирішення інших завдань судочинства.

Література

1. *Фойницкий И. Я.* Курс уголовного судопроизводства. – СПб., 1996. – Т. 2. – 606 с.

2. *Михеенко М. М.* Доказывание в советском уголовном судопроизводстве. – К., 1984. – 133 с.

3. *Коваленко Є. Г., Маляренко В. Т.* Кримінальний процес України. – К., 2008. – 712 с.

4. *Назаров В. В., Омельяненко Г. М.* Кримінальний процес України. – К., 2005. – 548 с.

5. *Копнин П. В.* Проблемы диалектики как логики и теории познания. – М., 1982. – 367 с.

6. *Бутов В. Н.* Уголовный процесс Австрии. – Красноярск, 1988. – 153 с.

7. *Строгович М. С.* Материальная истина и судебные доказательства в уголовном процессе. – М., 1955. – 384 с.

8. *Квачевский А.* Об уголовном преследовании, дознании и предварительном исследовании преступлений по судебным уставам 1864 года: О предварительном следствии. Теоретическое и практическое руководство. – СПб., 1866. – Ч. 3, вып. 1–2. – 650 с.

9. *Кореневский Ю. В.* Судебная практика и совершенствование предварительного расследования. – М., 1974. – 112 с.

10. *Колбая Г. Н.* Соотношение предварительного следствия и судебного разбирательства. – М., 1951. – 152 с.

11. *Шейфер С. А.* Собирание доказательств в советском уголовном процессе: методологические и правовые проблемы. – Саратов, 1986. – 171 с.

12. *Ларин А. М.* Доказывание на предварительном расследовании в советском уголовном процессе: Дис. ... канд. юрид. наук. – 1961. – 194 с.

13. *Лузгин И. М.* Расследование как процесс познания. – М., 1969. – 178 с.

14. *Рахунов Р. Д.* Участники уголовно-процессуальной деятельности по советскому праву. – М., 1961. – 277 с.

The features of judicial activity of chief of investigation department are analysed in the article, as subject of finishing telling on pre-trial investigation. The features of function of judicial control open up on pre-trial investigation.

В статье анализируются особенности процессуальной деятельности начальника следственного отдела как субъекта доказывания на досудебном следствии, раскрываются особенности функции процессуального контроля на досудебном следствии.

КРИМІНАЛІСТИЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА ОСІБ, ЯКІ ВЧИНЯЮТЬ ВИКРАДЕННЯ БЮДЖЕТНИХ КОШТІВ

Ганна Мудрецька,
ад'юнкт Донецького юридичного інституту Луганського державного університету внутрішніх справ ім. Е. О. Дідоренка

У статті визначаються основні ознаки осіб, які вчиняють викрадення бюджетних коштів, а також характерні особливості їх злочинної поведінки, надається класифікація службових осіб – суб'єктів викрадень бюджетних коштів, визначається характер слідчих завдань, які вирішуються з використанням даних про осіб цієї категорії.

Ключові слова: економічні злочини, викрадення, бюджетні кошти, особа злочинця, розпорядники бюджетних коштів, одержувачі бюджетних коштів.

При розслідуванні викрадень бюджетних коштів одним із досить складних завдань є доказування вини конкретної службової особи (осіб) у вчиненні даного злочину (ст. 191 Кримінального кодексу (далі – КК) України). Особливості таких осіб тісно пов'язані із способами вчинення злочину, його обстановкою, слідами-джерелами доказів і, на нашу думку, займають ключове місце у криміналістичній характеристиці викрадень бюджетних коштів.

Дослідженню особи економічного злочинця приділяли увагу такі вчені, як М. Бучко, А. Волобуєв, А. Зелинський, О. Кальман, Г. Матусовський, С. Милюков, Е. Петров, Р. Марченко, Є. Стрельцов, П. Яні та ін. Але в більшості випадків ці дослідження мають загальний характер; в них не досліджувалися особливості суб'єктів, які вчиняють викрадення у бюджетній сфері. Саме специфіка (характер) злочинної діяльності накладає певний відбиток на особу й її психологію, а це необхідно враховувати при розслідуванні та попередженні таких злочинів. Особливості суб'єктів злочинів, пов'язаних з порушенням бюджетного законодавства, висвітлювалися у праці Р. Степанюка [1], але сформульовані положення у зв'язку із змінами у бюджетному законодавстві, а також специфікою саме викрадень бюджетних коштів, потребують уточнення, що і є **метою цієї статті.**

Механізм вчинення викрадень у бюджетній сфері зумовлюється об'єктивною можливістю здійснення певних дій з бюджетними коштами. Г. Матусовський зазначав, що можливість вчинення економічного злочину певною особою зумовлюється її службовим становищем, доступом до коштів, наявністю повноважень щодо управління ними, «володіння ситуацією» у практиці правового регулювання економічних процесів [2, с. 67]. Враховуючи особливості правового регулювання бюджетної сфери, можна констатувати, що суб'єктами викрадення бюджетних коштів може бути обмежене коло осіб. До них належать категорії посадових осіб, які тією або іншою мірою пов'язані з виконанням програм і заходів, що проводяться за рахунок бюджетних коштів та виступають як розпорядники та одержувачі бюджетних коштів. Бюджетним законодавством прямо передбачена структура розпорядників та одержувачів бюджетних коштів, яких держава наділила повноваженнями щодо розпорядження та (або) використання бюджетних коштів. Тому процес виявлення кола осіб, серед яких доцільно вести пошук злочинця, слід починати з чіткого визначення того, хто є розпорядниками й одержувачами бюджетних коштів

Розпорядники бюджетних коштів. Згідно з бюджетним законодавством України *розпорядниками бюджетних коштів* визнаються посадові особи, які постійно чи тимчасово здійснюють функції головного чи нижчестоящого розпорядника бюджетних коштів, на ім'я якого виділяються бюджетні асигнування згідно з бюджетними призначеннями. Залежно від ступеня підпорядкованості й обсягу наданих повноважень вони поділяються на головних розпорядників бюджетних коштів і розпорядників нижчого рівня.

Перелік головних розпорядників бюджетних коштів визначається згідно з відомчою класифікацією видатків бюджету ст. 22 Бюджетного кодексу (далі – БК) України і щороку підтверджуються в актах про бюджет: по державному бюджету – у законі про державний бюджет, по місцевих бюджетах – у рішеннях відповідних місцевих рад про місцеві бюджети. Головним розпорядником

© Г. Мудрецька, 2010

бюджетних коштів є той керівник, на адресу міністерства, відомства (установи), яким він керує, у відповідному бюджеті є бюджетне призначення (тому і бюджетна класифікація має назву відомчої). Крім того, розпорядженням Кабінету Міністрів України «Про вдосконалення структури розпорядників бюджетних коштів» від 31.05.2006 р. № 296 чітко визначена схема головних розпорядників бюджетних коштів і встановлюється перелік відповідальних виконавців бюджетних програм. Відповідно до наказу Міністерства Фінансів України «Про затвердження Інструкції про статус відповідальних виконавців бюджетних програм та особливості їх участі у бюджетному процесі» від 14.12.2001 р. № 574 відповідальний виконавець безпосередньо забезпечує виконання бюджетних програм у системі головного розпорядника, є юридичною особою, має окремий рахунок і бухгалтерський баланс. Відповідальним виконавцем можуть бути: головний розпорядник – за бюджетними програмами, виконання яких забезпечується його апаратом; розпорядники коштів бюджету нижчого рівня й одержувачі коштів державного бюджету, які виконують бюджетні програми у системі головного розпорядника.

Головним розпорядникам надано право розподіляти бюджетні кошти між розпорядниками бюджетних коштів нижчого рівня, а також витрачати їх на централізовані й інші заходи, на утримання апарату управління. При розподілі коштів і перерахуванні їх підвідомчим установам розпорядники коштів є головними, а при витрачанні на утримання апарату управління або на централізовані заходи вони є розпорядниками коштів третього ступеня.

Розпорядники бюджетних коштів нижчого рівня поділяються на розпорядників коштів другого та третього ступенів. До розпорядників другого ступеня відносяться в основному установи й організації, в яких є підвідомчі підрозділи (керівники обласних управлінь освіти, казначейства, облдержадміністрацій, обласних податкових адміністрацій в особі їх керівників тощо, які одержують кошти на видатки установи та розподіляють суму коштів, визначену головним розпорядником для переказу підпорядкованим їм установам. Розпорядники коштів третього ступеня одержують кошти для витрат на виконання функцій самої установи, яку вони очолюють, і на розподіл безпосередньо підпорядкованим їм одержувачам.

Одержувачі бюджетних коштів. Одержувачами визнаються підприємства, громадські й інші організації, що не мають статусу бюджетної установи, які отримують кошти з бюджету як фінансову підтримку або вповноважені органами державної влади на виконання загальнодержавних програм, надання послуг безпосередньо через розпорядників. Оскільки розпорядниками й одержувачами бюджетних коштів є керівники бюджетних установ, уповноважені на отримання бюджетних асигнувань, взяття бюджетних зобов'язань і здійснення видатків з бюджету, можна стверджувати, що суб'єктами викрадень бюджетних коштів можуть бути особи, яким згідно з нормативно-правовими актами надані повноваження щодо виконання державних програм за рахунок бюджетних коштів.

Крім розпорядників та одержувачів до викрадення бюджетних коштів можуть бути причетні заступники керівника бюджетної установи, головний бухгалтер, службові особи бухгалтерії, які мають право підпису документів, на підставі яких перераховуються бюджетні кошти з вищого рівня на здійснення видатків установи. Повноваження зазначених осіб щодо бюджетних коштів визначаються окремими нормативно-правовими актами [3].

О. Дудоров до суб'єктів порушення законодавства про бюджетну систему України відносить [4, с. 155–156]:

- службових осіб місцевих фінансових органів, тобто установ, що відповідно до законодавства України здійснюють функції із складання, виконання місцевих бюджетів, контролю за витрачанням коштів розпорядниками бюджетних коштів, а також інші функції, пов'язані з управлінням коштами місцевого бюджету;
- керівників бюджетних установ та організацій, які розпоряджаються бюджетними коштами відповідно до затверджених кошторисів і планів асигнувань;
- службових осіб юридичних осіб небюджетної сфери, яким згідно з чинним законодавством делеговано право розпоряджатись бюджетними коштами;
- службових осіб підприємств, установ, організацій, які не мають статусу бюджетних, однак у встановленому порядку через розпорядників коштів отримують бюджетні кошти на певні програми, а також фінансову допомогу за рахунок бюджетних коштів у формі дотацій, субвенцій, субсидій.

Враховуючи специфіку складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 191 КК України, осіб, які вчинюють викрадення бюджетних коштів, залежно від окремих елементів способу вчинення злочину, на нашу думку, доцільно об'єднати у три групи:

розпорядники бюджетних коштів (у державних органах і бюджетних установах):

- головні розпорядники (керівники міністерств і відомств, інших центральних органів –

по державному бюджету; керівники місцевих органів – по місцевим бюджетам);

• розпорядники нижчого рівня, до сфери управління яких належать інші розпорядники нижчого рівня (керівники державних виконавчих органів обласного рівня – по державному бюджету; керівники районних органів – по місцевих бюджетах);

• інші розпорядники нижчого рівня (керівники бюджетних установ);

одержувачі бюджетних коштів – керівники підприємств, установ та організацій незалежно від форми власності, які отримують бюджетні кошти у вигляді різних видів цільової фінансової допомоги – субсидій, субвенцій, кредитів, дотацій, бюджетних позичок, а також для проведення централізованих заходів або виконання передбачених бюджетом програм;

інші службові особи (не керівники) органів державної влади, бюджетних установ, а також установ, підприємств, організацій, які не мають статусу розпорядника чи одержувача бюджетних коштів, але за своєю діяльністю безпосередньо пов'язані із здійсненням та оформленням операцій з отримання та витрачання бюджетних коштів. До цієї групи відносяться передусім головні бухгалтери, керівники фінансово-економічних підрозділів, керівники структурних підрозділів установи.

До кола причетних до злочину не можна віднести посадовців банку й органів казначейства, хоча, на думку В. Поповича, вони виявляють небезпечну тенденцію – такі особи виступають у злочинні змови, а головне – мають доступ до платіжних документів, банківських рахунків [5, с. 61]. Такі особи не мають права підпису документів, на підставі яких кошти виділяються з бюджету та використовуються на певні цілі, а здійснюють лише опосередковану діяльність з перерахування або видачі таких коштів. За цих умов не можуть виступати суб'єктом викрадення бюджетних коштів посадові особи, які мають доступ до банківського рахунку підприємства (програмісти, аналітики-оператори ЕОМ та інші посадовці, які виконують розрахункові операції).

Різне коло службових повноважень вказаних груп суб'єктів впливає на можливість вибору ними певного способу вчинення викрадення бюджетних коштів. Головні розпорядники бюджетних коштів вчиняють вказані злочини, як правило, шляхом укладання різного роду угод, з наступним привласненням бюджетних коштів, виділених на проведення певної програми, передбаченої кошторисом.

Наприклад, К., призначений на посаду на підставі наказу Міністра вугільної промисловості України директором ГОАО «Шахта «Зоря», шляхом укладання угод з фіктивними суб'єктами підприємницької діяльності на поставку обладнання, перерахував на рахунки вказаних підприємств бюджетні кошти на суму 350 520 грн, які згодом були ним привласнені.

Головні бухгалтери бюджетних установ унаслідок своєї досить вузької службової компетенції мають об'єктивну можливість одноосібно скоювати злочини лише шляхом привласнення бюджетних коштів з порушенням порядку документального оформлення відповідних фінансових і господарських операцій.

Так, О., працюючи головним бухгалтером «Укртехкомплект» і виконуючи функції з прийому, акумулювання в касі грошових коштів, виручених від продажу продукції, не вносила їх на поточний рахунок підприємства, а вилучала з каси та незаконно обертала на свою користь. З метою приховування своїх злочинних дій та уникнення кримінальної відповідальності О. вносила в офіційні бухгалтерські документи, а саме в ордера витрат, касову книгу, журнал-ордер по балансовому рахунку № 301 «Каса в національній валюті», завідомо неправдиві відомості про суми витрачання з каси на потреби підприємства грошових коштів. Цим вона занижувала обсяги виручки, що підлягала занесенню на розрахунковий рахунок підприємства в установі банку, чим заподіяла шкоду підприємству на суму 7241 грн [7].

У криміналістичному аспекті важливим є також врахування соціально-психологічних рис викрадачів бюджетних коштів. Так, викрадач бюджетних коштів – це, перш за все, «білокомірцевий» тип злочинців. Такі особи вчинюють злочини без застосування насильства, з використанням неправдивих відомостей з метою здобуття незаконного джерела доходів. За своїм суспільним станом вони є професіоналами високого або середнього рівня у сфері бюджетних, фінансових відношень, у більшості випадків добре орієнтуються у законодавстві – бюджетному, податковому, банківському, володіють знаннями в бухгалтерському обліку. В минулому багато з них мають досвід роботи в державному секторі на посадах, пов'язаних з виконанням організаційно-розпорядчих або адміністративно-господарських обов'язків. Таким чином, подібною діяльністю займаються особи з певним запасом спеціальних знань, достатнім освітнім і професійним рівнем.

Заслуговує на увагу така особливість (виявлена при вивченні кримінальних справ), як використання керівниками бюджетних установ підлеглих осіб, які виконують окремі доручення протиправного характеру (підроб-

ка документів, передача хабарів корумпованим представникам органів влади й управління тощо). Неупереджений аналіз наведених чинників свідчить, що прагнення перших керівників «перекласти» вагомий тягар відповідальності на плечі своїх підлеглих.

Крім того, слід зазначити, що простежується типова залежність між способом здійснення злочину й особою злочинця. Чим складніші підготовка, вчинення, приховання слідів викрадень, тим вищий статус останньої. Якщо касири, бухгалтерські працівники, тобто особи які безпосередньо пов'язані з виконанням операцій з використання бюджетних коштів, частіше вдаються до викрадень у доволі «простих» способах (вилучення з каси та привласнення грошей), то керівники бюджетних організацій схильні до заволодіння бюджетними коштами шляхом укладання фіктивних договорів з суб'єктами господарювання та використання банківського розрахункового механізму.

На підставі викладеного можна зробити **висновок,** що узагальнення інформації про осіб, які вчиняють викрадення бюджетних коштів, сприяє: організації та плануванню розслідування; вибору тактики проведення окремих слідчих дій, лінії поведінки слідчого й інших осіб при проведенні досудового слідства; прогнозуванню поведінки злочинця на різноманітних етапах слідства, у тому числі при розгляді кримінальної справи в суді; вибору слідчим оптимальних криміналістичних прийомів і засобів впливу. Врахування особливостей цих осіб є важливим також у плані попередження злочинів у бюджетній сфері (підбору кадрів, визначення функціональних обов'язків службових осіб, оптимального терміну перебування на певній посаді тощо).

Література

1. *Степанюк Р. Л.* Особливості суб'єктів злочинів, пов'язаних з порушенням бюджетного законодавства // Вісник національного університету внутрішніх справ. – Х., 2001. – С. 127–130.

2. *Матусовский Г. А.* Экономические преступления: криминалистический анализ. – Х., 1999. – 480 с.

3. *Кваліфікаційна* характеристика головного бухгалтера: Наказ Міністерства праці України від 28.12.2001 р.// Праця і зарплата. – 2002. – № 4. – С. 22–23.

4. *Дудоров О.* Порушення законодавства про бюджетну систему України: проблеми кваліфікації злочину // Вісник Академії правових наук України. – 2002. – № 2. – С. 145–157.

5. *Попович В. М.* Криминализация финансово-хозяйственных отношений – путь в глухой угол // Злочинність в Україні. Бюлетень законодавства і юридичної практики України. – 1994. – № 2. – С. 52–65.

6. *Архів* Кіровського міського суду Донецької області. – 2005. – Спр. 1–37.

7. *Архів* Гірняцького районного суду м. Макіївки Донецької області. – 2008. – Спр. 1–201.

In this article defines the characteristics of persons who commit theft of the budget, as well as characteristics of their criminal behaviour. Gives classification officials-constituent entities of the theft of budgetary funds. Defines the nature of investigative tasks that use of this category.

В статье определяются основные признаки лиц, совершающих хищения бюджетных средств, а также характерные особенности их преступного поведения, приводится классификация должностных лиц – субъектов хищений бюджетных средств, определяется характер следственных задач, которые решаются с использованием данных о лицах этой категории.

ДО УВАГИ АВТОРІВ!

Постановою президії ВАК України від 16 грудня 2009 р. № 1-05/6 журнал «Підприємництво, господарство і право» внесено до списку наукових видань, в яких можуть публікуватися основні результати дисертаційних робіт у розділі

Юридичні науки

ДЕЯКІ ПИТАННЯ СПІВВІДНОШЕННЯ ВНУТРІШНЬОГОСПОДАРСЬКИХ ЛОКАЛЬНИХ НОРМАТИВНИХ АКТІВ І СПЕЦІАЛЬНИХ ЗАКОНІВ ЩОДО СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКИХ КООПЕРАТИВІВ

Вікторія Панченко,
аспірантка кафедри аграрного права
Національної юридичної академії України ім. Ярослава Мудрого

У статті розглядаються деякі питання співвідношення положень спеціальних законів щодо сільськогосподарських кооперативів і внутрішньогосподарських локальних нормативних актів, які в умовах ринкової економіки підвищують значення правосуб'єктності сільськогосподарських кооперативів як суб'єктів ринкових відносин.

Ключові слова: внутрішньогосподарські локальні нормативні акти, положення спеціальних законів, правове регулювання, сільськогосподарський кооператив, внутрішньогосподарські відносини, виробничо-господарська діяльність.

За сучасних умов розвитку ринкових відносин, реструктуризації аграрного сектора економіки, розширення господарської самостійності сільськогосподарських кооперативів правове регулювання суспільних відносин має здійснюватися за допомогою не лише норм чинного законодавства, положень спеціальних законів щодо сільськогосподарських кооперативів, а й внутрішньогосподарських локальних нормативних актів, що приймаються безпосередньо в окремих сільськогосподарських кооперативах.

Мета цієї статті – аналіз окремих норм законодавчих актів щодо особливостей умов господарювання сільськогосподарських кооперативів, зумовлених специфікою їх виробничо-господарської діяльності, й їх співвідношення з положеннями внутрішньогосподарських локальних нормативних актів, які в умовах ринкової економіки підвищують значення правосуб'єктності сільськогосподарських кооперативів як суб'єктів ринкових відносин.

Слід зазначити, що розроблення та прийняття внутрішньогосподарських локальних нормативних актів у сільськогосподарських кооперативах ґрунтується на принципі правильного, науково обґрунтованого співвідношення з загальними нормами чинного законодавства, що дозволяє забезпечити інтереси як держави, так і окремих сільськогосподарських кооперативів, сприяє підвищенню ефективності правового регулювання внутрішньогосподарських відносин у сільськогосподарських кооперативах.

Право локальної нормотворчості надається зазначеним формуванням державою, яка при цьому наділяє їх відповідними правами щодо здійснення локального регулювання певних видів суспільних відносин у рамках спеціальної правосуб'єктності [1, с. 75].

Перехід до ринкових відносин не означає збільшення хаосу та неорганізованості. Навпаки, організованість у ринкових умовах ще більше зростає, але цю організованість держава забезпечує меншою мірою, ніж самі сільськогосподарські кооперативи. При цьому зростає значення внутрішньогосподарських локальних нормативних актів, що приймаються в сільськогосподарських кооперативах. Саме вони значною мірою регулюють соціально-економічні, виробничі, організаційно-управлінські, культурно-побутові, земельні, майнові, трудові відносини, а також відносини, пов'язані з плануванням, фінансуванням, дисципліною, охороною й оплатою праці в конкретному сільськогосподарському кооперативі. Адже найважливіше призначення внутрішньогосподарських локальних нормативних актів полягає в конкретизації загальних норм чинного законодавства та положень спеціальних законів щодо конкретного сільськогосподарського кооперативу стосовно цілей і завдань останнього.

Щоб здійснювалася локальна нормотворчість у сільськогосподарських кооперативах необхідними є дві умови:

- локальні нормативні акти набувають чинності, якщо вони прийняті у порядку, попередньо визначеному загальними нормами чинного законодавства та положеннями спеціальних законів щодо сільськогосподарських кооперативів і не суперечать їм;
- прийняття локальних нормативних актів можливе лише за наявності закріплених у спеціальних законах положень, що надають

© В. Панченко, 2010

сільськогосподарським кооперативам право займатися локальною нормотворчістю.

Внутрішньогосподарські локальні нормативні акти сільськогосподарських кооперативів мають особливості, які відрізняють їх від спеціальних законодавчих актів, що регулюють відносини за участю сільськогосподарських кооперативів. *По-перше,* локальні нормативні акти розробляються членами правління сільськогосподарського кооперативу. *По-друге,* локальні нормативні акти затверджуються за безпосередньою участю членів сільськогосподарського підприємства на загальних зборах як вищому органі управління та діють лише у межах конкретного сільськогосподарського кооперативу. *По-третє,* локальні нормативні акти мають більш динамічний характер, що дозволяє ефективно та своєчасно вирішувати конкретні організаційно-управлінські, членські, трудові, майнові й інші питання в конкретному сільськогосподарському кооперативі.

В аграрно-правовій літературі зазначається, що специфіка сільськогосподарського виробництва має всебічно враховуватися при правовому регулюванні виробничо-господарської діяльності в сільськогосподарських кооперативах. Ідеться про специфіку сільськогосподарського виробництва, пов'язану з природно-кліматичними умовами, сезонністю, просторовою розташованістю, неспівпадінням робочого періоду та часу виробництва [2, с. 18–30]. Іншими словами, необхідність прийняття внутрішньогосподарських локальних нормативних актів у сільськогосподарському кооперативі зумовлене значною мірою наявністю специфіки виробництва в сільськогосподарському кооперативі. У зв'язку з цим виникає доцільність з'ясувати питання щодо закріплення положень спеціальних законодавчих актів і приписів у локальних нормативних актах сільськогосподарських кооперативів.

На практиці в більшості випадків у сільськогосподарських кооперативах обмежуються прийняттям лише декількох локальних нормативних актів. Так, Статут як основний внутрішньогосподарський локальний акт, що регламентує діяльність сільськогосподарського кооперативу, приймається кожним сільськогосподарським кооперативом із дотриманням вимог, закріплених ст. 7 Закону України «Про сільськогосподарську кооперацію» від 17.07.1997 р., та набуває чинності з моменту державної реєстрації сільськогосподарського кооперативу. Всі інші внутрішньогосподарські локальні нормативні акти (Правила внутрішнього розпорядку кооперативу, Положення про оплату праці, Положення про структурні підрозділи тощо) – з моменту їх затвердження вищими органами управління сільськогосподарського кооперативу, тобто загальними зборами.

Статут сільськогосподарського кооперативу – особлива форма правового регулювання внутрішньогосподарських відносин. Оскільки він є внутрішньогосподарським локальним нормативним актом, сфера його правового впливу поширюється лише на внутрішні відносини у сільськогосподарському кооперативі.

Статут сільськогосподарського кооперативу – це як правоутворюючий, так і праворегулюючий акт. Саме в цьому полягає така його специфічна ознака, як універсальність. Статут регулює не певний вид відносин, а все коло внутрішньогосподарських відносин: земельні, трудові, майнові, організаційно-управлінські. Саме в цьому полягає істотна відмінність Статуту від інших внутрішньогосподарських локальних нормативних актів сільськогосподарського кооперативу. Так, згідно із ст. 7 Закону України «Про сільськогосподарську кооперацію» у Статуті визначаються: найменування кооперативу та його місцезнаходження; предмет і мета діяльності; порядок вступу до кооперативу і виходу з нього; порядок визначення розміру та порядок внесення вступного внеску і паю; склад засновників кооперативу; права й обов'язки членів кооперативу; органи управління, порядок їх формування і компетенція; формування неподільного й інших фондів; форми трудової участі та оплати праці членів виробничого кооперативу, форми господарської участі членів обслуговуючого кооперативу; розподіл доходів кооперативу; співвідношення між кооперативними виплатами та виплатами на паї; умови реорганізації та ліквідації кооперативу.

Приписи, що містяться в Законі України «Про сільськогосподарську кооперацію» й обов'язкові для закріплення в Статуті кожного сільськогосподарського кооперативу, імперативні за своїм характером. До Статуту сільськогосподарського кооперативу можуть включатися й інші положення, пов'язані з особливостями діяльності кооперативу, що не суперечать законодавству України.

Статут – основний правовий документ, який регулює діяльність сільськогосподарського кооперативу. Разом із тим він не має на меті врегулювання всіх відносин, а є основою для розроблення проектів і затвердження на загальних зборах інших внутрішньогосподарських локальних нормативних актів, наприклад Правил внутрішнього розпорядку, Положень про оплату праці, Положень про структурні підрозділи тощо. Статут у цьому разі повинен служити правовою базою для прийняття зазначених внутрішньогосподарських локальних нормативних актів і розвитку інших локальних нормативних актів, які регулюють внутрішньогосподарські відносини в сільськогосподарському кооперативі. Положення прийнятих внутрішньогосподарських локальних нормативних актів

повинні відповідати Статуту та не суперечити йому. А положення самого Статуту не повинні бути в протиріччі з приписами спеціальних законів щодо сільськогосподарських кооперативів.

Зазначені специфічні ознаки Статуту сільськогосподарського кооперативу характеризують його як основний внутрішньогосподарський локальний нормативний акт, що регламентує діяльність сільськогосподарського кооперативу.

Важливим локальним нормативним актом є Правила внутрішнього розпорядку. Цим внутрішньогосподарським локальним нормативним актом в сільськогосподарському кооперативі закріплюються певний режим праці, правила поведінки членів сільськогосподарського кооперативу, їх права й обов'язки.

Незважаючи на те, що в Статуті має бути закріплений порядок вступу до сільськогосподарського кооперативу та виходу з нього членів кооперативу, більш деталізовано ці та інші положення (наприклад, порядок використання робочого часу, матеріальне та моральне заохочення членів кооперативу, які сумлінно виконують свої трудові обов'язки, застосування методів дисциплінарного впливу в разі порушення ними трудової дисципліни тощо) визначаються в Правилах внутрішнього розпорядку з урахуванням умов та специфіки конкретного сільськогосподарського кооперативу.

Відповідно до ст. 35 Закону України «Про сільськогосподарську кооперацію» сільськогосподарські кооперативи самостійно визначають форми, види та систему оплати праці членів кооперативу з урахуванням норм і гарантій, встановлених законодавством. Слід зазначити, що деталізуються положення, закріплені у Статутах сільськогосподарських кооперативів, в конкретному локальному нормативному акті сільськогосподарського кооперативу – Положенні про оплату праці в сільськогосподарському кооперативі. В ньому мають визначатись умови цієї оплати щодо форм, видів, системи та розмірів оплати праці в сільськогосподарському кооперативі залежно від специфічних умов конкретного виробництва (наприклад, рослинництво, тваринництво тощо). Від того, наскільки повно враховуватимуться при локальній нормотворчості показники оплати та встановлені розміри преміювання, залежить ефективність застосування матеріального стимулювання.

Частково регламентовані законодавцем відносини можуть додатково регулюватися локальними нормативними актами, прийнятими в конкретному сільськогосподарському кооперативі. Так, відносини, пов'язані з поверненням паю члену кооперативу при виході з нього, можуть бути врегульовані, наприклад, Положенням про пайовий фонд кооперативу.

Прийняття локальних нормативних актів у сільськогосподарських кооперативах здійснюється з метою конкретизації загальних норм чинного законодавства та положень спеціальних законів щодо сільськогосподарських кооперативів з урахуванням економічних, організаційних, соціальних, територіальних та інших особливостей умов діяльності кожного сільськогосподарського кооперативу. Разом із тим локальні нормативні акти, що приймаються в сільськогосподарському кооперативі, повинні бути внутрішньо погодженими між собою, а також відповідати положенням загальних і спеціальних законів, які займають провідне, визначальне місце в ієрархії нормативно-правових актів.

Висновки

Належне співвідношення положень локальних нормативних актів сільськогосподарських кооперативів із приписами спеціальних законів щодо сільськогосподарських кооперативів є важливим фактором підвищення соціальної активності членів зазначених кооперативів як суб'єктів внутрішньогосподарських відносин, сприяє розширенню прав господарської самостійності цих кооперативів і створює передумови для ефективної виробничо-господарської діяльності сільськогосподарських кооперативів, орієнтованих на стабільний економічний результат.

Література

1. *Статівка А. М., Курман Т. В.* Щодо ролі локальних нормативних актів у забезпеченні ефективності аграрного виробництва // Науковий вісник Національного аграрного університету. – 2003. – Вип. 68.

2. *Чубуков Г. В.* Правовое регулирование труда работников сельскохозяйственных предприятий. – М., 1980.

Some issue of correlation of the provisions of special law related to agricultural cooperatives with provisions of internal local normative acts, which increase the value for implementation of legal personality of agricultural cooperatives as the subjects of economic relations under market economy, have been developed.

В статье рассматриваются некоторые вопросы соотношения положений специальных законов относительно сельскохозяйственных кооперативов и внутрихозяйственных локальных нормативных актов, которые в условиях рыночной экономики повышают значение правосубъектности сельскохозяйственных кооперативов как субъектов рыночных отношений.

ЮРИДИЧНА ТЕРМІНОЛОГІЯ ПРИ ВИЗНАЧЕННІ ПОНЯТТЯ ПРАВА «ПРИРОДОКОРИСТУВАННЯ»

Ірина Вітовська,
канд. юрид. наук,
завідувач кафедри господарського та екологічного права
Прикарпатського юридичного інституту
Львівського державного університету внутрішніх справ України

У статті розкриваються концептуальні питання визначення поняття «природний ресурс» та його співвідношення з поняттям «природний об'єкт». Проаналізовано погляди науковців у галузі екологічного права, а також норми національного законодавства, що визначають дані поняття.

Ключові слова: природокористування, природний ресурс, природний об'єкт.

Аналіз матеріального змісту правовідносин у галузі користування природними ресурсами слід розпочинати з визначення поняття такої поведінки, а також розглянути деякі питання, пов'язані з термінологічним визначенням.

Проблема юридичної термінології як складової частини юридичної техніки має велике значення для становлення та розвитку української державності. В юридичній літературі проблема термінологічного визначення тривалий час є предметом наукових дискусій. І це не випадково, оскільки використання в законодавстві відповідних понять пов'язане з вирішенням концептуальних і практичних питань застосування норм права, визначенням шляхів кодифікації й уніфікації законодавства України [1, с. 111].

Термінологічний апарат є елементом мови права. В юридичній літературі зазначається, що особливістю мови права є її офіційний характер. У правовому документі мовна форма є нормативною та формально закріплена. Вона не може бути самостійно змінена, викладена іншими словами, порядок слів, речень і частин тексту незмінний. Без особливої документальної форми право неможливе як сукупність загальнообов'язкових до виконання правил. Мова законодавства – це мова впевненої влади, що здійснює за його допомогою державне керівництво суспільством [2, с. 18].

В еколого-правовій літературі право користування природними об'єктами визначається як суб'єктивне право, об'єктивне право та в якості правовідносин [3, с. 134–159; 4, с. 190–192; 5; 6, с. 128–129]. Право користування природними об'єктами в об'єктивному значенні є інститутом екологічного права, що складається з сукупності юридичних норм, які регулюють відносини з експлуатації природних об'єктів. У суб'єктивному значенні право природокористування є сукупністю прав з використання природних ресурсів. Воно є елементом правовідносин використання природного об'єкта як процесу реалізації відповідних екологічних правових норм, що складається з прав та обов'язків його учасників.

У теорії права під матеріальним змістом правових відносин розуміють фактичну поведінку учасників зазначених відносин, тобто певні дії суб'єктів [7, с. 151; 8, с. 218]. Однак характер цієї поведінки або дій визначається вченими по-різному. Так, Р. Халфіна та С. Алексеєв під фактичною поведінкою суб'єктів правовідносин розуміють реальні (фактичні) відносини – економічні, організаційні, політичні тощо [7, с. 151]. Іншої точки зору дотримуються В. Лєушин і В. Перевалов. Вони розглядають матеріальний зміст правовідносин як дії, в яких реалізуються права й обов'язки суб'єктів [8, с. 340]. Таким чином, матеріальний зміст правовідносин вони характеризують як один із можливих варіантів реалізації суб'єктивних прав або виконання юридичних обов'язків. Наведена точка зору базується на презумпції первинності правових норм.

Разом із тим відомо, що право існує як вторинна структура по відношенню до фактичних відносин – економічних, політичних тощо. Тому необхідно погодитися з позицією, запропонованою Р. Халфіною та С. Алексеєвим, і розглядати матеріальний зміст правовідносин безвідносно до правових матерій (наприклад, прав та обов'язків суб'єктів).

У сучасній природознавчій науці для позначення експлуатації природних ресурсів вживається термін «природокористування». Автор цього терміна Ю. Куражковський визначив природокористування як здійснення будь-якої діяльності, пов'язаної з безпосереднім використанням природи та її ресурсів або змінюючим її впливом [9, с. 6].

В економічній науці під природокористуванням розуміють певну діяльність, пов'язану з первинним привласненням людиною об'єктів навколишнього природного середовища [10, с. 16], задоволенням потреб суспільства в елементах природи [11, с. 201], тобто з експлуатацією зазначених об'єктів.

В юридичній літературі для визначення поняття «експлуатація природних ресурсів», тобто діяльності з вилучення їх корисних властивостей та якостей, також вживається термін «природокористування», а до відповідних об'єктів – «землекористування» [12, с. 8], «водокористування» [13, с. 3], «надрокористування» [14, с. 12], «фаунокористування» [15, с. 5] тощо.

В умовах виключної державної (загальнонародної) власності на всі природні ресурси така термінологія не викликала зауважень у зв'язку з

© І. Вітовська, 2010

тим, що визначала не тільки фактичну експлуатацію природних ресурсів, а й непрямо вказувала на право користування як єдино можливу форму такої експлуатації.

У зв'язку з можливістю перебування деяких об'єктів природи (земля, тваринний світ, нелісова рослинність тощо) у власності юридичних і фізичних осіб з'явилася й інша юридична форма експлуатації цих об'єктів – на праві власності, тобто експлуатація власником належних йому природних об'єктів. За таких обставин термін «природокористування», який більше вказує на експлуатацію об'єкта не власником на праві користування, не враховує іншої юридичної форми експлуатації – на праві власності. Закон України «Про охорону навколишнього природного середовища» від 25.06.1991 р. передбачає певний порядок здійснення використання природних ресурсів і поділяє його на *загальний* та *спеціальний*. Основною ознакою поділу є мета використання природних ресурсів. Так, до загального відноситься використання природних ресурсів, що здійснюється громадянами для задоволення життєво необхідних потреб (естетичних, оздоровчих, рекреаційних тощо). Спеціальне використання здійснюється переважно для виробничих потреб на підставі спеціального дозволу, а також за відповідну плату. В юридичній літературі вказується і така ознака спеціального використання, як його нормативність [16, с. 32], проте, на нашу думку, ця ознака має похідний, другорядний характер.

В еколого-правовій літературі висловлена точка зору, згідно з якою спеціальне або «всебічно врегульоване використання природних ресурсів» [3, с. 138] пов'язане з певним впливом на їх стан [17, с. 128]. Також зазначається, що реалізація права на використання природних ресурсів цікавить екологію лише тією мірою, якою це впливає на стан навколишнього природного середовища [18, с. 143]. Усупереч цьому загальне використання природних ресурсів, або «загальнодоступне», має місце, коли експлуатація природного ресурсу не справляє або практично не може справляти будь-який вплив на його стан. Про це свідчить і аналіз підгалузевого екологічного законодавства. Таким чином, спеціальне використання природних ресурсів у більшості випадків пов'язане з їх відокремленням від природного середовища. Слід зазначити, що в юридичному аспекті таке відокремлення природних об'єктів означає зміну або припинення права власності Українського народу на ці об'єкти. У зв'язку з цим в юридичній літературі пропонується новий критерій поділу порядку використання природних ресурсів на загальний і спеціальний. Таким критерієм вважається ступінь впливу користувача на фізичний стан природних ресурсів і, відповідно, на право загальнонародної власності щодо цих ресурсів. Вказаний критерій має об'єктивний характер і повинен бути закріплений у законодавстві як основний принцип, за яким встановлюватиметься порядок використання природних ресурсів. З викладеного випливає, що *спеціальне використання природних ресурсів* – це експлуатація зазначених об'єктів, пов'язана з певним впливом на їх фізичний стан (відокремлення, вилучення), внаслідок чого зазнає впливу (змінюється або припиняється) і право загальнонародної власності на ці об'єкти [15, с. 31].

Література

1. *Гетьман А. П.* Проблеми юридичної термінології в екологічному законодавстві України // Українська державність: становлення, досвід проблеми. – Х., 2002. – С. 111–115.
2. *Язык* закона / Под ред. А. С. Пиголкина. – М., 1990. – 189 с.
3. *Вовк Ю. А.* Советское природоресурсовое право и правовая охрана окружающей среды: общая часть. – Х., 1986. – 160 с.
4. *Ерофеев Б. В.* Экологическое право России. – М., 1996. – 624 с.
5. *Право* природопользования в СССР. – М., 1990. – 195 с.
6. *Екологічне* право України (загальна частина) / В. К. Попов, М. В. Шульга та ін. – Х., 1995. – 176 с.
7. *Проблемы* теории государства и права / Под ред. С.С. Алексеева. – М., 1979. – 392 с.
8. *Теория* государства и права Учеб. для юр. вузов и факультетов / Под ред. В. М. Корельского, В. Д. Перевалова. – М., 1997. – 570 с.
9. *Куражковский Ю. К.* Очерки природопользования. – М., 1962. – 260 с.
10. *Сухоруков С. М.* Экономика и экология (политический аспект). – М., 1988. – 112 с.
11. *Быстраков Ю. И., Колосов А. В.* Экономика и экология. – М., 1988. – 402 с.
12. *Шульга М. В.* Актуальні проблеми правового регулювання земельних відносин в сучасних умовах: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – Х., 1998. – 38 с.
13. *Колбасов О. С.* Законодательство о водопользовании в СССР. – М., 1965. – 168 с.
14. *Радик І. П.* Правові проблеми екологічного ліцензування: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2001. – 17 с.
15. *Тихий П. В.* Еколого-правове регулювання спеціального використання дикої фауни: Дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2000. – 165 с.
16. *Олещенко В. І., Малишева Н. Р.* Організаційно-правові засади збереження біорізноманіття // Біорізноманіття Карпатського біосферного заповідника. – К., 1997. – С. 27–39.
17. *Бобылев А. И., Демичев Д. М., Шингель Н. А.* Правовой режим использования и охраны природных объектов и природных ресурсов. Экологическое право. Особенная часть. – Минск, 1992. –198 с.
18. *Петров В. В.* Экологическое право России. – М., 1995. – 557 с.

This article reveals the conceptual issues of defining the notion of «natural resources» and its correlation with the notion of «naturall object». It analyzes the views of scientists in the field of environmental law, and norms of national legislation that define the stated concepts.

В статье иссследуются концептуальные вопросы определения понятия «природный ресурс» и его соотношение с понятием «природный объект». Проанализированы взгляды ученых в области экологического права, а также нормы национального законодательства, определяющие данные понятия.