

ступлениях (процессуальные и организационные аспекты). М., 1987. 2. Альперт С.А., Стрёмовский В.А. Возбуждение уголовного дела органами милиции. Х., 1957. 3. Балашов А. Действительно ли возбуждение уголовного дела – первоначальная стадия уголовного процесса // Соц. законность. 1989. № 8. 4. Приказ МВД Украины № 500-1991 г. «Об утверждении и введении в действие инструкции «О порядке приема, регистрации, учета и рассмотрения в органах дознания, подразделениях и учреждениях внутренних дел Украины заявлений, сообщений и другой информации о происшествиях и преступлениях». 5. Приказ МВД Украины № 745-1992 г. «О неотложных мерах по совершенствованию структуры и организации деятельности органов предварительного следствия в системе МВД Украины». 6. Приказ МВД Украины № 880-1995 г. «О неотложных мерах по совершенствованию структуры и организации деятельности штатных подразделений органов внутренних дел Украины». 7. Приказ Министра обороны Украины №235 –1995 года «Об утверждении инструкции о производстве дознания в Вооруженных Силах Украины». 8. Альтшеский Т.В. Образцы судебных документов по уголовным делам. М., 1976. 9. Михайленко М.М. Складання процесуальних актів у кримінальних справах. К., 1996. 10. Слинко С.В., Бандурка С.А. Судебное производство по уголовным делам. Х., 2000. 11. Горбачов О.В., Хотінець В.М. Процесуальні документи у кримінальному процесі. Х., 1994. 12. Зеленецкий В.С. Возбуждение уголовного дела. Х., 1998. 13. Дубинский А.Я. Исполнение процессуального решения следователя: правовые и организационные проблемы. К., 1984. 14. Міхєєнко М.М., Шибіко В.П., Дубінский А.Я. Науково-практичний коментар Кримінально- процесуального кодексу України. К., 1997. 15. Тертышник В.М., Козина А.А. Досудебное расследование – юридические документы. Х., 1999. 16. Паламар Л.М., Кравец Л.М. Мова ділових паперів. К., 1993. 17. Зеленецкий В.С. Возбуждение уголовного дела. Х., 1998.

Надійшла до редколегії 20.09.02

С.В. Лихачов

ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДОЗВІЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ

В умовах сьогодення усі можливі форми економічної і, перш за все, підприємницької активності набувають широкого розвитку. Але для надання цим стрімким процесам системного і легітимного характеру треба розбудувати відповідну вимогам часу систему державної реєстрації, ліцензування і на цій основі реформувати відповідним чином дозвільну систему. Успадковані від старої держави норми законодавства, а також підходи щодо їх здійснення призвели до того, що саме поняття «дозвільна система» асоціюється із заборонаю. Слід усвідомити необхідність зміни змісту дозвільної системи, сприйняти її як ключовий елемент державного управління, що дозволяє впорядкувати стихійність ринкових процесів.

Перш ніж безпосередньо звернутись до системи правового регулювання дозвільного провадження, спробуємо визначити головну мету такого регулювання. Воно здійснюється шляхом встановлення і реалізації загальнообов'язкових правил, тобто приписів правових та техніко-юридичних норм, які встановлюються та охороняються державою для закріплення і регулювання суспільних відносин, що виникають і розвиваються в процесі здійснення певних видів діяльності. Ці міркування дають

підстави для розгляду системи правового регулювання дозвільного провадження через розкриття змісту щодо нього таких понять як «засоби правового регулювання», «механізм правового регулювання», «правовий режим».

Засоби правового регулювання взагалі трактуються як шляхи юридичного впливу, виражені через юридичні норми, інші елементи правової системи (правовідносини, юридичні факти, елементи юридичної техніки). Засобами правового регулювання називають також позитивні зобов'язання, заборони, дозволяння. Вони реалізуються через виконання, дотримання та використання.

С.С. Алексєєв розглядає зазначені засоби правового регулювання у логічному зв'язку із структурою права, зокрема, із галузями права [1, с.353]. Він відзначає, що в тих галузях, де домінує централізоване регулювання (адміністративне, фінансове право), які належать до публічного права, у комбінації засобів превалюють зобов'язання та заборона. У тих галузях, де домінують диспозитивні засади (цивільне, трудове право) і які належать, в основному, до приватного права, превалює дозволяння. Визнаючи необхідність перегляду існуючих положень правової доктрини внаслідок некорінно інших, порівняно із СРСР, пріоритетів розвитку суспільства, необхідно звернути увагу на доцільність розширення використання дозволяння для регулювання питань дозвільного провадження. В наш час підзаконні акти, які регламентують правовий статус державних органів, що мають повноваження у сфері дозвільного провадження, містять, в основному, позитивні зобов'язання та заборони.

Дозволяння як засіб правового регулювання дозвільного провадження міститься у Конституції України. Конституційними нормами встановлені принципи діяльності державних органів та їх посадових осіб (законність, гуманізм, гласність тощо), проголошені і гарантовані права та обов'язки громадян (право на життя, на недоторканність особи, власність, оскарження неправомірних дій державних органів та посадових осіб, обов'язок дотримуватися Конституції та законів України, поважати права та законні інтереси інших осіб та ін.) тощо. В Конституції поновому вирішено також ряд питань організації та функціонування різних державних органів. Зрозуміло, що Конституція безпосередньо дозвільне провадження не регулює. Вона становить базу для прийняття інших законів та підзаконних актів, що підкреслює значущість Конституції в системі правового регулювання дозвільного провадження.

Норми Конституції щодо проведення ліцензування як одного з видів дозволів деталізовані у Законі України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» [2]. Зокрема, в ст. 3 серед основних принципів державної політики у сфері ліцензування названо забезпечення рівності прав, законних інтересів усіх суб'єктів господарювання; захист прав, законних інтересів, життя та здоров'я громадян; встановлення єдиного порядку ліцензування на території України; встановлення єдиного переліку видів господарської діяльності, що підлягають ліцензуванню. Важливим є те, що у Законі закріплено норму про заборону використання ліцензуван-

ня для обмеження конкуренції у здійсненні господарської діяльності. Запроваджені також конкурсні засади на отримання ліцензій для видів господарської діяльності, здійснення яких пов'язане з використанням обмежених ресурсів (ст. 12 Закону України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності»). В цьому Законі чітко виписано також процедурні питання, пов'язані із видачею ліцензії.

Необхідно зауважити, що не в усіх випадках засоби правового регулювання дозвільного провадження мають бути застосовані у повному обсязі, не завжди дозволяння доцільне при формуванні правового стану окремих об'єктів та суб'єктів дозвільного провадження. Наприклад, якщо мова йде про правовий статус суб'єктів дозвільного провадження, серед засобів правового регулювання превалюватимуть позитивні зобов'язання та заборони.

Існує ще один аспект застосування засобів правового регулювання – не тільки проблема переваг у використанні тих чи інших засобів, а й «обсяг унормованості» того чи іншого питання здійснення дозвільного провадження. Зокрема, Указ Президента України від 23 липня 1998 р. №817/98 «Про деякі заходи з дерегулювання підприємницької діяльності» хоча і містить в основному норми зобов'язуючого та заборонного характеру, але звужується сфера їх застосування за рахунок зниження кількості контролюючих підприємницьку діяльність державних органів.

Проведений аналіз показує, що проблема засобів правового регулювання дозвільного провадження постає в тому, як визначити коло та пріоритети у прийнятті правових норм, як з'ясувати наступне питання: чи спроможні тільки зобов'язуючі та заборонні норми врегулювати те чи інше питання здійснення дозвільного провадження? Або ж які саме суспільні відносини у сфері дозвільного провадження мають бути унормовані? Відповіді на ці питання слід шукати у самій природі позитивних зобов'язань, заборон, дозволянь. Розкриття цього питання зачіпає таку складову правового регулювання як його механізм, а саме, – елемент механізму – правовідносини.

Позитивні зобов'язання опосередковуються односторонніми правовідносинами, в яких одна сторона обтяжена юридичним обов'язком виконувати активні дії, а інша – має право вимагати, а у випадку невиконання – має право домагання для забезпечення реального виконання юридичного обов'язку. По суті, позитивні зобов'язання реалізуються через приписи уповноважених державних органів. Таким чином, позитивні зобов'язання утворюють той прошарок правової матерії, який ближче до тих частин, де право не тільки контактує з державною владою, а й «змішане» з нею, перебуває у зоні її домінування.

З іншого боку, у розвиненій юридичній системі позитивні зобов'язання як явища державної влади не тільки «проходять» через право, набувають властивості і особливості юридичного регулювання, а й принципи і цінності правової форми, яка склалася переважно на основі дозвільного регулювання. Це, зокрема, стосується юридичної відповідальності, яка може бути інтерпретована як юридичний обов'язок (обов'язок

правопорушника після рішення компетентного органу зазнати заходів державно-примусового впливу).

Аналіз юридичного змісту засобів правового регулювання дозвільного провадження, необхідності забезпечення відповідності норм принципам права дає підстави для висновку про застосування щодо дозвільного провадження формул заборонного і дозвільного типу регулювання: відповідно, «дозволено усе, крім забороненого законом» та «заборонено усе, крім дозволеного законом». Тип регулювання безпосередньо залежить від об'єкта дозвільного провадження. При цьому, у випадку застосування дозвільного типу регулювання, дозволяння виступають не у вигляді винятків, а у вигляді обмежувачої умови. Наприклад, у Законі України «Про власність» з міркувань державної і громадської безпеки передбачено особливий режим здійснення права власності на окремі види майна. Перелік такого майна наведений у Постанові Верховної Ради України «Про право власності на окремі види майна» від 17 червня 1992 року [3].

Зобов'язувальні та заборонні норми ефективно «працюватимуть» у вирішенні таких питань здійснення дозвільного провадження як правовий статус суб'єктів, процесуальні та процедурні питання, відповідальність за порушення правил дозвільного провадження тощо.

Що стосується ліцензійної діяльності як окремої підсистеми дозвільної системи і окремого виду дозвільного провадження, слід зазначити таке. Однією із сфер суспільних відносин, яка має бути, згідно з нормами чинного законодавства, ліцензована, є сфера підприємництва, а саме, – окремі види підприємницької діяльності. Підприємництво, в основному, регулюється нормами приватного права і тому для регулювання ліцензування мають бути використані не тільки позитивні зобов'язання та заборони, а, більшою мірою, дозволяння, якими обмежується державно-вольовий, імперативний характер позитивних зобов'язань і заборон. Такий підхід дозволяє переглянути чинне законодавство, яке регламентує дозвільне провадження, привести норми права у відповідність з принципами права, реаліями суспільних перетворень. Зокрема, потребує вдосконалення порядок реєстрації суб'єктів підприємницької діяльності (Положення про державну реєстрацію суб'єктів підприємницької діяльності, затверджене постановою Кабінету Міністрів України від 25 травня 1998 року № 740) у бік його спрощення, зменшення обсягу забороняючих і зобов'язуючих норм, запровадження уповноважувальних. Прикладом запровадження уповноважувальних норм в дозвільному провадженні можуть бути закони України «Про підприємництво», «Про підприємства в Україні», «Про патентування деяких видів підприємницької діяльності», «Про ліцензування певних видів діяльності», «Про лізинг»; Указ Президента України від 3 липня 1998 р. «Про спрощену систему оподаткування, обліку і звітності суб'єктів малого підприємництва» тощо.

Усі засоби правового регулювання дозвільного провадження – позитивні зобов'язання, дозволяння та заборони – утворюють глибинний прошарок у правовому регулюванні, його механізмі. Але опорним стрижнем цього прошарку, тією головною пружиною, яка, в основному, визна-

час особливості соціального регулювання, є загальні дозволи та загальні заборони. Залежно від того, чи є загальна заборона «кінцевою», а, значить, вписується вона чи ні через «обмежувальну умову» у загально дозвоільне регулювання, можливо точно встановити природу діючого права [1, с.369]. Наприклад, Закон України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» містить заборону на заняття певними видами господарської діяльності, якщо вони не ліцензовані. Ця заборона не «кінцева», адже у ч.2 ст.3 Закону сказано про неможливість використання ліцензування для обмеження конкуренції у здійсненні господарської діяльності, тобто містить загальне дозволяння на свободу демократичних дій. Тому у даному випадку ми зможемо зробити висновок про те, що природа права, яке регулює загальний порядок здійснення ліцензування, не є авторитарною, правовий режим є пільговим.

Закон України «Про патентування деяких видів підприємницької діяльності» [4] містить загальну заборону на заняття певними видами торговельної діяльності за готівкові кошти, а також з використанням інших форм розрахунків та кредитних карток, діяльності у сфері торгівлі іноземною валютою, діяльності з надання послуг у сфері грального бізнесу та побутових послуг, що провадиться суб'єктами підприємницької діяльності, які не запатентовані. Ця заборона «кінцева», тому що даний Закон не містить загального дозволяння на демократичні дії – в ньому не сказано про мету та принципи патентування, він містить тільки позитивні зобов'язання та заборони. Тобто правовий режим патентування є жорстким.

Основою механізму правового регулювання дозвоільного провадження, коли на рівні позитивного права закріплюються в абстрактному вигляді можливості та необхідність певної поведінки суб'єктів дозвоільного провадження, виступають юридичні норми. Їх специфічне завдання складається у тому, щоб: визначити загальне коло людей, на яких вони розповсюджують дію; визначити зміст суспільних відносин (зміст поведінки суб'єктів), а також об'єкти правовідносин; визначити обставини, за яких ці особи мають керуватись даним правилом поведінки; розкрити саме правило поведінки: визначити права та обов'язки сторін відносин, що регулюються, характер їх зв'язків між собою, заходи державного примусу, які застосовуються до осіб при невиконанні ними юридичних обов'язків [5, с.259].

Якщо під цим кутом зору проаналізувати юридичні норми, що регулюють функціонування дозвоільної системи, можна зробити два висновки:

- по-перше, норми, якими врегульовано дозвоільне провадження, утворюють правовий інститут дозвоільного провадження. Адже усі відповідні норми права об'єднані єдиним предметом регулювання, мають єдину мету – закріпити порядок здійснення дозвоільної системи. Зазначені правила мають міжгалузевий характер і стосуються цивільного, адміністративного, трудового, кримінального та інших галузей права;

- по-друге, можна виявити певні прогалини у чинному законодавстві.

Центральне місце в механізмі правового регулювання діяльності суб'єктів дозвільного провадження займають норми законів та інших законодавчих актів України.

Підкреслюючи значення закону в системі правового регулювання, необхідно мати на увазі, що термін «закон» в цьому випадку вживається як узагальнююче поняття. Під ним розуміють всі нормативні акти, які мають силу закону, або, іншими словами, законодавчі акти. До них належать, крім власне законів, основи законодавства, кодекси, положення та інші акти, які приймаються Верховною Радою України (наприклад, Основи законодавства про охорону здоров'я, Кодекс про адміністративні правопорушення тощо).

Для правового регулювання провадження ліцензування першочергове значення мають Закон України «Про підприємництво», а також Закон України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності». Дія останнього Закону поширюється на усіх суб'єктів господарювання (як юридичних, так і фізичних осіб), діяльність яких пов'язана із виробництвом (виготовленням) продукції, торгівлею, наданням послуг, виконанням робіт. До сфери його дії не потрапляють, зокрема, ліцензування банківської діяльності, зовнішньоекономічної діяльності, ліцензування каналів мовлення, ліцензування в сфері електроенергетики та використання ядерної енергії, ліцензування в сфері інтелектуальної власності. Перелічені види діяльності підлягають ліцензуванню згідно з законами, що регулюють відносини у цих сферах. Стаття 2 зазначеного Закону чітко вказує, що види діяльності, крім випадків, передбачених частиною другою цієї статті, які не включено до переліку видів господарської діяльності, встановленого статтею 9 цього Закону, не підлягають ліцензуванню.

Найбільше значення в зазначеному Законі, як уявляється, має визначення переліку (60 позицій) видів господарської діяльності, що підлягають ліцензуванню (ст. 9). На перший погляд цей перелік є вичерпним. В той же час, текст статті містить у собі деякі суперечності і певні, на нашу думку, недоробки, здатні викликати непорозуміння під час застосування Закону на практиці. Зокрема, вже пункт 2 згаданого переліку потребує певного уточнення. В цьому пункті йдеться про те, що потребує ліцензування діяльність, пов'язана із виробництвом, ремонтом вогнепальної зброї, боєприпасів до неї, холодної зброї та ін. Разом з тим у більшості інших випадків ліцензуванню підлягає також діяльність вже на стадії розроблення тих чи інших предметів (наприклад, пп. 13–14 ст. 9, відповідно до яких ліцензування потребує діяльність щодо розроблення, виготовлення, виробництва і використання спеціальних технічних засобів для зняття інформації з каналів зв'язку, інших засобів негласного отримання інформації, а також розроблення, виготовлення, використання, експлуатації криптосистем і засобів криптографічного захисту інформації тощо). Ми вважаємо, що відносно вогнепальної та холодної зброї, а також відповідних боєприпасів до неї треба було б включити до пункту 2 статті 9 ще й слово «розроблення». Адже неконтрольоване розроблення, скажімо, кулемета з отруйними чи розривними кулями несе в собі не менше небез-

пеки, ніж використання несанкціонованих засобів криптографічного захисту інформації.

Передбачено також ліцензування у сфері надання освітніх послуг загальноосвітніми, професійно-технічними та вищими навчальними закладами. Однак, чи означає це, що освітня діяльність поза зазначеними структурами не підлягає ліцензуванню? Наприклад, організація курсів іноземних мов, курсів абітурієнтів, репетиторські послуги не згадуються в статті, хоча усі ці організаційні форми повною мірою відповідають ознакам підприємницької діяльності, в якій зловживань може бути набагато більше, ніж у сфері функціонування пересічних загальноосвітніх шкіл.

В той же час деякі специфічні види діяльності залишилися поза межами уваги законодавців явно за недоглядом. Скажімо, незрозуміло, чи треба отримати ліцензію на керування гуртком йоги. З одного боку, йога не підпадає під дію ані п.26 ст.9 («медична практика»), ані п.30 («надання освітніх послуг»). Разом з тим необхідність ліцензування такого роду діяльності безсумнівна. Не менше питань виникає щодо діяльності у сфері спорту. Зокрема, п.50 ст.9 передбачає ліцензування фізкультурно-оздоровчої та спортивної діяльності. Нижче (після двокрапки) йде розшифровка, яка повинна була б зняти усі питання: організація та проведення спортивних занять професіоналів і любителів спорту; діяльність з підготовки спортсменів до змагань з різних видів спорту, «визнаних в Україні». Якраз останнє «роз'яснення» спричиняє безліч складнощів. Якщо взяти, наприклад, ту ж йогу. Чи можна вважати її, наприклад, спортом? Мабуть, ні (хоча про екзотичні змагання йогінів відомо). Або візьмемо яку-небудь небезпечну боротьбу із важковимовлюваною назвою. Вона не буде належати до «визнаних в Україні», але ліцензування від того вона не перестає потребувати.

Основна кількість правових норм, які регулюють дозвільне провадження, міститься у відомчих нормативних актах міністерств та інших центральних органів виконавчої влади. Проблеми відомчого правового регулювання вже тривалий час є предметом пильної уваги представників різних галузей правової науки. Частіш за все ці акти одержують критичні відгуки. Представники крайнього негативного ставлення до відомчих актів взагалі не вважають їх джерелами права, принизливо називаючи «бюрократичним звичасвим правом», яке не передбачено і не санкціоновано законом [див.: 6, с.20–26; 7, с.217 та ін.]. Разом з тим норми відомчих актів складають значну частину норм, які безпосередньо регулюють дозвільне провадження. Законодавчі акти частіш за все визначають лише загальні його засади, застосовувати ці норми без конкретизації часто неможливо. У цьому полягає значення відомчого регулювання.

Варто звернути увагу також на те, що кожен вид нормативних актів має свій рівень правового регулювання, тобто існує тісний взаємозв'язок між юридичною силою нормативних актів і колом суспільних відносин, які вони регулюють [8, с.70.]. Незважаючи на те, що становлення правової держави вимагає розширення сфери регулювання суспільних відносин зако-

ном, законодавче регулювання не може охопити всіх цих відносин. Те ж саме можна сказати і про нормативні акти Президента та Уряду України.

Список літератури: 1. Алексеев С.С. Право: азбука – теория – философия: Опыт комплексного исследования. М., 1999. 2. Про ліцензування певних видів господарської діяльності: Закон України // Відомості Верховної Ради України. 2000. № 36. Ст. 299. 3. Про право власності на окремі види майна: Постанова Верховної Ради України // Відомості Верховної Ради України. 1992. № 35. Ст. 517; 1993. № 22. Ст. 233; 1994. № 34. Ст. 322; 1995. № 5. Ст. 33. 4. Про патентування деяких видів підприємницької діяльності: Закон України // Відомості Верховної Ради України. 1996. № 20. Ст. 82; 1999. № 38. Ст. 345. 5. Теория права и государства / О.Ф. Скакун, Н.К. Подберезский. Х., 1997. 6. Разумович Н.М. Источники и форма права // Сов. государство и право. 1988. № 3. 7. Сурилов А.В. Теория государства и права: Учеб. пособие. Одесса., 1989. 8. Поленина С.В., Сильченко Н.В. Научные основы типологии нормативно-правовых актов в СССР. М., 1987. 9. Агапов А.Б. Учебник административного права. М., 1999.

Надійшла до редколегії 01.11.02