

Юридична Україна

ЩОМІСЯЧНИЙ НАУКОВИЙ ЖУРНАЛ

№ 10 (118) 2012

Заснований у січні 2003 р.



Співзасновники:

Київський регіональний центр
Національної академії правових наук України,

Науково-дослідний інститут
приватного права і підприємництва
Національної академії правових наук України,

ТОВ "Юрінком Інтер"

Видавець: ТОВ "Юрінком Інтер"

Згідно з постановою президії Вищої атестаційної комісії України від 18.11.2009 р.
№ 1-05/5 журнал "Юридична Україна" включено до переліку наукових фахових
видань України, в яких можуть публікуватися результати дисертаційних робіт
на здобуття наукових ступенів доктора і кандидата юридичних наук.

Київ – 2012

РЕДАКЦІЙНА РАДА:

О. Л. Копиленко —
доктор юридичних наук, професор
(голова ради),
О. В. Скрипнюк —
доктор юридичних наук, професор,
(заступник голови ради),
Л. К. Воронова —
доктор юридичних наук, професор,
В. Г. Гончаренко —
доктор юридичних наук, професор,
В. В. Коваленко —
доктор юридичних наук,
О. Д. Крупчан —
кандидат юридичних наук,
Є. Б. Кубко —
доктор юридичних наук, професор,
В. В. Луць —
доктор юридичних наук, професор,
В. Т. Маляренко —
доктор юридичних наук, професор,
В. К. Мамутов —
доктор юридичних наук, професор,
Н. М. Мироненко —
доктор юридичних наук, професор,
Н. Р. Нижник —
доктор юридичних наук, професор,

М. І. Панов —
доктор юридичних наук, професор,
Л. В. Підпалов —
заслужений юрист України,
Д. М. Притика —
доктор юридичних наук,
П. М. Рабінович —
доктор юридичних наук, професор,
М. В. Руденко —
доктор юридичних наук, професор,
М. Я. Сегай —
доктор юридичних наук, професор,
М. Ф. Селівон —
кандидат юридичних наук,
М. О. Теплюк —
заступник Керівника Апарату
Верховної Ради України —
Керівник Головного
юридичного управління,
В. М. Шаповал —
доктор юридичних наук, професор,
Ю. С. Шемшученко —
доктор юридичних наук, професор.

РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ:

О. Д. Крупчан —
кандидат юридичних наук
(голова колегії),
В. В. Коваленко —
доктор юридичних наук
(заступник голови колегії),
В. С. Ковальський —
доктор юридичних наук
(заступник голови колегії),
А. Б. Гриняк —
кандидат юридичних наук,
М. К. Галянтич —
доктор юридичних наук,
О. Л. Копиленко —
доктор юридичних наук, професор,

В. В. Луць —
доктор юридичних наук, професор,
Н. М. Мироненко —
доктор юридичних наук, професор,
В. Д. Примак —
кандидат юридичних наук,
М. Я. Сегай —
доктор юридичних наук, професор,
О. В. Скрипнюк —
доктор юридичних наук, професор,
І. С. Примак —
завідувач редакції періодичних науково-
практичних видань.

Журнал рекомендовано до друку Вченою радою Науково-дослідного інституту
приватного права і підприємництва Національної академії правових наук України
(протокол № 9 від 26.09.2012 р.).

ЗМІСТ

ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Волинець Віталій. Проблеми правового забезпечення інформаційної функції держави у сучасній Україні. 4

Бондарева Катерина. Трансформації права та його інститутів у тоталітарних політичних режимах 11

ПРОБЛЕМИ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА

Льницька Надіра. Сутність державного регулювання діяльності юридичних осіб приватного права 18

Ченкова Наталія. Сутність принципу рівності перед законом і судом в адміністративному процесі 26

Шемігон Тетяна. Перспективи законодавчого регулювання вимог до кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу державної форми власності 31

ПИТАННЯ РОЗВИТКУ ПРИВАТНОГО ПРАВА

Венедіктова Ірина. Захист інтересів у правовідносинах щодо здійснення особистих немайнових прав 38

Гриняк Андрій. Поняття правопорушень у сфері договірних підрядних відносин 45

Міловська Надія. Правові наслідки продовження користування майном після закінчення строку договору найму (оренди) 51

ЕКОНОМІКА І ПРАВО

Воловик Оксана. Економічний аналіз права: потенціал та проблеми використання у правових дослідженнях 56

Кикоть Олена. Стадії реалізації договірної господарсько-правової відповідальності 60

ЗЕМЕЛЬНЕ, АГРАРНЕ ТА ЕКОЛОГІЧНЕ ПРАВО

Станіславський Валерій. Правове регулювання діяльності аграрної біржі із забезпечення продовольчої безпеки 68

Дроздюк Тетяна. Сутність та інфраструктура ринку земель в Україні 76

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ НАУКИ

Яра Олена. Вплив норм міжнародного права на стан кримінально-правової охорони прав інтелектуальної власності. 81

Набруско Марія. Використання матеріалів оперативно-розшукової діяльності для забезпечення безпеки учасників судочинства у кримінальних справах про торгівлю людьми. 87

Топорецька Зоряна. Призначення судових експертиз при розслідуванні незаконного зайняття гральним бізнесом 93

СУД І ПРАВООХОРОННІ ОРГАНИ

Смокович Михайло. Судова влада: місце в суспільстві та судовий контроль 99

БІБЛІОГРАФІЯ

Орлюк Олена. Рецензія на монографію В. І. Полюховича «Державне регулювання фондового ринку: господарсько-правовий механізм» 108

УДК 342.3

Віталій Волинець,

кандидат політичних наук, доцент

ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ІНФОРМАЦІЙНОЇ ФУНКЦІЇ ДЕРЖАВИ У СУЧАСНІЙ УКРАЇНІ

У статті розкрито специфіку розвитку і правового забезпечення інформаційної функції держави в сучасних умовах глобального розвитку та появи нових інформаційних технологій. Автор доводить значення інформаційної функції як для діяльності демократичних інститутів держави, так і для громадянського суспільства. Особлива увага надається правовому забезпеченню інформаційної функції в Україні.

Ключові слова: функції держави, інформаційна функція, законодавство України, Конституція України, права людини в інформаційній сфері, демократичні інститути, інформація.

Динамічна природа функцій держави, які є формою відображення її сутності і одночасно основними напрямками її діяльності відповідно до об'єктивних суспільних потреб та специфіки розвитку суспільних відносин [1], змушує сучасну юридичну науку досліджувати не лише «класичну систему» функцій держави, що впливають з публічно-владної основи самої її організації, а й ті нові функції, що виникають і активно розвиваються під впливом нових суспільних та історичних реалій. У цьому сенсі особливого науково-теоретичного значення набуває комплексний аналіз тих «нових функцій», які не просто об'єктивуються у нинішніх умовах, а й стають невіддільною частиною сучасного розвитку будь-якої держави і суспільства. Однією з них, поза всяким сумнівом, є інформаційна функція, генеза якої прямо корелює, з одного боку — з процесом забезпечення інформаційних прав людини і громадянина [2], а з другого — з появою нового типу суспільства — інформаційного [3], а також нового типу простору суспільних відносин, яким є інформаційно-комунікативний простір [4]. Це зумовлює підвищену увагу науковців, які працюють у галузі теорії держави і права, конституційного права, інформаційного права, до проблем правового забезпечення інформаційної функції держави, а також до уточнення її місця та ролі в системі функцій сучасної держави. Зокрема, як наголошує В. Лопатін, появу «інформаційної держави», а та-

кож формування єдиного інформаційного простору держави як «сукупності інформаційних ресурсів та інформаційної інфраструктури» [5] ставить принципово нові завдання перед юридичною наукою в частині осмислення ролі інформаційної функції та інформаційних відносин. Схожу позицію аргументує Н. Федосеева, яка також зазначає, що у сучасних умовах дослідження інформаційної функції набувають дедалі більшої теоретично-наукової і практичної ваги [6]. При цьому варто зазначити, що цю саму думку Є. Устинович доводить, спираючись на аналіз джерельної бази та кількості науково-юридичних публікацій з цієї тематики, що публікувались останнім часом [7].

Однак, крім своєї наукової значущості, зазначена проблематика має всі ознаки теоретичної і практичної актуальності. Вкажемо на головні з них.

По-перше, налагодження нових механізмів взаємодії між демократичною державою (нагадаємо, що саме такою державою Україна і проголосила себе у ст. 1 Конституції) і громадянським суспільством неможливе поза створенням і розвитком того, що Ю. Габермас позначив поняттям «сфера відкритості», коли влада не лише стає інструментом вирішення найважливіших суспільних проблем, а й набуває властивостей загальнодоступності [8]. Тобто кожен громадянин отримує можливість впливати на дії органів державної влади, спираючись на наявні у нього знання, а також на власне розумін-

ня цілей і пріоритетів суспільного розвитку. Очевидно, що у таких умовах особливого значення набувають інформаційні відносини, які повинні не лише сприяти розширенню сфери вільного обігу інформації, а й забезпечити демократичну участь громадян, яка спирається не стільки на різноманітні емоційні стани, скільки на усвідомлений і раціональний вибір, який втілюється в житті завдяки чітко визначеним правовим інститутам та механізмам.

По-друге, важливою проблемою розвитку сучасної держави є гарантування інформаційної безпеки (ці питання було всебічно досліджено у працях Б. Кормича [9]). Зазначена діяльність прямо пов'язана з інформаційною функцією держави, зважаючи на кількість небезпек, які постають перед Україною в інформаційній сфері, — відповідно до Закону України «Про Основи національної безпеки України» [10] ними є: прояви обмеження свободи слова та доступу громадян до інформації; поширення засобами масової інформації культу насильства, жорстокості, порнографії; комп'ютерна злочинність та комп'ютерний тероризм; розголошення інформації, яка становить державну та іншу, передбачену законом, таємницю, а також конфіденційної інформації, що є власністю держави або спрямована на забезпечення потреб та національних інтересів суспільства і держави; намагання маніпулювати суспільною свідомістю, зокрема шляхом поширення недостовірної, неповної або упередженої інформації. У цьому контексті успішність та ефективність інформаційної політики є однією з головних запорок як повноти реалізації інформаційної функції держави, так і гарантування її інформаційної безпеки.

По-третє, наприкінці ХХ і на початку ХХІ століття людство стикається з тим, що нині предметом праці дедалі більшої кількості людей є інформація та знання [11]. З цього погляду вступ суспільства і держави у нову «інформаційну фазу розвитку» [12] з необхідністю актуалізує дослідження процесів появи і розвитку інформаційної функції держави. Причому специфіка розвитку інформаційного простору (в якому національний вимір і глобальний є не просто тісно пов'язаними, а й часто настільки переплетеними, що їх чітке розмежування є практично неможливим [13]) робить нагальною потребу

переосмислення класичних методів і підходів до функцій держави, коли всі вони могли досліджувати або через призму внутрішньої політики, або в аспекті зовнішньої політики держави. Більше того, наразі процес правового забезпечення інформаційної функції держави швидко інтернаціоналізується й інтегрує у себе норми міжнародного права в частині гарантування вільного обігу інформації, захисту персональних даних, неможливості маніпулювання інформацією, забезпечення людства від інформаційного тероризму тощо.

Таким чином, ставлячи на меті аналіз ролі та значення інформаційної функції у розвитку сучасної України, а також стан, проблеми і перспективи її правового забезпечення, необхідно вирішити такі конкретні завдання: а) окреслити зміст та загальне поняття інформаційної функції держави; б) визначити правові основи забезпечення і реалізації інформаційної функції в сучасній Україні; в) охарактеризувати проблеми і перспективи розвитку законодавства України щодо удосконалення системи забезпечення інформаційної функції.

Наразі, за словами А. Титова, у юридичній науці можна виділити декілька концептуальних підходів до визначення поняття інформаційної функції держави [14]. Як правило, ця функція тлумачиться у контексті регулювання державою процесів отримання, використання, збереження та поширення інформації. Зокрема, як зазначає Е. Мамонтова, «інформаційна функція держави полягає у забезпеченні системи отримання, використання, поширення та збереження інформації» [15]. Причому в процесі реалізації цієї функції активно взаємодіють органи всіх трьох гілок державної влади: законодавчої, виконавчої та судової [16]. На думку інших дослідників, зміст інформаційної функції є ширшим, оскільки її реалізація включає у себе такі елементи, як: забезпечення вільного доступу до інформації, створення ефективної системи інститутів у частині реалізації громадянами їх інформаційних прав, організація єдиної системи захисту інформації, забезпечення розвитку та постійне удосконалення системи інформаційної безпеки держави, створення загального ринку інформації, забезпечення об'єктивних суспільних потреб в інформаційних продуктах та інформа-

ційних послугах [17]. Очевидно, що остання позиція виглядає більш обґрунтованою, оскільки «звужене» тлумачення інформаційної функції фактично редукує її до процесу державного регулювання інформаційних відносин. Отже, можна стверджувати, що інформаційна функція держави включає у себе ще й такий елемент, як створення цілісного інформаційного простору, який би сприяв нормальному функціонуванню всіх гілок державної влади та органів держави [18]. Останнє зауваження видається вельми важливим з огляду на те, що воно дає можливість усвідомити реальну роль інформаційної функції у розвитку демократичної держави. Справді, вільний обіг інформації, що поєднується з надійною системою заходів інформаційної безпеки, наявність її об'єктивних джерел, якість інформаційного простору і його динамізм, ефективність обміну інформацією як у суспільстві, так і в системі органів державної влади — все це не просто супутні фактори розвитку сучасної демократії, а її необхідні умови. У цьому сенсі можна стверджувати, що інформаційна функція є виразом сутності сучасної демократичної держави, яка відіграє не меншу, а подекуди навіть більшу роль, ніж такі «класичні» функції, як, наприклад, політична, економічна або ідеологічна. За цієї причини, особливою важливістю набуває питання правового регулювання у сфері інформаційних відносин, і, зокрема — забезпечення ефективності реалізації інформаційної функції Української держави.

На сьогоднішній день процес реалізації інформаційної функції Української держави регулюється Конституцією України, законами України «Про інформацію», «Про телебачення і радіомовлення», «Про Національну раду України з питань телебачення і радіомовлення», «Про друковані засоби масової інформації (пресу) в Україні», «Про інформаційні агентства», «Про авторське право і суміжні права», «Про захист прав споживачів», «Про захист суспільної моралі», «Про державну підтримку засобів масової інформації та соціальний захист журналістів», «Про порядок висвітлення діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування в Україні засобами масової інформації», «Про рекламу», «Про ліцензування певних видів господарської діяльності», «Про

захист економічної конкуренції», «Про доступ до публічної інформації», постановою Кабінету Міністрів України від 11.07.2007 р. № 897 «Про затвердження Положення про Державний комітет телебачення та радіомовлення України» та іншими нормативно-правовими актами України.

Утім, навіть незважаючи на наявність цілої низки важливих нормативно-правових актів, не можна не визнати, що наразі ступінь реалізації інформаційної функції держави є недостатнім і не відповідає потенціалу та можливостям України, оскільки: відсутня координація зусиль державного і приватного секторів економіки з метою ефективного використання наявних ресурсів; ефективність використання фінансових, матеріальних, кадрових ресурсів, спрямованих на інформатизацію, впровадження ІКТ у соціально-економічну сферу, зокрема в сільське господарство, є низькою; наявне відставання у впровадженні технологій електронного бізнесу, електронних бірж та аукціонів, електронних депозитаріїв, використанні безготівкових розрахунків за товари і послуги тощо; рівень інформатизації окремих галузей економіки, деяких регіонів держави є низьким; розвиток нормативно-правової бази інформаційної сфери недостатній; створення інфраструктури для надання органами державної влади та органами місцевого самоврядування юридичним і фізичним особам інформаційних послуг з використанням мережі Інтернет відбувається повільно; рівень комп'ютерної та інформаційної грамотності населення є недостатнім, впровадження нових методів навчання із застосуванням сучасних ІКТ — повільним; рівень інформаційної представленості України в Інтернет-просторі є низьким, а присутність україномовних інформаційних ресурсів — недостатньою; рівень державної підтримки виробництва засобів інформатизації, програмних засобів та впровадження ІКТ є недостатнім, що не забезпечує всіх потреб економіки і суспільного життя; спостерігаються нерівномірність забезпечення можливості доступу населення до комп'ютерних і телекомунікаційних засобів, поглиблення «інформаційної нерівності» між окремими регіонами, галузями економіки та різними верствами населення; не вирішуються у повному обсязі питання за-

хисту авторських прав на комп'ютерні програми, відсутні системні державні рішення, спрямовані на створення національних інноваційних структур (центрів, технополісів і технопарків) з розробки конкурентоспроможного програмного забезпечення.

Важливим свідченням усвідомлення на державному рівні значущості інформаційної функції держави стало прийняття Основних засад розвитку інформаційного суспільства в Україні на 2007—2015 рр., що були затверджені Законом України від 09.01.2007 р. [19]. Зокрема у цьому документі було чітко зазначено, що одним із головних пріоритетів України є прагнення побудувати орієнтоване на інтереси людей, відкрите для всіх і спрямоване на розвиток інформаційне суспільство, в якому кожен міг би створювати і накопичувати інформацію та знання, мати до них вільний доступ, користуватися і обмінюватися ними, щоб надати можливість кожній людині повною мірою реалізувати свій потенціал, сприяючи суспільному і особистому розвитку та підвищуючи якість життя. При створенні інформаційного суспільства пропонувалося керуватися загальними принципами Конституції України, а також базуватися на принципах свободи створення, отримання, використання та розповсюдження інформації; об'єктивності, достовірності, повноти і точності інформації; гармонізації інтересів людини, суспільства та держави в інформаційній діяльності; обов'язковості публікації інформації, яка має важливе суспільне значення; обмеження доступу до інформації виключно на підставі закону; мінімізації негативного інформаційного впливу та негативних наслідків функціонування ІКТ; недопущення незаконного розповсюдження, використання і порушення цілісності інформації; гармонізації інформаційного законодавства та всієї системи вітчизняного законодавства.

Щоправда, говорячи про специфіку і розвиток системи правового забезпечення інформаційної функції сучасної України, слід нагадати, що одним з перших важливих законів у цій галузі виступив Закон України «Про інформацію», який було прийнято 02.10.1992 р. і який нині діє в редакції від 31.01.2011 р. [20]. Зазначеним законом було чітко визначено, що основними принципами інформацій-

них відносин в Україні є: гарантованість права на інформацію; відкритість, доступність інформації, свобода обміну інформацією; достовірність і повнота інформації; свобода вираження поглядів і переконань; правомірність одержання, використання, поширення, зберігання та захисту інформації; захищеність особи від втручання в її особисте та сімейне життя. Водночас основними напрямками державної інформаційної політики було встановлено: забезпечення доступу кожного до інформації; забезпечення рівних можливостей щодо створення, збирання, одержання, зберігання, використання, поширення, охорони, захисту інформації; створення умов для формування в Україні інформаційного суспільства; забезпечення відкритості та прозорості діяльності суб'єктів владних повноважень; створення інформаційних систем і мереж інформації, розвиток електронного урядування; постійне оновлення, збагачення та зберігання національних інформаційних ресурсів; забезпечення інформаційної безпеки України; сприяння міжнародній співпраці в інформаційній сфері та входженню України до світового інформаційного простору.

Важливим наслідком прийняття цього Закону стало формування цілісної системи державного забезпечення права на інформацію та самої інформаційної функції держави, яка включала у себе: механізм реалізації права на інформацію; створення можливостей для вільного доступу до статистичних даних, архівних, бібліотечних і музейних фондів, інших інформаційних банків, баз даних, інформаційних ресурсів; обов'язок суб'єктів владних повноважень інформувати громадськість та засоби масової інформації про свою діяльність і прийняті рішення; обов'язок суб'єктів владних повноважень визначити спеціальні підрозділи або відповідальних осіб для забезпечення доступу запитувачів до інформації; здійснення державного і громадського контролю за додержанням законодавства про інформацію; встановлення юридичної відповідальності за порушення законодавства про інформацію.

Після цього процес правового забезпечення інформаційної функції держави проходив доволі складно, адже, незважаючи на значну кількість різноманітних законодавчих та інших нормативно-правових актів (частина з яких вже

була згадана вище), сам розвиток інформаційної сфери практично постійно засвідчував наявність істотних недоліків та прогалин законодавчого регулювання у цій сфері. Одним із останніх важливих законодавчих кроків у цьому напрямі стало прийняття Закону України «Про доступ до публічної інформації» від 13.01.2011 р. [21], який визначив порядок здійснення та забезпечення права кожного на доступ до інформації, що знаходиться у володінні суб'єктів владних повноважень, інших розпорядників публічної інформації та інформації, що становить суспільний інтерес.

Відповідно до норм ст. 4 цього Закону, доступ до публічної інформації здійснюється на принципах: прозорості та відкритості діяльності суб'єктів владних повноважень; вільного отримання та поширення інформації, крім обмежень, встановлених законом; рівноправності, незалежно від ознак раси, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, мовних або інших ознак. Водночас сам процес забезпечення цього права гарантується: обов'язком розпорядників інформації надавати та оприлюднювати інформацію, крім випадків, передбачених законом; визначенням розпорядником інформації спеціальних структурних підрозділів або посадових осіб, які організують у встановленому порядку доступ до публічної інформації, якою він володіє; максимальним спрощенням процедури подання запиту та отримання інформації; доступом до засідань колегіальних суб'єктів владних повноважень, крім випадків, передбачених законодавством; здійсненням парламентського, громадського та державного контролю за дотриманням прав на доступ до публічної інформації; юридичною відповідальністю за порушення законодавства про доступ до публічної інформації.

Важливим інститутом, який було закріплено цим законом, і який має особливе значення в контексті аналізу інформаційної функції держави, стало чітке визначення тих суб'єктів, які є розпорядниками інформації. Зокрема ст. 13 до них фактично було віднесено чотири категорії суб'єктів, а саме: а) суб'єкти владних повноважень — органи державної влади, інші державні органи, органи місцевого самоврядування, органи влади

Автономної Республіки Крим, інші суб'єкти, що здійснюють владні управлінські функції відповідно до законодавства та рішення яких є обов'язковими для виконання; б) юридичні особи, що фінансуються з державного, місцевих бюджетів, бюджету Автономної Республіки Крим, — стосовно інформації щодо використання бюджетних коштів; в) особи, якщо вони виконують делеговані повноваження суб'єктів владних повноважень згідно із законом чи договором, включаючи надання освітніх, оздоровчих, соціальних або інших державних послуг, — стосовно інформації, пов'язаної з виконанням їхніх обов'язків; г) суб'єкти господарювання, які посідають домінуюче становище на ринку або наділені спеціальними чи виключними правами, або є природними монополіями, — стосовно інформації щодо умов постачання товарів, послуг та цін на них.

Узагальнюючи отримані у ході даного дослідження результати, можна зробити такі висновки.

По-перше, протягом останніх десятиріч в Україні спостерігається поступальний розвиток інформаційної сфери як особливої системи суспільних відносин, що виникають в усіх сферах життя і діяльності суспільства та держави в результаті одержання, використання, поширення та зберігання інформації, насамперед у сфері законодавчого закріплення права особи на інформацію та на вільне поширення її в країні і за кордоном, трансформації моделі взаємовідносин між органами державної влади та засобами масової інформації, створення національних систем і мереж інформації тощо. Все це істотно підвищило важливість та роль науково-правових досліджень самого поняття інформаційної функції держави та специфіки її реалізації.

По-друге, основною метою реалізації інформаційної функції Української держави є створення політико-правових, економічних, організаційних та матеріально-технічних умов для формування сучасної моделі державного регулювання інформаційних відносин, підвищення ефективності використання усіх видів інформаційних ресурсів і управління елементами інформаційно-комунікаційної інфраструктури, державної підтримки виробництва і розповсюдження вітчизняної інформаційної продукції, забезпе-

чення розвитку та захисту вітчизняної інформаційної сфери тощо.

По-третє, одним із важливих кроків на шляху правового забезпечення інформаційної функції Української держави може стати прийняття Інформаційного кодексу України, який би, крім вже визначених на законодавчому рівні інформаційних відносин, регулював засади електронної торгівлі, забезпечував правову охорону прав на зміст комп'ютерних програм, удосконалення захисту прав інтелектуальної власності, в тому числі авторського права при розміщенні та використанні творів у мережі Інтернет, сприяв розвиткові системи охорони баз даних, дистанційного навчання, регулював надання органами

державної влади та органами місцевого самоврядування юридичним та фізичним особам інформаційних послуг з використанням мережі Інтернет тощо. Окремі кроки вже було зроблено у цьому напрямі, але очевидно, що їх наразі не можна вважати ані системними, ані завершеними.

Порушені у межах цієї статті проблеми та сформульовані пропозиції не дають розв'язання всіх питань, що постають у контексті аналізу інформаційної функції сучасної держави. Тому продовження наукових розробок у цій галузі є перспективним напрямом наукових досліджень у галузі права і державознавства.

ПРИМІТКИ

1. Теория права и государства : учебник / под ред. В. В. Лазарева. — М. : Право и закон, 2001. — С. 367.
2. Скрипнюк О. В. Конституційне право України : підручник / О. В. Скрипнюк. — К. : Ін Юре, 2010. — С. 331.
3. Волокитин А. В. Роль государства в развитии информационного общества / А. В. Волокитин, И. Н. Курносое // Развитие информационного общества в России : сб. ст. / под ред. Н. В. Борисова и Ю. Е. Хохлова. — СПб. : Изд-во СПб. ун-та, 2001. — С. 19—38.
4. Петраков С. І. Моделі державного регулювання інформаційної сфери: закордонний досвід [Електронний ресурс] / С. І. Петраков // Актуальні проблеми державного управління : зб. наук. праць. — Х. : Вид-во ХарPI НАДУ «Магістр», 2011. — № 1 (39) — Режим доступу : <http://www.kbuara.kharkov.ua/e-book/apdu/2011-1/doc/4/08.pdf>.
5. Бачило И. Л. Информационное право : учебник / И. Л. Бачило, В. Н. Лопатин, М. А. Федотов. — СПб. : Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2005. — С. 62.
6. Федосеева Н. Н. Информационная функция в системе функций государства / Н. Н. Федосеева // Информационное право. — 2008. — № 4. — С. 17—21; Також див. Федосеева Н. Н. Информационная функция современного Российского государства / Н. Н. Федосеева // Юрист. — 2007. — № 6. — С. 58—62.
7. Устинович Е. С. О состоянии правовых исследований понятия «информационная функция государства» / Е. С. Устинович // Информационное право. — 2009. — № 1 (16). — С. 7—9.
8. Габермас Ю. Структурні перетворення у сфері відкритості / Ю. Габермас ; пер. з нім. А. Онишко. — Львів : Літопис, 2000. — С. 131.
9. Див.: Кормич Б. А. Структуризація інституціонального механізму захисту інформаційної безпеки України / Б. А. Кормич // Держава і право : зб. наук. праць. Юридичні і політичні науки. — К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2003. — Вип. 19. — С. 188—193; Кормич Б. А. Функція держави щодо захисту інформаційної безпеки / Б. А. Кормич // Держава і право : зб. наук. праць. Юридичні і політичні науки. — К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2002. — Вип. 18. — С. 103—109; Кормич Б. А. Основні елементи механізму інформаційної безпеки України / Б. А. Кормич // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. праць. — О. : Юрид. літ., 2003. — Вип. 18. — С. 399—404; Кормич Б. А. Організаційно-правові засади політики інформаційної безпеки України / Б. А. Кормич. — О. : Юрид. літ., 2003.
10. Про Основи національної безпеки України : Закон України від 19.06.2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 39. — Ст. 351.
11. Просвирнин Ю. Г. Информационная функция государства / Ю. Г. Просвирнин // Журнал российского права. — 2002. — № 3. — С. 29—30.
12. Мелюхин И. С. Информационное общество: истоки, проблемы, тенденции развития / И. С. Мелюхин. — М. : МГУ, 1999. — С. 15—16.

13. Чернов А. А. Становление глобального информационного общества: проблемы и перспективы / А. А. Чернов. — М. : Изд.-торг. корпорация «Дашков и К^о», 2003.
14. Титов А. С. К вопросу о понятии информационной функции российского государства / А. С. Титов // Право и государство: теория и практика. — 2008. — № 11 (47). — С. 9—12.
15. Мамонтова Е. В. Внутрішні та зовнішні функції держави : символічний аспект [Електронний ресурс] / Е. В. Мамонтова. — Режим доступу : http://www.rusnauka.com/12.APSN_2007/Tesnic/20964.doc.htm.
16. Ермошина Р. А. Взаимодействие законодательной, исполнительной и судебной власти в реализации информационной функции государства / Р. А. Ермошина, А. А. Чеботарева // Российская юстиция. — 2010. — № 12. — С. 56—59.
17. Червонюк В. И. Теория государства и права : учебник / В. И. Червонюк. — М. : ИНФРА-М, 2007. — С. 125.
18. Теория государства и права : учебник / отв. ред. В. Д. Перевалов. — М. : НОРМА, 2006. — С. 78.
19. Про Основні засади розвитку інформаційного суспільства в Україні : Закон України від 09.01.2007 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2007. — № 12. — Ст. 102.
20. Про внесення змін до Закону України «Про інформацію» : Закон України від 31.01.2011 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2011. — № 32. — Ст. 313.
21. Про доступ до публічної інформації : Закон України від 13.01.2011 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2011. — № 32. — Ст. 314.

Вольнец Виталий. Проблемы правового обеспечения информационной функции государства в современной Украине.

В статье раскрыта специфика развития и правового обеспечения информационной функции государства в современных условиях глобального развития и появления новых информационных технологий. Автор доказывает значение информационной функции для развития демократических институтов государства и для гражданского общества. Особое внимание уделяется правовому обеспечению информационной функции в Украине.

Ключевые слова: функции государства, информационная функция, законодательство Украины, Конституция Украины, права человека в информационной сфере, демократические институты, информация.

Volynets Vitaliy. The problems of legal ensuring information function of state in modern Ukraine.

The article studies the specifics of the information function of the state development and its legal support in the modern conditions of global development and the emergence of new information technologies. The author proves the value of information function for the development of democratic institutions of the state and civil society. Particular attention is paid to the legal provision of the information function in Ukraine.

Key words: state functions, information function, legislation of Ukraine, the Ukrainian Constitution, human rights in the sphere of information, democratic institutions, information.

УДК 342.34

Катерина Бондарева,асистент кафедри цивільно-правових дисциплін юридичного факультету
Київського національного університету культури і мистецтв

ТРАНСФОРМАЦІЇ ПРАВА ТА ЙОГО ІНСТИТУТІВ У ТОТАЛІТАРНИХ ПОЛІТИЧНИХ РЕЖИМАХ

У статті досліджується специфіка правової інституціоналізації тоталітарних політичних режимів. Автор аналізує роль права та його трансформації в умовах тоталітарних режимів, характер правового регулювання, функції права, а також правові засоби відтворення основних ознак тоталітарних режимів.

Ключові слова: *правова інституціоналізація, правове регулювання, функції права, тоталітаризм, політичний режим, законодавство.*

Активні правові та політологічні дослідження тоталітарних режимів почалися приблизно з середини минулого століття. Справді, необхідність звернення до правових аспектів інституціоналізації політичних режимів як невід'ємної складової загального наукового аналізу форми держави порушує питання про типологізацію політичних режимів, а також про визначення тих фундаментальних ознак, механізмів та інститутів, які дозволяють не лише сформуватись тому чи іншому політичному режиму, а й відтворювати свої визначальні властивості як на рівні організації і функціонування власне системи державної влади, так і у процесі взаємодії з суспільством (незалежно від того, чи йдеться про реальне громадянське суспільство, чи лише про так зване «прото-громадянське суспільство»). З огляду на свою теоретичну і практичну амбівалентність, адже поняття «політичний режим» може виступати предметом досліджень як юридичної, так і політичної науки, методологічно доцільно виділити правовий аспект, який дозволяє через аналіз правових інститутів, тенденцій та закономірностей розвитку права, його ролі у розвитку держави і суспільства охарактеризувати специфіку того чи іншого політичного режиму, обґрунтувати його значення як одного з предметів сучасної юридичної науки.

Актуальність звернення до питань трансформації права та його функцій у тоталітарних політичних режимах зумовлюється декількома причинами.

По-перше, загальний аналіз функцій

права переконливо засвідчує, що процес його впливу на ті чи інші типи суспільних відносин не можна досліджувати у відриві від того, про яку саме державу і про яке суспільство йдеться у тому чи іншому конкретному випадку. Справді, навіть виходячи з найбільш загальної дефініції функцій права як «фундаментальної юридичної категорії, сутність якої полягає у тому, що вона відображає внутрішню притаманну праву властивість, яка діяльнісно реалізується і зумовлюється його сутністю як важливого феномена суспільного буття та розкривається як система взаємопов'язаних напрямів його впливу на соціальну реальність, що спричиняється об'єктивно існуючими у державно організованому суспільстві інтересами й потребами» [1], не можна сперечатися з тим, що ці функції безпосередньо залежать від того загального державного і суспільного середовища, у якому вони реалізуються. З цього погляду необхідно наголосити, що функції права у демократичних політичних режимах вже ставали предметом цілої низки цікавих і змістовних правових розвідок. Натомість специфіка функціонування права у тоталітарних політичних режимах є малодослідженою, що істотно впливає на актуальність та значущість проведення подібних досліджень.

По-друге, актуальності вивчення функціонування права у тоталітарних політичних режимах додає й той факт, що до останнього часу тоталітарний режим розглядався переважно як своєрідна «патологія демократії», що автоматично нада-

вало йому другорядного значення. Однак, як засвідчує юридична наука, тоталітарний режим — це цілком специфічна форма взаємодії суспільства і держави (що включає у себе потужну правову складову), яка не може бути витлумачена лише як певне спотворення демократії або як «недодемократія» [2]. У результаті чого актуалізується питання про характеристику тих правових інститутів, які дозволяють цьому типу політичних режимів зберігати свою стабільність та відтворювати свої ознаки.

По-третє, говорячи про зв'язок суспільного середовища і держави — з одного боку, та права — з іншого (про це чітко пишуть О. Петришин та М. Цвік [3]), слід погодитися з тим, що не тільки право виступає своєрідним «внутрішнім творцем» держави і суспільства, а й саме це право зазнає впливу з боку держави. Більше того, у багатьох випадках цей вплив може бути настільки потужним, що він суттєво деформує право (а разом з ним і правову свідомість, що дозволило В. Мушинському застосовувати таке поняття, як «сутінки тоталітарної свідомості» [4]), надає йому непритаманних властивостей, перетворює його на інструмент узурпації влади, пригнічення громадян та абсолютизації державного свавілля. При цьому зовнішньо легальні правові інститути втрачають свою легітимність в очах громадян, що змінює як саме право, так і його функції. У цьому сенсі вельми важливим та актуальним видається вивчення тих тенденцій в процесі правової інституціоналізації політичних режимів, які дозволяють зафіксувати набуття тим чи іншим політичним режимом небезпечних ознак тоталітарного режиму. Дійсно, як справедливо зазначає В. Ковальчук, «ситуація незбігу легітимності та легальності характерна лише для недемократичних режимів» [5]. Але саме це твердження, яке видається незаперечним, змушує більш глибоко аналізувати специфіку розвитку права та правових інститутів, які зрештою стають основою для наукової оцінки та типологізації політичних режимів.

Таким чином, ставлячи загальною метою нашої статті дослідження трансформацій права та його функцій у тоталітарних політичних режимах, ми повинні розв'язати такі завдання: а) надати правове визначення поняття тоталітарного по-

літичного режиму; б) окреслити основні властивості взаємодії права, держави і суспільства в умовах тоталітарних політичних режимів; в) визначити специфіку функціонування права у тоталітарних політичних режимах, окреслити механізми «інструменталізації права», що застосовуються тоталітарною державою.

Серед вітчизняних фахівців на феномен трансформації функціонування права в умовах різних типів правових режимів одним із перших звернув увагу О. Скрипнюк, який, досліджуючи феномен правової, соціальної і демократичної держави, зазначив, що спосіб взаємодії держави і суспільства істотним чином впливає на те, яку роль у цьому процесі відіграє право, яке може або сприяти забезпеченню народовладдя і прав людини, або навпаки — виступати своєрідною ширмою для політичного режиму, який має на меті узурпацію влади, спотворення ідеї представництва, а також всіх тих принципів та цінностей, на яких засновується розвиток демократичної, соціальної і правової держави. При цьому право, з одного боку, формально закріплює певний статус людини і громадянина (але, насправді, такий статус виявляється лише фікцією), а з іншого — руйнує будь-які основи для розвитку громадянського суспільства (як приклад згаданий вище дослідник наводив право та правову систему Третього рейху) [6].

Утім, для того щоб з'ясувати не лише характер та наслідки трансформації системи функцій права у тоталітарних політичних режимах, а й охарактеризувати загальні властивості їх правової інституціоналізації, необхідно більш чітко визначити сам зміст поняття тоталітарного політичного режиму. Наразі ми цілком свідомо говоримо про правову інституціоналізацію тоталітарних політичних режимів (на думку цілого ряду сучасних дослідників, тоталітарні політичні режими інституціоналізуються не у правовий, а у силовий або насильницький спосіб), оскільки тоталітарна влада ніколи остаточно не відмовляється від права. Це дозволяє окремим дослідникам навіть вживати таке поняття, як «тоталітарне право» [7]. Більше того, тоталітарні держави мають не тільки конституції, а й розвинену систему законодавства, яка покликана стабілізувати даний політичний режим, посилювати його, не допускати появи будь-яких тенденцій, які б

могли послабити рівень концентрації або сили цього політичного режиму. Справді, у разі тоталітарних політичних режимів, ми ведемо мову про певні спотворення права. Однак аналіз зазначеного процесу інструменталізації права і становить інтерес для юридичної науки не тільки у теоретичному, а й у практичному аспектах.

Серед найважливіших ознак тоталітарних політичних режимів, як правило, називають наявність всеохоплюючого партійного контролю партії-гегемона над всією сферою державного управління та суспільного життя [8]. Відповідно до теорії Р. Арона, тоталітарна влада постає як сукупність чотирьох тісно пов'язаних ознак: партійна монополія, ідеологічна монополія, домінування силових та репресивних методів регулювання, максимальний контроль над суспільним життям [9]. Для Х. Арндт тоталітарна держава — це поєднання тоталітарної пропаганди, тоталітарної організації і тоталітарного панування. Причому, з погляду організації системи державної влади та державного управління, Г. Арндт характеризувала тоталітарну державу як безформну, оскільки лише така держава дозволяє послідовно дотримуватись «принципу вождизму» [10]. Не заглиблюючись більш детально у різноманітні політологічні тлумачення феномена тоталітарного політичного режиму, звернемося лише до тих дефініцій, які наразі застосовує сучасна теорія держави і права.

На думку російського дослідника Р. Макуєва, будь-який тоталітарний політичний режим (незалежно від його різновидів) має такі ознаки: тотальне (глобальне) втручання у всі сфери суспільного життя, ідеологізація суспільства, зазіхання на безмежну владу; нетерплячість до будь-яких інших поглядів та ідей; всезагальний державний контроль над економікою, політикою, культурою, ідеологією, релігією, засобами масової інформації, освітою, особистим життям; формування державної влади бюрократичними засобами; панування однієї партії, зрощування державного та партійного апаратів; домінування в управлінні державою методів насилля та військово-поліцейського терору; безконтрольність влади з боку суспільства та концентрація всієї повноти влади в одному центрі [11]. Ще більш деталізовану систему

ознак тоталітарних політичних режимів надають В. Кулапов та О. Малько (всього ці автори вказують на 14 ознак таких політичних режимів). Але, у найбільш загальному плані вони схильні тлумачити тоталітарні політичні режими як такі, що «характеризуються абсолютним контролем держави над всіма сферами суспільного життя, повним підкоренням людини політичній владі та панівній ідеології» [12]. На думку вітчизняного дослідника І. Процюка, тоталітарний режим є найбільш жорсткою формою недемократичного режиму, що характеризується крайніми проявами авторитаризму, а саме: а) народ повністю відсторонюється від державної влади, яка формується без фактичної участі народу і не контролюється ним; б) держава прагне до глобального панування над усіма сферами суспільного життя, державного контролю в економіці, політиці, культурі, засобах масової інформації, особистому житті тощо; в) особистість знецінена, вона виступає як засіб для досягнення державних цілей; г) панування принципу «дозволено тільки те, що прямо передбачено законом»; г) ідеологічною одноманітністю, застосуванням засобів соціальної демагогії; д) відкритим застосуванням державою збройного примусу відносно суспільства» [13].

Як бачимо, незважаючи на різну номенклатуру ознак тоталітарного політичного режиму, а також на різні теоретико-методологічні підходи щодо їх інтерпретації, можна виділити певне змістовне ядро, яке об'єднує всі наведені вище дефініції і дозволяє стверджувати про необхідність правового закріплення певних інститутів (наприклад, інститут провідної ролі певної політичної партії, інститут моноідеологізму, концентрація реальних владних повноважень в одному центрі, обмеження прав і свобод людини і громадянина тощо). Утім, перш ніж переходити до аналізу конкретних засобів правової інституціоналізації тоталітарних політичних режимів, варто звернути увагу на один принциповий аспект, на який вказує переважна більшість сучасних вчених. Йдеться про те, що процес спотворення функцій права та його сенсу часто пов'язується зі зміною загального способу співвідношення між правом і політикою, що спричиняє появу принципово нових форм політичної злочинності [14].

Справді, говорячи про співвідношення права і політики за умов різних типів політичних режимів, слід зазначити, що цей критерій часто застосовується для загального визначення типу політичного режиму. Зокрема для демократичних політичних режимів діє правило пріоритету права. Відомий вітчизняний теоретик і дослідник М. Цвік описував це співвідношення таким чином: «У співвідношенні політики і права провідна роль належить праву. Суб'єкти політики повинні будувати свою діяльність не на основі якихось міфічних «власних» «політичних» принципів, а відповідно до принципів, що втілені у праві... право визначає напрями і законні форми здійснення як внутрішньої, так і зовнішньої політики. Політична діяльність повинна здійснюватися у правових формах, через реалізацію права, утвердження його верховенства над політичною владою» [15].

На відміну від цього, у тоталітарних режимах право перетворюється на засіб реалізації політичної волі, а його принципи стають похідними від принципів політичної доцільності та політичної (або будь-якої іншої) боротьби. Тому процес інституціоналізації тоталітарних режимів з необхідністю передбачає розбудову такої системи відносин між політикою і правом, коли перша стає одночасно і джерелом і творцем останнього. Не викликає сумніву, що початковим кроком на цьому шляху є заперечення принципу верховенства права. Нагадаємо, що верховенство права як фундаментальний принцип права у правовій і демократичній державі означає, що саме право не тільки не підпорядковується політичній волі держави, а навпаки — детермінує цю волю, встановлює для неї межі та забезпечує гарантії невідчужуваності фундаментальних прав і свобод людини і громадянина. Подібне тлумачення принципу верховенства права можна знайти як у вітчизняних, так і у зарубіжних юристів. Зокрема, як доводить С. Погребняк, принцип верховенства права «являє собою похідну від загальних засад права; як ціннісний сплав ідей справедливості, рівності, свободи і гуманізму верховенство права формує відповідний образ правової системи і визначає ті умови, що дозволяють перетворити цей образ на реальність» [16]. На думку А. Зайця, роль принципу верховенства права полягає у тому, що завдяки йому

не лише актуалізуються внутрішні властивості права, а й визначається його роль у регулюванні суспільних відносин та розвитку державної влади [17]. Схожі аргументи наводить і вітчизняний фахівець Р. Гринюк [18]. Водночас, як писав В. Селіванов, саме принцип верховенства права дозволяє «відгородити індивіда від свавілля державної влади та її органів й піднести людину над державою» [19]. З іншого боку, принцип верховенства права, як аргументує О. Петришин, передбачає чітку відмову від тлумачення права лише як «наказу держави» та його сприйняття як «продукту суспільства, насамперед взаємовідносин між соціалізованими індивідами, які набувають загальної значимості зі всіма її публічно-владними атрибутами» [20].

Таким чином, першою й одночасно фундаментальною трансформацією права в умовах тоталітарних політичних режимів є радикальна зміна його співвідношення з державою. Якщо для всіх інших типів політичних режимів право частково (для авторитарних режимів) або суцільно (для демократичних режимів) височіє над державою і зумовлює спрямованість її діяльності та методи реалізації зазначеної діяльності, то в умовах тоталітарних режимів право стає лише інструментом держави для нав'язування суспільству і людині своєї волі (зазначене заперечення принципу автономності суспільства і громадянина стало одним із головних аргументів для цілого ряду дослідників щодо невизнання можливостей існування громадянського суспільства в умовах тоталітарних режимів). Через це право втрачає цілий ряд ознак (наприклад воно вже не може тлумачитись як міра справедливості і свободи), його базові принципи спотворюються, всі функції права концентруються навколо реалізації єдиної мети, а саме — забезпечення інтересів тоталітарної влади.

Однак, крім загальної парадигмальної зміни співвідношення в системі «право—державо—суспільство», яка є основою для будь-якого загальнотеоретичного державно-правового аналізу феномена тоталітаризму і тоталітарної держави, розвиток тоталітарних політичних режимів супроводжується формуванням специфічної системи права та правових інститутів, які на нормативному рівні утверджують основи тоталітарної держа-

ви. На прикладі нацистської держави це переконливо демонструє В. Баєв [21].

Вище ми вже вказували на базові ознаки тоталітарних режимів. Однією з основних ознак такого режиму є правове закріплення однопартійної системи та незаперечного домінування однієї ідеології. Зокрема, якщо звернутися до аналізу Конституції СРСР 1977 р., то можна чітко вказати на ст. 6, яка була сформульована таким чином: «Руководящей и направляющей силой советского общества, ядром его политической системы, государственных и общественных организаций является Коммунистическая партия Советского Союза. КПСС существует для народа и служит народу. Вооруженная марксистско-ленинским учением, Коммунистическая партия определяет генеральную перспективу развития общества, линию внутренней и внешней политики СССР, руководит великой созидательной деятельностью советского народа, придает планомерный научно обоснованный характер его борьбе за победу коммунизма».

Звісно, сам феномен однопартійності ще не є свідченням тоталітарного політичного режиму, оскільки як така однопартійність практикувалась і в авторитарних державах. Як приклад сучасних однопартійних країн можна навести Кубу, КНР, КНДР, Лаос, Туркменістан. У минулому періоді однопартійності переживали такі держави, як Бенін (1975—1990), Ангола (1975—1991), Гана (1964—1966), Судан (1971—1985), Ефіопія (1984—1991), Алжир (1962—1989), Румунія (1947—1989), Монголія (1921—1990), Албанія (1944—1991), Болгарія (1946—1990), Норвегія (1942—1945), Парагвай (1947—1962), Португалія (1933—1974) тощо (причому зазначена однопартійність могла мати ознаки соціалістичної, ісламської, фашистської однопартійності). Насправді, специфічною властивістю тоталітарних політичних режимів є поступове зрощування між партійною і державною владою, коли поряд із державною вертикаллю влади утворюється альтернативна партійна ієрархія. Причому остання набуває домінуючого становища. У результаті чого держава стає інструментом реалізації партійних цілей і завдань. Те саме відбувається і з правом, коли встановлюється чіткий односторонній зв'язок «партія—держава—право». Тобто партія визначає

спрямованість розвитку держави, яка, у свою чергу, використовується для творення необхідного партії-гегемону права і відповідних правових норм.

Наступною важливою ознакою тоталітарної держави є нівеляція прав людини, нищення незалежності судової влади та набуття правоохоронними органами каральних функцій. Якщо звернутися до історії нацистської Німеччини, варто згадати, що ще у 1939 р. було засновано особливий підрозділ Верховного суду, який здійснював пред'явлення позову в обхід судів нижчих інстанцій. Водночас слід зазначити, що під час Другої світової війни сотні тисяч громадян Третього рейху були засуджені за інакомислення, за небажання підтримувати війну або за критику на адресу націонал-соціалізму. Причому станом на початок 1945 р. кількість злочинів, які були віднесені владою до категорії «державних злочинів» зросла на понад 40%. Так само зросла і загальна кількість страт (з 926 в 1940 до 5336 в 1943). А у 1942 р. зникла остання ознака незалежності суддів, коли стало стандартною практикою визначати результат справи до початку суду. Водночас у 1942 р. було засновано Народний трибунал на чолі з Роландом Фрейслером, що займався особливо небезпечними державними злочинами і став пародією на законність, адже під час засідання обвинувачений повинен був доводити свою невинність, а захист перетворювалася на фарс. За цієї причини, на думку багатьох фахівців з історії права, з появою Народного трибуналу юридична система нацизму повністю відкинула останні ознаки якої-небудь законності. Результатом цих процесів інституціоналізації тоталітарного режиму стає, з одного боку, нищення системи охорони прав і свобод людини і громадянина (адже як суди, так і інші правоохоронні органи перетворюються на механізми обмеження прав громадян і насилля), а з іншого — спотворення змісту самих цих прав і свобод громадян.

Останнє положення дозволяє зробити крок до визначення наступного елемента в системі загальної трансформації права в умовах тоталітарних політичних режимів. Формально законодавство тоталітарної держави містить у собі норми, які встановлюють цілий ряд прав громадян. Утім зазначена формально-юридична наявність законодавчо закріплених прав

громадян не може бути витлумачена як інститут прав людини у точному значенні цього терміна, оскільки у тоталітарних режимах ці права, по-перше, є завжди обмеженими (особливо це стосується політичних, економічних, культурних прав, хоча, як засвідчує досвід тоталітарних режимів ХХ ст., держава активно втручається та обмежує навіть особисті права людини), по-друге — через розрив між поняттями «права» та «свободи» ці юридично закріплені права часто обертаються обов'язками (як приклад можна навести передбачене в СРСР право на працю, яке за причини свободи використовувати це право або не використовувати його, по суті, перетворилося на обов'язок кожного працездатного громадянина), по-третє — поряд з системою зазначених прав не розбудовується відповідна система гарантій їх дотримання і захисту з боку держави.

Таким чином, узагальнюючи результати проведеного дослідження, можемо сформулювати такі висновки.

По-перше, нормативно-правові засоби та інститути відіграють важливу роль у процесі постання та посилення тоталітарних політичних режимів. Адже завдяки нормативності права, яка застосовується в інтересах тоталітарної держави, ці режими утверджують свої основні властивості, надають їм статусу базисних інститутів державно-правового розвитку.

По-друге, характерний для тоталі-

тарних режимів процес спотворення функцій права та його сенсу має своєю основою зміну загального способу співвідношення між правом і політикою, коли політика стає не лише творцем, а й джерелом права і правових норм. Цей процес може бути описаний загальним поняттям інструменталізації права, коли останнє вже не є загальносуспільною цінністю, а стає одним із засобів та механізмів насадження та відтворення форм тоталітарної державності.

По-третє, спираючись на можливість права і правового регулювання, тоталітарні режими закріплюють на законодавчому рівні інститути монопартиї та ідеологічного монізму, залежності судів та суддів, насилля з боку військових формувань, органів поліції та контрольно-наглядових органів державної влади, спотворюють інститут прав людини через вихолощення його змісту і перетворення прав людини на її обов'язки перед тоталітарною державою.

Разом з тим, варто наголосити, що подальші юридичні студії специфіки правової інституціоналізації тоталітарних політичних режимів становлять актуальний і важливий напрям сучасних досліджень у галузі теорії держави і права, адже вони дозволяють істотно удосконалити існуючу методологічну базу вивчення правових аспектів формування і розвитку різних типів політичних режимів.

ПРИМІТКИ

1. Дроботов С. А. Функції права у розвитку демократичної і правової держави : монографія / С. А. Дроботов. — К. : Логос, 2012. — С. 35.
2. Завьялов Ю. С. Политический аспект идеи тоталитаризма / Ю. С. Завьялов // Власть силы, сила власти. — М. : Юристъ, 1996. — С. 73.
3. Загальна теорія держави і права / за ред. М. В. Цвіка, О. В. Петришина. — Х. : Право, 2009. — С. 154.
4. Мушинский В. О. Сумерки тоталитарного сознания / В. О. Мушинский // Государство и право. — 1992. — № 3. — С. 80—81.
5. Ковальчук В. Б. Легітимність державної влади в правовій теорії та державно-правовій практиці : монографія / В. Б. Ковальчук. — К. : Логос, 2011. — С. 190.
6. Скрипнюк О. В. Соціальна, правова держава в Україні: проблеми теорії і практики / О. В. Скрипнюк. — К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2000. — С. 25—27.
7. Остроух А. Н. Джордж Оруэлл о тоталитарном праве / А. Н. Остроух // Ученые записки Кубанского ун-та. — 2003. — Вып. 2. — С. 23—31.
8. Джилас М. Лицо тоталитаризма / М. Джилас. — М. : Изд-во «Новости», 1992. — С. 232.
9. Арон Р. Демократия и тоталитаризм / Р. Арон. — М. : Текст, 1993. — С. 230—231.
10. Арендт Х. Джерела тоталітаризму / Х. Арендт. — К. : Дух і літера, 2002. — С. 454.

11. Макуев Р. Х. Теория государства и права / Р. Х. Макуев. — М. : НОРМА, ИНФРА-М, 2010. — С. 142.
12. Кулапов В. Л. Теория государства и права / В. Л. Кулапов, А. В. Малько. — М. : НОРМА, 2008. — С. 89—90.
13. Загальна теорія держави і права / за ред. М. В. Цвіка, О. В. Петришина. — Х. : Право, 2009. — С. 117—118.
14. Кабанов П. А. Основные виды и формы правления политической преступности в государствах с тоталитарными политическими режимами / П. А. Кабанов // Следователь. — 2001. — № 4. — С. 37—40.
15. Проблеми теорії права і конституціоналізму у працях М. В. Цвіка / відп. ред. О. В. Петришин. — Х. : Право, 2010. — С. 40.
16. Погребняк С. П. Основоположні принципи права (змістовна характеристика) : монографія / С. П. Погребняк. — Х. : Право, 2008. — С.148.
17. Заєць А. П. Правова держава в контексті новітнього українського досвіду / А. П. Заєць. — К. : Парламентське видавництво, 1999. — С. 131.
18. Гринюк Р. Ф. Ідея правової держави: теоретико-правова модель і практична реалізація / Р. Ф. Гринюк. — К. : Ін Юре, 2004. — С. 203—204.
19. Державотворення і правотворення в Україні: досвід, проблеми, перспективи / за ред. Ю. С. Шемшученка. — К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2001. — С. 396.
20. Петришин О. В. Верховенство права в системі правового регулювання суспільних відносин / О. В. Петришин // Право України. — 2010. — № 3. — С. 33.
21. Баев В. Г. Конституция Третьего рейха / В. Г. Баев // Юридическая мысль. Научно-практический журнал. — СПб. : Изд-во С.-Петербург. юрид. ин-та, 2004. — № 3 (22). — С. 15—24.

Бондарева Екатерина. Трансформации права и его институтов в тоталитарных политических режимах.

В статье исследуется специфика правовой институционализации тоталитарных политических режимов. Автор анализирует роль права и его трансформации в условиях тоталитарных режимов, характер правового регулирования, функции права, а также правовые средства воспроизведения основных признаков тоталитарных режимов.

Ключевые слова: правовая институционализация, правовое регулирование, функции права, тоталитаризм, политический режим, законодательство.

Bondareva Kateryna. Transformations of law and its institutions in totalitarian political regimes.

The article investigates the specificity of legal institutionalization of totalitarian political regimes. The author analyzes the role of law and its transformations in the conditions of totalitarian regimes, the nature of legal regulation, functions, and legal means to support the main features of totalitarian regimes.

Key words: legal institutionalization, legal regulation, law functions, totalitarianism, political regime, legislation.

УДК 347.19:351

Надіра Ільницька,старший викладач кафедри теорії та історії держави і права
ДВНЗ «Київський національний економічний університет імені Вадима Гетьмана»

СУТНІСТЬ ДЕРЖАВНОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДІЯЛЬНОСТІ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ ПРИВАТНОГО ПРАВА

Стаття присвячена аналізу сутності сучасного державного управління, а також дослідженню особливостей державного управління діяльністю юридичних осіб приватного права шляхом розгляду характерних рис державного управління, його принципів та функцій.

Ключові слова: державне управління, юридичні особи приватного права, ознаки державного управління, принципи державного управління, функції державного управління.

Проблемам державного управління, з'ясуванню його сутності, форм та методів здійснення, особливостям управлінських відносин та ряду інших питань присвячено значну кількість досліджень вітчизняних та зарубіжних вчених. Причому основна увага приділяється питанням державного управління суспільними процесами, галузями суспільної діяльності (наприклад, управлінню в сфері економіки, соціального захисту, освіти, національної безпеки тощо).

Але не менш важливими є питання державного управління окремими учасниками суспільних відносин, якими є, зокрема, юридичні особи приватного права. Дотепер практично відсутні наукові розробки щодо державного управління діяльністю юридичних осіб.

Метою даної статті є визначення сутності державного управління діяльністю юридичних осіб приватного права. Для цього ми розглянемо зміст державного управління, його ознаки, принципи та функції; особливості конструкції юридичної особи в державно-управлінському контексті.

Взагалі управління — це керування кимось або чимось. Під управлінням у його загальному, родовому значенні мають на увазі вплив суб'єкта на об'єкт управління, що змінює положення, поведінку чи властивості об'єкта [1]; функцію організованих систем різної природи (біологічних, технічних, соціальних), що забезпечує їх цілісність, збереження структури, підтримку належного режиму їх діяльності [2]; впорядкування взаємозв'язків і взаємодії певної множини елементів або складових частин техніки, природи, суспільства чи самої людини [3].

Поміж інших видів управління (біологічного, технічного) особливе місце належить соціальному (суспільному) управлінню, яке існує в процесі взаємодії людей та їх колективів, спрямоване на впорядкування відносин у суспільстві, де і суб'єктами, і об'єктами управлінського впливу виступають люди та їх спільноти. В соціальній організації управління виступає як організуючий процес реалізації влади. Немає суспільства без управління, як і немає управління в суспільстві без пануючої волі, влади, авторитету [4]. Потреба в управлінні виникає тоді, коли необхідно об'єднати дії певної кількості людей заради досягнення певної мети. Управління являє собою засіб забезпечення спільної діяльності, умову її нормального функціонування.

Слід зазначити, що в юридичній літературі дуже часто, використовуючи поняття «управління», мають на увазі «соціальне управління», оскільки саме цей вид управління вивчається суспільними науками. Так, на думку Г. В. Атаманчука, управління — це цілепокладаючий, організуючий та регулюючий вплив людей на власну громадську, колективну та групову життєдіяльність, що здійснюється як безпосередньо (у формах самоуправління), так і через спеціально створені структури (державу, громадські об'єднання, партії, підприємства, асоціації, союзи тощо) [5]. Також це поняття трактують як особливу соціальну функцію, що здійснюється у відповідних державних чи недержавних формах спеціально створеною для цього групою органів [6]. Таким чином, ми можемо говорити про існування різних видів соціального управління.

Зважаючи на багатоаспектність та складність цього явища, вчені подають багато різних класифікацій соціального управління: одні вирізняють державне управління, де суб'єктом виступає держава, її органи, та громадське управління, що здійснюється об'єднаннями громадян, іншими недержавними організаціями [7]; інші, окрім зазначених видів, виділяють також муніципальне та корпоративне управління [8]; також існує поділ на державне та недержавне (куди включають муніципальне, громадське, комерційне) управління [9]. Деякі вчені поділяють управління на види за сферами суспільної життєдіяльності: на політичне (державне, муніципальне, громадське, партійне), економічне, соціальне, духовне, сімейне, судове [10]. Але в будь-якому випадку скрізь розглядається державне управління, оскільки впорядкування суспільних відносин, створення належних умов для співіснування різних людей, їх об'єднань та суспільства в цілому є основним призначенням сучасної держави і неможливе без її організуючого та регулюючого впливу. Крім цього, саме через здійснення управлінської діяльності держава виконує свої завдання та функції і знаходить свою реалізацію як така.

Процес державного, як і будь-якого іншого, управління полягає у здійсненні управлінського, керуючого впливу суб'єкта на об'єкт. Причому кожен з цих елементів є самодостатньою, самокерованою системою. Суб'єкт державного управління, як правило, визначається як система, наділена певною компетенцією та державно-владними повноваженнями, що дозволяють їй втілювати свою волю у формі керівних команд чи рішень, обов'язкових для виконання [11]. Суб'єктами виступають передусім органи виконавчої влади, посадові особи, службовці, наділені відповідними повноваженнями, також вповноважені недержавні суб'єкти. Об'єктами управління є керовані системи, щодо яких здійснюється управлінський вплив. До них відносять як сфери (економічна, соціально-культурна, адміністративно-політична) та галузі (промисловість, транспорт, охорона здоров'я, сільське господарство тощо) суспільного життя, так і різноманітні організації.

Управлінський вплив безумовно передбачає «підкорення» об'єкта волі суб'єкта. З цією метою суб'єкт державного управління наділений державно-владними повноваженнями, за допомогою яких реалізує во-

лю держави, її завдання та функції. Для об'єкта управлінських відносин веління суб'єкта є обов'язковими. Але, як справедливо зазначає професор Н. Р. Нижник, «об'єкти управління є в той же час суб'єктами державно-управлінських відносин і правовідносин в цілому, носіями прав та обов'язків. І тому органи державного управління, вступаючи з ними у взаємовідносини, не повинні порушувати прав керованих, а навпаки, мають сприяти реалізації їх прав» [12]. Основними суб'єктами є, безумовно, державні органи виконавчої влади, для яких державне управління є основним призначенням і основною сферою діяльності, але слід зазначити, що останнім часом до суб'єктів державного управління все частіше відносять недержавні органи та організації [13].

Що ж таке державне управління, в чому полягає його сутність та особливості, чим воно відрізняється від інших видів управління в соціумі? Взагалі сутність державного управління різні вчені трактують по-різному: одні вкладають у цю категорію характерні риси та ознаки державного управління (його необхідність, суспільну обумовленість та цільову спрямованість), інші — поняття, функції та форми державного управління, для деяких вчених видається неможливим розкрити сутність державного управління без визначення принципів його здійснення.

На нашу думку, для того щоб зрозуміти сутність, призначення державного управління, його відмінність від інших видів соціального управління, спочатку слід визначити характерні для нього ознаки (рисни). Як правило, виділяють такі [14]:

1) владний характер управлінського впливу держави — управлінський вплив спирається на силу та авторитет державної влади та забезпечується нею;

2) виконавчо-розпорядчий характер діяльності — основним напрямом є виконання; ця мета досягається використанням юридично-владних повноважень (розпорядництво);

3) підзаконність — здійснюється на основі і на виконання Конституції та законів; вторинне щодо законодавчої діяльності;

4) масштабність та універсальність — поширюється практично на всі сторони життя суспільства і держави;

5) системність — передбачає впорядковану взаємодію суб'єктів та об'єктів державного управління;

6) цілеспрямований, організуючий та регулюючий характер державного впливу.

ву — управлінський вплив повинен мати точну практичну мету та напрям руху до неї; спрямовувати, організовувати взаємодію учасників процесу управління та регулювати їх діяльність;

7) безперервність та постійний характер діяльності.

Таким чином, державне управління є виконавчо-розпорядчою діяльністю, тобто, з одного боку, має виконавчий характер, його призначенням є проведення в життя та практична реалізація законів, а з іншого — юридично-владний (розпорядчий) характер, оскільки без необхідних державно-владних повноважень неможливо забезпечити виконання законів. Виконавча діяльність — це діяльність адміністративна, яка передбачає підпорядкування об'єкта управлінських відносин їх суб'єкту. Отже, управлінські відносини є субординаційними, владно-організаційними та розпорядчими [15].

Поняття державного управління різні вчені трактують по-різному, але слід зазначити, що існують два підходи до тлумачення цієї категорії: широке і вузьке розуміння державного управління. В широкому сенсі державне управління — це сукупність всіх видів державної діяльності, що її здійснюють усі органи держави (в тому числі, законодавчий, судові, правоохоронні тощо). У вузькому — це окремий вид діяльності держави, який здійснює певна частина державних органів; виконавчо-розпорядча діяльність органів виконавчої влади. Ми погоджуємося з більшістю вчених у тому, що найбільш виправданим і доцільним при вивченні явищ державного управління є використання останнього підходу, оскільки він якраз відображає сутність і специфіку державного управління як особливого виду діяльності держави.

Так, під державним управлінням розуміється заснована на законі організуюча, юридично владна діяльність органів виконавчої влади (апарату державного управління), яка полягає у безпосередньому керівництві соціально-політичним, соціально-культурним та господарським будівництвом [16].

Професор В. Б. Авер'янов визначає державне управління як нормотворчу і розпорядчу діяльність органів виконавчої влади з метою владно-організуючого впливу на відповідні суспільні відносини і процеси [17]. До сфери державного управління він також відносить так зване внутрішньоорганізаційне управління, що

здійснюється в апараті всіх державних органів як щодо самих цих органів, так і щодо підлеглих їм ланок, з метою забезпечення належного виконання покладених на них завдань, функцій та повноважень.

Державне управління також визначається як самостійний вид державної діяльності, що має організуючий, виконавчо-розпорядчий, підзаконний характер, що його здійснює особлива група державних органів (посадових осіб) щодо практичної реалізації функцій і завдань держави в процесі керівництва економічним, соціально-культурним та адміністративно-політичним будівництвом [18].

Російський вчений Г. В. Атаманчук дає більш загальне визначення державного управління як практичного, організуючого і регулюючого впливу держави на суспільну життєдіяльність людей з метою її впорядкування, збереження чи перетворення, що спирається на його владну силу. І ми цілком поділяємо думку Г. В. Атаманчука про те, що «будь-яке визначення складного суспільного явища завжди умовне та обмежене, оскільки невідворотно залишає за межами характеристики якісь важливі елементи та взаємозв'язки» [19].

Аналіз більшості наукових позицій зводиться до того, що державне управління слід розуміти як окремий, самостійний вид державної діяльності, який здійснює певна частина державних органів — органи виконавчої влади. Така діяльність є владно-організуючою, виконавчо-розпорядчою та підзаконною. Як зазначає В. В. Цветков, необхідною умовою розкриття особливостей державного управління є розуміння його природної і безпосередньої єдності зі сферою здійснення виконавчої влади [20], оскільки саме ця гілка влади за своїм призначенням має управлінську спрямованість і для органів виконавчої влади державне управління є провідним напрямом діяльності. Таким чином, державне управління пов'язане зі здійсненням виконавчої влади.

Але, як зазначалося вище, на сьогодні державне управління фактично здійснюється не лише державними, а й недержавними органами. При цьому не слід забувати, що зміст державного управління полягає у реалізації завдань і функцій держави, і будь-який орган, що є суб'єктом державного управління, наділяється відповідними повноваженнями щодо реалізації державних завдань. Отже, поняття

тя державного управління має бути уточнене.

Як неодноразово зазначалося, на сьогоднішній день в юридичній науці мають місце різні підходи до розгляду та визначення державного управління, розуміння його сутності. На наш погляд, це пов'язано з декількома моментами.

По-перше, управління взагалі є категорією міжгалузевою, і на юридичний аналіз проблем державного управління вплинули та суттєво впливають не лише правові теорії (наприклад, теорії правової держави, соціальної держави, поділу влад), а й інші галузі знань, зокрема кібернетика, соціологія, політологія, менеджмент. Це призвело до того, що в юридичній науці, законотворчій та правозастосовній діяльності значення термінів «управління», «державне управління» розуміється по-різному.

По-друге, різниця підходів до цього поняття, про що зазначав В. Б. Авер'янов, пов'язана з його тлумаченням на різних теоретико-пізнавальних рівнях, використання різної методології досліджень. Зрозуміло, що це впливає з попереднього чинника і тісно з ним пов'язане.

По-третє, суттєво змінився характер управлінського впливу держави на суспільні процеси: в умовах ринкової економіки такий вплив вже не може бути односторонньо-владним, а адміністративно-примусові засоби, використання яких не виключається при управлінні суспільними справами, вже не є пріоритетними в цій діяльності. Все частіше застосовуються «м'які», непрямі методи впливу на суспільні відносини та процеси: дозволення та рекомендації, стимулювання, координація, спрямування діяльності, сприяння та надання допомоги тощо.

По-четверте, змінилася «розстановка сил», характер суб'єктно-об'єктної взаємодії в межах управлінських відносин. Суб'єктами державного управління, як зазначалося вище, виступають не лише органи держави, а й недержавні суб'єкти (органи місцевого самоврядування, об'єднання громадян, недержавні організації тощо), яким державою делеговано відповідні повноваження. Це відображає як процеси децентралізації державного управління, так і забезпечення конституційних прав людини і громадянина щодо участі в управлінні державою. Об'єктами ж державного управління виступають сфери та галузі економіки, суспільного життя, соціальні процеси, на відміну від

прямого управління окремими суб'єктами господарювання, що мало місце у радянському минулому. Але це не означає, що різноманітні організації перестають бути об'єктами державного управління, лише змінюється характер державно-управлінського впливу, його форми і методи.

Виходячи з вищезазначеного, **державне управління** можна визначити як виконавчо-розпорядчу діяльність органів виконавчої влади та, у передбачених законом випадках, недержавних органів з метою владно-організуючого впливу на суспільні відносини.

Окрему увагу хотілося б приділити сутності державного управління діяльністю юридичних осіб приватного права.

Слід зазначити, що об'єктами управлінського впливу можуть бути різноманітні організації, колективи людей, але не всі з них мають статус юридичної особи.

За ст. 80 Цивільного кодексу України (далі — ЦК), юридичною особою визнається організація, створена і зареєстрована у встановленому законом порядку, наділена цивільною право- та дієздатністю, яка може виступати позивачем і відповідачем у суді.

Слід зазначити, що статус юридичної особи мають дуже різні за своєю природою організації: органи державної влади, органи місцевого самоврядування, об'єднання громадян, комерційні організації, різні установи тощо. З метою впорядкування їх форм та видів ЦК ввів поділ на юридичних осіб публічного права і юридичних осіб приватного права.

Частиною 2 ст. 81 ЦК визначається, що юридичні особи приватного права створюються на підставі установчих документів (статуту, засновницького договору, установчого акта), а юридичні особи публічного права — за розпорядчим актом Президента України, органу державної влади, органу влади АРК або органу місцевого самоврядування. Суб'єкти державного управління в переважній більшості мають статус саме юридичних осіб публічного права, оскільки створюються для виконання публічних функцій.

Таким чином, **юридичними особами приватного права** визнаються організації, створені на підставі установчих документів і зареєстровані у встановленому законом порядку, наділені цивільною право- та дієздатністю, які можуть виступати позивачами і відповідачами в суді.

Юридичні особи приватного права створюються приватними особами для досяг-

нення приватних цілей (не завжди — одержання прибутку). Вони можуть бути створені у формі товариств, установ та в інших формах, встановлених законом (ч. 1 ст. 83 ЦК). Товариства, в свою чергу, можуть бути підприємницькими (господарські товариства та виробничі кооперативи) та непідприємницькими (громадські організації, політичні партії, релігійні організації, об'єднання співвласників багатоквартирних будинків тощо).

В адміністративному праві до сьогодні дискутується питання про те, чи є юридичні особи суб'єктами адміністративного права і учасниками адміністративно-правових відносин, чи можна взагалі застосувати конструкцію юридичної особи, яка традиційно вважалася цивільно-правовою, для характеристики учасників адміністративно-правових відносин, чи є статус юридичної особи необхідним для участі у таких відносинах.

Одні вчені визначають в якості суб'єктів адміністративного права державні органи та різні організації, не акцентуючи уваги на наявності чи відсутності в них статусу юридичної особи [21]; інші поділяють суб'єктів на індивідуальні (фізичні особи) та колективні (державні органи, об'єднання громадян, комерційні організації тощо) [22], вважаючи, що категорія юридичної особи не може бути визначальною в адміністративно-правовому сенсі, оскільки вона не включає в свій зміст владні та інші немайнові повноваження, а лише свідчить про можливість даного суб'єкта самостійно або опосередковано брати участь у цивільному обороті. Але деякі вітчизняні вчені все ж розглядають юридичних осіб в якості суб'єктів адміністративного права та адміністративно-правових відносин [23] (поряд із фізичними особами та колективними утвореннями, що не мають ознак юридичної особи) зазначаючи, що організації у формі юридичних осіб є повноправними суб'єктами зазначених відносин.

Але слід зазначити, що ми розглядаємо передусім питання державного управління юридичними особами приватного права, тобто питання їх участі не стільки в адміністративно-правових, скільки в державно-управлінських відносинах. Такі відносини, звісно, є певною частиною адміністративно-правових відносин, але не обмежуються останніми, адже регулюються також нормами конституційного, фінансового, екологічного та інших галузей права. У свою чергу, ад-

міністративно-правові відносини охоплюють не тільки відносини у сфері державного управління, а й управлінські відносини недержавної сфери, що врегульовані нормами адміністративного права [24]. Отже, державно-управлінські та адміністративно-правові відносини перетинаються, але не співпадають. Таким чином, юридичні особи приватного права, будучи суб'єктом права та об'єктом управлінського впливу держави, можуть бути повноцінним учасником державно-управлінських відносин.

Характеризуючи зміст державного управління діяльністю юридичних осіб приватного права, особливо слід звернути увагу на зміни в характері такого управління, яке все частіше передбачає застосування непрямих, економічних методів впливу, не безпосереднє керування окремими організаціями, а вплив на їх зовнішнє середовище. Саме тому ми говоримо не про управління юридичними особами приватного права, а про управління їх діяльністю.

У зв'язку з цим все частіше йдеться про державне регулювання в різних сферах діяльності, зокрема в економіці, в тому числі діяльності суб'єктів господарювання, яке передбачає вплив не стільки на об'єкти управління, скільки на їх зовнішнє середовище, створення умов для їх діяльності, в той час, як управління є цілеспрямованим впливом саме на об'єкти. Державне регулювання передбачає альтернативні варіанти діяльності керованих об'єктів, тому часто його ототожнюють з використанням непрямих (економічних, заохочувальних, стимулюючих) методів управлінського впливу. Але погоджуємося з думкою про те, що державне регулювання не може бути використане без застосування методів безпосереднього впливу на об'єкти управління, і тому державне регулювання неможливе без державного управління [25].

Отже, **державне управління діяльністю юридичних осіб приватного права** можна визначити як виконавчо-розпорядчу діяльність органів виконавчої влади та, у передбачених законом випадках, недержавних органів з метою владно-організуючого впливу на діяльність юридичних осіб приватного права.

Визначення сутності державного управління неможливе без з'ясування його принципів та функцій.

Принципи державного управління можна визначити як основоположні заса-

ди, в тому числі закріплені в законах та інших нормативно-правових актах, що відображають об'єктивні закономірності його організації та здійснення. Це ті базові настанови, засади, які визначають характер управлінського впливу держави на суспільні відносини, тому глибоке вивчення сутності державного управління неможливе без розгляду принципів, на яких воно засновується.

Існує багато різних класифікацій принципів державного управління, але найбільш поширеним є поділ на загальні (соціально-правові) та спеціальні (організаційні) принципи [26]. До загальних принципів державного управління, які мають загальносоціальний характер, реалізуються на всіх рівнях державного управління та, як правило, закріплені у нормативному порядку, належать принципи: демократизму; законності; публічності; гласності; участі громадян в управлінні державою; відповідальності держави перед особою за свою діяльність.

До спеціальних принципів, які відображають організаційні аспекти побудови та діяльності органів державного управління, належать: галузевий; функціональний (міжгалузевий); територіальний; поєднання єдиноначальності та колегіальності; поєднання централізації та децентралізації; відповідальності за прийняті рішення.

У процесі державного управління діяльністю юридичних осіб приватного права особливою значення набувають:

- принцип законності, коли державні органи та посадові особи в своїй діяльності мають керуватися Конституцією і законами, а також приймати нормативно-правові акти, що їм не суперечать;
- принцип відповідальності держави перед особою за свою діяльність — передбачає можливість юридичної особи оскаржити рішення чи дії органів держави в судовому порядку;
- галузевий та функціональний принципи, що передбачають управління об'єктами, що належать як до однієї галузі (освіта, охорона здоров'я, транспорт тощо), так і незалежно від галузевої належності відповідних організацій;
- поєднання централізації та децентралізації, особливо при управлінні економікою, вплив на діяльність суб'єктів господарювання, де перевага надається децентралізації (делегуванню владних повноважень на місцевий рівень).

Функції управління є основою для

формування структури керуючої системи та взаємодії її компонентів, саме тому їх вважають однією з фундаментальних категорій науки державного управління. Функціями державного управління вважаються конкретні види та напрями управлінського впливу держави, що характеризуються однорідністю та ціллювою спрямованістю.

Серед функцій державного управління, як правило, виділяють загальні, спеціальні та допоміжні [27].

Загальні функції характерні для будь-якого процесу управлінського впливу та властиві будь-якому органу державного управління. До них належать: планування, прогнозування, організація, регулювання, координація, облік, контроль. Спеціальні функції відображають особливості даного суб'єкта чи об'єкта державного управління (наприклад, технічне чи методичне керівництво, технічний контроль, спеціальні види нагляду тощо) і поділяються на види залежно від сфер управління: в економічній сфері, адміністративно-політичній, соціально-культурній. Допоміжні функції не виражають як такого управлінського впливу, а призначені для обслуговування процесу управління в рамках загальних та спеціальних функцій (наприклад, діловодство, юридичне обслуговування тощо).

Загальними функціями державного управління діяльністю юридичних осіб приватного права є всі вищезазначені загальні функції, але найбільш важливими серед них, на наш погляд, є функції регулювання, координації і контролю. Через *регулювання* здійснюється безпосереднє керівництво поведінкою керованих об'єктів, діяльністю юридичних осіб, управлінські процеси відбуваються в заданому напрямі (через нормативно-правові акти, податкову систему, різні стандарти, митні тарифи тощо). *Координація* передбачає узгодження діяльності різних державних органів для досягнення спільної мети та завдань. Належне забезпечення діяльності юридичних осіб приватного права, яка залежить від рівня економічного розвитку держави, стану фінансової та податкової систем тощо, неможливе без координації діяльності держави на всіх рівнях. *Контроль* дає можливість встановити дійсний стан справ щодо виконання завдань управління, про стан керованого об'єкта, спрямований на забезпечення законності та дисципліни в процесі державного управління.

Зазначені функції можуть також розглядатися як спеціальні щодо діяльності юридичних осіб приватного права, оскільки відображають особливості конкретного суб'єкта та об'єкта управління.

На підставі вищевикладеного можна дійти таких висновків.

Державне управління діяльністю юридичних осіб приватного права є владно-організуючою, виконавчо-розпорядчою та підзаконною діяльністю. Ця діяльність здійснюється органами виконавчої влади та спеціально повноваженими недержавними органами.

Юридичними особами приватного права визнаються організації, створені на підставі установчих документів і зареєстровані у встановленому законом порядку, наділені цивільною право- та дієздатністю, які можуть виступати позивачами і відповідачами в суді.

Юридичні особи приватного права є повноцінними учасниками адміністративно-правових та державно-управлінських відносин. Зміст державного управління їх діяльністю передбачає застосування непрямих, економічних методів впливу і

практично виключає безпосереднє керування окремими організаціями.

Державне управління діяльністю юридичних осіб приватного права можна визначити як виконавчо-розпорядчу діяльність органів виконавчої влади та, у передбачених законом випадках, недержавних органів з метою владно-організуючого впливу на діяльність юридичних осіб приватного права.

Принципами державного управління діяльністю юридичних осіб приватного права є принцип законності, принцип відповідальності держави перед особою за свою діяльність, галузевий та функціональний принципи, поєднання централізації та децентралізації.

Загальними функціями державного управління діяльністю юридичних осіб приватного права є функції планування, прогнозування, організації, регулювання, координації, обліку, контролю, але найбільш важливими серед них є функції регулювання, координації і контролю. Їх також можна розглядати як спеціальні щодо діяльності юридичних осіб приватного права.

ПРИМІТКИ

1. Чиркин В. Е. Система государственного и муниципального управления : учебник / В. Е. Чиркин. — М. : НОРМА, 2009. — С.13.
2. Алексин А. П. Административное право Российской Федерации : учебник / А. П. Алексин, А. А. Кармолицкий, Ю. М. Козлов. — М. : ЗЕРЦАЛО, 1996. — С. 4.
3. Адміністративне право України. Академічний курс : підручник / ред. кол. : В. Б. Авер'янов (гол.) [та ін.]. — К., 2007. — Т. 1. Загальна частина. — С. 71.
4. Цветков В. В. Сутність державного управління / В. В. Цветков // Державне управління в Україні : навч. посіб. / за заг. ред. В. Б. Авер'янова. — К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького, 1999. — С. 14.
5. Атаманчук Г. В. Теория государственного управления : курс лекций / Г. В. Атаманчук. — М., 1997. — С. 29—30.
6. Адміністративне право України : підручник / за ред. Ю. П. Битяка. — К. : Право, 2000. — С.282.
7. Адміністративне право України : підручник / за ред. Ю. П. Битяка. — К. : Юрінком Інтер, 2006. — С. 7.
8. Адміністративне право України. Академічний курс : підручник / ред. кол. : В. Б. Авер'янов (гол.) [та ін.]. — К., 2007. — Т. 1. Загальна частина. — С. 74.
9. Административное право Украины : учебник / под общ. ред. С. В. Кивалова. — О. : Юрид. лит., 2003. — С. 173.
10. Атаманчук Г. В. Зазнач. праця. — С. 34; Малиновський В. Я. Державне управління : навч. посіб. — 2-ге вид., перероб. та допов. / В. Я. Малиновський. — К. : Атіка, 2003. — С. 154.
11. Малиновський В. Я. Зазнач. праця. — С. 161.
12. Державне управління: теорія і практика / за заг. ред. В. Б. Авер'янова. — К. : Юрінком Інтер, 1998. — С. 120.
13. Адміністративне право України. Академічний курс : підручник / ред. кол. : В. Б. Авер'янов (гол.) [та ін.]. — К., 2007. — С. 81; Ярошенко І. Сутність державного управління у сфері соціального захисту / І. Ярошенко // Юридична Україна. — 2007. — № 10. — С. 28.

14. Административное право : учебник / под ред. Л. Л. Попова. — М. : Юристъ, 2002. — С. 21—22; Адміністративне право України : підручник / за ред. Ю. П. Битяка. — К. : Юрінком Інтер, 2006. — С. 11—12; Атаманчук Г. В. Зазнач. праця. — С. 27—29.
15. Государственное управление и исполнительная власть: содержание и соотношение / под ред. Л. Л. Попова. — М., 2011. — С. 25—26.
16. Административное право Украины : учебник / под общ. ред. С. В. Кивалова. — О. : Юрид. лит., 2003. — С. 173.
17. Адміністративне право України. Академічний курс : підручник / ред. кол. : В. Б. Авер'янов (гол.) [та ін.]. — К., 2007. — Том 1. Загальна частина. — С. 78.
18. Адміністративне право України : підручник / за ред. Ю. П. Битяка. — К. : Юрінком Інтер, 2006. — С. 8.
19. Атаманчук Г. В. Зазнач. праця. — С. 38.
20. Цветков В. В. Суспільна сутність державного управління та еволюція його змісту / В. В. Цветков // Державне управління: теорія і практика / за заг. ред. В. Б. Авер'янова. — К. : Юрінком Інтер, 1998. — С. 36.
21. Колпаков В. К. Адміністративне право України / В. К. Колпаков, О. В. Кузьменко. — К. : Юрінком Інтер, 2003. — С. 75—76.
22. Административное право : учебник / под ред. Ю. М. Козлова, Л. Л. Попова. — М. : Юристъ, 2001. — С. 45; Стеценко С. Г. Адміністративне право України / С. Г. Стеценко. — К. : Атіка, 2007. — С. 92.
23. Адміністративне право України. Академічний курс : підручник / ред. кол. : В. Б. Авер'янов (гол.) [та ін.]. — К., 2007. — Т. 1. Загальна частина. — С. 185; Административное право Украины : учебник / под общ. ред. С. В. Кивалова. — О. : Юрид. лит., 2003. — С. 121.
24. Адміністративне право України. Академічний курс : підручник / ред. кол. : В. Б. Авер'янов (гол.) [та ін.]. — К., 2007. — С. 180.
25. Там само. — С. 83.
26. Государственное управление и исполнительная власть: содержание и соотношение / под ред. Л. Л. Попова. — М., 2011. — С. 15; Колпаков В. К. Зазнач. праця. — С. 19; Стеценко С. Г. Зазнач. праця. — С. 52.
27. Государственное управление и исполнительная власть: содержание и соотношение / под ред. Л. Л. Попова. — М., 2011. — С. 24; Адміністративне право України : підручник / за ред. Ю. П. Битяка. — К. : Юрінком Інтер, 2006. — С. 126; Ярошенко І. Зазнач. праця. — С. 30.

Ильницкая Надира. Сущность государственного регулирования деятельности юридических лиц частного права.

Статья посвящена анализу сущности современного государственного управления, а также исследованию особенностей государственного управления деятельностью юридических лиц частного права путем рассмотрения характерных признаков государственного управления, его принципов и функций.

Ключевые слова: государственное управление, юридические лица частного права, признаки государственного управления, принципы государственного управления, функции государственного управления.

Plnitskaya Nadira. The essence of public regulation of the legal entities of private law.
This article analyzes the nature of modern public administration, as well as the research of the features of public administration activities of the legal entities of private law by considering the characteristic features of public administration, its principles and functions.
Key words: public administration, legal entities of private law, the signs of public administration, the principles of public administration, public administration functions.

УДК 342.9

Наталія Ченкова,здобувач кафедри адміністративного та господарського права
Одеського національного університету ім. І. І. Мечникова

СУТНІСТЬ ПРИНЦИПУ РІВНОСТІ ПЕРЕД ЗАКОНОМ І СУДОМ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ ПРОЦЕСІ

Досліджено принцип рівності перед законом і судом та його особливості у адміністративному процесі.

Ключові слова: принцип адміністративного судочинства, рівність перед законом, рівність перед судом, дискримінація.

Злободенність проблеми прийняття адміністративними судами несправедливих рішень спонукає до необхідності наукового дослідження сутності та проблем реалізації принципу рівності учасників адміністративного процесу перед законом і судом. Декларування в Кодексі адміністративного судочинства України принципу рівності учасників процесу перед законом і судом бачиться недостатнім для реального і незворотного утвердження справедливості і правосуддя в адміністративних судах України, як передбачалось на зорі адміністративної та судової реформ.

Принцип рівності учасників адміністративного процесу перед законом і судом, досліджений в різних ступенях розробки цієї проблеми науковцями і практиками. Більшість означених досліджень проведено з огляду на проблемні питання забезпечення реалізації принципу рівності перед законом і судом у практичній судовій діяльності, особливо на сучасному етапі. Поряд із тим, означений вище принцип був предметом наукових досліджень таких вчених, як В. Б. Авер'янов, Р. О. Куйбіда, В. К. Матвійчук, О. Н. Панченко, О. М. Пасенюк, А. А. Пухтецька, В. І. Шишкін. Однак сутність та механізми реалізації принципу рівності в адміністративному процесі розкрито недостатньо, і, на жаль, відсутні концептуальні роботи, присвячені дослідженню теоретичних питань забезпечення рівного ставлення адміністративного суду як до приватних суб'єктів, так і до держави, яка уособлена органами влади, при вирішенні публічного спору.

Метою даної статті є аналіз особливостей реалізації принципу рівності в адміністративному процесі.

Стаття 24 Конституції України визначає, що громадяни мають рівні конституційні права і свободи та 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.

Вказана вище конституційна норма розміщена у розділі Конституції України, що визначає права, свободи та обов'язки громадян України і є загальноправовою нормою. Розповсюдження або можливість пристосовування дії вказаної норми не лише щодо громадян, а й щодо органів державної влади прямо не передбачена.

Що ж до конституційного принципу рівності особи, то його можна визначити як гарантування кожному члену суспільства, незважаючи на будь-які його індивідуальні ознаки (за винятком обставин, передбачених Конституцією й законодавством), однакових можливостей для реалізації конституційних прав і свобод, покладення на осіб, які знаходяться в однаковому правовому становищі, рівних обов'язків, а також забезпечення рівності всіх перед законом і судом. Незважаючи на закріплення конституційного принципу рівності особи, в суспільстві неминуче буде зберігатися нерівність соціальних статусів різних прошарків населення та матеріальна не-

рівність, оскільки люди нерівні за своїми природними здібностями, хистом, освітою, прагненнями, родом занять, свідомістю тощо. Інакше кажучи, фактичної рівності між людьми немає й бути не може, оскільки всі відрізняються за своїми індивідуальними можливостями. За допомогою конституційного права і норм галузевого законодавства можна гарантувати саме правову рівність, тобто рівні права, свободи і обов'язки, а також забезпечення рівності усіх перед законом і судом [1].

Одночасно з цим ст. 129 Конституції України визначає як основну засаду судочинства рівність усіх учасників судового процесу перед законом і судом.

На цьому положенні слід загострити увагу, оскільки до учасників адміністративного процесу, які змагаються у суді, належать органи державної влади, тобто органи, з якими інші учасники знаходяться у відносинах підпорядкування, тобто за відсутності навіть формальної правової рівності.

Стаття 10 Кодексу адміністративного судочинства України, розкриваючи зміст принципу рівності як принципу адміністративного судочинства, виходить із двох положень: 1) усі учасники адміністративного процесу є рівними перед законом і судом; 2) не може бути привілеїв чи обмежень прав учасників адміністративного процесу за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками.

Слід зауважити, що норма-принцип про рівність, у силу своєї сенсової наповненості, змістовності та формальної визначеності, на перший погляд, не потребує додаткових тлумачень. Однак це поверхове враження, оскільки при здійсненні аналізу понятійного апарату і при дослідженні дії принципу у реальному житті постає чимало питань.

При з'ясуванні питання стосовно того, що собою являє принцип рівності в адміністративному процесі, суттєвих розбіжностей в поглядах науковців не виявляється, із чого випливає, що судження про принцип рівності формуються в межах традиційної теорії адміністративного процесу.

Р. О. Куйбіда та В. І. Шишкін вважають, що рівність учасників адміністратив-

ного процесу перед законом означає наділення їх рівними правами і рівними обов'язками щодо участі у процесі та обстоюванні своєї позиції. При цьому дослідники вважають, що терміни «рівні права», «рівні обов'язки» не можна ототожнювати з термінами «однакові права», «однакові обов'язки». Права чи обов'язки можуть бути різними залежно від того, у якій ролі особа бере участь у процесі, чи вона є позивачем, відповідачем, третьою особою або представником якоїсь із сторін. Рівність прав або обов'язків полягає у тому, що кожен з учасників адміністративного процесу наділений правами і несе обов'язки, що адекватні його процесуальному становищу. Одна сторона не повинна бути у привілейованому чи дискримінованому становищі порівняно з іншою стороною. У справах щодо предмета спору сторони, як правило, рівні, але вимоги до них різні. Рівність прав означає їх взаємну відповідність, пропорційність, тобто право позивача подати адміністративний позов — право відповідача заперечувати проти позову, право позивача відмовитися від адміністративного позову — право відповідача визнати позов тощо [2].

В. Б. Авер'янов та О. М. Пасенюк вважають, що принцип рівності учасників процесу перед законом і судом визначає відсутність будь-яких обмежень та надання переваг з боку суду учасникам процесу щодо реалізації їх матеріальних та процесуальних прав, а також застосування законів щодо правовідносин, учасниками яких вони є [3].

В. К. Матвійчук вважає, що завдяки принципу рівності усіх учасників адміністративного процесу перед законом і судом повинна бути забезпечена дійсна самостійність суб'єктів процесуальних відносин; це означає такий підхід, щоб фізичні і юридичні особи могли повністю використовувати свої процесуальні права, були максимально автономні від суб'єкта управління [4].

Задля розуміння сутності принципу рівності перед законом і судом звернемося до праць науковців з інших галузей правової науки.

Особливо цінними вважаємо сучасні ідеї, погляди і наукові концепції з філософії права, теорії держави і права, конституційного права. Адже, як зазначає О. І. Миколенко, не можна досліджувати вузьку прикладну тему, не маючи перед собою чогось основоположного. Кожен

дослідник у галузі прикладної науки повинен мати певний «фундамент», який був би відправною точкою, з якої вчений міг би розпочати своє дослідження. Таким фундаментом в юридичних науках є філософія права, формальна логіка, теорія держави і права [5].

Отже, при постановці завдання — вибрати філософське обґрунтування прав людини, до якого віднесене і право на рівне ставлення, знаходимо його в положенні про кооперативно-конфліктну природу людини, з якого випливає, що, з одного боку, людина — «позитивна соціальна істота», з другого — «негативна соціальна істота». Тобто людина є потенційним злочинцем і потенційною жертвою одночасно. Оскільки не можна вибрати щось одне — або насильство стосовно інших, або небезпека насильства щодо себе самої, людина вибирає відмову від насильства та самообмеження. Із загальної відмови вбивати, грабувати чи переслідувати одну одну, виникає право на життя, власність і свободу. Загальним принципом для обґрунтування прав людини є право індивіда на рівну повагу до нього, як і до всіх інших, тобто право бути рівноправним автономним членом світової спільноти людей [6].

Що ж до сучасних українських досліджень питання втілення філософської ідеї рівноправності та автономності людей у принцип рівності перед законом і судом, то найбільш ґрунтовний аналіз цього принципу, як певного поняття теорії держави і права, зроблено С. П. Погребняком, який виокремив специфічний понятійний апарат означеного принципу. Науковець вважає, що конструкція принципу рівності в сучасному праві описується за допомогою формули «диференційована рівність з можливістю позитивних дій» і виходить із того, що: 1) всі, хто знаходиться в однаковому становищі, мають рівні права, свободи та обов'язки й є рівними перед законом і судом; 2) права, свободи та обов'язки є різними, коли право а) враховує розумні й об'єктивні відмінності між особами або б) створює тимчасові сприятливі умови для певної категорії осіб з метою компенсації існуючої фактичної нерівності [7].

Провідною сучасною інтерпретацією ідеї рівності науковець вважає діалектичне поєднання формальної і фактичної (реальної) рівності, яке дозволяє забезпечити «справедливу рівність можливос-

тей» (Дж. Ролз). Вимога формальної рівності можливостей реалізується в праві за допомогою чотирьох пов'язаних між собою загальних принципів: 1) принципу рівності перед законом; 2) принципу рівності перед судом; 3) принципу рівності прав і свобод людини і громадянина; 4) принципу рівності обов'язків людини й громадянина. У свою чергу, ідея фактичної рівності можливостей реалізується в праві за допомогою двох основних принципів: 1) принципу диференціації правового регулювання; 2) принципу позитивної дискримінації. Принцип диференціації виходить з визнання того, що право повинне враховувати відмінності між людьми. Відсутність диференціації призводить до прямого порушення рівності, яке в цих випадках полягає насамперед не в формулюванні норми (вона зовнішньо є однаковою для всіх), а в її фактичній дії (практика застосування норми є суттєво неоднаковою для різних категорій осіб, що призводить до дискримінації) [8].

Отже, проаналізувавши сутність принципу рівності на рівні філософії права та теорії держави і права, можна перейти до дослідження запропонованих науковцями різних «проекцій» на поняття принципу рівності як принципу адміністративного судочинства.

При цьому наведені нижче інтерпретації дозволяють пересвідчитись, що принцип рівності перед законом і судом не можна вважати однозначним поняттям. Багатозначність принципу рівності як правового поняття, слідує з того, що принцип рівності сторін необхідно розглядати як складовий елемент більш об'єктивного за змістом поняття справедливого судового розгляду, який вимагає, щоб кожній із сторін була надана розумна можливість представляти свою справу в такий спосіб, щоб не ставити її в істотно менш сприятливе становище в порівнянні з опонентами [9]. Тобто рівне ставлення суду до учасників спору можливо вважати одночасно і способом (справедлива процедура судового розгляду), і кінцевою метою — досягнення справедливого результату (справедливого рішення суду щодо суті спору).

У той самий час, з дослідження праць західних науковців, яке зроблено А. А. Пухтецькою, рівність кожної людини перед законом уявляється однією із трьох ідей, на яких ґрунтується доктри-

на верховенства права, а саме: 1) право є вищим та протилежним деспотичній владі; тільки у випадку, якщо діями особи було порушено закон, тоді їй буде призначено покарання судом у встановленому законом порядку; 2) кожна людина має бути рівною перед законом, тобто незалежно від того, ким вона є — чи державним службовцем, чи селянином — у випадку порушення закону розгляд у суді буде відбуватись за одними законами; 3) норми конституції не є основним джерелом права, а основним джерелом виступають природні права людини. Кожна людина у суспільстві повинна мати свої права та свободи, які дозволяють їй робити все, що вона бажає [10].

Доречно зауважити, що широке розповсюдження та впровадження наведених вище поглядів, у першу чергу пов'язане з відповідною практикою Європейського суду з прав людини. Засади рівності сторін у процесі трактуються Судом на підставі принципу верховенства права, який знаходить свій вираз у положеннях ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод щодо справедливого судового розгляду [11].

Важливе місце у дослідженні необхідно приділити поняттю недискримінації. Принцип недискримінації закріплений у ч. 2 ст. 10 Кодексу адміністративного судочинства України, яка визначає заборону привілеїв чи обмежень прав учасників адміністративного процесу за різними ознаками.

Якщо ч. 1 згаданої вище статті вимагає від суду такого ставлення, при якому усі учасники адміністративного процесу мають бути рівними перед законом і судом, тобто закон має однакову силу стосовно всіх учасників процесу, то ч. 2 виходить із того, що будь-які права (прямо записані в законі, або навіть не закріплені у законі, однак які об'єктивно існують) не можуть бути обмежені або навпаки, ними не можуть бути безпідставно наділені учасники адміністративного процесу, за наявності расових, соціальних, майнових, політичних, статевих або будь-яких інших відмінних ознак між ними.

Недопустимість будь-якої дискримінації виводиться науковцями з положень, що становище конкретного учасника адміністративного судочинства не може бути покращено чи погіршено залежно від расових, соціальних, майно-

вих, політичних, статевих або будь-яких інших відмінних ознак між ними. Порушення судом цих вимог буде свідченням упередженості суду [12]. Упередженість суду в такому разі полягатиме в тому, що саме наявність або відсутність певних ознак, а не обставини справи та їх об'єктивна правова оцінка, є вирішальним для суду при прийнятті рішення та застосуванні закону.

С. П. Погребняк зазначає, що принцип недискримінації є надзвичайно важливим для реалізації правової рівності як справедливої рівності можливостей. Оскільки дискримінація, вважає він, призводить до обмеження або унеможливлення користування чи здійснення прав і свобод усіма людьми на рівних підставах, то її заборона розглядається як один із шляхів забезпечення рівності. У сучасній інтерпретації недискримінація означає заборону необґрунтованого відмінного ставлення до осіб, що знаходяться в однаковій ситуації, чи однакового підходу до осіб, що знаходяться в різних ситуаціях [13].

Велике значення принципу недискримінації надається в практиці Європейського суду з прав людини, судів інших країн з розвинутою демократією. Як вважають дослідники судової практики Європейського суду з прав людини, дискримінація може як мати очевидний характер, так і бути прихованою, що дає підстави виділити окремі ознаки та поняття прямої та непрямой дискримінації. Пряма дискримінація пов'язана із ситуацією, коли одна особа перебуває у менш сприятливих умовах порівняно з тим, в яких перебуває інша особа в такій самій ситуації, враховуючи наявність однієї із дискримінаційних ознак. Непряма (опосередкована) дискримінація пов'язана з ситуацією, коли очевидно нейтральне положення, критерії, практика можуть поставити одну особу в менш сприятливе положення, якщо тільки об'єктивно не виправдане законною метою. Причому дискримінація, на думку Суду, може виникнути як при застосуванні різних правил до схожих ситуацій, так і в разі застосування однакових правил для різних ситуацій [14].

Насамкінець можна підсумувати, що принцип рівності учасників адміністративного процесу перед законом і судом має загальноправовий характер і означає наділення учасників процесу рівними

правами і рівними обов'язками щодо участі у процесі та обстоюванні своєї позиції. В основі принципу рівності, як принципу адміністративного судочинства, закладені елементи та положення філософії права, теорії держави та права, які поєднують у собі ідеї формальної і фактичної (реальної) рівності людей.

Проблемне питання, що ставиться для подальшого дослідження принципу рівності перед законом і судом, як принципу адміністративного процесу, пов'язане із встановленням меж розповсюдження означеного принципу не лише на громадян, а й на органи державної влади як учасників адміністративного процесу.

ПРИМІТКИ

1. Полховська І. К. Конституційний принцип рівності людини і громадянина : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : 12.00.02 / І. К. Полховська ; Нац. юрид. академія України імені Ярослава Мудрого. — Х., 2007. — С. 20.
2. Куйбіда Р. О. Основи адміністративного судочинства та адміністративного права : навч. посіб. / Р. О. Куйбіда, В. І. Шишкін. — К. : Старий світ, 2006. — С. 213—214.
3. Адміністративне судочинство України : підручник / О. М. Пасенюк (кер. авт. кол.), О. Н. Пащенко, В. Б. Авер'янов [та ін.] ; за заг. ред. О. М. Пасенюка. — К. : Юрінком Інтер, 2009. — С. 81.
4. Науково-практичний коментар до Кодексу адміністративного судочинства України : в 2 т. — 2-ге вид., змін. та допов. / В. К. Матвійчук, І. О. Хаар ; за заг. ред. В. К. Матвійчука. — К. : Алерта ; КНТ, 2008. — С. 143.
5. Миколенко О. І. Теорія адміністративного процедурного права : монографія / О. І. Миколенко. — Х. : Бурун Книга, 2010. — С. 3.
6. Максимов С. Необхідність філософського обґрунтування прав людини / С. Максимов // Вісник академії правових наук України. — 2009. — №1. — С. 6—7.
7. Погребняк С. П. Основоположні принципи права : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.01 — теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень / С. П. Погребняк ; Нац. юрид. академія України імені Ярослава Мудрого. — Х., 2009. — С. 8.
8. Там само. — С. 17, 18.
9. Куйбіда Р. О. Зазнач. праця. — С. 56.
10. Пухтецька А. А. Європейський адміністративний простір і принцип верховенства права : монографія / відп. ред. В. Б. Авер'янов. — К. : Юридична думка, 2010. — С. 50.
11. Конституція України : наук.-практ. ком. / В. Б. Авер'янов, О. В. Батанов, Ю. В. Баулін [та ін.]. — Х. : Право ; К. : Ін Юре, 2003. — С. 123—125.
12. Куйбіда Р. О. Зазнач. праця. — С. 214.
13. Погребняк С. П. Зазнач. праця. — С. 17, 18.
14. Право Європейського Союзу : підручник / за ред. В. І. Муравйова. — К. : Юрінком Інтер, 2011. — С. 352—353.

Ченкова Наталія. *Суть принципу рівності перед законом і судом в адміністративному процесі.*

Исследован принцип равенства перед законом и судом и его особенности в административном процессе.

Ключевые слова: *принцип адміністративного судочинства, рівність перед законом, рівність перед судом, дискримінація.*

Chenkova Nataliya. *Essence of the principle of equality before the law and court in the administrative process.*

Researched principle equality before the law and court and his peculiarity in administrative process.

Key words: *principle of administrative legal procedure, equality protection of the law, discrimination.*

УДК 342.9:378

Тетяна Шемігон,асистент кафедри публічно-правових дисциплін
Білоцерківського національного аграрного університету

ПЕРСПЕКТИВИ ЗАКОНОДАВЧОГО РЕГУЛЮВАННЯ ВИМОГ ДО КАНДИДАТА НА ПОСАДУ КЕРІВНИКА ВИЩОГО НАВЧАЛЬНОГО ЗАКЛАДУ ДЕРЖАВНОЇ ФОРМИ ВЛАСНОСТІ*

Стаття присвячена вивченню підходів суб'єктів законодавчої ініціативи у регулюванні вимог до кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу державної форми власності. Визначено число офіційно зареєстрованих у Верховній Раді України проєктів Закону України «Про вищу освіту» (нова редакція). Проаналізовано кількісні та якісні зміни, що запропоновані ними. Зроблено спробу з'ясувати переваги введення норм-новел, недоліки та шляхи їх ліквідації.

Ключові слова: суб'єкти законодавчої ініціативи, галузь вищої освіти, вимоги до кандидата на посаду, керівник вищого навчального закладу державної форми власності, кількісні та якісні зміни.

Указом Президента України «Про заходи щодо забезпечення пріоритетного розвитку освіти в Україні» від 30.09.2010 р. № 926/2010 [1] 2011 р. було оголошено в Україні Роком освіти та інформаційного суспільства. З метою забезпечення поліпшення функціонування та інноваційного розвитку освіти в Україні, підвищення її якості та доступності, інтеграції до європейського освітнього простору із збереженням національних досягнень і традицій Президент України постановив Кабінету Міністрів України прискорити розроблення проєкту нової редакції Закону України «Про вищу освіту», забезпечити організацію його громадського обговорення, доопрацювання з урахуванням результатів такого обговорення та внесення в установленому порядку на розгляд Верховної Ради України.

До кола питань, що регулюються Законом України «Про вищу освіту» [2], належить встановлення вимог до кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу, в тому числі державної форми власності, що давно потребує удосконалення.

На жаль, науковий інтерес до досліджуваного питання не відзначається систематичністю, що, в свою чергу, впливає на рівень його вивчення. Все це обумовлює необхідність і доцільність нашого дослідження.

Метою цієї статті є аналіз результатів законопроектної роботи над новою редакцією Закону України «Про вищу освіту» у питанні регулювання вимог до кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу державної форми власності.

На момент прийняття Президентом України Указу «Про заходи щодо забезпечення пріоритетного розвитку освіти в Україні» у Верховній Раді України було офіційно зареєстровано Проєкт Закону України «Про вищу освіту» (нова редакція) № 6194 від 16.03.2010 р. [3], ініціаторами якого стали народні депутати VI скликання (В. І. Полохало, С. А. Давимука, В. С. Курило).

Надалі результати своєї законопроектної роботи з цього питання реєстрували:

1) народний депутат України VI скликання Ю. Р. Мірошніченко — Проєкт

* Рекомендовано до друку кафедрою публічно-правових дисциплін Білоцерківського національного аграрного університету.

Закону України про вищу освіту № 7486 від 17.12.2010 р. [4];

2) народні депутати України VI скликання О. С. Єфремов, О. О. Зарубінський, С. В. Ківалов, О. С. Логвиненко, М. Г. Луцький, К. С. Самойлик, І. Ф. Шаров — Проект Закону України про вищу освіту № 7486-1 від 22.12.2010 р. [5];

3) Кабінет Міністрів України (М. Я. Азаров) — Проект Закону України про вищу освіту № 9655 від 28.12.2011 р. [6];

4) народні депутати України VI скликання А. П. Яценюк та Л. Ю. Орбець — Проект Закону України про вищу освіту № 9655-1 від 30.12.2011 р. [7];

5) народний депутат України VI скликання Ю. Р. Мірошниченко — Проект Закону України про вищу освіту № 9655-2 від 06.01.2012 р. [8].

Юридична доля усіх проектів Закону України «Про вищу освіту» (нова редакція) неоднакова. Так, один проект відхилено та знято з розгляду (останній етап проходження: в порядок денний не включено), два знято з розгляду (останній етап проходження: одержано заяву про відкликання), два опрацьовуються в комітеті (останній етап проходження: включено до порядку денного, надано для ознайомлення), розгляд одного відкладено (останній етап проходження: одержано заяву про відкликання).

Враховуючи це, на даний час перспектива набуття статусу спеціального закону в галузі вищої освіти належить тільки одному із двох законопроектів.

Враховуючи структурну та змістову подібність проектів № 6194, № 7486-1 та № 9655, ми вважаємо за доцільне проведення порівняльно-правового аналізу спочатку саме їх положень щодо вимог до кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу один щодо одного та чинного Закону України «Про вищу освіту».

Позиція ініціаторів усіх перелічених вище проектів є спільною з багатьох питань, серед яких вимоги до кандидата на посаду керівника університету, академії, коледжу (III або IV рівня акредитації за чинним Законом України «Про вищу освіту»). До їх числа віднесено:

1) громадянство України;

2) вільне володіння та послуговування українською мовою (володіти українською мовою — Проект № 7486-1, вільно володіти українською мовою — Проект № 9655);

3) вчене звання професора;

4) науковий ступінь доктора філософії або доктора наук;

5) стаж науково-педагогічної діяльності не менше ніж десять років (стаж роботи на посадах науково-педагогічних працівників не менш як десять років — Проект № 9655).

При порівнянні цих вимог та вимог, що закріплені у ч. 1 ст. 39 чинного Закону України «Про вищу освіту» для кандидатів на посаду керівника вищого навчального закладу III або IV рівня акредитації стає очевидним, що кількісні показники вимог не змінюються, в той час, як у питанні якості зроблено спробу удосконалення. Так, на нашу думку, окремі з них мають уточнюючий характер, інші тавтологічні.

Ми вважаємо, що виокремлення стажу науково-педагогічної діяльності не менше ніж 10 (десять) років у самостійну вимогу до кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу III або IV рівня акредитації не носить додаткового навантаження і є ніщо інше ніж тавтологія. Це пояснюється тим, що вже саме висунення такої вимоги як наявність вченого звання професора включає в себе вимогу щодо науково-педагогічної діяльності (роботи) та відповідного стажу її тривалості. В той самий час положеннями Закону України «Про вищу освіту» на даний час регулюється ситуація, за якої керівник вищого навчального закладу набуває досвіду управління після свого обрання. Негативність такого явища полягає в тому, що обсяги виконання повноважень та їх якість мають суттєву різницю у часі. Відтак доцільним, на нашу думку, є передбачення вимоги до кандидата стажу не науково-педагогічної діяльності, а управлінського досвіду.

Головне науково-експертне управління Верховної Ради України у висновках на проекти веде мову про завищення вимоги до такого типу навчального закла-

ду, як коледж, а разом із цим і до вимог, яким має відповідати його керівник [9].

Питання, яке регулюється на даний час ч. 2 ст. 39 Закону України «Про вищу освіту», а саме вимоги до кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу I або II рівня акредитації, не залишилося і поза увагою суб'єктів законодавчої ініціативи.

Положеннями всіх трьох проектів дотримано практичної однотайності і в цьому питанні. Так, кандидат на посаду керівника професійного коледжу повинен:

- 1) бути громадянином України;
- 2) вільно володіти та послуговуватися українською мовою (вільно володіти українською мовою — Проект № 9655);
- 3) мати вищу освіту освітньо-кваліфікаційного рівня магістра;
- 4) мати відповідну підготовку;
- 5) мати стаж педагогічної роботи у вищих навчальних закладах відповідного типу не менше ніж п'ять років.

На нашу думку, невиправданим є загромодження тексту нормативно-правового акта. Так, суб'єкти законодавчої ініціативи пропонують до використання таку правову конструкцію, як «вільно володіти та послуговуватися українською мовою», замість існуючого «вільно володіти українською мовою». Великий тлумачний словник сучасної української мови [10] розкриває зміст слова «вільно» як «легко, без зусиль» (фізичних або розумових). А тому, на нашу думку, в коригуванні вказаної правової норми саме таким способом немає необхідності. Причина криється в тому, що поняття «володіти» і «послуговуватися» мають однакову змістову наповненість. Великий тлумачний словник сучасної української мови серед трактувань поняття «володіти» визначає такі: «уміння користуватися чим-небудь»; «добре знати що-небудь». Зміст же поняття «послуговуватися» розкривається як «використання чого-небудь із певною метою», «користування чимсь». Укладачі словника синонімів української мови [11] до синонімів поняття «послуговуватися» відносять «користуватися чим-небудь», «вживати що-небудь», «застосовувати що-небудь».

Сфера дії абз. 1 ч. 1 ст. 39 Закону України «Про вищу освіту» охоплює всі вищі навчальні заклади незалежно від їх

відомчого підпорядкування, але нормотворча позиція суб'єктів законодавчої ініціативи все більше відзначається поверненням уваги до необхідності розмежування вимог відповідно до профілю вищого навчального закладу.

Тому ще одним питанням, що стало предметом регулювання кожного із проаналізованих законопроектів, є положення, якими вирішується питання вимог до кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу культури і мистецтв. Спільне бачення у регулюванні питання вимог до кандидатів на посаду керівника університету, академії, коледжу та професійного коледжу не знаходить свого місця щодо вищого навчального закладу культури і мистецтв.

У межах ст. 38 кожного із проектів вирішується питання вимог до кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу культури і мистецтв. Частина 1 цієї статті є продубльованою у кожному із законопроектів. Згідно із нею кандидатом може бути особа, яка має почесні звання «Народний артист України», «Народний художник України», «Народний архітектор України» або «Заслужений діяч мистецтв України».

Крім цієї вимоги, Проектом № 6194 передбачено, що кандидат на посаду керівника також повинен мати вчене звання доцента та науковий ступінь доктора філософії.

Розробники ж Проекту № 7486-1 та Проекту № 9655 закріпили правову норму, згідно з якою вищезазначений перелік почесних звань та вчене звання професора і науковий ступінь доктора філософії або доктора наук носять один щодо одного взаємозамінний характер. На нашу думку, позиція розробників обох законопроектів є не зовсім коректною. Відповідно до ч. 3 ст. 59 Закону України «Про вищу освіту» як науковий ступінь, так і вчене звання є рівнем наукової кваліфікації, натомість пунктами 16 та 17 Положення про почесні звання України від 29.06.2001 р. № 476/2001 [12] передбачено, що для отримання відповідного почесного звання не встановлено вимоги наявності наукового ступеня чи вченого звання. Це і підтверджує те, що ці звання не можуть бути визнані то-

тожними і такими, що можуть бути взаємозамінними. Крім того, відповідно до положень Порядку присвоєння вченого звання професора і доцента, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 27.12.2008 р. № 1149 [13], однією з умов присвоєння вченого звання професора або доцента діячам культури і мистецтв та фахівцям фізичної культури і спорту є наявність відповідного почесного звання. Отже, висунення такої вимоги, як наявність вченого звання і наукового ступеня, є необхідним.

Вартим уваги є те, що тільки положеннями Проекту № 7486-1 та Проекту № 9655 передбачено положення, згідно з яким кандидат на посаду керівника вищого навчального закладу культури і мистецтв має відповідати також вимогам, які висуваються до керівника університету, академії, коледжу.

Ще однією особливістю результатів законопроектної роботи, що аналізуються, є спроба вирішити питання вимог до кандидатів на посаду керівника вищого військового навчального закладу. В цьому питанні проект характеризується одностайністю. Вимоги до кандидата та особливості порядку призначення на посаду керівника вищого військового навчального закладу встановлюється центральним органом виконавчої влади, у підпорядкуванні якого перебуває вищий військовий навчальний заклад.

Ми переконані, що регулювання цього питання не на законодавчому рівні є недоцільним. Подібною є наступна ситуація, а саме бачення регулювання питання вимог до кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу ініціаторами Проекту № 7486. Частиною 2 ст. 27 цього Проекту закріплено, що вимоги до кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу, а також порядок його обрання, звільнення і строк заняття цієї посади визначаються статутом вищого навчального закладу. Така позиція суб'єктів законодавчої ініціативи не знайшла підтримки у Головному науково-експертному управлінні, яке у висновку на Проект № 7486 зазначило наступне: «Порядок обрання керівника вищого навчального закладу, на думку Управління, теж має визнача-

тися законом, а не статутом вищого навчального закладу (ч. 2 ст. 27)» [14].

Така сама ситуація склалася і з Проектом Закону України «Про вищу освіту» № 9655-2 від 06.01.2012 р., ч. 2 ст. 26 якого визначено, що вимоги до кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу, а також порядок його обрання, звільнення і строк заняття цієї посади визначаються статутом вищого навчального закладу. Головне науково-експертне управління Верховної Ради України вкотре несхвально відреагувало на таку новелу: «Законопроектом передбачено, що «вимоги до кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу, а також порядок його обрання, звільнення і строк заняття цієї посади визначаються статутом вищого навчального закладу» (ч. 2 ст. 26). Такий підхід убачається неприйнятним, оскільки поставить керівників вищих навчальних закладів у нерівні умови. При цьому слід звернути увагу й на те, що за змістом п. 3 ч. 2 ст. 25 керівник вищого навчального закладу обирається за конкурсом вищим колегіальним органом громадського самоврядування вищого навчального закладу. На думку Управління, усі питання щодо вимог до кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу, порядок його обрання, звільнення та строк заняття цієї посади мають регулюватися законом, а не статутом вищого навчального закладу» [15].

На нашу думку, підхід розробника Проекту № 7486 щодо надання повної автономії вищому навчальному закладу при вирішенні цього питання не має доцільності. Такий спосіб визначення вимог, який діє на даний час, є цілком виправданим, оскільки їх закріплення у спеціальному законі сприяє наданню останнім універсального характеру і обов'язковості для всіх вищих навчальних закладів незалежно від їх підпорядкування. Відповідно до ч. 1 ст. 32 Закону України «Про вищу освіту» безпосереднє управління вищим навчальним закладом здійснює його керівник. Керівник вищого навчального закладу державної форми власності є особою, яка для виконання покладених на неї повноважень користується матеріальними та нема-

теріальними ресурсами, що мають відповідну форму власності. Отже, визначення вимог до кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу саме на законодавчому, а не локальному рівні є гарантією досягнення мети, виконання головних завдань вищого навчального закладу та раціонального використання керівником наданих йому державою ресурсів.

Крім того, Проект № 9655-2 не містить положень, якими б регулювалися питання вимог до кандидатів на посаду керівника вищого навчального закладу культури і мистецтв та вищого військового навчального закладу. Законодавчий мінімум вимог до кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу (без виокремлення вищого навчального закладу культури і мистецтв, та без розмежування за рівнем акредитації) міститься у ч. 2 ст. 43 Проекту Закону України «Про вищу освіту» № 9655-1. Так, керівник вищого навчального закладу повинен мати освітньо-науковий ступінь та вчене звання.

Варто зазначити, що це один із усього числа офіційно зареєстрованих Проектів Закону України «Про вищу освіту», яким не передбачено вимоги щодо громадянства, вільного володіння державною мовою. Ми дозволимо собі не погодитися з таким підходом суб'єктів законодавчої ініціативи. Абсолютизм розробників цього проекту, на нашу думку, є невиправданим, оскільки вищі навчальні заклади можуть бути різних форм власності, в тому числі державної, що, в свою чергу, обумовлює необхідність передбачення таких вимог. Питання ж вимог щодо кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу вирішене розробниками цього Проекту так: «Керівник (начальник) військового вищого навчального закладу призначається Міністром оборони України» (ч. 3 ст. 69). Головним науково-експертним управлінням Верховної Ради України зауважень до цього Проекту з цього питання не висунуто.

Отже, необхідність врегулювання питання вимог до кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу державної форми саме на законодавчому рівні власності має на меті створення рівних умов для усіх майбутніх управ-

лінців вищим навчальним закладом. Тенденції, що нині панують у вищій школі, дають підстави вести мову про необхідність ґрунтовного перегляду кількісного та якісного складу вимог до кандидатів на посаду керівника вищого навчального закладу. Зрозумілим є те, що вимоги, які передбачені чинним Законом України «Про вищу освіту» та положеннями проаналізованих нами проектів Закону України «Про вищу освіту» (нова редакція), є рівноцінними у значенні допуску до участі у конкурсі, але рівень їх навантаження для кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу державної форми власності відповідного рівня акредитації є неоднаковим. Така ситуація, на нашу думку, є виправданою, адже враховується місце вищого навчального закладу в системі вищої освіти (наприклад університет та професійний коледж). У той самий час серед суб'єктів законодавчої ініціативи спостерігається тенденція до взаємозамінності вимог до кандидата чи й узагалі до мінімізації їх числа. Ми переконані, що такий підхід не завжди виправданий. На нашу думку, кожна з вимог, яка висувається до кандидата, має бути «відповідником» одного чи кількох повноважень, якими наділений керівник. Це, в свою чергу, має спростити і в той самий час сприяти ефективності практичної реалізації останніх. Ще одним питанням, яке потребує вирішення, є виокремлення вимог до кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу культури і мистецтв та вищого військового навчального закладу. На нашу думку, в цьому немає необхідності, оскільки, перш за все, керівники таких закладів є науково-педагогічними (педагогічними) працівниками та й очолюють вони саме навчальний заклад.

З урахуванням цього ми пропонуємо внести такі зміни до Закону України «Про вищу освіту»:

абз. 1 ч. 1 ст. 39 викласти у такій редакції: «Кандидат на посаду керівника вищого навчального закладу III або IV рівня акредитації повинен бути громадянином України, вільно володіти державною мовою, мати вчене звання професора, науковий ступінь доктора або

кандидата наук, стаж на посаді керівника структурного підрозділу вищих навчальних закладів не менше ніж три роки»;

абз. 1 ч. 2 ст. 39 викласти у такій редакції: «Кандидат на посаду керівника вищого навчального закладу I або II рівня акредитації повинен бути громадянином України, вільно володіти державною мовою, мати вищу освіту, відповідну підготовку, стаж на посаді керівника

структурного підрозділу вищих навчальних закладів відповідного профілю не менше ніж три роки».

Враховуючи відсутність єдиного бачення вирішення проблеми суб'єктами законодавчої ініціативи, питання правового регулювання вимог до кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу, в тому числі державної форми власності, не може бути вичерпане до кінця в межах цієї статті.

ПРИМІТКИ

1. Указ Президента України «Про заходи щодо забезпечення пріоритетного розвитку освіти в Україні» від 30.09.2010 р. № 926/2010 // Офіційний вісник України. — 2010. — № 75. — С. 9. — Ст. 2659. — Код акта 52894/2010.

2. Закон України «Про вищу освіту» від 17.01.2002 р. № 2984-III // Відомості Верховної Ради України. — 2002. — № 20. — Ст. 134.

3. Проект Закону України «Про вищу освіту» (нова редакція) № 6194 від 16.03.2010 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=37291.

4. Проект Закону України про вищу освіту № 7486 від 17.12.2010 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=39285.

5. Проект Закону України про вищу освіту № 7486-1 від 22.12.2010 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=39329.

6. Проект Закону України про вищу освіту № 9655 від 28.12.2011 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=42241.

7. Проект Закону України про вищу освіту № 9655-1 від 30.12.2011 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=42255.

8. Проект Закону України про вищу освіту № 9655-2 від 06.01.2012 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=42264.

9. Висновок Головного науково-експертного управління Верховної Ради України на Проект Закону України «Про вищу освіту» (нова редакція) № 6194 від 16.03.2010 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=37291, на Проект Закону України про вищу освіту № 7486-1 від 22.12.2010 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=39329, на Проект Закону України про вищу освіту № 9655 від 28.12.2011 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=42241.

10. Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і гол. ред. В. Т. Бусел. — К. ; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2003. — 1440 с.

11. Словник синонімів української мови : у 2 т. / уклад. А. А. Бурячок, Г. М. Гнатюк [та ін.]. — К. : Наукова думка, 1999.

12. Положення про почесні звання України від 29.06.2001 р. № 476/2001 // Офіційний вісник України. — 2001. — № 27. — С. 10. — Ст. 1201. — Код акта 19333/2001.

13. Порядок присвоєння вченого звання професора і доцента, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 27.12.2008 р. № 1149 // Офіційний вісник України. — 2009. — № 100. — С. 362. — Ст. 3339. — Код акта 45376/2008.

14. Висновок Головного науково-експертного управління Верховної Ради України на Проект Закону України про вищу освіту № 7486 від 17.12.2010 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=39285.

15. Висновок Головного науково-експертного управління Верховної Ради України на Проект Закону України «Про вищу освіту» № 9655-2 від 06.01.2012 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=42264.

Шемигон Татьяна. Перспективы законодательного регулирования требований к кандидату на должность руководителя высшего учебного заведения государственной формы собственности.

Статья посвящена изучению подходов субъектов законодательной инициативы в регулировании требований к кандидату на должность руководителя высшего учебного заведения государственной формы собственности. Определено число официально зарегистрированных в Верховной Раде Украины проектов Закона Украины «О высшем образовании» (новая редакция). Проанализированы количественные и качественные изменения, ими предложенные. Сделана попытка выявить преимущества введения норм, выявлены недостатки и пути их ликвидации.

Ключевые слова: субъект законодательной инициативы, отрасль высшего образования, требования к кандидату на должность, руководитель высшего учебного заведения государственной формы собственности, уменьшение объема полномочий, увеличение объема полномочий, количественные и качественные изменения.

Shemigon Tetiana. Perspectives of legislative regulation of requirements to the candidate on the post of the head of the higher educational institution of the state pattern of ownership.

Article is devoted studying of approaches of subjects of the legislative initiative in regulation of requirements to the candidate on a post of the head of a higher educational institution of the state pattern of ownership. The number officially registered in the Supreme Rada of Ukraine of bills of Ukraine «About higher education» (new edition) is defined. Quantitative and qualitative changes are analysed. Attempt to find out advantage from introduction of legal norms, lacks and their ways of the decision is made.

Key words: the subject of the legislative initiative, sector of the higher education, requirements to the candidate on a post the head of the state a higher educational institution, reduction of volume of powers, increase in volume of powers, quantitative and qualitative changes.

УДК 347.122

Ірина Венедіктова,

кандидат юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри цивільно-правових дисциплін
Харківського національного університету ім. В. Н. Каразіна

ЗАХИСТ ІНТЕРЕСІВ У ПРАВОВІДНОСИНАХ ЩОДО ЗДІЙСНЕННЯ ОСОБИСТИХ НЕМАЙНОВИХ ПРАВ

Статтю присвячено аналізу правової категорії «охоронюваний законом немайновий інтерес» і її співвідношення із категорією «особисте немайнове право». Розглянуто здійснення охоронюваних законом немайнових інтересів з точки зору плюралістичної і моністичної концепцій. Відображена роль категорії інтересу в законодавчому закріпленні множини особистих немайнових прав у ракурсі її системно-структурної побудови. Зроблено загальний висновок, що охоронюваний законом особистий немайновий інтерес слугує системоутворюючим чинником щодо закріплених особистих немайнових прав, адже окреслює їх внутрішню диференціацію на групи та визначає перспективи закріплення нових особистих немайнових прав.

Ключові слова: охоронюваний законом особистий немайновий інтерес, особисте немайнове право, плюралістична концепція, моністична концепція.

Дослідження захисту охоронюваних законом інтересів у правовідносинах щодо здійснення особистих немайнових прав слід розпочати з визначення співвідношення між категоріями «особисте немайнове право» та «особистий немайновий інтерес», оскільки доктринальна дискусія з приводу розмежування понять «суб'єктивне цивільне право» та «охоронюваний законом інтерес» в контексті захисту особистісної немайнової сфери має свою специфіку. Таким чином іншим чином до проблеми визначеності категорії «охоронюваний законом інтерес» звертались Ю. С. Гамбаров, І. А. Покровський, Є. В. Пассек, В. П. Грибанов, В. К. Попов, С. М. Братусь, М. В. Вітрук, Р. Є. Гукасян, М. Д. Єгоров, О. С. Йоффе, О. О. Красавчиков, М. І. Барінов, М. І. Матузов, В. О. Рясенцев, О. В. Малько, Є. В. Вавілін, Р. О. Стефанчук, О. М. Вінник, С. В. Михайлов, І. А. Бірюков, О. В. Власова, Ф. О. Богатирьов. При цьому необхідно зазначити відсутність єдиного бачення даного питання, що зумовлено як різними поглядами на розуміння сутності охоронюваного законом інтересу, так і розбіжностями в розумінні правової природи та змісту особистого немайнового права.

У першу чергу, розуміння поняття

«охоронюваний законом особистий немайновий інтерес» залежить від відповіді на запитання: чи включаються особисті немайнові відносини до предмета цивільного права. З цього приводу О. О. Красавчиков умовно розподілив існуючі точки зору з цієї проблеми на три концепції: негативну, позитивну та радикальну [1]. Дані концепції достатньо повно проаналізовані в науковій літературі [2], що дозволяє не зупинятися на їх змісті в межах нашого дослідження, а лише відобразити зв'язок із категорією охоронюваного законом інтересу. Так, серед науковців, які обстоюють думку, що особисті немайнові відносини не можуть бути предметом цивільно-правового регулювання (негативна концепція), можна навести для прикладу міркування Є. О. Крашеннінкова. Науковець стверджував, що поширення неправдивих відомостей, котрі принижують честь і гідність громадянина, тягне за собою виникнення у потерпілого права вимоги на спростування таких відомостей. Будучи способом захисту охоронюваного законом інтересу потерпілого у відновленні належних умов формування суспільної оцінки, така вимога належить до числа охоронних суб'єктивних цивільних прав [3].

У силу взаємопов'язаності категорій особистого немайнового охоронюваного інтересу та особистого немайнового права, для їх розмежування необхідним є визначення змісту останнього. На предмет чого в науці цивільного права також відсутнє єдине бачення, а серед існуючих у літературі поглядів Р. О. Стефанчуком запропоновано виділяти декілька основних концепцій: «негативну», «пропіетарну» та «обмежено пропіетарну» [4]. Не вдаючись у детальний аналіз вказаних концепцій, зазначимо, що залежно від визнання за змістом особистого немайнового права позитивних правомочностей («пропіетарна» та «обмежено пропіетарна» концепції) чи заперечення наявності таких правомочностей («негативна» концепція), демаркаційна лінія між особистим немайновим правом та відповідним охоронюваним законом інтересом буде значно відрізнятися. Так, зокрема, М. Л. Нохріна (Апраніч) висловлює думку, згідно з якою усі особисті немайнові права є або абсолютними із «негативним» характером, або відносними із «негативним» характером, або абсолютними із «позитивним» характером [5]. При цьому автор наводить приклад, що з приводу честі, гідності і ділової репутації не виникає яких-небудь самостійних суспільних відносин, оскільки ні носії честі, гідності і ділової репутації, ні особи, що оточують його, не здійснюють яких-небудь активних дій для задоволення інтересу носія честі, гідності і ділової репутації. Користування цими «благами» відбувається в багатьох суспільних відносинах, в які вступають суб'єкти, і з приводу цих «благ» не встановлюються які-небудь окремі суспільні відносини честі, гідності і ділової репутації. Зважаючи на відсутність таких суспільних відносин неможливо наділити особу суб'єктивним правом на честь, гідність і ділову репутацію. Разом із тим, у цієї особи є певний інтерес у тому, щоб інші особи не принижували її честь, гідність і ділову репутацію, що тягне за собою охорону даного інтересу шляхом встановлення в нормативному порядку відповідної заборони [6]. Пояснюється така позиція тим, що ті інтереси суб'єктів права, які задовольняються

тільки за рахунок пасивної поведінки оточуючих осіб, опосередковуються не відповідними суб'єктивними правами, а заборонами посягань на вказані інтереси і виступають як охоронювані законом інтереси. В особистій немайновій сфері до таких інтересів М. Л. Нохріна відносить: інтерес в збереженні життя і здоров'я; інтерес у сприятливому навколишньому середовищі; інтерес в особистій недоторканності; інтерес у недоторканності житла; інтерес у недоторканності засобів особистого спілкування; інтерес у збереженні таємниці приватного життя; інтерес зображеної яким-небудь чином фізичної особи у нерозповсюдженні зображення; інтерес у недоторканності особистої документації [7].

Таким чином, виходячи із різних концептуальних засад, Є. О. Крашенніков та М. Л. Нохріна приходять, як не парадоксально, до спільного результату — значна частина особистих немайнових благ визнаються об'єктом охоронюваного законом інтересу, а не суб'єктивного (регулятивного) цивільного права. Разом із тим, така позиція російських вчених навряд чи може бути прийнятною в умовах української правової дійсності. Тому, на нашу думку, більш методологічно обґрунтованою видається позиція, відповідно до якої особисті немайнові правовідносини входять до предмета цивільного права, а для особистих немайнових прав притаманні поряд з іншими також і активні правомочності. Також приватно-правові форми дозвільної поведінки в особистій немайновій сфері не вичерпуються закріпленням у законодавстві переліком особистих немайнових прав, а охоплюють і охоронюваний законом особистий немайновий інтерес.

З цих самих позицій хибною видається точка зору О. О. Пунди, який зазначає, що «здійснення особистого немайнового права — це практично його «спрацьовування» — задоволення певного правового інтересу», й далі: «...у разі визнання інтересу державою він набуває правової форми і здійснюється у правовому режимі як особисте немайнове право...» [8]. Дане твердження призводить до фактичного ототожнення понять «особисте немайнове право» та «охоронюва-

ний законом немайновий інтерес», що значно звужує межі дозвільної поведінки в особистісній немайновій сфері.

Співвідношення категорій «особисте немайнове право» та «особистий немайновий інтерес», крім вищезазначеного, також залежить від системно-структурної побудови особистих немайнових прав, закріплених на нормативному рівні. З цього приводу відповідно до цивілістичної доктрини та досвіду законотворення існує низка відмінних підходів, серед яких слід виділити принаймні такі: моністичний (концепція єдиного особистого немайнового права) та плюралістичний (концепція множинності особистих немайнових прав). Не вдаючись у зміст даної дискусії, для цілей нашого дослідження слід розкрити основну суть зазначених наукових поглядів.

Перша концепція обґрунтовує погляд на особисте немайнове право як єдине право для охорони усіх проявів індивідуальності, усіх особистих інтересів. Так, широко відомий професор дореволюційної Росії Й. О. Покровський вважав, що закон повинен захищати будь-які прояви людської індивідуальності, будь-які інтереси даної людської особистості, які не суперечать закону [9]. К. А. Флейшиць зазначала, що права, об'єктом яких виступають блага, невіддільні від кожної особи, є правами, що охороняють непротиправні прояви індивідуальних рис, здібностей, прагнень людини. Широке коло індивідуальних інтересів перерахувати в законі неможливо, й унаслідок їх нетиповості вони не можуть бути представлені як об'єкти особливих суб'єктивних прав. У зв'язку з цим пропонувалося ввести в законодавство загальну правову форму охорони особистих інтересів від порушення, оскільки «об'єкт особистих прав співпадає з тим, що охороняється цими правами, інтересом» [10]. Інколи зустрічаються погляди науковців, які визнають наявність єдиного особистого права і разом з ним окремих особистих прав або пропонують конструювання «типових особистих прав», ширших за змістом суб'єктивних прав, ніж відомі види, але не настільки широких і загаль-

них, щоб втратити свою спрямованість і визначеність змісту [11].

Для розуміння моністичної концепції слід навести її законодавче закріплення в Федеративній республіці Німеччина. У цій країні загальне особисте немайнове право знаходить свій цивільно-правовий захист, хоча й не будучи прямо закріпленим, відповідно до ч. 1 ст. 823 Німецького цивільного уложення, де вказано, що особа, яка навмисно або з необережності протиправно завдасть шкоди життю, здоров'ю, свободі, власності або іншому праву, зобов'язана компенсувати завдану шкоду [12]. Також німецькому цивільному праву відомі окремі прояви захисту особистої сфери людини, що знаходять своє законодавче закріплення як самостійні особисті немайнові права, зокрема: право на ім'я; право на захист ділової репутації; право на власне зображення; право на захист персональних даних; особисті права автора [13]. Практичним значенням моністичного підходу є надання захисту будь-якому, навіть не обумовленому в законодавстві, немайновому інтересу [14]. Таким чином, нормативне закріплення концепції єдиного особистого немайнового права фактично знімає прикладний характер питання про співвідношення понять «особисте немайнове право» та «особистий немайновий інтерес».

Плюралістичний підхід визнає існування множини особистих немайнових прав. Така позиція дозволяє зважати на специфіку здійснення і захисту кожного суб'єктивного права. Основна особливість концепції множинності особистих немайнових прав полягає у неможливості змістом передбачених у законодавстві таких суб'єктивних цивільних прав охопити усю сферу особистого, що зумовлює необхідність закріплення як однієї з форм дозвільної поведінки охоронюваного законом особистого немайнового інтересу та забезпечення його належного правового захисту. З цього приводу вважаємо за можливе висловити методологічну солідарність із позицією, відповідно до якої нормативна база щодо особистих немайнових прав має, по-перше, містити загальні консолідовані поло-

ження щодо особистих немайнових прав фізичних осіб, по-друге, передбачати широкий каталог конкретних особистих немайнових прав фізичних осіб, чим здійснити їх позитивну регламентацію, по-третє, створювати реальну можливість охорони особистого немайнового інтересу фізичних осіб, не конкретизуючи його в певне суб'єктивне цивільне право [15]. Слід вказати, що чинне вітчизняне цивільне законодавство запровадило плюралістичний підхід, а отже, закріпило множини особистих немайнових прав, які у своїй сукупності складають систему, та, крім того, гарантують кожному право на захист свого особистого немайнового інтересу, який не суперечить загальним засадам цивільного законодавства.

Законодавче закріплення множини особистих немайнових прав ставить питання про її системно-структурну побудову. У цьому плані категорія інтересу також відіграє не останню роль. Так, пануюча на сьогодні доктрина при поділі особистих немайнових прав за класифікаційний критерій бере мету, на досягнення якої спрямоване відповідне особисте немайнове право. Вперше такий критерій використала Л. О. Красавчикова, яка обґрунтувала класифікацію особистих немайнових прав залежно від ієрархії потреб, які покликані забезпечити дані права. Такі потреби вона класифікувала на фізіологічні потреби (потреби першого рівня) та соціальні потреби (потреби другого рівня). До першої групи автор відносить право на життя, здоров'я, безпечне довкілля, свободу та особисту недоторканність, а до другої — відповідно: право на ім'я, честь, гідність, ділову репутацію, приватне життя, свободу пересування тощо. При цьому автор зазначає, що інтереси є нічим іншим, як суб'єктивним виразом об'єктивно існуючих тих або інших потреб людини [16]. Практично аналогічну класифікацію сприйняв і ЦК України, який у книзі другій здійснює поділ особистих немайнових прав фізичної особи на ті, що забезпечують природне існування (глава 21), та ті, що забезпечують соціальне буття (глава 22). Тому категорія інтересу

впливає на внутрішню побудову системи особистих немайнових прав.

На сучасному етапі розвитку нашої країни об'єктивно потрібне підвищення ролі охоронюваних законом інтересів у правовому регулюванні суспільних відносин. Це рівною мірою стосується як правотворчої, так і правозастосовної діяльності [17]. Особливого значення це набуває у відносинах, пов'язаних із особистісною немайновою сферою фізичної особи. Тому, незважаючи на свою «масовість», переліки особистих немайнових прав, звичайно ж, не є вичерпними і, певно, що ніколи не зможуть бути іншими. Це пов'язано з об'єктивними глобальними процесами: проблемою «обмеженості ресурсів», загальним динамічним розвитком науково-технічного прогресу, збільшенням виробництва, посиленням конкуренції, а головне — подальшим розкриттям наукою феномена людини. Наведені чинники не тільки сприятимуть усвідомленню людиною виникнення у неї нових інтересів, а й стануть причиною закріплення в законодавстві нових видів особистих немайнових прав, що вже має місце в законодавстві низки зарубіжних країн [18].

Тому, як вірно зазначає В. Л. Суховерхий, розвиток суспільства і людини, зростання духовних потреб особистості зумовили розширення сфери цивільно-правового регулювання особистих немайнових відносин. Проте можливості цивільно-правової охорони немайнових інтересів далеко не вичерпані, і життя наполегливо вимагає охорони дедалі ширшого кола різноманітних особистих немайнових інтересів фізичних осіб [19]. Таким чином, категорія охоронюваного законом особистого немайнового інтересу має значення не тільки для функціонування системи особистих немайнових прав, а й для її подальшого розвитку.

Отже, не кожен елемент особистісної немайнової сфери може бути опосередкований суб'єктивним цивільним правом, більше того, певно що немає такої необхідності. Разом із тим, це не означає, що елемент особистісної немайнової сфери не опосередкований особистим немайновим правом, знаходиться за межами пра-

вового впливу та позбавлений цивільно-правового захисту. Такий захист можливий лише за наявності двох умов: по-перше, особистий інтерес, що потребує захисту, не повинен бути інтересом протиправним, по-друге, протиправним повинно бути те діяння, від якого особистий інтерес у кожному окремому випадку охороняється [20]. При цьому необхідно звернути увагу на підняту в літературі проблему незабезпеченості охоронюваного законом особистого немайнового інтересу кореспондуючим обов'язком, що може стати на заваді його правового захисту. У літературі було запропоновано її вирішення таким чином, щоб вказане правило про незабезпеченість охоронюваного законом інтересу кореспондуючим обов'язком застосовувалось у випадку, коли має місце конкуренція суб'єктивного цивільного права із вказаним інтересом. В іншому випадку необхідно було б забезпечувати такий інтерес відповідним обов'язком, інакше втратиться повнота його «охоронюваності» з боку права [21]. У цьому контексті слід звернути увагу на те, що охоронюваний законом особистий немайновий інтерес носить полігалузевий характер. Так, М. В. Вітрук класифікує законні інтереси особистості на 1) загальні, характерні для усіх галузей права; 2) спеціальні, характерні для окремих галузей права. До числа перших науковець відносить законні інтереси особистості, пов'язані з охороною її невід'ємних благ (життя, здоров'я, честь, гідність та інші) [22]. Разом із тим, на нашу думку, лише цивільно-правовий захист вказаних інтересів, обумовлений їх

приватноправовим характером, забезпечує повноцінну правову охорону від порушення.

Таким чином, питання про захист інтересів при здійсненні особистих немайнових прав виникає, коли певна частина особистісної немайнової сфери не охоплюється змістом закріпленого суб'єктивного права, але не суперечить загальним засадам цивільного права та потребує правового захисту. На основі проведеного дослідження захисту інтересів у відносинах щодо здійснення особистих немайнових прав доходимо таких висновків. По-перше, охоронюваний законом інтерес як форма дозвільної поведінки охоплює значну частину особистої немайнової сфери, оскільки в силу своєї специфіки далеко не усі особисті немайнові інтереси можуть бути опосередковані суб'єктивним цивільним правом. По-друге, охоронюваний законом особистий немайновий інтерес слугує системоутворюючим чинником щодо закріплених особистих немайнових прав, адже окреслює їх внутрішню диференціацію на групи та визначає перспективи закріплення нових особистих немайнових прав, а відтак і подальше вдосконалення їх системи в цілому. По-третє, належний захист інтересів у відносинах щодо здійснення особистих немайнових прав можливий лише шляхом встановлення балансу між конфліктуючими інтересами в кожному окремому випадку з урахуванням моральних засад суспільства, принципів розумності, добросовісності та справедливості.

ПРИМІТКИ

1. Красавчиков О. А. Гражданско-правовое регулирование личных неимущественных отношений и Свод законов Советского государства / О. А. Красавчиков // Проблемы гарантий осуществления и защиты прав граждан : матер. науч.-практ. конф., посвященной 175-летию возобновления Тартуского университета. — Тарту, 1977. — С. 13.

2. Стефанчук Р. О. Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту) : монографія / Р. О. Стефанчук ; Національна академія наук України ; Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького. — Хмельницький : Вид-во Хмельницьк. ун-ту управління та права, 2007. — С. 75—78.

3. Крашенников Е. А. Понятие охраняемого законом интереса / Е. А. Крашенников // Проблемы защиты субъективных гражданских прав : сб. науч. тр. — Ярославль, 2000. — С. 7—8.

4. Стефанчук Р. О. Зазнач. праця. — С. 138—143.

5. Нохрина М. Л. Гражданско-правовое регулирование личных неимущественных отношений, не связанных с имущественными / М. Л. Нохрина. — СПб. : Юридический центр Пресс, 2004. — С. 101—102.
6. Апралич М. Л. Охраняемые законом личные неимущественные интересы / М. Л. Апралич // Правоведение. — 2001. — № 2. — С. 128.
7. Там само. — С. 129.
8. Пунда О. О. Поняття та проблеми здійснення особистих немайнових прав, що забезпечують природне існування людини : монографія / О. О. Пунда. — Хмельницький—Київ, 2005. — С. 25—26.
9. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права (по изданию 1917 г.) / И. А. Покровский. — М. : Статут, 1998. — С. 110.
10. Флейшиц Е. А. Личные права граждан в гражданском праве Союза ССР и капиталистических стран / Е. А. Флейшиц // Ученые труды Всесоюзного института юридических наук НКЮ СССР. — Вып. VI. — М. : Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1941. — С. 112—113.
11. Малейна М. Н. Личные неимущественные права граждан (понятие, осуществление, защита) : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.03 / М. Н. Малейна ; Моск. гос. юрид. академия. — М., 1997. — С. 32—33.
12. Гражданское уложение Германии=Deutsches Burgerliches Gesetzbuch mit Einfuhrungsgesetz: ввод. закон к Гражд. Уложению ; пер. с нем. / В. Бергманн, введ., сост. ; науч. ред. : А. Л. Маковский [и др.] — 2-е изд., доп. — М. : Волтерс Клувер, 2006. — С. 240.
13. Посикалюк О. О. Особисті немайнові права фізичних осіб в романській, германській, англо-американській системах приватного права : монографія / О. О. Посикалюк. — К : Науково-дослідний ін-т приватного права і підприємництва НАПрН України, 2011. — С. 53—57.
14. Аскназий С. Основные вопросы Гражданского кодекса СССР в свете решений XVIII съезда ВКП(б) / С. Аскназий // Советская юстиция. — 1939. — № 14. — С. 39.
15. Стефанчук Р. О. Зазнач. праця. — С. 117.
16. Красавчикова Л. О. Понятие и система личных, не связанных с имущественными прав граждан (физических лиц) в гражданском праве Российской Федерации : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.03 / Л. О. Красавчикова. — Екатеринбург, 1994. — С. 99—102.
17. Сенников И. Е. Законный интерес как форма выражения правовых возможностей (дозволений) и объект судебно-правовой защиты [Электронный ресурс] / И. Е. Сенников. — Режим доступа : <http://www.yurclub.ru/docs/pravo/1403/13.html>.
18. Груздев В. В. Человек и право: исторические, общетеоретические и цивилистические очерки : монография / В. В. Груздев. — Кострома : КГУ им. Н. А. Некрасова, 2010. — С. 411.
19. Суховерхий В. Л. О развитии гражданскоправовой охраны личных неимущественных прав и интересов граждан / В. Л. Суховерхий // Правоведение. — 1972. — № 3. — С. 27.
20. Флейшиц Е. А. Личные права граждан в гражданском праве Союза ССР и капиталистических стран / Е. А. Флейшиц // Ученые труды Всесоюзного института юридических наук НКЮ СССР. — Вып. VI. — М. : Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1941. — С. 115.
21. Стефанчук Р. О. Зазнач. праця. — С. 113.
22. Витрук Н. В. Общая теория правового положения личности / Н. В. Витрук. — М. : НОРМА, 2008. — С. 114.

Венедиктова Ирина. Защита интересов в правоотношениях осуществления личных неимущественных прав.

Статья посвящена анализу правовой категории «охраняемый законом неимущественный интерес» и ее соотношения с категорией «личное неимущественное право». Рассмотрено осуществление охраняемых законом неимущественных интересов с точки зрения плюралистической и монистической концепций. Отображена роль категории интереса в законодательном закреплении множественности личных неимущественных прав в ракурсе системно-структурного построения. Сделан общий вывод о том, что охраняемый законом личный неимущественный интерес служит системообразующим

фактором по отношению к закрепленным личным немущественным правам, поскольку очерчивает их внутреннюю дифференциацию на группы и определяет перспективы закрепления новых личных немущественных прав.

Ключевые слова: охраняемый законом личный немущественный интерес, личное немущественное право, плюралистическая концепция, монистическая концепция.

Venediktova Iryna. The interests' defense in legal relations of realization personal non-property rights.

The article is devoted to the analysis of legal category «the personal non-property interest protected by law» and its correlation with category «personal non-property right». Made out realization non-property interests protected by law by monistic and pluralistic concepts. Reflected the role of interest in making legal system. Made a general conclusion of the system aspect of personal non-property interest attitude to personal non-property rights, because it outlines their internal division on groups and defines the perspectives of fixing new personal non-property rights.

Key words: personal non-property interest protected by law, personal non-property right, pluralistic concept, monistic concept.

УДК 347.454

Андрій Гриняк,

кандидат юридичних наук,

учений секретар НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

ПОНЯТТЯ ПРАВОПОРУШЕНЬ У СФЕРІ ДОГОВІРНИХ ПІДРЯДНИХ ВІДНОСИН

У статті аналізуються поняття та ознаки правопорушень у сфері договірних підрядних відносин. Обґрунтовується, що порушення підрядних договорів є родовою категорією, оскільки охоплює такі поняття, як невиконання та неналежне виконання такого зобов'язання.

Ключові слова: підрядні договори, правопорушення, невиконання, неналежне виконання, правові наслідки, протиправність.

Підрядний договір протягом свого існування потенційно може мати декілька послідовних стадій — укладення, забезпечення, виконання, припинення. Звичайно, будь-який підрядний договір має стадії виникнення та припинення, але далеко не завжди вони бувають забезпеченими, а іноді навіть належно виконані. Однак кожна з цих стадій є свідченням «позитивного» перебігу підрядного правовідношення. Тобто вони мають місце у разі нормального розвитку договірних підрядних відносин. Однак, на жаль, може виникнути ситуація, коли сторони не виконують належним чином своїх зобов'язань, що призводить до порушення підрядного зобов'язання.

Порушення підрядного договору є негативним відображенням існування підрядних відносин і не може розглядатися як звичайна стадія його розвитку. Порушення підрядного договору є повною протилежністю його належного виконання, оскільки характеризує аномальну, нетипову поведінку сторін й означає такий стан правовідношення, коли одна, а іноді обидві його сторони не дотримуються приписів досягнутої домовленості або законодавчо встановлених правил.

Законодавець у ЦК України визначає порушення зобов'язання як родову категорію через вказівку на його види, не визначаючи його сутності. Порушення за своїм лексичним навантаженням означає «відхилення від правил, відступ від законів, невідповідність традиції, звичаям і т. ін.» [1]. Натомість у цивіліс-

тичній доктрині зустрічаються різні підходи до розуміння цивільного правопорушення. Так, питання правової сутності порушення договірного зобов'язання у доктрині розглядається в контексті вчення про цивільно-правову відповідальність, її підстави та умови, при цьому вказується на те, що має місце цивільне правопорушення. Під цивільним правопорушенням розуміються дії або бездіяльність особи, що суперечать чинному законодавству та об'єднуються одним терміном «протиправна поведінка» [2]. Г. Ф. Шершеневич зазначав, що цивільне правопорушення є передусім недозволеною дією, тобто дією, забороненою об'єктивним правом. Тому всяка дія, яка є тільки здійсненням суб'єктивного права, що не виходить за межі, визначені законом, не є правопорушенням [3]. На думку В. І. Синайського, цивільне правопорушення є, перш за все, недозволеним діянням, тобто діянням, яке заборонене об'єктивним правом [4]. На думку О. І. Антонюк, порушення прав суб'єкта договірних зобов'язань полягає у невиконанні (невчиненні) або неналежному виконанні боржником зобов'язку за договором щодо вчинення певної дії або утримання від неї [5].

Говорячи про правопорушення у сфері договірних підрядних відносин, слід зазначити, що вони виступають тими юридичними фактами, які породжують правовідносини між правопорушником і потерпілим і формують певні вимоги потерпілого і зобов'язки правопорушника

щодо відшкодування шкоди, завданої протиправними діями. Відповідно, порушення підрядного зобов'язання передбачає збій суб'єкта виконання при вчиненні ним дій (чи утриманні від їх вчинення) від правил, відповідно до яких має виконуватися підрядне зобов'язання. Тому при порушенні підрядного зобов'язання має місце невчинення стороною необхідної дії (дій), спрямованої на належне виконання підрядного зобов'язання.

У радянській науковій літературі загальноприйнятним був підхід, за яким поняття порушення договірних зобов'язань розкривалося через відображення складу цивільного правопорушення [6] що, як зазначає С. А. Параскевова, нерідко призводило до не виправданого ототожнення порушення зобов'язання зі складом правопорушення [7]. Нині між науковцями тривають дискусії з приводу ототожнення порушення зобов'язання зі складом цивільного правопорушення. Так, у вітчизняній літературі трапляються підходи, за якими склад цивільного правопорушення являє собою сукупність ознак, які й утворюють правопорушення, а без яких воно втрачає будь-який сенс [8]. На думку Г. К. Матвеева, склад цивільного правопорушення є сукупністю певних ознак, які характеризують його як достатню підставу настання відповідальності [9]. Говорячи про елементи цивільного правопорушення, Г. К. Матвеев запропонував розташовувати їх у такій послідовності: *протиправна дія* (бездіяльність) особи, *шкідливий результат* цієї дії (бездіяльності) і *причинний зв'язок* між дією (бездіяльністю) і шкодою — як об'єктивні елементи складу — і вина правопорушника як суб'єктивний елемент складу [10]. Зважаючи на розгляд складу правопорушень у сфері договірних підрядних відносин, зазначимо, що не можна не враховувати *специфіки* підрядних правопорушень при їх кваліфікації: спочатку підлягає з'ясуванню протиправність тих або інших діянь (чи порушують вони закон або підрядний договір), потім встановлюються їх шкідливі наслідки та їх причинна обумовленість і, нарешті, відповідно до вказівок закону або умов договору — суб'єктивна сторона справи, тобто вина правопорушника.

Деяко інший підхід до складу цивільного правопорушення відображено у працях С. С. Алексеева, який, прагнучи відмежувати склад кримінального правопорушення від цивільного і підкреслити в останньому значення об'єктивних моментів над суб'єктивними, запропонував до складу цивільного правопорушення відносити: 1) об'єкт, 2) суб'єкт, 3) об'єктивну сторону (конкретно виражений шкідливий результат, протиправність, причинний зв'язок) [11].

Аналізуючи правопорушення в сфері договірних підрядних відносин, слід відзначити неможливість включення суб'єкта і об'єкта в число елементів складу правопорушення в сфері підрядних відносин, оскільки при цьому виникає абсурдна думка про можливість їх віднесення до «умов» цивільно-правової відповідальності. Однак умовами цивільно-правової відповідальності виступають не самі учасники підрядних відносин, а лише їх протиправні дії. За іншим же підходом учасників підрядних відносин слід сприймати як елементи складу юридичного факту, тобто складу своїх же власних дій, що не може не викликати заперечення.

Зважаючи на вищенаведене, доходимо висновку, що наявність у діях (бездіяльності) суб'єкта виконання ознак відповідного складу правопорушення має значення і вплив саме на наслідки порушення підрядного зобов'язання, а не на його сутність як правової категорії, оскільки, як слушно зауважує О. Гришко, ототожнення ознак причини (порушення зобов'язання) і умов настання її наслідку (яким може бути, зокрема, цивільно-правова відповідальність) є неприпустимим [12]. Отже, підсумовуючи вищенаведене, зазначимо, що, досліджуючи проблематику правопорушень у сфері договірних підрядних відносин, доцільно розмежовувати поняття «ознаки порушення договірних зобов'язань» та «склад цивільного правопорушення».

Протиправність у поведінці учасників підрядних відносин доцільно розглядати як порушення такими учасниками своїми діями чи/або бездіяльністю норм чинного законодавства України та укладеного між собою договору. Так, на думку В. П. Грибанова, з урахуванням того,

що цивільне право містить велику кількість норм диспозитивного характеру, що допускають можливість учасникам цивільного обороту на власний розсуд визначити відповідні права і обов'язки, то законодавець встановлює певні правила лише на той випадок, якщо сторони не передбачили іншого в договорі [13]. Як зазначає В. В. Луць, протиправність поведінки боржника або кредитора полягає в порушенні договірних зобов'язань [14]. На об'єктивному характері протиправності у договірному праві наголошував і О. С. Іоффе [15]. Слушною видається й теза М. К. Сулейменова, що у договірному праві нікого не цікавить психічне ставлення порушника до вчинюваного правопорушення, важливий сам факт порушення і його протиправність [16].

Таким чином, у договорах підряду доцільно підтримати позиції тих дослідників, які наголошують на об'єктивному характері протиправності порушення підрядного зобов'язання. Зважаючи на це, протиправними доцільно визнавати дії (бездіяльність) учасників підрядних відносин, які порушують права і обов'язки контрагента, закріплені насамперед у договорі підряду або ж у положеннях гл. 61 ЦК та гл. 33 ГК України. Що ж стосується порушення моральних принципів суспільства, то, як слушно зазначено в літературі, дія (бездіяльність), що порушує моральні норми, може бути визнана протиправною, тільки коли закон надає конкретним моральним правилам правового характеру [17].

Отже, протиправною є така поведінка боржника у підрядному зобов'язанні, яка не відповідає вимогам, що висуваються до його належного виконання. Відповідно вимоги, що висуваються до сторони, яка не виконує чи неналежно виконує умови підрядного договору, містяться не лише в ЦК, ГК України, інших спеціальних нормативно-правових актах, звичаях ділового обороту або інших вимогах, що зазвичай пред'являються, а й в самих підставах виникнення зобов'язань (умовах договору підряду). Тобто будь-яке невиконання чи неналежне виконання умов підрядного договору є правопорушенням. Такий умовід не суперечитиме положенню ст. 526 ЦК України.

Таким чином, ознаками правопорушень у сфері договірних підрядних відносин є: а) дія або бездіяльність учасника підрядних відносин, що проявляється в невиконанні або неналежному виконанні зобов'язання; б) невиконання або неналежне виконання безпосередніх обов'язків, що становлять зміст підрядного зобов'язання; в) порушення вимог ЦК, ГК України, інших спеціальних нормативно-правових актів, звичаїв ділового обороту, умов договору підряду (протиправність); г) порушення суб'єктивного цивільного права контрагента за договором та/або інших осіб (наприклад субпідрядників), що відображається у невиконанні боржником передбачених договором дій або ж у формі вчинення дій, від яких він за договором повинен був утриматися.

Стаття 610 ЦК України вирізняє два види порушення договірних зобов'язань: а) невиконання; б) виконання з порушенням умов, визначених змістом зобов'язання. Однак у законі відсутні чіткі критерії для їх розмежування. Тому, на думку В. В. Луця, у кожному конкретному випадку слід виходити з характеру порушення зобов'язання: при невиконанні відсутні будь-які ознаки виконання зобов'язання, його взагалі немає; при неналежному виконанні — зобов'язання виконане, проте з порушенням пред'явлених до нього вимог (умов щодо місця, часу, предмета тощо) [18]. С. Н. Ландкоф зазначав, що невиконання зобов'язання буває двох видів: повне невиконання і неналежне виконання. Неналежне виконання — це часткове виконання, виконання не в строк, не в належному місці, порушення окремих умов зобов'язання. Повне невиконання — це невиконання всього предмета зобов'язання [19].

Зважаючи на те, що у другому випадку має місце виконання, яке не відповідає умовам, визначеним змістом зобов'язання, законодавець іменує його неналежним виконанням. Неналежне виконання, на думку Т. В. Боднар, має місце у разі, якщо боржник вчинив певні дії, спрямовані на виконання зобов'язання, проте ці дії не відповідають тим параметрам (стандартам), що встановлені умовами договору чи вимогами нормативно-правових актів стосовно кожного з

елементів виконання зобов'язання (тобто зазначені дії вчинені з порушенням умов щодо предмета і способу виконання, суб'єктного складу, місця, строку (терміну) виконання) [20].

Отже, порушення підрядних договорів є родовою категорією, що охоплює такі поняття, як невиконання та неналежне виконання такого зобов'язання. Необхідність виділення вказаних складових цього поняття можна пояснити потребою надати йому чіткий легальний зміст. Так, прояв принципу реального виконання зобов'язання та, відповідно, можливість спонукання контрагента до виконання його обов'язку в натурі в умовах ринкових відносин, на думку М. М. Сібільова, об'єктивно набуває іншого, ніж у плановій економіці, значення. При розвиненій системі товарно-грошових відносин сплата відступного, збитків, неустойки замість виконання зобов'язання у натурі при його повному невиконанні зазвичай дозволяє кредиту придбати необхідні товари, роботи чи послуги в іншій особі [21].

Зокрема, за загальним правилом ст. 621 ЦК України, у разі невиконання боржником для кредитора певної роботи чи ненадання йому послуги кредитор має право виконати цю роботу власними силами або доручити її виконання чи надання послуги третій особі і вимагати від боржника відшкодування збитків. Застосувавши саме такі дії, замовник досягне позитивного результату, заради якого було укладено підрядний договір, оскільки примусове спонукання підрядника до виконання робіт за відсутності його бажання є нездійсненним. Так, ч. 3 ст. 849 ЦК України передбачає право замовника у випадку неусунення пірядником протягом визначеного строку недоліків доручити виправлення роботи іншій особі за рахунок пірядника.

Дещо непослідовним видається відображений у ч. 3 ст. 849 ЦК України підхід законодавця до побудови цієї правової норми, оскільки навряд чи доцільно вести мову про доручення виправлення робіт іншій особі. Предметом підрядного договору виступає результат робіт, а не самі роботи, зважаючи на що виникає й інше запитання: чи можливо виправити роботи, які уже відбулися, чи все ж доцільніше гово-

рити про виправлення результату (наслідку) проведених робіт? Вірогідніше, що дії іншої особи, яка буде залучена на підставі окремого договору пірядку до таких виправлень, спрямовуватимуться на виправлення недоліків, що допущені попереднім виконавцем, у результаті таких робіт, який не влаштовує замовника. Зважаючи на це, пропонуємо ч. 3 ст. ст. 849 ЦК України викласти таким чином: *«Якщо під час виконання роботи стане очевидним, що вона не буде виконана належним чином, замовник має право призначити пірядникові строк для усунення недоліків, а в разі невиконання пірядником цієї вимоги — відмовитися від договору пірядку та вимагати відшкодування збитків або доручити виправлення таких недоліків іншій особі за рахунок пірядника»*.

Таким чином, невиконання пірядних зобов'язань має місце тоді, коли сторони взагалі не вчиняють дій із виконання робіт або не утримуються від вчинення певних дій до певного строку. Наприклад, консервація будівництва з незалежних від сторін обставин з умовою продовження такого виконання у майбутньому (найбільш яскраво це проявляється, коли на стороні замовника виступає суб'єкт владних повноважень, а проведення робіт фінансується із державного або місцевого бюджетів).

Оскільки учасники пірядних зобов'язань є завжди чітко визначеними, його порушником у більшості випадків є одна із їх сторін (замовник або пірядник). Також порушником у пірядних зобов'язаннях може виступати й третя особа, що вступила у правовідносини на боці пірядника або замовника на підставі укладеного договору (договір субпірядку), односторонніх правочинів, що забезпечують належне виконання зобов'язання. Однак слід зазначити, що така третя особа може бути порушником лише у випадку, коли на неї покладено виконання в цілому або в частині умов договору пірядку.

Разом із тим у пірядних договорах існують свої особливості щодо залучення третьої особи до виконання за боржника його зобов'язань. Так, третя особа (субпірядник), що залучається до виконання на оплатній основі за генерального пірядника його зобов'язань або окре-

мих етапів робіт, виходячи зі змісту ст. 618 та ч. 1 ст. 838 ЦК України не замінює генпідрядника і не стає додатковим боржником. Замовник, за загальним правилом, не вступає з субпідрядником ні в які правовідносини і отже, зобов'язаною особою перед ним залишається генеральний підрядник, який цілком відповідає перед ним за належне виконання всіх своїх обов'язків, у тому числі за їх невиконання або неналежне виконання залученою ним третьою особою (субпідрядником).

Отже, під порушеннями в сфері договірних підрядних відносин пропонуємо розуміти невиконання чи неналежне виконання такими учасниками укладеного між собою договору, а також недотримання своїми діями чи/або бездіяльністю норм чинного законодавства України, звичайв ділового обороту, що призводить до застосування до правопорушника договірної відповідальності, яка, з іншого боку, є підставою подальшої нормальної динаміки підрядного правовідношення.

ПРИМІТКИ

1. Новий тлумачний словник української мови : у 4 т. / уклад. : В. Яременко, О. Сліпущко. — К. : Аконіт, 1999. — Т. 3. — С. 597—598.
2. Брагинский М. И. Договорное право : 3-е изд., стер. / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. — М. : Статут, 2008. — Книга первая: Общие положения. — С. 710.
3. Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права (по изд. 1907 г.) / Г. Ф. Шершеневич. — М. : СПАРК, 1995. — С. 392.
4. Синайский В. И. Русское гражданское право / В. И. Синайский. — М. : Статут, 2002. — С. 337.
5. Антонюк О. І. Право учасників цивільних правовідносин на самозахист : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / О. І. Антонюк. — К., 2004. — С. 150.
6. Иоффе О. С. Избранные труды : в 4 т. / О. С. Иоффе. — СПб. : Юридический центр Пресс, 2004. — Т. III. Обязательственное право. — С. 151.
7. Параскевова С. А. Понятие и социальная сущность гражданского правонарушения (теоретические проблемы) : автореф. дис. на соискание учен. степени докт. юрид. наук : 12.00.03 / С. А. Параскевова. — М., 2007. — С. 40.
8. Харитонов О. Е. Гражданское право Украины : учебник. — 3-е изд., перераб. и доп. / О. Е. Харитонов, А. В. Старцев, Е. И. Харитонova. — Х. : Одиссей, 2007. — С. 504.
9. Матвеев Г. К. Выбране / Г. К. Матвеев ; упоряд. В. І. Кисіль. — К. : Україна, 2008. — С. 21.
10. Матвеев Г. К. Вина в советском гражданском праве / Г. К. Матвеев ; отв. ред. К. П. Николаев. — К. : Изд-во Киев. ун-та, 1955. — С. 23.
11. Алексеев С. С. Гражданская ответственность за невыполнение плана железнодорожной перевозки грузов / С. С. Алексеев. — Госюриздат, 1959. — С. 49.
12. Гришко О. Порушення договірної зобов'язання як цивільно-правова категорія / О. Гришко // Актуальні проблеми цивільного, сімейного та міжнародного приватного права (Матвеевські цивілістичні читання : матер. міжнар. наук.-практ. конф., Київ, 16.09.2011 р. — К. : КНТ, 2011. — С. 167.
13. Гражданское право : в 2 т. : учебник / под ред. Е. А. Суханова. — М. : БЕК, 2000. — Т. 2, Полутом 1. — С. 176.
14. Цивільне право України : підручник : у 2 кн. / О. В. Дзера (кер. авт. кол.), Д. В. Боброва, А. С. Довгерт [та ін.] ; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. — 2-ге вид., перероб. і допов. — К. : Юрінком Інтер, 2005. — Кн. 1. — С. 716.
15. Брагинский М. И. Знач. праця. — С. 192.
16. Сулейменов М. К. Защита гражданских прав по законодательству Республики Казахстан [Электронный ресурс] / М. К. Сулейменов // Юрист. — 2004. — № 6. — Режим доступа : http://law.edu.ru/docdocument.sp?docID=1235340#_ftnref67.
17. Гражданское право : в 2 т. : учебник / под ред. Е. А. Суханова. — М. : БЕК, 2000. — Т. 2, Полутом 1. — С. 491.
18. Луць В. В. Сроки в гражданских правоотношениях / В. В. Луць // Правоведение. — 1989. — № 1. — С. 38.
19. Ландкоф С. Н. Лекції з основ цивільного права / С. Н. Ландкоф. — К., 1962. — С. 102.

20. Боднар Т. В. Теоретичні проблеми виконання договірних зобов'язань : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.03 / Т. В. Боднар ; Київський нац. ун-т імені Тараса Шевченка. — К., 2005. — С. 242.

21. Сібільов М. Договірне зобов'язання та його виконання / М. Сібільов // Вісник Академії правових наук України. — 2003. — № 2—3. — С. 423—424.

Гриняк Андрей. *Понятие правонарушений в сфере договорных подрядных отношений.*

В статье анализируются понятие и признаки правонарушений в сфере договорных подрядных отношений. Обосновывается, что нарушение подрядных договоров является родовой категорией, поскольку охватывает такие понятия, как неисполнение и неподобающее исполнение такого обязательства.

Ключевые слова: подрядные договоры, правонарушения, неисполнение, неподобающее исполнение, правовые последствия, противоправность.

Gryniak Andriy. *A concept of offences in the field of contractual inferior relations.*

In the article a concept and signs of offences is analysed of contractual inferior relations. Grounded, that violation of inferior agreements is a category, as engulfs such concepts, as non-fulfillment and improper implementation of such obligation.

Key words: inferior agreements, offences, non-fulfillment, improper implementation, law consequences.

УДК 347.453

Надія Міловська,

науковий співробітник

Науково-дослідного інституту приватного права та підприємництва
Національної академії правових наук України

ПРАВОВІ НАСЛІДКИ ПРОДОВЖЕННЯ КОРИСТУВАННЯ МАЙНОМ ПІСЛЯ ЗАКІНЧЕННЯ СТРОКУ ДОГОВОРУ НАЙМУ (ОРЕНДИ)

У науковій статті проаналізовано правові наслідки продовження користування майном після закінчення строку договору найму (оренди).

Ключові слова: договір найму (оренди), строк (термін), користування майном, цивільні права та обов'язки, закінчення строку договору, правові наслідки, преклюзивні строки, наймодавець, наймач.

У Цивільному кодексі України (далі — ЦК) [1] під договором найму (оренди) розуміється такий договір, за яким наймодавець передає або зобов'язується передати наймачеві майно у користування за плату на певний строк (ч. 1 ст. 759).

Договору найму (оренди) у ЦК України присвячена окрема глава (гл. 58), структура якої побудована за тим самим принципом, що і структура інших глав, які регулюють складні договори, які мають свої окремі види договірних зобов'язань (купівля-продаж, підряд та деякі інші): спочатку закріплюються положення, які є загальними для всіх видів договорів найму, а потім — спеціальні правила, що стосуються тільки відповідного виду договору найму (прокат, найм (оренда) земельної ділянки, найм будівлі або іншої капітальної споруди, найм (оренда) транспортного засобу, лізинг). Загальні положення про найм (оренду) застосовуються до договорів найму (оренди) окремих видів майна субсидіарно, тобто тільки в тому випадку, якщо спеціальними правилами про ці договори не встановлено інше.

Характерними ознаками договору найму (оренди) є те, що: наймач (орендар) отримує майно лише у володіння і користування або тільки у користування; оскільки надане наймачеві майно підлягає поверненню, предметом майнового найму можуть бути: а) індивідуально-визначені, неспоживчі речі, які не знищуються повністю або не перетворюються

на іншу річ у процесі їх використання; б) майнові права, наприклад право на земельні паї; в) підприємство як єдиний майновий комплекс; наймодавець за виконання своїх обов'язків щодо передання майна у володіння і користування наймачу отримує від останнього плату.

Строк є однією з основних договірних умов. Ним встановлюються часові рамки існування самого договору і в цих межах моменти (терміни), в яких повинне відбутися виконання зобов'язань контрагентами. Своєчасність досягнення учасниками цивільних правовідносин того чи іншого правового результату є необхідною умовою здійснення суб'єктивних прав та виконання цивільних обов'язків [2].

Однак у практиці вітчизняних судів справи за позовами про порушення встановлених законом або договором строків при укладенні, виконанні, зміні та припиненні договорів найму (оренди) є непоодинокими. При цьому судова практика у таких справах формується за неоднакового застосування судами одних і тих самих норм цивільного права у подібних правовідносинах. Саме це і обумовлює необхідність проведення наукового дослідження строків у договорах найму (оренди).

Метою наукової статті є встановлення правових наслідків продовження користування майном після закінчення строку договору найму (оренди).

Частина 1 ст. 631 ЦК України визначає строк дії договору як час, протягом

якого сторони можуть здійснити свої права і виконати свої обов'язки відповідно до договору. Строк дії договору визначається на розсуд сторін, якщо тільки в законі чи акті державного органу, обов'язковому для сторін, не обмежується строк його чинності.

Відповідно до ч. 1 ст. 763 ЦК України договір найму укладається на строк, встановлений договором. Якщо строк найму не встановлений, договір найму вважається укладеним на невизначений строк (ч. 2 ст. 763 ЦК України). Однак, по-перше, закон може встановлювати максимальний (граничний) строк договору найму окремих видів майна. Так, згідно з ч. 3 ст. 93 Земельного кодексу України [3] оренда земельної ділянки може бути короткостроковою — не більше 5 років і довгостроковою — не більше 50 років. У цьому випадку, незалежно від того, чи зазначили сторони який-небудь строк найму (оренди) в договорі, по закінченню встановленого законом максимального (граничного) строку договору найму (оренди) буде вважатися припиненим. У свою чергу, ч. 1 ст. 17 Закону України «Про оренду державного та комунального майна» [4] встановлює мінімальний строк оренди — не менше п'яти років, проте в орендаря залишається право запропонувати менший строк, якщо це відповідає його інтересам; по-друге, якщо такий договір укладений без вказівки на конкретний строк його дії, то кожна із сторін може відмовитися від договору у будь-який час, письмово попередивши про це другу сторону за один місяць, а у разі найму нерухомого майна — за три місяці. При цьому договором або законом може бути встановлений інший строк для попередження про відмову від договору найму, укладеного на невизначений строк. Отже, в даному випадку договір найму є строковим, але строк його дії конкретно не визначений сторонами при укладенні договору, і тому відповідне зобов'язання може припинятися на підставах, встановлених законом.

ЦК України, а саме ч. 1 ст. 12, вказує на можливість вільного та на власний розсуд здійснення цивільного права. Це означає, що всі питання, пов'язані з використанням суб'єктивних прав, включаючи обсяг і способи їх реалізації, вирішуються правомочними особами на їх

власний розсуд. Суб'єктивне цивільне право, у свою чергу, надає правомочній особі три можливості: по-перше, можливість здійснювати певні позитивні дії, що безпосередньо пов'язані зі здійсненням свого права; по-друге, можливість вимагати певної поведінки безпосередньо від зобов'язаної особи; по-третє, можливість звернутися до суду з вимогою примусити зобов'язану особу до виконання своїх обов'язків або захистити право від його порушення з боку інших осіб.

На нашу думку, першому елементу суб'єктивного права, тобто можливості здійснювати певні дії, відповідають строки здійснення цивільних прав. Вказані строки є проміжками часу, протягом яких правомочна особа може реалізувати своє право. Основне призначення цих строків полягає у забезпеченні правомочним особам реальних можливостей використання наявних у них прав [5].

Строки здійснення цивільних прав не просто упорядковують цивільні відносини, а ще й в багатьох випадках встановлюють процедуру реалізації цих прав.

Строки закон передусім встановлює для того, щоб спонукати правомочну особу до здійснення належного їй суб'єктивного права у тих випадках, коли його здійснення або нездійснення торкається інтересів усього суспільства або конкретних осіб тощо. Як зазначає Л. Г. Вострікова, при дослідженні строків це спонукання правомочної особи до реалізації свого права здійснюється законом різними способами. В деяких випадках це досягається шляхом встановлення у законі порівняно коротких строків існування суб'єктивного права у часі, а в ряді випадків закон стимулює існування суб'єктивних цивільних прав більш ефективними засобами, а саме шляхом встановлення обов'язку правомочної особи здійснити своє право шляхом встановлення в законі негативних наслідків для правомочної особи на випадок його нездійснення [6]. Одним із таких наслідків є припинення суб'єктивного права внаслідок його нездійснення протягом певного часу. Отже, саме в цих випадках вплив певного строку набуває значення обставини, яка припиняє подальшу дію суб'єктивного права, і таке припинення застосовується у випадку нездійснення того чи іншого (передбаченого законом або

договором) суб'єктивного права. Ці строки традиційно відносять до преклюзивних.

Відповідно до ст. 764 ЦК України, якщо наймач продовжує користуватися майном після закінчення строку договору найму, то, за відсутності заперечень наймодавця протягом одного місяця, договір вважається поновленим на строк, який був раніше встановлений договором. Тобто даною статтею встановлено місячний строк, протягом якого наймодавець може розірвати договір найму з наймачем після закінчення строку його дії. Наслідком невикористання цього права є поновлення договору найму на строк, який був раніше встановлений договором, і неможливість його розірвання до закінчення цього строку. До речі, зазначене положення значно відрізняється від ст. 260 ЦК УРСР, якою також визначалася можливість продовження користування майном після закінчення строку договору. По-перше, ЦК УРСР не надавав наймодавцю якогось строку, протягом якого йому треба висловити свої заперечення щодо продовження договору з наймачем. ЦК України обмежує цей строк одним місяцем. По-друге, наслідком відсутності заперечень з боку наймодавця після закінчення строку договору було продовження договору найму на невизначений строк. Єдиною відмінністю такого договору від договору, який початково укладається на невизначений строк, було те, що кожна зі сторін у разі відмови від договору повинна була попередити іншу сторону за один місяць, як це було визначено ст. 259 ЦК УРСР. ЦК України, на відміну від ЦК УРСР, визначає, що в разі продовження користування майном після закінчення строку, за відсутності заперечень наймодавця, договір вважається продовженим на такий самий строк, на який був укладений попередній договір [7].

Аналогічне положення закріплене і в ч. 3 ст. 33 Закону України «Про оренду землі» [8]. Так, у разі якщо орендар продовжує користуватися земельною ділянкою після закінчення строку договору оренди, то, за відсутності письмових заперечень орендодавця протягом одного місяця після закінчення строку договору, він підлягає поновленню на той самий строк і на тих самих умовах, які були передбачені договором.

Деяко інакше сформульоване дане положення у ч. 2 ст. 17 Закону України «Про оренду державного і комунального майна» [9], зокрема у разі відсутності заяви однієї із сторін про припинення або зміну умов договору оренди протягом одного місяця після закінчення терміну дії договору, він вважається продовженим на той самий термін і на тих самих умовах, які були передбачені договором.

Так, ЗАТ звернулося до господарського суду із позовом до комунального підприємства про визнання договору оренди поновленим на визначений у договорі строк та зобов'язання відповідача належним чином виконувати обов'язки орендодавця за поновленим договором оренди, в тому числі своєчасно виставляти рахунки для оплати орендної плати та належним чином приймати від ЗАТ грошові кошти в оплату орендованих приміщень.

Рішенням місцевого господарського суду позовні вимоги задоволено повністю. Постановою Вищого господарського суду України скасовано рішення місцевого господарського суду, а справу направлено на новий розгляд до господарського суду першої інстанції, у зв'язку з тим, що господарський суд не дослідив претензію, надіслану позивачу комунальним підприємством щодо припинення договору оренди.

Верховний Суд України, скасовуючи постанову Вищого господарського суду України, вказав на те, що господарським судом встановлено, що на виконання рішення міської ради між комунальним підприємством та ЗАТ було укладено договір оренди, відповідно до якого товариство отримало в користування для розміщення магазину нежиле приміщення, та визначено строк дії договору. Також договором визначено, що договір втрачає чинність з моменту приватизації орендованого приміщення. Спірне приміщення позивачем приватизовано не було і комунальним підприємством було направлено претензію на адресу ЗАТ, в якій повідомлялось, що договір оренди закінчує дію, та вказувалось на необхідність звернення до районної державної адміністрації для продовження строку дії.

Статтею 17 Закону України «Про оренду державного і комунального майна» встановлено, що у разі відсутності

заяви однієї зі сторін про припинення або зміну умов договору оренди протягом одного місяця після закінчення терміну дії договору він вважається продовженим на той самий термін і на тих самих умовах, які були передбачені договором.

Господарським судом встановлено відсутність заяв сторін договору протягом одного місяця після закінчення строку дії договору оренди про припинення або зміну умов договору оренди. Після закінчення строку дії договору оренди ЗАТ продовжувало користуватися приміщенням і сплачувало орендну плату.

Отже, врахувавши встановлені факти, господарський суд дійшов висновку про визнання договору оренди продовженим на той самий строк і на тих самих умовах, які були передбачені договором. У зв'язку з цим, Верховний Суд України постановив скасувати постанову Вищого господарського суду України, а рішення місцевого господарського суду залишити в силі [10].

Можна розглянути і такий приклад. Комунальне підприємство щодо утримання житлового господарства звернулось із позовом до СПД-ФО про виселення. Позовні вимоги обґрунтовувались тим, що відповідач безпідставно перебуває в орендованому приміщенні, оскільки строк дії договору оренди нежилого приміщення, укладеного між сторонами, закінчився і на новий строк не продовжувався.

Рішенням місцевого господарського суду в позові відмовлено. Суд виходив з того, що відповідач звертався до комунального підприємства щодо утримання житлового господарства з проханням продовжити термін дії договору оренди спірного приміщення, але позивач ухилився від продовження терміну дії договору оренди.

Постановою апеляційного господарського суду, залишеною без змін постановою Вищого господарського суду України, рішення місцевого господарського суду скасовано та задоволено позов. Верховний Суд України, скасовуючи постанову Вищого господарського суду України, вказав на те, що касаційний суд не звернув уваги, що у передбачений п. 9.6 договору місячний термін до закінчення дії договору комунальне підприємство

запропонувало орендарю терміново вирішити питання продовження дії договору. Комісія з питань надання в оренду майна, що належить до комунальної власності, надала дозвіл комунальному підприємству на продовження договору строком на 364 дні з орендною ставкою 10% від вартості майна. Проти продовження дії договору на умовах орендної комісії не заперечував і орендар, про що свідчить його лист на ім'я голови РДА.

Господарський суд визнав, що у РДА не було правових підстав для відмови у продовженні дії договору. Висновки апеляційного та касаційного судів щодо безпідставного користування орендарем займаним приміщенням після закінчення строку оренди не відповідає фактичним обставинам справи і є помилковим. За таких обставин необґрунтовані постанови касаційного та апеляційного судів підлягають скасуванню, а законне і обґрунтоване рішення суду першої інстанції — залишенню в силі [11].

Отже, пасивність наймодавця у визначених правовідносинах протягом встановленого законом строку призводить до втрати ним права на розірвання договору найму без шкідливих для нього наслідків, і це є підставою для розгляду даного строку як преклюзивного.

Преклюзивні (присікальні) строки є одним із видів строків здійснення цивільних прав, які встановлюють межі існування цивільних прав та надають правомочним особам суворо визначений час для реалізації їх прав під загрозою припинення.

Особливістю такого строку, як зазначає З. В. Ромовська, є те, що право, яке існувало впродовж нього, перестає існувати одночасно із його закінченням і не може бути відновлене [12].

Преклюзивні строки у договорах найму (оренди): є строками здійснення цивільних прав, які мають своєю метою припинення суб'єктивних прав у разі їх нездійснення; їх правоприпиняючий характер є своєрідною цивільно-правовою санкцією, яка або визначена законодавцем, або встановлюється учасниками цивільних правовідносин і застосовується до правомочної особи за нездійснення чи неналежне здійснення належного їй права; преклюзивний характер того чи іншого строку визна-

чається змістом правової норми або за домовленістю сторін.

Отже, встановлений ст. 764 ЦК України місячний строк після закінчення строку договору найму для висловлення заперечень наймодавця щодо поновлення договору на новий строк слід відносити до преклюзивних строків. Зі впливом такого строку відповідне право наймодавця втрачається. Тобто правовим наслідком продовження користуван-

ня майном наймачем після закінчення строку договору найму та відсутності заперечень щодо цього наймодавця буде його поновлення на строк, який був раніше встановлений договором.

Наявність даної правової норми, що закріплює преклюзивний строк, сприяє стабільності та урегульованості цивільного обігу та є юридичним гарантом досягнення належного правового результату.

ПРИМІТКИ

1. Цивільний кодекс України : прийнятий 16.01.2003 р. — К. : Істина, 2003. — 368 с.
2. Хащівська Н. В. Цивільно-правове регулювання строків у договорах про передачу майна у тимчасове користування : дис. ... канд. юрид. наук / Н. В. Хащівська. — К., 2011. — С. 104.
3. Земельний кодекс України : офіц. видання. — К. : Ін Юре, 2004. — 168 с.
4. Закон України «Про оренду державного і комунального майна» // Відомості Верховної Ради України. — 1995. — № 15. — Ст. 99; № 31. — Ст. 244.
5. Вахонєва Т. М. Строки (терміни) у цивільному праві : дис. ... канд. юрид. наук / Т. М. Вахонєва. — К., 2005. — С. 61.
6. Вострикова Л. Г. Сроки осуществления й защиты гражданских прав : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Л. Г. Вострикова. — М., 2000. — С. 26—27.
7. Цивільне право України : підручник : у 2 кн. / Д. В. Боброва, О. В. Дзєра, А. С. Довгерг [та ін.] ; за ред. О. В. Дзєри, Н. С. Кузнецової. — К. : Юрінком Інтер, 2004. — Кн. 2. — С. 122.
8. Закон України «Про оренду землі» // Земельний кодекс України : офіц. видання. — К. : Ін Юре, 2004. — С. 133.
9. Закон України «Про оренду державного і комунального майна» // Відомості Верховної Ради України. — 1995. — № 15. — Ст. 99; № 31. — Ст. 244.
10. Спир навколо договору оренди // Юридична газета. — 05.05.2009 р. — № 18—19. — С. 17.
11. Спори, що виникають із договорів // Юридична газета. — 2009. — № 11. — С. 12.
12. Ромовська З. В. Українське цивільне право: Загальна частина. Академічний курс : підручник / З. В. Ромовська. — К. : Атіка, 2005. — С. 478.

Миловская Надежда. Правовые последствия продолжения пользования имуществом после окончания срока договора найма (аренды).

В научной статье анализируются правовые последствия продолжения пользования имуществом после окончания срока договора аренды, определяются особенности преклюзивных сроков в договоре аренды.

Ключевые слова: договор найма (аренды), срок, пользование имуществом, гражданские права и обязанности, окончание срока договора, правовые последствия, преклюзивные сроки, арендодатель, арендатор.

Milovs'ka Nadiya. Law consequences of continuation of using by property after completion term of lease contract.

In the scientific research analyses the law consequences of continuation of using property after completion the term of lease contract and determines the features of cutting terms in the lease contract.

Key words: lease, term, using property, civil rights and duties, completion of contract's term, law consequences, cutting terms, employer.

УДК 346.1

Оксана Воловик,

кандидат юридичних наук, доцент,
докторант кафедри господарського права юридичного факультету
Східноукраїнського національного університету імені Володимира Даля

ЕКОНОМІЧНИЙ АНАЛІЗ ПРАВА: ПОТЕНЦІАЛ ТА ПРОБЛЕМИ ВИКОРИСТАННЯ У ПРАВОВИХ ДОСЛІДЖЕННЯХ

Розглянуто проблеми та перспективи запровадження до вітчизняних економіко-правових досліджень методології економічного аналізу права — провідного напрямку наукових розвідок на стику економіки та юриспруденції. Використання цього підходу дозволяє впритул наблизитися до показника ефективності як головного критерію оцінки законодавства та судової практики в економічній сфері.

Ключові слова: економічний аналіз права, економіко-правові дослідження, ефективність права.

Методологічна криза, що охопила суспільні науки наприкінці ХХ—початку ХХІ ст., позначила головну проблему — наукове знання перестає виконувати пояснювальну (пізнавальну) функцію, бо соціальна практика розвивається паралельно з висновками науковців. У наукових роботах завжди анонсується «новизна», але дедалі частіше вона має формальне (навіть дріб'язкове) значення, тобто не йдеться не тільки про прорив, а й навіть про спробу поглиблення знань про суспільство. Відтак у наукових колах назріває потреба в оновленні (розширенні) предмета (ракурсу) наукового інтересу, перегляді усталеної методології.

Пострадянська теоретична юриспруденція, якнайменше останні десять років, знаходиться у стані глибокого анабіозу. Позитивістський ресурс давно вичерпаний, але через його глибокий слід не вщухають хвилі наукової рефлексії [1]. Наука господарського права (і не тільки) не є винятком. Як зазначає В. Джунь, науковці отримують результати досліджень переважно на основі апарату аналітичної юриспруденції, що суттєво обмежує пізнання ефективності господарського права, бо не потребує критеріїв соціальної практики. Ця обставина не додає дослідникам стимулу для пошуку соціальної та економічної інформації. Але саме економічні зрушен-

ня та еволюційні зміни у соціумі об'єктивно стають критеріями ефективності механізму правового регулювання, становлячи предмет наукового інтересу як юриспруденції, так і інших суспільних наук. Саме тому справедливою та тенденційною є думка, що юридичні дослідження слід проводити на єдиних вихідних позиціях сучасного наукового пошуку, який вимагає залучення до пізнання права методологічного інструментарію суміжних гуманітарних дисциплін — філософії, соціології, економіки, антропології [2].

Отже, обираючи об'єктом методологічні проблеми у правовій науці, сфокусуємо увагу на предметі економічного аналізу права з метою визначення методологічних перспектив його використання у вітчизняних економіко-правових дослідженнях.

Економічний аналіз права (далі — ЕАП) являє собою відгалуження нової інституціональної економічної теорії, яка є перспективним напрямом сучасної економічної науки. Своєрідне «замовлення» на наукове оформлення ЕАП було сформульовано саме на факультеті права Чиказького університету США ще у 1940-ві роки, коли його керівництвом було поставлено завдання оволодіння юристами економічним аналізом. Чиказька школа ЕАП пов'язана з іменем

юриста Р. Познера (який через плідну наукову діяльність в галузі ЕАП став одночасно всесвітньо відомим серед економістів).

У широкому розумінні, ЕАП вивчає вплив правової системи на економічну поведінку, ефективність та відносини людей, які пов'язані з процесом раціонального вибору [3]. (Поведінка раціонального вибору людей в умовах необмежених потреб та обмежених ресурсів, як відомо, становить предмет мікроекономіки). Під ЕАП розуміються три окремих, але взаємопов'язаних елементи щодо використання наукового потенціалу економічної теорії в ракурсі аналізу права, з метою: 1) визначення (економічного) ефекту правових норм; 2) визначення економічної ефективності правових норм задля напрацювання рекомендацій щодо подальшого їх використання; 3) моделювання майбутніх юридичних правил. Якщо перше пов'язане з теорією ціноутворення, то друге — з економічною теорією добробуту, а третє — з теорією суспільного вибору [4].

Сьогодні у світі існують різні школи ЕАП, в яких працюють фахівці як права, так і економіки. ЕАП навіть вважається міжнародним рухом, оскільки його популярність та визнання у наукових (освітніх) колах у різних кутках світу стрімко набирає обертів.

В Україні економіко-правовий напрям розвивається головним чином представниками економічної науки, переважно у частині аналізу проблем тіньової (нелегальної) економіки [5]. Серед позитивних зрушень для юридичного фаху слід відзначити заснування у 2010 р. наукового видання — Вісника Національної юридичної академії імені Ярослава Мудрого у серії «Економічна теорія та право», в якому публікуються роботи (часто у співавторстві вчених економістів та правників) не взагалі «економіко-правової» спрямованості, а саме з акцентом на використанні методології ЕАП.

На пострадянському просторі методологічні підходи економічної теорії права пропагують російські правознавці В. Тамбовцев та деякі інші [6], але поки що вони знаходять поодинокі використання у правових дослідженнях економічної спрямованості. Серед українських

вчених-юристів слід відзначити В. Джуня, який також привертає увагу до використання в господарсько-правових дослідженнях інструментарію ЕАП для оцінки наслідків реального чи прогнозованого застосування нормативних моделей господарського законодавства [7].

ЕАП базується на методологічних засадах нової інституціональної економічної теорії, уточнюючи власні передумови. На відміну від «старого» (традиційного) інституціоналізму, нова інституціональна економічна теорія володіє концептуальним каркасом, який надає їй цілісності та дозволяє верифікувати результати досліджень на його підставі.

Суттєвою проблемою в опануванні вітчизняними юристами ЕАП є відсутність у програмах вищих навчальних закладів дисциплін з нової інституціональної економіки, ЕАП тощо. Це зумовлює не тільки відірваність вітчизняних правових досліджень від передових економічних наукових розвідок, а й навіть відсутність елементарної обізнаності про них. З одного боку, вітчизняна правова наука усвідомлює та постійно наголошує на необхідності тісного зв'язку (розвитку) з економічною, але, з іншого, цей зв'язок не може стати науково-органічним через відсутність апарату інтерпретації — узгодження спільного теоретичного каркасу економіко-правових досліджень, який став би тим «містком», що дозволить обмінюватися результатами наукових розвідок на стику економіки та права не у «гостьовому» режимі, а у форматі єдиного наукового простору. Тим більше, що предмет наукового інтересу як економічної науки, так і права у галузі економіки, як уявляється, має єдине змістовне наповнення.

Теоретичний каркас економічного аналізу права, на наш погляд, не тільки не має наукового антагонізму до теорії господарського права, а навпаки — він наближений до цієї галузі правової науки більше, ніж до будь-яких інших правових галузей, бо ключовою категорією (метою) кожної з цих наук виступає *ефективність* правового впливу на економіку (економічну поведінку). Більше того, ЕАП дозволяє ігнорувати межі «дисциплінарних коробок» (зокрема господарського та цивільного права) при

аналізі майнових відносин, регулювання яких (за деякими винятками) має єдиний концепт.

У зв'язку з тим, що з'ясування концептуального каркасу ЕАП передбачається темою окремої публікації, зосередимо увагу на одному з її постулатів, обґрунтування якого належить вищезгаданому правнику Р. Познеру (який, до речі, мав великий суддівський досвід роботи). Він довів правило, використання якого дозволяє суду приймати ефективні рішення в процесі розподілу спірних прав власності, — *юридичні правила повинні імітувати ідеальний ринок*, тобто розподіляти права власності так, як би це зробив ринок за відсутності трансакційних витрат (під якими розуміється цінність ресурсів, що використовуються при вирішенні проблеми координації та розподільчих конфліктів у межах та з приводу «правил гри» різного рівня [8]). Отже, в ситуаціях високих трансакційних витрат суду належить надавати законне право тій стороні, яка цінує його вище. (Під правами власності (в економічному сенсі) розуміються будь-які санкціоновані відносини між людьми з приводу визначення пріоритетного права певних суб'єктів щодо способу використання обмежених ресурсів) [9].

Належність української «емпіричної бази досліджень» до іншої (континентальної) правової системи, на відміну від англосаксонської батьківщини апологетів ЕАП, не перешкоджає застосуванню його інструментарію до аналізу вітчизняного законодавства та судової практики. Універсальність теоретичного підґрунтя ЕАП (та нової інституціональної економіки в цілому) пояснюється тим, що у фокусі їх наукової уваги знаходиться насамперед людина, економічна поведінка якої може варіюватися, зокрема, у тих чи інших правових умовах, а не навпаки, — власне правові умови (тим більш, формальні, не забезпечені виконанням за рахунок їх інституціоналізації), яким нібито має відповідати така поведінка. Це є принциповою відмінністю двох наукових підходів, стереотипів мислення (у суспільних науках у цілому), що відрізняє різні бачення наукової картини світу.

Важко визначити, що має більший вплив на економічну поведінку та ефективність права — законодавство чи судова практика. Значення кожного з них не можна переоцінити і кожен є самодостатнім предметом ЕАП, хоча і тісно пов'язаний з іншим. Але, на наш погляд, особливий інтерес у цій площині для вітчизняних досліджень становить судова практика, яка (повинна бути) підпорядкована тільки закону, виходячи з принципів функціонування континентальної правової системи (за техніко-юридичними критеріями ХХІ ст. закони ми маємо, як правило, досконалі). Методологія ЕАП у цьому випадку дозволяє з'ясувати важливе питання — чи гарантує формальна відповідність закону судових рішень їх економічну логічність (раціональність, оптимальність)? І що може гарантувати економічний оптимум юридичних правил, у тому числі судових рішень? Відповіді на них не передбачаються простими, оскільки потребують з'ясування не менш важливих супутніх питань на кшталт, що є критерієм оптимально-ефективного юридичного правила (в економічному сенсі), а це, знову-таки, вимагає більш глибокого занурення до економічної теорії.

Оцінка стану правової системи не вичерпується показником (економічної) ефективності. Але для аналізу законодавства та судової практики з економічним змістом саме цей показник є пріоритетним, що обумовлює доповнення методологічного арсеналу економіко-правових дослідницьких засобів інструментарієм ЕАП.

Таким чином, розвиток вітчизняних економіко-правових досліджень потребує оновлення методології за рахунок міждисциплінарних розвідок, зокрема на стику з економікою. Заслужовує на увагу відгалуження нової інституціональної економічної теорії — економічний аналіз права, використання якого дозволяє впритул наблизитися до показника ефективності як одного з критеріїв оцінки правової системи взагалі та законодавства і, особливо, судової практики з економічним змістом зокрема. Через відсутність у вітчизняних освітніх традиціях оволодіння правниками знаннями (навичками) з економічного аналізу,

вельми актуальними є відповідні організаційні заходи в освіті, а також (у науковому сенсі) розробка апарату інтерпретації ЕАП у контексті правових доктрин у сфері економіки (зокрема подарського права) для погодження спільного теоретичного каркасу економіко-правових досліджень, що є перспективою подальших досліджень.

ПРИМІТКИ

1. Воловик О. Світоглядні проблеми правових досліджень і перспективи інституціонального підходу (економіко-правовий аспект) / О. Воловик // Підприємництво, господарство і право. — 2012. — № 2. — С. 15—18.
2. Джузь В. Методологічні питання дослідження господарського права / В. Джузь // Вісник Академії правових наук України. — 2010. — № 1. — С. 154—155.
3. Шмаков А. В. Экономический анализ права: учеб. пособ. / А. В. Шмаков. — М. : Магистр ; ИНФРА-М, 2011. — С. 81.
4. Фридман Д. Право и экономическая теория / Д. Фридман [реферат Е. В. Конова, В. П. Мозгова, Ю. В. Латова] // Экономическая теория преступлений и наказаний. — 2002. — № 6. — С. 17.
5. Дементьев В. В. Новый институционализм в Украине: основные направления та перспективы исследований / В. В. Дементьев // История народного хозяйства та економічної думки України : зб. наук. праць. — К., 2007. — Вип. 39—40. — С. 244—245.
6. Тамбовцев В. Л. Право и экономическая теория : учеб. пособ. / В. Л. Тамбовцев. — М. : ИНФРА-М, 2005. — 224 с.; Одинцова М. И. Экономика права : учеб. пособ. / В. Л. Тамбовцев. — М. : Изд. дом ГУ ВШЭ, 2007. — 430 с.
7. Джузь В. Знач. праця. — С. 154—168.
8. Шаститко А. Предметно-методологические особенности новой институциональной экономической теории / А. Шаститко // Вопросы экономики. — 2003. — № 1. — С. 28.
9. Шмаков А. В. Знач. праця. — С. 80, 83.

Воловик Оксана. Экономический анализ права: потенциал и проблемы использования в правовых исследованиях.

Рассмотрены проблемы и перспективы введения в отечественные экономико-правовые исследования методологии экономического анализа права — ведущего направления научных разведок на стыке экономики и юриспруденции. Использование этого подхода позволяет максимально приблизиться к показателю эффективности как главного критерия оценки законодательства и судебной практики в экономической сфере.

Ключевые слова: экономический анализ права, экономико-правовые исследования, эффективность права.

Volovik Oksana. The economic analysis of the right: potential and problems of use in legal researches.

Problems and prospects of introduction in domestic economic-legal researches of methodology of the economic analysis of the right — a leading direction of scientific investigations on a joint of economy and jurisprudence are considered. Use of this approach allows to come close at the most to a parameter of efficiency, as main criterion of an assessment of the legislation and judiciary practice in economic area.

Key words: the economic analysis of the right, economic-legal researches, efficiency of the right.

УДК 346.9

Олена Кикоть,

аспірантка кафедри правового регулювання економіки

Державного вищого навчального закладу

«Київський національний економічний університет імені Вадима Гетьмана»

СТАДІЇ РЕАЛІЗАЦІЇ ДОГОВІРНОЇ ГОСПОДАРСЬКО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

У статті викладено комплексний аналіз практики застосування договірної господарсько-правової відповідальності, узагальнено основні стадії її реалізації.

Ключові слова: господарсько-правова відповідальність, договірна господарсько-правова відповідальність, стадії договірної господарсько-правової відповідальності.

Враховуючи той факт, що господарсько-правова відповідальність завдяки притаманним виключно їй специфічним рисам посідає особливе місце в системі видів юридичної відповідальності, важливим аспектом у розкритті змісту даного інституту права є особливості застосування його на практиці. Зауважимо, що можливість виокремлення єдиного уніфікованого методу аналізу вказаного питання може мати місце виключно за умови формування таких стадій реалізації господарсько-правової відповідальності, як: момент настання відповідальності, порядок визначення обсягу відповідальності, процедура притягнення до відповідальності, а також порядок відшкодування. Адже саме відсутність чіткої системи норм аналізованого виду юридичної відповідальності не дозволяє виробити єдиних принципів в аспекті практичного застосування господарсько-правової відповідальності.

Розкриттю змісту питання процесуальних аспектів реалізації господарсько-правової відповідальності присвячували в окремих аспектах свої праці такі вітчизняні науковці, як: В. К. Мамутов, В. С. Щербина, О. М. Вінник, О. А. Заярний.

Притягнення до господарсько-правової відповідальності відповідно до встановленого у сучасній українській правовій системі порядку відбувається кількома правомірними шляхами. Перш за все, це викликано різним походженням господарсько-правової відповідальності. Так, залежно від підстав виникнення господарсько-правову відповідальність поділяють

на договірну і позадоговірну (деліктну). Зазначений розподіл є важливим в аспекті розгляду даного питання, оскільки стадія притягнення до відповідальності має свої особливості залежно від того, виникла вона на основі порушення договірних умов чи делікту.

Характер притягнення правопорушника до відповідальності відбувається за спеціальними принципами цивільного процесу, закріпленими у Цивільному процесуальному кодексі України (далі — ЦПК): диспозитивність, змагальність, об'єктивна істина, процесуальна рівність сторін, раціональна процесуальна форма, неможливість процесуального сумісництва, усність, безпосередність, оперативність та ін. [1]. Одним із ключових принципів, який є більш характерним для реалізації договірної відповідальності, є змагальність сторін. Як зазначає Д. М. Лук'янець, у правовій науці існують два типи процесу: змагальний і розшуковий. Змагальному процесу притаманні такі ознаки, як: наявність двох протилежних сторін — обвинувачення і захисту; процесуальна рівність сторін і наявність незалежного від сторін суду [2]. При цьому А. В. Смирнов робить суттєвий висновок щодо того, що головною рушійною силою змагального процесу є не ініціатива суду, а спір сторін з приводу звинувачення [3]. Для розшукового процесу характерним є порядок провадження, коли функція захисту і функція прийняття рішення у справі — судовою або юстицією — об'єднуються у діяльності одного державного органу. Він сам порушує справу, розслідує обставини справи,

збирає докази, піклується про заходи щодо забезпечення законних інтересів осіб, що беруть участь у провадженні, і приймає рішення у справі [4]. Такий тип процесу є більш характерним для кримінального і адміністративного провадження.

Дана теза є важливою в аспекті особливостей реалізації договірної господарсько-правової відповідальності, оскільки вона чітко вказує на послідовність усіх стадій від початку виникнення відповідальності до моменту накладення відповідальності на особу-правопорушника. Саме аналізу питання порядку реалізації договірної господарсько-правової відповідальності сприятиме підвищенню правової свідомості учасників господарських правовідносин, а також доповнить комплексний підхід до розуміння господарської відповідальності як самостійного інституту господарського права.

Порядок реалізації господарсько-правової відповідальності, очевидно, бере свій початок від такого ключового питання, як момент її виникнення.

Початок реалізації будь-якого виду юридичної відповідальності є питанням, як правило, дискусійним і таким, що залежить від багатьох факторів. До таких факторів можна віднести характер правовідносин, кількість їх учасників, галузь права, характер правопорушення та інші. Окрім цього, важливо зазначити, що юридична теорія та практика також зазвичай не мають єдиного підходу до вирішення даного питання. З метою всебічного розгляду даного питання звернімося до правової доктрини і продовжимо окремі тези, які вже було розпочато у першому підрозділі нашого дослідження.

Незважаючи на наявність різних факторів впливу на розуміння моменту виникнення відповідальності, найбільш вагоме значення має та концепція юридичної відповідальності, яка підлягає застосуванню у конкретній ситуації. Нагадаємо, що класики теорії розійшлися у своїх поглядах і сформували у правовій доктрині дві незалежні концепції. Так,

О. С. Іоффе, О. Е. Лейст і С. М. Братусь стали прихильниками теорії ретроспективної відповідальності, тоді як П. Е. Недбайло та В. А. Тархов аргументували теорію позитивної, або проспективної, відповідальності. Власне, в основі відмінностей між даними концепціями знаходиться момент настання відповідальності. Ідея ретроспективної відповідальності базується на тому факті, що будь-яка юридична відповідальність пов'язана із настанням суттєвих негативних наслідків для правопорушника і, відтак, виникає з моменту їх настання. Ідеологи концепції проспективної відповідальності стверджують, що змістом юридичної відповідальності є недопущення вчинення правопорушення і належна поведінка суб'єктів правовідносин. Відтак, моментом настання юридичної відповідальності слід вважати встановлення конкретних правовідносин між суб'єктами, носіями зустрічних прав і обов'язків. Жодна з наведених теорій, як уже зазначалось нами раніше, до сьогодення не має домінуючого становища у правовій доктрині.

Актуальними концепціями на шляху до визначення конкретного моменту настання договірної господарсько-правової відповідальності слід, на нашу думку, вважати позиції С. В. Курильова і В. М. Горшеньова [5; 6]. Відповідно до теорії С. В. Курильова під юридичною відповідальністю слід розуміти обов'язок правопорушника відшкодувати нанесену внаслідок правопорушення шкоду. При цьому таке відшкодування може мати місце у добровільному порядку, без залучення державного примусу або встановлених засобів притягнення до відповідальності. Він зазначає, що поняття «примусовість» не є тотожним поняттю «обов'язковість», відтак, слід розрізняти два види наслідків правопорушень: ті, що виникають без участі будь-яких державних органів, і ті, які виникають тільки за участі останніх. Близькою до даної концепції можна вважати теорію В. М. Горшеньова, який під відповідальністю розуміє обов'язок бути відповідальним за свої дії. Науковець тлумачить юридичну відповідальність як «здатність особи (громадянина, установи, державного органу і т. д.) усвідомлювати протиправність свого діяння і, як

наслідок, бути суб'єктом державного примусу у формі позбавлення належних такій особі благ». Особливість концепції В. М. Горшенєва полягає в тому, що він пропонує виокремлювати дві сторони, або стадії, відповідальності: перша — це відповідальність як загальна передумова, або статутна відповідальність; друга — відповідальність за конкретне правопорушення, або суб'єктивна відповідальність.

Зазначені концепції юридичної відповідальності найбільш влучно, на наш погляд, дозволяють розтлумачити філософський зміст юридичної відповідальності, що, у свою чергу, дозволяє сформулювати уніфікований підхід до моменту виникнення господарсько-правової відповідальності.

З нашої точки зору, сукупність прав і обов'язків сторони, яка вступає у виникаючі правовідносини, незалежно від підстав і характеру їх виникнення, закладає початок відповідального ставлення такої особи до покладених на неї прав і обов'язків. При цьому немає суттєвої відмінності у тому, чи закріплена така правосу́б'єктність на конституційному рівні, чи зазначені права і обов'язки виникли у зв'язку із конкретними правовідносинами. Головне, що зазначена відповідальність суб'єкта лежить у філософській, або моральній, площині. У теорії права, як нам убачається, така філософська категорія знаходить своє втілення у понятті «зобов'язання», яке є базисною складовою категоріально-понятійного апарата усіх галузей права. Саме під зобов'язанням прийнято розуміти відображення динаміки цивільних прав та обов'язків [7]. Отже, проміжок часу між встановленням господарсько-договірних правовідносин до моменту вчинення правопорушення, який у наведених вище теоретичних концепціях належить до першої стадії, або статутної, відповідальності, на наш погляд, доцільно віднести до стадії господарського зобов'язання.

Незважаючи на наявність наведеного висновку, він все ж не дає нам можливості однозначно сформулювати момент виникнення відповідальності, адже не вирішеним залишається питання, чи можна включити до категорії відповідальності добровільне відшкодування

правопорушником нанесених збитків. Очевидно, що в основі даної альтернативи лежить вирішення питання обов'язкової участі державного примусу як невід'ємного елементу господарсько-правової відповідальності. Оскільки нами вже було проаналізовано дане питання із зазначенням власної позиції щодо такого невід'ємного елементу господарсько-правової відповідальності, як державний примус, ми лише зупинимось на аргументації такого твердження.

Основним аргументом науковців, які не відносять до юридичної відповідальності ситуації, коли правопорушник із власної ініціативи відновлює знищене порушенням становище, є той факт, що, по-перше, у такій ситуації немає місця державному примусу, а, по-друге, порушник не несе помітних негативних втрат зі свого боку, він лише добровільно позбавляється тих благ, яких він і так був би позбавлений за умов належного виконання основного зобов'язання [8]. Вступаючи у полеміку стосовно наведених аргументів, варто зазначити наступне. Розглянемо гіпотетичну ситуацію, коли юридична особа «А» порушила взяті на себе договором зобов'язання з оплати поставленої особою «Б» продукції з причин бухгалтерської помилки, що мала місце під час грошового переказу. З'ясувавши вчинену помилку, компанія «А» вирішила не чекати на претензії з боку контрагента і самостійно переказала повну суму вартості поставленої продукції. Прагнучи зберегти надійні партнерські взаємовідносини з постачальником «Б», компанія «А», окрім суми боргу, сплатила повну суму штрафних санкцій за порушення грошового зобов'язання, що були передбачені договором. Наведений приклад дозволяє нам довести, що добровільне відшкодування збитків правопорушником може завдати йому додаткових негативних наслідків у порівнянні з належно виконаним зобов'язанням. Участь державного примусу в даному прикладі також є цілком очевидною. Умови контракту, порушені стороною «А», є обов'язковими до виконання сторонами, адже виконання таких умов забезпечується силою державного примусу. Окрім того, істотні умови будь-якого договору передбачені нормативно-правовими актами держави. Оче-

видною є також наявність у наведеній ситуації правопорушення, яке є беззаперечною підставою настання відповідальності.

Проаналізувавши існуючі теорії та аргументи, ми дійшли наступних висновків. Моментом настання договірної господарської відповідальності слід вважати момент вчинення правопорушення. Даний момент співвідноситься із підставою настання господарсько-правової відповідальності згідно з ч. 1 ст. 218 Господарського кодексу України (далі — ГКУ) [9]. Таким чином, першою стадією реалізації господарсько-правової відповідальності є момент її настання, яким є вчинення учасником правовідносин правопорушення.

Скоєння господарського правопорушення, як це впливає із самого визначення даного поняття, тягне за собою настання негативних наслідків для особи, що його вчинила. На даному етапі можливим є два варіанти реалізації відповідальності. Відповідно до першого варіанту правопорушник самостійно відшкодовує завдані ним збитки. У такому разі на зазначеному етапі збігаються всі інші стадії господарської відповідальності, включно із притягненням до відповідальності і повним відновленням порушеного становища потерпілої сторони.

Другим, більш поширеним, варіантом подальшої реалізації договірної господарсько-правової відповідальності є етап фіксування правопорушення, визначення обставин вчинення правопорушення, тобто встановлення його складу. На даному етапі, як правило, відбувається взаємне з'ясування сторонами причин виникнення порушення зобов'язання, передбачення особливостей такого зобов'язання договірними умовами. Відбувається детальний аналіз усіх елементів складу правопорушення.

Особливе місце на даній стадії реалізації господарсько-правової відповідальності посідає встановлення сторонами причинно-наслідкового зв'язку між скоєним порушенням зобов'язання і діями самого правопорушника. Зазначене питання викликає окремий інтерес, оскільки договірні господарські правовідносини характеризується тим, що тут неможливим є притягнення до відпо-

відальності без наявності вини. При цьому питання обов'язкової наявності прямого причинно-наслідкового зв'язку між діями порушника і порушеним зобов'язанням лежить в основі суперечностей, що виникають між правовою доктриною і судовою практикою. Домінуючою у науці є гіпотеза, за якою при кваліфікації господарського правопорушення необхідним є встановлення причинно-наслідкового зв'язку між порушенням і негативними наслідками, які мали місце. При цьому дії порушника, як елемент об'єктивної сторони правопорушення, також беруться до уваги.

Незважаючи на єдність теоретичних обґрунтувань у питанні причинно-наслідкового зв'язку договірної господарсько-правової відповідальності, судовою практика є одностайною у несприйнятті зазначеної концепції.

Верховним Судом України 04.07.2011 р. було розглянуто справу за позовом ТОВ «Нафта Регіон Сервіс» до ВАТ «Укртранснафта» щодо стягнення 149720000,00 грн відповідно до договору поставки дизельного пального. На обґрунтування позовних вимог позивач зазначив, що внаслідок порушення відповідачем зобов'язання щодо поставки позивачу дизельного пального позивач не зміг виконати свої зобов'язання щодо поставки дизельного пального ЗАТ «Інно Тек» за іншим договором, у зв'язку з чим йому було завдано збитків у вигляді упущеної вигоди в розмірі 149720000,00 грн. Розглянувши матеріали справи, Верховний Суд України дійшов висновку про відсутність правових підстав для стягнення збитків у вигляді упущеної вигоди у зв'язку з тим, що відсутній причинний зв'язок між протиправною поведінкою відповідача, яка полягала в невиконанні договірних зобов'язань перед позивачем та розміром завданих позивачеві збитків. Суд мотивував рішення тим, що для застосування такої міри відповідальності, як стягнення збитків у вигляді упущеної вигоди, потрібна наявність усіх елементів складу цивільного правопорушення: 1) протиправної поведінки; 2) збитків; 3) причинного зв'язку між протиправною поведінкою боржника та збитками; 4) вини та встановлення заходів, вжитих стороною для одержання такої вигоди [10].

Подібна аргументація було наведена у

постанові ВГСУ від 10.03.2010 р. за позовом Фонду державного майна України по Харківській області до фізичної особи — підприємця про стягнення 2051,95 грн. Предметом спору стало стягнення упущеної вигоди, якої позивач зазнав унаслідок відмови відповідача від укладення договору оренди державного майна за результатами конкурсу. Свою відмову ВГСУ, спираючись на роз'яснення Пленуму Верховного Суду України від 27.03.1992 р. «Про практику розгляду судами цивільних справ за позовами про відшкодування шкоди», мотивував тим, що задоволення позовних вимог про стягнення збитків може вважатися законним та обґрунтованим у разі встановлення судом наявності в обставинах справи одночасно чотирьох умов. Ними є наявність правила поведінки, встановленого законом або договором; наявність факту порушення такого правила поведінки винною особою; наявність збитків у потерпілої сторони; наявність безпосереднього причинно-наслідкового зв'язку між протиправною поведінкою особи, яка завдала шкоду, та збитками потерпілої сторони [11].

Розглянувши наведені приклади судової практики, варто зазначити таке. Незважаючи на відмінність формулювань, зміст мотивувальних частин обох постанов на предмет обов'язкової наявності причинно-наслідкового зв'язку між діями правопорушника і шкідливими наслідками залишається за змістом тотожним. При цьому неможливо обминути той факт, що в обох наведених прикладах суд керувався актами цивільного законодавства. У першому випадку Верховний Суд України посилався на ЦКУ, а ВГСУ в наступному прикладі спирався на положення роз'яснення Верховного Суду України, що підлягає застосуванню при розгляді судами цивільних справ. На сьогоднішній день наведена позиція судових інстанцій входить у суперечність із правовою доктриною і ГКУ, де ч. 1 ст. 224 передбачено, що відшкодуванню підлягають збитки, причиною яких є порушення зобов'язання, вчиненого боржником.

Отже, другою стадією реалізації договірної господарсько-правової відповідальності є попереднє визначення елементів складу господарського правопорушення.

Після повного з'ясування обставин скоєного правопорушення потерпіла сторона переходить до формування власних вимог з метою відновлення порушеного стану. Саме на цьому етапі вирішуються питання вибору форм господарсько-правової відповідальності, які мають бути застосовані. З огляду на особливість господарсько-правової відповідальності, яка проявляється у можливості накладення паралельно кількох санкцій, учасник господарських правовідносин, що зазнав збитків, може, окрім санкцій, передбачених договором, вимагати від винної сторони додаткових відшкодувань на свою адресу. Окрім питання вибору форм господарсько-правової відповідальності, постраждала сторона формує калькуляцію понесених нею збитків з урахуванням упущеної вигоди та реальних збитків, вирішує питання про прийняття виконання зобов'язання в натурі, зарахування зустрічних вимог. Суб'єкти господарювання державної форми власності при виборі форм відповідальності та підрахунку збитків обмежені вимогами, встановленими для них нормативно-правовими актами.

На даному етапі реалізації господарсько-правової відповідальності постраждалою стороною може бути прийняте одне з двох рішень: а) про припинення зобов'язання внаслідок односторонньої відмови від зобов'язання, якщо це встановлено договором або законом, або розірвання договору; б) про зміну умов зобов'язання (ч. 1 ст. 611 ЦКУ).

Таким чином, третьою стадією реалізації договірної господарсько-правової відповідальності слід вважати визначення постраждалим учасником правопорушення бажаного обсягу відповідальності.

За наслідками попередньої стадії сторони переходять до наступного етапу реалізації договірної господарсько-правової відповідальності, яким є підготовка, направлення претензії постраждалим суб'єктом та її розгляд правопорушником.

Зміст норм ГКУ свідчить про те, що застосування заходів досудового врегулювання спорів у обов'язковому порядку необхідне тільки у спорах, що виникають з договорів перевезення, про надання послуг зв'язку та договорів, заснованих на державному замовленні. В інших випадках досудове врегулювання спору є

необхідною передумовою звернення до господарського суду лише за наявності відповідної угоди сторін, як це зазначено у ч. 1 ст. 5 Господарського процесуального кодексу України (далі — ГПК) [12]. Однак ч. 5 ст. 5 ГПК передбачено, що угода сторін про обов'язковість досудового врегулювання не може бути укладена щодо вичерпної категорії спорів: про визнання договорів недійсними, про визнання недійсними актів державних та інших органів, підприємств та організацій, які не відповідають законодавству і порушують права та охоронювані законом інтереси підприємств та організацій, про стягнення заборгованості за опротестованими векселями, про стягнення штрафів Національним банком України з банків та інших фінансово-кредитних установ, а також спорів щодо звернення стягнення на заставлене майно.

Таким чином, судовий захист є правом особи, яке не позбавляє її можливості досудового регулювання спору, але й не змушує її до вчинення останнього. Досудове врегулювання спору може мати місце як за наявності у договорі застереження, так і за відсутності останнього. Будь-які приписи закону стосовно обов'язковості досудового врегулювання спору обмежують можливість реалізації права особи на судовий захист.

Зокрема ч. 3 ст. 5 ГПК передбачено, що порядок досудового врегулювання спорів визначається ГПК, якщо інший порядок не встановлений чинним на території України законодавством, яке регулює конкретний вид господарських відносин. Тобто норми законів, які регулюють порядок досудового врегулювання спорів у конкретних господарських відносинах, є спеціальними щодо норм, установлених ГПК. Яскравим прикладом слугують спори, що виникають на підставі договорів перевезення, особливості яких регламентуються такими нормативно-правовими актами: Статутом залізниць України від 06.04.1998 р.; Статутом автомобільного транспорту УРСР від 27.06.1969 р.; Правилами перевезень вантажів автомобільним транспортом в Україні від 14.10.1997 р.; Кодексом торговельного мореплавства України від 09.12.1994 р.; Статутом внутрішнього водного транспорту Союзу

РСР від 15.10.1955 р.; Повітряним кодексом України від 04.05.1993 р.

Варто зазначити, що у той час, як пред'явлення претензії є суб'єктивним правом юридичних осіб, надання відповіді на одержану претензію в установленому порядку та в установлений строк є суб'єктивним обов'язком.

Питанням, що характеризується наявністю багатьох розбіжностей у його правовому регулюванні, є строки розгляду претензії її одержувачем. Так, за загальним правилом, встановленим ГПК, претензія розглядається у місячний строк з дня її одержання. При цьому у спорах щодо перевезення перевізник розглядає заявлену претензію протягом трьох місяців, а щодо перевезення у прямому змішаному сполученні — протягом шести місяців. Претензії щодо сплати штрафу або премії розглядаються протягом сорока п'яти днів. Варто зазначити, що ГКУ не встановлює жодних обмежень щодо строку давності подання претензії, що на практиці дає можливість застосувати аналогію закону, а саме норми щодо строку позовної давності, передбачені Цивільним кодексом України (далі — ЦКУ), як, наприклад, загальна позовна давність строком у три роки (ст. 257 ЦКУ) або спеціальна позовна давність в один рік щодо вимог про стягнення неустойки (ч. 2 ст. 258 ЦКУ) [13]. Цікаво, що норми ГКУ, які регулюють сферу перевезень, встановлюють конкретний строк для подачі претензії, а саме шість місяців, а претензії щодо сплати штрафів і премій — протягом сорока п'яти днів. Ще одним прикладом строку розгляду претензії, відмінного від загального, можуть слугувати частини 1 і 2 ст. 7 ГПК України, відповідно до яких претензії, пов'язані з якістю та комплектною продукції (товарів), повинні бути розглянуті протягом двох місяців. Строк розгляду претензії може бути подовжений у тому разі, якщо для її розгляду потрібно витребування від заявника додаткових документів. Цей строк не може бути меншим п'яти днів без урахування часу поштового обігу. Перебіг строку розгляду претензії зупиняється до одержання витребуваних документів чи закінчення строку їх подання (ч. 3 ст. 7 ГПК).

Таким чином, варто підкреслити ваго-

му роль інституту досудового врегулювання господарських спорів, враховуючи наявні позитивні риси: прискорений порядок порушених прав і свобод господарюючого суб'єкта; сприяння виявленню та скороченню підстав виникнення господарських правопорушень, а також сприяння підвищенню рівня правової обізнаності у суб'єктів господарських правовідносин.

З метою вдосконалення правової регламентації досудового врегулювання спорів пропонуємо уніфікувати положення кількох нормативно-правових актів з метою уникнення диверсифікованого погляду на порядок правового закріплення, а також доповнити положення ГКУ і ГПК конкретними строками подання претензій.

Отже, четвертою стадією реалізації договірної господарсько-правової відповідальності є подання потерпілою стороною претензії і розгляд її правопорушником.

Варто зазначити, що значна кількість претензій має своїм наслідком повне задоволення інтересів заявника, що неодмінно впливає на пропорційне зменшення кількості позовів до господарських судів. Як свідчить судова статистика, кількість господарських справ і матеріалів є значно меншою у порівнянні з іншими видами справ і матеріалів. Так, на 2010 р. частка справ і матеріалів господарського судочинства склала 2,4 відсотки, тоді як відповідний показник для справ адміністративного судочинства становив 27,8 відсотка, а для справ цивільного судочинства — 35,8 відсотка. Очевидно, що певний відсоток потенційних судових справ вирішується на стадії претензійного врегулювання спору. Окрім того, якщо підійти до розгляду на-

ведених даних з позиції юридичної логіки, то можна зробити такі висновки. Як уже зазначалось у нашому дослідженні, господарська відповідальність має багато спільних рис, категорій та інструментарію з адміністративною і цивільною відповідальністю. Відтак, з огляду на очевидну перевагу масової частки цивільних і адміністративних справ у 2010 р. у судах першої інстанції, можна також зробити висновок про звуження кола господарсько-правових питань у спорах за рахунок їх віднесення до цивільних і адміністративних.

Якщо за результатами проходження стадії претензійного порядку вирішення спору сторони не прийшли до бажаного спільного результату, то завершальною, п'ятою, стадією реалізації господарсько-правової відповідальності є звернення зацікавленої сторони до господарського суду і, власне, судовий розгляд справи.

У результаті проведеного аналізу особливостей прояву договірної господарсько-правової відповідальності на практиці ми дійшли наступних висновків. Договірна господарсько-правова відповідальність, на відміну від деліктної, характеризується послідовністю етапів своєї реалізації. Так, нами запропоновано виокремити такі стадії реалізації аналізованого виду відповідальності: 1) виникнення господарсько-правової відповідальності (моментом виникнення є скоєння господарського правопорушення); 2) попереднє визначення елементів складу правопорушення; 3) визначення потерпілою стороною бажаного обсягу відповідальності; 4) подання потерпілою стороною претензії і розгляд її правопорушником; 5) звернення зацікавленої сторони до суду і судовий розгляд справи.

ПРИМІТКИ

1. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р. № 1618-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 40—41, 42. — Ст. 492.

2. Лук'янець Д. М. Розвиток інституту адміністративної відповідальності: концептуальні засади та проблеми право реалізації : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.07 / Д. М. Лук'янець ; НАН України, Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького. — С. 319.

3. Смирнов А. В. Состязательный процесс / А. В. Смирнов. — СПб. : Альфа, 2001. — С. 18—19.

4. Лук'янець Д. М. Зазнач. праця.

5. Курылев С. В. Санкция как элемент правовой нормы / С. В. Курылев // Сов. государство и право. — 1964. — № 8. — С. 48—52.

6. Горшенев В. М. Способы и организационные формы правового регулирования в социалистическом обществе / В. М. Горшенев. — М. : Юрид. лит., 1972. — С. 104—106.
7. Юридична енциклопедія : в 6 т. / редкол. : Ю. С. Шемшученко (відп. ред.) [та ін.]. — К. : Укр. енциклопедія, 1998. — Т. 2. — С. 634.
8. Братусь С. Н. Юридическая ответственность и законность / С. Н. Братусь. — М., 1976. — С. 7.
9. Господарський кодекс України від 16.01.2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 18, № 19—20, № 21—22.
10. Постанова Верховного Суду України від 04.07.2011 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://arbitr.gov.ua/docs>.
11. Постанова ВГСУ від 10.03.2010 р. № 61/158-09 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://arbitr.gov.ua/docs>.
12. Господарський процесуальний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 6. — Ст. 56.
13. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 40—44.

Кикоть Елена. Стадии реализации договорной хозяйственно-правовой ответственности.

В статье излагается комплексный анализ практики применения договорной хозяйственно-правовой ответственности, обобщаются основные стадии ее реализации.

Ключевые слова: хозяйственно-правовая ответственность, договорная хозяйственно-правовая ответственность, стадии договорной хозяйственно-правовой ответственности.

Kykot Olena. Implementation stages of contractual commercial liability.

The article outlines a comprehensive analysis of the practice of commercial liability, summarizes the main stages of its implementation.

Key words: commercial liability, contractual commercial liability, stages of contractual commercial liability.

УДК 349.42: 339.172

Валерій Станіславський,кандидат юридичних наук, асистент кафедри земельного та аграрного права
Національного університету «Юридична академія України
імені Ярослава Мудрого»

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ДІЯЛЬНОСТІ АГРАРНОЇ БІРЖИ ІЗ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРОДОВОЛЬЧОЇ БЕЗПЕКИ

Робота присвячена проблемі діяльності аграрної біржі у забезпеченні продовольчої безпеки держави та населення. Запропоновано наукові напрями вдосконалення правового регулювання у забезпеченні продовольчої безпеки держави та населення.

Ключові слова: аграрна біржа, біржі, продовольча безпека, дериватив, біржова угода.

Добробут будь-якої держави залежить від добробуту його населення, який полягає, насамперед, у природному задоволенні продовольчих потреб громадянина. Якщо держава спроможна забезпечити своїх громадян продовольством у повному обсязі, то у цієї держави завжди стабільна політична система, яка дає можливість для наступного ефективного економічного розвитку.

Безспірно можна зазначити, що більшість населення понад половину своїх доходів витрачає на продовольство. У структурі споживання багатьох країн продовольство посідає істотне місце. За станом забезпеченості країни продовольчими товарами й за рівнем цін можна судити, як правило, про загальний стан її економіки.

Ринок продовольчих товарів формується за безпосередньої активної участі держави, що впливає як на виробництво, так і на торгівлю цими товарами, оскільки завдання забезпечення населення продовольством виходить далеко за рамки внутрішньої соціально-економічної політики й торкаються зовнішньої політики, включаючи питання безпеки країни.

Практично всі країни здійснюють купівлю-продаж продовольчих товарів на зовнішніх ринках, будучи або імпортерами, або експортерами. Тому виникла необхідність у сучасному регулюванні торгівлі продовольством, складних завдань щодо забезпечення населення країни продовольством, що становить основу продовольчої безпеки держави в цілому. Питаннями продовольчої безпеки першими почали займатися такі українські та російські економісти, як О. І. Виговський [1; 2], В. П. Горбовий [3; 4; 5; 6], І. І. Проданова [7; 8; 9], М. В. Школьников [10], єдина думка яких зводилася до того, що продовольство є важливою групою товарів

у торгівлі, а участь держави в секторі торгівлі продовольчими товарами має велику специфіку.

Специфіка державного втручання в торгівлю продовольством, націлене на стабілізацію нестійких товарних ринків і підтримку національних фермерів, пов'язана з комплексом фундаментальних причин економічного, зовнішньополітичного й соціального характеру.

Про важливість продовольчих товарів у торгівлі свідчить не тільки порівняно висока частка їх у загальному обороті, а й те, що багато продуктів харчування — насамперед зернові, молоко й м'ясо — входять до числа життєво необхідних товарів, що складають основу продовольчої безпеки держави.

При цьому існує велика диференціація у забезпеченні населення країни власним продовольством і продовольством узагалі.

Характерними рисами виробництва продовольчих товарів є нерівномірність географічного розміщення, нестабільність і непередбачуваність розвитку внаслідок сильної залежності від природно-кліматичних умов, поширення шкідників і хвороб рослин і тварин, не кажучи вже про зміни в аграрній політиці країн, що є визначними експортерами продовольства.

Забезпечення в достатній кількості та якості продовольством населення є одним із головних факторів у підтримці сприятливої соціальної атмосфери в Україні.

Рівень самозабезпеченості країни основними продуктами харчування давно став загальноовизнаним показником її зовнішньополітичної залежності, а, отже, в остаточному підсумку, і національної безпеки.

Аграрний сектор став об'єктом особливої уваги з боку держави, що прагне забезпечити безперерйне постачання населення про-

довольством, захистити внутрішній ринок від небажаної конкуренції іноземних поставальників і підтримувати вітчизняних товаровиробників, субсидіюючи експорт за рахунок участі у різного роду стабілізаційних програмах, а також витрачаючи на ці цілі значні фінансові кошти.

Україна з метою поповнення недостачі продовольчих товарів на внутрішньому ринку, вживаючи заходів з утримання цін від підвищення на вітчизняні продукти харчування, здійснює імпорт цих продовольчих товарів. Однак все це викликає можливість завдання шкоди фермерам й іншим сільськогосподарським товаровиробникам. У свою чергу, для України відкривається можливість, застосовуючи митні тарифи, квоти експорту-імпорту продовольства, освоювати додаткові ринки збуту й забезпечувати джерела постійних валютних надходжень, необхідних для закупівлі товарів, у тому числі виробничого призначення, в яких виникає потреба в інтересах розвитку національної промисловості й підйому економіки в цілому.

Організація торгівлі продовольчими товарами багато в чому визначається їхніми особливостями й, насамперед, тим, що одні товари можуть довго зберігатися, а інші — належати до швидкопсувних (м'ясні, молочні, овочеві) або мають якісь інші індивідуальні властивості. Для багатьох продовольчих товарів, крім того, необхідні спеціальні сховища, особливі транспортні засоби, передпродажне сортування, обробка, упакування тощо, що потребує від поставальників великих капіталовкладень, застосування складної технології.

Традиційними формами торгівлі продовольчими товарами є організовані ринки. У першу чергу, йдеться про товарні біржі й аукціони.

Закон України «Про державну підтримку сільського господарства України» від 24.06.2004 р. [11] визначає **аграрний ринок** як сукупність правовідносин, пов'язаних з укладенням та виконанням цивільно-правових договорів щодо сільськогосподарської продукції.

Постановою Кабінету Міністрів України від 05.08.1997 р. № 848 схвалено Концепцію розвитку біржового ринку сільськогосподарської продукції [12], згідно з якою інфраструктура вказаного ринку сільськогосподарської продукції включає: товарні біржі; аукціони худоби (як самостійні заходи або підрозділи бірж); агроторгові дома; допоміжну базу біржового ринку (елеватори, сховища, складські приміщення, транспортні структури то-

що); добровільні об'єднання (асоціації, спілки тощо). Кожен із вказаних елементів має свою специфіку, відрізняється завданнями, порядком організації та функціонування. Таким чином, допоміжними елементами інфраструктури аграрного ринку є: транспорт, складське господарство, зв'язок, системи цінового моніторингу, стандартизації, сертифікації, реклами, страхування тощо.

Реалізація живої худоби та птиці на організованому аграрному ринку проводиться відповідно до Положення про організацію та проведення аукціонів живої худоби та птиці, затвердженого наказом Міністерства аграрної політики від 05.06.2002 р. № 153/44, яке регламентує порядок організації та проведення аукціонів живої худоби (плеємної, неплеємної продуктивної) та птиці [13].

Отже, аграрний ринок складається з таких елементів: біржовий ринок сільськогосподарської продукції (у вигляді аграрних бірж); оптові ринки сільськогосподарської продукції у формі юридичної особи та оптово-роздрібні ринки сільськогосподарської продукції (іноді у поєднанні з регіональними аграрно-маркетинговими центрами), які діють на підставі Закону України «Про оптові ринки сільськогосподарської продукції» від 25.06.2009 р. [14]; аукціони; фірмові магазини сільськогосподарських підприємств; сільськогосподарські виставки та ярмарки, діяльність яких передбачена постановою Кабінету Міністрів України «Про вдосконалення виставково-ярмаркової діяльності в Україні» від 22.08.2007 р. № 1065 [15]; агроторгові дома, які діють у формі обслуговуючих кооперативів, діяльність яких передбачена наказом Міністерства аграрної політики України «Про підвищення ефективності функціонування агроторгових домів» від 20.04.2005 р. № 163 [16] та які є допоміжними у наданні невеликим сільськогосподарським підприємствам послуг із реалізації невеликої партії сільськогосподарської продукції тощо.

В Україні проблемами правового регулювання діяльності аграрних бірж, які безпосередньо пов'язані із забезпеченням продовольчої безпеки держави, та нормального функціонування аграрного сектору економіки, займалася Л. О. Панькова [17; 18, 19, 20], яка зазначала, що захист економічних прав національних сільськогосподарських товаровиробників пов'язаний зі збутом сільськогосподарської продукції та виходом її на зовнішній ринок, уникаючи товарообмінних (бартерних)

операцій, та реалізацією продукції за реальними ринковими цінами. Досягненню зазначеної мети сприяло прийняття спеціального Закону України «Про аграрну біржу» [21].

На сьогоднішній момент, аграрний біржовий ринок України як організований аграрний ринок пройшов довгий шлях реалізації, що характеризувався недосконалістю нормативно-правової бази. Створенню аграрного біржового ринку України сприяло прийняття таких нормативно-правових актів, як: закони України «Про зерно та ринок зерна в Україні» від 04.07.2002 р. [22], «Про державну підтримку сільського господарства України» від 24.06.2004 р. [23]; постанови Кабінету Міністрів України «Про прискорення організації біржового ринку сільськогосподарської продукції» від 17.11.1995 р. № 916 [24], «Про Концепцію розвитку біржового ринку сільськогосподарської продукції» від 05.08.1997 р. № 848 [25]; Указ Президента України «Про заходи щодо забезпечення формування та функціонування аграрного ринку» від 06.06.2000 р. № 767/2000 [26]; постанова Кабінету Міністрів України «Про активізацію діяльності біржового ринку продукції агропромислового комплексу та необхідних для його матеріально-технічних ресурсів» від 19.10.1999 р. № 1928 [27]; укази Президента України «Про заходи щодо розвитку продовольчого ринку та сприяння експорту сільськогосподарської продукції та продовольчих товарів» від 07.08.2001 р. № 601 [28], «Про заходи щодо прискорення розвитку аграрного ринку» від 08.08.2002 р. № 694/2002 [29], «Про заходи щодо розвитку аграрного ринку» від 30.08.2004 р. № 1021 [30]; постанова Кабінету Міністрів України «Про Аграрний фонд» від 06.07.2005 р. № 543 [31] та інші.

На товарних біржах реалізуються взаємозамінні продовольчі товари масового попиту, що піддаються стандартизації й дозволяють покупцеві заздалегідь орієнтуватися на певні сорти. На біржах здійснюється купівля-продаж декількох десятків продовольчих товарів, а також сировини для їхнього виробництва.

Торгівля продовольством на біржах відбувається за типовими контрактами на фіксовану кількість товару з негайною поставкою або з поставкою протягом обумовленого строку (причому товару, який, можливо, ще перебуває на транспорті або навіть на стадії виробництва), але за ці-

ною, зазначеною в контракті в момент його укладення.

Основними учасниками біржової торгівлі виступають торговельні посередники різних видів: торгові дома, комісіонери, агенти постачальників і покупців товару. Крім того, послугами бірж користуються власники елеваторів і підприємств, що переобляють сільськогосподарську сировину.

Перевагами купівлі-продажу продовольства на товарних біржах є:

— постійно діюче (щоденне) функціонування бірж;

— можливість швидко зробити комерційну операцію з великою партією національного або іноземного товару, тому що він продається й купується без пред'явлення (відбувається передача продавцем покупцеві лише документа на право володіння товаром) і їхня угода відбувається в усній формі, а лише потім оформляється письмово;

— можливість для покупця (із застосуванням форвардних, ф'ючерсних та інших угод) придбати товар з поставкою через певний час (іноді навіть через рік), що гарантує йому безперебійне постачання виробництва сільськогосподарською сировиною або доставку продукту в роздрібну мережу, а також дозволяє заздалегідь скалькулювати витрати й позбутися турбот і більших видатків при зберіганні закупленого товару;

— можливість для продавця забезпечити збут ще не зробленого або доставленого на біржовий склад товару;

— нарешті, можливість для підприємців, що перебувають у віддалених районах і країнах, брати участь у торгівлі за допомогою сучасних засобів зв'язку, включаючи супутниковий зв'язок.

У такий спосіб біржі являють собою унікальне джерело оперативної цінової інформації, яким користуються підприємці.

Крім здійснення комерційних операцій, товарні біржі сприяють розвитку міжнародної торгівлі продовольством шляхом розроблення стандартів і типових контрактів на товари належного їм профілю, займаються експертизою якості останніх, виконують арбітражні функції, збирають і надають підприємцям торгово-економічну інформацію, що міститься в щоденних бюлетенях, періодичних виданнях і довідниках.

Тому обов'язок біржі — постійно дбати про задоволення продавців і покупців, створювати найбільш привабливі умови для оптової торгівлі, обміну товарів, забезпечувати контрагентів необхідною ін-

формацією про рівень попиту і пропозицій в межах країни і за кордоном, про світові і внутрішні ціни, платоспроможність і надійність контрагентів за угодою, а також страхувати себе від несприятливих коливань цін на ринку.

Торгівля на біржах має бути настільки простою та надійною, наскільки це можливо. А оскільки торгівлі притаманні ризики, то одне з головних призначень торгової біржі — звести до мінімуму ризики, пов'язані з продажем товару та одержанням коштів за його реалізацію. Біржа є гарантом виконання контрактів (поставки товару і його оплати за ціною, що склалась на торгах), а за допомогою (ф'ючерних) контрактів вона може застрахувати виробника від небажаної зміни ціни на його товар, що для виробника сільськогосподарської продукції і продовольства є дуже важливим.

Біржа — це ринок, при якому багато продавців протистоять великій кількості покупців. Така ситуація характеризується економічною теорією як досконала конкуренція (вільна, чиста). Щоб ринок відповідав цьому терміну, необхідно, щоб на ньому був однорідний товар, продавець і покупець не повинні мати один перед одним ніяких переваг, ринок має бути повністю прозорим, тобто всі його суб'єкти мають володіти інформацією про ціни, попит, пропозицію, якість тощо.

Як зазначалося вище, невід'ємним елементом біржового ринку сільськогосподарської продукції є Аграрна біржа, яка створюється та діє на підставі Закону України «Про державну підтримку сільського господарства України», Закону України «Про товарну біржу» [32], статей 279—282 Господарського кодексу України [33].

З моменту прийняття Закону України «Про державну підтримку сільського господарства України», який визначив порядок створення та функціонування аграрної біржі, було зазначено, що засновником Аграрної біржі є Кабінет Міністрів України в особі Аграрного фонду, що є державною установою, а інші суб'єкти, які є виключно резидентами можуть бути включені тільки як члени аграрної біржі. У зв'язку з цим створені раніше приватними товариствами на підставі Закону України «Про товарну біржу» товарні біржі, які є аграрними по своїй суті, в зв'язку з таким суперечливим (колізійним) законом виявилися незаконними. Наприклад, Українська аграрна біржа — у зв'язку з тим, що Кабінет Міністрів України в особі Аграрного фонду мав привілейоване станови-

ще щодо створення Аграрної біржі та використання назви «Аграрна біржа». На сьогоднішній день, завдяки внесеним змінам до Закону України «Про державну підтримку сільського господарства України», засновниками Аграрної біржі можуть бути, крім Кабінету Міністрів України (Аграрного фонду) й інші суб'єкти, які є виключно резидентами України, тобто юридичні або фізичні особи, утворені (zareєстровані) на території України.

У 1995 р. Кабінет Міністрів України з метою подолання комплексу виявлених проблем щодо організації біржового сільськогосподарського ринку та підвищення його ефективності, у постанові «Про прискорення організації біржового сільськогосподарського ринку» від 17.11.1995 р. № 916 [34] визначив, що у складі засновників і членів аграрних бірж повинна бути не менш як половина вітчизняних сільськогосподарських товаровиробників та представників переробної промисловості. Тим самим прагнули залучити сільськогосподарських товаровиробників безпосередньо до діяльності Аграрної біржі. Однак у Законі України «Про державну підтримку сільського господарства України» це положення не знайшло свого відображення.

Відповідно до зазначеного вище Закону, **аграрна біржа** — це юридична особа, яка з урахуванням певних особливостей підпадає під регулювання норм закону та надає послуги суб'єктам господарювання з укладення біржових договорів (контрактів) щодо сільськогосподарської продукції, товарних деривативів, базовим активом яких є сільськогосподарська продукція, іпотечних сертифікатів та іпотечних закладних, а також з проведення розрахунково-клірингової діяльності за ними.

Спеціального нормативно-правового акта у формі закону, який визначав би правовий статус аграрної біржі, не існує, тому особливості правового становища Аграрної біржі визначені в ст. 17 Закону України «Про державну підтримку сільського господарства України».

Для проведення розрахунків за укладеними біржовими угодами (договорами) та надання (обліку та виплати) біржових гарантій Аграрна біржа створює розрахунково-кліринговий центр та систему гарантування виконання зареєстрованих нею біржових угод (контрактів).

Як зазначено у «Типових правилах біржової торгівлі сільськогосподарською продукцією» (далі — Типові правила), що затверджені спільним наказом № 103/44/62

Міністерства сільського господарства і продовольства України, Міністерства економіки України та Міністерства фінансів України 03.04.1996 р. [35], під час біржових торгів можуть бути укладені угоди, що пов'язані з:

— негайною (від 1 до 30 днів) взаємною передачею прав та обов'язків щодо реальної сільськогосподарської продукції (спотова угода);

— відстроченою (від 30 до 360 днів) взаємною передачею прав та обов'язків щодо реальної сільськогосподарської продукції (форвардна угода);

— взаємною передачею прав та обов'язків щодо стандартного контракту (ф'ючерсна угода);

— поступкою прав на майбутню передачу чи набуття прав і обов'язків щодо реального товару або стандартного контракту (опціонна угода).

У Податковому кодексі України від 02.12.2010 р. [36] наведено більш повне визначення поняття форвардного, ф'ючерсного та опціонного контракту.

Форвардний контракт — стандартизований строковий контракт у формі цивільно-правового договору, за яким продавець зобов'язується у майбутньому в установленний строк передати базовий актив у власність покупця на визначених умовах, а покупець зобов'язується прийняти в установленний строк базовий актив і сплатити за нього ціну, визначену таким договором, за умовами, визначеними сторонами під час укладення контракту.

Ф'ючерсний контракт (ф'ючерс) — стандартизований строковий контракт, за яким продавець зобов'язується у майбутньому в установленний строк (дата виконання зобов'язань за ф'ючерсним контрактом) передати базовий актив у власність покупця на визначених специфікацією умовах, а покупець зобов'язується прийняти базовий актив і сплатити за нього ціну, визначену сторонами контракту на дату його укладення.

Ф'ючерсний контракт виконується відповідно до його специфікації шляхом постачання базового активу та його оплати коштами або проведення між сторонами контракту грошових розрахунків без постачання базового активу. Виконання зобов'язань за ф'ючерсом забезпечується шляхом створення відповідних умов організатором торгівлі стандартизованими строковими контрактами.

Слід зазначити, що у ф'ючерсному контракті товар ще не створений, а ціни на

нього вже існують та зафіксовані, а гарантом при цьому є біржа.

Опціон — цивільно-правовий договір, згідно з яким одна сторона контракту одержує право на придбання (продаж) базового активу, а інша сторона бере на себе безумовне зобов'язання продати (придбати) базовий актив у майбутньому протягом строку дії опціону чи на встановлену дату (дату виконання) за визначеною під час укладання такого контракту ціною базового активу. За умовами опціону покупець виплачує продавцю премію опціону.

Необхідно зауважити, що форвардний контракт, ф'ючерсний контракт та опціон належать до деривативів. **Дериватив** — стандартний документ, що засвідчує право та/або зобов'язання придбати чи продати у майбутньому цінні папери, матеріальні або нематеріальні активи, а також кошти на визначених ним умовах. Стандартна (типова) форма деривативів і порядок їх випуску та обігу встановлюються законодавством.

На жаль, поняття спотової угоди (споту) у Податковому кодексі України не визначено, однак зауважимо, що під **спотовою угодою** слід розуміти контракт у формі цивільно-правового договору, за яким продавець зобов'язується негайно у період від 1 до 30 днів, який встановлений в договорі, передати реальну (яка є в наявності) сільськогосподарську продукцію у власність покупця на визначених умовах, а покупець зобов'язується негайно прийняти зазначений товар у цей період і негайно сплатити за нього ціну, визначену таким договором сторонами під час укладення контракту.

Таким чином, на Аграрній біржі відповідно до Господарського кодексу України, Закону України «Про державну підтримку сільського господарства України», Закону України «Про товарну біржу», розроблених та затверджених Правил біржової торгівлі та Статуту Аграрної біржі здійснюються біржові операції щодо:

1) безпосередньо сільськогосподарської продукції (у тому числі для державних потреб);

2) об'єктів державного цінового регулювання, згідно з нормами відповідних законів;

3) операцій з товарними деривативами, тобто базовим активом яких є зазначена сільськогосподарська продукція;

4) операцій з іпотечними сертифікатами (під яким розуміють цінний папір, забезпечений іпотечними активами або іпотеками);

5) операцій з іпотечними закладними (під яким розуміють цінний папір, емітований приватним іпотечним банком або публічною кредитною установою, з метою залучення коштів для подальшого надання іпотечних кредитів, який є борговим зобов'язанням банку перед його держателем);

6) інших товарів, які допущені до реалізації на біржі, в тому числі матеріально-технічні ресурси, які забезпечують сільськогосподарське товаровиробництво.

Біржові операції складаються з укладення біржових угод (контрактів), ведення біржових торгів (аукціонів), розрахунків за ними, розв'язання спорів з цих питань.

Слід зазначити, що **біржова угода** — це зафіксоване біржею одночасне прийняття учасниками біржових торгів прав і зобов'язань щодо купівлі-продажу відповідного товару на підставі поданих брокерами заявок, а **біржовий контракт** — це договір про виконання біржової угоди, який укладається між учасниками біржових торгів у письмовій формі.

Біржовий угода (контракт) проходить два етапи укладання. Перший — починається з оголошення біржовим маклером, що веде торги, пропозиції продавця і закінчується в момент оголошення ним реєстраційного номера покупця та ціни продажу, одночасно брокери-покупці та брокери-продавці підтверджують підписами на брокерських картках згоду на купівлю та продаж. Другий — письмове оформлення біржового контракту, що підписується брокером-покупцем і брокером-продавцем та уповноваженою особою біржі. Біржовий контракт вступає в дію з моменту його підписання обома брокерами, які представляють інтереси клієнтів та реєстрацією на біржі.

Учасники біржових торгів, що уклали угоди, запрошуються до біржових реєстраторів для оформлення біржових контрактів. Підставою для оформлення біржового контракту є протокол та відомість торгової сесії та оформлені картки брокерів з підписом реєстратора.

Контракт підписується брокерами та реєструється уповноваженими особами біржі і засвідчується печаткою біржі. Таким чином, біржовий договір (контракт) вважається укладеним з моменту його реєстрації біржею та не підлягає нотаріальному посвідченню, якщо сторони не домовилися про інше.

Особливу роль у забезпеченні продовольчої безпеки населення та держави завдяки діяльності Аграрної біржі відіграє Аграр-

ний фонд України, що має спеціальний правовий статус з відповідними правами та обов'язками. Головна роль його у реалізації цінової політики шляхом здійснення аграрних інтервенцій на Аграрній біржі щодо об'єктів державного цінового регулювання, призупинення або зупинення торгів на Аграрній біржі щодо об'єктів державного цінового регулювання, здійснення моніторингу аграрного ринку.

Звичайно, одна із головних функцій діяльності Аграрної біржі є формування ринкової ціни на сільськогосподарську продукцію, однак у виняткових випадках ціни на сільськогосподарську продукцію регулюються економічними методами з боку держави шляхом застосування аграрних інтервенцій, з метою підтримання рівня мінімальних або недопущення перевищення рівня максимальних закупівельних цін для забезпечення продовольчої безпеки населення та держави. Тому рішенням котирувальної комісії Аграрна біржа має право встановлювати граничні рівні коливання цін на товари, що офіційно котируються на біржі, відхилення від яких дає підставу для припинення торгу щодо даного виду товару.

Біржовий аграрний ринок за наявності належного економічного середовища може забезпечити вирішення проблем продовольчої безпеки населення та держави шляхом:

- формування ринкових цін на сільськогосподарську продукцію на основі попиту і пропозиції;
- застосування у виняткових випадках, з метою підтримання рівня мінімальних або недопущення перевищення рівня максимальних закупівельних цін, економічних методів з боку держави завдяки дії аграрних інтервенцій;
- усунення бартерних трансакцій шляхом розширення експорту окремих видів сільськогосподарської продукції і продовольства через біржовий товарний ринок;
- забезпечення формування обсягів сільськогосподарської продукції і продовольства для державних продовольчих потреб.

Таким чином, значення біржової торгівлі (Аграрної біржі) в забезпеченні продовольчої безпеки країни полягає насамперед у прозорій реалізації сільськогосподарської продукції безпосередньо виробником її, що забезпечить доступність продовольства для споживача. Цей процес складається з: виробництва, переробки та реалізації. До-

ступність залежить від можливості придбати товар за нормальною розумною ринковою ціною, його якості та кількості, що гарантують біржі завдяки відповідним умовам, зазначеним у заявках та угодах. Діяльність філіалів аграрних бірж у регіонах забезпечує продовольчу безпеку краї-

ни у належній доставці товару, формування доступності для виробника та для споживача, як ринків збуту, так і цін на сільськогосподарську продукцію. Це, в свою чергу, стимулює розвиток агроторгових домів та ярмарків.

ПРИМІТКИ

1. Виговський О. І. Особливості застави товаророзпорядчих цінних паперів / О. І. Виговський // Підприємництво, господарство і право. — 2003. — № 2. — С. 34—36.
2. Виговський О. І. Правове регулювання застави цінних паперів в Україні : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : 12.00.03 / О. І. Виговський. — К., 2005. — 14 с.
3. Горьовий В. П. Біржовий ринок сільськогосподарської продукції в Україні : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. економ. наук : 08.07.02 / В. П. Горьовий. — К., 1999. — 18 с.
4. Горьовий В. П. Забезпечення ефективної діяльності товарних бірж на ринку сільськогосподарської продукції / В. П. Горьовий // Фондовий ринок. — 1999. — № 9. — С. 37—41.
5. Горьовий В. П. Передумови розвитку біржової торгівлі сільськогосподарською продукцією в Україні / В. П. Горьовий // Фондовий ринок. — 1999. — № 11. — С. 42—46.
6. Горьовий В. П. Товарні біржі на ринку сільськогосподарської продукції в Україні / В. П. Горьовий // Економіка АПК. — 1998. — № 8. — С. 78—82.
7. Проданова І. І. Формування та розвиток інфраструктури аграрного ринку : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. економ. наук : 08.00.04 / І. І. Проданова. — Львів, 2008. — 22 с.
8. Проданова І. І. Функціонування аграрного ринку на Прикарпатті : матер. Міжнар. наук.-практ. конф. «Україна наукова '2003» / І. І. Проданова. — Дніпропетровськ : Наука і освіта, 2003. — Т. 17: Економіка підприємства. — С. 8—10.
9. Проданова І. І. Функціонування бірж Івано-Франківської області : матер. VII Міжнар. наук.-практ. конф. «Наука і освіта '2004». — Дніпропетровськ : Наука і освіта, 2004. — Т. 9: Фінансові відносини. — С. 56—57.
10. Школьников М. В. Регулирование международной торговли продовольствием на современном этапе : автореф. дис. на соискание учен. степени канд. экон. наук : 08.00.14 / М. В. Школьников. — М., 2003. — 24 с.
11. Закон України від 24.06.2004 р. «Про державну підтримку сільського господарства України» // Офіційний вісник України. — 2004. — № 30. — Ст. 1987.
12. Постанова Кабінету Міністрів України від 05.08.1997 р. «Про Концепцію розвитку біржового ринку сільськогосподарської продукції» [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://zakon.nau.ua/doc/?doc_id=367068.
13. Наказ Міністерства аграрної політики України, Української академії аграрних наук від 05.06.2002 р. «Про затвердження Положення про організацію та проведення аукціонів живої худоби та птиці» // Офіційний вісник України. — 2002. — № 33. — Ст. 1547.
14. Закон України від 25.06.2009 р. «Про оптові ринки сільськогосподарської продукції» // Офіційний вісник України. — 2009. — № 58. — Ст. 2024.
15. Постанова Кабінету Міністрів України від 22.08.2007 р. «Про вдосконалення виставково-ярмаркової діяльності в Україні» // Офіційний вісник України. — 2007. — № 65. — Ст. 2517.
16. Наказ Міністерства аграрної політики України «Про підвищення ефективності функціонування агроторгових домів» від 20.04.2005 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://zakon.nau.ua/doc/?doc_id=185131.
17. Панькова Л. О. Аграрні біржі: історико-правовий аспект / Л. О. Панькова // Держава і право. — 2002. — Вип. 17. — С. 323—328.
18. Панькова Л. О. Правове становище аграрних бірж у контексті аграрного права України / Л. О. Панькова // Підприємництво, господарство і право. — 2004. — № 6. — С. 18—21.
19. Панькова Л. О. Правові аспекти діяльності агроторгових домів як складової біржового ринку України / Л. О. Панькова // Юридична Україна. — 2004. — № 8. — С. 61—65.
20. Панькова Л. О. Роль аграрних бірж у забезпеченні продовольчої безпеки людини : Круглий стіл, присвячений Всесвітньому дню прав людини «Права людини в Україні: проблеми і перспективи» / Л. О. Панькова. — К. : НАУ, 2003. — Ч. II. — С. 13—15.

21. Панькова Л. О. Правове регулювання діяльності аграрних бірж в Україні : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : 12.00.06 / Л. О. Панькова. — К., 2005. — 21 с.
22. Закон України від 04.07.2002 р. «Про зерно та ринок зерна в Україні» // Офіційний вісник України. — 2002. — № 31. — Ст. 1446.
23. Закон України від 24.06.2004 р. «Про державну підтримку сільського господарства України» // Офіційний вісник України. — 2004. — № 30. — Ст. 1987.
24. Постанова Кабінету Міністрів України від 17.11.1995 р. «Про прискорення організації біржового ринку сільськогосподарської продукції» [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/916-95-%D0%BF>.
25. Постанова Кабінету Міністрів України від 05.08.1997 р. «Про Концепцію розвитку біржового ринку сільськогосподарської продукції» [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://zakon.nau.ua/doc/?doc_id=367068.
26. Указ Президента України від 06.06.2000 р. «Про заходи щодо забезпечення формування та функціонування аграрного ринку» // Офіційний вісник України. — 2000. — № 23. — Ст. 931.
27. Постанова Кабінету Міністрів України від 19.10.1999 р. «Про активізацію діяльності біржового ринку продукції агропромислового комплексу та необхідних для його матеріально-технічних ресурсів» // Офіційний вісник України. — 1999. — № 42. — Ст. 154.
28. Указ Президента України від 07.08.2001 р. «Про заходи щодо розвитку продовольчого ринку та сприяння експорту сільськогосподарської продукції та продовольчих товарів» // Урядовий кур'єр. — 2001. — № 145.
29. Указ Президента України від 08.08.2002 р. «Про заходи щодо прискорення розвитку аграрного ринку» // Офіційний вісник України. — 2002. — № 32. — Ст. 1507.
30. Указ Президента України від 30.08.2004 р. «Про заходи щодо розвитку аграрного ринку» // Урядовий кур'єр. — 2004. — № 165.
31. Постанова Кабінету Міністрів України від 06.07.2005 р. «Про Аграрний фонд» // Офіційний вісник України. — 2005. — № 27. — Ст. 1574.
32. Закон України від 10.12.1991 р. «Про товарну біржу» // Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 10. — Ст. 139.
33. Господарський кодекс України від 16.01.2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 18, № 19—20, № 21—22. — Ст. 144.
34. Постанова Кабінету Міністрів України від 17.11.1995 р. «Про прискорення організації біржового ринку сільськогосподарської продукції» [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/916-95-%D0%BF>.
35. Наказ Міністерства сільського господарства і продовольства України, Міністерства економіки України та Міністерства фінансів України від 03.04.1996 р. «Про затвердження Типових правил біржової торгівлі сільськогосподарською продукцією» [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/z0184-96/card6#Public>.
36. Податковий кодекс України від 02.12.2010 р. // Офіційний вісник України. — 2010. — № 92. — Ст. 3248.

Станиславский Валерий. Правовое регулирование деятельности аграрной биржи по обеспечению продовольственной безопасности.

Работа посвящена проблеме деятельности аграрной биржи в обеспечении продовольственной безопасности государства и населения.

Ключевые слова: аграрная биржа, биржи, продовольственная безопасность, дериватив, биржевая сделка.

Stanislavsky Valery. Legal regulation of activity of agrarian exchange in providing of food safety.

Devoted to the problem of activity of agrarian exchange in providing of food safety of the state and population.

Key words: agrarian exchange, exchanges, food safety, derivatives, exchange transaction.

УДК 346.7:332.72

Тетяна Дроздук,старший викладач кафедри правознавства
Київського національного торговельно-економічного університету

СУТНІСТЬ ТА ІНФРАСТРУКТУРА РИНКУ ЗЕМЕЛЬ В УКРАЇНІ*

Проаналізовано різноманітні теоретичні підходи до визначення сутності ринку земель. Розглянуто його інфраструктуру, її основних суб'єктів.

Ключові слова: ринок земель, інфраструктура ринку.

Одне з основних завдань сучасного етапу реформування економіки — це формування конкурентного ринкового середовища у всіх її сферах та захист прав учасників економічних відносин. Поряд з працею і капіталом найважливішими фактором виробництва, що суттєво відрізняється від усіх інших, є земля. Земля стає товаром при включенні її в ринковий обіг, ринок земель є невід'ємною частиною економіки держави. Регульований, економічно обґрунтований він не може бути відокремленим від загальної системи ринкових відносин.

У зв'язку з тим, що реформування відносин на ринку земель торкається всіх галузей та суспільного життя в Україні, це питання залишається дискусійним і має велике політичне (визначення засад державної політики, яка дозволить узгодити економічні та соціальні інтереси всіх учасників ринку земель), наукове (розробка цілісної програми, що включатиме етапи та систему заходів, які забезпечать належне функціонування ринку земель) та прикладне (створення належних умов та вдосконалення процесів подальшого становлення ринку земель) значення.

Актуальність проведення дослідження зумовлена потребою проаналізувати різні підходи щодо з'ясування сутності ринку земель, необхідністю визначити його інфраструктуру, як один з основних структурних елементів, що впливає на ефективність функціонування ринку земель в Україні.

Дослідженням відносин становлення та функціонування ринку земель активно займаються такі науковці: А. М. Третяк, Д. С. Добряк, А. С. Даниленко, Ю. Д. Білик, А. Г. Мартин, П. Ф. Кулинич, В. В. Носік, В. І. Семчик, М. В. Шульга та інші. Відзначаючи внесок цих та інших науковців у розвиток зазначеної теми, необхідно зауважити, що в сучасних умовах ці відносини настільки динамічні й суперечливі, а їх дослідження носять фрагментарний характер, що потребують подальшого розгляду. Адаже у проблемі формування ринку земель залишається чимало нерозкритих аспектів.

Метою даної статті є розгляд різних теоретичних обґрунтувань сутності ринку земель та подальше вдосконалення поняття ринку земель, визначення його інфраструктури.

У цьому зв'язку слід зауважити, що у сучасній літературі немає єдиного підходу щодо визначення категорії «ринку земель».

Зазначимо також, що в існуючій юридичній практиці поняття ринку та обігу земель дуже часто змішуються. При цьому частина юристів та економістів трактує поняття «ринку земель» як більш широке ніж «обіг земель» тому, що ринок, крім системи угод (операцій), включає в себе і механізми та інфраструктуру, що її забезпечують, тобто обіг — це сукупність операцій, а ринок — це операції, механізми та інфраструктура. Інша частина фахівців вважає, що земель-

* Рекомендовано до друку кафедрою правознавства Київського національного торговельно-економічного університету.

ний ринок — це частина земельного обігу, що включає в себе лише певні операції, такі як купівля-продаж земельних ділянок (паїв), здача їх в оренду та застава для отримання кредиту, отримання компенсації при вилученні земельної ділянки для державних та суспільних потреб [1].

Наприклад, В. Г. Андрійчук зазначає, що ринок землі можна визначити як сукупність юридично-правових і економічних відносин, що виникають між суб'єктами такого ринку в процесі обігу земельних ділянок: їх оренди, обміну, купівлі-продажу, застави, дарування і спадкування [2].

Натомість, П. Т. Саблук зазначає, що ринок землі — це сфера дій економічних відносин, які виникають у процесі її обігу. «Ринок землі» та «обіг землі» — різні за змістом поняття. Перше — ширше, і включає поряд із системою угод із землею також механізми та інфраструктуру, що забезпечують їх. Під обігом землі розуміють сукупність угод із землею (земельними ділянками, правом на земельну частку (пай), правами на землю) [3].

В. В. Носік зауважує, що в юридичному значенні поняття «обіг земельних ділянок» є тотожним поняттю «перехід прав на земельні ділянки». На його думку, обіг земельних ділянок (перехід прав на земельні ділянки) — це врегульовані нормами чинного законодавства суспільні відносини, що виникають між відповідними суб'єктами у процесі переходу прав на земельні ділянки з підстав і в порядку, передбачених законом, договором, рішенням суду [4].

На думку інших вчених, під обігом земельних ділянок слід розуміти перехід від однієї особи до іншої правомірності розпорядження (у складі права власності) або права володіння земельною ділянкою. Термін «обіг земельної ділянки» є юридичною категорією (юридичною абстракцією), якою позначається сукупність врегульованих правом суспільних відносин, у рамках яких відбувається перехід прав на земельні ділянки від однієї особи до іншої [5].

Ринок землі, як зазначає В. В. Горлачук — це передусім торговельно-господарські відносини, предметом яких є

обіг земельних ділянок, тобто перехід права власності від одного власника до іншого на підставі цивільно-правових угод, рішення суду тощо. Але ринок землі — це також діяльність і продавців, і покупців, що впливає на формування попиту і пропозиції, в результаті чого встановлюється відповідність ціни на землю її дійсній вартості. Об'єктом ринкових відносин є конкретна земельна ділянка, яка перебуває у власності [6].

Слушною є думка, що, з правової точки зору, ринок земель — це врегульовані нормами чинного законодавства суспільні відносини, котрі виникають у процесі здійснення органами державної влади та місцевого самоврядування прав власника на землю від імені українського народу, а також реалізації фізичними і юридичними особами, державою і територіальними громадами гарантованого Конституцією України суб'єктивного права власності та інших прав на земельні ділянки, формування і функціонування інфраструктури ринку землі, державного і самоврядного регулювання ринку землі на національному, регіональному та місцевому рівнях, забезпечення захисту прав учасників ринку землі [7].

Отже, у результаті проведеного аналізу можна констатувати, що значна частина науковців визначає ринок земель окремо з юридичної та економічної точки зору. Деякі з них трактують це поняття надто звужено, зводячи його лише до купівлі-продажу землі тощо. Інші визначають набагато ширше, закладаючи в його основу юридично-правові та економічні відносини, що виникають між суб'єктами ринку земель.

Зупинимось на одній важливій складовій ринку землі, відсутність якої унеможливило його повноцінний розвиток та функціонування — його інфраструктурі.

У науковій літературі справедливо зазначається, що проблема формування інфраструктури ринку земель надзвичайно актуальна для країн з перехідною економікою, у тому числі і для України [8].

На сучасному етапі, коли ринок землі ще остаточно не сформовано, збільшується роль держави в регулюванні цих процесів. Тому необхідно не тільки впровадити

цивілізований ринок земель, а й створити ефективну його інфраструктуру.

На наше переконання, розвиток ринку земель та формування ринкової інфраструктури має відбуватися під контролем держави через уповноважені органи. Обґрунтоване втручання держави при становленні ринку земель на даний час є необхідним, щоб запобігти функціонуванню тіньового ринку. Загальновідомим є те, що від регулюючого впливу держави залежить процес формування дієвої інфраструктури ринку земель, яка б відповідала вимогам сучасності.

Економічні словники визначають, що інфраструктура будь-якого ринку забезпечує його функціонування та включає оптові підприємства, біржі, брокерські фірми, банки, фінансові інститути, податкову систему, транспортні засоби, зв'язок тощо. Такі складові притаманні і для ринку земель, як і для будь-якого іншого ринку.

Отже, інфраструктура ринку землі — це сукупність елементів, що забезпечують безперерйне багаторівневе функціонування суб'єктів земельних відносин і регулюють рух відповідних товарно-грошових потоків [9].

Тому необхідними передумовами для запровадження та функціонування цивілізованого земельного ринку є наявність відповідних інструментів (інститутів) для реєстрації земель та ведення земельного кадастру, забезпечення широкого розповсюдження доступної інформації про земельні ділянки, оцінки земель, проведення реєстрації угод, вирішення суперечок та спірних питань, оптимізації землекористування та здійснення контролю за розподілом земельних ресурсів [10].

Інфраструктуру ринку земель ми розглядаємо як сукупність правових, технічних, економічних, інформаційних, наукових та інших інститутів (елементів), які забезпечують належний режим функціонування ринку при здійсненні операцій купівлі-продажу, оренди, міни, застави, успадкування землі тощо. При цьому варто визначити, що інфраструктура ринку включає такі складові: нормативно-правові (закони та інші нормативно-правові акти); технічно-процедурні (земельні аукціони, землеоціночні та землевпорядні

організації та ін.); фінансово-економічні (земельні (іпотечні) банки, податкова система та ін.); інформаційне та навчально-наукове забезпечення суб'єктів ринку (інформаційні видання про попит і пропозицію земельних ділянок, про ринкову вартість земельних ділянок, навчальні заклади, які готують фахівців з питань землевпорядкування та оцінки земель тощо).

Таким чином, процес подальшого становлення ринку земель повинен передбачати формування його інфраструктури як одного з основних структурних елементів, що впливає на ефективність його функціонування та становлення.

Держава в особі органів державної влади та місцевого самоврядування повинна забезпечити сприятливі умови для формування ринку земель. Відповідно, основними завданням держави на ринку земель є: по-перше — створення сприятливого правового поля для діяльності установ, організацій, інститутів, підприємств та служб (інфраструктури), які повинні обслуговувати ринок земель, надавати безпосередні послуги з ідентифікації об'єктів, оцінки, з виділення землі в натурі тощо; по-друге — держава в особі відповідних органів повинна забезпечити законність та прозорість операцій із земельними ділянками, створити умови для захисту прав та законних інтересів всіх учасників ринку земель тощо.

Ринок земель в Україні вже функціонує та процес його подальшого становлення триває. Повноцінна інституційна база земельного ринку в Україні до цього часу не сформована.

Законодавство, що регулює відносини на ринку земель, сьогодні існує, це — Земельний кодекс України, Цивільний кодекс України, Закон України «Про оренду землі» та інші. Але багато відносин залишаються не врегульованими.

Оскільки будь-яке явище потребує нормативно-правового регулювання, необхідно продовжувати створювати нормативно-правову базу регулювання ринку земель, процесів формування ринкової інфраструктури. Насамперед це стосується прийняття відповідних нормативно-правових актів та нормативних документів, адаптованих до ринкових змін, що забезпечать їх належне функціонування.

У цьому зв'язку значна роль відводить-ся законопроекту «Про ринок земель». Проект Закону України «Про ринок земель» спрямований на врегулювання правових та економічних засад організації і функціонування ринку земель. Основна його мета полягає у розгорненні повноцінного ринку землі в Україні, але він унормує лише окремі його аспекти. Завдання, які мав би вирішувати цей закон, запропонований проект вирішує неповністю.

Визначення термінів «обіг земель» та «ринок земель», які запропоновані проектом Закону України «Про ринок земель», підготовленим для розгляду парламентом у другому читанні (а саме: ринок земель — система правовідносин, пов'язаних з укладанням, виконанням, зміною та припиненням цивільно-правових договорів, у тому числі за участю органів державної влади, державних органів приватизації та органів місцевого самоврядування, між відчужувачами земельних ділянок або прав користування ними та набувачами земельних ділянок або прав користування ними; обіг земельних ділянок (прав на них) це перехід права власності або права користування на земельну ділянку між суб'єктами ринку земель на підставі цивільно-правових угод, у тому числі укладених за результатами земельних торгів [11], на нашу думку, дещо звужує поняття ринку земель як системи правовідносин до економічного обігу земельних ділянок, тобто поняття ринку земель асоціюється лише з їх продажем та не повною мірою визначає всі форми обігу земель, переходу права на земельну ділянку від однієї особи до іншої на підставі, зокрема, міни, дарування, успадкування тощо.

За підсумками проведеного дослідження позиції різних науковців щодо сутності ринку земель, ми дійшли висновку, що більш повно ринок земель доцільно визначати як систему юридичних та економічних відносин між відчужувачами та набувачами (фізичними, юридичними особами, державою, державними і недержавними організаціями тощо) земельних ділянок або прав на них (оренди, суперфіцію, емфітевзису), часток у праві спільної власності на землю,

що виникають на підставі їх купівлі-продажу, оренди, обміну, застави, дарування, успадкування та інститутів (елементів), що обслуговують, забезпечують права та встановлюють обов'язки учасників цих відносин, виконують певні функції щодо нормального режиму організації ринку.

Оскільки формування ринку земель та його інфраструктури має відбуватися під контролем держави через уповноважені органи, то, на нашу думку, потрібно чітко визначити у законопроекті роль держави та рівень державного втручання стосовно процедури організації ринку земель, створення його інфраструктури, вирішення питань розвитку ринку земель. Можливо, доцільно у проект внести норми, які б передбачали формування відповідної інфраструктури ринку. Адже положення закону не дають змоги вирішити нагальні питання ринку земель в Україні. На нашу думку, законопроект «Про ринок земель» доцільно істотно допрацювати та прямо передбачити в ньому суб'єктів інфраструктури ринку земель, а саме: суб'єкти, які здійснюють діяльність у сфері оцінки землі чи права оренди на неї, нотаріальне посвідчення угод, землевпорядні організації, а також надають інші послуги учасникам ринку земель; юридичні та фізичні особи, які мають ліцензію на проведення земельних торгів; консалтингові та ріелторські організації; органи, що здійснюють державну реєстрацію речового права на земельну ділянку та здійснюють ведення державного земельного кадастру; земельний (іпотечний) банк та інші фінансово-кредитні установи.

Це зробило б проект таким, що відбиває цілісну картину організації ринку земель в Україні з усіма його особливостями.

Звичайно, Закон «Про ринок земель» у разі його прийняття не вирішить усіх проблем на земельному ринку. Він спрямований на врегулювання питань торгівлі землею, встановлення чітких правил, але цей Закон не може вирішити всі питання, тим паче зважаючи на те, що на практиці права власників обмежені, а приватизація землі носить формальний характер.

Проектом Закону України «Про ри-

нок земель» планується запровадження обігу земель сільськогосподарського призначення та чіткого механізму проведення земельних аукціонів, які на сьогодні фактично не діють. Але, на нашу думку, він потребує удосконалення із залученням експертів і практиків.

Зауважимо, що з'ясування сутності, визначення інфраструктури ринку земель є лише однією з проблем у забезпеченні належного його функціонування і становлення. Інші проблеми означеної тематики вимагають подальших досліджень.

ПРИМІТКИ

1. Артюшин В. І. Проблеми становлення та функціонування ринку земель сільськогосподарського призначення в Україні / В. І. Артюшин, М. І. Кобець, М. І. Пугачов ; за ред. Марчіна Свенціцькі. — К. : Аналітично-дорадчий центр Блакитної стрічки ПРООН, 2007. — С. 9.
2. Андрійчук В. Г. Економіка аграрних підприємств : підручник : 2-ге вид., перероб. і допов. / В. Г. Андрійчук. — К. : КНЕУ, 2002. — С. 202.
3. Саблук П. Т. Розвиток земельних відносин в Україні / П. Т. Саблук. — К. : ННЦ ІАЕ, 2006. — С. 261.
4. Носік В. В. Правові питання ринкового обігу земельних ділянок / В. В. Носік // Організаційно-правові проблеми розвитку аграрного і земельного ринків в Україні : зб. тез доп. і наук. повідом. наук.-практ. конф. — К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2004. — С. 51—56.
5. Земельне право України : підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. / В. І. Семчик, П. Ф. Кулинич, М. В. Шульга. — К. : Ін Юре, 2008. — С. 329—330.
6. Управління земельними ресурсами : навч. посіб. для студ. і виклад. вузів III—IV рівнів акредитації / В. В. Горлачук, В. Г. В'юн, А. Я. Сохнич ; за ред. В. Г. В'юна. — Миколаїв : Вид-во МФ НаУКМА, 2002. — 316 с.
7. Земельне право України : підручник / М. В. Шульга (кер. авт. кол.), Г. В. Анісімова, Н. О. Багай [та ін.] ; за ред. М. В. Шульги. — К. : Юрінком Інтер, 2004. — С. 202.
8. Мартин А. Г. Регулювання ринку земель в Україні : наук. моногр. / А. Г. Мартин. — К. : Аграр Медіа Груп, 2011. — С. 109.
9. Там само. — С. 110.
10. Артюшин В. І. Зазнач. праця. — С. 29.
11. Проект Закону «Про ринок земель» № 9001-д від 07.12.2011 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?pf3511=41981.

Дроздук Татьяна. Сущность и инфраструктура рынка земель в Украине.

Проанализированы различные теоретические подходы определения сущности рынка земель. Рассмотрена его инфраструктура, ее основные субъекты.

Ключевые слова: рынок земель, инфраструктура рынка.

Drozduk Tetyana. The essence and infrastructure of the land market in Ukraine.

The various theoretical approaches to determining the essence of the land market were analyzed. It's infrastructure and main subjects were mentioned.

Key words: land market, infrastructure of the market.

УДК 343.4

Олена Яра,

кандидат юридичних наук, доцент,
декан юридичного факультету Національного університету
біоресурсів і природокористування України

ВПЛИВ НОРМ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА НА СТАН КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Досліджується вплив міжнародного законодавства на стан кримінально-правової охорони прав інтелектуальної власності в Україні.

Ключові слова: міжнародне, національне та кримінальне законодавство, кримінально-правова охорона, інтелектуальна власність.

Відносини у сфері інтелектуальної власності утворюються не тільки між фізичними та юридичними особами, вони значною мірою зачіпають і міждержавні інтереси.

Одним із найважливіших міжнародних документів, який має велике значення для всього людства, є Загальна декларація прав людини, прийнята на третій сесії Генеральної Асамблеї ООН 10.12.1948 р., у ст. 27 якої проголошено: 1. Кожна людина має право вільно брати участь у культурному житті суспільства, насолоджуватися мистецтвом, сприяти науковому прогресу і користуватися його вигодами. 2. Кожна людина має право на захист її моральних і матеріальних інтересів, які є результатом наукових, літературних і художніх робіт, автором яких вона є [1].

Питання, пов'язані із впливом міжнародного законодавства на стан кримінально-правової охорони прав інтелектуальної власності завжди викликали інтерес вчених-криміналістів і були предметом уваги: П. П. Андрушка, П. С. Берзіна, М. Й. Коржанського, М. І. Мельника, М. І. Хавронюка, В. Б. Харченка та ін.

Метою цієї статті є питання, пов'язані із впливом міжнародного законодавства на національне законодавство, і зокрема кримінальне, яке відіграє вагомий роль у кримінально-правовій охороні прав інтелектуальної власності.

Як відомо, міжнародні договори підлягають неухильному виконанню відпо-

відно до принципів і норм міжнародного права. Відносини щодо охорони та захисту прав інтелектуальної власності регулюються нормами національного та міжнародного законодавства. Важливе значення серед них посідають міжнародні конвенції та договори, учасницею яких є Україна, які мають вплив на національне законодавство. Це пояснюється тим, що Законом України «Про правонаступництво України» від 09.09.1991 р. Україна підтвердила свої зобов'язання за міжнародними договорами, укладеними Українською РСР до проголошення незалежності України [2], а за Законом України «Про дію міжнародних договорів на території України» від 10.12.1991 р., [3] укладені і належним чином ратифіковані Україною міжнародні договори складають невід'ємну частину національного законодавства України і застосовуються у порядку, передбаченому для норм національного законодавства. Крім того, Закон «Про міжнародні договори на території України» від 29.06.2004 р. [4] встановлює порядок укладення, виконання та припинення дії міжнародних договорів України з метою належного забезпечення національних інтересів, здійснення цілей, завдань і принципів зовнішньої політики України, закріплених у Конституції України та законодавстві України.

В інституті права інтелектуальної власності нормативно-правові акти класифікують за кількома критеріями. За

об'єктивною ознакою, тобто залежно від того, з приводу якого об'єкта права інтелектуальної власності нормативно-правовий акт регулює суспільні правовідносини, їх можна класифікувати на нормативно-правові акти, що регулюють питання, пов'язані з охороною авторського права і суміжних прав; нормативно-правові акти, що регулюють питання, пов'язані з охороною прав на об'єкти промислової власності.

Залежно від того, в якому нормативно-правовому акті права інтелектуальної власності отримали своє закріплення — нормативно-правові акти України з питань інтелектуальної власності; міжнародно-правові акти з права інтелектуальної власності, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

Залежно від юридичної сили нормативно-правового акта, яким регулюються відносини у сфері інтелектуальної власності — Конституція України; міжнародні договори, угоди, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України; закони України та кодекси України; підзаконні нормативно-правові акти (укази Президента, постанови Кабінету Міністрів України, постанови міністрів і відомств України та ін.).

Можна також провести систематизацію за змішаною основою: нормативно-правові акти, що регулюють питання, пов'язані з охороною авторського права і суміжних прав; нормативно-правові акти, що регулюють питання, пов'язані з охороною прав на об'єкти промислової власності; міжнародно-правові акти з авторського права і суміжних прав, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України; міжнародно-правові акти з промислової власності, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України [5]. Створення в Україні сучасної системи охорони інтелектуальної власності, її вдосконалення і розвиток неможливі без гармонізації національного законодавства з нормами міжнародного права у цій сфері [6].

Здійснення зовнішньої та внутрішньої політики України в напрямі до європейської інтеграції значною мірою залежить від вирішення питання охорони прав інтелектуальної власності. Це відображається в Угоді про партнерство та

співробітництво між Україною і ЄС та її державами-членами, а також у низці законодавчих і нормативно-правових актів, зокрема у Законі України «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» від 18.03.2004 р. [7], в якому зазначається, що метою адаптації законодавства України до законодавства ЄС є досягнення відповідності правової системи України *acquis communautaire* з урахуванням критеріїв, що висуваються ЄС до держав, які мають намір вступити до нього. Адаптація законодавства України до законодавства ЄС є пріоритетною складовою процесу інтеграції України до ЄС, що, в свою чергу, є пріоритетним напрямом української зовнішньої політики.

Набувши членства в Раді Європи, Україна взяла на себе низку зобов'язань у сфері реформування чинного законодавства на основі норм та стандартів Ради Європи. Прикладом виконання таких зобов'язань є прийняття нового Кримінального процесуального кодексу України [8].

На сьогодні існує тенденція збільшення протиправних діянь, у тому числі й у сфері порушення прав інтелектуальної власності. Проблема боротьби зі злочинністю вийшла на загальнодержавний та міжнародний рівень і має виключно важливе значення. Свідченням цього є Декларація ООН «Про злочинність та суспільну безпеку», затверджена резолюцією 51/60 Генеральної Асамблеї ООН від 12.12.1996 р. [9].

Обумовленість міжнародного співробітництва у сфері охорони прав інтелектуальної власності говорить про те, що у масштабі однієї держави неможливо здійснити весь комплекс правових заходів із протидії порушенням об'єктів права інтелектуальної власності. Україною зроблені певні кроки на шляху до адаптації свого законодавства до міжнародно-правових актів. Прагнення України до набуття членства у ЄС потребує приведення національних інститутів у відповідність до інститутів і принципів ЄС.

З метою заохочення творчої діяльності та забезпечення захисту інтелектуальної власності в усьому світі у 1967 р. було створено Всесвітню організацію ін-

телектуальної власності, яка є одним зі спеціалізованих агентств ООН. ВОІВ сприяє підписанню нових міжнародних угод та модернізації національних законодавств, заохочує адміністративне співробітництво між країнами, надає технічну допомогу країнам, що розвиваються, і утримує служби, які полегшують міжнародний захист винаходів, знаків та промислових зразків. При ВОІВ діє центр з арбітражу та посередництва. З 1999 р. ВОІВ надає послуги з врегулювання суперечок, які виникають при реєстрації та використанні найбільш поширених типових назв доменів в Інтернеті (.com, .net, .org).

ВОІВ адмініструє 23 міжнародні угоди, які охоплюють основні аспекти інтелектуальної власності. Станом на 1 січня 2012 р. ВОІВ нараховує 184 держави-члени, які підписали міжнародні угоди. Однією з найважливіших є: Бернська конвенція про охорону літературних і художніх творів від 09.09.1886 р., якою передбачено правову охорону авторських прав на кожний літературний, науковий чи художній твір, незалежно від форми його вираження. Дата чинності для України — 31.05.1995 р. [10]. Держави, які підписали Бернську конвенцію, утворюють так званий Бернський союз.

Відповідно до преамбули Бернської конвенції її метою є забезпечення ефективної та однакової охорони прав авторів на їх літературні та художні твори. Згідно зі ст. 5 Конвенції основними її принципами є:

1) принцип «національного режиму», відповідно до якого твори, що з'явилися на світ у одній з країн Бернського союзу, повинні отримувати у всіх інших країнах союзу таку саму охорону, яку ці країни надають своїм громадянам;

2) принцип «автоматичної охорони», тобто охорона творам надається автоматично і не обумовлюється формальними умовами реєстрації, депонування тощо;

3) принцип «незалежності охорони», відповідно до якого володіння наданими правами і їх використання не залежать від існування охорони у країні походження твору [11].

Важливою ознакою для запровадження та наступного розвитку кримінальної відповідальності за порушення автор-

ського права виявилися положення ст. 16 Бернської конвенції, згідно з якою держави-учасниці зобов'язані здійснювати арешт контрафактних примірників творів у будь-якій країні Бернського союзу. Арешт повинен застосовуватися також до відтворень, що походять із країни, в якій твір не охороняється або перестав користуватися охороною. Арештом контрафактних примірників творів вважається не лише їх тимчасове вилучення з обігу на час проведення досудового слідства, а й їх конфіскація чи знищення за рішенням компетентних судових органів. Таким чином, Бернська конвенція запровадила обов'язок для держав-учасниць запобігати обігу та припиняти обіг контрафактних примірників творів на території цих держав.

Ці та інші міжнародно-правові акти є базовими для розвитку вітчизняного законодавства у сфері інтелектуальної власності. Крім того, міжнародно-правові акти регулюють основні питання охорони та захисту прав інтелектуальної власності, формують уніфіковані механізми правового регулювання цих питань для різних країн світової спільноти. Важливість міжнародно-правових актів полягає також у тому, що у сфері інтелектуальної власності діє принцип взаємності захисту об'єктів права інтелектуальної власності як в одній, так і в інших країнах.

Однією із найголовніших Угод СОТ є Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності від 05.04.1994 р. Бажаючи зменшити викривлення і перешкоди в міжнародній торгівлі та беручи до уваги необхідність сприяти ефективній і належній охороні прав інтелектуальної власності, Україна 10.04.2008 р. ратифікувала Протокол про вступ України до Світової організації торгівлі [12].

Згідно зі ст. 1 TRIPS члени цієї Угоди можуть, але не зобов'язані, передбачати у своєму законодавстві більш високий рівень охорони, ніж цього вимагає ця Угода, за умови, що така охорона не порушує положень цієї Угоди. Члени є вільними у визначенні відповідного методу впровадження положень цієї Угоди у межах їх власної законодавчої системи та практики. Однією із найважливіших складових цієї Угоди є те, що ця Угода

передбачає ефективні дії, спрямовані проти будь-якого порушення прав інтелектуальної власності. У ст. 41 Угоди TRIPS зазначається, що члени цієї Угоди повинні гарантувати, що процедури щодо захисту прав інтелектуальної власності передбачаються їхнім законодавством з тим, щоб дозволити ефективні заходи проти будь-якої дії, що порушує права інтелектуальної власності, яка підпадає під цю Угоду, включаючи термінові заходи, спрямовані на запобігання порушенням, та заходи, що стримують від подальших порушень. Ці процедури повинні застосовуватися таким чином, щоб уникнути створення бар'єрів для законної торгівлі та забезпечити гарантії проти їх зловживань.

Як стверджує Ю. В. Трунцевський, норми угоди TRIPS фактично закладають основи кримінально-правової охорони прав інтелектуальної власності — адже вони встановлюють лише мінімальні вимоги до такої охорони [13]. Важливою складовою Угоди TRIPS є те, що вона, крім цивільно-правових та адміністративних процедур і засобів правового захисту, передбачає і кримінальні процедури. Міжнародний підхід до боротьби із правопорушеннями у сфері інтелектуальної власності виходить із того, що ця боротьба залежить від виду правопорушення на цивільному, адміністративному та кримінальному законодавстві.

Статтею 61 Угоди TRIPS встановлено, що її члени повинні забезпечити застосування кримінальних процедур та штрафів принаймні у випадках навмисної фальсифікації товарного знака або з порушенням авторських прав у комерційних масштабах. Заходи покарання повинні включати ув'язнення та/або грошові штрафи, достатні для того, щоб слугувати засобом стримування відповідно до рівня покарання, який застосовується у випадках злочинів відповідної тяжкості. У відповідних випадках заходи покарання повинні також включати накладення арешту, конфіскацію та знищення товарів, що порушують право, та будь-яких матеріалів або обладнання, які значною мірою були використані при вчиненні порушення. Члени можуть передбачити застосування кримінальних процедур та покарання і в інших випад-

ках порушення прав інтелектуальної власності, особливо коли вони вчинені навмисно та в комерційних масштабах. Саме ставши членом СОТ, як зазначає П. П. Андрушко, наша держава прийняла Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо правової охорони інтелектуальної власності стосовно виконання вимог, пов'язаних із вступом України до СОТ» від 31.05.2007 р. [14], яким було внесено зміни до статей 176, 177 та 229 КК, ч. 2 ст. 432 ЦК України, якими передбачається знищення конфіскованих об'єктів інтелектуальної власності чи вилучених предметів або продукції [15].

На особливість впливу міжнародного законодавства на норми національного законодавства у сфері захисту прав інтелектуальної власності звертає увагу Пленум Верховного Суду України, в ст. 2 Постанови № 5 якого зазначається, що відповідно до ст. 9 Конституції України чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України. Якщо чинним міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, встановлено інші правила, ніж ті, що містяться в законодавстві України про авторське право і суміжні права, то застосовуються правила міжнародного договору [16]. У свою чергу, закони України про кримінальну відповідальність повинні відповідати положенням, що містяться в чинних міжнародних договорах, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України.

Наведений перелік міжнародних договорів говорить про те, що в ході міжнародного співробітництва держави дійшли висновку, що імперативні норми міжнародних зобов'язань держав стосуються не тільки членів міжнародних організацій, а й всього міжнародного співтовариства.

Таким чином, діяльність щодо кримінально-правової охорони прав інтелектуальної власності перестає бути чисто національною справою і засновується на нормах міжнародного права. Міжнародні договори України підлягають неухильному дотриманню Україною прин-

цилів і норм міжнародного права. Норми національного та міжнародного законодавства у сфері прав інтелектуальної власності покликані забезпечити охорону та захист прав інтелектуальної власності від злочинних посягань і пов'язані з об'єктивною стороною злочинів, що юридично закріплені у національному законодавстві, міжнародних договорах та конвенціях у силу їх міжнародної небезпеки й особливих міжнародних зобов'язань держав у боротьбі з ними. У цілому злочини у сфері порушення прав інтелектуальної власності зазіхають на міжнародний і національний

правопорядок, на мирне співробітництво держав у сфері економіки, інтересів власників об'єктів права інтелектуальної власності. Все це дозволяє говорити, що порушення прав інтелектуальної власності є суспільно небезпечними для багатьох держав. А тому врахування міжнародних стандартів та зарубіжного досвіду нормотворчої і правозастосовчої діяльності є одним з напрямів реформування чинного кримінального законодавства, в тому числі й у сфері кримінально-правової охорони прав інтелектуальної власності.

ПРИМІТКИ

1. Права человека. Основные международные документы : сб. док. — М., 1989 — С. 141.
2. Про правонаступництво України : Закон України від 09.09.1991 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1991. — № 46. — Ст. 617.
3. Про дію міжнародних договорів на території України : Закон України від 10.12.1991 р. // Відомості Верховної Ради. — 1992. — № 10. — Ст. 137.
4. Про міжнародні договори на території України : Закон України від 29.06. 2004 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 50. — Ст. 540.
5. Право інтелектуальної власності. Академічний курс : підруч. для студ. вищих навч. закладів / О. П. Орлюк, Г. О. Андрушук, О. Б. Бутнік-Сіверський [та ін.] ; за ред. О. П. Орлюк, О. Д. Святоцького. — К. : Ін Юре, 2007. — С. 59.
6. Дроб'язко В. Національні та міжнародні стандарти охорони авторського права і суміжних прав / В. Дроб'язко // Інтелектуальна власність. — 2002. — № 5. — С. 14—20.
7. Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу : Закон України від 18.03.2004 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 29. — Ст. 367.
8. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13.04.2012 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : zakon.rada.gov.ua.
9. Про злочинність та суспільну безпеку : Декларація Організації Об'єднаних Націй, затверджена резолюцією 51/60 Генеральної Асамблеї ООН від 12.12.1996 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [http:// volya.kharkov. ua/print_news. php? id=410&type=lib](http://volya.kharkov.ua/print_news.php?id=410&type=lib).
10. Про приєднання України до Бернської конвенції про охорону літературних і художніх творів (Паризького акта від 24.07.1971 р., зміненого 02.10.1979 р.) : Закон України від 31.05.1995 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1995. — № 21. — Ст.155.
11. Минков А. М. Международная охрана интеллектуальной собственности /А. М. Минков. — СПб. : Питер, 2001. — С. 123—124.
12. Про ратифікацію Протоколу про вступ України до Світової організації торгівлі : Закон України від 10.04.2008 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2008. — № 23. — Ст. 213.
13. Трунцевский Ю. В. Уголовно-правовая охрана авторских и смежных прав / Ю. В. Трунцевский. — М., 2003. — 350 с.
14. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо правової охорони інтелектуальної власності стосовно виконання вимог, пов'язаних із вступом України до СОТ : Закон України від 31.05.2007 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2007. — № 44. — Ст. 512.
15. Андрушко П. П. Злочини проти виборчих прав громадян та їх права брати участь у референдумі: кримінально-правова характеристика : монографія / П. П. Андрушко. — К. : КНТ, 2007. — 328 с.

16. Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав : постанова № 5 Пленуму Верховного Суду України від 04.06.2010 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/0/>.

Яра Елена. Влияние норм международного права на состояние уголовно-правовой охраны прав интеллектуальной собственности.

Исследуется влияние международного законодательства на состояние уголовно-правовой охраны прав интеллектуальной собственности в Украине.

Ключевые слова: международное, национальное и уголовное законодательство, уголовно-правовая охрана, интеллектуальная собственность.

Yara Olena. Impact of international law norms on state of crime legal protection of intellectual property rights.

The impact of international legislation on state of crime legal protection of intellectual property rights in Ukraine is researched.

Key words: international, national and crime legislation, criminal legal protection, intellectual property.

УДК 343.12+351.749

Марія Набруско,аспірантка кафедри правосуддя юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ВИКОРИСТАННЯ МАТЕРІАЛІВ ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ДЛЯ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ БЕЗПЕКИ УЧАСНИКІВ СУДОЧИНСТВА У КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВАХ ПРО ТОРГІВЛЮ ЛЮДЬМИ*

У статті на підставі порівняльного аналізу чинного та нового Кримінально-процесуального кодексу України, а також матеріалів практики розглядаються проблемні питання використання матеріалів оперативно-розшукової діяльності для забезпечення безпеки учасників кримінального судочинства у кримінальних справах про торгівлю людьми.

Ключові слова: торгівля людьми, матеріали оперативно-розшукової діяльності, заходи безпеки, учасники кримінального судочинства.

Торгівля людьми, яка, грубо порушуючи права людини, закріплені міжнародними правовими документами та конституціями більшості країн світу, в тому числі й Конституцією України (ст. 3), визнаються найвищою соціальною цінністю, фактично виступає формою сучасного рабства. А тому втілення ідеї правової держави в Україні передбачає створення також належних гарантій безпеки осіб, які залучаються до сфери боротьби зі злочинністю, що сприяє забезпеченню реалізації кримінально-правової політики держави. Зважаючи на зазначене, держава покладає на громадянина залежно від його кримінально-процесуального статусу обов'язок сприяти вирішенню соціально-правового конфлікту, що виник у результаті вчинення або підготовки чи посягання на вчинення злочину, який забезпечується відповідними адміністративними та кримінально-правовими заходами. У разі виникнення небезпеки для його життя, здоров'я, житла чи майна держава повинна створювати належні гарантії його безпеки як учасника кримінального су-

дочинства, а також безпеки членів його сім'ї та близьких родичів, що є одним із принципів кримінального процесу.

Для створення таких гарантій в Україні прийнято закони № 3782-12 від 23.12.1993 р. «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві» [1] та № 3781-12 від 23.12.1993 р. «Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів» [2], після прийняття яких до чинного КПК України та Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» від 18.02.1992 р. були внесені відповідні зміни і доповнення. Для реалізації положень цих законів прийняті відповідні підзаконні нормативні акти, які докладно регламентують повноваження спеціальних підрозділів із забезпечення безпеки суддів, працівників суду, правоохоронних органів, учасників кримінального судочинства, членів їх сімей та близьких родичів по застосуванню заходів безпеки щодо вказаних осіб та інші питання у цій сфері.

Проблеми, пов'язані з розслідуванням торгівлі людьми, досліджували В. І. Бо-

* Рекомендовано до друку кафедрою правосуддя юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка.

рисов, Т. І. Возна, О. Л. Журба, В. О. Іваненко, В. А. Козак, Г. Л. Кохан, К. Б. Левченко, В. М. Підгородинський, Н. В. Плахотнюк, М. А. Погорецький, В. В. Пясковський, Д. Б. Санакоєв, О. В. Святун, Є. Д. Скулиш, Г. К. Смирнов, О. І. Хараберюш, М. П. Шруб, С. С. Яценко та ін. Проте, незважаючи на високу соціальну небезпеку злочинів, пов'язаних з торгівлею людьми, а також на те, що матеріали оперативно-розшукової діяльності (далі — ОРД) використовуються у 85% кримінальних справ про злочини цього виду, комплексно проблемні питання використання зазначених матеріалів для забезпечення безпеки учасників кримінального судочинства у кримінальних справах про торгівлю людьми у вітчизняному кримінальному процесі та криміналістиці не досліджувалися. Відсутність комплексних досліджень цих питань негативно позначається як на розвитку теоретичних засад цієї діяльності, так і на правозастосовній практиці.

Метою цієї статті є дослідження в межах її обсягу проблемних питань використання матеріалів ОРД для забезпечення безпеки учасників кримінального судочинства у кримінальних справах про торгівлю людьми з урахуванням норм прийнятого Кримінально-процесуального кодексу України 2012 р. (далі — нового КПК України).

У березні 1998 р. однією з перших в Європі Верховна Рада України передбачила кримінальну відповідальність за торгівлю людьми, доповнивши Кримінальний кодекс України новою ст. 124¹. Чинний Кримінальний кодекс України містить ст. 149 із змінами та доповненнями 2006 р. [3], що передбачає відповідальність за торгівлю людьми або іншу незаконну угоду щодо людини.

Результати аналізу кримінальних справ щодо торгівлі людьми або іншої незаконної угоди щодо людини свідчать про те, що найважливішою умовою ефективного виявлення, розслідування та засудження злочинців є готовність потерпілих та свідків співпрацювати з правоохоронними органами. Проте багато потерпілих та свідків цих злочинів не бажають давати свідчення через побоювання розголошення особистої інформа-

ції, осуд оточуючих та близьких, погрози з боку злочинців тощо. Значна поширеність в Україні випадків насильницького впливу на учасників кримінального судочинства та небезпечна динаміка цього явища є очевидною та підтверджується спеціальними науковими дослідженнями [4].

Як свідчать результати аналізу матеріалів практики, найбільш поширеними способами протиправного впливу на потерпілих або свідків у справах про незаконну торгівлю людьми є:

1) погрози застосування насильства до самих потерпілих або свідків (35%);

2) погрози застосування насильства до членів їх сімей, близьких або родичів (8%);

3) підкуп потерпілих або свідків (24%);

4) намагання охарактеризувати потерпілого як аморальну особу перед слідчим та судом (24%);

5) погрози розголошення відомостей, що потерпілий або свідок бажав зберегти у таємниці (8%).

Протиправний вплив на потерпілих та свідків, як правило, здійснюється вже під час досудового слідства (57%), дещо рідше розпочинається під час судового розгляду (32%). Поряд із тим, трапляються випадки, коли такий вплив мав місце ще до порушення кримінальної справи, але був настільки інтенсивним, що й під час досудового слідства та судового розгляду потерпілий або свідок вважав реальною загрозу життю, здоров'ю, житлу або майну та відчував небезпеку (11%).

Внаслідок протиправного впливу на потерпілого або свідка створюється реальна можливість уникнення винною особою кримінальної відповідальності, оскільки особливістю кримінальних справ із обвинувачення в торгівлі людьми є вирішальне значення свідчень потерпілих та свідків.

Протистояти розглянутим загрозам покликана регламентована нормативно-правовими актами різного рівня система забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві. Основними міжнародно-правовими актами щодо протидії торгівлі людьми на сьогодні є Конвенція ООН проти транснаціо-

нальної організованої злочинності (далі — Конвенція) [5] та Протокол про попередження і припинення торгівлі людьми, особливо жінками і дітьми, і покарання за неї (далі — Протокол) [6], що доповнює цю Конвенцію. У грудні 2000 р. в м. Палермо (Італія) Україна, спільно з іншими 124 країнами світу, підписала ці міжнародні документи та в подальшому їх ратифікувала 04.02.2004 р. на сесії Верховної Ради України. Названі міжнародні документи зобов'язують уряди країн надавати допомогу та здійснювати захист жертв торгівлі людьми.

Зокрема відповідно до ст. 25 Конвенції кожна держава-учасниця вживає у межах своїх можливостей, відповідних заходів для надання допомоги і захисту потерпілим від злочинів, що охоплюються цією Конвенцією, особливо у випадках погрози помстою або залякування. Згідно зі ст. 6 Протоколу у відповідних випадках тією мірою, якою це можливо, відповідно до її внутрішнього законодавства, кожна держава-учасниця забезпечує захист особистого життя й особи жертв торгівлі людьми, у тому числі, серед іншого, шляхом забезпечення конфіденційного характеру провадження, що стосується такої торгівлі. Кожна держава-учасниця забезпечує, щоб її внутрішня правова або адміністративна система передбачала заходи, які дозволяють у відповідних випадках надавати жертвам торгівлі людьми: а) інформацію про відповідний судовий та адміністративний розгляд; б) допомогу, що не завдає шкоди правам захисту і дозволяє викладати і розглядати їхні думки і побоювання на відповідних стадіях кримінального провадження щодо осіб, які вчинили злочини.

Слід зазначити, що в Україні законодавство щодо забезпечення безпеки учасників кримінального судочинства з'явилося із прийняттям 23.12.1993 р. Закону України «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві» та внесенням відповідних змін до чинного КПК України Законом України № 1381-VІV від 13.01.2000 р. (статті 52¹—52⁵).

Окрім того, деякі питання порядку застосування законодавства про забезпечення безпеки суб'єктів кримінального

судочинства було регламентовано й іншими підзаконними правовими актами [7—13].

Проблеми застосування законодавства щодо забезпечення безпеки суб'єктів кримінального судочинства були предметом розгляду Пленуму Верховного Суду України. Так, постановою «Про застосування законодавства, що передбачає державний захист суддів, працівників суду і правоохоронних органів та осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві» № 10 від 10.06.1999 р. [14] стан забезпечення безпеки цієї категорії осіб було названо незадовільним та таким, що не гарантує об'єктивного й неупередженого розгляду справ, захисту прав і свобод громадян, а також звернуто увагу судів на невідкладність створення належних умов щодо посилення захисту цих суб'єктів.

Виходячи з результатів аналізу норм чинного законодавства, зазначимо, що ініціаторами застосування заходів безпеки учасників кримінального судочинства можуть бути як самі його учасники, так і особи, в провадженні яких знаходиться кримінальна справа, а також оперативні підрозділи, за результатами діяльності яких відкрито кримінальне провадження.

Такі підстави можуть міститися як у матеріалах кримінальної справи, так і в матеріалах ОРД, що у визначеному порядку поступають особі, в провадженні якої перебуває кримінальна справа.

Одним із проблемних питань є визначення компетенції спеціальних підрозділів органів СБ України та внутрішніх справ із забезпечення безпеки учасників кримінального судочинства, членів їх сімей та близьких родичів, яка на сьогодні фактично не відповідає чинному законодавству й потребам практики та потребує визначення у правових актах України. У наукових джерелах з цього приводу слушно зазначається, що наділення спеціальних підрозділів, що здійснюють захист учасників кримінального судочинства, одночасно функціями ОРД та фізичного захисту цих осіб сприятиме своєчасному виявленню незаконного впливу на учасників кримінального процесу та його запобіганню, створенню належних умов для неупередженого роз-

гляду кримінальних справ, захисту прав людини у кримінальному судочинстві, прийняттю законних та обґрунтованих рішень у кримінальних справах.

Проблемним питанням на практиці є використання матеріалів ОРД як приводів та підстав для застосування заходів забезпечення безпеки щодо учасників кримінального судочинства, членів їх сімей та близьких родичів. За чинним законодавством, рішення про застосування заходів забезпечення безпеки учасників кримінального судочинства, членів їх сімей та близьких родичів може бути прийняте лише за наявності сукупності приводів та підстав органом, у провадженні якого перебуває кримінальна справа. Проте використання матеріалів ОРД як приводів та підстав для застосування зазначених заходів викликає певні труднощі у правозастосовному процесі через недосконале правове врегулювання цього питання [15].

Через неоднаковість викладення приводів для застосування заходів безпеки до учасників кримінального судочинства, членів їх сімей та близьких родичів у наведених нормах зазначених законодавчих актів на практиці постає питання: чи передбачає кримінально-процесуальний закон, на відміну від Закону України «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві», застосування заходів безпеки до учасників кримінального судочинства через такий привід, як отримання оперативно-розшукової інформації про наявність загрози життю, здоров'ю, житлу і майну осіб, зазначених у ч. 2 ст. 52¹ КПК, і чи може бути приводом для застосування заходів безпеки до цих осіб отримання уповноваженими органами, у провадженні яких перебуває кримінальна справа, оперативно-розшукової інформації та матеріалів ОРД, враховуючи те, що це різні за смисловим значенням поняття.

Даючи відповідь на це питання, слід виходити з того, що у ст. 10 Закону «Про оперативно-розшукову діяльність» зазначається, що матеріали ОРД використовуються для забезпечення безпеки працівників суду, правоохоронних органів та осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві, членів їх сімей та близьких

родичів (п. 4), й оперативно-розшукова інформація є змістом матеріалів ОРД як різновиду матеріально-фіксованих джерел, що виникають у процесі здійснення оперативно-розшукових заходів і містять відомості (інформацію) про ознаки злочину, осіб, які до нього причетні, а також інші дані, що сприяють його розкриттю та можуть бути використані для прийняття рішень у кримінальному процесі. Враховуючи це, у п. «в» ч. 2 ст. 20 Закону України «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві» слова «отримання оперативно та іншої інформації...» слід замінити словами «отримання матеріалів оперативно-розшукової діяльності та інших даних».

Аналіз ст. 52¹ чинного КПК України та ст. 20 Закону України «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві» свідчить про те, що підставами для вжиття заходів забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві, членів їх сімей та близьких родичів є дані, які свідчать про наявність реальної загрози їх життю, здоров'ю, житлу й майну, що може здійснюватися з метою: а) перешкоджання їх сприятно правосуддю; б) примушення цих осіб до припинення сприяння; в) помсти за вчинене сприяння. Про реальність такої загрози може свідчити сам факт існування злочинної організації, яка вчиняє злочин, чи готується до його вчинення й здатна до незаконного впливу на учасників кримінального судочинства шляхом вчинення щодо них та членів їх сімей і близьких родичів насильницьких дій.

Матеріали ОРД можуть бути використані як приводи для застосування заходів безпеки до учасників кримінального судочинства лише в тому випадку, коли в них містяться зазначені підстави — дані про наявність реальної загрози життю, здоров'ю, житлу чи майну осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві, членів їх сімей та близьких родичів [16].

Слід зазначити, що у новому КПК України 2012 р., який набуває чинності у листопаді 2012 р., на відміну від чинного КПК України (статті 52¹—52⁵), немає докладного викладу підстав та по-

рядку застосування заходів безпеки до учасників кримінального судочинства. У низці статей нового КПК України (статті 42, 43, 44, 46, 56, 58, 66, 68, 69, 71) зазначається, що кожен із учасників процесу має право заявляти клопотання про забезпечення безпеки щодо себе, членів своєї сім'ї, близьких родичів, майна, житла тощо. Проте, на яких підставах і у якому порядку, новий КПК України не визначає, й не містить навіть відсилочних норм до інших правових актів, які регламентують питання забезпечення безпеки учасників кримінального

судочинства, у тому числі й на підставі матеріалів ОРД, що, на наш погляд, потребує внесення змін та доповнень до нового КПК України.

Отже, удосконалення правового врегулювання питання забезпечення безпеки учасників кримінального судочинства у новому КПК України та узгодженість його норм з іншими правовими актами у цій сфері сприятиме підвищенню ефективності розслідування кримінальних справ про торгівлю, підвищить роль ОРД у забезпеченні інтересів кримінального судочинства.

ПРИМІТКИ

1. Закон України «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві» від 23.12.1993 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 11. — Ст. 51.
2. Закон України «Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів» від 23.12.1993 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 11. — Ст. 50.
3. Закон України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо вдосконалення відповідальності за торгівлю людьми та втягнення в заняття проституцією» від 12.01.2006 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2006. — № 17. — Ст. 147.
4. Щур Б. В. Тактика усунення протидії розслідуванню злочинів, що вчиняються організованими злочинними групами : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : 12.00.09 / Б. В. Щур ; Нац. юрид. акад. України імені Ярослава Мудрого. — Х., 2005. — С. 9.
5. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності : прийнята резолюцією 55/25 Генеральної Асамблеї від 15.11.2000 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://zakon.nau.ua/doc/?code=995_789.
6. Протокол про попередження і припинення торгівлі людьми, особливо жінками і дітьми, і покарання за неї, що доповнює Конвенцію Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності : прийнятий резолюцією 55/25 Генеральної Асамблеї від 15.11.2000 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_791.
7. Про порядок вирішення питання переселення в інше місце проживання, надання житла, матеріальної допомоги та працевлаштування осіб, взятих під державний захист : постанова Кабінету Міністрів України від 26.06.1995 р. № 457 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.rada.gov.ua>.
8. Про порядок фінансування заходів безпеки осіб, взятих під державний захист затвердженим спільним наказом Міністерства фінансів України, МВС та СБУ № 5/25/21/33/20 від 11.01.1996 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.licasoft.com.ua/index.php/component/lica/?href=0&view=text&base=1&id=411519&menu=278470>.
9. Про затвердження Положення про порядок придбання, видачі, обліку, зберігання та застосування вогнепальної зброї, боєприпасів до неї, спеціальних засобів індивідуального захисту працівниками судів і правоохоронних органів, а також особами, які беруть участь у кримінальному судочинстві : наказ МВС № 24 від 24.07.1996 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0556-96>.
10. Про створення у структурі міліції громадської безпеки спеціальних підрозділів для забезпечення безпеки працівників суду, правоохоронних органів, осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві : розпорядження Кабінету Міністрів України від 28.06.1997 р. № 335-р // Офіційний вісник України. — 1997. — № 27.
11. Про створення спеціальних підрозділів міліції для забезпечення безпеки працівників суду, правоохоронних органів, осіб, які беруть участь в кримінальному судочинстві, членів їх сімей та близьких родичів : наказ МВС України від 23.07.1997 р. № 467 // Офіційний вісник України. — 1997. — № 35.
12. Про затвердження Положення про спеціальний підрозділ судової міліції «Грифон» : наказ МВС України від 19.11.2003 р. № 1390 // Офіційний вісник України. — 2003. — Т. 2. — № 51. — Ст. 2725.

13. Про затвердження Інструкції про порядок здійснення заходів щодо забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві, в установах кримінально-виконавчої системи : наказ Державного департаменту з питань виконання покарань // Офіційний вісник України. — 2005. — № 21. — С. 164. — Ст. 1160.

14. Про застосування законодавства, що передбачає державний захист суддів, працівників суду і правоохоронних органів та осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві : постановою Пленуму Верховного Суду України № 10 від 10.06.1999 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/v0010700-99>.

15. Погорецький М. А. Функціональне призначення оперативно-розшукової діяльності у кримінальному процесі : монографія / М. А. Погорецький. — Х. : Арсіс ЛТД, 2007. — С. 452.

16. Там само. — С. 455.

Набруско Мария. Использование материалов оперативно-розыскной деятельности для обеспечения безопасности участников судопроизводства в уголовных делах о торговле людьми.

В статье на основании сравнительного анализа действующего и нового Криминально-процессуального кодекса Украины, а также материалов практики рассматриваются проблемные вопросы использования материалов оперативно-розыскной деятельности для обеспечения безопасности участников уголовного судопроизводства в уголовных делах о торговле людьми.

Ключевые слова: *торговля людьми, материалы оперативно-розыскной деятельности, меры безопасности, участники уголовного судопроизводства.*

Nabrusko Mariya. Use materials of operative and search activity for provision of safety participants of proceedings in criminal cases about trade people.

In article on the grounds of benchmark analysis acting and new Criminal procedural code of the Ukraine, as well as materials of practice are considered problem-solving questions of the use materials of operative and search activity for provision of safety participants of criminal proceedings in criminal cases about trade people.

Key words: *trade people, materials of operative and search activity, security measures, participants of criminal proceedings.*

УДК 393.98

Зоряна Топорецька,аспірантка кафедри правосуддя юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ПРИЗНАЧЕННЯ СУДОВИХ ЕКСПЕРТИЗ ПРИ РОЗСЛІДУВАННІ НЕЗАКОННОГО ЗАЙНЯТТЯ ГРАЛЬНИМ БІЗНЕСОМ*

У статті розглянуто експертизи, які найчастіше призначаються при розслідуванні зайняття гральним бізнесом, визначено завдання, які ставляться для вирішення цих експертиз. Встановлено, що найчастіше призначаються криміналістичні експертизи (почеркознавчі, технічні експертизи документів, трасологічні), експертизи комп'ютерної техніки і програмних продуктів (комп'ютерно-технічні); товарознавчі, економічні експертизи; судово-психіатричні.

Ключові слова: гральний бізнес, азартна гра, судова експертиза, розслідування злочинів.

При розслідуванні зайняття гральним бізнесом завжди виникає необхідність у призначенні судових експертиз, що пов'язано, перш за все, з тим, що гральний бізнес зазвичай здійснюється професійними і висококваліфікованими особами в галузі економіки, юриспруденції, а особливо — спеціалістами у сфері програмування, Інтернет-технологій, а також спеціалістами у сфері проведення азартних ігор та організації грального бізнесу, а тому при його вчиненні використовуються найновіші технічні засоби, обладнання, прогалини правового регулювання грального бізнесу.

Крім того, даний вид злочину є досить новим, що обумовлює відсутність необхідних теоретичних напрацювань та практичних навичок у слідчого. Знань слідчого зазвичай недостатньо для відмежування азартних ігор від інших комерційних ігор; визначення, чи є вилучені речі гральним обладнанням; які види азартних ігор дозволяє проводити вилучене обладнання та чи дозволяє воно робити ставку і видавати виграш тощо. У цьому випадку і виникає необхідність у отриманні висновку експерта, який має спеціальні знання, що дозволяють отримати відповідь на ці питання.

Дослідженню проблем використання спеціальних знань, у тому числі призначенню судових експертиз при розслідуванні злочинів присвячені роботи таких

вчених, як: Р. С. Белкін, В. Г. Гончаренко, Г. І. Грамович, Г. Г. Зуйков, Н. І. Клименко, М. В. Костицький, В. С. Кузьмічов, В. К. Лисиченко, В. Г. Лукашевич, В. О. Образцов, М. В. Салтевський, М. О. Селіванов та інших. Таким чином, для криміналістів проблема використання спеціальних знань завжди була актуальною.

Разом із тим, гральний бізнес є особливим видом злочину, який характеризується високою латентністю, часто пов'язаний з організованою злочинністю, яка носить транснаціональний характер, використанням найновіших комп'ютерних та інженерних технологій, зарубіжного досвіду, що вимагає відповідного рівня підготовки фахівців, які проводять розслідування цього злочину.

На сьогодні практично недослідженим є питання видів експертиз, які можуть призначатися при розслідуванні цього виду злочину, у зв'язку з чим у слідчих виникають проблеми, зокрема з визначенням виду експертиз, які повинні бути призначені для дослідження грального обладнання залежно від способу вчинення цього злочину.

Метою цієї статті є дослідження експертиз, які можуть призначатися при розслідуванні зайняття гральним бізнесом, визначення завдань таких експертиз та виділення окремих особливостей їх призначення з урахуванням норм прийнятого

* Рекомендовано до друку кафедрою правосуддя юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка.

Кримінального процесуального кодексу України 2012 р. (далі — КПК).

Призначення судової експертизи (статті 242—245 КПК України [1]) є основною процесуальною формою використання спеціальних знань при розслідуванні будь-якого злочину, оскільки надає найбільших можливостей у застосуванні науково-технічних досягнень для вирішення завдань кримінального судочинства.

На думку Н. І. Клименко, процесуальне законодавство, що регулює порядок призначення експертиз, потребує вдосконалення щодо передбачення можливості призначення конкурентної (альтернативної) експертизи з метою забезпечення змагальності судового процесу [2]. Дана проблема вирішена в КПК 2012 р. шляхом надання права будь-якій зі сторін звернутися з клопотанням про залучення експерта до слідчого судді, а також надання стороні захисту права самостійно залучати експертів на договірних засадах (ст. 243 КПК України). При цьому ч. 2 ст. 101 КПК України визначає, що кожна сторона кримінального провадження має право надати суду висновок експерта, який ґрунтується на його наукових, технічних або інших спеціальних знаннях.

Відповідно до ст. 242 КПК України експертиза проводиться експертом за зверненням сторони кримінального провадження або за дорученням слідчого судді чи суду, якщо для з'ясування обставин, що мають значення для кримінального провадження, необхідні спеціальні знання. Не допускається проведення експертизи для з'ясування питань права. Призначення експертизи обумовлюється ситуацією, коли іншими засобами доказування не вдається достовірно встановити окремі обставини злочину, що розслідується. Визначити таку необхідність у кожній конкретній ситуації повинен слідчий, прокурор, слідчий суддя чи суд, які вирішують питання про необхідність залучення судового експерта.

Експерт, на відміну від спеціаліста, який бере участь у проведенні слідчої дії під керівництвом слідчого, самостійно проводить дослідження і його результати оформлює у вигляді висновку, за який несе особисту відповідальність. Висновок експерта — це докладний опис проведених експертом досліджень та зроблені за їх результатами висновки,

обґрунтовані відповіді на запитання, поставлені особою, яка залучила експерта, або слідчим суддею чи судом, що доручив проведення експертизи. Висновок експерта як процесуальний документ є джерелом доказів і повинен відповідати певним вимогам, сформульованим у законі (статті 101, 102 КПК України).

Проведені нами емпіричні дослідження матеріалів 93 кримінальних справ про зайняття гральним бізнесом, вивчені дані Єдиного державного реєстру судових рішень, отримані в результаті анкетування слідчих, які проводили розслідування цих злочинів, свідчать, що при розслідуванні злочину зайняття гральним бізнесом найчастіше призначають криміналістичні експертизи: почеркознавчі; техніко-криміналістичні експертизи документів, трасологічні. Крім того, призначають також експертизи комп'ютерної техніки і програмних продуктів (комп'ютерно-технічні експертизи); товарознавчі, економічні експертизи; судово-психіатричні.

Експертиза комп'ютерної техніки та програмних продуктів (комп'ютерно-технічна експертиза) найчастіше призначається при зайнятті гральним бізнесом шляхом використання комп'ютерної техніки, доступу до мережі Інтернет: створення Інтернет-казино, Інтернет-клубів, інтерактивних гральних клубів або ж використання грального обладнання зі спеціальним програмним забезпеченням, встановлення на комп'ютерах спеціального програмного забезпечення тощо. У цьому випадку обов'язковою умовою для вчинення цього злочину є встановлення спеціального комп'ютерного обладнання, спеціального програмного забезпечення (ігрових програм), або ж встановлення зв'язку комп'ютерного обладнання з ігровими серверами в мережі Інтернет.

Зокрема комп'ютерно-технічна експертиза призначалася при розслідуванні справи № 1916/209/2012 про зайняття гральним бізнесом, коли особа організувала гральний заклад шляхом розміщення в ньому комп'ютерів із платіжною системою «Pay-Sys» та програмним забезпеченням «VIS-Games». При цьому, згідно з висновком комп'ютерно-технічної експертизи № 1-1429/11 від 01.12.2011 р. у даній справі, на жорстких дисках усіх системних блоків персональних комп'ютерів містилося ігрове програмне забезпечення «VIS-Games»,

тобто обладнання, яке давало можливість проводити азартні ігри, на підставі якого особу було визнано винною у вчиненні злочину та притягнуто до кримінальної відповідальності вироком Чортківського районного суду Тернопільської області від 31.01.2012 р. у справі № 1916/209/2012 [3].

При розслідуванні іншої кримінальної справи за допомогою комп'ютерно-технічної експертизи вдалося встановити, що гральні пристрої, переобладнані з гральних автоматів у ігрові атракціони, відрізняються лише відсутністю в схемі техніці купюроотримувача та купюровидавача, а також емуляції в програмному забезпеченні використання одиниці часу замість аналога грошей, що дозволило особі створити зал гральних автоматів [4].

Згідно з висновком експерта у кримінальній справі № 1-60/11 було встановлено, що на кожному жорсткому диску п'яти системних блоків встановлено програмне забезпечення, за допомогою якого здійснюється ігровий процес через глобальну систему Інтернет. Зміст текстових файлів у каталогах «igrosoft logs», «megajack logs», «ново-mus logs» свідчить про дату, час запуску та виходу з ігрових програм [5].

Основними завданнями експертизи комп'ютерної техніки і програмних продуктів є:

- встановлення технічного стану комп'ютерно-технічних засобів, наявності неліцензійних змін у технічному обладнанні чи програмному забезпеченні;
- виявлення інформації (відновлення вилученої), що міститься на комп'ютерних носіях, та визначення її цільового призначення;
- установлення характеристики програмного продукту та його віднесення до ігрових програм;
- встановлення змін у програмному забезпеченні, які дозволяють проводити азартні ігри;
- встановлення можливостей підключення комп'ютерно-технічних засобів до ігрових серверів чи мережі Інтернет з доступом до азартних ігор;
- установлення характеристик встановленого програмного забезпечення на предмет можливості проведення азартних ігор;
- визначення якісних змін характеристик комп'ютерного чи грального об-

ладнання, встановлення переробки, переобладнання з метою його використання в незаконній діяльності (передбачення можливості приймати гроші чи виплачувати виграш, встановлення забороненого програмного забезпечення тощо).

Товарознавчі експертизи зазвичай призначаються для дослідження грального обладнання, яке не містить у собі програмного забезпечення та не використовує комп'ютерних технологій (гральні столи, рулетки, фішки, гральний набір для покеру тощо).

Так, гральний бізнес характеризується своєю транскордонністю, його організатори співпрацюють з організаторами грального бізнесу за кордоном, отримують від них інформацію про нове гральне обладнання, яке раніше не використовувалося на території України. Слідчому самостійно складно встановити, чи є вилучене обладнання гральним обладнанням, чи дає воно можливість одночасно робити ставку, проводити гру та визначати її результат і виплачувати виграш, а також для якого виду азартних ігор воно може використовуватись, механізм його використання (механізм розіграшу, запланований розмір виграшу тощо). Для вирішення цих питань призначають товарознавчу експертизу. Проведення такої експертизи також дає можливість встановити виробника грального обладнання та/або постачальника, що в майбутньому дозволяє слідчому встановити осіб, які сприяли вчиненню злочину чи брали участь у його організації.

Головними завданнями товарознавчої експертизи є:

- визначення належності товарів до класифікаційних категорій, які прийняті у виробничо-торговельній сфері (вид, сорт, артикул, марка, модель, розмір, комплектність, визначення серійного номеру тощо);
- визначення якісних змін характеристик товарної продукції, встановлення переробки, переобладнання товару з метою його використання в незаконній діяльності (передбачення можливості приймати гроші чи виплачувати виграш);
- визначення причин якісних змін товарної продукції (мають виробничий характер, виникли при транспортуванні, зберіганні, незаконному переобладнанні у процесі експлуатації);
- установлення способу виробництва продукції: промисловий чи саморобний,

підприємства-виробника, країни-виробника;

— визначення виробника товару чи постачальника, перевірка законності нанесення серійних номерів, клейма чи інших маркувань, які дають можливість його ідентифікувати.

При зайнятті гральним бізнесом, як і будь-яким видом господарської діяльності, обов'язково ведеться бухгалтерський облік здійснюваних операцій та фіксуються результати такої діяльності. *Економічна експертиза* призначається, коли для вирішення певних завдань розслідування, де потрібні спеціальні економічні знання. Вона призначається для дослідження документів бухгалтерського, податкового обліку і звітності; дослідження документів про економічну діяльність підприємств і організацій, дослідження документів обліку господарських операцій [6]. Економічна експертиза при розслідуванні зайняття гральним бізнесом дозволяє також встановити розмір отриманих прибутків від такої незаконної діяльності, що може вплинути на тяжкість призначеного покарання, також така експертиза дозволяє встановити спосіб приховування зайняття гральним бізнесом та під яку господарську діяльність здійснювалося його маскуванню (яким чином проводився бухгалтерський облік зроблених ставок та виплачених виграшів).

Головними завданнями дослідження документів бухгалтерського, податкового обліку і звітності є:

— встановлення документальної обґрунтованості оформлення операцій з одержання, зберігання, виготовлення, реалізації товарно-матеріальних цінностей, в тому числі грошових, надання послуг з метою виявлення факту приховування зайняття гральним бізнесом та заміни його іншими законними господарськими операціями;

— встановлення документальної обґрунтованості відображення в обліку грошових коштів, витрат;

— встановлення способу відображення в обліку операцій щодо прийняття грошових коштів у вигляді ставок та обліку видачі коштів у вигляді виграшів;

— встановлення недоліків у організації бухгалтерського обліку, які вказують на неправдивість, неправильність чи необґрунтованість відображених бухгалтерських операцій та свідчать про те, що

насправді проводилися інші бухгалтерські операції, ніж ті, що відображенні в бухгалтерському та податковому обліку.

Техніко-криміналістична експертиза документів призначається для встановлення ознак підробки документа, встановлення дійсного змісту пошкодженого чи знищеного документа тощо, оскільки при зайнятті гральним бізнесом злочинці часто намагаються знищити всі документальні докази здійснення незаконної діяльності.

Завданнями експертизи є:

— встановлення фактів і способів внесення змін до документів (підчистка, травлення, дописка, переклеювання фотокарток, літер тощо) та виявлення їх первинного змісту;

— виявлення залитих, замазаних, вицвілих та інших слабо видимих або невидимих текстів (зображень) на різних матеріалах, а також текстів (зображень) на обгорілих та згорілих документах за умови, що папір, на якому вони зображені, не перетворився на попіл;

— встановлення виду та ідентифікація приладів письма за штрихами; визначення відносної давності виконання документа або його фрагментів, а також послідовності нанесення штрихів, що перетинаються;

— встановлення цілого за частинами документа; встановлення документа, виготовленого шляхом монтажу із застосуванням копіювально-розмножувальної та комп'ютерної техніки;

— ідентифікація особи, яка надрукувала машинописний текст, виготовила зображення відтиску печатки за особливостями навичок виконавця.

Дуже часто злочинці намагаються знищити сліди грального бізнесу, знищити документи, які свідчать про цю заборонену господарську діяльність або ж замаскувати цю діяльність під законний вид діяльності, для чого підробляють бухгалтерські документи, господарські договори чи знищують дійсну документацію. Технічна експертиза документів дозволяє відновити втрачену інформацію та використати її в процесі розслідування кримінальної справи та доказування винуватості особи у вчиненні цього злочину.

Трасологічна експертиза призначається за наявності вилучених на місці події слідів, які свідчать про подію злочину чи особу злочинця. Зайняття гральним бізнесом, як і вчинення будь-якого

іншого злочину залишає сліди, дослідження яких дозволяє встановити механізм вчинення злочину, особу злочинця та отримати іншу важливу для слідчого інформацію для подальшого розслідування. Головними завданнями трасологічної експертизи є ідентифікація або визначення родової (групової) належності індивідуально визначених об'єктів за матеріально-фіксованими слідами-відображеннями їх слідоутворювальних поверхонь; діагностика (установлення властивостей, станів) об'єктів; ситуаційні завдання (установлення механізму слідоутворення тощо).

Перед трасологічною експертизою можуть ставитись питання про наявність на предметах обстановки місця події слідів взаємодії з іншими предметами, придатність цих слідів для ідентифікації або про наявність у цих слідах ознак, що орієнтують на пошук зазначених об'єктів. Виявлені сліди дають інформацію про спосіб вчинення злочину та особу злочинця.

Почеркознавча експертиза при розслідуванні зайняття гральним бізнесом призначається для ідентифікації виконавця рукописного тексту і підпису, коли необхідно встановити виконавця конкретного документа та за чийм підписом виконаний документ. Цією експертизою вирішуються і деякі неідентифікаційні завдання (установлення факту виконання рукопису в незвичних умовах або в незвичайному стані виконавця, навмисно зміненим почерком, з наслідуванням (імітацією) почерку іншої особи, визначення статі виконавця, а також належності його до певної вікової групи тощо).

Проведення такої експертизи необхідно для встановлення особи організатора грального бізнесу, якщо злочин вчинявся групою осіб, для встановлення особи, яка вчиняла всі організаційні дії для відкриття грального закладу, підписувала необхідну документацію та керувала бізнесом. Проведення такої експертизи також дозволяє встановити зв'язки окремо виявленого грального закладу і його організатора з іншими гральними закладами, дослідивши підписи на документах, почерк на складених у різних закладах документах, а також встановити, чи не оформлялася вся документація на підставну особу і чи не було підроблення її підписів у документах. Так, зокрема, при розслідуванні кримінальної справи

№ 0304/557/12 за допомогою почеркознавчої експертизи змогли встановити, що зошит приймання-передачі готівки з рукописним записом «Забрав — 1000» і підписом є виконаними підсудним, що в сукупності з іншими доказами дозволило визнати його винним у організації залу гральних автоматів, проведенні азартних ігор та, відповідно, зайнятті гральним бізнесом [7].

Оскільки азартні ігри мають здатність формувати стійку психічну залежність у гравців — «лудоманію», яка визнана Всесвітньою організацією охорони здоров'я психічною хворобою з присвоєнням їй міжнародного коду F63.0 і віднесена до розладів звичок та потягів, необхідне призначення судово-психіатричної експертизи.

Судово-психіатрична експертиза встановлює, чи існує в гравця психічна хвороба, спричинена азартними іграми — залежність від азартних ігор (лудоманія) і чи вплинула вона на його участь в азартних іграх або ж вчинення ним інших злочинів.

Завданнями судово-психіатричної експертизи є: встановлення наявності у гравця психічної залежності від азартних ігор; встановлення ступеня залежності від азартних ігор у гравця і його можливості керувати своїми діями.

Призначення вказаної експертизи є необхідним при розслідуванні зайняття гральним бізнесом для встановлення обставин, які впливають на тяжкість призначеного покарання (зокрема у випадку наявності значної кількості гравців — «лудоманів» чи у випадку встановлення участі в азартних іграх неповнолітніх гравців), так і у випадку розслідування злочинів, вчинених гравцями, як правило, з метою продовження гри (крадіжок, грабежів, розбоїв, шахрайства тощо).

Отже, при розслідуванні зайняття гральним бізнесом виникає низка питань, вирішення яких вимагає призначення судових експертиз. Результати судових експертиз дозволяють отримати більше інформації про злочин, коли знань слідчого недостатньо, і дають можливість прийняти правильне і обґрунтоване рішення про винуватість підозрюваного у вчиненні злочину, спосіб його вчинення та приховування, а також іншу необхідну та важливу для процесу доказування інформацію.

ПРИМІТКИ

1. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 р. № 4651-VI [не набрав чинності] // Голос України. — 2012. — № 90—91.
2. Клименко Н. І. Щодо інституту конкурентної (альтернативної) експертизи / Н. І. Клименко // Теорія і практика судової експертизи. — 2011. — № 11. — С. 211—216.
3. Вирок Чортківського районного суду Тернопільської області від 31.01.2012 р. у справі № 1916/209/2012 [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень України. — Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/21394627>.
4. Вирок Камінь-Каширського районного суду Волинської області від 31.05.2012 р. у справі № 1/0304/41/12 [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень України. — Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/24384136>.
5. Вирок Томашпільського районного суду Вінницької області від 11.04.2011 р. у справі № 1-60/11 [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень України. — Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/15036050>.
6. Дондик Н. Я. Використання спеціальних бухгалтерських знань при розслідуванні економічних злочинів : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність» / Н. Я. Дондик. — Х., 2006. — 20 с.
7. Вирок Камінь-Каширського районного суду Волинської області від 31.05.2012 р. у справі № 1/0304/41/12 [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень України. — Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/24384136>.

Топорецкая Зоряна. Назначение судебных экспертиз при расследовании незаконного занятия игорным бизнесом.

В статье рассмотрены экспертизы, которые чаще всего назначаются при расследовании занятия игорным бизнесом, определены задачи, которые ставятся для разрешения этих экспертиз. Установлено, что чаще всего назначаются криминалистические экспертизы (почерковедческая, технические экспертизы документов, трассологические), экспертизы компьютерной техники и программных продуктов (компьютерно-технические); товароведческие, экономические экспертизы; судебно-психиатрические.

Ключевые слова: игорный бизнес, азартная игра, судебная экспертиза, расследование преступлений.

Toporetska Zoriana. Appointment of legal expertise in the investigation of illegal gambling activities.

The article deals with expertise, which are often assigned during the investigation of gambling activities, set objectives that are put on the resolution of these examinations. Found that the most frequently assigned forensic examination (handwriting, technical examination of documents, investigative), examination of computer equipment and software (computer-technical expertise), merchandising, economic expertise, forensic psychiatry.

Key words: gambling, gamble, forensics, investigation of crimes.

УДК 342.56

Михайло Смокович,

кандидат юридичних наук,

суддя Вищого адміністративного суду України,

секретар Пленуму Вищого адміністративного суду України

СУДОВА ВЛАДА: МІСЦЕ В СУСПІЛЬСТВІ ТА СУДОВИЙ КОНТРОЛЬ

Стаття присвячена дослідженню проблем поділу влади в державі та визначення місця судової влади в суспільстві з її функціональним призначенням щодо судового контролю через здійснення правосуддя. Шляхом аналізу наукових поглядів дослідженням встановлено, що судова влада повинна бути відокремлена від інших гілок влади та бути над ними. Також доведено, що судова влада може здійснювати контроль лише під час здійснення правосуддя.

Ключові слова: незалежність суду, правосуддя, судова влада, судовий контроль, функція судової влади.

Державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову (ч. 1 ст. 6 Конституції України).

Поділ державної влади є структурною диференціацією трьох рівнозначних основних функцій держави: законодавчої, виконавчої, судової. Він відображає функціональну визначеність кожного з державних органів, передбачає не тільки розмежування їх повноважень, а й їх взаємодію, систему взаємних стримувань і противаг, які мають на меті забезпечення співробітництва як єдиної державної влади [1].

Такий поділ державної влади зазвичай має місце у більшості демократичних держав світу. Однак, на наш погляд, цей поділ не завжди забезпечує незалежне виконання своїх повноважень цими гілками влади, особливо судовою. Віднесення судової влади до державної влади як її складової викликає сумнів у незалежності цієї влади від держави, яка управляє суспільством та досить часто є стороною у судових спорах. Тому слід відкинути можливість існування судової влади як складової державної влади як не сумісних для з'єднання двох взаємовиключних понять. Судова влада, функція якої проявляється лише у здійсненні правосуддя, не може співпрацювати з іншими гілками влади, тим більше останні не можуть стримувати судову владу у ви-

конанні своєї функції щодо здійснення правосуддя. Отже, з метою забезпечення права на незалежний суд (у тому числі від інших гілок влади) слід визначити місце судової влади у суспільстві.

Метою цієї статті є дослідження місця судової влади в суспільстві (у державі) та здійснення нею судового контролю, а також розкриття сутності цих правових явищ.

Місце судової влади в суспільстві

Державна влада є спроможністю суб'єкта (держави) забезпечити підлеглість об'єкта (суспільства) своїм намірам. Разом із тим, держава управляє суспільством, але з метою забезпечення інтересів останнього. Тому державна влада відрізняється багатofункціональністю. Розподіл єдиної державної влади на законодавчу, виконавчу та судову гілки обумовлений не тільки створенням противаг, які повинні не допустити узурпації влади однією з її гілок, а й забезпеченням реалізації різних державних функцій. Ефективність такої реалізації може бути досягнута лише за чіткого розподілу функціональних обов'язків між ними.

Першим, хто розмежував владу будь-якої держави на законодавчу, виконавчу і судову, був Арістотель. Займаючись обґрунтуванням державного механізму, він для більш зручного вивчення існую-

чих державних інститутів і держави в цілому виділяв «три частини» державних органів. Водночас Арістотель говорив лише про поділ державних органів, розмежування у його роботах проведено досить умовно, при цьому взаємозв'язок цих трьох державних органів не визначається [2]. Однак невизначення Арістотелем взаємозв'язку між законодавчою, виконавчою та судовою владою означає, що він не бачив цього взаємозв'язку, тобто вважав, що цього взаємозв'язку не повинно бути взагалі, оскільки ці гілки влади повинні здійснювати свої повноваження незалежно одна від одної, а тому й функціонувати незалежно.

Активним прихильником аналізованої концепції, що помітно її збагатив та сприяв її популяризації, цілком обґрунтовано вважають відомого французького просвітника, правознавця і філософа Ш. Л. Монтеск'є. У своєму творі «Про дух законів» (1748 р.) він писав: «Коли тій самій особі або тому самому складу посадових осіб надані разом законодавча і виконавча влада, тоді немає свободи, тому що можна побоюватися, що монарх або сенат будуть створювати тиранічні закони, щоб тиранічно виконувати їх. Немає також свободи, якщо судова влада не відділена від законодавчої і виконавчої. Якби вона була поєднана з виконавчою владою, суддя володів би достатньою силою, щоб зробитися гнобителем. Усе було б загублено, якби та сама людина або корпорація високопоставлених осіб, або стан дворян, або, нарешті, весь народ здійснювали б всі три види влади: владу створювати закони, владу приводити їх у виконання і владу судити злочини і позови приватних осіб» [3].

Отже, Ш. Л. Монтеск'є, виділяючи три види влади, на наш погляд, вказує на те, що в державі не може бути однієї державної влади, поділеної на три підвлади (гілки), а повинно бути три окремих гілки влади, відокремлених одна від одної, в усякому разі відокремленою повинна бути судова влада, оскільки в протилежному разі матиме місце ущемлення свобод людини. Вважаємо, що будь-яке ущемлення свобод означає їх відсутність у суспільстві, тобто наскільки значущим є відокремлення судової влади від інших видів влад.

Водночас Г. В. Гегель зазначав, що гілки влади повинні бути поділені на законодавчу, виконавчу та судову таким чином, щоб перебувати в постійному взаємозв'язку та взаємодії і, крім того, кожна з них має бути системним утворенням [4].

На відміну від Ш. Л. Монтеск'є, що розглядав судову владу як засіб стримування законодавчої і виконавчої влади від крайностей, Ж.-Ж. Руссо у своїй основній праці «Про суспільний договір...» (1762 р.) значно повніше розкрив спектр їхніх взаємин. Зокрема Руссо одним із перших визначив функціональну роль суду як гаранта недоторканості свободи людини. Він писав про право арештованого на оскарження в суді застосованого до нього арешту, про повноваження суду перевірити обґрунтованість обмеження свободи людини тощо [5].

На наш погляд, Ж.-Ж. Руссо таким визначенням ролі суду правильно ставить судову владу вище за інші гілки влади. Вважаємо, що судова влада як гарант забезпечення прав і свобод людини в суспільстві перебуває над законодавчою та виконавчою владою, оскільки діяльність останніх контролюється судами. Такий підхід повинен мати місце у будь-якій демократичній державі, у тому числі й в Україні.

Характерно, що прибічники концепції поділу влади часто посилаються на конституційний досвід США. Відомий конституціоналіст професор Ч. Райз зауважував: «Поділ влади є не зовсім точним терміном для опису американської конституційної моделі. Автори американської конституції насправді створили форму державного правління не з «поділом влади», а радше з відокремленими один від одного владними інститутами — президентом, законодавчим органом і судом» [6]. На наш погляд, така побудова демократичної держави є найбільш досконалою і повинна бути уніфікована та запроваджена у всіх демократичних країнах, що насамперед забезпечить незалежність судової влади від держави, звідси є похідним забезпечення права людини на незалежний суд, у тому числі й від держави як органу, який управляє суспільством. Такий підхід в Україні щодо відокремлення гілок

влади одна від одної, особливо судової, повинна взяти на озброєння Конституційна Асамблея, утворена Указом Президента України від 17.05.2012 р. № 328/2012 «Про Конституційну Асамблею», яка є спеціальним допоміжним органом при Президенті України, утвореним з метою підготовки законопроекту (законопроектів) про внесення змін до Конституції України [7].

Вважаємо, що важливим у реформі конституційного права в Україні є конституційне врегулювання про повне відокремлення судової влади від інших видів влади та встановлення її над законодавчою та виконавчою владою. Разом із цим необхідно зауважити, що відокремлення судової влади від інших гілок влади не означає, що судова влада є автономним арбітром за межами України. Судова влада повинна бути окремою владою в державі Україна, а не владою в системі органів державного управління або гілкою державної влади, якою вона є нині. На наш погляд, судова влада не може бути державною з точки зору перебування в системі органів державної влади — її місце в українському суспільстві за межами цієї державної машини, суд не може бути колесом чи двигуном у цій машині. Тільки врегулювання на конституційному рівні зазначених пропозицій та їх втілення у вітчизняне законодавство з відповідним реформуванням судової системи викличе довіру громадян до судової влади та буде реальним кроком у напрямі забезпечення реалізації права на незалежний суд в Україні.

Крім того, відокремлення судової влади від системи органів державної влади дасть можливість судам більш ефективно здійснювати судовий контроль, у тому числі у сфері державного управління, тобто виконувати свої функції щодо здійснення правосуддя.

Судовий контроль через здійснення правосуддя

Принцип відокремлення гілок влади одна від одної дозволяє диференційовано підходити до різних функцій державної влади. За загальним правилом, кожній функції відповідає певна чисельність частин державності, кожній частині —

функція. При цьому можлива ситуація, коли одній функції відповідають декілька частин, тоді як одній частині — декілька функцій. Це свідчить на користь того, що одна функція розподілена між декількома різними частинами або одна частина виконує декілька функцій. Однак в ідеалі тут має місце тенденція до однакового співвідношення (одна функція — одна частина).

Термін «функція» (лат. *functio* — виконання) означає обов'язок, коло діяльності, призначення. «Функція — це існування, уявне нами в дійсності» (Гете) [8]. Взагалі ж зміст цього поняття відрізняється своєю багатогранністю, оскільки знаходить застосування у багатьох галузях знань (медицина, математика, біологія тощо). Для юриспруденції, на нашу думку, більш прийнятним убачається розглядати таку функцію як «роль, яку певний соціальний інститут або соціальний процес виконує щодо потреб суспільної системи більш високого рівня організації або інтересів класів, які її складають, соціальних груп та індивідів» [9].

Щодо роз'яснення терміна «функція» в контексті судової діяльності не слід стверджувати, що це питання залишається сьогодні поза увагою юристів, але не можна сказати й того, що названа проблема знайшла своє остаточне розв'язання.

Насамперед, складність її розв'язання обумовлена різними або неоднозначними підходами дослідників. Д. В. Філін, наприклад, функцію суду розглядає як «інтегральне утворення, яке породжується сукупністю взаємопов'язаних між собою елементів процесуальної діяльності» [10]. М. М. Куцин вважає, що функція суду — це «соціальне призначення суду як органу державної влади, що виражається й конкретизується у компетенції суду, закріплених за судовим органом правах і обов'язках» [11]. І. Сидоров, розкриваючи систему функцій судів загальної юрисдикції, визначає її як «структуровану сукупність взаємопов'язаних і взаємообумовлених напрямків, видів і форм діяльності судів загальної юрисдикції з метою вирішення правових конфліктів, спорів у галузі цивільного, господарського, адміністративного та кримінального судочинства» [12].

Виходячи із зазначених підходів до

формування поняття, вважаємо, що функцію суду слід визначати як напрям діяльності, що здійснюється з метою реалізації повноважень суду виключно судами на підставі, у межах та в порядку, які передбачені Конституцією та законами України.

Наведене методологічне положення дає підставу дослідникам судової влади визначити її як поліфункціональний феномен або як монофункціональне владне утворення. Разом із тим, серед прихильників поліфункціональності судової діяльності немає єдності у визначенні кількості та найменування функцій судової влади. Слід зазначити, що недостатність досліджень судового контролю в теорії оперативно-розшукової діяльності визначає доцільність розгляду передового досвіду, певних підходів, визнаних у теорії кримінального судочинства. Так, В. Т. Білоус та В. В. Молдован зауважують: «Судова влада реалізується через такі повноваження: здійснення правосуддя; конституційний контроль; контроль за додержанням законності та обґрунтованості рішень і дій державних органів та посадових осіб; формування органів суддівського самоврядування; роз'яснення судам загальної юрисдикції актів застосування законодавства; утворення державної судової адміністрації» [13].

Наприклад, С. Г. Штогун висвітлює такі функції судової влади за основними напрямками її діяльності: 1) функцію правосуддя; 2) конституційний контроль; 3) контрольну функцію; 4) дозвільну функцію; 5) організаційну функцію; 6) кадрову функцію; 7) інформаційно-статистичну функцію; 8) роз'яснювальну функцію; 9) функцію обрання міри запобіжного заходу у вигляді арешту; 10) функцію звільнення від покарання та направлення для відбуття покарання; 11) функцію звернення до виконання рішення суду і контролю за його виконанням [14].

С. М. Тимченко, аналізуючи положення законодавчих актів, визначає судову владу як самостійну і незалежну гілку державної влади, що створена для вирішення на основі закону соціальних конфліктів між державою і громадянами, самими громадянами, юридичними особами; контролю за конституційністю

законів; захисту прав громадян у їхніх взаємовідносинах з органами виконавчої влади і посадовими особами; контролю за дотриманням прав громадян при розслідуванні злочинів і проведенні оперативно-розшукової діяльності; встановлення найбільш значущих юридичних фактів [15]. В. Ф. Погорілко стверджував, що функції судової влади не обмежуються лише функціями правосуддя. Вони є багатовимірними, різноманітними, тому слід говорити про множинність цих функцій [16]. Якщо враховувати те, що саме через повноваження реалізуються функції судової влади, то можна констатувати: перелік цих функцій не є вичерпним і остаточним, тому що з розвитком демократичного суспільства судова влада може бути наділена й іншими функціями. Однак у цьому висновку, на наш погляд, не проведено відмінності між функціональним призначенням судової влади та її іншими повноваженнями.

Вітчизняна правова наука, як правило, виділяє дві основні функції судової влади — правосуддя і контроль. Разом із тим, Д. Притика вважає, що основною її функцією є здійснення правосуддя, яке є видом державної діяльності, що реалізується у формі розгляду та розв'язання соціальних спорів та конфліктів, пов'язаних з порушенням норм права, а іноді — з обов'язковим їх тлумаченням, створення правотворчих прецедентів судами, виконання контрольних та деяких інших (визначення юридичних фактів) повноважень [17]. Звичайно, на перший погляд, з такою думкою важко погодитися, і вона є неприйнятною для функціонування судової влади в Україні, тому що функцію тлумачення правових норм, функцію створення правотворчих прецедентів та контрольну функцію судової влади не можна об'єднати разом із функцією правосуддя. Адже згадані науковці вказують, що правосуддя можна визначити як діяльність суду, здійснювану у формі цивільного, адміністративного, кримінального, господарського та конституційного судочинства, яка відбувається у встановлених законом процесуальних формах у судових засіданнях за участю сторін й інших учасників процесу, полягає у встановленні фактичних обставин справи та з'ясуванні істини за

розглянутою справою шляхом дослідження доказів та закінчується ухваленням рішення у справі із застосуванням норм відповідного матеріального закону.

Однак, на наш погляд, функцією судової влади є лише здійснення правосуддя. Про це говорить сама природа створення суду, оскільки як зовнішньою, так і внутрішньою сутністю суду завжди є здійснення лише правосуддя відповідно до процесуального законодавства. Усі інші повноваження судів, які не пов'язані з функцією правосуддя, є управлінськими. Такий висновок випливає із ст. 124 Конституції України, ч. 1 якої, зокрема, встановлено, що правосуддя в Україні здійснюється виключно судами. Делегування функцій судів, а також привласнення цих функцій іншими органами чи посадовими особами не допускається. Крім того, ч. 3 цієї статті встановлено, що судочинство здійснюється Конституційним Судом України та судами загальної юрисдикції [18]. Тобто й Конституція України наділяє суди лише функцією щодо здійснення правосуддя, через яке суди проводять судовий контроль у будь-якій сфері правовідносин.

Водночас відповідно до ч. 2 ст. 124 Конституції України юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі. Зміст зазначеної конституційної норми, на перший погляд, підтверджує думку, що судовій владі властиво мати низку функцій. Якщо виходити з того, що саме повноваження є засобом реалізації цих функцій, то при визначенні їх переліку слід виходити саме з конституційного положення — юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі. І коли врахувати, що термін «юрисдикція» (лат. *jurisdiktio* (*juris* — право, *diktio* — проголошую) трактується як правова сфера, на яку поширюються повноваження кого-, чого-небудь, то бачимо, що Основний Закон не дає чіткого переліку повноважень судової влади, а поширює їх на всі правовідносини у державі. Однак слід зауважити, що конституційне поширення юрисдикції суду на всі правовідносини, що виникають у державі, не означає, що суди можуть у інший спосіб, ніж через здійснення правосуддя, впливати на ці правовідносини.

В. В. Андреевський пропонує також розглядати процесуальний інститут судового контролю як складову частину матеріального судового захисту, характеризуючи його тим, що велика сила не обмеженої обвинувальної влади поступово стримується шляхом покладання на неї обов'язків та надання права застосувати повноваження захисту [19]. Водночас В. А. Лазарева, беручи за підставу тезу, що судовою владою може бути визначена як «виключне владне повноваження вирішувати конфлікти правового характеру, які виникають у суспільстві», вважає єдиною формою реалізації судової влади правосуддя [20].

На думку М. Ковтуна, судовий контроль — це особлива (самостійна) форма здійснення правосуддя [21]. Науковець розвиває позицію В. П. Нажимова, який, досліджуючи сутність та зміст цього виду судової діяльності, дійшов висновку, що фактично ми маємо справу не стільки із самостійною контрольною функцією суду, скільки з новим засобом здійснення правосуддя, який потребує свого законодавчого закріплення [22]. Правосуддя може бути диференційовано не тільки на загальному рівні (як цивільне, адміністративне, кримінальне, господарське та конституційне), а й на рівні особливому та одиничному.

За думкою С. М. Тимченка, правосуддя — це один із напрямів правоохоронної діяльності, одне з найважливіших повноважень, здійснення яких пов'язане з функціонуванням судової влади. Правосуддю відведене провідне місце у здійсненні правоохоронної діяльності, що, першою чергою, обумовлено покладеними на нього, як на основну форму реалізації судової влади, державою завданнями. Під правосуддям розуміється діяльність судів із розгляду і вирішення судових справ. На відміну від правосуддя, судовою владою — це право судових органів, яким вони наділені за законом, можливість здійснювати широкі юрисдикційні повноваження; правовий статус судів як органів державної влади. Поняття судової влади є значно ширшим за правосуддя, тому що судовою владою виявляється у багатьох інших діях суду. Так, наприклад, усі суди і судові структури зобов'язані узагальнювати судову

практику й аналізувати судову статистику. Голови всіх судів вносять до державних органів, установ, організацій, посадовим особам подання про усунення порушень закону, причин і умов, що сприяли скоєнню правопорушень. Ці акти зобов'язують тих, кому вони призначені, вживати необхідних заходів з усунення зазначених порушень [23].

Зазначене не тільки практично унеможлиблює встановлення чіткого і остаточного переліку функцій судової влади, а й підтверджує тезу про те, що судова влада у процесі трансформації суспільства може як набувати нових функцій, так і позбавлятися не властивих їй функцій. М. О. Колоколов вказує, що, здійснюючи правосуддя, суд, першою чергою, виконує процесуальну функцію вирішення справи по суті, що являє собою головне його призначення. Проте вирішення справи — це підсумок судового розгляду, а судово-контрольна діяльність, яку ми розглядаємо, завжди відокремлена від етапу, на якому здійснюється правосуддя. Автор стверджує, що ані за характером здійснюваних процесуально-правових дій, ані за прийнятими рішеннями судовий контроль не пов'язаний з вирішенням справи по суті. Виходячи з цього, можна зробити висновок: судовий контроль не може бути складовою частиною правосуддя у класичному розумінні цього слова, адже він виступає специфічною й самостійною функцією судової влади [24].

Викликає інтерес точка зору Н. М. Чепурної, яка розглядає контрольну функцію як одну із функцій держави, що здійснюється практично всіма органами державної влади у властивих їм формах, у тому числі владою судовою [25].

Контроль, з одного боку, є елементом функції державного управління, а з іншого — самостійною, функціонально відокремленою діяльністю. Щодо функцій держави контроль є функцією супровідною, допоміжною, вторинною і водночас — об'єктивно необхідною.

Вважаючи обґрунтованою позицію щодо реалізації судовою владою, нарівні з правосуддям, функції судового контролю, необхідно звернути увагу на те, що контрольна функція, на відміну від правосуддя, не є її специфічною функцією.

Вона властива всім органам державної влади і, по суті, її можна назвати універсальною функцією держави, яка здійснюється Президентом України, законодавчою, виконавчою й судовою владою. Особливість судового контролю як однієї з форм здійснення контрольної діяльності та реалізації контрольної функції держави, на відміну від здійснення правосуддя, полягає в публічно-правовому характері суспільних відносин, що підлягають судовому контролю, оскільки суд контролює діяльність державних органів.

Сутнісним змістом контрольної діяльності при здійсненні судового контролю є те, що суд перевіряє правильність дій або обґрунтованість бездіяльності органів та посадових осіб. Якщо буде встановлено, що було порушено законодавство, суд або приймає рішення, яке зобов'язує діяти в порядку, встановленому законом, або виконує роль «негативного законодавця», скасовуючи незаконні акти. Це одна з найголовніших особливостей судового контролю, що відрізняє його від контрольної діяльності інших державних органів. Говорячи про інші особливості судового контролю, необхідно зазначити, що вони безпосередньо визначаються його характером. Специфіка судового контролю полягає в тому, що ініціатором звернення до суду є громадянин або орган державної влади, а сам суд, навіть за очевидності порушень, не має права ініціювати порушення судової справи. Це, взагалі, властиво функціонуванню судової влади.

Судовий контроль — це самостійна правова форма здійснення судової влади. При здійсненні судового контролю встановлюється один основний факт — чи є законною дія (бездіяльність) або акт відповідного органу, посадової особи. Під час здійснення правосуддя також існує можливість встановлення інших юридичних фактів.

Оскільки сфера здійснення судового контролю останнім часом охоплює практично всі аспекти суспільного життя, формування державної й публічної влади, соціального й державного управління, судовий контроль можна та необхідно розглядати як специфічну правову форму здійснення державно-владних повнова-

жень, яка має своє соціальне покликання й функціональне значення [26].

Водночас правосуддя в юридичній науці визначають як форму державної діяльності, яка полягає в розгляді та вирішенні судом віднесених до його компетенції справ — про кримінальні злочини, цивільні спори тощо [27]. Тоді як діяльність судів з розгляду скарг на дії, бездіяльність або рішення суб'єктів кримінального процесу, власне, навряд чи є правосуддям у класичному розумінні, оскільки в межах такого провадження суд не розглядає справу, яку віднесено до його компетенції, по суті, а лише вирішує питання щодо відповідності закону тієї чи іншої дії, того чи іншого рішення, які самі по собі є лише складовою кримінального провадження. Однак, на нашу думку, їх розгляд також є правосуддям.

Із зазначених позицій уявляється найбільш вдалою визначення судового контролю, сформульоване В. Горшенювим та І. Шаховим: «Судовий контроль є однією з форм контролю державного, який виражається в безпосередній перевірці законності й обґрунтованості індивідуальних правових актів і дій посадових осіб органів управління, що може мати супутній характер, якщо при розгляді судом адміністративних справ виявляються факти порушення законності у сфері державного управління» [28]. Слід також зазначити, що фактично контрольні функції виконують також і суди апеляційної та касаційної інстанцій при перевірці вироків та постанов (ухвал) нижчих судів, однак ці перевірки — фактично стадії судового розгляду справи, а отже, реалізації механізму правосуддя.

Отже, не погоджуючись з тим, що судовий контроль не є правосуддям, необхідно, у свою чергу, погодитися і з тим, що окремо від правосуддя функція судового контролю не є конституційною. Тому висновок М. Рубаценка про те, що контрольні функції суду хоч і існують, але фактично не здобули легального визначення, якоюсь мірою уявляється обґрунтованим [29]. Проте оскільки на сьогодні відсутнє таке визначення судового контролю, відсутня єдина точка зору науковців щодо правової природи та сутності цієї діяльності суду, його можна роз-

глядати як складову судочинства. Крім того, намагання від'єднати правосуддя від судового контролю є утопічним, оскільки не може бути судового контролю без правосуддя. Не має суд повноважень здійснювати якісь контрольні функції за межами правосуддя. Водночас слід зазначити, що суди мають інші повноваження щодо забезпечення їхньої діяльності, у тому числі й забезпечення належного здійснення правосуддя, але ці повноваження є управлінськими і не належать до функцій судової влади, яка за своєю природою має здійснювати лише правосуддя. Адже суд з власної ініціативи не може вчиняти будь-який контроль чи нагляд. Суд може перевіряти правомірність діяльності суб'єктів спірних правовідносин лише після звернення до суду з відповідною скаргою, заявою, позовною заявою, конституційним поданням або зверненням, направленим кримінальної чи адміністративної справи, розглядаючи які суд включає свої владні важелі контролю з метою встановити істину в справі та прийняти справедливе рішення. Лише ухваленням судового рішення у справі, яке є результатом судового контролю, суд може впливати на відповідні правовідносини. Отже, суд може вчиняти судовий контроль лише через здійснення правосуддя — під час розгляду адміністративних, цивільних, кримінальних та інших справ, оскільки в інший спосіб судова влада позбавлена можливості контролювати правомірну діяльність суб'єктів відповідних правовідносин.

Висновки

1. Дослідженням встановлено, що судова влада повинна бути окремою владою в державі, а не владою в системі органів державного управління або гілкою державної влади. Судова влада не може бути державною з точки зору перебування в системі органів державної влади — її місце перебування в суспільстві за межами цієї державної машини і над нею.

Тільки врегулювання на конституційному рівні зазначених висновків та їх втілення у вітчизняне законодавство з відповідним реформуванням судової системи викличе довіру громадян до судо-

вої влади та буде реальним кроком у напрямі забезпечення реалізації права на незалежний суд в Україні.

2. Функціональне спрямування судової влади полягає лише в здійсненні правосуддя, через яке суд може вчиняти відповідний судовий контроль, результатом

якого є прийняття судом рішення. Усі інші повноваження судової влади, які перебувають за межами правосуддя, є управлінськими і не належать до функцій судової влади, оскільки й за своєю природою метою створення судової влади є здійснення нею правосуддя.

ПРИМІТКИ

1. Конституція України у судових рішеннях / М. П. Орзіх, А. А. Єзеров, Д. С. Терлецький. — К. : Юрінком Інтер, 2011. — С. 55.
2. Аристотель. Політика : в 4 т. / Аристотель ; переклад С. А. Жебелева. — М. : Мысль, 1983. — Т. 4. — С. 48.
3. Монтескьє Ш. Л. О духе законів / Ш. Л. Монтескьє ; пер. А. Г. Горнфельд. — М. : Гослитиздат, 1955. — С. 24.
4. Гегель Г. В. Філософія права / Г. В. Гегель ; пер. с нем. — М. : Мысль, 1990. — С. 309.
5. Руссо Ж.-Ж. Об общественном договоре, или принципы политического права / Ж.-Ж. Руссо ; пер. с фр. А. Д. Хаятина, В. С. Алексеева-Попова. — М. : КАНОН-пресс, Кучково поле, 1998. — 416 с.
6. Райз Ч. Американський конституціоналізм / Ч. Райз // Вісник Програми сприяння парламентів України. — 12 вересня 1995 р. — С. 19—20.
7. Указ Президента України від 17.05.2012 р. № 328/2012 «Про Конституційну Асамблею» // Офіційний вісник України. — 2012. — № 39. — С. 1449.
8. Философский энциклопедический словарь / ред.-сост. Е. Ф. Губский и др. — М. : ИНФРА-М, 2003. — 576 с. [Электронный ресурс]. — Режим доступа : [http://ru.wikipedia.org/wiki/Функция_\(философия\)](http://ru.wikipedia.org/wiki/Функция_(философия)).
9. Большая Советская Энциклопедия : в 30 т. — 3-е изд. / гл. ред. А. М. Прохоров. — М. : Сов. энциклопедия, 1978. — Т. 28. — С. 138.
10. Філін Д. Функції суду в досудових стадіях кримінального процесу / Д. Філін // Право України. — 2005. — № 1. — С. 63—65.
11. Куцин М. М. Функції суду як органу судової влади у кримінальних справах / М. М. Куцин // Часопис Київського університету права. — 2006. — № 1. — С. 152—154.
12. Сидоров І. Поняття функцій судів загальної юрисдикції / І. Сидоров // Вісник прокуратури. — 2003. — № 1. — С. 97—102.
13. Білоус В. Т. Суд, правоохоронні та правозахисні органи України / В. Т. Білоус, В. В. Молдован. — К. : Юрінком Інтер, 2002. — С. 286.
14. Штогун С. Функції та повноваження судової влади / С. Штогун // Юридична Україна. — 2008. — № 4. — С. 88—92.
15. Тимченко С. М. Судові та правоохоронні органи України : навч. посіб. / С. М. Тимченко. — К. : Центр навчальної літератури, 2004. — 304 с.
16. Конституційне право України : підручник / за заг. ред. В. Ф. Погорілка. — К. : Наукова думка ; Прецедент, 2006. — 344 с.
17. Притика Д. М. Правові засади організації та діяльності органів господарської юрисдикції та шляхи їх удосконалення / Д. М. Притика. — К. : Ін Юре, 2003. — 192 с.
18. Конституція України від 28.06.1996 р. // Офіційний вісник України. — 2011. — № 8. — С. 367.
19. Андреевський В. В. Види судового захисту. Формальний і матеріальний захист у «слідчо-судовій» та «судовій» системах розгляду кримінальних справ / В. В. Андреевський // Часопис Київського університету права. — 2006. — № 3. — С. 130.
20. Лазарева В. А. Судебная власть. Судебная защита. Судебный контроль: понятие и соотношение (лекции-очерки) / В. А. Лазарева. — Самара, 1999. — С. 20—24.
21. Ковтун Н. Н. Судебный контроль в уголовном судопроизводстве / Н. Н. Ковтун. — Н. Новгород, 2002. — С. 119.
22. Нажимов В. П. Суд как орган правосудия по уголовным делам в СССР : автореф. дис. на соискание учен. степени докт. юрид. наук / В. П. Нажимов. — М., 1971. — С. 19—21.
23. Тимченко С. М. Знач. праця. — С. 25, 28.

24. Колоколов Н. А. Судебный контроль в стадии предварительного расследования: реальность, перспективы / Н. А. Колоколов // Государство и право. — 1998. — № 11. — С. 31—39.
25. Чепурнова Н. М. Судебный контроль как вид государственной деятельности государства / Н. М. Чепурнова, Е. А. Дюкова // Российский судья. — 2007. — № 10. — С. 16—18.
25. Сапельнікова Ю. О. Теоретичні питання судового контролю за оперативно-розшуковою діяльністю / Ю. О. Сапельнікова // Адвокат. — 2010. — № 11. — С. 22—27.
27. Строгович М. С. Демократичні основи радянського соціалістичного правосуддя / М. С. Строгович. — М., 1965. — С. 124.
28. Горшенев В. М. Контроль как правовая форма деятельности / В. М. Горшенев, И. Б. Шахов. — М. : Юрид. лит., 1987. — С. 150.
28. Рубащенко М. А. Судовий контроль на досудових стадіях провадження по кримінальній справі / М. А. Рубащенко // Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка. — 2011. — Спец. вип. № 5. — С. 343.
29. Конституція України від 28.06.1996 р. // Офіційний вісник України. — 2011. — № 8. — С. 367.

Смокович Михаил. Судебная власть: место в обществе и судебный контроль.

Статья посвящена исследованию проблем разделения власти в государстве и определению места судебной власти в обществе с ее функциональным предназначением касательно судебного контроля через осуществление правосудия. Путем анализа научных взглядов исследованием установлено, что судебная власть должна быть отделена от иных ветвей власти и быть над ними. Также доказано, что судебная власть может осуществлять контроль только при осуществлении правосудия.

Ключевые слова: независимость суда, правосудие, судебная власть, судебный контроль, функция судебной власти.

Smokovych Mykhailo. Judicial power: position in the society and judicial control.

In the article the author researches issues of division of powers in the state and determination of the judicial power position in the society with its functional assignment concerning judicial control through administration of justice. On the basis of researchers' opinions analysis the survey set up that judicial power should be separated from other branches of power and should be above them. Besides it is proved that judicial power can carry out control only during administration of justice.

Key words: independence of court, justice, judicial power, judicial control, function of judicial power.

УДК 346.54

Олена Орлюк,

доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАПрН України,
директор НДІ інтелектуальної власності НАПрН України

Рецензія на монографію В. І. Полуховича «Державне регулювання фондового ринку: господарсько-правовий механізм»*

У рецензії аналізується зміст монографії та розглядаються питання регулюючого впливу держави на фондовий ринок, теоретична складова дослідження, запропоновані автором новели правового регулювання, дається загальна оцінка видання.

Ключові слова: державне регулювання, фондовий ринок, господарсько-правовий механізм, учасники фондового ринку, господарсько-правові засоби та форми.

Здійснене автором дослідження питань регулюючого впливу держави на фондовий ринок має на сьогодні велику актуальність, адже розвиток ринкових відносин в Україні обумовлює зростання значення питань, пов'язаних з обігом цінних паперів. Акціонування господарюючих суб'єктів, випуск боргових цінних паперів посіли значне місце в економічному житті суспільства. Поряд з цим розвиток відносин на фондовому ринку України та безпосередньо сам фондовий ринок перебувають у стадії становлення, потребують особливої уваги з боку держави. При цьому значення державного регулювання відносин на фондовому ринку зростає, а держава виступає в двох ролях: як регулятор та як безпосередній учасник. Дослідження автором питань державного регулювання фондового ринку через призму функціонування господарсько-правового механізму є новелою в українській юридичній науці.

З методологічної точки зору робота має системно-науковий характер. Автор монографії намагається створити цілісне, комплексне уявлення про господарсько-правові складові механізму державного регулювання фондового ринку України, зокрема, на теоретичному рівні визначає категорії суб'єктів та об'єктів регулювання, методи, засоби та господар-

сько-правові форми регулюючого впливу, а також модель державного регулювання фондового ринку, розкриває зміст як державного регулювання, так і саморегулювання на фондовому ринку, аналізує зміст діяльності учасників, у тому числі, особливу увагу приділено діяльності професійних учасників тощо.

Вдалою, на нашу думку, є структура роботи. Логічно структуровано зміст розділів: у першому визначено економіко-правові засади дослідження, другий присвячено діяльності суб'єктів регулювання — органів державної влади та саморегулювних організацій, в третьому досліджуються особливості правового впливу на діяльність учасників фондового ринку, четвертий розділ присвячено господарсько-правовим засобам та формам регулюючого впливу держави на діяльність учасників.

У роботі повно та докладно розкрито процес функціонування господарсько-правового механізму державного регулювання фондового ринку в незалежній Україні, досліджено його складові, проаналізовано особливості взаємозв'язку і взаємодії учасників фондового ринку, обґрунтовано необхідність змін до порядку правового регулювання здійснення професійної діяльності на фондовому ринку, визначено та охарактеризовано

* Полухович В. І. Державне регулювання фондового ринку України: господарсько-правовий механізм : монографія / В. І. Полухович. — К. : НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2012. — 337 с.

господарсько-правові засоби та форми державного регулювання фондового ринку, розглянуто особливості саморегулювання як особливого способу регулювання на фондовому ринку.

Щодо теоретичної складової дослідження таким, що заслуговує на увагу, є запропоновані критерії та проаналізоване автором розмежування державного регулювання та державного управління фондового ринку, державного регулювання та правового регулювання фондового ринку, а також визначене автором місце фондового ринку в структурі фінансового ринку України та запропоновані відповідні зміни до ст. 92 Конституції України. Заслуговує на увагу також висновок про те, що правовідносини на фондовому ринку, учасником яких є уповноважений державний орган, виникають та здійснюються на основі адміністративно-правових норм та становлять публічно-правовий елемент господарсько-правового механізму державного регулювання фондового ринку України. Змістовним є проведене розмежування та визначені відмінності між правовим змістом довірчого управління — інституту трасту та інститутів спільного інвестування.

Однією із заслуг праці є те, що автор провів детальний аналіз чинного законодавства України, норм закордонного законодавства, зокрема директив Євросоюзу, а також практики його застосування. Це дало змогу автору визначити змістовні складові існуючого механізму регулювання фондового ринку України, виявити недоліки правового регулювання відносин між учасниками, змісту їх правового статусу, розробити конкретні пропозиції щодо удосконалення державного регулювання фондового ринку.

Змістовними є, на нашу думку, пропозиції щодо внесення змін до Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок», зокрема про необхідність уточнення існуючої термінології, а також понять учасника (суб'єкта) фондового ринку, емітента, інвестора на фондовому ринку, професійної діяльності на фондовому ринку, інсайдерської інформації, запровадження терміна «регулятор фондового ринку».

Вважаємо доцільною пропозицію автора щодо запровадження добровільності

членства професійних учасників у саморегулювній організації (СРО), а заохочення до їх членства у СРО повинні полягати у економічній, а не адміністративній площині. Заслуговують на увагу і пропозиції автора щодо необхідності залучення до процесу саморегулювання депозитаріїв та фондових бірж, зокрема надання останнім певних функцій саморегулювних організацій відповідно до світової практики.

Автором фундаментально проаналізовано професійну діяльність на фондовому ринку та запропоновані змістовні пропозиції щодо удосконалення її правового регулювання. Автором детально досліджено існуючі випадки поєднання видів професійної діяльності на фондовому ринку, запропоновано визначення терміна «поєднання окремих видів (підвидів) професійної діяльності», а також зміни до існуючого порядку поєднання видів професійної діяльності. Зокрема цікавою є пропозиція щодо необхідності запровадження норми-принципу стосовно можливості поєднання видів професійної діяльності на фондовому ринку, згідно з яким забороняється поєднання окремих видів діяльності інфраструктурних учасників з окремими видами діяльності інвестиційних посередників, поєднання окремих видів професійної діяльності дозволити лише в межах визначених угруповань інфраструктурних учасників та інвестиційних посередників.

З огляду на необхідність концентрації операцій з цінними паперами на організованому фондовому ринку актуальною є пропозиція щодо закріплення норми, згідно з якою торговець цінними паперами повинен здійснювати всі операції з купівлі-продажу цінних паперів виключно на фондовій біржі, а також норму про обов'язкову наявність у торговця власного брокерського місця на фондовій біржі.

Слушною є пропозиція щодо внесення змін до процедури емісії цінних паперів у разі відкритого (публічного) та закритого (приватного) їх розміщення, щодо змісту проспекту емісії при первинному та наступному розміщенні цінних паперів, скасуванні існуючих кількісних обмежень при здійсненні пропозиції акціонерам при приватному (закритому) роз-

міщенні акцій публічного акціонерного товариства, послідовності етапів емісії, зокрема часу розкриття інформації, що міститься в проспекті емісії, присвоєння цінним паперам міжнародного ідентифікаційного номера, видачі свідоцтва про реєстрацію випуску тощо.

Також змістовними є здійснений автором аналіз існуючої системи захисту прав інвесторів на фондовому ринку, визначені недоліки та запропоновані конкретні пропозиції щодо удосконалення. Зокрема слушною є пропозиція про нормативне закріплення трирівневої системи компенсування збитків інвесторів на фондовому ринку: за рахунок резервних фондів професійних учасників фондового ринку, компенсаційних фондів, створених СРО, та загальнодержавного фонду гарантування вкладів інвесторів фондового ринку.

Все це свідчить про високий рівень монографічного дослідження.

Проте, на нашу думку, окремі положення монографічного дослідження можуть бути розвинуті. Наприклад, більш ґрунтовно слід було б розглянути питання місця фондового ринку в системі відносин на фінансовому ринку в цілому. Також доцільно в главі, де йдеться про

діяльність НКЦПФР, більш детально прослідкувати систему взаємозв'язків та взаємодії Комісії з іншими органами державної влади в частині здійснення регулятивного впливу на фондовий ринок. Але, в той самий час, ці зауваження не впливають на загальну позитивну оцінку роботи.

Слід зазначити, що проведення даного монографічного дослідження доцільне і своєчасне також у зв'язку з тим, що в більшості наукових і науково-практичних робіт, що виходять у світ останнім часом, фондовий ринок та відносини на ньому досліджувалися через призму адміністративно-правового регулювання. Серйозні наукові дослідження господарсько-правового характеру щодо регулювання фондового ринку України практично відсутні.

У цілому дослідження, здійснене В. І. Полуховичем, справляє добре враження. Вважаємо, що монографія «Державне регулювання фондового ринку: господарсько-правовий механізм» буде корисним надбанням для вчених, студентів та практичних працівників, сприятиме вирішенню низки наукових проблем з правового регулювання відносин на фондовому ринку.

Орлюк Елена. Рецензия на монографию В. И. Полуховича «Государственное регулирование фондового рынка: хозяйственно-правовой механизм».

В рецензии анализируется содержание монографии и рассматриваются вопросы регулирующего влияния государства на фондовый рынок, теоретическая составляющая исследования, предложенные автором новеллы правового регулирования, дается общая оценка издания.

Ключевые слова: государственное регулирование, фондовый рынок, хозяйственно-правовой механизм, участники фондового рынка, хозяйственно-правовые средства и формы.

Orlyuk Olena. The review of V. I. Polyukhovych's monography «State regulation of the share market: economic-legal mechanism».

In the review the maintenance of the monography is analyzed and questions of regulating influence of the state on the share market are considered, the theoretical component the researches and new propositions of legal regulation offered by the author, is given the general estimation of the edition.

Key words: state regulation, the share market, economic-legal mechanism, participants of the share market, economic-legal ways and forms.

ДО УВАГИ АВТОРІВ!

До друку в журналі приймаються наукові статті, які раніше не були опубліковані в інших виданнях. При їх підготовці просимо додержуватися вимог Постанови ВАК України «Про підвищення вимог до фахових видань, внесених до переліків ВАК України» від 15.01.2003 р. № 7-05/1 щодо змісту наукових статей.

Разом зі статтею слід надавати рекомендацію кафедри (відділу) вищого навчального або наукового закладу та рецензію кандидата чи доктора наук із відповідної спеціальності.

Рукопис має бути виготовлено українською мовою та віддруковано шрифтом № 14 на принтері, з розміщенням рядків тексту через півтора інтервали, поля — 3 см. Перелік використаних літературних джерел слід наводити в кінці статті в порядку появи відповідних посилань. При оформленні статей слід дотримуватися ДСТУ ГОСТ 7.1:2006 «Система стандартів з інформації, бібліотечної та видавничої справи. Бібліографічний запис. Бібліографічний опис. Загальні вимоги та правила складання».

На початку рукопису авторам необхідно зазначити індекс УДК (Універсальної десятикової класифікації), а після даних про автора та назви статті наводити анотації на неї українською, російською та англійською мовами. Орієнтовний обсяг кожної анотації — 500 друкованих знаків. Анотації мають супроводжуватися перекладом прізвища, імені автора та назви статті на відповідну мову (у журналі анотації і ключові слова російською та англійською мовами друкуються в кінці опублікованого матеріалу, анотація і ключові слова українською — на початку статті). До кожної анотації слід додавати перелік ключових слів (до десяти окремих слів або словосполучень) відповідною мовою.

Автор несе персональну відповідальність за додержання ним при підготовці статті норм чинного законодавства (зокрема щодо захисту прав на об'єкти інтелектуальної власності), достовірність викладених відомостей (у тому числі імен і найменувань згаданих у статті фізичних та юридичних осіб), цитат і посилань на літературні джерела та норми актів законодавства, правильність визначення індексу УДК і перекладів анотацій на статтю.

У тексті статті посилання на використані літературні джерела слід зазначити порядковим номером, виділеним двома квадратними дужками, згідно з переліком джерел. Авторські пояснення і приклади слід наводити в дужках безпосередньо в тексті статті. Всі матеріали подаються у трьох примірниках, один з яких має бути підписаний автором.

Загальний обсяг статті не повинен перевищувати 24 тисяч друкованих знаків (разом із пробілами), тобто 12 сторінок тексту. До рукопису необхідно додавати його електронну копію, записану у вигляді окремого електронного документа на стандартній дискеті.

Редакція залишає за собою право редагувати рукопис, скорочувати його, змінювати назву статті та вводити (змінювати) рубрикацію внутрішніх частин текстового матеріалу. Подані матеріали (рукописи), включно з тими, які визнано неприйнятними, редакція не повертає.

Автор, який подав матеріали для друку, вважається таким, що погоджується на подальше безоплатне їх розміщення на сайтах видавництва правової літератури «Юрінком Інтер» і Національної бібліотеки України імені В. І. Вернадського.

До поданих матеріалів слід додавати довідку про автора із зазначенням прізвища, імені, по батькові, наукового ступеня та вченого звання (за наявності), місця основної роботи, посади, домашньої адреси, номерів контактних телефонів.

Гонорари за опубліковані в журналі статті не сплачуються.

ЮРИДИЧНА УКРАЇНА № 10 (118) 2012

Співзасновники:

Київський регіональний центр
Національної академії правових наук України,

Науково-дослідний інститут
приватного права і підприємництва
Національної академії правових наук України,

ТОВ «Юрінком Інтер»

Видавець: ТОВ «Юрінком Інтер»

Головний редактор — В. Д. Примак, кандидат юридичних наук

Над випуском працювали:

*Володимир Примак, Олена Смірнова, Майя Ромась,
Святослав Каравасєв, Михайло Черненко, Лариса Сисоєва*

Оригінал-макет виготовлено комп'ютерним центром
ТОВ «Юрінком Інтер»
Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи до державного реєстру видавців,
виготівників і розповсюджувачів видавничої продукції
серія ДК № 3954 від 13.01.2011 р.

Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації
серія КВ № 15736-4208ПР від 26.10.2009 р.
Підписано до друку 02.10.2012. Формат 70×100/16.
Папір офсетний № 1. Друк офсетний. Обл.-вид. арк. 10,5. Умовн. друк. арк. 9,1.
Тираж 650 прим. Зам. № .

Адреса редакції та видавця: 04209, м. Київ, вул. Героїв Дніпра, 31-б.
Тел. 411-69-08, 412-04-75. Факс 413-81-44.
<http://www.yuricom.com.ua>. E-mail: jukr@yuricom.kiev.ua.
Видавництво правової літератури «Юрінком Інтер».
Редакція журналу «Юридична Україна».

Віддруковано у ПАТ «Віпол». Адреса: 03151, Київ-151, вул. Волинська, 60.
Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців, виготівників і розповсюджувачів
видавничої продукції — серія ДК № 4404 від 31.08.2012 р.

Редакція не завжди поділяє позицію авторів публікацій.
За достовірність викладених фактів відповідає автор.
Передплатний індекс журналу «Юридична Україна» — 01757.

Передплатний індекс комплекту:
газета «Юридичний вісник України» і журнали «Юридична Україна»
та «Бюлетень законодавства і юридичної практики України» — 08440.

З приводу придбання журналів минулих випусків звертайтеся за тел. 411-69-08, 411-64-03.