ОДЕСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ імені І.І. МЕЧНИКОВА
1865

17'2014

ПРАВОВА ДЕРЖАВА

Constitutional State **Правовое государство**

Лауреат IV Всеукраїнського конкурсу
на краще юридичне видання

Науковий журнал
Виходить 2 рази на рік
Заснований у лютому 1999 р.

Одеса
Фенікс
2014

Засновник:
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова

Редакційна колегія
О.І. Миколенко – головний редактор,
В.І. Труба, Б.С. Бачур, А.С. Васильєв, І.В. Венедіктова,
І.А. Дришлюк, Л.М. Зілковська, Т.Є. Кагановська, І.С. Канзафарова,
Л.О. Корчевна, А.Т. Комзюк, Т.О. Коломоєць, О.Л. Копиленко,
З.В. Кузнєцова, Л.А. Луць, Р.С. Мельник, Р.М. Мінченко,
О.В. Прієшкіна, В.П. Плавич, С.В. Саяпін, Р.Й. Ситдикова,
Т.В. Степанова, Р.О. Стефанчук, Е. Яскерня

Відповідальний секретар
Н.В. Ільєва

Свідоцтво про державну реєстрацію
друкованого засобу масової інформації:
Серія КВ № 3687 від 19.02.1999 р.

Рекомендовано до друку Вченою радою
Одеського національного університету імені І. І. Мечникова
(протокол № 4 від 23 грудня 2014 р.)

Вища атестаційна комісія України
визнала журнал фаховим виданням з юридичних наук.
Постанова Президії ВАК України № 1-05/3 від 14 квітня 2010 р.

Опубліковані матеріали відбивають позицію автора,
яка може не збігатися з думкою редакції.
За достовірність фактів, статистичних даних та інших матеріалів
відповідальність несе автор або особа, яка надала матеріал.
Передрукування матеріалів допускається з дозволу редакції.

© Одеський національний університет
імені І. І. Мечникова, 2014

ЗМІСТ

ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ПРАВА І ДЕРЖАВИ

Л.О. Корчевна
СПРАВЕДЛИВІСТЬ ЯК КАТЕГОРІЯ ПРАВА 5

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО, МУНІЦИПАЛЬНЕ ПРАВО

А.В. Левенець
ХАРАКТЕРИСТИКА ОСНОВНИХ ПРИНЦИПІВ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОГО СТАТУСУ ІНОЗЕМЦІВ В УКРАЇНІ 10

В.А. Стукаленко
ТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ АБСЕНТЕЇЗМУ 15

АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

П.П. Білик
СТАТУС КЕРІВНИКА В АПАРАТІ ДЕРЖАВНОГО УПРАВЛІННЯ ТА ЕФЕКТИВНІСТЬ УПРАВЛІНСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ: АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ 21

Н.В. Ільєва
НОТАРІАЛЬНА ДІЯЛЬНІСТЬ ЯК ПРЕДМЕТ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ 27

О.В. Стукаленко
ТЕОРЕТИЧНІ ЗАСАДИ ДЕРЖАВНОГО КОНТРОЛЮ ТА НАГЛЯДУ В СФЕРІ БУДІВЕЛЬНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ .32

ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

С.М. Грудницька, І.Л. Євміна
ДЕЯКІ ПИТАННЯ НЕДІЙСНОСТІ ГОСПОДАРСЬКОГО ДОГОВОРУ (ПРАВОЧИНУ) 39

А.В. Смітюх
ЩОДО ВПРОВАДЖЕННЯ КАТЕГОРІЙ КОРПОРАТИВНОГО КАПІТАЛУ ТА ОГОЛОШЕНОГО КОРПОРАТИВНОГО КАПІТАЛУ ГОСПОДАРСЬКИХ ТОВАРИСТВ ДО КОРПОРАТИВНОГО ПРАВА 45

Т.В. Степанова
ПРАВОВА КУЛЬТУРА УЧАСНИКІВ ГОСПОДАРСЬКОГО ПРОЦЕСУ 50

В.В. Чайковська
СИСТЕМА ЗОВНІШНЬОЕКОНОМІЧНИХ ФІНАНСОВИХ ОПЕРАЦІЙ ЯК ПРЕДМЕТ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ В УКРАЇНІ 55

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС, СІМЕЙНЕ ПРАВО

М.А. Гора
ПОНЯТТЯ ТА ОЗНАКИ ОСОБИСТИХ НЕМАЙНОВИХ ПРАВ ФІЗИЧНИХ ОСІБ 61

Ю.О. Пилипенко
КОНКУБІНАТ: ВІД РИМСЬКОГО ПРАВА ДО СУЧАСНОСТІ 67

В.І. Труба
УСИНОВЛЕННЯ ПОВНОЛІТНІХ: ПИТАННЯ ЗАКОНОДАВСТВА І ПРАКТИКИ 72

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

Т.О. Гончар
ЗАХОДИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО ХАРАКТЕРУ ЩОДО ЮРИДИЧНИХ ОСІБ ЗА ЧИННИМ КРИМІНАЛЬНИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ 76

О. М. Миколенко
КРИТЕРІЇ КЛАСИФІКАЦІЇ ЗАХОДІВ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ ТА ЇХ СПІВВІДНОШЕННЯ З ЗАХОДАМИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРИМУСУ 81

В.В. Назаров, Р.І. Тракало
СУДОВИЙ КОНТРОЛЬ ЗА ДОТРИМАННЯМ ПРАВА НА ПОВАГУ ДО ПРИВАТНОГО ЖИТТЯ ПРИ ОСКАРЖЕННІ РІШЕНЬ, ДІЙ ЧИ БЕЗДІЯЛЬНОСТІ ПІД ЧАС ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ 85

Б. М. Орловський
СПОСОБИ ЗДІЙСНЕННЯ СЛУЖБОВИХ ВЛАДНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ ЯК ОБСТАВИНИ, ЩО ВИКЛЮЧАЄ ЗЛОЧИННІСТЬ ДІЯННЯ 92

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО, МОРСЬКЕ ПРАВО

М.В. Голікова
РОЛЬ ТА ФУНКЦІЇ ДЕРЖАВНИХ ОРГАНІВ УКРАЇНИ ЩОДО ЗАХИСТУ ПРАВ МОРЯКІВ 97

Н.І. Зубченко
РЕГІОНАЛЬНЕ (НЕ-ЄВРОПЕЙСЬКЕ) СПІВРОБІТНИЦТВО ДЕРЖАВ В СФЕРІ ДОБРОБУТУ ТВАРИН ТА ЗАХИСТУ ЇХ ВІД ЖОРСТОКОГО ПОВОДЖЕННЯ 102

А.В. Ковбан
ДО ПИТАННЯ УДОСКОНАЛЕННЯ ДОКТРИНИ КОЛЕКТИВНИХ ПРАВ 107

О.В. Задорожній
УМОВИ ПРАВОМІРНОСТІ СЕЦЕСІЇ ЯК ЗАСОБУ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА НА САМОВИЗНАЧЕННЯ 111

КОМЕНТАРІ ТА РОЗ'ЯСНЕННЯ ДО ЗАКОНОДАВСТВА

О.В. Гуляк
НАПРЯМИ ВСЕБІЧНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДІЯЛЬНОСТІ ПІДРОЗДІЛІВ ЗБРОЙНИХ СИЛ УКРАЇНИ ПРИ ВВЕДЕННІ НАДЗВИЧАЙНИХ ПРАВОВИХ РЕЖИМІВ 117

О.І. Миколенко
НОРМИ АДМІНІСТРАТИВНО-ДЕЛІКТНОГО ТА МІГРАЦІЙНОГО ЗАКОНОДАВСТВА: ПРОБЛЕМИ ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ 123

МОЛОДІ ВЧЕНІ

В.Є. Литвиненко
ДЕЯКІ ПИТАННЯ ЩОДО ПОВНОВАЖЕНЬ ВИЩОЇ КВАЛІФІКАЦІЙНОЇ КОМІСІЇ НОТАРІАТУ 129

ІНФОРМАЦІЯ ДЛЯ АВТОРІВ 134

ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ПРАВА І ДЕРЖАВИ

УДК 340.342

Л.О. Корчевна, докт. юрид. наук, професор, відмінник освіти
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова
кафедра конституційного права та правосуддя
Французький бульвар 24/26, Одеса, 65058, Україна

СПРАВЕДЛИВІСТЬ ЯК КАТЕГОРІЯ ПРАВА

В статті досліджено деякі теорії та принципи справедливості, що існують у правовій та державно-управлінській думці. Проаналізовано правові вчення відомих теоретиків О. Хеффе і Д. Ролса, зокрема договірну теорію права і справедливості, спільні сутнісні риси, які поєднують ці вчення, та їх відмінності.

Ключові слова: справедливість, розподільча (дистрибутивна) і зрівнювальна (ретрибутивна) ідеї, суспільний договір, етичне поняття права, легітимізація.

Постановка проблеми. Сьогодні Україна переживає процес докорінної зміни свого правоустрою і його адаптації до нових соціально-політичних і економічних умов. Потрібно знаходити принципи і цінності нової соціально-політичної реальності в Україні, яка формується на основі євроінтеграції, глобалізованих демократії, ринку і громадянського суспільства. Важливу роль при цьому відіграє порівняльне правознавство.

Мета статті. З огляду на вищезазначене, мета цієї статті полягає у тому, щоб проаналізувати правові вчення про справедливість відомих теоретиків О. Хеффе і Д. Ролса. Вони здобули світове визнання як прибічники поняття права і як критики юридичного позитивізму. Підґрунтя праць Д. Ролса з філософії та юриспруденції складають погляди Локка, Руссо і Канта.

Виклад основного матеріалу. Головна ідея даного дослідження полягає в тому, щоб визнати справедливість не лише категорією етики, але й категорією права.

Що таке справедливість? Пошуки відповіді на це запитання приводять нас до класичного права греків і римлян. Ще з часу Аристотеля (книга 5-а «Нікомахової етики») розрізняють дві сфери застосування ідеї справедливості: розподільча (дистрибутивна) і зрівнювальна (ретрибутивна).

В першому випадку маємо суспільство політичне (державу), в другому – економічне. В економічному суспільстві справедливий такий розподіл, коли кожен отримує частку добра, що сумірна з його внеском до спільної справи. Так розподіляють, скажімо, прибуток акціонерного товариства. В політичному суспільстві розподіляють як благо, насамперед владу, посади, винагороди, утримання тощо. Отже, зрівнювальна або ретрибутивна справедливість регулює буття приватної (цивільної) сфери суспільства; дистрибутивна покликана впорядковувати публічну (політичну) сферу. Обидві сфери непримиренні. І ця непримиренність виявляється у боротьбі світоглядів та політичних рухів. Необхідно наголосити і на неабиякому значенні й дотепер римської теорії юстиції (справедливості). Право і справедливість для римлян – одне й і теж. Вважалося, що перші норми юстиції виникли із визнання права приватної власності, і що закони справедливості такі ж об'єктивні і незмінні, як і закони математики, оскільки основними категоріями приватного права є власність і договір, то вочевидь стає зрозумілим відстоювання римлянами договірної природи права і справедливості. Тож, розуміння права і справедливості простежується через їх зв'язок з договором.

Договір, на відміну від звичайної обіцянки, – наділена правовою силою згода, для якої суттєвими є три моменти. По-перше, за учасниками залишається право вільно вибирати, будуть вони приєднуватися до згоди чи ні. Підставою договору є одностайність сторін, добровільна згода, консенсус. По-друге, у випадку згоди йдеться про взаємну або обопільну передачу певних прав і обов'язків. По-третє, після укладення договору, дотримання його умов стає правовим обов'язком кожного учасника, а недотримання веде до застосування відповідних штрафних санкцій.

Отже, сутністю договору є визнання рівності обопільних послуг, тобто рівнозначності того, що дається і дотримується. Наслідком цього визнання є рівність сторін, які уклали угоди (акт купівлі-продажу, оренди, позики тощо). Правила договору і є правом. Право виникає з акту до-

© *Л.О. Корчевна*, 2014

говору. Де порушення угоди – там можлива несправедливість, тож сутність справедливості виражає принцип еквівалентності, або рівнозначності. Формула еквівалентності: «Рівне за рівне», або: «Кожному – за його вчинками».

З класичного права греків і римлян випливає, що справедливість можна найкраще зрозуміти через її зв'язок з договором. Поняття договору найважливіше для розуміння справедливості. Можна стверджувати, що коли детально описати процедуру договору і виявити всі супутні їй явища, ми дістанемо обґрунтовану відповідь на питання «що є справедливістю?». Йдучи вслід греко-римській традиції, договірну теорію справедливості і права сьогодні опрацьовують відомі теоретики О. Хеффе і Д. Ролс.

Щонайперше, вони зазначають, що розв'язання проблеми справедливості неможливе без ґрунтовної критики юридичного позитивізму.

Виходячи з правового позитивізму, пошук поняття чи критерію справедливості не має сенсу. Правовий позитивізм вип'ячує лише один бік справи, а саме, що в питаннях розподілу справедливість будь-якого рішення кожного разу дійсно суперечлива.

В інших же сферах ми знаходимо принципи поведінки, справедливість яких ніким серйозно не заперечується. Так, безперечним є, наприклад, принцип обміну. Тут ми маємо справу з ретрибутивною або зрівнювальною справедливістю. Принципи, в справедливості яких практично ніхто не має сумніву, існують і в сфері поведінки; пригадаємо хоча б про необхідність прислухатися в суперечці до думки другої сторони і стримуватися від суджень про власні вчинки. Принципи поведінки такого типу вважаються справедливими тому, що вони підкоряються вищому і безперечному принципу справедливості – принципу неупередженості. Першою ж мінімальною умовою неупередженості є заборона на свавілля. Обидва принципи – неупередженість і заборона на свавілля – є, до речі, негативними мірками, їхнім змістом предметним є заборона. Звідси, однак, зовсім не можна робити якихось узагальнень і стверджувати, що закони справедливості в більшості випадків є негативними. Такі норми поведінки як вимога прислухатися до думки другого, є позитивними принципами справедливості такою ж мірою, як і вимога рівноцінного обміну [1, с. 246].

Наведені вище несуперечливі принципи справедливості в багатьох випадках дають можливість дати відсіч етико-правовому позитивізму. Якщо фундаментальна проблема людини стосується не питань розподілу (як це звично вважають), а по-перше, питань обміну, і по-друге, питань поведінки, тоді їх рішення могло б бути знайдено на підставі безумовних для даної ситуації принципів: принципу рівнозначності того, що дається і отримується, а також принципу неупередженості.

Стосовно обміну, то він є настільки значущим феноменом сучасного суспільства, що це суспільство можна назвати, як відзначає Ф. Хайєк «обмінним». Ще раніше К. Леві-Строс описав сучасну культуру як культуру обміну – результатами праці, товарами, послугами, генами, інформацією.

Відкритість суспільства визначається інтенсивністю обміну. Там, де має місце обмін, там насильство як спосіб здобуття благ визнається несправедливим, злочинним. Той, хто вступав в обмін, самим актом обміну визнає другого рівним собі. Можна сказати, що обмін – це практичне втілення рівності. Добровільність і взаємна згода – це ознаки обміну взагалі.

Отже, договір – форма вираження зрівнювальної, чи то комутативної (commutativa – зміна, обмін) справедливості. Договір – єдність свободи і залежності від потреб іншого, а водночас інший має потребу в мені. Я втілюю власну свободу завдяки іншому, а інший – власну свободу завдяки мені. Ми рівні щодо потреби і свободи, і цю рівність стверджує договір [1, с. 249].

На думку О. Хеффе: «Лише якщо в самих витоках правового і державного устрою» закладено справедливість можна застерігатися від юридичного позитивізму і водночас запобігти того цинічного висновку, що право є утворенням державної влади... Позитивне право само мусить визначатися, виходячи з його службової щодо ролі справедливості... Позитивне право неможливо всеохоплююче визначити без поняття справедливості [1, с. 12-77].

Формула німецьких теоретиків права про пріоритет ідеї справедливості над позитивним правом багаторазово використовувалася в рішеннях Федерального суду і Конституційного суду Німеччини. Ці органи в цілій низці своїх постанов проголосили, що конституційне право не обмежене текстом Основного закону, а вбирає також «деякі загальні принципи, які законодавець не конкретизував в позитивній нормі; що існує надпозитивне право, яке пов'язує навіть установчу владу законодавця. Визнання ідеї, згідно з якою установча влада здатна все регулювати від-

повідно до своїх бажань, означало б повернення до пройденого позитивізму; можливі «крайні випадки», коли ідея права мусить переважувати позитивні й конституційні норми, і саме відповідно до цієї засади Федеративний Конституційний суд покликаний вирішувати питання про «конституційність» [2, с. 148].

Німецький правник наголошує на методологічному значенні суспільного договору, на тому, що цей договір є фундаментальним поняттям теорії легітимації, а, відтак, і теорії справедливості. Він зазначає, що незалежно від способу виникнення політичної спільноти – через насилля, через «органічний розвиток» чи через згоду – теорія договору займається дослідженням проблеми легітимності державно-правової форми людського співжиття як такої. Теорія легітимації націлена на фундаментальне обґрунтування публічного порядку примусу.

Подібно до класичного права римлян, й за О. Хеффе, договір – наділена правовою силою згода, для якої суттєвими є три моменти. По-перше, за учасниками залишається право вільно вибирати, будуть вони приєднуватися до згоди чи ні. Підставою договору є одностайність сторін, добровільна згода, консенсус; теорія договору суть теорія консенсусу політичної легітимації. Слово «договір» наводить на думку про те, ще дехто «ладить», «уживається», «мирно співіснує» з другим, а не протистоїть йому. По-друге, у випадку згоди йдеться про передачу певних прав і обов'язків, причому, частіше за все ця передача має взаємний характер (це може бути обмін товарів на послуги і навпаки, або обмін тих і других на гроші). Зрозуміло, можливі також договори дарування, тобто однобічної передачі. Далі, договір – це правова фігура, не тільки приватного права, але і права публічного. Говорячи про договір, не можна, таким чином, все зводити лише до економічної сторони справи. Договори в змозі бути також внутрішньодержавними або міждержавними угодами і такою особливою формою договору як делегування. І, нарешті, останнє. Після вкладення договору дотримання його умов стає правовим обов'язком кожного учасника, а недотримання веде до застосування відповідних штрафних санкцій [1, с. 278-282].

Д. Ролс, відстоюючи теорію справедливості, наголошує, що його теорія – «кантівська по суті», бо вона визнає перевагу теорії суспільного договору Локка, Руссо і Канта всупереч утилітаризму Юма, Бентама і Міля. Американський вчений досліджує, яким же має бути вільне і справедливе суспільство. «Справедливість, – нотує він – є першою потребою соціальних інститутів, як істина – для наукової системи» [3, с. 28]. Якими б ефективними не вважалися соціальні інститути, якщо виявилася несправедливість, їх необхідно замінити.

Утилітаристи мали за мету найбільше благополуччя для найбільшої кількості людей. В кінцевому підсумку це вело до все більшої залежності індивіда від суспільства. Д. Ролс не згоден з цим, коли одна людина – заручник другої чи соціальної більшості.

Йдучи вслід за Кантом, Д. Ролс звертається до принципу моральної автономії, який ми визнаємо не в якості зацікавлених осіб і членів того чи іншого суспільства, а як вільні і розумні істоти. «Сторони досягають соціальної єдності тільки в якості вільних, рівних і, розумних істот, бо лише їм відомі ті обставини, які роблять важливими принципи справедливості» [3, с. 42]. За умови моральної автономії ніхто не прагне привілеїв для себе. Єдино можливий вибір – той, який стосується всіх, – принцип всезагальної справедливості.

Д. Ролс відзначає, що принципом, який утворює соціальну структуру, є договір. Всі морально автономні індивіди суть сторони, що домовляються незалежно від обставин часу і місця. Предметом договору є два моральних принципи справедливості. Мотив, який зумовлює договір зв'язаний з потребою протистояти труднощам і невдачам, загроза яких добре відома кожному.

Перший принцип справедливості проголошує: «Кожний має рівне право на свободу, сумісну фундаментальним чином з такою ж свободою інших». Другий принцип проголошує: «Економічна і соціальна нерівність, як наприклад, багатство і влада, справедливі тільки тоді, коли несуть, загальну користь і компенсують втрати найбільш незахищених членів суспільства».

Перший принцип обґрунтовує індивідуальні свободи і вимагає рівності в розподілі основних прав і обов'язків. Другий орієнтує на найбільше благо для більшості і вилучає установку на жертвоприношення. Така позиція нагадує позицію утилітаризму, однак Д. Ролс – антиутилітарист. «Те, що одні – в нестатках, а інші в цей час ситі і задоволені, можливо і корисно, але несправедливо» [3, с. 58] – нотує він. Соціальну і економічну нерівність можна визнати тільки за умови, коли вона покращує ВСІХ, а не тільки деяких чи навіть багатьох членів суспільства.

Перший принцип справедливості стосується індивідуальних свобод – свободи думки і совісті, свободи слова і зібрань, політичних свобод. Конституція і закони мають гарантувати ефективне використання цих свобод. Необхідно підкреслити абсолютну не відчужуваність і фунда-

ментальність свободи думки і совісті. «Індивідам не просто дозволено чи заборонено робити дещо, уряд необхідно законним чином зобов'язати не чинити перешкод свободі людей думати самостійно».

З іншого боку, залишаючи вільними невдоволених, система прирікає себе на саморуйнування. Свободу можливо захистити шляхом системи правил, які визначають самі правила. «В демократичних державах, – як зазначає Д. Ролс, – деякі політичні групи здобувши владу, прагнуть придушити конституційні свободи; є також і серед тих, хто викладає в університетах супротивники індивідуальної свободи» [3, с. 60]. Виникає питання: чи необхідно бути терплячими з невдоволеними? Відповідь Д. Ролса: справедливість не мусить вимагати жертви самовідречення, але коли діє конституція нема ніякої підстави відмовляти невдоволеним в свободі.

В «Теорії справедливості» ми знаходимо декілька формулювань другого принципу справедливості. Згідно з першою, багатство, влада й інші форми нерівності справедливі тільки тоді, коли вони сприяють загальній користі і компенсують втрати найбільш незахищених членів суспільства.

Згідно з другим формулюванням, «соціальна і економічна нерівність має передбачати: а) найбільше користі для тих, хто перебуває в несприятливих умовах і б) відкриті можливості і рівність умов для всіх, хто перебуває в подібних умовах». Іншими словами, форми нерівності мають співвідноситися таким чином, щоб: а) їх можна було б передбачити в інтересах кожного і б) престижні позиції стали відкритими і доступними для всіх».

Другий принцип справедливості називає несправедливими форми економічної і соціальної нерівності, поки вони не поставлені на службу всіх і особливо незахищених членів суспільства. Він, таким чином, коректує дисбаланс корисних і несприятливих стартових умов. Існування слабких і хворих людей з низьким прибутком – очевидний факт. А факти самі по собі ні добрі, ні погані. Однак стає справедливим чи несправедливим той чи інший спосіб трактування цих фактів різними соціальними інститутами. І ці інститути тоді справедливі, коли враховують те, що можна назвати принципом відмінності, згідно з яким «найбільші очікування тих, хто посідає найвищі місця, збігаються в перспективі з очікуваннями тих, хто посідає найнижчі місця». Іншими словами, якщо заради якогось закону обмежити перспективи найбільш сильних членів суспільства і це обмеження виявиться шкідливим для слабких, то передбачуваний закон буде, на думку Д. Ролса, несправедливим. Однак можливе покращення позицій сильних, яке буде сприяти і покращенню позиції слабких, необхідно розглядати як справедливе. В запропонованих межах принципу maximum minimorum, згідно з яким можлива не будь-яка нерівність, а тільки та, яка максимізує мінімум. Справжнім показником максимізації стають, необхідно зауважити, не загальні соціальні умови, а, позиції найбільш слабких членів суспільства.

Висновки. Зі сказаного випливає, що справедливість звично пов'язують з поняттям «розподілу». Кожному – за його вчинками – ось класична формула справедливості. Вона універсальна, тож людина, коли хоче бути справедливою, повинна керуватися цією формулою у ставленні до інших. Стався до іншого відповідно до того, на що він заслуговує. Справедливість завжди була проблемною. В тоталітарній державі розподіляють блага і багатства. В правовій державі – права і свободи, а також обов'язки. В сучасному цивілізованому світі справедливість означає здобуття всіма людьми однакових прав та свобод. Суспільний поступ спрямовано на дедалі повніше визнання рівної гідності і свободи кожної людини. Чимало історичних документів – політичних звернень і пам'яток гуманізму – починаються постулатом рівності. В Декларації незалежності США його висловлено так: «всі люди створені рівними». В Загальній декларації про права людини, яка була прийнята Генеральною Асамблеєю ООН в 1948 році, зазначено: «всі люди народжуються вільними та рівними». Треба уявити постулат рівності імперативом: стався до іншого як до рівного собі. Це і буде справедливістю, загальною рівністю людей.

Список літератури

1. Хеффе О. Политика, право, справедливость. Основоположения о критической философии права и государства / О. Хеффе. – М. : Гнозис ; Логос, 1994. – 328 с.
2. Давид Р. Основные правовые системы современности / Ренэ Давид. – М. : Прогресс, 1988.
3. Ролс Д. Теория справедливости / Д. Ролс // Вопросы философии. – М., 1994. – № 10.

Стаття надійшла 01.12.2014 р.

Л.А. Корчевная, докт. юрид. наук, профессор
Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова
кафедра конституционного права и правосудия
Французский бульвар 24/26, Одесса, 65058, Украина

СПРАВЕДЛИВОСТЬ КАК КАТЕГОРИЯ ПРАВА

Резюме

В статье исследованы некоторые теории и принципы справедливости, которые существуют в правовой и государственно-управленческой мысли. Проанализированы правовые учения известных теоретиков О. Хеффе и Д. Ролса, в частности, договорная теория права и справедливости, общие сущностные характеристики, которые объединяют эти учения, и их отличия.

Ключевые слова: справедливость, распределительная (дистрибутивная) и уравнительная (ретрибутивная) идеи, общественный договор, этическое понятие права, легитимизация.

L.O. Korchevna, Doctor of Juridical Sciences, Professor
Odesa I. I. Mechnikov National University
the Department of Constitutional Law and Justice
24/26, Frantsuzskiy Boulevard, Odessa, 65058, Ukraine

JUSTICE AS A CATEGORY OF LAW

Summary

The article researches some of the theories and principles of justice that exist in the legal and public management thought. In this article the legal doctrine of known theorists O. Jeff D. Rolsa are analyzed, in particular, the contractual theory of law and justice, the common essential characteristics which unite these teachings and their differences.

Key words: justice, distributive and retributive idea, the social contract, the ethical concept of law, legitimization.

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО, МУНІЦИПАЛЬНЕ ПРАВО

УДК 342.717.477

А.В. Левенець, викладач
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова
кафедра конституційного права та правосуддя
Французький бульвар 24/26, Одеса, 65058, Україна

ХАРАКТЕРИСТИКА ОСНОВНИХ ПРИНЦИПІВ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОГО СТАТУСУ ІНОЗЕМЦІВ В УКРАЇНІ

В статті розглядаються сутність та значення принципів конституційно-правового статусу іноземців в Україні. Підкреслюється важливість визначення основних принципів та керівних ідей для регулювання такого складного та неоднозначного явища, як конституційний статус іноземців. Визначається різноманітність підходів до визначення основних принципів конституційно-правового статусу іноземців найбільш відомими вітчизняними конституціоналістами.

Ключові слова: принципи, конституційно-правовий статус, іноземці, рівність, єдність прав та обов'язків

Постановка проблеми. Інтеграційні процеси, які супроводжують розвиток майже всіх розвинутих держав сучасного світу, а також глобалізація основних галузей суспільного життя зумовлюють необхідність дослідження питань правового становища людини не лише в межах окремої держави, громадянином якої вона являється, але й потребують розширення підходу до обсягу та механізмів гарантування основних прав та свобод кожній людині, яка знаходиться на території України на законних підставах, в тому числі – іноземцям.

Особливо актуальними ці питання для України є сьогодні, коли одним з кроків до виходу із політичної та економічної кризи, в яких опинилась наша держава, діючий уряд побачив у залученні на окремі посади в державні органи влади громадян з інших держав, які мають досвід роботи саме в таких умовах. З одного боку, такі кроки можуть свідчити про наявність кризи діючої влади та нездатність українських чиновників самостійно вирішити вказані проблеми, а з іншого – про відкритість української влади та українського суспільства і готовність сприймати європейські демократичні принципи та ідеали, незалежно від кого вони йдуть.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Особливості конституційно-правового статусу іноземців в Україні досліджували та продовжують вивчати такі вчені, як Ю. М. Тодика, В. В. Кравченко, Є. Ю. Петров, Н. С. Погорецька та ін. Однак наявність прогалин в діючому законодавстві щодо окремих питань конституційно-правового статусу іноземців (відсутність в профільному законі переліку прав та свобод іноземців, гарантій їх захисту та механізмів реалізації), які залишаються невирішеними до сьогодні, свідчать про необхідність більш ґрунтовних досліджень загальнотеоретичних складових цього статусу, найважливішими з яких без сумніву є принципи.

Мета статті. Основним завданням наукового дослідження є визначення та встановлення сутності принципів конституційно-правового статусу іноземців, оскільки під ними розуміються найбільш значущі та головні засади встановлення та регулювання будь-яких юридичних явищ. Вони відіграють роль своєрідного каркасу, на якому тримається інститут конституційно-правового статусу іноземців, а отже, дозволяють встановити основи державної політики щодо цієї категорії осіб та визначити напрямки розвитку конституційно-правового законодавства в даній галузі.

Виклад основного матеріалу. Згідно загальновизнаної класифікації в науці конституційного права виділяється декілька категорій осіб, які знаходяться в правових відносинах з певною державою та мають різний правовий статус. До таких категорій відносяться, перш за все, громадяни цієї держави – особи, які безпосередньо поєднані стійким правовим зв'язком зі своєю державою та володіють найбільш можливим обсягом прав та обов'язків, передбаченим її законодавством. Також на законних підставах на території певної держави можуть тимчасово або постійно проживати такі категорії осіб, як іноземні громадяни, особи без громадянства, біженці, особи, які потребують тимчасового або додаткового захисту. Правовий статус цих категорій осіб визначається окремими законами держави та базується на загальному правовому положенні людини та громадянина.

© А.В. Левенець, 2014

Конституційно-правовий статус іноземців в нашій державі ґрунтується на Конституції України, стаття 26 якої закріплює, що іноземці та особи без громадянства, що знаходяться в Україні на законних підставах, користуються тими ж правами і свободами, несуть такі ж обов'язки, як і громадяни України, за винятками, встановленими Конституцією, законами і міжнародними договорами України [1, ст. 26].

У науковій і навчальній літературі принципи характеризують як загальні вимоги до суспільних відносин і їх учасників, а також як вихідні керівні засади, відправні установлення, що виражають сутність права і випливають з ідей справедливості й свободи, а також визначають загальну спрямованість і найістотніші риси діючої правової системи [2, с. 192].

Вітчизняні вчені, які займаються дослідженнями в галузі правового статусу людини і громадянина взагалі, та іноземців – зокрема, по різному підходять до визначення кола найбільш важливих принципів цього статусу. Так, Ю. М. Тодика до переліку принципів правового статусу іноземців відносить: національний режим; рівність іноземців перед законом; єдність прав, свобод та обов'язків іноземців; гарантованість прав та свобод іноземців [3, с. 29].

На думку іншого вченого, В. В. Кравченка, Конституція України згідно із загальнолюдськими цінностями та міжнародно-правовими нормами в галузі прав людини, які визначені Загальною декларацією прав людини (1948 р.), Міжнародним пактом про економічні, соціальні та культурні права (1966 р.), Міжнародним пактом про громадянські та політичні права (1966 р.), Європейською конвенцією про захист прав людини і основних свобод (1950 р.), іншими міжнародно-правовими документами, закріплює щодо правового статусу людини і громадянина такі принципи: свободи людини; рівності людей у своїй гідності та правах; невідчужуваності та непорушності прав і свобод людини; гарантованості прав, свобод і обов'язків людини і громадянина; невичерпності конституційного переліку прав і свобод людини і громадянина; рівності конституційних прав і свобод громадян України та рівності їх перед законом; єдності прав людини та її обов'язків перед суспільством [4, с. 119].

Аналізуючи принципи конституційно-правового статусу іноземців в Україні, Є. Ю. Петров розглядає їх з позицій класифікації принципів за формою нормативного вираження (за характером нормативного джерела, в якому вони закріплені), за сферою дії (в одній чи в кількох галузях, праві в цілому) та за змістом.

За формою нормативного вираження принципи можна розподілити на такі, які закріплені в міжнародних та внутрішньодержавних деклараціях, конституціях і в поточному законодавстві. За сферою дії вирізняють: загальноправові, міжгалузеві, галузеві та принципи правових інститутів. За змістом виділяють: загально-соціальні (економічні, політичні та ін.) і спеціально-юридичні принципи [5, с. 768].

Виходячи з такої класифікації, Є. Ю. Петров вважає, що основними принципами правового статусу іноземців в Україні є: 1. Принцип рівності іноземців перед законом (іноземці є рівними перед законом незалежно від походження, соціального і майнового положення, расової і національної приналежності, статі, мови, відношення до релігії, роду і характеру занять, інших обставин). 2. Принцип єдності прав і обов'язків іноземців. (іноземці в Україні наділені широким комплексом прав і свобод, але одночасно і несуть обов'язки: обов'язок не завдавати шкоди національним інтересам України, правам та свободам інших осіб, які живуть на території України, шанувати Конституцію та закони України і т.і.). 3. Належність іноземцю основних прав і свобод, незалежно від того, громадянином якої держави він є (даний принцип зазначений в ст. 3 Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства», де в ч. 3 визначено, що іноземці та особи без громадянства, які перебувають під юрисдикцією України, незалежно від законності їх перебування, мають право на визнання їх правосуб'єктності та основних прав і свобод людини). 4. Принцип відповідності правового статусу іноземців в Україні вимогам і стандартам, які на сьогодні склалися в міжнародному співтоваристві. 5. Принцип заборони незаконного обмеження прав та свобод іноземців (даний принцип означає, що іноземці не можуть бути заарештовані або триматися під вартою інакше як за вмотивованим рішенням суду і тільки на підставах та в порядку, встановлених законом, не можуть бути піддані тортурам, жорстокому поводженню та без їх згоди медичним або науковим експериментам чи будь-яким незаконним обмеженням прав та свобод). 6. Принцип неприпустимості масових висилок іноземців, які законно знаходяться на території цієї країни (даний принцип зазначено в ч. 2 ст. 31 Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства», в якій забороняється колективне примусове видворення іноземців). 7. Принцип вільного доступу іноземця в дипломатичні представництва і консульські установи держави його громадянства. 8. Принцип загальнодоступності основних прав і свобод іноземців. 9. Принцип недискримінації іноземців за ознаками раси, ві-

росповідання, національності, громадянства (підданства), належності до певної соціальної групи або політичних переконань [5, с. 771-774].

Вузький або широкий підходи до визначення принципів конституційно-правового статусу іноземців в Україні пояснюються тим, наскільки детально розглядати відповідні положення діючого законодавства. На наш погляд, найбільш важливими принципами конституційно-правового статусу іноземців в нашій державі являються наступні:

1. Принцип рівності іноземців перед законом. Цей принцип є дуже важливим для будь-якої розвинутої демократичної держави, оскільки базується на загально філософській сутності кожної людини як вільної особистості. Принцип рівності іноземців означає по-перше, їх рівність у правах із власними громадянами за винятками, чітко встановленими Конституцією та діючими законами, по-друге – рівність між собою незалежно від раси, майнового положення, релігійних, політичних, ідеологічних переконань та ін. По-третє, важлива складова вказаного принципу – рівність чоловіка та жінки, що закріплена в ст. 24 Конституції України та має відношення як до громадян України, так і до іноземців та всіх інших категорій осіб, що знаходяться на території нашої держави.

Незважаючи на закріплення принципу рівності іноземців в Основному законі держави та в Законі «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» (ст. 3), його реалізація в Україні не завжди відповідає дійсності та потребує вдосконалення механізмів забезпечення цього принципу. Перш за все, таке вдосконалення має відбутись в галузі реалізації та захисту соціально-економічних прав іноземців, які сьогодні навіть не встановлені в Законі.

2. Принцип єдності прав, свобод та обов'язків іноземців. Даний принцип є дуже важливим для сучасного суспільства. Він отримав своє закріплення у цілому ряді міжнародних документів, перш за все – в Загальній декларації прав людини, прийнятій ООН в 1948 році, ст. 29 якої встановлює: «кожна людина має обов'язки перед суспільством, у якому тільки й можливий вільний і повний розвиток її особи. При здійсненні своїх прав і свобод кожна людина повинна зазнавати тільки таких обмежень, які встановлені законом виключно з метою забезпечення належного визнання і поваги прав і свобод інших та забезпечення справедливих вимог моралі, громадського порядку і загального добробуту в демократичному суспільстві» [6, ст. 29]. Принцип єдності прав, свобод та обов'язків, що є характерним для правового статусу особистості в сучасному суспільстві, розповсюджується в однаковій мірі як на власних громадян, так і на іноземців. Це підтверджує ст. 23 Конституції України, яка закріплює, що кожна людина має право на вільний розвиток своєї особистості, якщо при цьому не порушуються права і свободи інших людей, та має обов'язки перед суспільством, в якому забезпечується вільний і всебічний розвиток її особистості [1, ст. 23]. Так само принцип єдності прав та обов'язків іноземців в Україні відображений в Законі України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» 2011 року, ч. 2 ст. 3 якого містить положення: іноземці та особи без громадянства зобов'язані неухильно додержуватися Конституції та законів України, інших нормативно-правових актів, не посягати на права і свободи, честь і гідність інших людей, інтереси суспільства та держави [7, ст. 3].

Отже, можна зробити висновок, що принцип єдності прав та обов'язків іноземців в Україні є не лише важливим, але й необхідним, оскільки по-перше, неможливо мати права та свободи і при цьому не нести відповідальність за свої вчинки перед суспільством та державою; а по-друге, значення даного принципу підтверджується встановленням його як однієї з найважливіших засад правового статусу іноземців на міжнародному та внутрішньодержавному рівнях.

3. Ще одним з основних принципів конституційно-правового статусу іноземців в Україні є **визнання їх прав, свобод та обов'язків, незалежно від того, громадянами якої країни вони є та на яких підставах знаходяться на території України.** Цей принцип також отримав своє закріплення в ст. 3 Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства», а саме: іноземці та особи без громадянства, які перебувають під юрисдикцією України, незалежно від законності їх перебування, мають право на визнання їх правосуб'єктності та основних прав і свобод людини [7, ст. 3]. Даний принцип в деякій мірі доповнює принцип рівності іноземців та означає, що незалежно від приналежності до громадянства будь-якої країни, а також незалежно на законних підставах знаходиться іноземець на території нашої держави чи ні, він все одно має право на визнання його правосуб'єктності, тобто на основні права та свободи, які повинні визнаватись та поважитись в Україні.

Висновки. Перелічені вище та багато інших принципів, які можна виокремити в конституційно-правовому законодавстві, свідчать про їх значення в структурі конституційно-правового статусу іноземців в Україні. Від того, наскільки повно закріплені принципи статусу іноземців в Україні та як вони реалізуються в повсякденному житті, залежить рівень демократичності нашої держави, а також її правовий характер. У зв'язку з цим, можна зробити висновок, що ст. 3 діючо-

го Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства», яка встановлює основні засади правового статусу іноземців та осіб без громадянства, хоча й відповідає окремим положенням міжнародних документів, потребує свого вдосконалення та доповнення переліку цих засад, наприклад: заборона застосовувати тортури та піддавати іноземців жорстокому або такому що принижує людську гідність поводженню; заборона індивідуальної або колективної висилки іноземців з території держави не інакше, як на підставі законного рішення суду; принцип вільного доступу та надання можливості в будь-який час зв'язатися з консульством або дипломатичним представництвом тієї країни, громадянином якої є іноземець та ін.

Звісно, вказані принципи так чи інакше опосередковано випливають із низки норм діючого законодавства, але їх системне відображення в статті, яка саме називається «Засади правового статусу іноземців та осіб без громадянства» є більш логічним та вірним. Закріплення цих принципів може стати додатковою гарантією забезпечення конституційно-правового статусу іноземців в Україні та, в свою чергу уникнути багатьох міжнародних конфліктів.

Список літератури

1. Конституція України 1996 року // Відомості Верховної Ради України. – 1997. – № 31. – Ст. 140.
2. Загальна теорія держави і права / за ред. проф. М. В. Цвіка, доц. В. Д. Ткаченка, проф. О. В. Петришина. – Х. : Право, 2002. – 432 с.
3. Тодыка Ю. Н. Конституционно-правовой статус иностранцев и беженцев в Украине : учебное пособие / Ю. Н. Тодыка. – Х. : Факт, 1998. – 104 с.
4. Кравченко В. В. Конституційне право України : навч. посіб. / В. В. Кравченко. – Вид. 3-тє, виправ. та допов. – К. : Атіка, 2004. – С. 119.
5. Петров Є. Ю. Принципи конституційно-правового статусу іноземців в Україні [Електронний ресурс] / Є. Ю. Петров // Форум права. – 2012. – №1. – Режим доступу : http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2012-1/12pejivu.pdf.
6. Загальна декларація прав людини, прийнята і проголошена резолюцією 217 А (ІІІ) Генеральної Асамблеї ООН від 10 грудня 1948 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada. gov.ua/laws/show/995_015
7. Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства : Закон України від 22 вересня 2011 року // Відомості Верховної Ради України. – 2012. – № 19 – 20. – Ст. 179.

Стаття надійшла 17.12.2014 р.

А.В. Левенец, преподаватель
Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова
кафедра конституционного права и правосудия
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

ХАРАКТЕРИСТИКА ОСНОВНЫХ ПРИНЦИПОВ КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВОГО СТАТУСА ИНОСТРАНЦЕВ В УКРАИНЕ

Резюме

В науке конституционного права особое значение занимают исследования в области правового статуса личности, и в частности – правового статуса иностранцев. Это объясняется тем, что с одной стороны, любое демократическое правовое государство должно создавать надлежащие условия для временного или постоянного проживания всех лиц на своей территории и обеспечивать действенный механизм реализации и защиты их прав и свобод, независимо от субъективных факторов, а с другой – защищать свои внутренние суверенные интересы и интересы своих собственных граждан как лиц, которые имеют наиболее тесную связь с этим государством.

Национальное законодательство, регулирующее принципы правового статуса иностранцев, в целом соответствует международным стандартам в этой области. Однако следует отметить, что перечень этих принципов и их содержательная характеристика требуют своего дальнейшего совершенствования и дополнения. Решение этих задач и стало целью проведенного научного исследования.

Ключевые слова: принципы, конституционно-правовой статус, иностранец, равенство, единство прав и обязанностей.

***A.V. Levenets*,** Lecturer
Odesa I. I. Mechnikov National University
the Department of Constitutional Law and Justice
24/26, Frantsuzskiy Boulevard, Odessa, 65058, Ukraine

DESCRIPTION OF SIGNIFICANT CONSTITUTIONAL AND LEGAL STATUS OF FOREIGNERS IN UKRAINE

Summary

In science of constitutional law the researches in the field of the legal status of the individual, and legal status of foreigners in particular have a special value. Due to the fact that on the one hand, a democratic legal state should create the right conditions for temporary or permanent residence of all persons within its territory and provide an effective mechanism for the implementation and protection of their rights and freedoms, regardless of the subjective factors, and on the other – to protect their domestic sovereign interests and the interests of its own citizens as individuals who have the closest relationship with the State.

National legislation governing principles of the legal status of foreigners in general, consistent with international standards in this area. However, it should be noted that the list of these principles and their substantial characteristic require further improvement and additions. The purpose of the research is to solve these problems.

Key words: principles, constitutional and legal status, the foreigner, equality, unity of rights and responsibilities.

УДК 342.95

В.А. Стукаленко, канд. юрид. наук, доцент
Одеський інститут фінансів Українського державного університету фінансів
та міжнародної торгівлі, кафедра прикладної економіки
вул. 25-ї Чапаївської дивізії, 6, Одеса 65070, Україна

ТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ АБСЕНТЕЇЗМУ

В статті висвітлено актуальні питання, пов'язані з поняттям «абсентеїзм» та його різновидами. Зазначено, що в сучасних демократичних країнах абсентеїзм досить поширене явище. Проаналізовано проблеми, які мають значний вплив на рівень абсентеїзму. Акцентується увага на основних причинах збільшення рівня ухилення громадян від участі у виборах

Ключові слова: вибори, абсентеїзм, види абсентеїзму, політична активність, суспільство.

Постановка проблеми. Проблема вивчення абсентеїзму належить до тих проблем наукового пізнання, яка впродовж останніх десятиліть знаходиться в центрі уваги як вітчизняних, так і зарубіжних вчених. Ця зацікавленість обумовлена рядом причин, серед яких, перш за все, необхідно визначити чотири основні.

По-перше, участь населення в політичному процесі і, перш за все, у формуванні виборних органів влади є умовою успішного функціонування будь-якого суспільства, побудованого на демократичних принципах. Безперечно, що виключення або усунення з активного політичного життя представників певних соціальних груп, збільшення числа тих, хто свідомо дистанціюється від політики, неминуче перешкоджає формуванню структур громадянського суспільства, негативно позначається на ефективності діяльності виборних органів влади.

Без сумніву можливо стверджувати, що зростання числа абсентеїстів – це свідчення про зростання недовіри до демократичних інститутів, а також, індикатор зростання соціальної напруженості в суспільстві. Саме з цим пов'язаний інтерес до проблеми абсентеїзму багатьох науковців.

По-друге, різке зниження політичної активності громадян може призвести до питання легітимності нової влади. Зрозуміло, що політичний діяч, який не отримав підтримки більшої частини населення не може розглядатися як носій законної влади, а це зазвичай веде до дестабілізації соціального організму, породжує численні кризові явища

Третя причина пов'язана з розробкою проблеми абсентеїзму науковцями. Не вироблена єдина точка зору на природу абсентеїзму; немає чіткого уявлення про головні причини, що змушують індивідів приймати рішення «не брати участь в політиці взагалі» і у виборах зокрема; не сформувалася думка і щодо того, як пов'язаний абсентеїзм з формою правління, з ефективністю діяльності інститутів держави, сім'ї, освіти і т. п.

Четверта причина має фінансову складову, у зв'язку з тим, що абсентеїзм призводить до повторних виборів, значних матеріальних витрат, недоукомплектованості представницьких органів, внаслідок чого вони не можуть повноцінно виражати волю й інтереси електорату.

Зазначені причини визначають необхідність більш детальнішого вивчення феномена абсентеїзму для можливого практичного застосування в механізмах протидії цьому явищу.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Першими дослідниками абсентеїзму є: Ч.-Е. Мерріам і Р.-Ф. Госснел. У 1924 році ними було проведено інтерв'ювання американських виборців з метою з'ясування мотивів ухилення від участі у виборах. Надалі проблема абсентеїзму розглядалася в рамках досліджень електоральних процесів. Дослідження в цьому напрямі вели Ч.-Э. Мерріам і Г.-Ф. Госснел Г. Лассвел, С. Верба, Н. Най, П. Лазарсфельд, Б. Берельсон, В. Макфол, Р. Россі, В. Макфол, В. Глазер, В. Міллер, Р. Купер, П. Конверс, А. Вулф, А. Кемпбелл. Е. Дауне, Д. Істон, Х. Бреді, Д. Бехрі, Дж. Фереджон, М. Флоріна, М. В. Сербін, Х. Х. Лойт, О. С. Пучнін, Ю. Б. Ключковський, Ю. Шведа, В. Л. Логвіна, Е. Переа, Б. А. Стародубський, В. Є. Чиркін, О. В. Лазаренко та О.О. Лазоренко й інші.

Незважаючи на те, що дану проблематику розглядала велика кількість науковців, багато її аспектів зараз залишаються малодослідженими чи дискусійними.

Мета статті. У даній статі пропонується дослідити зміст та різновиди абсентеїзму, вплив даного явища на проведення виборів на основі узагальнення теоретичних досліджень. Приділити увагу деяким причинам, пов'язаних із існуванням абсентеїзму та визначити шляхи їх усунення.

© В.А. Стукаленко, 2014

Виклад основного матеріалу. Вибори є невід'ємним атрибутом демократичного суспільства, тому, що шляхом виборів у ньому відбувається відтворення та легітимація владних інститутів. Вибори і демократія нерозривні, їх неможливо розділити або абстрагуватися один від одного. Громадяни таким чином обирають напрямок суспільного розвитку і тих, кому вони довірять цей напрямок реалізовувати.

У процесі виборів відбувається передача громадянами свого права керувати державою через індивідуальне голосування представникові (президенту, губернатору, меру чи конкретному представницькому інституту, наприклад парламенту) на чітко окреслений тимчасовий період [1, с. 19].

Для багатьох громадян вибори стають єдино можливою формою їх активної участі у політичному житті і вони сприяють виробленню у виборців відчуття, що кожен конкретний виборець причетний до прийняття рішень щодо того, хто буде представляти його інтереси у парламенті.

Не можливо оминути той факт, що вибори є сучасною, цивілізованою, правовою формою завоювання й оновлення влади, приведення її структур та діяльності у відповідність до потреб життя. Вибори – це демократичний спосіб формування і змінювання (періодичного чи позачергового) особового складу органів державної влади або підтвердження їхніх повноважень на новий, визначений строк [1, с. 25].

Завдяки виборам відбувається легітимація політичної системи й уряду, здійснюється представництво суспільних груп, верств і соціальних позицій, конкурентна боротьба й розв'язання конфліктів у суворо визначених межах закону, процедур і регламентів. Соціальна значущість виборів полягає в тому, що вони є одним із суттєвих елементів політичного самоствердження громадян, політичної самоорганізації громадянського суспільства, сприяють виробленню навичок публічної, справжньої, а не уявної участі громадян та їх об'єднань у формуванні державної влади [1, с. 26].

Вибори є найефективнішим способом народного контролю за урядом, президентом, парламентарями у сучасному суспільстві.

Однак, можливо ще багато перераховувати значення виборів для держави, суспільства, окремих громадян, скільки дослідників стільки і думок, але одне є безперечно – важливою невід'ємною складовою виборів є явище абсентеїзму, особливо в останній час.

Проте перш ніж розглядати проблему абсентеїзму у всіляких його ракурсах, необхідно зрозуміти, що ж таке абсентеїзм. Абсентеїзм – (від латин. «absens, absentis» – відсутній) – усунення виборців від участі в голосуванні. У сучасних демократичних країнах абсентеїзм досить поширене явище: не рідко в голосуванні не приймають участі 50 % і навіть більш за виборців, що мають право голосу. В Україні це явище також досить поширене [2].

Під час кожних виборів в усіх демократіях знайдуться особи, які не голосують тому, що вони хворі, погана погода, перебувають далеко від місця постійного проживання або існують якісь інші проблеми. Проте частина виборців із правом голосу не голосують систематично. Саме це явище в поведінці виборців й прийнято називати абсентеїзмом.

Юридичних інструментів подолання абсентеїзму в Україні відсутні. Але у світі є приклади, коли законодавчо встановлена обов'язковість виборця прийняти участь в голосуванні.

В окремих країнах (Бельгія, Нідерланди, Туреччина, Аргентина) використовується так званий обов'язковий вотум – встановлений виборчим законом обов'язок виборців взяти участь у голосуванні під страхом застосування юридичної відповідальності (у вигляді штрафу і навіть кримінальної відповідальності). Так, неучасть у виборах в Італії призводить до моральних санкцій, у Мексиці – до штрафу або позбавлення волі, у Греції та Австрії – до тюремного ув'язнення на строк від місяця до одного року [3].

У держави є декілька варіантів знизити рівень абсентеїзму. Найпростіший – це передбачити юридичну відповідальність за не прийняття участі в виборах без поважних причин. Але примусова явка не тотожне ефективному голосуванню, це по-перше. Наприклад, в тоталітарних суспільствах проблема абсентеїзму не виникає. Але явка великої кількості виборців на вибори, в таких державах, не є свідченням свідомого вибору. Другим аргументом проти такого сценарію підвищення активності електорату є той факт, що при волевиявленні шляхом голосування найважливіше – це свідомий вибір виборців і розуміння вчинених дій, а не просто бездумний факт голосування. По-третє, застосування різного роду примусових заходів входить в протиріччя з принципом вільних виборів і добровільної участі в голосуванні.

Держава, будучи зацікавленою у подоланні абсентеїзму, покликана виробити юридичні механізми, використання яких здатне блокувати неправові способи стимулювання активності виборців. Цим цілям служать положення законодавства, які визнають злочинними і караними дії, пов'язані із застосуванням погроз, шантажу, підкупу виборців і примусом їх до голосування. Істотна роль відводиться адміністративно-правовим засобам.

Проблема абсентеїзму в Україні зараз стоїть досить гостро, щоб вона потребувала не тільки в рамках обговорення, але необхідно і ухвалення ефективних заходів і рішень. Як і в зарубіжних країнах, так і в Україні найбільша активність виборців проявляється на загальнонаціональних виборах, значно нижче вона на регіональних виборах та виборах до органів місцевого самоврядування [2]. Наприклад, явка на виборах 2014 р. Президента України склала 60,29 %, тобто на вибори не з'явилося 39,71 % виборців [4]. В той же час, «ігнорують» вибори в органи місцевого самоврядування більша кількість громадян. І як приклад, на виборах мера Одеси явка склала 46,7%, тобто на вибори не з'явилося 53,3 % виборців [5].

Сам по собі абсентеїзм – це термін широкого застосування. В загальних рисах абсентеїзм визначається як відсутність індивідів у певному місці у певний час і пов'язане з цим невиконання відповідних соціальних функцій. При цьому виділяється незліченну кількість відтінків цього явища.

Залежно від мотивів неучасті у виборах виділяють такі види абсентеїзму: політичний, економічний, соціальний, аполітичний та інші. Вказані види абсентеїзму цікаві не лише з точки зору теорії, але мають і практичне значення. Чітке розуміння причин «ігнорування» виборів дасть змогу кандидатам розробити ефективну стратегію зацікавлення потенційного електорату.

При політичному абсентеїзмі виборець, ухиляючись від участі у виборах, таким чином висловлює свій протест політичним програмам та передвиборним платформам усіх кандидатів, він вважає, що жодна з них не відповідає його власним політичним поглядам.

Наприклад, на минулих виборах у Верховну Раду рівень явки в Одеській області був 39,6 %, тобто рівень абсентеїзму виборців сягав 60,4 %. Неявка одеситів на вибори – крок політичний. Фактично, це таке ж волевиявлення, як і голосування – але тільки оформлене в такому ось «нестандартному» форматі [6].

Абсентеїзм може бути й відбиттям прагнення людей відсторонитися від політики, в якій вони вбачають марнославне та амбіційне змагання групових, егоїстичних інтересів. Політичний абсентеїзм може бути також пов'язаний із прагненням заявити політичний протест при сумніві виборця щодо можливості проведення чесних виборів, проти недоліків виборчої системи або й існуючої форми правління взагалі. Або, навпаки, повне задоволення своїм становищем, на яке вибори не можуть вплинути. Політичний абсентеїзм не передбачає повного виключення людини з поля політичних владних відносин, оскільки він, як правило, залишається законослухняним громадянином, сумлінним платником податків. Позиція неучасті, зайнята людиною, стосується тільки тих видів політичної діяльності, де він може якимось чином проявити себе як активна особистість: висловити свою думку, висловити свою причетність якійсь групі або організації, визначити своє ставлення до того чи іншого кандидата в депутати парламенту.

Можливо з упевненістю стверджувати, що політичний абсентеїзм має два напрямки свого розвитку. Перший напрямок – відсутність електорального виховання у молоді і, як наслідок, електоральний абсентеїзм молоді, другий напрямок – наявність соціально-психологічних чинників, що перешкоджають формуванню усвідомленої громадянської політичної позиції кожної конкретної людини [2].

При економічному та соціальному абсентеїзмі виборець висловлює протест стосовно складної економічної чи соціальної ситуації, що склалася в суспільстві (безробіття, недостатня соціальна захищеність, погана екологія тощо), він не вірить у бажання та здатність всіх кандидатів боротися з цими негативними явищами.

Аполітичний абсентеїзм не пов'язаний з політичною демонстрацією, він полягає в байдужому ставленні, відсутності будь-якого інтересу виборця до виборів та політики в цілому. Низький рівень життя населення країни (особливо молоді) створює ситуацію при якій, люди займаються пошуком засобів для існування, ні на що інше, в тому числі й активність у суспільній сфері, не залишається ні часу, ні сил, ні бажання [1, с. 82].

Абсентеїзм може бути пов'язаний з нерозвиненою політичною свідомістю людей.

На думку низки експертів, люди не приходять на дільниці через досить примітивні піаркампанії – кандидати використовували банальні речівки і слогани, нічим не виділяючись один від одного. Другою причиною слабкої явки експерти називають кризу, а третьою – погану погоду і невіру у зміни, мовляв, через похолодання, а також впевненість, що «все вже вирішено наперед», багато виборців залишилися вдома [7]. Тому багато дослідників не дають однозначної оцінки феномену абсентеїзму. З одного боку, існування проблеми абсентеїзму свідчить про те, що у індивіда є право вибору тієї лінії поведінки, яка відповідає його інтересам, але з іншого – абсентеїзм, безсумнівно, є свідченням індиферентності людей до виборів, політичним подіям.

Аналіз досліджень дозволяє виділити гіпотезу, що пояснює виникнення абсентеїзму. Виникнення абсентеїзму як феномена політичної практики пов'язане з низкою об'єктивних і суб'єктивних чинників, серед яких головними є деформації в політичній системі суспільства, падіння довіри до ін-

ститутів державної влади, зменшення значущості демократії як цінності для представників різних електоральних груп, а також індикатором незадоволення системою управління, окремими особами і т. п. Для зацікавлених державних структур – це «дзвіночок» про негаразди в суспільстві та необхідність застосування механізмів адміністративно-правового регулювання для їх зменшення.

Абсентеїзм як явище, небезпечний тим, що призводить до зниження чисельності виборців, при явці яких вибори вважаються такими, що відбулися.

На думку деяких дослідників, причиною зростання абсентеїзму є відчуженість від політичного процесу, що у свою чергу, є наслідком загального послаблення соціальних зв'язків у суспільстві, які могли б забезпечити зовнішнє заохочення голосувати, а також підвищити відчуття значущості виборів [1, с. 83]. На підтвердження тенденції підвищення рівня абсентеїзму можливо навести такі данні: на вибори Президента України (1994) в 2-ому турі не з'явилося 28,6 % виборців; на вибори Президента України (1999) в 2-ому турі не з'явилося 25,1 % виборців; на вибори Президента України (2004) в 2-ому турі не з'явилося 22,9 % виборців; на вибори Президента України (2010) в 2-ому турі не з'явилося 30.85 % виборців [8]; на вибори Президента України (2014) не з'явилося вже 39,71 % виборців [4].

Нині в багатьох країнах світу вважається нормальним, коли до виборчих скриньок приходить від третини до половини виборців. Такий стан викликає занепокоєння і наука намагається знайти цьому пояснення. Існує багато причин того, чому люди відмовляються брати участь у політичних подіях, зокрема у виборах.

Аналізуючи ситуацію пов'язаною з абсентеїзму, можливо виокремити два типи причин цього явища: 1) пов'язані з особливостями конкретної виборчої кампанії, коли в силу певних причин вибори нецікаві (висунені неяскраві кандидати, відсутня справжня змагальність на виборах тощо); 2) пов'язані з загальною політичною, соціальною й економічною ситуацією в країні; 3) це тип політичної поведінки особистості (риса характеру, життєва позиція, що виявляється у відсутності потреби, звички, бажання політичної дії; світоглядом, орієнтованим, наприклад, на внутрішнє вдосконалення).

Абсентеїзм є відбиттям прагнення людей відсторонитися від політики, в якій частина з них вбачає марнославне й амбіційне змагання групових і егоїстичних інтересів. На думку М. Рокара, у сучасному суспільстві, в якому вплив релігії вельми послабився, усе трагічне і священне пов'язують з політикою, коли ж вона не виправдовує їх сподівань, у ній розчаровуються, і як один із наслідків – абсентеїзм [2].

На сьогоднішній день серед проблем суспільної свідомості, пов'язаних з абсентеїзмом, найбільш актуальною є абсентеїзм молоді. При цьому необхідно зазначити, що низький рівень політичної участі молоді, або політичний абсентеїзм, не є суто українською проблемою. І тому в державах, які реально бажають залучити молодь до виборів, приймаються на найвищому рівні та здійснюються заходи, спрямовані на підвищення рівня політичної участі молоді, створюються програми, виділяються кошти [2].

Рівень неучасті в голосуванні значно вищий серед людей із низьким соціально-економічним статусом. На це впливає притаманний цій групі нижчий рівень освіти, відсутність «пізнавального досвіду», необхідного для розуміння складних державних справ. Нарешті, багато виборців із нижчим статусом не голосують, бо не вірять, що система може відповісти на їхні потреби. Їм здається, що жодна партія чи кандидат не представляють їхні інтересів. Відсутність реальних, принаймні, у короткостроковій перспективі, результатів позбавляє молодь віри в здатність змінити хоч щось у своєму житті за допомогою політичної участі.

Е. Переа дослідила причини абсентеїзму у 15 країнах Західної Європи і прийшла до висновку, що серед основних чинників неучасті у виборах виступають індивідуальні мотиви, одночасно простежується вплив дії різного роду інституційних стимулів. На думку дослідниці, дуже складно вивести загальноприйнятні залежності між абсентеїзмом індивідуальними та інституційними стимулами [1, с. 83].

Подолання політичного абсентеїзму можливе застосуванням у сукупності трьох груп дій: а) підвищення електоральної та політичної культури населення; б) облік впливу соціальних факторів у передвиборній кампанії; в) подолання соціальної кризи.

Для першого напряму важливе передусім молодіжне питання. Тобто, більше залучати молодь до суспільного життя різноманітними способами: і поглиблене вивчення в школах й інститутах усіх профілів основ активного виборчого права, та проведення тематичних ігор-виборів, ігор-референдумів, і організація всередині шкільних і студентських колективів партій і рухів, і реалізація моделі держави на ігровому рівні та багато-багато іншого. Крім того, передвиборні програми кандидатів мають містити і певні соціальні гарантії.

Третій напрямок – підвищення духовного, економічного і політичного престижу країни в очах її громадян [2], що, в свою чергу, вимагає радикального посилення ефективності роботи

всієї системи влади, соціальної самовіддачі всіх її структур, підпорядкування їх виключно загальним інтересам людей.

Висновки. В суспільстві простежується тенденція до дискредитації інституту виборів і скептичне ставлення до них стає все більш «прийнятим» в суспільстві, а електоральний абсентеїзм – все більш легітимною практикою. Серед причин абсентеїзму, можливо назвати, низький рівень політичної культури; інфантильність або усвідомлення власного політичного безсилля; нездатність впливати на прийняття політичних рішень; відчуження власних політичних цінностей і потреб від можливостей їх задовольнити; високий рівень недовіри виборців політичним інститутам та т. п. Які б не були причини абсентеїзму, неприбуття громадян на виборчі дільниці понижує демократичний потенціал суспільства. Саме свідома участь широких верств населення у виборах забезпечує перетворення демократії формальної в реальну.

Досліджуючи проблему абсентеїзму серед одного з напрямів роботи щодо підвищення електоральної активності населення, є робота з молоддю і вона найбільш перспективна. Адже молодь з її свіжими силами, активною життєвою позицією, мінімальною залежністю від соціальних умовностей повинна бути основою і опорою виборного інституту в державі.

Список літератури

1. Шведа Ю. Р. Вибори та виборчі системи. Європейські стандарти та досвід для утвердження демократії в Україні / Ю. Р. Шведа. – Львів, 2010. – 462 с.
2. Абсентеизм – пути преодоления [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.0zd.ru/sociologiya_i_obshhestvoznanie/absenteizm__puti_preodoldeniya.html.
3. Логвина В. Л. Політологія : навч. посіб. [Електронний ресурс] / В. Л. Логвина – К. : Центр навч. л-ри, 2006. – 304 с. – Режим доступу : http://bookre.org/reader?file=1358011.
4. Остаточна явка на виборах Президента України склала 60,29% [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://nikorupciji.org/2014/05/26/ostatochna-yavka-na-vyborah-prezydenta-ukrajiny-sklala-6029/ – Назва з титулу екрана.
5. На виборах мера Одеси…. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://tsn.ua/vybory-2014/na-viborah-mera-odesi-truhaniv-obiyshov-gurvica-mayzhe-na-40-tisyach-golosiv-351692.html – Назва з титулу екрана.
6. Как надо понимать сверхнизкую явку в Одесской области? [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://timer.od.ua/minds/kak_nado_ponimat_sverhnizkuyu_yavka_580.html – Назва з титулу екрана.
7. Вибори в Одесі: старі-нові депутати і пасивні виборці [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://ukr.segodnya.ua/regions/odessa/vybory-v-odesse-starye-novye-deputaty-i-passivnye-izbirateli--564395.html – Назва з титулу екрана.
8. Вибори-2010: аналіз явки у другому турі [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://polityka.in.ua/info/353.htm – Назва з титулу екрана.

Стаття надійшла 04.12.2014 р.

В.А. Стукаленко, канд. юрид. наук, доцент
Одесский институт финансов Украинского государственного университета финансов и международной торговли, кафедра прикладной экономики
ул. 25-й Чапаевской дивизии, 6, Одесса 65070, Украина

ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ АБСЕНТЕИЗМА

Резюме

В статье исследованы и проанализированы актуальные вопросы, связанные с понятием «абсентеизм» и его разновидностями. В зависимости от мотивов неучастия в выборах выделяют такие виды абсентеизма: политический, экономический, социальный, аполитичный и другие. Эти виды абсентеизма интересны, как с точки зрения теории, так и с позиции практики. Четкое понимание причин «игнорирования» выборов дает возможность кандидатам разрабатывать эффективные стратеги для развития заинтересованности у потенциального электората.

Освещены вопросы связанные с практическими причинами, которые влияют на уровень абсентеизма. Теоретические положения дополняются статистическим материалом. Отмечено, что в современных демократических странах абсентеизм довольно распространенное явление. Так же, обращается внимание на то, что одним из наиболее перспективных направлений работы по повышению электоральной активности населения является работа с молодежью. Делается вывод, какие бы не были причины абсентеизма, неприбытие граждан на избирательные участки снижает демократический потенциал общества.

Ключевые слова: выборы, абсентеизм, виды абсентеизма, политическая активность, общество.

***V.A. Stukalenko*,** Candidate of Juridical Sciences, Associate Professor
Odesa Institute of Finance of the Ukrainian state University of Finance and international trade,
the Department of applied Economics
6, 25th Chapaev division st., 65070, Ukraine

THEORETICAL ASPECTS OF ABSENTEEISM

Summary

Article researches and analyzes actual issues associated with the concept of «absenteeism» and its varieties. Depending on the motives of non-participation in elections there are such types of absenteeism: political, economic, social, apolitical, and others. These types of absenteeism are interesting both from the theoretical and practical point of view. A clear understanding of the reasons to «ignore» election enables candidates to develop an effective strategy for the development of interest among potential voters.

The issues associated with the practical reasons that affect the level of absenteeism are highlights. Theoretical provisions are complemented by statistical material. It is noted that in modern democratic countries absenteeism is quite common. Also, appeal attention to the fact that one of the most promising directions for improving the electoral activity of the population is youth work. The article makes a conclusion, whatever the causes of absenteeism, failure of citizens to the polls reduces the democratic potential of the society.

Key words: elections, absenteeism, types of absenteeism, political activity, society.

АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

УДК 342.922

П.П. Білик, канд. юрид. наук, доцент
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова
кафедра адміністративного та господарського права
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

СТАТУС КЕРІВНИКА В АПАРАТІ ДЕРЖАВНОГО УПРАВЛІННЯ ТА ЕФЕКТИВНІСТЬ УПРАВЛІНСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ: АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ

Стаття присвячена визначенню складності правового статусу керівника в органах державного управління. Висвітлюється комплекс внутрішньо організаційних та зовнішньо управлінських повноважень і форми та методи їх реалізації. Увага приділена і формуванню стилю управління як одній із необхідних якостей керівника.

Ключові слова: апарат управління, керівник, державне управління, правове забезпечення, повноваження, стиль управління, форми та методи управління.

Постановка проблеми. В сучасних умовах, коли об'єктивно трансформуються встановлені протягом тривалого часу засади державотворення, підвищені вимоги повинні висуватися до порядку організації та забезпечення функціонування апарату державного управління, його органів та, безумовно, до професійного рівня та кваліфікації посадових осіб цих органів. Це пояснюється тим, що саме через повсякденну практичну діяльність цих посадових осіб здійснюється державно-управлінський, впорядковуючий вплив на всі найважливіші суспільні відносини. Але й сам керівник, навіть найпрофесійніший, без належного правового регулювання його статусу та засад діяльності, форм та методів такої діяльності, без законодавчо визначеної функціонально-компетенційної складової, навряд чи здатен буде ефективно реалізовувати ту мету, яка на нього та на керований ним орган чи структуру в державному управлінні покладається. Тому в даному випадку йдеться про підвищення вимог двох порядків: по-перше, – вимог законодавства до керівних кадрів в органах публічної адміністрації (державного управління), і, по-друге, до структури та достатності самого законодавства щодо статусу керівних кадрів в апараті держави.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Доктринальною розробкою питань правового статусу керівника в органах виконавчої влади (державного управління) займалися не багато радянських та українських вчених, спеціалістів державного управління. Так, 1988 року вийшла колективна робота «Керівник в апараті державного управління (організаційно-правові проблеми)», перед тим 1984 року вийшла праця О. М. Омарова «Руководитель: размышления о стиле управления». Певні питання визначення статусу керівника органу державного управління знайшли відображення свого часу в роботах Н. О. Армаш, Д. М. Бахраха, А. С. Васильєва, В. С. Кабакова, М. П. Орзіха, Ю. О. Розенбаума, О. Г. Тиковенко, В. В. Цвєткова та ін. Сьогодні питання правового статусу керівника органу державного управління відображені в роботах, які видані друком за загальною редакцією В. Б. Авер'янова, а також в роботах учених-дослідників питань теорії державного управління Української Академії державного управління при Президенті України.

Виклад основного матеріалу. Ще 1996 року в Конституції України людина з властивими їй правами, – такими, як життя, здоров'я, честь та гідність, недоторканість та безпека – була визнана найвищою соціальною цінністю. Беззаперечним є той факт, що практична реалізація такого положення вимагає докорінної перебудови засад, на яких засновані та на які спираються відносини між людиною та державою. Якщо в умовах панування командно-адміністративної системи управління, яка існувала за часів Радянського Союзу, домінантною була побудова таких відносин за принципом «людина для держави», то в сучасних умовах держава повинна виконувати своє пряме та основне призначення, свою службову роль стосовно людини. Як зазначається з цього приводу в спеціальній літературі, раніше вважалося, що держава, її органи управляють вищі нижчими, і найнижчою ланкою державного організму, його «гвинтиками» були прості громадяни. Сучасне розуміння демократичної держави полягає в тому, що не громадяни служать державі, а вона є організацією на службі суспільства [1, с. 30].

В такому сенсі основним призначенням держави, всіх її органів та посадових осіб є орієнтація державно-владної діяльності на забезпечення прав, свобод та законних інтересів людини, як найвищої соціальної цінності. Ця теза означає, що держава не управляє громадянами, а надає їм

© П.П. Білик, 2015

управлінські послуги, тобто вчиняє різноманітні дії, спрямовані на створення умов для реалізації ними своїх прав і свобод [1, с. 30]. Держава в особі всіх без винятку державних органів, через які народ України здійснює надану йому владу, покликана створити такі об'єктивні оточуючі людину умови, або трансформувати вже об'єктивно сталі, за яких людина буде мати можливість реалізовувати власні природні права, а також проголошені Основним Законом та всім поточним законодавством держави соціально-економічні, політичні та культурні права, свободи та законні інтереси найбільш ефективно та повною мірою. Становлення Конституційних принципів вимагає докорінної трансформації організаційно-функціональних основ побудови апарату державного управління. А це, в свою чергу, не може не тягнути й такої необхідності стосовно керівного складу органів державного управління, оскільки саме від цих посадових осіб великою мірою залежить якість та ефективність розроблених, прийнятих управлінських рішень, а також їх практична реалізація. Адже не викликає сумнівів твердження, що керівник в процесі управлінської діяльності – ключова фігура. Як зазначає Ю. О. Тихомиров, статус керівника дозволяє гнучко та оперативно здійснювати розпорядчі, організаційні та контрольні функції, спрямовувати роботу керованого колективу, офіційно представляти організацію зовні [2, с. 322].

Незважаючи на певну кількість робіт із зазначеної тематики, варто констатувати, що організаційно-правові питання визначення статусу керівника органу державного управління і керівника, який здійснює господарське управління в сучасних умовах, розроблені недостатньо та досить поверхово. Це вимагає пильної уваги до питань визначення статусу керівника в апараті державного управління і з методологічної точки зору дослідження, і з точки зору досліджень на загальному та спеціальному рівнях.

Як зазначає Ю. О. Тихомиров, відповідність статусу керівника та необхідний для цього «набір» властивостей керівника сприяють ефективності управління [2, с. 322].

Вважається, що методологічно правильним при дослідженні статусу керівника є визначення передусім об'єкта досліджуваної роботи. Коли мова йде про керівника, то варто розуміти, що до цієї категорії можна включити посаду керівника органу державного управління, а також посаду керівника, який здійснює так зване внутрішньо-організаційне управління іншою юридичною особою (не обов'язково органом державної влади). Таким чином, ймовірно можливо досліджувати статус керівника в державному управлінні та окремо господарського керівника. Тут виходимо з вузького та широкого підходів до розуміння управління. Не менш важливим є глибоке опанування всіх елементів статусу та їх правильна реалізація [2, с. 323]. Наукою адміністративного права та теорією державного управління першочергове значення в цих питаннях надається визначенню статусу керівника, його основних повноважень та відповідальності, відображених в загальних та спеціальних законах, підзаконних актах, статутах та інших локальних актах.

Найбільш виразним для окреслення обсягом повноважень службово-владного характеру наділений керівник органу, що входить до апарату державного управління. Саме ця посадова особа покликана здійснювати управління персоналом службовців органу і створювати належні умови для його безперешкодної діяльності [3, с. 59], а також виконувати ті функції, які спрямовуються на досягнення загальної мети існування та функціонування певного органу апарату державного управління. Від керівника залежить оптимальне використання всіх форм і методів управління. Сукупність (система) соціально ефективних способів, засобів, форм та методів управлінської діяльності, що постійно використовується суб'єктом управління називається стилем управління [4, с. 352]. Загалом стиль управління, його характер визначається самим керівником, його якостями. Але першочергове значення в формуванні стилю, як поєднання форм та методів управлінської діяльності, залежить від рівня нормативного регулювання такої діяльності і управління в цілому. Сучасному періоду розвитку держави та суспільства характерне акцентування уваги на функціях та методах не прямого, а більшою мірою опосередкованого впливу на розвиток сфер державної життєдіяльності, включаючи прогнозування, стимулювання, інформаційне обслуговування, кадрове забезпечення, методичну допомогу тощо. Мова йде переважно про управління суспільними процесами в галузях, сферах, підприємствах, організаціях та поступове звуження кола об'єктів, що управляються безпосередньо [2, с. 394].

Через таке звуження та через переосмислення засад правового регулювання державного управління та управлінської діяльності керівного складу апарату управління варто звернути увагу на те, що керівник будь-якого рівня залежно від особистих якостей, професійної підготовки, досвіду управлінської діяльності володіє можливістю вирішити певну управлінську проблему за варіативного поєднання форм та методів, які все ж приписані йому законодавчо. Тут втілені два моменти: від повинного, тобто тих норм, які зобов'язують керівника мислити та діяти певним чином, і від можливого – реальної професійної підготовки керівника та наявних у нього загальнокультурних, ділових та особистих якостей [4, с. 352]

А. С. Васильєв вказує, що критеріями класифікації форм управління є юридичне значення наслідків застосування певної форми і ступінь правової регламентації їх практичного застосування [5, с. 138].

За першим критерієм прийнято розрізняти правові та неправові форми управління. За другим – встановлення норм права, застосування норм права, здійснення інших юридичних дій, укладання адміністративних договорів тощо.

Стосовно першого критерію варто наголосити, що конкретна форма реалізації виконавчої влади (державного управління) може бути віднесена до правових в тому випадку, якщо в діях, що реалізуються суб'єктом цієї влади, чітко проявляється характерне для даного виду державної діяльності юридично-владне волевиявлення. В цьому полягає сутність реалізації державної виконавчої влади [5, с. 140].

Інші дії, які пов'язані із процесом реалізації державного управління, але не є елементами цього процесу, відносяться до неправових форм діяльності апарату державного управління. Такими діями є, наприклад, організаційно-технічні, аналітичні, забезпечувальні тощо. Ці форми використовуються органами виконавчої влади повсякденно в різноманітних варіантах для забезпечення діловодства, ресурсного обслуговування, організації використання оргтехніки, забезпечення охорони тощо.

Але ці дії, рівно як і використання неправових форм реалізації управління, притаманні й іншим органам та їхнім керівникам не виконавчої влади. Так, як зазначає А. С. Васильєв, до цієї групи відносин включаються також відносини, що виникають у сфері внутрішньо-організаційної управлінської діяльності інших державних органів, наприклад, прокуратури, суду, органів внутрішніх справ тощо [6, с. 4]. Такі функції не виражають основні напрямки реалізації державної влади, а носять допоміжний характер. Таким чином, зовнішньо владні функції апарату державного управління можуть реалізовуватися лише в правових формах – у формі видання актів управління або здійснення інших юридичних дій, а внутрішньо-апаратна організаційна діяльність може виражатися як в правових (розпорядження керівника, вказівки керівника підлеглим), так і в неправових формах (організація охорони, діловодство, експедитування тощо).

Головним для поєднання форм та методів управління є організаційний момент, який дозволяє розміщувати людей в просторі (територія, споруди, засоби виробництва) та наділяти їх певними функціональними ролями, що полягають у виконанні необхідних видів та об'ємів діяльності [4, с. 48]. Це розширює можливості людей та підсилює їх потенціал.

В сучасних умовах трансформації системи управління, її призначення та функцій на якісно новий рівень з урахуванням того, що деякі сфери управління зазнають вже не тільки імперативного впливу, а можуть бути ефективно врегульовані й за допомогою приватноправового диспозитивного методу, варто переглянути засади правового регулювання управлінської праці керівника в апараті державного управління. Такий перегляд матиме за мету розробку критеріїв, за якими однозначно можна буде встановити межу між правовими засобами управління та не правовими, організаційними формами реалізації управління. У випадку знаходження розумної межі між правовими та не правовими, організаційними формами діяльності керівника в апараті державного управління його керівна праця буде відповідати вимогам законодавства про його статус, функції, повноваження та відповідальність, і, водночас, буде гнучкою. Під гнучкістю в даному випадку варто розуміти можливість керівника реагувати на управлінську проблему, яка виникає, найшвидше і вирішувати її найефективніше. Для цього керівнику повинно бути надано широкий спектр можливостей, частина яких передбачена нормами законодавства, а частина є його так званими «дискреційними» повноваженнями, що свідчить про його можливість вирішувати управлінську проблему в межах законодавства, але на власний розсуд.

Як зазначає з цього приводу Г. Й. Ткач, у правовій, демократичній державі не може йтися про будь-який вільний розсуд, не пов'язаний з правом, і про неконтрольовану діяльність адміністрації [7, с. 283]. Навіть у тих випадках, коли норма права наділяє орган влади і (або) його керівника певною свободою в прийнятті управлінських рішень, то вони в межах цієї свободи є пов'язаними з загально обов'язковими правовими нормами, а також всіма закріпленими в них принципами і цінностями. На підтвердження додержання цієї позиції варто навести такі види розсуду:

1) норма матеріального права встановлює можливі варіанти поведінки і рішень, але залишає на розсуд органу або його посадової особи вибір одного з цих варіантів;

2) норма права уповноважує особу діяти на власний розсуд при реалізації своїх владних повноважень;

3) норма права містить посилання на оцінку посадовою особою публічного інтересу та можливих шляхів його задоволення з урахуванням інтересу конкретної фізичної чи юридичної особи;

4) матеріальні норми можуть конкретизуватися органом управління або його посадовою особою не в правовій формі, а в формі організаційної чи матеріально-технічної діяльності [7, с. 281-282].

Такі види дискреційних повноважень вимагають пильної уваги з боку науковців з оглядом на те, що деякі із них можуть бути закріплені в актах поточного законодавства, а деякі можуть так і залишитися лише дискреційними організаційними, допоміжними засобами вирішення управлінської проблеми, адже вважається неможливим на рівні законодавства передбачити весь спектр управлінських проблем, які з часом можуть виникнути в практиці державного управління, і тим більше неможливо передбачити всі можливі шляхи вирішення таких управлінських ситуацій. Але, тут варто врахувати те, що і власне правові (які водночас є й організаційними), і організаційні, які не мають правового опосередкування, функції та повноваження керівника органу управління (як державного, так і самоврядного) є важливими і непересічними, і в своїй сукупності є засадами належного спрямування роботи всього органу та основою забезпечення ефективності його діяльності.

Керівник органу, що входить до апарату державного управління, – це різновид посадової особи, наділеної функціями управління щодо очолюваного нею певного формально-організованого колективу [6, с. 131]. Тут варто розуміти, що керівники органів державної виконавчої влади не тільки мають досить широкі повноваження щодо кадрових та організаційних питань, а й одноособово проводять політику держави на різних рівнях, тобто виконують як зовнішньо-владні функції, в яких природно і виражається призначення очолюваного цим керівником органу, так і внутрішньо управлінську діяльність.

На керівника органу виконавчої влади покладається виконання всіх функцій, які можуть охарактеризувати функціональний зміст державного управління і управлінські правовідносини за участю органу управління, а саме: прогнозування та планування, організація структури апарату управління та його діяльності у відносинах з об'єктами управління, підбір та розстановка кадрів, керівництво та координація, оперативне регулювання та розпорядництво, наглядово-контрольна функція.

Таким чином, відносини, в які керівник органу виконавчої влади вступає як посадова особа, є багатоманітними за своїм суб'єктним складом і багатофункціональними за своїм змістом [3, с. 60].

Висновки. Складність правового статусу керівника в апараті державного управління та його першочергове значення в організаційно-функціональній характеристиці державного управління пов'язане з великою кількістю факторів.

Звичайно, державне управління, як організуючий, владний, цілеспрямований, заснований на законі, імперативний вплив держави в особі її органів та посадових осіб на суспільство та суспільні процеси, які є найвагомішими з точки зору держави та суспільства з метою приведення їх в певний, бажаний для суспільства та кожної людини стан, здійснюється за кооперації зусиль великої кількості людей, які обіймають найрізноманітніші посади, або ж є простими виконавцями в державних органах всіх ієрархічних рівнів. Щоб зробити таку кооперацію зусиль з дотриманням принципів реалізації та непротиріччя потреб та інтересів кожного учасника суспільних дій ефективною керівник наділяється повноваженнями щодо організації роботи того ланцюга, який ввірений йому та є його об'єктом внутрішньо організаційного управління. Від того, наскільки ефективно використаний потенціал внутрішньо-організаційного управління прямо залежить ефективність роботи певного ланцюга державного управління, що в такому розумінні вже виступає не об'єктом, а суб'єктом управління. Цей суб'єкт, організований та скооперований, реалізує від імені та в інтересах держави, а також в інтересах кожної людини і громадянина функцію управління тими суспільними процесами, які потребують владного впливу. І знову ж таки ці зовнішньо управлінські функції, а саме ефективність їх реалізації прямо залежить від керівника певного ланцюга в апараті державного управління.

Таке навантаження керівник виконує завдяки певній моделі вчинків та дій, а саме – через управлінські рішення.

При підготовці, виданні та виконанні управлінських рішень керівник, як ключова фігура апарату державного управління, повинен застосувати потенціал особистісних надбань, відповідний рівень професійної підготовки та досвід управлінської діяльності, які були виявлені як притаманні йому на етапі призначення його на посаду та наділені відповідним комплексом державно-владних повноважень. Ці складові передбачають здатність керівника при виконанні внутрішньо організаційного управління та зовнішньо-управлінських функцій гнучко реагувати на виникаючі управлінські проблеми та вирішувати їх найефективніше в найкоротші терміни. Така гнучкість в роботі керівника можлива через те, що теорією та віковою практикою державного управління вироблені певні можливості управлінської діяльності, що втілені в категоріях

«форма» та «метод» управління та в поєднанні їх при практичному застосуванні, що втілене в дефініції «стиль управління». Гнучкість управлінської діяльності зумовлена тим, що неможливо законодавчо передбачити можливість настання всіх тих чи інших негативних наслідків, які виникають при спільному функціонуванні великої кількості людей, адже у кожного учасника такого спільного функціонування, окрім спільних потреб та інтересів, є ще й власні, які він через цю спільну діяльність прагне задовольнити. А ще більш проблематичним і вкрай неможливим вбачається здатність законодавця впорядкувати шляхи подолання таких негативних наслідків. Тому керівному складу в апараті державного управління, крім норм, які спонукають мислити в односторонньому, владному та імперативному порядку, адресовані також норми, які дозволяють діяти на власний розсуд. Використовуючи такі можливості з метою здійснення справді ефективного управління, керівник поєднує в своїй управлінській діяльності правові та не правові форми і відповідні їм методи (примусу та переконання). Головним результатом, якщо процес управління заснований на їх вдалому поєднанні, є ліквідація негативних наслідків в суспільних відносинах і створення відповідних умов на всіх ієрархічних рівнях, за яких особисті потреби та інтереси всіх учасників спільної людської діяльності будуть виявлені та узгоджені між собою, ці потреби та інтереси отримають можливість бути реалізованими повною мірою і не будуть загрожувати тим загальним потребам та інтересам, які реалізовуються спільною скооперованою діяльністю людей. Тільки в такому випадку можливо вести мову про те, що управлінська діяльність є ефективною і виражає свою сутність та призначення – організаційний характер. Звичайно, всі окреслені міркування не є і не повинні залишитися тільки науковими роздумами. Їх необхідно вдосконалити і надати їм такого рівня, щоб їх можна було покласти до основи розробки нового і вдосконалення існуючого законодавства України стосовно організації діяльності керівного ланцюга апарата державного управління.

Список літератури

1. Коліушко І. Управлінські послуги – новий інститут адміністративного права / І. Коліушко, В. Тимощук // Право України. – 2001. – № 5. – С. 30-34.
2. Тихомиров Ю. А. Курс административного права и процесса / Ю. А. Тихомиров. – М. : Издание Тихомирова М.Ю., 1998. – 798 с.
3. Державне управління: проблеми адміністративно-правової теорії та практики / за заг. ред. В. Б. Авер'янова. – К. : Факт, 2003. – 384 с.
4. Управление – фактор развития (размышления об управленческой деятельности) / Г. В. Атаманчук. – М. : ЗАО «Издательство «Экономика», 2002. – 567 с.
5. Васильев А. С. Административное право Украины (общая часть) : учебное пособие / А. С. Васильев. – Х. : «Одиссей», 2003. – 288 с.
6. Васильев А. С. Административное право Украины (общая часть) : учебное пособие / А. С. Васильев. – Х. : «Одиссей», 2001. – 288 с.
7. Виконавча влада і адміністративне право / за заг. ред. В. Б. Авер'янова. – К. : Видавничий Дім «Ін-Юре», 2002. – 668 с.

П.П. Билык, канд. юрид. наук, доцент
Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова
кафедра административного и хозяйственного права
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

СТАТУС РУКОВОДИТЕЛЯ В АППАРАТЕ ГОСУДАРСТВЕННОГО УПРАВЛЕНИЯ И ЭФФЕКТИВНОСТЬ УПРАВЛЕНЧЕСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ: АДМИНИСТРАТИВНО-ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ

Резюме

Существующие в практике государственного управления комплексные системные проблемы, во многом вызваны несовершенством законодательства, которое призвано регулировать вопросы статуса непосредственных исполнителей функций и задач государства – руководителей органов, составляющих аппарат государственного управления. Трансформация системы государственного управления в сторону становления нового типа взаимоотношений между государством и человеком выдвигает на первый план повышение требований законодательства к лицам, занимающим должности в аппарате управления и требований непосредственно к содержанию и сущности законодательства о статусе таких лиц.

Ключевые слова: аппарат управления, руководитель, государственное управление, правовое обеспечение, полномочия, стиль управления, формы и методы управления.

P.P. Bilik, Candidate of Juridical Sciences, Associate Professor,
Odesa I. I. Mechnikov National University,
the Department of Administrative and Economic Law
24/26, Frantsuzskiy Boulevard, Odessa, 65058, Ukraine

THE STATUS OF THE HEAD OF THE STATE ADMINISTRATION AND EFFECTIVENESS OF MANAGEMENT ACTIVITIES: ADMINISTRATIVE AND LEGAL ASPECTS

Summary

Complex problems that exist in the practice of public administration are caused largely by imperfect legislation, which is intended to regulate the status of the direct perpetrators of the functions and tasks of the state the heads of the authorities constituting the state administration. The transformation of the system of state management towards the formation of a new type of relationships between the state and the individual highlights the increasing legislative requirements for persons who occupy positions in state administration and requirements to the contents and nature of the legislation on the status of such persons.

Key words: management, leader, public administration, legal provision, authorities, management style, forms and methods of management.

УДК 342.97 + 35.075.5

Н.В. Ільєва, канд. юрид. наук, доцент
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова
кафедра конституційного права та правосуддя
Французький бульвар 24/26, Одеса, 65058, Україна

НОТАРІАЛЬНА ДІЯЛЬНІСТЬ ЯК ПРЕДМЕТ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Статтю присвячено визначенню нотаріальної діяльності як предмета адміністративно-правового регулювання. Розглянуто поняття «правове регулювання» та «правовий вплив», виокремлено та проаналізовано загальні положення та особливості адміністративно-правового регулювання нотаріальної діяльності.

Ключові слова: нотаріальна діяльність, предмет адміністративно-правового регулювання нотаріальної діяльності, правове регулювання, правовий вплив.

Постановка проблеми. Необхідність всебічного вивчення предмета адміністративно-правового регулювання нотаріальної діяльності обумовлюється системним реформуванням зазначеного інституту в умовах сьогодення. В наукових дослідженнях з адміністративного права проблеми правового регулювання нотаріальної діяльності не набули достатнього ступеню вивченості. Предмет наукового пошуку складали загальні проблеми правового регулювання діяльності органів виконавчої влади, так і питання щодо участі нотаріусів у процесуальних відносинах тощо.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Предмет наукових досліджень з адміністративного права складали переважно проблеми організації нотаріату, а саме: В.В. Баранкова, Г. Ю. Гулевська, Н. В. Карнарук, В. В. Комаров, Ю. В. Нікітін, Г. Б. Романовський, О. В. Романовська, Л. С. Сміян, К. І. Федорова, С.Я. Фурса, В.М. Черниш; теоретичні проблеми щодо змісту адміністративно-правового регулювання були предметом досліджень таких вчених як: В. Б. Авер'янов, О.М. Бандурка, І. Л. Бачило, Д. М. Бахрах, Ю. П. Битяк, Т.О. Коломоєць, В. Т. Комзюк, В.К. Колпаков, О. І. Миколенко, М. М. Тищенко та інші.

Мета статті. Метою дослідження предмета адміністративно-правового регулювання нотаріальної діяльності в Україні є визначення його особливостей та вдосконалення останнього, що обумовлено як недостатнім теоретичним доробком, так і впливом цієї діяльності на формування ефективної системи публічної адміністрації, що надаватиме якісні публічні в тому числі і нотаріальні послуги громадянам на рівні, що відповідає європейським стандартам.

Виклад основного матеріалу. Для визначення змісту адміністративно-правового регулювання нотаріальної діяльності необхідно дослідити, насамперед зміст поняття «нотаріальна діяльність». Таке визначення можливо зробити, виходячи з аналізу теоретичних положень про сутність такої діяльності.

Як наслідок тенденцій формування інституту нотаріату у суспільній свідомості та у праві можна розглядати доктринальне тлумачення сутності терміна «нотаріат». Зокрема, у наукових публікаціях вказується на походження терміна «нотаріус» від слова «Nota» – стенографічний знак, що вживався писцями для прискорення записів, звідси – Notarius – нотаріус, «Notarialis» – нотаріальний. В. М. Черниш підкреслював пізніший строк усталення терміна «нотаріус» за виникнення самого інституту нотаріату [1, с. 12].

К. І. Федорова вважає, що нотаріальна діяльність – це основна функція окремих установ, утворень та осіб, які у різні часи мали певне призначення, тісно пов'язана із суспільними і сімейними устроями, спадковими і речовими правами, тому логічним буде припустити, що вона виникла разом із появою цивілізованих і культурних держав, у яких існувала писемність [2].

Разом з тим, Г. Ю. Гулевська зазначає, що нотаріальна діяльність характеризується публічно-правовою природою та полягає в тому, що, захищаючи суб'єктивні права і законні інтереси фізичних і юридичних осіб, фіксуючи і посвідчуючи безспірні права осіб, нотаріат сприяє створенню ефективних умов для розпорядження власністю та її охорони, та наданню суб'єктивним правам публічної сили (офіційного визнання від імені держави), з одного боку, та з іншого – здійснює делеговану від держави функцію контролю у сфері цивільного обігу [3].

© Н.В. Ільєва, 2014

На думку С. Я. Фурси, державне значення нотаріальної діяльності виявляється у тих правових наслідках, які виникають після оформлення нотаріального акта і зумовлені потребою у гарантованому державою порядку зафіксувати безспірні права та факти з метою надання їм, згідно зі ст. 1 Закону України «Про нотаріат», юридичної вірогідності (достовірності). Процесуальна діяльність нотаріусів та інших осіб, які уповноважені державою на вчинення нотаріальних дій, має здійснюватися у встановленому державою порядку і підпорядковуватися визначеним законодавством правам та обов'язкам осіб, на кожному етапі розвитку таких відносин [4, с. 18].

Під нотаріальною діяльністю слід розуміти дії уповноваженої державою особи, якій делеговані певні повноваження на посвідчення прав, а також фактів, що мають юридичне значення, та вчинення інших нотаріальних дій з метою надання їм юридичної достовірності.

Дослідження проблеми адміністративно-правового регулювання нотаріальної діяльності в Україні має науково-практичне значення, оскільки на сьогоднішній день ця проблема малодосліджена вченими, а існуючі правові знання потребують систематизації та узагальнення. Проведення такого дослідження дозволить виявити прогалини у чинному законодавстві, сформулювати відповідні пропозиції щодо їх вдосконалення при реформуванні інституту нотаріату в Україні.

Щодо сутності категорії «правове регулювання», цю проблему досліджували фахівці у галузі теорії права: В. І. Гойман, В. М. Корельський, В. В. Лазарєв, О. В. Малько, М. Н. Марченко, М. І. Матузов, В. Д. Перевалов, О. Ф. Скакун та ін.

На думку В. І. Гоймана: «Правове регулювання – це частина (аспект) дії права, яка характеризує спеціально-юридичний вплив права на поведінку та діяльність його адресатів, але безпосередньо з ними не пов'язана» [5, с. 121]. М. Н. Марченко під правовим регулюванням суспільних відносин розуміє лише одну з форм впливу права на суспільні відносини – вплив за допомогою специфічних правових засобів: норм права, правовідносин, актів реалізації [6].

Порівнюючи сутність категорій «правове регулювання» і «правовий вплив», М. І. Матузов і О. В. Малько доводять, що предмет правового регулювання вужчий за предмет правового впливу: «Якщо правове регулювання як спеціально-юридичний вплив у будь-якому випадку пов'язано з встановленням конкретних прав і обов'язків суб'єктів, з прямими приписами про належне й можливе, то правовий вплив – не завжди. Якщо перше означає здійснення правових норм через правовідносини, то друге – необов'язково. У цьому сенсі регулювання – лише одна з форм впливу права на соціальні зв'язки, що не охоплює усі інші форми, до яких відносять інформаційно-психологічну, виховну, соціальну» [7, с. 724].

Р. В. Єнгибарян і Ю. К. Краснов під правовим регулюванням розуміють застосування норм права, інших юридичних засобів для впливу на суспільні відносини з метою їх упорядкування й прогресивного розвитку, а також впливу на поведінку людей [8].

С. О. Комаров зазначає, що саме право є найважливішим засобом регулювання взаємовідносин індивідів, соціальних груп, усього суспільства у цілому, в ньому закріплюються права і свободи особистості, воно само виступає як соціальна цінність: «Основне призначення права – організувати відносини громадян, їх поведінку, враховуючи їх індивідуальні потреби, направити дії суспільства в русло суспільних інтересів» [9].

О. Ф. Скакун дотримується наступної позиції: «Держава забезпечує життєдіяльність суспільства як системи, шляхом використання влади, а право – шляхом нормативного регулювання. Воно насамперед покликано бути стабілізуючим фактором завдяки принципам свободи і справедливості, які в ньому містяться. Правове регулювання – це здійснюване державою, за допомогою права і сукупності правових засобів, упорядкування суспільних відносин, їх юридичне закріплення, охорона й розвиток» [10, с. 529].

В. О. Козбаненко визначає правове регулювання державного управління як «упорядкування тих сторін суспільної життєдіяльності, які виявляють загальну волю, потреби й інтереси в реалізації прав і свобод особистості, гуманізм, соціальну справедливість, сталість і надійність суспільних процесів та відносин, за допомогою нормотворчої і нормозастосовчої діяльності уповноважених державних органів у сфері управління державними справами» [11].

Існує думка, що правове регулювання – це встановлення правових норм й підпорядкування останнім відповідних суспільних відносин шляхом направлення поведінки їх учасників. Також зазначається, що правове регулювання – це тривалий процес, який складається з декількох стадій: видання і загальної дії правової форми, виникнення прав та обов'язків (правовідносини), реалізація останніх, втілення їх у фактичній поведінці учасників суспільних відносин.

Ю. А. Тихомиров розглядає правове регулювання через застосування наступних критеріїв закону як регулятора: адекватне віддзеркалення об'єктивних потреб; виявлення залежності методу правового регулювання та його співвідношення з іншими видами впливу для виконання завдань, управління, що виникають; обґрунтований вибір форми правового акта згідно з характером регу-

люючих відносин; усунення «проблемності» в системі правового регулювання, яка виникла в процесі суспільного розвитку; заміна форми правового регулювання (наприклад, видання закону замість діючої раніше урядової постанови, прийняття комплексного акта замість декількох дрібних). «Відповідно до цих критеріїв можна добитися високого ступеня правового впливу на суспільні процеси. Водночас змістовність і ефективність правового регулювання визначається й фактором часу» [12, с. 26].

У діловому обороті найчастіше відбувається підміна понять і під правовим регулюванням мають на увазі правовий вплив і навпаки. Дійсно, межа між ними тонка. Однак правовий вплив доцільно розуміти як умову правового регулювання, адже у процесі його здійснення відбувається інформування громадян про, зокрема, існуючі заходи і засоби правового впливу з метою упорядкування відносин. Окрім інформації про існуючі в суспільстві можливості і заборони юридичного характеру, правовий вплив сприяє закріпленню певних цінностей у учасників різних суспільних відносин, стимулює ініціативу й активність громадян в юридичній сфері. Важливо підкреслити, що досліджуване поняття врешті-решт покликано позначати і тією чи іншою мірою пояснювати різні аспекти правового регулювання, яке починається з формування правових можливостей і юридичних обов'язків та завершується їх використанням в соціальній практиці.

Аналіз наукової літератури свідчить, що правовий вплив значно ширший за правове регулювання. Давно підмічено, що «регулювання» виражає специфіку права як нормативного засобу впливу, але не всі форми юридичного впливу на свідомість і поведінку людей. Таким чином, проблема правового регулювання розглядається у юриспруденції переважно у двох аспектах, перший з яких умовно можна назвати діяльнісним, другий – інструментальним.

Отже, проаналізувавши існуючі точки зору стосовно визначення терміна «правове регулювання», можна стверджувати, що серед науковців відсутня єдність з цього питання. Органи нотаріату та його територіальні осередки у своїй діяльності мають правове підґрунтя, постійно відчувають на собі впорядковуючий вплив правового регулювання.

Зазначене вище дозволяє виділити основні ознаки й особливості правового регулювання нотаріальної діяльності в Україні. Так, правове регулювання нотаріальної діяльності в Україні: 1) це різновид соціально-державного управління; 2) має цілеспрямований, організований за своєю спрямованістю, результативний характер; 3) є правовою формою між учасниками; 4) має конкретний характер, завжди пов'язане з правовідносинами щодо організації та контролю за нотаріальною діяльністю; 5) здійснюється за допомогою цілісної системи засобів, що реально виражають саму матерію права як нормативного регулятора; 6) гарантує доведення норм права до їх виконання; 7) реалізується в інтересах суспільства; 8) має за мету вплив на поведінку учасників правовідносин щодо організації та контролю за нотаріальною діяльністю; 9) здійснюється за допомогою норм права та актів реалізації права.

Правове регулювання нотаріальної діяльності в Україні має вираження як у закріпленні відносин у сфері виконання покладених на них функцій, так і в регламентації правового статусу посадових осіб цих органів, їх компетенції, повноважень та юридичної відповідальності. Правове регулювання в досліджуваній сфері має місце у всіх тих випадках, коли приймається владне нормативне або індивідуальне рішення юридичного характеру, що регламентує положення, завдання і масштаби поведінки або статусу конкретних суб'єктів та об'єктів управління. Таким чином, воно пронизує дві галузі правової діяльності: повністю – правотворчість і частково – правореалізацію і має двоступеневу будову, яка дозволяє виділити два види правового регулювання: загальне (нормативне) та індивідуальне.

Оскільки правове регулювання нотаріальної діяльності в Україні здійснюється завдяки дії комплексу правових норм, узгодженого впливу різних галузей національного права, це обумовлює визначення відповідного поняття: правове регулювання нотаріальної діяльності в Україні – це здійснюваний за допомогою норм права та актів реалізації права вплив на поведінку суб'єктів і об'єктів управління, з метою забезпечення стабільності цивільного обороту, зниження навантаження на суддів через зменшення кількості суперечок про нікчемність і заперечність операцій, вирішення правових конфліктів без звернення до суду відповідно до цілей і завдань правової держави, розрахований на їх багаторазове застосування.

Дослідження проблеми правового регулювання нотаріальної діяльності в Україні передбачає і з'ясування кола суспільних відносин, які в них виникають, тобто визначення предмета адміністративно-правового регулювання. Ним охоплюються усі суспільні відносини, які об'єктивно за своєю природою можуть піддаватися нормативно-організаційному впливу і в даних соціально-політичних умовах потребують такого впливу, що здійснюється за допомогою юридичних норм та всіх інших юридичних засобів.

Ознаками адміністративно-правових відносин у сфері нотаріальної діяльності є наступні: а) предметом даних відносин є організація, контроль та взаємодія; б) здійснюються такі відносини певним суб'єктом – органом публічної адміністрації, повноваження якого визначені чинним законодавством; в) є цілеспрямованою діяльністю, оскільки метою її здійснення є реалізація державної політики щодо посвідчення прав, а також фактів, що мають юридичне значення, та вчинення інших передбачених законодавством нотаріальних дій з метою надання їм юридичної вірогідності; г) має організаційно-розпорядчий характер; д) є владною державно-управлінською діяльністю; ж) реалізується у правотворчій та правозастосовчій формах.

Таким чином, наявність специфічної групи суспільних відносин у зазначеній сфері, суб'єктами яких є Міністерство юстиції України та її територіальні управління, а об'єктами – державні та приватні нотаріуси, державні нотаріальні архіви, викликає необхідність їх нормативно-правової регламентації. Від змісту і характеру предмета багато в чому залежать особливості змісту адміністративно-правового регулювання. На його специфіку впливають також елементи суспільних відносин – статус їх суб'єктів, особливості об'єктів тощо.

Висновки. Отже, предметом адміністративно-правового регулювання нотаріальної діяльності є система суспільних відносин між суб'єктами державного контролю за нотаріальною діяльністю та нотаріусами, які виникають у сфері владно-розпорядчої діяльності, надання адміністративних сервісних послуг, з метою публічного забезпечення прав і свобод людини і громадянина, функціонування громадянського суспільства держави в цілому, при суворому дотриманні принципу законності із можливістю застосування до нотаріусів, які порушують нотаріальне законодавство засобів державного примусу.

Наведені теоретичні положення щодо розуміння категорії адміністративно-правового регулювання свідчать про наявність наукового пошуку у цьому напрямку. Разом з тим, дослідники вказують на регулюючу роль права, здійснювану за допомогою інструментів чи засобів. Такі засоби чи інструменти отримують своє закріплення у нормативно-правових актах, які відрізняються один від одного юридичною силою, порядком прийняття та набуття чинності, видом тощо.

Аналізуючи діючу систему адміністративно-правового регулювання нотаріальної діяльності в Україні із точки зору її повноти та внутрішньої узгодженості, можливо з'ясувати, що в ній існує чимало прогалин і недоліків, які заважають ефективному здійсненню функцій щодо захисту прав фізичних та юридичних осіб. Зокрема, по-перше, недостатньо визначеним і чітким у відповідному законодавстві є на сьогодні правовий статус суб'єкта нотаріальної діяльності. По-друге, фактично поза межами законодавчого регулювання залишаються питання вдосконалення правового регулювання відповідальності суб'єктів вчинення нотаріальних дій.

Список літератури

1. Черниш В. М. Цивільно-правові засади розвитку нотаріату в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Черниш Володимир Миколайович. – К., 2003. – 199 с.
2. Федорова К. І. Адміністративно-правове регулювання приватної нотаріальної діяльності в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / Федорова Ксенія Іванівна. – К., 2008. – 18 с.
3. Гулєвська Г. Ю. Організаційно-правові аспекти державного регулювання нотаріальної діяльності в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 «Теорія управління; адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / Гулєвська Ганна Юріївна. – Ірпінь, 2004. – 19 с.
4. Фурса С. Я. Теорія нотаріального процесу / С. Я. Фурса. – Київ, 2012. – 920 с.
5. Теория права и государства : учеб. / под ред. В. В. Лазарева. – М. : Право и закон, 2001. – 520 с.
6. Общая теория государства и права : академический курс в 2 т. / под ред. М. Н. Марченко. – М. : Зерцало, 2000. – Т. 2 : Теория права. – 436 с.
7. Теория государства и права : курс лекций / [под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько]. – М. : Юрист, 2001. – 776 с.
8. Енгибарян Р. В. Теория государства и права / Р. В. Енгибарян, Ю. К. Краснов. – М. : Юрист, 1999. – 242 с.
9. Комаров С. А. Общая теория государства и права : учеб. / С. А. Комаров. – М. : Юрист, 1998. – 379 с.
10. Скакун О. Ф. Теорія держави і права : підруч. [пер. з рос.] / О. Ф. Скакун. – Х. : Консум, 2001. – 656 с.
11. Государственное управление : основы теории и организации : учеб. / [под ред. В. А. Козбаненко]. – М. : Статут, 2000. – 445 с.
12. Тихомиров Ю. А. Право и социальное управление в развитом социалистическом обществе / Ю. А. Тихомиров. – М. : Мысль, 1978. – 64 с.

Стаття надійшла 21.12.2014 р.

Н.В. Ильева, канд. юрид. наук, доцент
Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова
кафедра конституционного права и правосудия
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

НОТАРИАЛЬНАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ КАК ПРЕДМЕТ АДМИНИСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

Резюме
Статья посвящена определению нотариальной деятельности как предмета административно-правового регулирования. Рассмотрены понятия «правовое регулирование» и «правовое воздействие», выделены и проанализированы общие положения и особенности административно-правового регулирования нотариальной деятельности.

Ключевые слова: нотариальная деятельность, предмет административно-правового регулирования нотариальной деятельности, правовое регулирование, правовое воздействие.

N.V. Ilieva, Candidate of Juridical Sciences, Associate Professor
Odesa I. I. Mechnikov National University
the Department of Constitutional Law and Justice
24/26, Frantsuzskiy Boulevard, Odessa, 65058, Ukraine

NOTARIAL ACTIVITY AS A SUBJECT OF ADMINISTRATIVE LAW REGULATION

Summary
The article is dedicated to the definition of notarial activities as a subject of administrative law regulation. In this article the concept of «legal regulation» and «legal impact» are considered, the general terms and peculiarities of the administrative law regulation of notarial activities are emphasized and analyzed.

Key words: notarial activity, subject of administrative law regulation of notarial activity, legal regulation, legal impact.

УДК 342.951: 69

О.В. Стукаленко, канд. юрид. наук, доцент
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова
кафедра адміністративного та господарського права
Французький бульвар, 24/26, Одеса 65058, Україна

ТЕОРЕТИЧНІ ЗАСАДИ ДЕРЖАВНОГО КОНТРОЛЮ ТА НАГЛЯДУ В СФЕРІ БУДІВЕЛЬНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

В статті висвітлено актуальні питання пов'язані з державним контролем та наглядом в сфері будівельної діяльності в Україні. Здійснено аналіз сучасних теоретичних основ державного контролю та нагляду у сфері будівництва з урахуванням практики. Визначено основні напрямки подальших наукових досліджень.

Ключові слова: державний контроль, будівельна діяльність, перевірки, законодавство, Державна архітектурно-будівельна інспекція України.

Постановка проблеми. Будівельна діяльність – явище складне, різнопланове, яке охоплює великий спектр різних правовідносин. Будівництво є галуззю національної економіки, яка створює основні фонди виробничого і не виробничого призначення для задоволення потреб суспільства. В сфері будівництва інвестиції перетворюються на матеріальні об'єкти, продукцію у вигляді будівель і споруд.

В контексті реформування загальних засад адміністративно-правового регулювання в Україні на сучасному етапі, і як наслідок, модифікації всіх елементів механізму відповідного регулювання особливої актуальності набуває дослідження будівельної діяльності як об'єкта регулювання та всебічного аналізу форм адміністративно-правового регулювання в цій сфері.

Динамічні зміни суспільних відносин під впливом кризових ситуацій в економіці України та визначення вектору розвитку на ЄС, призводять до того, що деякі положення будівельного законодавства не узгоджені між собою, не відповідають реаліям життя. І тому реалії сьогодення вимагають вироблення та вдосконалення сучасної та ефективної системи адміністративно-правового регулювання будівельної діяльності взагалі та державного контролю та нагляду зокрема. Зараз назріла гостро потреба в створенні більш сприятливих умов для розвитку будівельної галузі, а це спонукає науковців до дослідження шляхів покращення ситуації в будівельній сфері, зокрема засобами адміністративно-правового регулювання та засобами державного контролю та нагляду. Але проблемам розвитку та здійснення контролю в галузі будівництва, вивченню механізмів державного контролю в цій галузі з урахуванням нових економічних, політичних та правових реалій приділено мало уваги.

Актуальність теми зумовлена, з одного боку необхідністю створення ефективного механізму державного контролю та нагляду в Україні, а з іншого – постійною потребою у розвитку теоретичних засад, які виступають підґрунтям для розвитку та вдосконалення законодавства в сфері будівельної діяльності.

Аналіз останніх досліджень і публікацій свідчить, що існують численні дослідження, присвячені питанням становлення, сутності, призначення державного контролю та нагляду в рамках загальної характеристики даного інституту та в окремих сферах суспільства. Зазначеній темі присвячені роботи вчених: В. Б. Авер'янова, О. Ф. Андрійко, В. Г. Афанасьєва, О. М. Бандурки, Д. М. Бахраха, Ю. П. Битяка, О. М. Вінника, І. П. Голосніченка, С. В. Ківалова, Л. В. Коваля, Є. Б. Кубко, Б. М. Лазарева, М. А. Латиніна, А. В. Матвійчука, Л. Ф. Морозова, В. П. Портнова, П. М. Рабіновича, В. І. Ремньова, А. О. Селіванова, М. С. Студенікіної, Ю. О. Тихомирова, М. М. Тищенка, Р. Й. Халфіної, В. В. Цвєткова, В. Є. Чиркіна, Ю. С. Шемшученка, К. В. Шоріної та ін.

Але аналіз наукових робіт щодо державного нагляду та контролю саме в період докорінних змін у суспільстві свідчить про недостатність досліджень.

Мета статті. У даній статті, ґрунтуючись на теоретичних дослідженнях й положеннях чинного законодавства, пропонується дослідити сутність, загальні засади та проблеми здійснення державного контролю та нагляду у сфері будівельної діяльності України.

Виклад основного матеріалу. Одним із призначень контролю полягає у створенні підґрунтя для впровадження дієвого, ефективного механізму державного управління в Україні,

© О.В. Стукаленко, 2014

виходячи з інтересів людини та суспільства, запобігання неправомірній діяльності учасників правовідносин..

Створюючи сильну, дієздатну державу, не слід забувати про її основне призначення – надійно захищати інтереси та права людини. Для цього необхідно сформувати відповідний механізм, який створював би умови реалізації, засоби захисту цих прав та сприяв би подальшому їх здійсненню. Однією із гарантій такого служіння інтересам людини у сфері управління і може бути контроль.

На даному етапі розвитку України система нагляду та контролю в будівництві повинна існувати на державному рівні, оскільки від його ефективності опосередковано залежить життя і здоров'я громадян, захист приватних та суспільних інтересів при здійсненні забудовниками будівельних робіт.

Необхідно акцентувати увагу на такому факті, що намітилися позитивні тенденції розвитку будівельного законодавства: зміщення акцентів від методів управління та пріоритету інтересів держави до методів регулювання, які покликані стимулювати конкуренцію, ринкові відносини; формування будівельного права, як міжгалузевого інституту, який поєднує в собі норми цивільного, господарського, адміністративного та інших галузей права, що покликані регулювати відносини, які виникають у зв'язку з будівництвом; використання досвіду інших країн при реформуванні системи адміністративно-правового регулювання; спрощення адміністративних процедур, прискорення видачі дозвільних документів.

Але простежуються і негативні тенденції. До негативних тенденцій, зокрема відносяться: наявність застарілих та колізійних положень в нормативних актах, нестабільність будівельного законодавства.

З метою вдосконалення будівельного законодавства, яке містить велику кількість нормативно-технічних актів обґрунтовано доцільність створення Міністерством регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України повної, єдиної, постійно оновлюючої електронної бази всіх нормативно-технічних актів в сфері будівельної діяльності, доступ до якої буде безкоштовним та здійснюватиметься через мережу Інтернет [1].

В сучасних умовах виникла потреба у нових підходах до системи державного контролю, системи органів державного контролю та її законодавчого забезпечення. Існування такої системи пояснюється тим, що в перехідний період у суспільстві не поменшало недоліків у сфері державного управління, а управлінські рішення не стали ефективнішими, а також, дещо змінився склад учасників правовідносин.

Важливою складовою системи державного управління є контрольно-наглядова функція держави за суб'єктами будівельної діяльності, це пов'язано з тим, що від якості виконаних робіт в сфері будівництва залежить в подальшому дуже багато факторів: безпека, вартість якість кінцевого продукту та т. п. Поняття безпека по своєї суті складне, багатопланове і включає поняття екологічна безпечність будівельних виробів і матеріалів, міцність і надійність новобудов, безпечність експлуатації існуючих будівель і споруд, дотримання при виконанні будівельних робіт технології будівництва, державних будівельних норм та правил, стандартів. Всі ці питання потребують постійного контролю.

В юридичній літературі єдиного розуміння сутності категорії контролю не існує. Контроль розглядають як багатогранне й складне явище.

Визначення сутності цього явища залежить від кута зору дослідника і залежно від того, на якому рівні і щодо чого він розглядається. І тому, контроль може бути охарактеризований і як функція, і як форма чи вид діяльності, і як принцип, і як умова, і як засіб тощо. Це зумовлює необхідність подальшого наукового вивчення цього правового інституту.

Існує декілька підходів до розуміння категорії «контроль».

Більшість дослідників проблем державного контролю розглядають його як функцію виконавчої влади. Функція, яку здійснює держава в особі уповноважених органів з метою перевірки дотримання й виконання поставлених завдань, прийнятих рішень і їх правомірності [2, с. 6].

На думку А.В. Матвійчука, під державним контролем в галузі будівництва розуміються спостереження й перевірка стану галузі будівництва та її елементів за визначеними законодавством напрямками, з метою встановлення відповідності між завданнями планування, проектування, здійснення забудови територій і будівництва об'єктів, та досягнутими при цьому результатами, а також запобігання, припинення та виправлення помилок і неправомірних дій з боку суб'єктів господарювання, досягнення максимально ефективних результатів, дослідження перспектив і напрямків розвитку галузі будівництва [3].

На рівні органів виконавчої влади контроль трансформується у функцію, яка може бути основною діяльністю або лише елементом більш широкої діяльності [4, с. 294]. Так, наприклад,

державний контроль у сфері будівництва в системі виконавчих органів державної влади здійснює Міністерство регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України (далі – Мінрегіон), яке формує та забезпечує реалізацію державної політики в тому числі і технічне регулювання будівельної галузі. Мінрегіон здійснює контроль за виконанням нормативно-правових актів у сфері містобудування через Державну архітектурно-будівельну інспекцію та її територіальні органи, вказані органи є основними в системі органів державної влади, які здійснюють державний контроль у сфері будівництва [5; 6].

Контроль – це також переважно правова форма діяльності держави.

Правова природа державного контролю виражається в тому, що він здійснюється органами держави та їх посадовими особами у межах, визначених правовими нормами, на підставі норм права і відповідно до них [7, с. 346].

Наприклад, відповідно до п. 2 Положення «Про Міністерство регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України» від 30 квітня 2014 р. № 197 [8] Мінрегіон у своїй діяльності керується Конституцією та законами України, указами Президента України та постановами Верховної Ради України, прийнятими відповідно до Конституції та законів України, актами Кабінету Міністрів України, іншими актами законодавства.

В. Горшеньов і І. Шахов зазначають, що контроль – це специфічна форма державної діяльності, якій притаманні власні функції [9, с. 35].

Таким чином, сутність контролю полягає в тому, що державний орган управління здійснює спостереження об'єкта, перевірку того, як цей об'єкт виконує вимоги законодавства та контролюючого органу з метою забезпечення законності в державному управлінні.

Розглядаючи, питання пов'язане з державним контролем взагалі та державним контролем в сфері будівельної діяльності, зокрема, звертає увагу на себе такий стан речей при якому, і в наукових працях, і в чинному законодавстві досить часто термін «контроль» вживається, як тотожне поняття терміну «нагляд».

Самі поняття «державний контроль», «державний нагляд» і їх співвідношення в наукових колах є предметом дискусії.

Так наприклад, відповідно до ст. 1 Закону України від 05.04.2007 № 877-V «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності» державний нагляд (контроль) – діяльність …органів державного нагляду (контролю) в межах повноважень, передбачених законом, щодо виявлення та запобігання порушенням вимог законодавства суб'єктами господарювання та забезпечення інтересів суспільства, зокрема належної якості продукції, робіт та послуг, допустимого рівня небезпеки для населення, навколишнього природного середовища [10]. На цьому прикладі видно, що законодавець поняття нагляду та контролю ототожнює, об'єднуючи ці поняття за змістом та значенням. Безумовно, поняття «нагляд» тісно пов'язане з поняттям «контроль».

Отже, на основі викладеного вище можна констатувати значеннєвий збіг термінів «контроль» і «нагляд», оскільки обидва поняття означають спостереження, перевірку, огляд та інші аналогічні дії. Наприклад, нагляд (англ. supervision, oversight, control) – це метод фінансового контролю, що полягає у спостережені за дотриманням об'єктом контролю встановлених чинними нормативно-правовими актами правил нормативів та проведення відповідних контрольних дій [11, с. 258].

Контроль – це … заходи з нагляду, перевірки, обліку діяльності поведінки фізичних та юридичних осіб [12, с. 215].

І виходить, що нагляд – це один із методів фінансового контролю, але це зовсім відповідає дійсності.

На нечіткість розмежування цих понять звертає увагу Д. Овсянко, зазначаючи, що деякі органи виконавчої влади можна назвати контрольно-наглядовими, оскільки в окремих випадках майже неможливо відокремити контрольні функції від наглядових [13, с. 169].

Ні в науці, ні в законодавстві не повинно бути мішанини у термінах. І тому, спочатку на теоретичному рівні необхідно дослідити сутність понять «контроль», «нагляд», визначити їх відмінність та схожі ознаки і вже потім з науковим розумінням закріпляти ці терміни на законодавчому рівні.

Є. Панова вважає, що «чітке розмежування понять «нагляд» і «контроль» поступово втрачає силу» [14, с. 12]. Автор вважає, що ці поняття дедалі частіше вживаються одне замість одного. Але дане твердження не підкріплюється сучасним законодавством. Наприклад, в абз. 32 п. п.2 п. 4 Положення про Міністерство регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України зазначається, що Мінрегіону затверджує нормативно-правові акти з питань архітектурно-будівельного контролю та нагляду [8].

Деякі вчені стверджують, що межа між даними термінами існує. Так, О. Андрійко вважає, що хоча в сучасній літературі та законодавстві чіткого розмежування між поняттями «контроль» та «нагляд» не існує, його можна провести. Воно полягає в різниці сфер охоплення, а також специфіці методів і форм впливу [15, с. 92].

Тому доцільно розмежувати контрольні та наглядові органи залежно від їх повноважень. Нагляд – це переважно облік, дозвільні дії, спостереження та сигналізація компетентним органам про свої спостереження.

Контроль же передбачає огляд, перевірку, затримання, втручання в господарську діяльність підконтрольного суб'єкта, вживання заходів адміністративного впливу.

Так, В. Гаращук переконаний, що «наглядові функції з боку держави залишаються тільки за прокуратурою, яка, як відомо, не має права втручатися в оперативну діяльність піднаглядних їй органів або посадових осіб цих органів та не може самостійно притягувати винних до правової відповідальності. Інші органи, незважаючи на їх назву, здійснюють контроль (повний або неповний), а не нагляд» [16, с. 85].

Органи прокуратури, у порядку визначеному законодавством, здійснюють державний нагляд за додержанням і застосуванням нормативно-правових актів органами державного контролю [17].

Слід зауважити, що в практичній діяльності для суб'єкта будівельної діяльності майже не існує розмежування контрольних та наглядових державних органів.

М. Студенікіна, стверджує, що суто наглядових органів не існує, бо на практиці елементи нагляду й контролю завжди поєднуються, і намагатися в кожному випадку визначити, де саме закінчується контроль і починається нагляд, досить складно [18, с. 42].

Для суб'єктів будівельної діяльності контроль та нагляд – це майже одне і те саме, тому що вони мають єдину мету, єдиний сенс та однакові форми здійснення.

Спеціальним уповноваженим на здійснення контрольних та наглядових функцій у будівельній діяльності є Держархбудінспекція. Аналізуючи чинне законодавство можливо виділити два основних види контрольно-наглядових функцій Держархбудінспекції в сфері будівельної діяльності.

До першого виду контрольно-наглядових функцій можливо віднести безпосередні заходи державного нагляду (контролю), які пов'язані з плановими та позаплановими перевірками об'єктів будівництва. Наприклад, здійснення вибіркових перевірок: відповідності розміщення об'єктів, виконання будівельних робіт, виробництва будівельних матеріалів, виробів і конструкцій вимогам державних стандартів, норм і правил, технічним умовам, архітектурним вимогам, а також місцевим правилам забудови населених пунктів, своєчасності та якості виконання суб'єктами будівельної діяльності передбачених нормативно-технічною і проектною документацією зйомок, замірів, випробувань, а також ведення необхідної виконавчої документації; наявності сертифікатів на будівельну продукцію.

До другої групи контрольно-наглядових функцій (опосередкованих контрольно-наглядових заходів) можливо віднести заходи, які пов'язані з видачею дозволів на здійснення будівництва, ліцензій тощо і не стосуються перевірок суб'єктів господарювання. Наприклад, видача забудовникам дозволів на виконання робіт з будівництва, реконструкції, на реставрацію та капітальний ремонт, реєстрація об'єктів, на яких виконуються ці роботи; реєстрація відповідальних інженерно-технічних працівників, які здійснюють безпосередньо керівництво будівельними роботами, технічний і авторський нагляд; участь у встановленому порядку у прийнятті в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів, а також у розслідуванні причин аварій на будівництві; ліцензування будівельної діяльності та здійснення контролю за дотриманням ліцензійних умов.

Основними формами контролю в сфері будівельної діяльності є перевірки та ревізії.

Формами державного архітектурно-будівельного контролю є планові та позапланові перевірки. Наприклад, в січні – листопаді 2014 року територіальні підрозділи Державної архітектурно-будівельної інспекції України здійснили близько 30 тисяч перевірок, в ході яких виявили 7,6 тисяч порушень містобудівного законодавства, наклали штрафних санкцій на суму 154,9 млн. грн. Найбільше перевірок в 2014 році здійснено в Київській, Одеській областях та в м. Києві. Для порівняння: за 2013 рік здійснено 54,1 тис. перевірок, виявлено 18,7 тис. порушень, накладено штрафних санкцій 336 млн. грн. Негативна динаміка пов'язана із забороною перевіряти підприємства, установи та організації, фізичних осіб-підприємців без спеціального дозволу Кабінету Міністрів України [19].

Планові перевірки проводяться не частіше ніж один раз на півроку та повинні бути передбачені планом роботи інспекції, який затверджується керівником відповідної інспекції.

Позапланові перевірки не передбачаються планом роботи і проводяться виключно за наявності передбачених законодавством підстав, до яких належать: заява суб'єкта містобудування про про-

ведення перевірки; виявлення факту самочинного будівництва; перевірка виконання суб'єктом містобудівної діяльності приписів та вимог інспекцій; перевірка виконання вимог інспекції щодо усунення порушень ліцензійних умов; звернення фізичних чи юридичних осіб про порушення вимог містобудівного законодавства; вимога правоохоронних органів про проведення перевірки.

На підставі аналізу законодавства та матеріалів, пов'язаних із проведенням контролю за будівельною діяльністю, найбільш розповсюдженими правопорушеннями в цій сфері є: різного роду відхилення від проекту, починаючи від зміни проектного рішення та закінчуючи змінами в технічному устаткуванні; самовільна забудова; самовільне відхилення від проекту; заниження категорії складності об'єкта тощо.

Щоб будувати об'єкт 4 чи 5 категорій, слід зібрати певний пакет документів з проектною документацією, пройти експертизу. А, оскільки для об'єктів 1-3 категорій складності у нас діє декларативний принцип, то в цьому випадку все набагато простіше. Тому забудовники й занижують категорію складності – де-факто будують об'єкт 4 категорії, а подають декларацію, в якій пишуть, що нібито споруджують об'єкт 3 категорії, щоб уникнути паперової тяганини. Але разом з тим вони уникають і виконання будівельних норм.

Також слід зазначити про існування розповсюдженої проблеми самовільної зміни цільового призначення існуючих будівель та споруд, що призводить до використання будівель та споруд за іншим цільовим призначенням, які не призначені для цих цілей. Як наслідок, зміни цільового призначення можуть не відповідати державним будівельним, санітарно-епідеміологічним та протипожежним нормам, створюючи незручності для осіб, які проживають поряд з такими об'єктами та інколи навіть створюючи загрозу життю громадян.

Проте слід визнати, що в Україні створилась така ситуація, при якій практично не можливо знести об'єкт, який будується самовільно або з відхилення від проекту, і це ставить під загрозу стійкість конструкції. Відповідно до законодавства, це повинна робити виконавча служба, але у неї немає на це коштів, і вона виставляє рахунок Держархбудінспекції, у якої теж не достатньо коштів. Ці кошти Держархбудінспекція гіпотетично зможе повернути через штрафні санкції з порушника, але це практично не можливо зробити.

Не завадило б запозичувати досвід, який застосовують у Польщі, Німеччині. Якщо щось самовільно будується – припис на знесення та штраф. Якщо порушник не зносить, то повторно видається припис на знесення і набагато більший штраф, а в третій раз, якщо він ігнорує вказівку, об'єкт зносять за бюджетні кошти і потім виписують ще більший штраф. У Німеччині він становить близько 100 тис. євро плюс вартість зносу [20].

Важливими формами та засобами реалізації контролю є відповідна система спостережень та періодичні або разові перевірки виконання певного виду управлінської діяльності чи окремих заходів доручень, актів тощо [21, с. 195].

Процедура проведення перевірок, як форм контролю, права та обов'язки інспекторів та суб'єктів містобудування, діяльність яких перевіряється врегульована Порядком здійснення державного архітектурно-будівельного контролю.

Висновки. Підсумовуючи викладене вище, слід наголосити, що для успішного реформування національної будівельної сфери необхідно здійснити певні дії. До таких дій можливо віднести: дослідити досвід та особливості регулювання державного нагляду та контролю у сфері будівництва за кордоном; переглянути національні нормативні акти та внести в них відповідні зміни, із застосуванням досвіду провідних країн світу, з метою створення привабливого інвестиційного клімату; продовжити реформування будівельної сфери з урахуванням децентралізації влади тощо. Все це зумовлює необхідність подальшого наукового вивчення цього правового інституту. Дослідження проблем державного контролю в сфері будівельної діяльності важливо не тільки в контексті правових реформ, а й головним чином в контексті створення безпечних умов життя для населення, безпечного життєвого простору, охорони навколишнього середовища.

Список літератури

1. Миронець І. М. Адміністративно-правове регулювання будівельної діяльності в Україні : автореф. канд. юрид. наук, спец. : 12.00.07 – адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право / І.М. Миронець. – К. : МОН, молоді та спорту Укр. Нац. авіаційний ун-т, 2012. – 24 с.
2. Чистяков П. М. Контроль органів державної податкової служби України за підприємницькою діяльністю, яка підлягає ліцензуванню: теорія та практика реалізації : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 «Теорія управління; адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / Чистяков Петро Михайлович. – Ірпінь, 2004. – 22 с.
3. Матвійчук А. В. Контрольні провадження у галузі будівництва : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / Матвійчук Анатолій Васильович. – К., 2010. – 19 с.

4. Адміністративне право України : [підручник] / [за заг. ред. С. В. Ківалова]. – О. : Юрид. літ., 2003. – 896 с.
5. Про затвердження Положення про Міністерство регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України [Електронний ресурс] : Указ Президента України від 08.07.2011 р. № 742/2011. – Режим доступу : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/U633_11.html
6. Про затвердження Порядку здійснення державного архітектурно-будівельного контролю [Електронний ресурс] : Постанова Кабінету Міністрів України від 23.05.2011 р. № 553. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/553-2011-п
7. Державне управління проблеми адміністративно-правової теорії та практики / [за заг. ред. В. Б. Авер'янова]. – К. : Факт, 2003. – 384 с. – (Серія «Адміністративно-правова реформа в Україні»).
8. Про затвердження Положення про Міністерство регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України [Електронний ресурс] : Постанова КМУ № 197 від 30.04.2014. – Режим доступу : http://kodeksy.com.ua/norm_akt/source-КМУ/type-Постанова/197-30.04.2014.htm
9. Горшенев В. М. Контроль как правовая форма деятельности / В. М. Горшенев, И. Б. Шахов. – М. : Юрид. лит., 1987. – 176 с.
10. Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності [Електронний ресурс] : Закон України від 05.04.2007 № 877-V. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/877-v
11. Фінансова енциклопедія / О. П. Орлюк, Л. В. Воронова, І. Б. Заверуха [та ін.] ; за заг. ред. О. П. Орлюк. – К. : Юрінком Інтер, 2008. – 472 с.
12. Популярна юридична енциклопедія / кол. авт.: В. К. Гіжевський, В. В. Головченко, В. С. Ковальський (кер.) та ін. – К. : Юрінком Інтер, 2003. – 528 с.
13. Овсянко Д. М. Административное право : [учеб.пособие для юрид фак. и ин-тов] / Д. М. Овсянко. – М. : НОРМА, 1997. – 247 с.
14. Панова Е. А. Юридическая ответственность за нарушения водного законодательства в России : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.06 – «Природоресурсное право; Аграрное право; Экологическое право» / Панова Елена Анатольевна. – М., 2009. – 28 с.
15. Андрійко О. Ф. Державний контроль в Україні: організаційно-правові засади / О. Ф. Андрійко. – К. : Наук. думка, 2004. – 300 с.
16. Гаращук В. М. Теоретико-правові проблеми контролю та нагляду у державному управлінні : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.07 / Гаращук Володимир Миколайович. – Х., 2003. – 409 с.
17. Про прокуратуру : Закон України від 05.11. 1991 року № 1789 –XII // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 53 – Ст. 793.
18. Студеникина М. С. Государственный контроль и применение административной ответственности как формы государственного регулирования экономическими процессами / М. С. Студеникина // Административно-правовое регулирование экономических отношений. – М. : Юрист, 2001. – С. 41-44.
19. Про підсумки роботи Державної архітектурно-будівельної інспекції України та її територіальних органів з січня 2014р по листопад 2014 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.dabi.gov.ua/index.php/pres-sluzhba/novini/869-v-sichni-listopadi-2014-roku-dabi-zdijsnila-blizko-30-tisyach-perevirok
20. Сейчас практически невозможно снести самовольно построенный объект [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.dabi.gov.ua/index.php/pres-sluzhba/zmi-pro-dabi/622-interv-yu-golovi-dabi-ukrajini-maksima-martinyuka-informatsijnomu-agentstvu-ukrajinski-novini-3-zhovtnya-2014-roku. – Назва з титулу екрана.
21. Радзівон С. М. Контроль – як спосіб забезпечення законності діяльності органів публічної адміністрації / С. М. Радзівон // Науковий вісник Ужгородського національного університету. – 2012. – Вип. 20. – Ч. 1. – Т. 3. – С. 194-198.

Стаття надійшла 14.12.2014 р.

О.В. Стукаленко, канд. юрид. наук, доцент
Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова
кафедра административного и хозяйственного права
Французский бульвар, 24/26, Одесса 65058, Украина

ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ОСНОВЫ ГОСУДАРСТВЕННОГО КОНТРОЛЯ И НАДЗОРА В СФЕРЕ СТРОИТЕЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Резюме

В статье освещены актуальные вопросы, связанные с осуществлением государственного контроля и надзора Украины в сфере строительной деятельности.

Раскрыты основные особенности, присущие институту государственного контроля в сфере строительной деятельности.

Сделан анализ современных теоретических основ государственного контроля и надзора в сфере строительства с учетом практического материала. Определены основные направления дальнейших научных исследований в сфере государственного контроля строительной деятельности.

Обращено внимание на различии терминов «контроль» и «надзор». Автор использует статистический материал, иллюстрирующий работу Государственной архитектурно-строительной инспекции Украины в 2013 – 2014 годах. Указаны данные о количестве плановых и внеплановых проверок, проведенных Госархстройинспекцией Украины и о результатах этих проверок.

Основная идея статьи состоит в том, что усовершенствование механизма правового регулирования государственного контроля в сфере строительства дает возможность эффективного использования строительного потенциала Украины и позволяет правильно выбрать тактические цели в указанной сфере.

Ключевые слова: государственный контроль, строительная деятельность, проверки, законодательство, Государственная архитектурно-строительная инспекция Украины.

O.V. Stukalenko, Candidate of Juridical Sciences, Associate Professor
Odesa I. I. Mechnikov National University
the Department of Administrative and Economic Law
24/26, Frantsuzskiy Boulevard, Odessa, 65058, Ukraine

THEORETICAL FOUNDATIONS OF THE STATE CONTROL AND SUPERVISION IN THE SPHERE OF CONSTRUCTION ACTIVITY

Summary

The article is devoted to topical issues related to the implementation of the state control and supervision of Ukraine in the sphere of construction activity.

The main features inherent in the Institute of state control in the sphere of construction activities are revealed.

The analysis of contemporary theoretical and practical foundations of the state control and supervision in the sphere of construction taking into account practical material. Identified key areas for further research in the sphere of state control of the construction activity.

Attention was drawn to the difference between the terms «control» and «supervision». The author uses statistics to illustrate the work of the State architectural and construction Inspectorate of Ukraine in 2013 – 2014. Specified data on the number of scheduled and unscheduled inspections, said the State architectural and construction Inspectorate of Ukraine and the results of these inspections.

The main idea of the article comprises that the improvement of the mechanism of legal regulation of state control in the sphere of construction allows efficient use of building potential of Ukraine and allows you to properly choose tactical objectives in this area.

Key words: state control, construction activities, inspections, legislation, and State architectural and construction Inspectorate of Ukraine.

ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

УДК 346.1:346.3

С.М. Грудницька, докт. юрид. наук, професор
Інститут економіко-правових досліджень НАН України
сектор сприяння розвитку економіко-правових досліджень
Бульвар Шевченко, 60, Київ, 01032, Україна

І.Л. Євміна, аспірантка
Інститут економіко-правових досліджень НАН України
сектор сприяння розвитку економіко-правових досліджень
Бульвар Шевченко, 60, Київ, 01032, Україна

ДЕЯКІ ПИТАННЯ НЕДІЙСНОСТІ ГОСПОДАРСЬКОГО ДОГОВОРУ (ПРАВОЧИНУ)

У статті проаналізовано окремі аспекти чинного правового регулювання щодо недійсності господарських договорів (правочинів), виявлено питання, що потребують удосконалення, та обґрунтовано нові положення щодо винесення судом рішення про недійсність господарських договорів (правочинів) за ініціативою суду, кола осіб, які мають права на позов, виправлення нікчемного договору (правочину) і визнання його дійсним та можливості застосування позовної давності щодо нього.

Ключові слова: господарський договір, правочин, коло осіб, які мають право на позов, визнання нікчемних правочинів недійсними за ініціативою суду, визнання нікчемного правочину дійсним, позовна давність.

Постановка проблеми. Перехід до ринкових умов господарювання та законодавче закріплення свободи підприємницької (господарської) діяльності зумовили стрімке розширення сфери застосування договору як правового засобу регулювання господарських відносин, відповідно суттєво розширилась й сфера вільного розсуду суб'єктів господарювання при вчиненні інших видів правочинів. Таким чином було закладено основу для більш ефективного розвитку господарських відносин, однак побічним явищем в реалізації цієї загалом позитивної тенденції стало стрімке зростання кількості недійсних господарських договорів (правочинів), що шкодить стабільності господарського обороту. Практика розгляду спорів в судах свідчить про недосконалість законодавчого регулювання з питань недійсності господарських договорів (правочинів), що негативно позначається на рівні захисту прав та законних інтересів учасників господарського обороту, відповідно перешкоджає реалізації не тільки приватних, а й публічних інтересів.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. В господарсько-правовій науці проблеми сьогодення щодо недійсності правочинів досліджувалися низкою авторів, серед яких О. В. Безух, О. А. Беляневич, О. М. Вінник, В. В. Джунь, В. К. Мамутов, Б. М. Поляков, В. С. Щербина та ін., однак існує низка питань, які залишаються недостатньо розкритими і обґрунтованими, є потреба в проведенні подальших досліджень.

Метою цієї статті є аналіз окремих аспектів чинного правового регулювання щодо недійсності господарських договорів (правочинів), виявлення питань, що потребують удосконалення, та обґрунтування пропозицій до законодавства.

Виклад основного матеріалу. При розгляді питань про визнання господарських договорів (правочинів) недійсними виникає низка питань, які є дискусійними й супроводжуються суперечливою судовою практикою, тому потребують аналізу та визначення господарсько-правових підходів до їх вирішення.

Одне з питань, яке виникає – чи може суд за власною ініціативою визнавати нікчемний правочин недійсним. У судовій практиці мала місце негативна відповідь на це питання. Так, Верховний Суд України, переглядаючи в порядку касації судові рішення прийняті по справі № 10/330 Господарського суду м. Києва, зазначив, що «визнання господарськими судами з власної ініціативи договорів недійсними і такими, що втратили чинність, поза межами заявлених позивачем вимог суперечить конституційному принципу диспозитивності сторін судового процесу. У зв'язку з цим норма п. 1 ч. 1 ст. 83 Господарського процесуального Кодексу України (про право господарського суду визнавати недійсним повністю чи у певній частині пов'язаний з

© С.М. Грудницька, І.Л. Євміна, 2014

предметом спору договір, який суперечить законодавству), на підставі ст. 8 Конституції України не повинна застосовуватися» [1].

Наукові аналітики з цього приводу вважають, що такі новели в законодавстві та судовій практиці носять деструктивний характер, оскільки фактично узаконюють договір, що не відповідає вимогам закону, якщо відсутній позов заінтересованої особи або відповідного державного органу. «Не можна визнати правомірним та обґрунтованим судове рішення, яким захищаються права та інтереси однієї із сторін з посиланням на договір, що суперечить законодавству. В таких випадках суд має повне право на підставі ст. 83 ГПК України визнавати недійсним, пов'язаний з предметом спору договір, який суперечить законодавству», – пише С. С. Потопальський [2, с. 30].

З цим висновком слід погодитися з тим уточненням, що посилання суду на ст. 8 Конституції України в обґрунтування обраного підходу не можна вважати коректним, оскільки ця стаття гарантує громадянам право на звернення до суду за захистом, а зовсім не обов'язок суду утримуватися від застосування законів при прийнятті рішень. З теоретичної точки зору принцип диспозитивності властивий цивільному праву як праву приватному і відповідно цивільному процесу, оскільки цивільний процес є судовим провадженням приватноправового характеру. Натомість у сфері господарювання принцип диспозитивності застосовується у комплексі з імперативними нормами, необхідними для захисту публічних інтересів, як в господарському праві, так і в господарському процесі відбувається сполучення приватноправового і публічно-правового регулювання. Тому такий висновок Верховного Суду України для сфери господарювання є неприйнятним.

Не випадково вже на початку XX століття процесуалісти зрозуміли, що повна свобода розпорядження процесуальними правами в більшості випадків буде порушувати права інших осіб, які беруть участь у справі, тому необхідна так звана золота середина, відповідно до якої право вільного розпорядження сторін у процесі суворо окреслено певними межами, всередині яких свобода реалізації цього права абсолютна. Особливістю дії цього принципу в господарському процесі є його певна обмеженість, зумовлена тим, що господарські спори, які вирішуються господарським судом, частково зачіпають не лише приватні, а й публічні інтереси. Тому господарський суд не приймає відмови від позову, зменшення розміру позовних вимог, визнання позову відповідачем, якщо ці дії суперечать законодавству або порушують чиї-небудь права й охоронювані законом інтереси (ч. 6 ст. 22 ГПК України). Так само має вирішуватися питання і щодо визнання нікчемного договору (правочину) або його частини недійсною за ініціативою суду. Лише при вирішенні спору стосовно оспорюваного правочину суд не вправі за власною ініціативою визнавати такі правочини недійсними, адже відмовляючись від оспорювання сторона тим самим підтверджує його.

Тому норму ч. 1 ст. 83 ГПК України, яка говорить про те, що, приймаючи рішення, господарський суд має право визнати недійсним повністю чи у певній частині пов'язаний з предметом спору договір, який суперечить законодавству, слід вважати обґрунтованою і такою, що ніяким чином не суперечить ст. 8 Конституції України.

До того ж такий підхід узгоджується з основними положеннями класичної теорії стосовно недійсності договорів, які, як відомо, полягають у тому, що кожен має право ігнорувати нікчемну угоду, суд чи інший орган повинні взяти до уваги нікчемність; нікчемність має незворотній характер (неможливість виправлення, схвалення договору, незастосування позовної давності, оскільки договір уражається нормами права, а не судом) [3, с. 279; 4, с. 154].

Ще одне питання, яке виникає при розгляді питань про визнання господарських договорів (правочинів) недійсними – це коло осіб, які мають право на позов.

ЦК України (ч. 3 ст. 215) і ГК України (ч. 1 ст. 207) по-різному підходять до вирішення цього питання.

Відповідно до ст. 215 ЦК України – це будь-яка заінтересована особа. Зокрема, ця стаття ЦК передбачає, що якщо недійсність правочину прямо не встановлена законом, але одна із сторін або інша заінтересована особа заперечує його дійсність на підставах, встановлених законом, такий правочин може бути визнаний судом недійсним (оспорюваний правочин).

Відповідно до ст. 207 ГК України – це лише сторони за договором або відповідний орган держави. Так, ця стаття ГК передбачає, що господарське зобов'язання, яке не відповідає вимогам закону, або вчинено з метою, яка завідомо суперечить інтересам держави і суспільства, або укладено учасниками господарських відносин з порушенням хоча б одним з них господарської компетенції (спеціальної правосуб'єктності), може бути на вимогу однієї із сторін або відповідного органу державної влади визнано судом недійсним повністю або в частині.

У літературі висловлюється думка, що законодавець невиправдано звузив коло осіб, які вправі заявляти позов про визнання недійсним господарського зобов'язання, оскільки це позбавляє можливості третіх осіб, права яких порушує спірний договір також заявити відповідний позов. Тому пропонується на законодавчому рівні привести ст. 207 ГК України, яка визначає суб'єктом позову лише сторін та відповідний державний орган, у відповідність до ст. 215 ЦК України, шляхом визначення права будь-якої заінтересованої особи на звернення з позовом про визнання оспорюваного правочину недійсним [2, с. 30].

Але, як уявляється, у змісті ч. 1 ст. 207 ГК України слід розрізняти два види недійсних правочинів – нікчемні і оспорювані, й до вирішення питання про коло осіб, які мають право на позов, слід підходити з урахуванням цього.

Зокрема, важливе значення мають наступні обставини. Виходячи з того, що у разі порушення законодавства правочин вважається недійсним з моменту його укладення, оскільки недійсність нікчемного правочину встановлена законом, суб'єкти можуть відноситись до нього як до недійсного незалежно від того, чи визнано його недійсність судом. Отже, судове визнання нікчемного правочину недійсним для того, щоб суб'єкти могли відноситись до цього правочину як до недійсного, не вимагається. Через пряме порушення законодавства недійсність таких правочинів, по-перше, має характер нікчемності, по-друге, стає предметом публічного оспорювання, тобто може бути оспорена як сторонами договору тощо, так і іншими заінтересованими сторонами, насамперед державними органами, які мають забезпечувати дотримання законності, у т. ч. судами.

Інакше, як на нашу думку, відбувається у випадку оспорюваного правочину. Такий правочин вважається дійсним, якщо його не оспорено в суді. Причиною цьому є локальний характер порушень: якщо у випадку нікчемних правочинів порушується законодавство, то у випадку оспорюваного правочину має місце порушення законних інтересів суб'єктів, дотримання яких гарантується законодавством, чи їх прав, передбачених локальними нормативними актами чи договорами тощо. Тобто, у даному разі мова йде про випадки приватного оспорювання дійсності правочину.

Це суттєво впливає на коло осіб, які можуть оспорювати недійсні договори (правочини). Вважаємо, що щодо оспорюваних договорів (правочинів) має бути збережено теперішній зміст норми ч. 1 ст. 207 ГК України, і лише щодо нікчемних правочинів потрібно вести мову про необхідність гарантувати право на позов будь-яким заінтересованим особам.

З урахуванням наведеного пропонується ч. 1 ст. 207 викласти в такій редакції:

«Господарське зобов'язання, яке вчинено з метою, яка завідомо суперечить інтересам держави і суспільства, або укладено учасниками господарських відносин з порушенням хоча б одним з них господарської компетенції (спеціальної правосуб'єктності), може бути на вимогу однієї із сторін або відповідного органу державної влади визнано судом недійсним повністю або в частині.

Господарське зобов'язання, яке не відповідає вимогам закону, може бути повністю або в частині визнано судом недійсним, якщо одна із сторін, або відповідний орган державної влади, або інша заінтересована особа заперечує його дійсність на підставах, встановлених законом».

Нікчемний правочин є недійсним з моменту його укладення. Оспорюваний правочин після набрання сили рішенням суду про визнання його недійсним, нічим не відрізняється від нікчемного і є недійсним з моменту його укладення, за винятком тих випадків, коли за своєю природою такий правочин може бути визнаний недійсним лише на майбутнє [5, с. 502].

Однак, окрім цього, існує ще інститут підтвердження недійсного договору (правочину) особами, що його уклали. Можливість підтвердження недійсного правочину сформувався уже в дореволюційній Росії. Підтверджений правочин вважався, не зважаючи на свій початковий недолік, дійсним не тільки з моменту підтвердження, але і з першого моменту укладення [6, с. 718]. Вона визнається і в зарубіжних країнах. Наприклад, Німецьке Цивільне Уложення передбачає можливість підтвердження недійсного правочину. § 141, який передбачає, що у разі, якщо особа, яка вчинила недійсний правочин, підтверджує його, то підтвердження розглядається як вчинення правочину заново. Якщо недійсний договір підтверджується сторонами, то вони повинні при наявності сумнівів виконати все те, що вони отримали б за умови дійсності договору з самого початку. Згідно § 144 цього Уложення передбачає, що не допускається оспорення, якщо оспорюваний правочин був підтверджений тим, хто мав право його оспорювати [7, с. 38, 39].

Підтвердження оформляється додатковою угодою. В іншому випадку підтвердженням є вже відсутність з боку сторін заяв про визнання його недійсним.

Однак якщо можливість підтвердження оспорюваного правочину не викликає ніяких сумнівів, то щодо можливості підтвердження нікчемного правочину виникають запитання.

Існує думка, що нікчемний договір, на відміну від оспорюваного, не може бути підтверджений, оскільки є недійсним з моменту його укладення [2, с. 31].

З цією думкою важко погодитися, й більш обґрунтованою виглядає протилежна думка, якої дотримується й судова практика. У п. 2 Роз'яснення Вищого арбітражного суду України від 12.03.99 р. № 02-5/111 «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з визнанням угод недійсними», визначається, що у процесі вирішення спору сторони можуть самі усунути у встановленому порядку порушення, які могли б потягти за собою визнання договору недійсним, зокрема, шляхом укладення нового договору; внесення змін до договору, який не відповідає закону у певній частині; погодження його з відповідним державним органом, якщо це необхідно для даного договору. Сторони також не позбавлені права укласти угоду про внесення змін до договору з метою приведення його у відповідність із законом або про розірвання договору. Якщо згадана угода не суперечить чинному законодавству, господарський суд у резолютивній частині рішення може затвердити її.

Однак, поряд з цим, до зазначеної позиції виникає таке питання: навіщо визнавати договір (правочин) недійсним, замість того, щоб зобов'язати укладачів договору (правочину) привести його у відповідність до законодавства, якщо цього вимагають заінтересовані особи або публічні інтереси. Адже у сфері господарювання здійснюється професійна діяльність, яка передбачає професійне юридичне обслуговування. У сфері суспільного виробництва будь-які порушення закону негативно впливають на суспільні відносини, а забезпечення законності є необхідним елементом суспільного господарського порядку. Тому така постановка питання має сенс, і її доцільно врахувати при вдосконаленні законодавства.

Слід враховувати практику розгляду справ, пов'язаних з недійсністю угод, яка показує, що ці справи виникають найчастіше не у зв'язку з бажанням відновити законне становище, а з метою отримання майнових вигод, перекласти на іншу сторону збитки, викликані прорахунками в організації підприємницької діяльності. Як зазначають Е. І. Афоніна і Ю. В. Ширвис, основні положення класичної теорії полягають у тому, що нікчемність має незворотній характер (неможливість виправлення, схвалення договору, незастосування позовної давності, оскільки договір уражається нормами права, а не судом) [3, с. 279; 4, с. 154], однак такий підхід має ряд недоліків і надає широкі можливості для зловживань. Наприклад, в одній зі справ, розглянутих судом за участі вказаних авторів, позивач просив визнати недійсним договір купівлі-продажу акцій та стягнути з продавця вартість акцій, при тому, що емітента зазначених акцій на момент розгляду спору було ліквідовано. Одним із мотивів відмови послужила неможливість застосування реституції – передачі акцій продавцю. У період же конкурсного провадження відносно емітента повернення акцій можливе. Однак при поверненні акцій у вказаний період їх ціна була б значно нижчою від ціни придбання, в результаті застосування наслідків недійсності правочину збитки, викликані падінням ціни акцій, були б перенесені на продавця. Подібна ситуація виникає при поверненні банкруту майна, проданого до банкрутства за недійсним правочином. Отримавши майно, банкрут не в змозі виплатити кошти, виручені від продажу цього майна.

У судовій практиці зустрічаються і більш витончені схеми використання інституту недійсності угод. Як приклад можна навести такий випадок. Колишній учасник товариства з обмеженою відповідальністю оскаржував рішення загальних зборів учасників товариства про укладення кредитних договорів. Кредитні договори були великою угодою, тому були схвалені оспорюваним рішенням загальних зборів учасників. Фактично позов був направлений на те, щоб визнати недійсними кредитні договори, укладені товариством з банком, договори застави та поруки і не виконувати раніше прийняті судові акти про стягнення з товариства на користь банку заборгованості за зазначеними договорами. Спочатку в суді загальної юрисдикції був визнаний недійсним договір дарування частки в статутному капіталі, укладений між позивачем та третьою особою до отримання товариством кредиту. Суд загальної юрисдикції встановив, що договір дарування не переслідував мети фактичної зміни складу учасників товариства, і в порядку застосування наслідків недійсності правочину визнав за позивачем право власності на раніше подаровану їм частку в статутному капіталі. Отримавши таке рішення, позивач намагався оскаржити рішення зборів учасників товариства, посилаючись на те, що недійсність договору дарування частки тягне недійсність рішень загальних зборів учасників товариства, прийнятих у період, протягом якого він не був учасником товариства [8].

Враховуючи, що практика використання інституту недійсності господарських договорів (правочинів) для зловживань набула широкого поширення і має тенденцію до зростання, це становить загрозу для стабільності господарського обороту. По суті наростання таких тенденцій

свідчить про малоефективність чинного законодавства у забезпеченні законності у відповідних відносинах, у боротьбі з порушенням законодавства та захисті приватних і публічних інтересів всіх учасників господарського обороту.

З урахуванням вищевикладеного пропонується доповнити ч. 3 ст. 207 ГК України «Недійсність господарського зобов'язання» абзацом 2 такого змісту:

«У разі якщо за змістом зобов'язання воно може бути приведено у відповідність до законодавства, суд може зобов'язати укладачів договору (правочину) привести його у відповідність до законодавства, якщо цього вимагають заінтересовані особи або публічні інтереси, та визнати виправлений договір (правочин) дійсним з моменту його укладення».

Слід зазначити, що така пропозиція узгоджується з положенням ЦК України про те, що нікчемний правочин може бути визнано судом дійсним (абз. 2 ч. 2 ст. 215).

Висновки. На основі проведеного аналізу додатково аргументовано положення ст. 83 ГПК України про те, що, приймаючи рішення, господарський суд має право визнати недійсним пов'язаний з предметом спору договір, який суперечить законодавству, вказівкою на те, що вона ніяким чином не суперечить ст. 8 Конституції України, оскільки ця стаття гарантує громадянам право на звернення до суду за захистом, а зовсім не обов'язок суду утримуватися від застосування законів при прийнятті рішень; принцип диспозитивності у чистому вигляді властивий цивільному процесу, особливістю дії цього принципу в господарському процесі є його певне обмеження, зумовлена тим, що господарські спори, які вирішуються господарським судом, частково зачіпають не лише приватні, а й публічні інтересВимагає вдосконалення законодавче регулювання питання про коло осіб, які мають право на позов. Обґрунтовано, що щодо оспорюваних договорів (правочинів) має бути збережено теперішній зміст норми ч. 1 ст. 207 ГК України, а щодо нікчемних правочинів необхідно гарантувати право на позов будь-яким заінтересованим особам.

Також пропонується передбачити у ГК України норму, згідно якій, у разі якщо за змістом зобов'язання воно може бути приведено у відповідність до законодавства, суд може зобов'язати укладачів договору (правочину) привести його у відповідність до законодавства, якщо цього вимагають заінтересовані особи або публічні інтереси, та визнати виправлений договір (правочин) дійсним з моменту його укладення.

Список літератури

1. Архів Господарського суду міста Києва, справа № 10/330. – 2001 р.
2. Потопальский С. С. Підстави та наслідки недійсності підприємницьких договорів (на матеріалах практики господарських судів) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Потопальський Сергій Степанович ; НАПрН України, НДІ приватного права і підприємництва. – К., 2007. – 197 с.
3. Саватье Р. Теория обязательств. Юридический и экономический очерк / Р. Саватье ; пер. проф. Р. О. Халфиной. – М. : Прогресс, 1972. – 440 с.
4. Годэмэ Е. Общая теория обязательств / Е. Годэмэ ; пер. с французского И. Б. Новицкого. – М. : Юрид. изд-во МЮ СССР, 1948. – 511 с.
5. Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України / А. Г. Ярема, В. Я. Карабань та ін. – К. : А.С.К., 2004. – Т. 1. – 864 с.
6. Гамбаров Ю. С. Курс гражданского права / Ю. С. Гамбаров. – Спб. : Тип. М.М. Стасюлевича, 1911. – Т. 1. Часть общая. – 793 с.
7. Германское право / под ред. В. В. Залесского. – М. : Междунар. отношения, 1996. – Ч. 1. – 552 с.
8. Афонина Е. И. Развитие института недействительности сделок. Проблемы применения норм о недействительности сделок [Електронний ресурс] / Е. И. Афонина, Ю. В. Ширвис. – Режим доступу : http://www.fassko.arbitr.ru/novosti/vestnik/archive/8276.html.
9. Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.) / Г. Ф. Шершеневич. – М. : Спартак, 1995. – 556 с.

Стаття надійшла 10.12.2014 р.

С.Н. Грудницкая, докт. юрид. наук, профессор
Институт экономико-правовых исследований НАН Украины
сектор содействия развитию экономико-правовых исследований
Бульвар Шевченко, 60, Киев, 01032, Украина

И.Л. Евмина, аспирантка
Институт экономико-правовых исследований НАН Украины
сектор содействия развитию экономико-правовых исследований
Бульвар Шевченко, 60, Киев, 01032, Украина

НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ НЕДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТИ ХОЗЯЙСТВЕННОГО ДОГОВОРА (СДЕЛКИ)

Резюме

В статье проанализированы отдельные аспекты действующего правового регулирования недействительности хозяйственных договоров (сделок), выявлены вопросы, требующие совершенствования, и обоснованы новые положения о вынесении судом решения о недействительности хозяйственных договоров (сделок) по инициативе суда, круга лиц, имеющих право на иск, исправления ничтожного договора (сделки) и признание его действительным и возможности применения исковой давности к нему.

Ключевые слова: хозяйственный договор, сделка, круг лиц, имеющих право на иск, признание ничтожных сделок недействительными по инициативе суда, признание ничтожной сделки действительной, исковая давность.

S.M. Grudnyska, Doctor of Juridical Sciences, Professor
Institute of Economic and Legal Research of NAS of Ukraine
Sector Development Assistance of Economic and Legal Research
60, Boulevard Shevchenko, Kiev, 01032, Ukraine

I.L. Evmina, postgraduate
Institute of Economic and Legal Research of NAS of Ukraine
Sector Development Assistance of Economic and Legal Research
60, Boulevard Shevchenko, Kiev, 01032, Ukraine

SOME INVALIDITY ECONOMIC AGREEMENTS (CONTRACTS)

Summary

The article analyzes some aspects of the current legal regulation of the invalidity of economic contracts (transactions), identified issues requiring improvement, justified by the new provisions of the court's decision on the invalidity of economic contracts (transactions) on the initiative of the court, the circle of persons entitled to claim, correction insignificant contract (transaction) and the recognition of its validity and application of the statute of limitations to it.

Key words: business contract, transaction, the persons entitled to claim nullity of transactions void by a court, the recognition of a void transaction valid statute of limitations.

УДК 347.6

А.В. Смітюх, канд. юрид. наук, доцент
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова
кафедра адміністративного та господарського права
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

ЩОДО ВПРОВАДЖЕННЯ КАТЕГОРІЙ КОРПОРАТИВНОГО КАПІТАЛУ ТА ОГОЛОШЕНОГО КОРПОРАТИВНОГО КАПІТАЛУ ГОСПОДАРСЬКИХ ТОВАРИСТВ ДО КОРПОРАТИВНОГО ПРАВА

У статті критично досліджуються такі базові категорії корпоративного права, як статутний капітал та складений капітал, пропонується заміна цих категорій категоріями корпоративного капіталу та оголошеного корпоративного капіталу з іншим змістовним навантаженням. Також у статті надаються визначення понять корпоративний капітал та оголошений корпоративний капітал.

Ключові слова: статутний капітал, складений капітал, корпоративний капітал, оголошений корпоративний капітал.

Постановка проблеми. Поняття статутного і складеного капіталу є базовими категоріями корпоративного права, їх значущість вбачається вже з того факту, що господарське товариство визначається у ч. 1 ст. 113 ЦК України як юридична особа, статутний (складений) капітал якої поділений на частки між учасниками. Втім, ці категорії є проблемними, а їх впровадження у діюче законодавство є далеким від належного.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблематику статутного та складеного капіталу господарських товариств досліджували такі автори як О.Р. Кібенко, В.М. Кравчук, Ю.В. Хорт, О.С. Янкова. Але в цій сфері залишається велика кількість невирішених питань як на теоретичному, так і на практичному рівнях.

Метою цього дослідження є розв'язання концептуальних проблем правових категорій статутного та складеного капіталу і напрацювання альтернативних категорій – корпоративного капіталу та оголошеного корпоративного капіталу.

Виклад основного матеріалу. Категорії статутного і складеного капіталу господарських товариств на рівні законів вперше були закріплені у ЦК України. У загальних положеннях щодо господарських товариств законодавець вживає конструкцію «статутний (складений) капітал», зокрема – визначає, що господарським товариством є юридична особа, статутний (складений) капітал якої поділений на частки між учасниками (ч. 1 ст. 113 ЦК України), встановлює, що господарське товариство є власником майна, переданого йому учасниками товариства у власність як вклад до статутного (складеного) капіталу, а також, – що вкладом до статутного (складеного) капіталу господарського товариства можуть бути гроші, цінні папери, інші речі або майнові чи інші відчужувані права, що мають грошову оцінку, якщо інше не встановлено законом (п. 1 ч. 1, ч. 2 ст. 114 ЦК України), і, нарешті, визначає, що учасник має право здійснити відчуження часток у статутному (складеному) капіталі товариства, цінних паперів, що засвідчують участь у товаристві, у порядку, встановленому законом (п. 4 ч. 1 ст. 116 ЦК України).

Положення ЦК про окремі види господарських товариств називають капітал АТ, ТОВ і ТДВ статутним, а капітал повних і командитних товариств – складеним. Аналіз цих положень дозволяє дійти висновку про те, що єдиною змістовною відмінністю статутного капіталу АТ, ТОВ і ТДВ від складеного капіталу повних та командитних товариств є те, що статутний капітал визначає мінімальний розмір майна товариства, що гарантує інтереси його кредиторів (ч. 1 ст. 144, ч. 1 ст. 155 ЦК України), тоді як щодо складеного капіталу відповідна декларація у законодавстві відсутня.

Зазначені норми є пов'язаними з ч. 4 ст. 144, ч. 3 ст. 155 ЦК України, відповідно до яких у разі, якщо після закінчення другого чи кожного наступного фінансового року вартість чистих активів АТ, ТОВ, ТДВ виявиться меншою від статутного капіталу, товариство зобов'язане оголосити про зменшення свого статутного капіталу і зареєструвати відповідні зміни до статуту в установленому порядку, якщо учасники не прийняли рішення про внесення додаткових вкладів. Якщо вартість чистих активів товариства стає меншою від визначеного законом мінімального розміру статутного капіталу, товариство підлягає ліквідації. При цьому із змісту ч. 2 ст. 14 Закону України «Про акціонерні товариства» можна зробити висновок про те, що термін «чисті

© А.В. Смітюх, 2014

активи» є синонімом терміну «власний капітал» і означає різницю між сукупною вартістю активів товариства та вартістю його зобов'язань перед іншими особами.

Фактично, у цих положеннях ЦК України було закріплено пропозиції, висловлені О. С. Янковою [1, с. 5, 10], що надає підстави обґрунтовувати тезу про те, що статутний капітал здійснює функцію гарантії інтересів кредиторів [2, с. 504]. Слід погодитися із тим, що така функція дійсно покладена на статутний капітал згідно діючого законодавства. Втім, О. Р. Кібенко вказує на те, що «спроби пов'язати певним чином вартість чистих активів зі статутним капіталом робились неодноразово, в тому числі і в європейських країнах, однак на практиці це призвело до ігнорування відповідних норм і, в кінцевому рахунку – до їх суттєвої модифікації або скасування», називає такий підхід застарілим і підкреслює відсутність прямого зв'язку між розміром чистих активів та платоспроможності товариства [3, с. 230].

Ці погляди були розвинені у роботі Ю. В. Хорт, яка поділяє концепції статутного капіталу, що історично склалися в різних країнах світу, на прокредиторську, проакціонерську й протовариську, доводить, що статутний капітал не повинен виконувати функцію захисту інтересів кредиторів і пропонує відмовитися від передбаченої у законодавстві України прокредиторської концепції на користь змішаної – проакціонерної та протовариської [4, с. 6].

Слід погодитися із тим, що інститут статутного капіталу нездатний гарантувати інтереси кредиторів товариства – інвестиції учасників, оскільки майно, передане у власність товариства у якості вкладів може бути одразу відчужене чи іншим чином витрачене товариством за рішенням його органів, а ризики підприємницької діяльності становлять загрозу того, що діяльність товариства виявиться збитковою.

Втім, у ситуації, коли власний капітал (чисті активи) товариства стають нижчими за розмір статутного капіталу, додаткові вклади учасників не здатні механічно виправити цю диспропорцію, оскільки за рахунок додаткових вкладів збільшується і номінальний розмір статутного капіталу. Наприклад: статутний капітал товариства сформований за рахунок вкладів учасників при його створенні становить 100 грн. Через 2 роки виявляється, що власний капітал (часті активи) товариства становить 20 грн., а різниця між статутним і власним капіталом, відповідно – 80 грн. У разі, якщо учасники внесуть додаткові вклади у сумі 80 грн., статутний капітал складатиме 180 грн., а власний – 100 грн. і різниця між власним і статутним капіталом зберігатиметься. Натомість, зменшення статутного капіталу до розміру власного капіталу пов'язане з необхідністю дострокового погашення боргів усім кредиторам, які виявлять таке бажання, а це саме по собі може призвести до неплатоспроможності товариства.

Отже, слід повністю погодитися з тезою про неспроможність прокредиторської концепції статутного капіталу так само як і функції статутного капіталу як гарантії інтересів кредиторів.

Дієвими механізмами гарантування інтересів кредиторів є: тест на платоспроможність; розкриття інформації стосовно фінансового стану товариства; договірні механізми захисту; установлення відповідальності директорів товариства за здійснення неправомірної підприємницької діяльності, їх дискваліфікація, застосування доктрини справедливої субординації вимог акціонерів, визнання недійсними правочинів, укладених з метою обману кредиторів чи без отримання належного зустрічного задоволення боржником [4, с. 17].

Утім, оскільки по суті статутний капітал – це складений капітал з функцією гарантії інтересів кредиторів товариства, без цієї функції статутний і складений капітал виявляються повними синонімами. Логічно було би позначати статутний (складений) капітал без функції гарантії інтересів кредиторів якимось одним терміном.

При цьому до обох цих термінів можна висловити певні зауваження:

– термін статутний капітал вказує на назву установчого документу, в якому зазначається його розмір – статуту, отже – не є прийнятним для повного товариства, де установчим документом є засновницький договір та командитного товариства, де установчим документом може бути або засновницький договір або меморандум (по суті, саме некоректність застосування терміну «статутний капітал» до повних та командитних товариств і стала основною причиною введення до законодавства терміну «складений капітал»);

– щодо складеного капіталу слід приєднатися до зауважень, що їх висловлює В. М. Кравчук – «складений» означає, що капітал повинен бути утворений шляхом об'єднання (складення) внесків, в той час як, наприклад, командитне товариство може бути створене одним повним учасником. Йому нічого і ні з ким складати» [2, с. 498]. Цей досвід є ще більш слушним щодо АТ, ТОВ і ТДВ, які досить часто утворюються однією особою.

Отже, обидва ці терміни не є придатними для того, щоб стати єдиним позначенням вартості майнової бази товариства, сформованої за рахунок вкладів її учасників.

Необхідно також точніше з'ясувати, яке саме явище дійсності позначається термінами статутний чи складений капітал.

Поняття складеного капіталу у законодавстві не визначається, натомість поняття статутного капіталу визначене на рівні закону лише щодо акціонерних товариств: п. 19 ч. 1 ст. 2 Закону України «Про акціонерні товариства» встановлює, що статутний капітал – це капітал товариства, що утворюється з суми номінальної вартості всіх розміщених акцій товариства. Це визначення неможна визнати вдалим, оскільки в ньому переплутані причина і наслідок: воно наголошує на первинності номінальної вартості акцій щодо статутного капіталу, тоді як насправді номінальна вартість кожної акції навпаки є частиною суми, якій дорівнює статутний капітал, для якого, у свою чергу, визначальною є сумарна вартість вкладів засновників (акціонерів). Так, відповідно до ч. 1 ст. 155 ЦК України статутний капітал акціонерного товариства утворюється з вартості вкладів акціонерів, внесених внаслідок придбання ними акцій. Аналогічно – статутний капітал ТОВ складається із вкладів його учасників і його розмір дорівнює сумі вартості таких вкладів (ч. 1 ст. 144 ЦК України).

Варто згадати також легальне визначення статутного капіталу, наведене у п. 1.1. Ліцензійних умов провадження страхової діяльності, затверджених розпорядженням Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг України від 28 серпня 2003 р. № 40, відповідно до якого статутний капітал – це грошові кошти та/або державні цінні папери, внесені учасниками, засновниками страховика шляхом придбання його акцій, часток.

Недоліком цього визначення є обмеження вкладів грошовими коштами та/або державними цінними паперами (що можна пояснити специфікою регулювання страхових організацій), використання слова «придбання» без згадування самого товариства.

З теоретичних визначень поняття статутного капіталу варто згадати визначення, запропоноване О. С. Янковою□ що визначає статутний фонд як зареєстрований у встановленому законом порядку та закріплений в установчих документах грошовий еквівалент майна, яке повинне бути передане підприємству у власність (повне господарське відання, оперативне управління) у вигляді внесків для забезпечення його господарської діяльності та як сплата його учасниками отримуваних ними майнових прав [1, с. 9]. Таким чином, ця дослідниця підкреслює, що статутний капітал – це майно, яке має бути передане учасниками товариству у майбутньому.

Слід зазначити, що майно АТ повністю формується до моменту його державної реєстрації, отже, сума зазначена у статуті АТ як статутний капітал у будь-якому разі є сумою, яку АТ фактично отримало в момент створення. Для АТ статутний капітал є de facto внесеним стартовим капіталом. В момент створення АТ статутний капітал дорівнює його власному капіталу – у товариства є лише активи у розмірі статутного капіталу, натомість зобов'язання ще відсутні. У подальшому, з прийняттям товариством на себе перших зобов'язань, отриманням прибутків розмір статутного капіталу не співпадає більше з розміром власного капіталу.

В інших видах господарських товариств вклади учасників вносяться протягом року після державної реєстрації товариства. Отже, типовою є ситуація, коли щойно створене товариство приймає на себе зобов'язання ще до формування статутного (складеного) капіталу. Навіть більше – досить часто статутний (складений) капітал залишається несформованим у повному обсязі. Як наслідок у таких товариствах статутний (складений) капітал ніколи не співпадатиме з наявним, власним капіталом – навіть у момент утворення.

Очевидно, що у всіх господарських товариствах, крім акціонерних під терміном статутний (складений) капітал маються на увазі одразу дві відмінні сутності: вартість майна, яке засновники товариства вирішили передати товариству і вартість майна, які вони за фактом вже передали.

На нашу думку, ці дві відмінні сутності повинні позначатися двома відмінними термінами. Таким чином, різниця у термінах має відтворювати не різницю між організаційно-правовими формами господарських товариств (як це має місце при використанні термінів статутний/складений капітал), а різницю між належним та наявним.

На необхідність розрізняти ці категорії вказувала ще О. С. Янкова [1, с. 7, 11], обґрунтовуючи доцільність запровадження до господарського законодавства України категорій заявленого та сплаченого статутного фонду, утім цей автор надає визначення лише поняттю статутний фонд, але не запропонованим нею термінам заявленого та сплаченого статутного фонду, не розкриває відповідні концепції, крім того, як вже зазначалося вище, ми не поділяємо в цілому її підхід, що підкреслює гарантійну функцію статутного фонду і необхідність його кореляції з власним капіталом товариства у процесі його діяльності.

Для розв'язання цієї проблеми В. М. Кравчук пропонує наступну термінологічну конструкцію:

– засновницький капітал як майно, склад та вартість якого зафіксована в установчому документі, яке засновник зобов'язався передати юридичній особі під час її створення;

– корпоративний капітал як зафіксована в установчому документі вартість внесків учасників, переданих юридичній особі в рахунок оплати її корпоративних прав [2, с. 500].

На нашу думку, термін «засновницький капітал» повністю відповідає визначенню, що його запропонував В. М. Кравчук, але не охоплює усі ситуації, коли фіксується вартість майна, яке учасники товариства зобов'язуються передати товариству: зокрема до засновницького капіталу неможна віднести вартість вкладів учасників товариств, за рахунок яких збільшується майнова база вже існуючих товариств. Отже, для позначення вартості майна, яке учасники, або засновники зобов'язалися передати у якості вкладів у власність господарського товариства пропонується термін «оголошений корпоративний капітал».

Термін «корпоративний капітал» видається більш вдалим для позначення de facto переданого товариству майна, втім, на нашу думку, фіксація розміру корпоративного капіталу в установчому документі господарського товариства має бути обов'язковою лише для АТ, оскільки:

– Преамбула та п. (g) статті 3 Другої директиви Ради 77/91/ЄЕС від 13 грудня 1976 року передбачає вимогу, згідно якої статут АТ повинен містити відомості про суму сплаченого підписного капіталу на момент реєстрації товариства або отримання дозволу розпочати діяльність [5];

– на момент державної реєстрації АТ вклади засновників вже внесені, отже корпоративний капітал товариства може бути без жодних ускладнень зазначений у його статуті, тоді як в інших видах господарських товариств на момент державної реєстрації відомий лише оголошений корпоративний капітал. Для того, щоб запобігти необхідності вносити зміни до установчого документу товариства у разі, якщо не всі учасники внесуть свої внески, пропонується не зазначати в установчих документах господарських товариств, крім АТ ані оголошений корпоративний капітал, ані корпоративний капітал – ці відомості повинні, на нашу думку, обов'язково вноситися лише до Єдиного державного реєстру юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців (далі – Реєстр). При цьому відомості про оголошений корпоративний капітал повинні вноситися до Реєстру в момент державної реєстрації товариства, а про корпоративний капітал – в процесі внесення вкладів аж до моменту завершення строку для його формування, виходячи з вартості внесених de facto вкладів. Факти внесення вкладів встановлюватиме державний реєстратор. Враховуючи той факт, що дані Реєстру є доступними для широкого загалу, у тому числі – через ІНТЕРНЕТ, така новела дозволить уникнути зайвих формальностей, пов'язаних із внесенням змін до установчих документів та багатьма проблемами зменшення статутного капіталу у випадку невнесення вкладів деякими з учасників товариства.

Натомість, із суми корпоративного капіталу повинна вираховуватися вартість вкладів, за рахунок яких було сформовано частки, що згодом було анульовано, зокрема – при анулюванні акцій чи виході учасника з товариства.

Висновки. Таким чином, відправною точкою для розв'язання проблеми капіталу господарського товариства повинна стати заміна категорій статутного та складеного капіталу категоріями оголошеного корпоративного капіталу та корпоративного капіталу, які не виконують функцію гарантування інтересів кредиторів рішення товариства, не перебувають у безумовній кореляції з його власним капіталом і можуть бути визначені наступним чином:

– оголошений корпоративний капітал – це зареєстрована у Єдиному державному реєстрі юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців сукупна вартість вкладів, які певні особи зобов'язалися передати господарському товариству у власність з метою набуття участі у господарському товаристві, визначена на момент прийняття загальними зборами учасників (засновників, акціонерів) рішення про їх внесення;

– корпоративний капітал – це зареєстрована у Єдиному державному реєстрі юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців, або у Єдиному державному реєстрі юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців та установчому документі господарського товариства сукупна вартість вкладів учасників (засновників, акціонерів) господарського товариства, переданих ними у власність господарського товариства з метою набуття участі у господарському товаристві, за вирахуванням вартості вкладів, за рахунок яких було сформовано частки, що згодом були анульовані, визначена на момент прийняття загальними зборами учасників (засновників, акціонерів) рішення про внесення відповідних вкладів.

Список літератури

1. Янкова О. С. Правове регулювання статутного фонду комерційних організацій : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.04 «Господарське право; арбітражний процес» / Янкова Олена Степанівна. – Донецьк, 2000. – 20 с.
2. Кравчук В. М. Корпоративне право. Науково-практичний коментар законодавства та судової практики / В. М. Кравчук. – К. : Істина, 2005. – 720 с.

3. Кібенко О. Р. Сучасний стан та перспективи правового регулювання корпоративних відносин: порівняльно-правовий аналіз права ЄС, Великобританії та України : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.04 / Кібенко Олена Рувімівна. – Х., 2006. – 526 с.
4. Хорт Ю. В. Механізм захисту інтересів учасників акціонерних правовідносин через конструкцію статутного капіталу : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.04 «Господарське право; господарсько-процесуальне право» / Хорт Юлія Валеріївна. – Х., 2009. – 19 с.
5. Друга директива Ради 77/91/ЄЕС від 13 грудня 1976 року про узгодження гарантій, що їх вимагають держави-члени від товариств у розумінні частини 2 статті 58 Договору, з метою захисту інтересів учасників та третіх осіб, з огляду на створення акціонерних товариств, збереження та зміни капіталу, з метою забезпечити рівність застосування таких гарантій // Кібенко О. Право товариств (company law): порівняльно-правовий аналіз acquis Європейського Союзу та законодавства України / О. Кібенко, Сарбах А. Пендак. – К. : Видавнича організація «Юстініан», 2006. – С. 248-270.

Стаття надійшла 11.12.2014 р.

А.В. Смитюх, канд. юрид. наук, доцент
Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова
кафедра административного и хозяйственного права
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

ОТНОСИТЕЛЬНО ВНЕДРЕНИЯ КАТЕГОРИЙ КОРПОРАТИВНОГО КАПИТАЛА И ОБЪЯВЛЕННОГО КОРПОРАТИВНОГО КАПИТАЛА ХОЗЯЙСТВЕННЫХ ОБЩЕСТВ В КОРПОРАТИВНОЕ ПРАВО

Резюме
В статье критически исследуются такие базовые категории корпоративного права как уставный капитал и складочный капитал, предлагается замена этих категорий категориями корпоративного капитала и объявленного корпоративного капитала с другой смысловой нагрузкой. Также в статье даются определения понятий корпоративный капитал и объявленный корпоративный капитал.

Ключевые слова: уставный капитал, складочный капитал, корпоративный капитал, объявленный корпоративный капитал.

A.V. Smityukh, Candidate of Juridical Sciences, Associate Professor
Odesa I. I. Mechnikov National University
the Department of of administrative and Economic Law
24/26, Frantsuzskiy Boulevard, Odessa, 65058, Ukraine

ABOUT THE PROMOTIONS OF THE CATEGORIES OF THE CORPORATE CAPITAL AND AUTHORIZED CORPORATE CAPITAL OF THE COMMERCIAL COMPANIES AT THE LAW OF COMPANIES

Summary
The basic categories of the law of companies such as statute capital and pooled capital are critically investigated at the article. The author proposes to replace them with the categories corporate capital and authorized corporate capital of the different meaning. The notions of the corporate capital and authorized corporate capital are defined at the article.

Key words: authorized capital; pooled capital; corporate capital; authorized corporate capital.

УДК 346.1: 340.11

***Т.В. Степанова*,** канд. юрид. наук, доцент
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова
кафедра адміністративного та господарського права
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

ПРАВОВА КУЛЬТУРА УЧАСНИКІВ ГОСПОДАРСЬКОГО ПРОЦЕСУ

У статті досліджується вплив загальної правової культури, правосвідомості та правового нігілізму суспільства на правову культуру, правосвідомість і правовий нігілізм учасників господарського судочинства. Автор робить висновок, що правовий нігілізм не є притаманним учасникам господарського процесу. У статті розроблена ідея процесуальної правосвідомості в господарському судочинстві.

Ключові слова: правова культура, правовий нігілізм, правосвідомість, господарський процес, учасники господарського процесу.

Постановка проблеми. Загальнотеоретичні поняття «правова культура», «правовий нігілізм», «правосвідомість» мають важливе значення для формування особистості. Частіше за все зазначені поняття досліджують в правовому аспекті, однак актуальним представляється аналіз правової культури та пов'язаних з нею понять у процесуальному аспекті (на прикладі господарського судочинства), що є **метою** даної статті.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Раніше у своїх роботах вказаної проблеми торкалися Є. Виходець, Ю. Грошевий, Ю. Дмитрієнко, О. Зайчук, О. Константин, В. Копєйчиков, О. Коч, В. Мухін, Н. Оніщенко, А. Ратінов, О. Скакун та інші дослідники. Однак системних досліджень у цьому напрямку не здійснювалося.

Виклад основного матеріалу. Поняття «правової культури» з'явилось відносно недавно, але вже багато вчених дали йому визначення. Зокрема, професор В.В. Копєйчиков визначає, що правова культура – це система правових цінностей, що відповідають рівню досягнутого суспільством правового прогресу і відображають у правовій формі стан свободи особи, інші найважливіші соціальні цінності [1, с. 101].

Поряд з правовою культурою суспільства існує і правова культура особистості, що складається із знання і розуміння права, здатності особи тлумачити зміст норм права, визначати мету прийняття певного нормативно-правового акта, сферу його дії. Але становлення правової культури особистості прямо залежить від правової культури суспільства.

Указом Президента від 18 жовтня 2001 року № 992/2001 затверджено Національну Програму правової освіти населення України, де закріплюються ідеї та способи реалізації на практиці підвищення рівня правової культури населення через органи державної влади та місцевого самоврядування. Таким чином, керівництво нашої держави розуміє важливість становлення та підвищення рівня правової культури всіх верств населення України.

З іншого боку, протилежним щодо правової культури поняттям є правовий нігілізм – заперечення права як соціального інституту, системи правил поведінки, яка може успішно регулювати взаємовідносини людей; зневажливо-скептичне ставлення до права [2, с. 457]. Є. Виходець зазначає, що частіше за все зустрічається побутовий правовий нігілізм, пов'язаний з незнанням закону, але відомий і філософський правовий нігілізм, що виникає через специфіку світогляду. В той же час у правовий нігілізм може увірувати й особа, яка працює в сфері права, задля реалізації своїх неправомірних намірів [3, с. 116]. З цим не можна погодитися, оскільки в самому обґрунтуванні закладена суперечність. Як було зазначено вище, нігілізм припускає скептичне ставлення до права або навіть його заперечення. А особа, яка працює в сфері права та намагається реалізувати свої неправомірні наміри, навпаки, добре знається в правовому колі та використовує його особливості, колізії чи недоліки для реалізації таких намірів. Як приклад можна навести подання особою апеляційної скарги для відкладення моменту набрання законної сили судовим рішенням з метою його подальшого невиконання. Подаючи таку скаргу, суб'єкт чітко розуміє межі своїх повноважень, виконує формальні вимоги щодо оформлення та подання такої скарги, розуміючи, що його правові знання призведуть до певного результату – ненабрання чинності судовим актом суду першої інстанції після закінчення 10-денного строку без належних підстав (якщо підстави для скасування акту є, то питання правової культури або нігілізму взагалі

© Т.В. Степанова, 2014

може не досліджуватися). В такому випадку не можна заперечувати щодо високого рівня правової культури такого суб'єкта, хоча і з серйозною деформацією.

Вважаємо, що правовий нігілізм не властивий учасникам господарського процесу, оскільки, з одного боку, в розгляді справи беруть участь професійні учасники (суд, адвокат, прокурор), соціальним призначенням яких є використання права як інституту врегулювання конфліктів між суб'єктами. З іншого боку, позивач, відповідач, треті особи звертаються до суду для врегулювання відносин між ними. І навіть у випадку звернення до суду з метою зловживання своїми правами, безперечно, вони визнають важливу роль права як регулятора суспільних відносин. Суд, судовий експерт, перекладач, посадові особи з'являються в процесі з метою сприяння здійсненню правосуддя, тобто для вирішення правового конфлікту, що виник між учасниками процесу. І тому навіть у випадку, якщо вказані особи є зацікавленими в певному результаті справи, вони також своїм з'явленням в процесі визнають важливу роль права та суду для вирішення конкретного спору, що визначає їх як осіб, яким не властивий правовий нігілізм.

Є. Виходець вважає, що правовий нігілізм у судовому процесі існує як серед учасників, так і серед суддів, тільки проявляється по-різному і в різних ступенях. Вона зауважує, що дуже багато правопорушень так і залишаються латентними через те, що особи, чиї права порушені, про це навіть не здогадуються, чи не вбачають, що звернення з позовною заявою до суду може носити ефективний характер через високий ступінь бюрократизму, затягнення провадження, великі витрати на процесуальні дії та судовий збір та навіть, у деяких випадках, винесення судом незаконного рішення [3, с. 116-117].

Однак, з цим також не можна погодитися, оскільки сама автор зазначає, що в цьому випадку суб'єкти не звертаються до господарського суду.

Правова культура судді неможлива без високого рівня його правосвідомості та моральності. Крім того, елементами змісту поняття «правова культура судді» слід визнати його кваліфікованість і компетентність, бажання постійно оновлювати свій «багаж» правових знань, а також «правову активність», що передбачає неухильну позицію і на роботі, і в повсякденному житті, діяти й вести себе як провідник існуючих у суспільстві правових цінностей, бути прикладом законослухняності [4, с. 66].

Слід зауважити, що є представники сторін з деформованою правовою культурою, що не піклуються про результат справи, оскільки в будь-якому випадку отримають гонорар. Тому Є. Виходець пропонує змінити положення ст. 30 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» і справляти плату за послуги не за домовленістю сторін, а за результатами справи (і якщо рішення прийняте на користь клієнта, то призначати значно вищий гонорар, ніж за програну справу) [3, с. 117]. Видається, що вказане може вирішуватися домовленістю сторін і цілком лежить у межах цивільного права.

Одним з основних елементів правової культури є правосвідомість, яку можна розглядати як систему почуттєвих і мислених образів комунікативно-вольової спрямованості, через яку відбувається безпосереднє і опосередковане сприйняття правової реальності – ставлення до чинного, минулого і бажаного права, до діяльності, пов'язаної з правом, до правових явищ та поведінки людей у сфері права [5, с. 91]. Правосвідомість, як форма суспільної свідомості, завжди є суб'єктивним явищем, зміст якої становлять: правові ідеї, поняття; уявлення людей про минуле чи бажане право; суб'єктивне ставлення до чинного права як феномена суспільного життя; масові емоційні реакції на право, на вчинки людей, особливо представників влади, та інші духовні елементи. Дія правосвідомості полягає в загальній правовій оцінці соціальних фактів, у судженнях про відповідність поведінки суб'єктів суспільних відносин нормам і принципам права [6, с. 539].

Визначення правосвідомості учасників процесу ґрунтується на загальних принципах правосвідомості, та є її різновидом. Правосвідомість учасників процесу можна класифікувати в залежності від різних критеріїв. Традиційно виділяють такі види правосвідомості: 1) за ступенем узагальнення: індивідуальна, групова та колективна; 2) за глибиною відображення правової дійсності виділяють: повсякденну (емпіричну), наукову (теоретичну) та професійну правосвідомість [6, с. 539-540]. Так, повсякденна правосвідомість властива позивачам, відповідачам, третім особам у справі, наукова (теоретична) – судовим експертам, що здійснюють правову експертизу. Професійна правосвідомість властива судді, адвокату, прокурору.

Традиційна класифікація виступає основою для проведення предметної (спеціальної) класифікації, зокрема, з метою виділення видів правосвідомості учасників процесу. Залежно від статусу того чи іншого учасника процесу виділяють правосвідомість: 1) судді; 2) осіб, які беруть участь у справі та зацікавлених у її вирішенні: позивач, відповідач, їх представники, адвокат, прокурор, треті особи; 3) осіб, які сприяють здійсненню правосуддя: судові експерти, переклада-

чі, секретар судового засідання, посадові особи підприємств, установ, організацій. Відмінність їх правосвідомості полягає у різному ставленні до вирішення спору на емоційному, психологічному рівні, яке обумовлює різне розуміння правових явищ та вибір моделі правової поведінки [7, с. 19].

Так, правосвідомість судді обумовлена його статусом суб'єкта, який здійснює правосуддя [8, с. 6]. Для суддів характерним є високий рівень правової ідеологізації, тобто покладення в основу правосвідомості правових принципів, ідей, теорій, концепцій, що відображають теоретичне осмислення правової дійсності, усвідомлене проникнення в сутність правових явищ, що є основним фактором формування внутрішнього переконання судді та вирішення ним справи по суті. Правосвідомість осіб, які беруть участь у справі та зацікавлені у її вирішенні, ґрунтується на емоційному переживанні, бажанні, щоб справа була вирішена на їх користь. Для даної групи осіб, на відміну від суду, пріоритетним у процесі є не дотримання принципів справедливості, законності та здійснення правосуддя, а захист власних прав та інтересів, дотримання принципу рівності сторін. Для осіб, які сприяють здійсненню правосуддя, характерним є відсутність зацікавленості у вирішенні справи, а отже, на рівні психологічної правосвідомості вони нейтрально ставляться до процесу. Участь у процесі цієї групи осіб ґрунтується на їх повсякденній, професійній діяльності, яка безпосередньо не пов'язана з юридичною практикою. Тому їх правосвідомість доречно вважати звуженою, зокрема, виходячи з того, що їх правова поведінка обумовлена не внутрішніми переконаннями та ставленням до права та закону, а нормами професійної етики. З цього О. Коч робить логічний висновок, що вони володіють повсякденною процесуальною свідомістю, оскільки не мають професійних навичок участі в судочинстві [7, с. 19].

Правосвідомість учасників процесу можна класифікувати в залежності від професії, роду занять та рівня освіти. Так, можна виділити правосвідомість учасників, які мають юридичну освіту (професійна правосвідомість) та, які не мають юридичної освіти (повсякденна правосвідомість).

До першої групи відносяться судді, адвокати, прокурори, представники сторін, які мають вищу юридичну освіту. Це особи, які мають знання та навички, які сформувалися внаслідок одержання спеціальної (юридичної) освіти, а також під час роботи в юридичній сфері, що дозволяє даним особам не тільки знати та розуміти закон, але і використовувати його [9, с. 60]. У формально-юридичному плані еталоном професійної правосвідомості є стандарти, закріплені в національному законодавстві, в деонтичних кодексах, і ті, що встановлені міжнародним правом і розглядаються як орієнтир пошуку правової справедливості в рамках національних правових систем [10, с. 10]. Професійна правосвідомість є груповою, тобто відображає загальні інтереси як представників юридичної професії в цілому, так і окремих професійних груп: адвокатів, суддів, прокурорів, представників органів внутрішніх справ і ін.

До другої групи відносяться сторони, треті особи та особи, які сприяють здійсненню правосуддя, правосвідомість яких є сукупністю правових поглядів і правових форм, що відповідають їм, які на підставі повсякденного досвіду людей відображають суспільне буття і правові явища [11, с. 19]. Правосвідомість таких осіб, як правило, є індивідуальною, оскільки ґрунтується на індивідуальному сприйнятті права кожної особи.

Зі вказаного вище, О. Коч робить обґрунтований висновок, що правосвідомість учасників процесу є видом правосвідомості, особливостями якого є специфічний вид правовідносин – процесуальні правовідносини. Характерним для визначення правосвідомості учасників процесу є встановлення статусу кожного учасника у межах конкретного процесу, їх приналежності до тієї чи іншої групи (виявлення групової правосвідомості), соціального положення, рівня освіти (визначення індивідуальної правосвідомості) [7, с. 20].

В роботах Ю. М. Дмитрієнка правосвідомість розглядається як основа процесуального права та ототожнюється з нормами процесуального права [12]. Зокрема, вказаний автор зазначає, що «норми процесуального права, сформовані у активній індивідуальній, персоналістичній діяльнісній правосвідомості суддів ... у численних нормативно-правових зразках прийнятих рішень – актах їх професійної правосвідомості, створюючих реальні та перспективні норми правосвідомості, стають, таким чином, рухомими нормами правосвідомості, а саме процесуальне право – правосвідомістю» [12]. Зі вказаного автор робить логічний висновок, що «окрім процесуального права як правосвідомості в структурі права виділяється інший крупний структурний підрозділ – матеріальне право, здійснене процесуально як матеріальна правова свідомість. Процесуальне і матеріальне право, регулятивно реалізовані як процесуальна та матеріальна правосвідомість – одночасно самостійні та тісно пов'язані один з одним правові блоки» [12]. І далі Ю.М. Дмитрієнко підсумовує, що цілком імовірно, що ті групи процесуальних правових норм, які зараз займають місця підгалузей, будуть перетворені в самостійні галузі (напри-

клад, адміністративно-процесуальне право – адміністративна правосвідомість, конституційно-процесуальне право – конституційна правосвідомість), а ті, що сьогодні виступають як процесуальні інститути у складі своїх «материнських» галузей, оформляться в підгалузі (наприклад, трудовий дисциплінарний процес – трудова правосвідомість, податково-процесуальне право – податкова правосвідомість) [12].

Вважаємо дискусійним термінологічне ототожнення процесу, процесуального права та правосвідомості. Однак, видається перспективною ідея виділення поряд з правосвідомістю в матеріально-правовому аспекті правосвідомості в процесуальному аспекті, або процесуальної правосвідомості. Так, А. Ратінов відносно сфери кримінального права та процесу аналогічно пропонує виділяти відповідно кримінально-правову та кримінально-процесуальну свідомість [13, с. 178]. Однак, Ю. М. Грошевий у статті «Професійна правосвідомість судді та правоздатність рішень суду: кримінально-процесуальний аспект» вказує на спірність позиції А. Ратінова, досліджуючи професійну правосвідомість судді та обґрунтувавши свою думку тим, що у кримінальному судочинстві професійна правосвідомість виконує свою функцію в цілому, а не в певних «сферах» застосування, та й межі між кримінально-правовою і процесуальною свідомістю невловимі й у реальному вираженні виступають у тісній єдності [14, с. 251-252].

Проте у разі дослідження правосвідомості учасників процесу в цілому, що включатиме не тільки правосвідомість судді, адвоката, прокурора, але й судового експерта, перекладача, а також позивача, відповідача, третіх осіб, інших посадових осіб підприємств, установ, організацій, означений А. Ратіновим поділ здається не таким дискусійним.

Різні учасники процесу мають різні рівні процесуальної правосвідомості. Непрофесійні учасники процесу мають значно вужчий рівень або взагалі можуть не мати процесуальної правосвідомості, тобто можуть не мати уяви, як поводитися в залі суду. Саме тому суддя зобов'язаний відповідно до ст. 74 ГПК України роз'яснити учасникам процесу їх права та обов'язки. Вказаний обов'язок судді не розповсюджується на нього самого, оскільки презюмується, що його рівень процесуальної правосвідомості, тобто сукупність знань про процедуру розгляду господарської справи, сформований на належному рівні.

Висновки. На підставі зазначеного можна зробити наступні висновки:

1) загальний рівень правової культури суспільства безпосередньо впливає на рівень правової культури учасників господарського процесу;

2) правовий нігілізм не властивий учасникам судового процесу;

3) представляється обґрунтованим виділення правосвідомості в матеріальному (матеріально-правовому) та процесуальному аспектах.

Список літератури

1. Копєйчиков В. В. Загальна теорія держави і права / В. В. Копєйчиков. – К. : Юрінком, 1997. – 140 с.
2. Прохоров А. М. Правовой нигилизм // Большая советская энциклопедия : в 30 т. / гл. ред. А. М. Прохоров. – 3-е изд. – М. : Советская энциклопедия, 1974. – Т. 17. – 616 с.
3. Виходець Є. Співвідношення понять «правова культура» та «правовий нігілізм» учасників процесу / Є. Виходець // Людина і закон: публічно-правовий вимір : матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Дніпропетровськ, 7-8 листопада 2014 р. – У 2-х ч. – Дніпропетровськ : ГО «Правовий світ», 2014. – Ч. І. – С. 116-118.
4. Константий О. В. Щодо проблеми правової культури суддів як умови забезпечення прав і свобод особи в Україні / О. В. Константий // Вісник Академії правових наук України. – 2008. – № 1. – С. 57-66.
5. Скакун О. Ф. Теорія права і держави : підручник / О. Ф. Скакун. – К. : Алерта ; КНТ ; ЦУЛ, 2010. – 603 с.
6. Загальна теорія держави та права : підруч. для студ. юрид. вищ. навч. закл. / [М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко та ін.] ; за ред. М. В. Цвіка, О. В. Петришина. – Х. : Право, 2009. – 584 с.
7. Коч О. Правосвідомість учасників процесу / О. Коч // Законодавство України у світлі сучасних активних реформаційних процесів : матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Київ, 21–22 листопада 2014 р. – Київ, 2014. – С. 18-20.
8. Панчук І. О. Загальні риси професійної правосвідомості суддів [Електронний ресурс] / І. О. Панчук // Часопис Національного університету. «Острозька академія». Серія «Право». – 2013. – № 1(7). – С. 6. – Режим доступу : http://lj.oa.edu.ua/articles/2013/n1/13piopps.pdf.
9. Деменко О. І. Класифікація форм та рівнів правосвідомості: дискусійні питання / О. І. Деменко // Право і безпека : науковий журнал. – 2011. – № 2. – С. 56-61.
10. Мухін В. В. Професійна правосвідомість: поняття, особливості, функції : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Мухін Віталій Володимирович ; Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого. – Х., 2007. – 20 с.
11. Вопленко Н. Н. Правосознание и правовая культура : учеб. пособ. / Н. Н. Вопленко. – Волгоград : Изд-во ВолГУ, 2000. – 52 с.
12. Дмитрієнко Ю. М. Підходи до дослідження процесуального права як правосвідомості та її місце в структурі права [Електронний ресурс] / Ю. М. Дмитрієнко // Эффективные инструменты современной науки – 2008 : ма-

териалы Международной научно-практической интернет-конференции (19-30 апреля 2008 г.): Publishing house Education and Science s.r.o, SCO: 27156877, Frydlanska 15/1314, Praha 8, MS v Praze, oddil C, vlozka, 100614). – Режим доступу : http://www.rusnauka.com/11_EISN_2008/Pravo/29291.doc.htm.
13. Ратинов А. Структура и функции правового сознания / А. Ратинов // Проблемы социологии права. – Вильнюс, 1970. – Вып. 1. – С. 178-187.
14. Грошевий Ю. М. Професійна правосвідомість судді та правоздатність рішень суду: кримінально-процесуальний аспект [Електронний ресурс] / Ю. М. Грошевий // Університетські наукові записки. – 2005. – № 4 (16). – С. 248-255. – Режим доступу : file:///C:/Users/%D0%90%D0%B4%D0%BC%D0%B8%D0%BD/Downloads/Unzap_2005_4_44.pdf.

Стаття надійшла 15.12.2014 р.

Т.В.Степанова, канд. юрид. наук, доцент
Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова
кафедра административного та хозяйственного права
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

ПРАВОВАЯ КУЛЬТУРА УЧАСТНИКОВ ХОЗЯЙСТВЕННОГО ПРОЦЕССА

Резюме
В статье исследуется влияние, которое оказывают общая правовая культура, правосознание и правовой нигилизм общества на правовую культуру, правосознание и правовой нигилизм участников хозяйственного судопроизводства. Автор делает вывод, что правовой нигилизм не присущ участникам хозяйственного процесса. В статье разработана идея процессуального правосознания в хозяйственном судопроизводстве.

Ключевые слова: правовая культура, правовой нигилизм, правосознание, хозяйственный процесс, участники хозяйственного процесса.

T.V. Stepanova, Candidate of Juridical Sciences, Associate Professor
Odesa I. I. Mechnikov National University
the Department of of administrative and Economic Law
24/26, Frantsuzskiy Boulevard, Odessa, 65058, Ukraine

LEGAL CULTURE OF THE PARTICIPANTS OF THE COMMERCIAL COURT PROCEEDINGS

Summary
The subject of the article is an impact exerting by the general legal culture, legal conscience and legal nihilism of the society over the legal culture, legal conscience and legal nihilism of the participants of the commercial court proceedings. The author draws a conclusion that a legal nihilism is not inherent for the participants of the commercial court proceedings. The idea of the legal conscience of the commercial court proceedings is elaborated at the article.

Key words: legal culture, legal nihilism, legal conscience, commercial court proceedings, participants of the commercial court proceedings.

УДК 346.58

В.В. Чайковська, канд. юрид. наук, доцент
Одеський національний університет імені І.І.Мечникова
кафедра адміністративного та господарського права
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

СИСТЕМА ЗОВНІШНЬОЕКОНОМІЧНИХ ФІНАНСОВИХ ОПЕРАЦІЙ ЯК ПРЕДМЕТ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ В УКРАЇНІ

У статті визначені основні види зовнішньоекономічних фінансових операцій. Запропонована класифікація правовідносин, якими опосередковуються відповідні операції на відносини з надання фінансових послуг, валютні відносини та розрахункові відносини. Здійснений огляд українського законодавства, норми якого регулюють зовнішньоекономічні фінансові операції, а також основних актів Європейського Союзу, які мають враховуватись при модернізації національного законодавства.

Ключові слова: фінанси, фінансові відносини, фінансова операція, фінансові послуги, зовнішньоекономічна діяльність, правове регулювання.

Постановка проблеми. Зовнішньоекономічні фінансові операції є різновидом зовнішньоекономічної діяльності (далі – ЗЕД), які в багатьох випадках виступають як допоміжні операції по відношенню до експортно-імпортних та інвестиційних операцій. Без цих операцій сучасна міжнародна економічна система функціонувати не може. Як справедливо зазначається у міжнародно-правовій літературі, «транскордонний рух фінансових засобів так чи інакше «обслуговує» міжнародну торгівельну систему та міжнародну інвестиційну систему й водночас є певним самостійним явищем» [1, с. 151].

Без вірної уяви про цю групу економічних відносин неможливо забезпечити адекватний правовий режим зовнішньоекономічної діяльності. Отже, важливим є встановлення дійсного кола зовнішньоекономічних фінансових операцій задля обґрунтування напрямів модернізації національного законодавства у сфері зовнішньоекономічної діяльності.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Окремі економіко-правові проблеми зовнішньоекономічних фінансових відносин та операцій розглядали такі вчені як В. С. Аксьонов, В. О. Алексєєв, А. А. Болдова, М. В. Грідчина, В. Д. Мельников, А. С. Обаєва, О. С. Поважний, О. П. Подцерковний, О.М Понамарчук, Л. В. Руденко, О. Л. Сірчин, Р. М. Сухий, О.О. Яременко, М. О. Шаповалов та деякі інші. Водночас дискусійними залишаються питання щодо класифікації зовнішньоекономічних фінансових відносин, а також не повністю вирішеними є проблеми напрямів модернізації національного законодавства з регулювання зовнішньоекономічних фінансових відносин в умовах інтеграційних процесів.

Мета статті. Встановлення кола зовнішньоекономічних фінансових операцій як предмету національного та міжнародного правового регулювання у контексті модернізації національного законодавства.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до ст. 4 ЗУ «Про зовнішньоекономічну діяльність» до видів ЗЕД відносяться, зокрема, міжнародні фінансові операції та операції з цінними паперами, кредитні та розрахункові операції між суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності та іноземними суб'єктами господарської діяльності.

Більш глибоке з'ясування поняття та кола зовнішньоекономічних фінансових операцій потребує звернення до загальнотеоретичних понять «фінанси», «фінансові відносини», «фінансові операції».

Поняття «фінансових операцій» є спорідненим від поняття «фінанси», яке, в свою чергу, походить від латинського – finantia, що буквально означає «платіж, збір» [2, с. 4]. В цілому, в економічній літературі під фінансами розуміють суспільні економічні відносини, предметною сферою якого виступає процес формування, розподілу і використання фондів грошових коштів з метою виконання функцій і задач держави, а також конкретних суб'єктів господарювання [3, с. 6; 2, с. 7; 4, с. 22].

Вбачається при цьому, що визначення «фінансів» через «відносини» фактично ототожнює це поняття із «фінансовими відносинами», що не сприяє розумінню цих понять та зваженості понятійно-категорійного апарату, зумовлює фактично дублювання змісту понять та ставить під сумніви доцільність використання одного з них.

© В.В. Чайковська, 2014

Слід зауважити, водночас, що поняття фінансів виходить за рамки поняття грошей і стикається з комплексом відносин із приводу оцінки господарської діяльності і руху грошової форми вартості [5, с. 482].

Все ж таки, у понятті фінансів, у тому числі із погляду міжнародних економічних відносин, має виокремлюватися певне статичне розуміння, яке набуває динамічного виміру саме завдяки фінансовим відносинам. Саме тому більш перспективним видається відносити до фінансів, у тому числі тих, що використовуються у ЗЕД, сукупну обігову вартість матеріальних та нематеріальних ресурсів у формі грошових коштів, цінних паперів та боргових зобов'язань, фондів капіталовкладень та страхування, платіжних засобів, записів та інших ресурсів, що обліковуються у грошовій формі.

Саме за допомогою такого розуміння можна показати змістовний елемент фінансово-господарської діяльності як професійної поведінки щодо утворення та використання фінансів, організації фінансових відносин.

У науці зустрічаються різні класифікації фінансових відносин, за допомогою яких є можливим проникнення у глибини цієї складної категорії («фінанси)». Зокрема, А. Л. Алавердов з точку зору рівня, на якому відбувається фінансові відносини, класифікує їх наступним чином: 1) фінансові відносини на рівні окремих суб'єктів господарювання; 2) фінансові відносини, що здійснюють за безпосередньої участі та в інтересах держави; 3) міжнародні фінансові відносини, що реалізуються за участю міжнаціональних фінансових інститутів (Міжнародний валютний фонд, Європейська валютна конференції, Міжнародний банк реконструкції і розвитку тощо), держав та окремих юридичних осіб [3, с. 6].

Однак у наведеній класифікації недостатньо чітко визначено відповідні складові, позаяк фінансові відносини на рівні окремих суб'єктів господарювання (зокрема, державного сектору економіки) можуть здійснюватись в інтересах держави, так само як в інтересах держави можуть існувати й міжнародні фінансові відносини. Позитивним у вказаній класифікації є визначення окремого рівня «міжнародних фінансових відносин», які, як буде показано надалі, опосередковуючись фінансовими операціями, займають важливе місце у ЗЕД.

До фінансових відносин, що опосередковують господарські операції у цьому контексті, необхідно відносити, по-перше, ті, що виникають з надання фінансових послуг. Перелік фінансових послуг закріплено у ч.1 ст. 4 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг», до яких віднесено випуск платіжних документів, платіжних карток, дорожніх чеків та/або обслуговування, кліринг, інші форми забезпечення розрахунків; довірче управління фінансовими активами; діяльність з обміну валют; залучення фінансових активів із зобов'язанням щодо наступного їх повернення; фінансовий лізинг; надання коштів у позику, в тому числі і на умовах фінансового кредиту; банківські послуги тощо. Більшість з вказаних послуг може мати й зовнішньоекономічний, транснаціональний характер, зокрема, міжнародний лізинг, надання кредитів іноземним підприємствам, послуг зі страхування, різноманітних банківських послуг тощо.

В економічній літературі справедливо зазначається, що «на сучасному етапі розвиток ринку фінансових послуг характеризується глобалізаційними та інтеграційними процесами», коли відбувається «вільний та ефективний рух капіталів між країнами та регіонами, функціонування глобального ринку, формування системи наднаціонального регулювання міжнародних фінансів», реалізація «глобальних фінансових стратегій ТНК та транснаціональних банків» [6, с. 72].

Розвиток ринку фінансових послуг в Україні пов'язано сьогодні, передусім, з євроінтеграційними процесами. Зокрема, в Угоді про асоціацію з ЄС, ратифікованій Законом України від 16 вересня 2014 року № 1678-VII, (далі – Угода про асоціацію) міститься окремий підрозділ, що має назву «Фінансові послуги». У вказаному підрозділі наявні принципи нормативно-правової бази для всіх фінансових послуг, які підлягають лібералізації [7].

Відповідно до ч. 1 ст. 133 Угоди про асоціацію, яка (стаття) міститься у підрозділі «Фінансові послуги», Україна зобов'язується забезпечити поступове приведення у відповідність своїх чинних законів та майбутнього законодавства щодо регулювання надання фінансових послуг до законодавства ЄС. Це утворює низку проблем.

У положеннях ч.4 ЗУ «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» закріплена можливість надання українськими суб'єктами господарювання виключного переліку фінансових послуг, який визначений у законі, а також ЗУ «Про банки та банківську діяльність». Це підтверджується положеннями ч.2 ст. 4 ЗУ «Про фінансові послуги…», відповідно до яких фінансові послуги, надання яких передбачається іншими законами, підлягають включенню до переліку, визначеного частиною першою цієї статті. Надання фінансових послуг, не включених до зазначеного переліку, забороняється.

Водночас, по-перше, ч.2 ст. 125 Угоди про Асоціацію з ЄС містить більш ширший перелік фінансових послуг. По-друге, зі змісту ст. 128 та пункту d) ст. 125 Угоди про Асоціацію з ЄС сторони зобов'язуються дозволяти постачальникам фінансових послуг надавати так звані «нові фінансові послуги» тобто ті, які пов'язані з існуючими та новими інструментами або зі способом постачання таких інструментів, однак не надаються відповідно до законодавства однією із Сторін Угоди.

Наведене свідчить про необхідність внесення змін до ЗУ «Про фінансові послуги…» щодо можливості надання за законодавством України в т.ч. й тих фінансових послуг, що прямо не закріплені у зазначеному Законі, з метою відповідності положень ЗУ «Про фінансові послуги…» Угоди про асоціацію.

Говорячи про фінансові послуги не можна обійти увагою також так звані Базельські угоди, що є стандартами банківського регулювання. Вказані стандарти почали розроблятись з 1980-х років й на теперішній час затверджено три їх редакції, що отримали умовні назви «Базель I», «Базель II» та «Базель III» [8, с. 290].

Хоча положення вказаних угод не є обов'язковими, вони де-факто слугують основою для директив ЄС, що знайшло свій вираз, зокрема, у тому, що модель «Базель II» була перенесена т.з. «Банківською директивою» (Директива № 2006/48/ЄС Європейського Парламенту та Ради ЄС) та «Директивою основної відповідності» (Директива № 2006/49/ЄС Європейського Парламенту та Ради ЄС) [9, с. 25].

Не випадково, згідно з ч.2 ст. 127 Угоди про асоціацію з ЄС Україна та ЄС докладають «необхідних зусиль для забезпечення впровадження міжнародних стандартів регулювання та нагляду у сфері фінансових послуг та для боротьби з ухиленням від сплати податків на всій її території. Такі міжнародні стандарти включають, зокрема, «Основні принципи ефективного банківського нагляду» Базельського комітету, «Основні принципи страхування» Міжнародної асоціації органів нагляду за страховою діяльністю» та інші стандарти [7].

Різновидом фінансових відносин виступають також *валютні відносини*, що опосередковуються відповідними валютними операціями.

Обсяг валютних операцій в Україні випливає з положень Декрету Кабінету Міністрів України «Про систему валютного регулювання і контролю», положення, якого дозволяють відносити до останніх: 1) операції, пов'язані з переходом права власності на валютні цінності (передусім, це купівля-продаж іноземної валюти, інших валютних цінностей (цінних паперів, банківських металів) – В.В.); 2) операції, пов'язані з використанням валютних цінностей в міжнародному обігу як засобу платежу (фактично в даному випадку йдеться про здійснення розрахунків валютними цінностями – В. В.); 3) операції, пов'язані з ввезенням, переказуванням і пересиланням на територію України та вивезенням, переказуванням і пересиланням за її межі валютних цінностей; 4) надання і одержання резидентами кредитів в іноземній валюті; 5) розміщення валютних цінностей на рахунках і у вкладах за межами України; 6) здійснення інвестицій за кордон, у тому числі шляхом придбання цінних паперів, за винятком цінних паперів або інших корпоративних прав, отриманих фізичними особами – резидентами як дарунок або у спадщину.

Вказані операції можуть набувати «вбудований» характер при двосторонніх товарних операціях у ЗЕД, або мають самостійне функціонування при здійсненні зовнішньоекономічної інвестиційної діяльності, зовнішніх запозичень, або у разі, наприклад, ввезення/переказування/пересилання валютних цінностей на територію України чи зворотних дій, розміщення валютних цінностей на рахунках за межами України тощо.

У міжнародних економічних відносинах валютні відносини набувають форми міжнародних валютних відносин, які в економічній літературі позначаються як сукупність суспільних відносин, що складаються при функціонуванні валюти у світовому господарстві та обслуговують взаємний обмін результатами діяльності національних господарств [10, с. 6].

Заходи впливу держави на валютні операції отримали у законодавстві й в науковій літературі загально-абстрактні назви «валютне регулювання» та «валютний контроль» [див.: 11; 12; 13; 14]

Модернізація правового регулювання зовнішньоекономічних валютних операцій полягатиме сьогодні, передусім, у внесенні змін до нормативно-правових актів, що регулюють відносини з валютного регулювання та валютного контролю. Зокрема, у наукових та практичних колах висловлюються думки про необхідність швидкої лібералізації валютного контролю аж до повної його відміни, що обґрунтовується, передусім, процесами глобалізації, зокрема, євроінтеграцією України [15].

Відповідні думки потребують додаткового обґрунтування з урахуванням однієї із свобод ЄС – свободи руху капіталів, щодо якої Суд ЄС (рішення якого мають силу прецеденту) в одному зі своїх рішень зазначив: «у багатьох випадках рух капіталу має місце, коли фінансові ресурси з

однієї країни використовуються для інвестування до іншої країни та інвестиція не повертається назад до першої країни у розумний строк» [16].

Серед актів ЄС, які повинні бути враховані при модернізації українського законодавства щодо валютних операцій, повинні бути враховані, зокрема, Регламент Європейського парламенту та Ради ЄС № 1889/2005 від 26 жовтня 2005 р. про контроль за готівкою, що ввозиться чи вивозиться зі Співтовариства [17], Директиву Європейського парламенту та Ради ЄС № 2005/60/ЄС від 26 жовтня 2005 року про запобігання використанню фінансової системи з метою відмивання коштів та фінансування тероризму [18] та інші.

Важливу роль у міжнародній фінансовій системі відіграють також *розрахункові відносини*. Як справедливо зазначає О. П. Подцерковний, «процедурний характер розрахункових відносин, який видається другорядним, насправді є найважливішим інструментом приймання-передання майнових благ в економічних відносинах» [19, с. 173].

Н. Ю. Єрпилєва зазначає, що «розрахункові відносини – це відносини, що включають у себе фактичні та юридичні значущі дії, спрямовані на виконання грошового зобов'язання (погашення грошового боргу) в готівковій та безготівковій формах, які регулюються приватно-правовими та публічно-правовими нормами, що містяться в національному законодавстві, міжнародних договорах та міжнародних звичаях» [20, с. 50]. Наведене визначення не обмежує здійснення розрахунків виключно грошами, що відповідає сучасним тенденціям, коли розрахунки можуть здійснюватись цінними паперами (зокрема, векселями), правами вимогу боргу тощо. Водночас, необхідно зауважити, що норми, що регулюють розрахункові відносини, можуть міститись й в нормах наднаціонального, інтеграційного права (зокрема, у нормах права ЄС).

Для позначення зовнішньоекономічних розрахункових операцій у ГК застосовується поняття міжнародних розрахункових операцій, під якими розуміються як операції, що провадяться за грошовими вимогами і зобов'язаннями, виникають при здійсненні ЗЕД між державами, суб'єктами господарювання, іншими юридичними особами та громадянами, які перебувають на території різних країн. Підтвердженням зовнішньоекономічного та похідного від інших ЗЕД операцій характеру цих розрахунків слугує положення ч.2 ст. 344 ГК: суб'єктами міжнародних розрахунків є експортери, імпортери і банки, які вступають у відносини, пов'язані з рухом товаророзпорядчих документів та операційним оформленням платежів.

Поняття «міжнародних розрахунків» та похідні поняття від нього використовуються й у науковій літературі. Наприклад, О. І. Шмирьова зазначає, що «міжнародні розрахунки обслуговують платежі по грошовим зобов'язанням та зобов'язанням, що виникають у зв'язку з торговоекономічними та іншими відносинами між організаціями, фірмами та окремими особами певних країн…Міжнародні розрахунки пов'язані із здійсненням різноманітних форм економічних та неекономічних відносин з зарубіжними країнами: зовнішньою торгівлею, науково-технічним співробітництвом, дипломатичними, культурними, туристичними та іншими зв'язками» [21, с. 25]. О. М. Панамарчук до основних форм міжнародних розрахунків відносить: 1) акредитив; 2) інкасову форму розрахунків; 3) банківський переказ; 4) авансовий платіж; 5) розрахунки векселями й чеками [див. : 12].

Не маючи на меті розкривати усе розмаїття українських правових джерел у цій сфері, яке дуже розгалужене, все ж треба зауважити, що особливості цих відносин випливають із того, що зовнішньоекономічні фінансові операції пов'язані із залученням, по-перше іноземної валюти та інших валютних цінностей, використання з боку суб'єктів ЗЕД яких впливає на стабільність національної грошової одиниці, а, по-друге, визначають обмеження на здійснення інвестицій за межі України, що можуть означати виведення капіталів та занепад власних виробництв.

Разом із тим, в умовах поступової інтеграції в ЄС, потребуватиме модернізації правового режиму ЗЕД й щодо здійснення зовнішньоекономічних розрахункових операцій в т.ч. й з точки зору перспективності впровадження розрахунків у «євро», контролю за банками та іншими фінансовими установами, боротьби із легалізацією брудних коштів та обмежень банківської таємниці тощо.

Зокрема, відповідно до пункту «с» ч.1 ст. 3 Договору про функціонування ЄС, Союз має виключну компетенцію у грошовій політиці по відношенню до держав-членів, грошовою одиницею яких є євро [22]. Зрозуміло, що реалізація вказаної компетенції стосується й впорядкування розрахункових відносин у євро. Не можна не враховувати також світовий розвиток розрахунків з використанням електронних грошей. Як зазначається у літературі, «в силу матеріальної природи готівкових грошей з їх допомогою неможливо здійснювати електронні транзакції, тоді як електронні гроші вже сьогодні стали необхідним елементом електронної комерції» [23, с. 113]. І сьогодні маються враховуватися, законодавчі акти ЄС у цій сфері, зокрема Директива № 2000/46/

ЕС Європейського Парламенту та Ради ЄС від 18 вересня 2000 р. «Про заснування, діяльність та пруденційний нагляд за функціонуванням інститутів електронних грошей» [24] та ін.

Зусилля законодавця щодо вдосконалення правового режиму зовнішньоекономічної діяльності щодо регулювання зовнішньоекономічних фінансових операцій повинно зосередитись по трьом наступним напрямкам: 1)правове регулювання господарської діяльності з надання фінансових послуг; 2) правове регулювання валютних відносин; 3) правове регулювання розрахункових відносин. Конкретні заходи щодо вдосконалення національного законодавства потребують нових господарсько-правових та міжнародно-правових досліджень.

Список літератури

1. Шумилов В. М. Международное экономическое право в эпоху глобализации. – М. : Международные отношения, 2003. – 272 с.
2. Грідчина М. В. Фінанси (теоретичні основи) : підручник / [М. В. Грідчина, В. Б. Захожай, Л. Л. Осіпчук та ін.]. – Підручник. – 2-ге вид., випр. і доп. – К.: МАУП, 2004. — 306 с.
3. Алавердов А. Р. Основы теории финансов / А. Р. Алавердов. – Моск. гос. ун-т экономики, статистики и информатики. – М., 2001. – 70 с.
4. Мельников В. Д. Основы финансов : учебник / В. Д. Мельников – Алматы: ТОО «Издательство LEM», 2005. – 560 с.
5. Господарське право : Підручник / О.П. Подцерковний, О.О. Квасніцька, А.В. Смітюх та ін.; За ред. О. П. Подцерковного. – 2-ге вид., доп. і перероб. – Х.: Одіссей, 2011. – 640 с.
6. Болдова А. А. Ринок фінансових послуг України : глобалізаційний аспект / А. А. Болдова, В. Ю. Мойко // Збірник наукових праць Національного університету державної податкової служби України . – 2012. – № 1. – С. 72-79.
7. Угода про Асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони від 21.03.2014 р. // Офіційний вісник України. – 2014. – № 75. – Т. 1. – Ст. 2125.
8. Сирчин О. Л. Окремі питання стандарту «Базель-ІІІ» і нові вимоги до банківських установ / О. Л. Сирчин // Вісник соціально-економічних досліджень . – 2012. – Вип. 2. – С. 290-297.
9. Єпіфанов А. О. Базель ІІ: проблеми та перспективи використання в національних банківських системах : монографія / [А. О. Єпіфанов, І. О. Школьник, П. Райхлінг та ін.]; за ред. А. О. Єпіфанова, І. О. Школьник. – Суми : ДВНЗ «УАБС НБУ», 2011. – 261 с.
10. Алексеев В. А. Мировая валютная система : конспект лекций. – СПб. : Изд-во СПбГУЭФ, 2009. – 32 с.
11. Сухий Р. М. Поняття та правова сутність валютного контролю / Р. М. Сухий // Наше право : Спеціалізоване видання. – 2011. – № 3. – С. 168-173.
12. Понамарчук О.М. Валютний контроль у системі міжнародних розрахунків : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 / О.М. Понамарчук ; Акад. праці і соц. відносин Федерації проф. спілок України. К., 2012. – 19 с.
13. Поважний О. С. Механізм валютного регулювання зовнішньоекономічної діяльності резидентів України / Олександр С. Поважний // Актуальні проблеми економіки : наук.-економ. журнал. – 2013. – № 7. – С. 172-179.
14. Яременко О.О. Особливості поняття «валютне регулювання» в сучасних економічних умовах / О.О. Яременко // Інвестиції: практика та досвід. – 2011. – № 21. – С. 102-105.
15. Патрікац Л. Ялтинська міжбанківська конференція: запитань більше, ніж відповідей / Л. Патрікац, Д. Крохмалюк // Вісник Національного банку України. – 2004. – № 6. – С.12-20.
16. Case Regina vs Ernest George Thomson, Brian Albert Johnson and Colin Alex Norman Woodiwiss, 7/70 // European Court reports. – 1978. – P.02247.
17. Regulation (EC) No 1889/2005 of the European Parliament and of the Council of 26 October 2005 on controls of cash entering or leaving the Community // http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1414330852580&uri=CELEX:32005R1889
18. Directive 2005/60/EC of the European Parliament and of the Council of 26 October 2005 on the prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering and terrorist financing // http://eur-lex.europa.eu/legal content/EN/TXT/?qid=1414331116213&uri=CELEX:32005L0060
19. Подцерковный О. П. Денежные обязательства и расчётные правоотношения / О. П. Подцерковный. – О. : Негоциант, 2005. – 308 с.
20. Ерпылева Н. Ю. Расчетные отношения в теории банковского права и российском законодательстве / Н. Ю. Ерпылева // Право. Журнал Высшей школы экономики. – 2009. – № 1. – С. 36-50.
21. Шмырёва А. И. Система международных расчётов: структура, формы и механизм функционирования: монография. – Новосибирск: НГАЭиУ, 1998. – 138 с.
22. Treaty on the Functioning of the European Union (2012) [Electronic resource] // Mode of Access: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:12012E/TXT
23. Аксенов В. С. Государственное регулирование обращения электронных денег в зарубежных странах / В. С. Аксенов, Н. В. Захарова // Экономический журнал. – 2010. – № 4. – С. 113-121.
24. Directive 2000/46/EC of the European Parliament and of the Council of 18 September 2000 on the taking up, pursuit of and prudential supervision of the business of electronic money institutions // http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1414274206025&uri=CELEX:32000L0046

Стаття надійшла 13.12.2014 р.

В.В. Чайковская, канд.юрид.наук, доцент
Одесский национальный университет имени И.И. Мечникова
кафедра административного и хозяйственного права
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

СИСТЕМА ВНЕШНЕЭКОНОМИЧЕСКИХ ФИНАНСОВЫХ ОПЕРАЦИЙ КАК ПРЕДМЕТ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ В УКРАИНЕ

Резюме
В статье определены основные виды внешнеэкономических финансовых операций. Предложена классификация правоотношений, которыми опосредуются соответствующие операции на отношения по предоставлению финансовых услуг, валютные отношения и расчётные отношения. Осуществлён обзор украинского законодательства, нормы которого регулируют внешнеэкономические финансовые операции, а также актов Европейского Союза, которые должны учитываться при модернизации национального законодательства.

Ключевые слова: финансы, финансовые отношения, финансовая операция, финансовые услуги, внешнеэкономическая деятельность, правовое регулирование.

V. V. Chaykovska, Candidate of Juridical Sciences, Associate Professor
Odesa I. I. Mechnikov National University
the Department of Administrative and Economic Law
24/26, Frantsuzskiy Boulevard, Odessa, 65058, Ukraine

THE FOREIGN FINANCIAL TRANSACTIONAL SYSTEM AS THE SUBJECT OF THE LEGAL REGULATION IN UKRAINE

Summary
The main types of foreign financial transactions are defined in the article. The classification of legal relations that mediate the corresponding transactions on the relationship to financial services, currency relations and the clearing transactions is proposed. A review of Ukrainian legislation, which norms regulate foreign financial transactions, as well as the acts of the European Union which must be considered in the modernization of the national legislation are carried out.

Key words: finances, financial relationship, financial transaction, financial services, foreign economic activity, legal regulation.

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС, СІМЕЙНЕ ПРАВО

УДК 347.121.001.11

М.А. Гора, старший викладач
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова
кафедра цивільно-правових дисциплін
Французький бульвар 24/26, Одеса, 65058, Україна

ПОНЯТТЯ ТА ОЗНАКИ ОСОБИСТИХ НЕМАЙНОВИХ ПРАВ ФІЗИЧНИХ ОСІБ

В статті досліджені характерні риси особистих немайнових прав фізичних осіб та, з урахуванням ознак цієї групи суб'єктивних цивільних прав, а також їх призначення, сформульовано поняття особистих немайнових прав фізичних осіб.

Ключові слова: особисті немайнові права фізичних осіб, ознаки особистих немайнових прав.

Постановка проблеми. В сучасній демократичній українській державі особливої уваги набуває інститут особистих прав людини, розвиток якого свідчить про рівень розвитку держави і суспільства. Конституція України проголосила людину, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпеку найвищою соціальною цінністю, а утвердження і забезпечення прав і свобод людини – головним обов'язком держави. Такий найважливіший політико-юридичний та соціальний інститут як особисті права людини зазнає постійного динамічного розвитку в часі і просторі: розширюється перелік прав, уточнюються їх характерні риси і зміст, змінюються уявлення про механізми їх регулювання та захисту. Розвивається законодавство України у сфері утвердження і захисту особистих прав людини. Положення законодавства потребують подальшого вдосконалення, приведення у відповідність до норм міжнародного права, міжнародних стандартів та вимог, вироблених в результаті діяльності міжнародних та європейських організацій із захисту прав людини.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Серед науковців продовжуються теоретичні дискусії стосовно правової природи, сутності та змісту особистих немайнових прав, їх видів та способів їх цивільно-правового захисту. Значний внесок в дослідження вказаних проблем внесли такі відомі українські та зарубіжні вчені-цивілісти як: М.М. Агарков, С.С. Алексєєв, А.В. Бєлявський, С.М. Братусь, А.П. Вілейт, Н.О. Давидова, К.Ф. Єгоров, В.А. Жакенов, О.С. Іоффе, Л.О. Красавчикова, Л.В. Красицька, Л.В. Малюга, М.М. Малєїна, М.М. Матузов, В.П. Палій, О.А. Підопригора, П.М. Рабінович, З.В. Ромовська, В.О. Рясенцев, Р.О. Стефанчук, В.Л. Суховерхий, Ш.Т. Тагайназарова, Т.А. Фадєєва, К.А. Флейшиць, С.І. Чорнооченко, Я.М. Шевченко, С.І. Шимон та ін.

Мета статті. Дослідження будь-якого правового явища починається з визначення його поняття. Правильне визначення поняття сприятиме однаковому розумінню явища, вірному проведенню класифікації, визначенню змісту та способів захисту.

Дана стаття присвячена визначенню характерних рис особистих немайнових прав, які відрізняють цю групу прав від інших цивільних прав, та формулюванню на їх основі правильного та повного поняття особистих немайнових прав фізичних осіб.

Виклад основного матеріалу. До особливостей такого виду суб'єктивних цивільних прав як особисті немайнові права відноситься, перш за все, їх *тісний зв'язок з особистістю уповноваженої особи*. При чому, як слушно зауважують деякі науковці, правильніше називати цю рису «особистісний характер» ніж «особистий характер», оскільки, особистий характер мають не тільки особисті немайнові, а й інші права, що належать особистості, в тому числі й майнові [9; 11; 19].

Тісний зв'язок особистих немайнових прав з уповноваженою особою зумовлює юридичні особливості виникнення та припинення цих прав, здійснення та розпорядження ними. І саме юридичні наслідки особистісного характеру цих прав закріплені в ст. 269 Цивільного кодексу: вони виникають від народження фізичної особи, а в окремих випадках – на підставі закону; фізична особа не може відмовитися від особистих немайнових прав, не може бути позбавлена цих прав і володіє ними довічно [4, ст. 269].

© М.А. Гора, 2014

Згідно п. 1 ст. 269 ЦК *особисті немайнові права належать кожній фізичній особі від народження або за законом*. Це положення законодавства відображує домінуючу у сучасній науці позитивну концепцію правового регулювання особистих немайнових правовідносин, пов'язуючи їх виникнення не з моментом порушення особистих немайнових прав, як вважали представники негативної концепції (в минулому негативна концепція відображала стан законодавства в сфері правової охорони немайнових правовідносин), а з іншими юридичними фактами, перш за все, такою подією як народження людини.

З моменту народження виникають такі особисті немайнові права, як право на життя (ст. 281 ЦК), свободу (ст. 288), особисту недоторканість (ст. 289), право на сім'ю (ст. 291), на опіку (а на піклування – з 14 років, згідно ст. 292), на безпечне для життя і здоров'я середовище (ст. 293); право на ім'я (ст. 294) і використання імені (ст. 296), право на повагу до гідності та честі (ст. 297), на індивідуальність (ст. 300), на особисте життя та його таємницю (ст. 301), на інформацію (ст. 302), право на захист інтересів особи при проведенні фото-, кіно-, теле– і відео зйомок (ст. 307), на свободу літературної, художньої, наукової і технічної творчості (ст. 309) (теоретично, в будь-якому віці особа може створити об'єкт інтелектуальної власності), право на місце проживання (ст. 310) і недоторканість житла (ст. 311), право на свободу пересування (ст. 313). Реалізація більшості з названих прав, в той же час, можлива лише через законних представників до досягнення уповноваженою особою певного віку або надбання певних фізичних можливостей.

Виникнення інших особистих немайнових прав пов'язане з іншими подіями чи діями. Так, з досягненням певного віку пов'язане виникнення таких особистих немайнових прав, як право на донорство (з 18 років – ст. 290; в даному випадку також має значення наявність у повнолітньої особи повної дієздатності), окремі повноваження (елементи) права на медичну допомогу (відповідно до п. 2 ст. 284, право на вибір лікаря та вибір методів лікування може реалізувати особа, яка досягла 14 років); право на створення власної сім'ї (досягнення передбаченого законом шлюбного віку або народження власної дитини [3, ст. 4]), право на зміну імені (з 16 років, а прізвища – з 14 років – ст. 295), на вибір роду занять (в трудових правовідносинах – починаючи з 14 років, [2, ст. 288]; в цивільних правовідносинах – з 18, а в передбачених законом випадках, – з 16 років, статті 34-35 ЦК), на свободу об'єднання (18 років для засновників громадських організацій та 14 років – для засновників молодіжних та дитячих громадських організацій [7, ст. 7]) та на мирні зібрання (вік, з якого у особи з'являється право на мирні зібрання, ні ст. 39 Конституції, ні ст. 315 ЦК не встановлений, але з аналізу положень Указу Президії ВР СРСР «Про порядок організації і проведення зборів, мітингів, вуличних походів і демонстрацій в СРСР» [8], який згідно з пунктом 1 розділу XV «Перехідні положення» Конституції України [1] є чинним у частині, що не суперечить Конституції України, а також загальних положень про момент виникнення політичних прав громадян, випливає, що моментом виникнення права на мирні зібрання є досягнення фізичною особою повноліття).

Законом передбачені також інші підстави виникнення особистих немайнових прав. Наприклад, право на усунення небезпеки, що загрожує життю і здоров'ю, виникає з моменту створення небезпеки (ст. 282), а на медичну допомогу – з моменту настання загрози здоров'ю (при чому, право на проведення медичних досліджень не залежить від стану здоров'я особи). Право на таємницю про стан свого здоров'я особа має з моменту, коли відповідна інформація стала відома медичним працівникам, для яких обов'язок збереження медичної таємниці та відповідальність за порушення цього обов'язку передбачені законодавством (ст. 286). Певні особисті немайнові права породжує факт перебування фізичної особи на стаціонарному лікуванні в закладі охорони здоров'я (ст. 287). Право на недоторканість ділової репутації пов'язано з фактом наявності у фізичної або юридичної особи ділової репутації (ст. 299), а право на особисті папери (та пов'язані права – статті 303 – 305) – з фактом створення особистих паперів. Право на таємницю кореспонденції (ст. 306) виникає у фізичних та юридичних осіб з моменту укладення договорів про надання відповідних послуг (поштових, телефонних, кур'єрських та ін.). Охорона інтересів особи, зображеної на фотографіях та в інших художніх творах мистецтва (ст. 308), починається з моменту створення зображення. Особисті немайнові права авторів об'єктів інтелектуальної власності (творів в галузі літератури, науки та мистецтва, в галузі промислової власності та інших об'єктів) пов'язані з певними, передбаченими законодавством юридичними фактами, до яких відносяться факт створення об'єкта авторського права [6, ст. 11], публікація рішення про видачу патенту на винахід (корисну модель) [5, ст. 28], тощо.

З особливою подією – смертю людини – пов'язані права, передбачені ст. 298 (повага до людини, яка померла).

В ст. 269 передбачено, що *особистими немайновими правами фізична особа володіє довічно*, тобто до моменту смерті. Протягом життя фізична особа не може відмовитись від особистих немайнових прав, а також не може бути позбавлена цих прав. В той же час, на думку деяких авто-

рів, певні особисті немайнові права «в якійсь мірі можуть бути навіть якимось чином і «віддільні» від особистості» [20, с. 24] або, виникнувши, надалі «живуть» самостійно і не зливаються з особистістю, можуть бути відчужені у зв'язку з посяганням третіх осіб [15, с. 28], а предметом цивільно-правового захисту (наприклад, честі та гідності померлої особи) є інтереси позивача, суспільства або держави. Інша група авторів вважає, що багато особистих немайнових прав не втрачають соціальної цінності і після смерті особи, відображаючи особисті інтереси родичів (суспільства), або інтереси всіх учасників цивільно-правових відносин: і померлого, і близьких, і суспільства в цілому [13, с. 117]. Про здатність особистих немайнових прав «переживати» свого власника пише й К. А. Флейшиць [23, с. 13-14].

Наведені міркування не відміняють того факту, що особисті немайнові права характеризуються тісним зв'язком з особистістю уповноваженої особи.

Згідно п. 2 ст. 269 ЦК *особисті немайнові права не мають економічного змісту*. Це положення не слід розуміти так, що особисті немайнові права взагалі не мають майнової цінності. Розвиток медицини, розвиток особистого страхування, майнових відносин у сфері інтелектуальної власності змінюють погляди суспільства на «безцінність» життя та здоров'я, інших нематеріальних благ. Звичайно, їх можна оцінити, але оцінка ця не буде точною, не буде випливати з розміру майнових витрат на їх виникнення, розвиток, надбання, користування цими правами тощо. На наш погляд, змісту цієї характеристики особистих немайнових прав точніше відповідають такі поняття як «немайновий характер особистих немайнових прав» [14, с. 19] або «немайновість» [19, с. 44]. З. В. Ромовська під «відсутністю економічної цінності, економічного змісту особистих немайнових прав» розуміє неможливість звернення стягнення на об'єкт особистого права, а також неможливість визначення грошового еквівалента, що дорівнював би моральній шкоді, заподіяній внаслідок порушення цього права [16, 10]. Р. Стефанчук вказує, що «немайновість» особистих немайнових прав є комплексним поняттям, яке поєднує у собі низку інших ознак, а саме: 1) цій категорії прав не притаманна економічна природа походження, а це означає, що дані права не створюються (виникають) в результаті економічного виробництва; 2) у даних прав відсутній економічний зміст, тобто вони не можуть мати майново-грошової цінності (вартості) та 3) у них відсутній економіко-майновий еквівалент [19, с. 46]. В той же час, окремі немайнові права, виходять поза рамки вказаних рис «немайновості». Так, особисті права авторів об'єктів інтелектуальної власності виникають в результаті творчої діяльності, творчої праці. Праця ж є категорією соціально-економічною, яка має певні кількісні і якісні характеристики і підлягає оцінці, в тому числі, матеріальній.

Отже, «немайновий характер» особистих немайнових прав означає, що вони не підлягають точній економічній оцінці, а їх здійснення не пов'язано з наявністю майнового еквівалента.

Особисті немайнові права виникають з приводу особливого роду об'єктів цивільного права – нематеріальних благ. Згідно ст. 117 ЦК України, об'єктами цивільних прав є, зокрема, результати інтелектуальної творчої діяльності, інформація, а також інші нематеріальні блага. Аналіз глави 15 ЦК показує, що до «інших нематеріальних благ» відносяться «особисті немайнові блага», приблизний перелік яких міститься в ст. 201 ЦК – це здоров'я, життя; честь, гідність і ділова репутація; ім'я (найменування); авторство; свобода літературної, наукової, художньої і технічної творчості, а також інші блага, які охороняються цивільним законодавством. Таким чином, український законодавець не тільки розрізняє поняття «нематеріальне благо» та «особисте немайнове право», вказуючи, що перше є об'єктом останнього, а й закріплює співвідношення понять «нематеріальне благо» та «особисте немайнове благо» як цілого та частини. До речі, Цивільний кодекс РФ поняття «нематеріальне благо» та «особисте немайнове право» змішує, що викликає невизначеність та дискусії. Так, згідно ч. 2 ст. 2 ЦК РФ, «Невідчужувані *права і свободи* людини *та інші нематеріальні блага* захищаються цивільним законодавством, якщо інше не випливає із змісту цих благ» [24, ст. 2]. Таке формулювання дозволило деяким науковцям зробити висновок, що російський законодавець виділяє блага двох рівнів: благо першого рівня – власне нематеріальне благо, що нерозривно пов'язане з особистістю; благо другого рівня – особисте немайнове право, що відповідає нематеріальному благу або існує роздільно від нього. Тлумачення категорії «особистого немайнового права» через категорію «нематеріального блага» в радянські часи було однією з домінуючих теорій стосовно правової природи особистих немайнових прав (наприклад, К. А. Флейщиць вказувала, що особисті немайнові права громадян представляють собою «блага, не віддільні від людської особистості, інакше кажучи, непротиправні прояви індивідуальних рис, здатностей, прагнень людини» [23, с. 9]).

Безперечно, категорії «нематеріальне благо» та «особисте немайнове право» тісно пов'язані. Але вони не є тотожними, оскільки «кожне із них, як окреме правове явище, має чітке та визначене поняття, зміст та структуру» [19, с. 23].

Детальніший аналіз українського законодавства призводить до висновку, що об'єктом особистих немайнових прав фізичних осіб є не тільки особисті немайнові блага фізичних осіб, а й інші нематеріальні блага, зокрема, результати інтелектуальної творчої діяльності та інші об'єкти права інтелектуальної власності, інформація та інші не заборонені законодавством нематеріальні блага.

В різні часи вчені давали різноманітні визначення поняття особистих немайнових прав, що було зумовлено внутрішньою суперечливістю їх юридичної природи, сутності і змісту. Так, особисте немайнове право тлумачилось через категорію правовідносин [10, с. 5-6] і через категорію нематеріальних благ [23, с. 9], як об'єкти правовідносин [18, с. 52] і як вид суб'єктивного цивільного права. Остання концепція є домінуючою в науці вітчизняного цивільного права.

З точки зору змісту суб'єктивного права вперше поняття особистого немайнового права було сформульоване Л. О. Красавчиковою, яка зазначила, що в найбільш істотних рисах суб'єктивне особисте немайнове, не пов'язане з майновим цивільне право являє собою право на свободу визначення своєї поведінки в індивідуальній життєдіяльності на свій розсуд, що виключає будь-яке втручання з боку інших осіб, крім випадків, прямо передбачених федеральним законом [12, с. 64-65]. На нашу думку, таке визначення не достатньо чітко відрізняє особисті немайнові права від інших суб'єктивних прав. Підтримаємо позицію інших вчених і сформулюємо поняття особистих немайнових прав не через зміст суб'єктивного права, не через повноваження суб'єктів відповідних правовідносин, а через їх відмінні, характерні риси.

Так, В. С. Синенко визначає особисте немайнове право як таке суб'єктивне право, яке носить абсолютний характер, має специфічні підстави виникнення та припинення, надає можливість задоволення немайнового інтересу, не має еквіваленту та індивідуалізує особистість [17, с. 8]. Таке визначення не відображає всі передбачені законодавством України ознаки особистих немайнових прав, а абсолютний характер та індивідуалізація особистості не вважаються рисами, характерними лише для немайнових прав.

Р. П. Тимешов зазначає, що нематеріальні блага і відповідні їм особисті немайнові права є невід'ємними атрибутами кожного громадянина, належать йому від народження, є невідчужуваними і не мають вартісного (оплатного) характеру. Вони дозволяють індивідуалізувати особу громадянина, створити умови для його автономного благополучного існування, нормального фізичного і психічного розвитку, забезпечення його фізичної і духовної свободи, недоторканності приватного життя [22, с. 8].

Ш. Т. Тагайназаров формулюючи визначення особистих немайнових прав, вказує на характерні риси цих прав, а також враховує їх функції і окремі повноваження суб'єктів, і зазначає, що особисті немайнові права – це наявні, реально існуючі, повноцінні, непорушні права (святині) громадян, які виникають з приводу нематеріальних благ, гарантовані державою та суспільством, покликані для виявлення позитивних компонентів особистості, спрямовані на добросовісне виявлення людських вмінь, соціальних якостей, дарувань та здатностей, у випадку порушення ці права підлягають захисту законом встановленим способом відповідно до притаманних їм особливостей [21, с. 10].

Найбільш компактне і, водночас, змістовне визначення міститься в роботі Малеїної М. М., яка зазначила, що особистим немайновим правом слід визнати суб'єктивне право, що виникає з приводу нематеріальних благ або результатів інтелектуальної діяльності, що не підлягає точній грошовій оцінці, тісно пов'язане з особистістю уповноваженої, спрямоване на виявлення і розвиток його індивідуальності і має специфічні підстави виникнення і припинення [14, с. 9].

Вдосконалене поняття особистих немайнових прав сформулював Р. О. Стефанчук і визначив особисте немайнове право як суб'єктивне цивільне право, яке за своїм змістом є тісно та нерозривно пов'язане із особою носієм, не має економічної природи походження та економічного змісту, а також спрямоване на задоволення фізичних (біологічних), духовних, моральних, культурних, соціальних чи інших нематеріальних потреб (інтересу) і об'єктом якого є особисте немайнове благо [19, с. 71].

Враховуючи вищенаведене, особливості особистих немайнових прав, а також їх призначення, передбачене цивільним законодавством і юридичною наукою, а саме направленість їх на забезпечення природного існування фізичної особи, соціального буття фізичної особи або на задоволення інших духовних, моральних, культурних потреб фізичних осіб, найбільш повним і таким, що відображає сутність явища, що досліджується, є таке визначення особистих немайнових прав: *особисті немайнові права фізичних осіб* – це суб'єктивні цивільні права, які тісно пов'язані з фізичною особою, належать їй від народження або на інших передбачених законом підставах, не мають економічного змісту, об'єктом яких є особисті немайнові або інші нематеріальні блага, і які спрямовані на забезпечення природного існування фізичних осіб соціального буття фізичних осіб, або на задоволення інших моральних, культурних, духовних потреб фізичних осіб.

Список літератури

1. Конституція України [Електронний ресурс] : прийнята на п'ятій сесії ВР 28.06.1996 р. – Електрон. дан. (4 файли). – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80 Назва з екрану.
2. Кодекс Законів про працю України [Електронний ресурс] : Закон УРСР від 10.12.1963 р. – Електрон. дан. (7 файлів). – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/322-08 – Назва з екрану.
3. Сімейний кодекс України [Електронний ресурс] : Закон України від 10.01.2002 № 2947-III – Електрон. дан. (5 файлів). – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2947-14 – Назва з екрану.
4. Цивільний кодекс України [Електронний ресурс] : Закон України від 16.01.2003 р. із змін., внес. згідно із Законами України : за станом на 23.07.2014 р. – Електрон. дан. (21 файл). – Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua – Назва з екрану.
5. Про охорону прав на винаходи та корисні моделі [Електронний ресурс] : закон України від 15.12.1993 р. – Електрон. дан. (2 файли). – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/3687-12/print1393444733266142 – Назва з екрану.
6. Про авторське право і суміжні права [Електронний ресурс] : Закон України від 23.12.1993 р. – Електрон. дан. (3 файли). – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/3792-12/print1393444733266142 – Назва з екрану.
7. Про громадські об'єднання [Електронний ресурс] : Закон України від 22.03.2012 р., № 4572-VI – Електрон. Дан. (2 файли). – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/4572-17/print1403169863209330 – Назва з екрану.
8. Про порядок організації і проведення зборів, мітингів, вуличних походів і демонстрацій в СРСР [Електронний ресурс] : Указ Президії ВР СРСР від 28 липня 1988 р., № 9306-XI – Електрон. Дан. (1 файл). – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v9306400-88 – Назва з екрану.
9. Агарков М. М. Предмет и система советского гражданского права: В порядке обсуждения [Текст] / М. М. Агарков // Советское государство и право. – 1940. – № 8 – 9. – С. 52-72.
10. Вилейта А. П. Личные неимущественные правоотношения по советскому гражданскому праву [Текст] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / А. П. Вилейта. – Вильнюс, 1967. – 19 с.
11. Жакенов В. А. Личные неимущественные права в советском гражданском законодательстве и их социальное значение [Текст] : автореф. дис. … канд. юрид. наук : 12.00.03 / Жакенов Валерий Алимханович ; Институт гос. и права АН СССР. – М., 1984. – 27 с.
12. Красавчикова Л. О. Понятие и система личных, не связанных с имущественными прав граждан (физических лиц) в гражданском праве Российской Федерации [Текст] : дис. … д-ра юрид. наук / Красавчикова Лариса Октябриевна ; Уральская государственная юридическая академия. – Екатеринбург, 1994. – 435 с.
13. Малеин Н. С. Гражданский закон и права личности в СССР [Текст] / Н. С. Малеин. – М. : [б. и.], 1981. – 215 с.
14. Малеина М. Н. Личные неимущественные права граждан (понятие, осуществление, защита) [Текст] : автореф. дис. … д-ра юрид. наук : 12.00.03 / Малеина Марина Николаевна ; Моск. гос. юрид. академия. – М., 1997. – 40 с.
15. Мезрин Б. Н. Личные неимущественные отношения в предмете советского гражданского права [Текст] / Б. Н. Мезрин // Актуальные проблемы гражданского права. – Свердловск : Сверд. горид. ин-т, 1986. – С. 25-33.
16. Ромовская З. В. Личные неимущественные права граждан СССР (понятие, виды, классификация, содержание и гражданско-правовая защита) [Текст] : автореф. дис. … канд. юрид. наук : 12.712 / З. В. Ромовская ; Киевский государственный университет им. Тараса Шевченко. – К., 1968. – 20 с.
17. Синенко В. С. Гражданско-правовая защита личных неимущественных прав [Текст] : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Синенко Владимир Сергеевич ; Белгородский гос.ун-т. – Белгород, 2002. – 170 с.
18. Собчак А. А. Основы гражданского законодательства: проблемы совершенствования [Текст] / А. А. Собчак, Н. Д. Егоров // Советское государство и право. – 1988. – № 10. – С. 47-55.
19. Стефанчук Р. О. Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві [Текст] : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / Стефанчук Руслан Олексійович ; НАН України, Інститут держави і права ім. В. М. Корецького. – К., 2007. – 541 арк.
20. Тагайназаров Ш. Т. Гражданско-правовое регулирование личных неимущественных прав граждан СССР [Текст] / Ш. Г. Тагайназаров. – Душанбе, 1990. – 213 с.
21. Тагайназаров Ш. Проблемы гражданско-правового регулирования личных неимущественных прав граждан [Текст] : автореф. дис. … д-ра юрид. наук : 12.00.03 / Ш. Тагайназаров ; Таджикский гос. ун-т. – Ташкент, 1993. – 41 с.
22. Тимешов Р. П. Нематериальные блага в гражданском праве и их защита [Текст] : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.03 / Тимешов Роман Павлович ; Кубан. гос. аграр. ун-т. – Краснодар, 2010. – 24 с.
23. Флейшиц Е. А. Личные права граждан в гражданском праве Союза ССР и капиталистических стран [Текст] / Е. А. Флейшиц // Учёные труды Всесоюзного института юридических наук НКЮ СССР. – М. : Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1941. – Вып. VI. – 207 с.
24. Гражданский Кодекс РФ [Електронний ресурс] : Закон РФ от 18 декабря 2006 года, с изм., внес. Согл. Законам РФ: по состоянию на 12.03.2014 г. – Електронні дан. (1 файл). – Режим доступу : http://pravo.gov.ru/proxy/ips/... – Назва з екрану.

Стаття надійшла 12.12.2014 р.

М.А. Гора, старший преподаватель
Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова
кафедра гражданско-правовых дисциплин
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

ПОНЯТИЕ И ПРИЗНАКИ ЛИЧНЫХ НЕИМУЩЕСТВЕННЫХ ПРАВ ФИЗИЧЕСКИХ ЛИЦ

Резюме
В статье исследованы характерные черты личных неимущественных прав физических лиц, с учетом признаков этой группы субъективных гражданских прав, а также их назначением, сформулировано понятие личных неимущественных прав физических лиц.

Ключевые слова: личные неимущественные права физических лиц, признаки личных неимущественных прав физических лиц

M.A. Gora, Senior Lecturer
Odesa I. I. Mechnikov National University
the Department of Civil Disciplines
24/26, Frantsuzskiy Boulevard, Odessa, 65058, Ukraine

THE CONCEPT AND CHARACTERISTICS OF THE NON-PROPERTY RIGHTS OF INDIVIDUALS

Summary
The characteristics of the non-property rights of individuals have been studied in the Article. Considering these characteristics and the purpose of this group of subjective civil rights the concept of the non-property rights of individuals has been formulated.

Key words: non-property rights of individuals, characteristics of the non-property rights of individuals.

УДК 347.626.6

***Ю.О. Пилипенко*,** старший викладач
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова
кафедра цивільно-правових дисциплін
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

КОНКУБІНАТ: ВІД РИМСЬКОГО ПРАВА ДО СУЧАСНОСТІ

Стаття присвячена дослідженню конкубінату як особливої форми шлюбу, який існував за часів римського права. Проведено аналіз норм діючого сімейного законодавства, що регулюють порядок укладення шлюбу, зокрема ст. 74 СК України. Зроблено висновки щодо доцільності впровадження правового інституту фактичних шлюбних відносин у сучасне законодавство.

Ключові слова: шлюб, конкубінат, фактичні шлюбні відносини, сімейні відносини.

Постановка проблеми. Питання фактичних шлюбних відносин, так званого конкубінату, з моменту вступу в силу нового Сімейного кодексу України не лише жваво обговорюється в наукових колах, а й викликає дискусії серед юристів-практиків. Актуальність теми викликана не лише зростанням кількості фактичних шлюбних відносин, про що говорить нам статистика судової практики, а й суперечністю останньої.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Окремі історичні та правові аспекти конкубінату ми можемо знайти у працях багатьох провідних вчених, таких як: О. А. Підопригора, Є. О. Харитонов, І. Б. Новицький, І. С. Перетерський, О. А. Омельченко, Г. І. Трофанчук та ін. Проте даний правовий інститут не вивчався з точки зору сучасності.

Метою даної статті є дослідження форм шлюбу, що існували у стародавньому Римі, причин виникнення та особливостей правовідносин конкубінату, можливості та доцільності його застосування в умовах сьогодення.

Виклад основного матеріалу. Шлюбні відносини, як соціальний інститут, були чітко врегульовані в римському приватному праві. В III ст. н.е. Модестін досить ідеалістично визначав шлюб: «Coniunctio maris et feminae, consortiumomnis vitae, divini et humani iuris communicatio» (D. 23.2.1.) – «Союз мужа и жены, союз на всю жизнь, общение, основанное на праве божеском и человеческом» [1, с. 68].

Шлюб в римському суспільстві (nuptiae, matrimonium) розглядався як соціально-значимий союз чоловіка та жінки, що визначав правове положення дітей, народжених у цьому союзі, майнові відносини між подружжям та їх спадкові права.

До систематизації Юстиніана Риму були відомі два види шлюбу:

1. «Законний римський шлюб» – *«matrimonium iustum»* – для тих, хто має *jus conubii* – право вступати в повноцінний, визнаний законом шлюб, що породжує для всіх членів сім'ї рівні і передбачені законами вигоди і наслідки [2, с. 59]. Подібний шлюб укладався виключно між римськими громадянами відповідно до діючого цивільного законодавства, а діти, народжені в такому шлюбі, набували статус римського громадянина [3, с. 66].
2. «Незаконний римський шлюб» – *«matrimonium jus gentium»* – тобто такий, що укладався між особами, які не мали римського громадянства (між перегринами та іншими вільними, які права на законний шлюб не мали).

При цьому було заборонено укладати шлюби між римським громадянином з однієї сторони та перегрином (латином, вольновідпущенником, колоном) з іншої. Перегрини укладали шлюб між собою згідно норм «свого національного права» [4], однак такі шлюби правових наслідків не породжували, а діти народжені у такому шлюбі не могли набути статус римського громадянина.

В свою чергу законний шлюб поділявся на «*cum manu»,* що встановлював владу чоловіка над дружиною та «*sine manu»,* який такої влади не породжував.

Породжуючи абсолютно різний лад у відносинах між подружжям, шлюб *cum manu* і шлюб *sine manu* різко відрізнялись один від одного і за формою укладення та припинення, і за змістом майнових та особистих відносин подружжя, і за правовим положенням матері по відношенню до дітей. Важливо зазначити, що майнові відносини, а також особисті немайнові відносини між подружжям визначалися не стільки фактом шлюбу, скільки формою його укладення.

Римське право знало три форми шлюбних церемоній – встановлення manus (влади над дружиною): confarreatio; coemptio; usus. Вибір однієї з цих форм здійснювався або батьками наречених, або самими нареченими, і був вільним.

© Ю.О. Пилипенко, 2014

Перший спосіб укладання шлюбу – «confarreatio» – носив релігійний характер. Його могли дозволити собі лише заможні родини патриціїв, він передбачав проведення пишної церемонії з поїданням хліба, принесенням хліба у жертву Юпітеру. На церемонії обов'язково повинен був бути присутнім жрець та не менше 10 свідків.

Другий спосіб – «coemptio», або церемонія «меди и весов» [1, с. 69], яка передбачала купівлю нареченим нареченої та здійснювалась в формі манципації домовладикою. Дана церемонія здійснювалась в присутності самих наречених, п'яти свідків та зважувача з вагами. Наречені обмінювались клятвами: «Будешь ли ты для меня достойной матерфамилиас? – спрашивал жених. Где ты, Гай, там и меня найдешь – отвечала невеста» [5]. Як символ купівлі собі дружини наречений урочисто передавав її батькові зливок міді.

Третій спосіб – «*usus*» – здійснювався у простій неформальній формі, не передбачав дотримання будь-яких урочистих шлюбних церемоній. Шлюб вважався укладеним з моменту «отведения невесты в дом жениха». Так, usus представляв собою так зване застосування інституту набувальної давності в сфері шлюбних відносин [5; 6, с. 128]. Ще Закони XII таблиць допускали встановлення *manus* (влади чоловіка) шляхом так званої «набувальної давності» – з плином року безперервного спільного проживання з жінкою, що автоматично перетворювало її на «тілесну власність». Подібне спільне проживання чоловіка та жінки протягом року перетворювало в цих випадках фактичне співжиття в *iustum matrimonium* (законний римський шлюб). При цьому важливо зазначити, що згідно Закону XII таблиць, який підтверджує існування в момент їх існування шлюбу *sine manu:* дружина, що вступила до шлюбу без дотримання шлюбних формальностей, може попередити виникнення *manus* завдяки так званому *usurpation trinoctii* – залишивши раз в рік на три ночі будинок чоловіка. Таким чином, вона переривала «набувальну давність», в силу якої по спливу одного року виникала manus mariti (влада чоловіка над дружиною). Отже, дружина, яка щорічно повторювала *usurpation trinoctii,* мала змогу попередити перехід до «суворого шлюбу» і таким чином перетворити шлюб на весь час його існування в шлюб *sine manu* [7, с.128].

Таким чином, виключно «*confarreatio»* та *«coemptio»* породжували так званий «правильний шлюб» – шлюб з чоловічою владою *«cum manu»*. Третій спосіб укладення шлюбу мав наслідком встановлення «неправильного шлюбу» – шлюбу без чоловічої влади *«sine manu».*

З наведених трьох форм раніше інших перестав застосовуватись *usus*. Він існував ще за часів Цицерона, а ось Гай вже говорить про нього як про форму, частково скасовану законом, частково забуту [8, с. 131].

Як вже було зазначено вище, шлюби між римським громадянином (громадянкою) з одного боку та перегинами (латинами, вільновідпущеницями, колонами), з іншої, категорично заборонялись. Багато з яких заборон збереглись навіть після того, як всі вільні особи Римської імперії були оголошені громадянами. Наприклад, сенатор не міг одружитися з вільновідпущеницею і взяти її в законні дружини, оскільки це вважалось соромом і для нього самого, і для усієї його родини; провінціальний магістрат не міг одружитись з громадянкою іншої провінції та ін. Законом Канулія (445 р. до н. е.) не допускалися шлюби між патриціями і плебеями. До першого шлюбного Закону Августа, Закону Юлія (18 р. до н.е.) не допускалися шлюби вільновідпущеників зі вільно народженими, вільнонародженими і актрисами, повіями і вільнонародженими, а після Закону Юлія – з особами сенаторського стану [3, с. 67]. Караючи *udulterium* (перелюбство), Август звільнив від покарання позашлюбне спільне проживання однією родиною осіб, між якими шлюб був заборонений законом. Фактичні шлюбні відносини, які виникали між особами, що не мали права укладати між собою законний римський шлюб з причини різного громадянства чи правового стану, отримали назву «конкубінат». Таким чином виник ще один вид незаконного шлюбу, який передбачав можливість спільного проживання чоловіка та жінки однією родиною з наміром підтримувати шлюбні відносини, за умови, що жоден з них не перебував у шлюбі.

Конкубінат (лат. concubinatus, від con (cum) – разом и cubo – лежу, співжиття, сумісне мешкання) розглядався як дозволене законом спільне проживання чоловіка та жінки з метою встановлення сталих шлюбних відносин і міг мати місце при відсутності одного з подружжя *jus conubii.* В іншому випадку необхідно було укладати законний шлюб (Д 25.7.3). Відповідно конкубінат розглядався як *inaequale coniugium* (неповноцінний шлюб) [9].

Іноді виникали непорозуміння, чи було укладено шлюб, чи конкубінат. Законами Феодосія II і Валентиніана III було встановлено, якщо фактичні шлюбні відносини виникали між особами рівного соціального положення, то у випадку виникнення сумнівів вважалось, що між ними укладено шлюб, а не конкубінат [10].

Конкубінат передбачав стале спільне проживання чоловіка та жінки з наміром створити сім'ю, але аж ніяк не короткочасний тимчасовий зв'язок, який переслідувався законом з часів

Августа. Конкубінат практично не породжував ніяких правових наслідків [11, с. 123]. Так, конкубіна (дружина у конкубінаті) на відміну від *matrimonium iustum* (законного римського шлюбу) не приймала імені свого чоловіка, не розділяла з ним соціального положення. В свою чергу діти, народжені в конкубінаті, не мали статусу дітей, народжених у шлюбі, не набували статусу та імені свого батька, не мали права на аліменти, не могли бути спадкоємцями після його смерті, на них не поширювалась батьківська влада [12, с. 111-112]. Діти, народжені від такого шлюбу, *liberi naturales* (природні діти), на відміну від інших народжених поза шлюбом дітей (*vulgo concepti)*, наділялись деякими правами спадкування після своїх батьків, було встановлено порядок їх узаконення і т. д. Так, за бажанням її батька, така дитина могла бути узаконена і набувати прав дитини, народженої у шлюбі. Згодом конкубінам також було надано ряд прав [7, с. 130].

Враховуючи значення конкубінату як фактичного шлюбу, права осіб, які перебували у подібних відносинах, а також права дітей, народжених у цьому шлюбі, з часом почали захищати за допомогою різноманітних юридичних прийомів. Так, окрім народження у законному шлюбі, встановлення *patria potestas* (необмеженої влади батька) було можливим шляхом *ligitimatio* (узаконення) – встановлення батьківської влади над власними дітьми, але народженими поза шлюбом. Так, батько міг визнати своїми дітей, народжених у конкубінаті. Узаконення виникло в період принципату та допускалося виключно відносно дітей, народжених конкубіною (Д. 26.7.) [11, с. 123].

Незважаючи на той факт, що римське приватне право як один з основних принципів сімейних відносин передбачало моногамію, чоловіки мали право одночасно перебувати у законному шлюбі і мати конкубіну. Тоді як для жінки співжиття з іншим чоловіком, окрім чоловіка, було неприпустимим і сприймалось як подружня зрада *adulterium.* Більш того, така поведінка вважалась злочином, що карався смертю [13, с. 63].

Конкубінат істотно відрізнявся від такого інституту як amica – дозволеного законом постійного співжиття неодруженого чоловіка з незаміжньою жінкою. Проте конкубінат посідав більш важливе місце в римському соціальному і юридичному побуті, оскільки мав практично всі ознаки шлюбу. Від amica його відрізняло лише те, що він був укладений без дотримання формальностей, але не внаслідок відсутності бажання встановити сімейні стосунки, а через об'єктивні щодо них перепони юридичного характеру [14, с. 283]. Визнаючи конкубінат законним зв'язком, Октавіан Август для початку відносин конкубінату вимагав дотримання тих самих умов, що і при укладенні самого шлюбу. Зокрема перешкодою конкубінату могла бути спорідненість, перебування у шлюбі, недосягнення шлюбного віку.

У більш пізній період Римської республіки за часів правління імператора Юстиніана в Дигестах (Титул VII) було визначено умови, за яких конкубінат був неможливий. Так, перебувати в конкубінаті дозволялось з жінкою вольновідпущеницею іншої особи, і вільнонародженою жінкою, місце народження якої невідоме, чи з жінкою, яка продавала своє тіло. Мати за конкубіну вільнонароджену жінку чесного життя не дозволялося без заяви перед свідками, в іншому випадку таке співжиття розцінювалося як перелюбство. Питання про те, чи була жінка конкубіною, вирішувалось за наявності її волі. Крім того, в Дигестах Юстиніана наголошувалось на тому, що конкубіною могла стати жінка будь-якого віку, не молодше 12 років.

Також заборонявся конкубінат жінки з сином (онуком) свого патрона або навпаки. При цьому, якщо законний шлюб провінційного магістрату з громадянкою даної провінції був неможливий, то для конкубінату подібної заборони не існувало [15, с. 244].

Близько кінця IX століття в зв'язку з поширенням християнства візантійський імператор Лев Мудрий видав закон, відповідно до якого конкубінат скасовувався: з конкубіною потрібно було вступити в шлюб або відпустити її. Крім того, було встановлено, що шлюб міг бути укладений виключно за допомогою церковного вінчання. Недотримання церковної форми укладання шлюбу вело до визнання такого союзу незаконним [16].

Таким чином, у Візантії конкубінат був скасований у IX ст., тоді як на Заході продовжував існувати аж до XII ст.

З того часу людство не полишало питання щодо того, в якій же формі повинен укладатись шлюб. В залежності від різних факторів (релігійних, політичних, економічних, культурних) законодавство кожної окремої країни встановлювало для своїх підданих (а пізніше громадян) різні вимоги щодо додержання офіційної церемонії заручин та укладання шлюбу. Проте, не дивлячись на розбіжності, протягом цього періоду в більшості країн європейського континенту шлюби укладались, як правило, у двох основних формах: в церковній або в цивільній. Іноді ці дві форми могли бути суміщені. Не можна не відмітити й того факту, що поряд із укладеними в установленому законом порядку шлюбами завжди існували й фактичні шлюбні відносини. За рідкісними винятками правових наслідків такі відносини не створювали.

Що ж до сучасного сімейного українського законодавства, то необхідно відмітити, що діючий Сімейний кодекс України в якості правової підстави виникнення прав та обов'язків подружжя передбачає обов'язкову реєстрацію шлюбу у органах державної реєстрації актів цивільного стану (ч. 1 ст. 21 СК України). Релігійний обряд шлюбу не є підставою для виникнення у жінки та чоловіка прав та обов'язків подружжя, крім випадків, коли релігійний обряд шлюбу відбувся до створення або відновлення органів державної реєстрації актів цивільного стану (ч. 3 ст. 21 СК України). Згідно з ч. 2 ст. 21 СК України проживання однією сім'єю жінки та чоловіка без шлюбу не є підставою для виникнення у них прав та обов'язків подружжя [17].

Проте, всупереч викладеним нормам, Сімейний кодекс України містить статтю 74, яка встановлює наступне: якщо жінка та чоловік проживають однією сім'єю, але не перебувають у шлюбі між собою або в будь-якому іншому шлюбі, майно, набуте ними за час спільного проживання, належить їм на праві спільної сумісної власності, якщо інше не встановлено письмовим договором між ними [17]. Фактично, мова йде про сучасні відносини конкубінату, коли на осіб, що не перебувають у шлюбі між собою, частково поширюються права та обов'язки подружжя, зокрема в частині питання спільної сумісної власності подружжя.

Подібний стан речей не може не викликати сумнівів щодо доцільності існування цієї норми. Адже, як нами було встановлено вище, конкубінат як форма шлюбу, як правовий інститут мав право на існування в умовах життя стародавнього рабовласницького суспільства. В римському праві існування правового інституту «конкубінату» було зумовлено наявністю різних правових статусів учасників сімейних відносин. Так, поділ населення на привілейовані і непривілейовані прошарки став причиною виникнення такого соціального явища як постійне спільне проживання однією сім'єю різних за соціальним статусом чоловіка та жінки. З часом подібні квазішлюбні відносини набули такого поширення, що викликали необхідність бути врегульованими правом. Сьогодні, відсутність соціальної дискримінації у демократичному суспільстві дає право будь-яким особам (за умови дотримання деяких матеріальних вимог закону) укладати шлюб між собою.

Висновки. Дослідивши правову природу стародавнього правового інституту римського права конкубінату, можна дійти висновку, що він став своєчасною, адекватною реакцією держави, права і суспільства на існуючі обмеження, заборони, що були зумовлені соціальною нерівністю та дискримінацією.

На нашу думку, конкубінат, як правовий інститут, відмер разом із скасуванням рабовласницького ладу і соціальної нерівності, і з точки зору сучасних демократичних цінностей не має права на існування. Що ж до ст. 74 СК України, то в умовах сучасного суспільства вона не має жодного обґрунтування, яке б виправдовувало необхідність її запровадження. Більш того, викладена в ній правова позиція суперечить принципам шлюбу, викладеним у ст. 21 СК України, які, в свою чергу, є відбитком історичного розвитку правового інституту шлюбу на теренах сучасної України. З урахуванням викладеного, пропонуємо законодавцю та науковій спільноті розглянути питання щодо виключення зі змісту Сімейного кодексу України ст. 74, як такої, що не відповідає принципам побудови соціальної, демократичної держави.

Список літератури

1. Черниловский З. М. Римское частное право: Элементарный курс / З. М. Черниловский. – М. : Юристъ, 2000. – 212 с.
2. Омельченко О. А. Римское право : учебник / О. А. Омельченко. – Издание второе, исправленное и дополненное. – М. : ТОН – Остожье, 2000. – 208 с.
3. Подопригора А. А. Основы римского гражданского права : учеб. пособ. / А. А. Подопригора. – К. : Вища шк., 1990. – 284 с.
4. Основи римського приватного права : підручник [Електронний ресурс] / В. І. Борисова, Л. М. Баранова, М. В. Домашенко та ін. ; за заг. ред. В. І. Борисової та Л. М. Баранової. – Х. : Право, 2008. – Режим доступу : http://adhdportal.com/book_2519_chapter_8_Glava_4._Smejjne_pravo.html. – Назва з екрану.
5. Покровский И. А. История римского права [Електронний ресурс] / И. А. Покровский. – СПб. : Издательско-торговый дом «Летний Сад», 1998. – Режим доступу : http://ancientrome.ru/publik/pokrov/pokr01f.htm). – Назва з екрану.
6. Підопригора О. А. Основи римського приватного права / О. А. Підопригора. – К. : Вентурі, 1997. – 336 с.
7. Римское частное право : учебник / под ред. проф. И. Б. Новицкого и проф. И.С. Перетерского. – М. : Юристъ, 204. – 544 с.
8. Новицький І. Б. Основи римського цивільного права [Електронний ресурс] : підручник. – М., 2008. – Режим доступу : http://www.gumer.info/bibliotek_Buks/Pravo/nov. – Назва з екрану.
9. Підопригора О. А. Римське право : підручник [Електронний ресурс] / О. А. Підопригора, Є. О. Харитонов. – К. : Юрінком Інтер, 2003. – Режим доступу : http://uepb.scienceontheweb.net/uepb_римське_право_підопригора_харитонов_украинская_экономико-правовая_библиотека.html. – Назва з екрану.

10. Хвостов В. М. Система римского права. Семейное право. Наследственное право [Електронний ресурс] / В. М. Хвостов. – М., 1909. – Режим доступу : http://base.garant.ru/4070935. – Назва з екрану.
11. Харитонов Є. О. Основи римського приватного права / Є. О. Харитонов. – Ростов н/Д изд-тво «Феникс», 1999. – 123 с.
12. Трофанчук Г. І. Римське приватне право : навчальний посібник / Г. І. Трофанчук. – К. : Атіка, 2006. – 248 с.
13. Новицкий И. Б. Римское право / И. Б. Новицкий ; отв. ред. Е. А. Суханов ; МГУ им. М.В. Ломоносова. – Изд. 6-е, стереотипное. – М. : Гуманитарное знание : ТЕИС, 1995. – 245 с.
14. Підопригора О. А., Харитонов Є.О. Римське право : підручник / О. А. Підопригора, Є. О. Харитонов. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – 283 с.
15. Дигесты Юстиниана / избр. фрагм. в пер. и с прим. И.С. Перетерского. – М. : [б. и.], 1984. – 409 с.
16. Сергеевич В. И. Лекции и исследования по древней истории русского права. – С.-Петербургу 1910 [Електронний ресурс] // СПС Гарант: Комментарии. – Режим доступу : http://www.twirpx.com/file/929215. – Назва з екрану.
17. Сімейний кодекс України [Електронний ресурс] : Закон України від 10.01.2002 за № 2947-III // Офіційний сайт Верховної Ради України. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2947-14. – Назва з екрану.

Стаття надійшла 15.12.2014 р.

Ю.А. Пилипенко, старший преподаватель
Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова
кафедра гражданско-правовых дисциплин
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

КОНКУБИНАТ: ОТ РИМСКОГО ПРАВА К СОВРЕМЕННОСТИ

Резюме

Статья посвящена исследованию конкубината как особой формы брака, которая впервые возникла во времена римского права и возродилась в 21 веке в семейном законодательстве Украины. Для полного и всестороннего изучения данного вопроса мы рассмотрели виды брака в римском праве, способы их заключения и правовые последствия. Особое внимание мы посвятили изучению правового института конкубината – брака, заключаемого между лицами, которые не имели права заключать между собой законный римский брак по причине разного гражданства или правового положения. Параллельно проведен анализ норм действующего семейного законодательства, регулирующих порядок заключения брака, в частности ст. 74 СК Украины, сделан вывод о нецелесообразности внедрения правового института фактических брачных отношений в современное законодательство.

Ключевые слова: брак, конкубинат, фактические брачные отношения, семейные отношения.

Y.O. Pylypenko, Senior Lecturer
Odesa I. I. Mechnikov National University
the Department of Civil Law Disciplines
24/26, Frantsuzskiy Boulevard, Odessa, 65058, Ukraine

CONCUBINAGE: FROM ROMAN LAW TO MODERN TIMES

Summary

The article investigates concubinage as a special form of marriage, which first emerged in the time of Roman law and was revived in the 21st Century in the family legislation of Ukraine. For a complete and thorough study of this issue we examined the types of marriage by Roman law, ways of marriage and legal implications. Special attention is devoted to the study of the legal institution of concubinage – a marriage between persons that couldn't enter into a legal marriage in Rome because of different nationality or legal status. Parallel analysis of existing norms of family law governing the marriage, including art. 74 FC of Ukraine concluded its findings inexpediency introduction of actual legal institution of marriage in modern legislation.

Key words: marriage, concubinage, facto marital relations, family relations.

УДК 347.633:340.134

В.І. Труба, канд. юрид. наук, доцент, декан ЕПФ
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова
кафедра цивільно-правових дисциплін
Французький бульвар 24/26, Одеса, 65058, Україна

УСИНОВЛЕННЯ ПОВНОЛІТНІХ: ПИТАННЯ ЗАКОНОДАВСТВА І ПРАКТИКИ

Стаття присвячена вивченню питання про усиновлення повнолітньої особи. На підставі аналізу законодавства та судової практики про усиновлення повнолітніх осіб сформульовані пропозиції щодо його удосконалення.

Ключові слова: усиновлення, усиновлення повнолітніх осіб, таємниця усиновлення.

Постановка проблеми. Стало давно звичним влаштування в сім'ї дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування шляхом усиновлення. Діти викликають співчуття, співпереживання, при правильному вихованні можуть стати надією для усиновителів, які стали батьками таким дітям.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Усиновлення ж повнолітніх осіб поки ще не зовсім звичне для нашого суспільства та юридичної науки. Серед українських науковців, які піддавали аналізу положення законодавства про усиновлення неповнолітніх, слід назвати лише Л. М. Зілковську [1; 2] та Т. А. Стоянову [3]. Однак поза увагою робіт цих авторів залишилось багато питань щодо правовідносин з усиновлення повнолітніх осіб.

Мета статті. З огляду на викладене, метою цієї статті є висвітлення правових питань щодо поняття та правового змісту правовідносини з усиновлення повнолітніх.

Виклад основного матеріалу. Зауважимо, що у судовій практиці справи про усиновлення повнолітніх осіб досить поодинокі. Як правило суди задовольняють заяви про усиновлення повнолітніх осіб одним із подружжя, зазвичай це батько, який не є біологічним батьком дитини, а був фактичним вихователем цієї особи в період її дитинства, відчуває до особи батьківські почуття. Усиновлювана особа при цьому ставиться до фактичного батька як рідна дитина до рідної люблячої людини, яка не тільки забезпечує її матеріально, а й підтримує морально.

Частина 2 статті 208 СК України передбачає можливість постановлення судом рішення про усиновлення повнолітньої особи, яка не має матері, батька або була позбавлена їхнього піклування як виняток. У такому разі суд бере до уваги сімейний стан усиновлювача, зокрема відсутність у нього своїх дітей, та інші обставини, що мають істотне значення.

Як справедливо відзначалось Л. М. Зілковською, вказаних у цій нормі СК України ознак для визначення кола осіб, які можуть бути усиновлені після досягнення повноліття, недостатньо. Якщо сприймати буквально зміст цієї статті, то можна дійти висновку, що повнолітня особа може бути усиновлена навіть у випадку, якщо батька чи матері в неї не стало після досягнення повноліття. Проте законодавець навряд чи мав це на увазі, коли встановлював підстави можливості усиновлення повнолітньої особи. Зрозуміло, що в статті мова йде про осіб, які втратили батька чи матір ще в дитячому віці чи взагалі немає відомостей про них або якщо дитина була позбавлена піклування батьків. Крім того, відсутність у особи батька чи матері, яких втратила дитина до досягнення нею повноліття, також, на нашу думку, не може бути єдиною і достатньою підставою для всиновлення такої дитини після досягнення нею повноліття. Таке можливе, якщо між особою, яка бажає усиновити дитину, та дитиною, ще до досягнення останньою повноліття, склалися відносини як між усиновлювачем та усиновленою дитиною, але надання таким відносинам передбаченої законом форми з якихось причин здійснене не було [1, с. 32-33].

Справді, врахування вказаних обставин можливе відповідно до абз. 2 ч. 2 ст. 208 СК України, де передбачається, що суд повинен враховувати також інші обставини, які мають істотне значення, не називаючи, однак, таких обставин.

Тому логічним виглядає пропозиція, висловлена Л. М. Зілковською, щодо внесення змін до ч. 2 ст. 208 СК України, відповідно до яких у виняткових випадках суд може постановити рішення про усиновлення повнолітньої особи, яка до досягнення повноліття втратила матір, батька або була позбавлена їхнього піклування. Постанова такого рішення можлива за умови, якщо до досягнення повноліття між особою, яка бажає усиновити дитину, та дитиною створились та існували на час

© В.І. Труба, 2014

досягнення дитиною повноліття відносини як між усиновлювачем та усиновленою дитиною, але правове оформлення таких відносин з будь-яких причин здійснене не було [1, с. 33].

Крім зазначених, ухвалюючи рішення у справі про усиновлення дитини, суд має встановити й врахувати інші обставини, визначені у ст. 224 СК України, а саме: стан здоров'я та матеріальне становище особи, яка бажає усиновити дитину, її сімейний стан та умови проживання, ставлення до виховання дитини; мотиви, на підставі яких особа бажає усиновити дитину; мотиви того, чому другий із подружжя не бажає бути усиновлювачем, якщо лише один із подружжя подав заяву про усиновлення; взаємовідповідність особи, яка бажає усиновити дитину, та дитини, а також те, як довго ця особа опікується вже дитиною; особу дитини та стан її здоров'я; ставлення дитини до особи, яка бажає її усиновити. Вважаємо, що ці вимоги в більшості своїй можуть виступати як загальні, а зазначення на початку аналізованої статті СК України на те, що суд враховує названі обставини «зокрема», вказує на те, що перелік таких обставин є невичерпним.

На нашу думку, при усиновленні повнолітньої особи зазначені у ст. 224 СК України обставини мають судом детально вивчатись і за необхідності братися до уваги. За необхідності тому, що стан здоров'я може не мати вирішального значення при усиновленні повнолітніх осіб. Наприклад, навіть незадовільний стан здоров'я кандидатів в усиновлювачі і в усиновлені може не мати для них ніякого значення, так само як і матеріальне становище.

Водночас, винесення рішення про усиновлення повнолітньої особи, у разі невизначення мети усиновлення, чи її ігнорування, може створити підґрунтя для можливих зловживань як з боку усиновленого, так і з боку усиновлювача, які зробили такий крок із суто корисливих мотивів (наприклад для отримання пенсії, отримання спадку). Не можуть підмінюватись відносини зі спадкування відносинами з усиновлення повнолітніх осіб, для забезпечення осіб, які не мають дітей, спадкоємцями, як це існувало в дореволюційні часи, коли це робилося для того, щоб узаконити позашлюбних дітей, надати їм певного статусу та наділити спадком. Не можуть також підмінюватись шлюбні відносини відносинами з усиновлення повнолітніх осіб, оскільки вони, по-перше, мають різну мету (так само як і відносини зі спадкування), а, по-друге, створення таким чином сім'ї суперечитиме моральним засадам суспільства, як це закріплено у ч. 4 ст. 3 СК України.

При усиновленні повнолітньої особи по-іншому також можуть реалізовуватися права учасників правовідносин з усиновлення у разі усиновлення повнолітньої особи, зокрема, право на таємницю усиновлення (ст. 226 СК України), право усиновлювача бути записаним матір'ю, батьком (ст. 229 СК України), право усиновлювача на зміну відомостей про місце народження та дату народження (ст. 230 СК України). На нашу думку, немає необхідності робити таке усиновлення таємним, записувати усиновлювачів як матері чи батька особи, яка усиновлюється, змінювати відомості про місце народження та дату народження, особи, яка усиновлюється тощо.

По-перше, реалізація наведених прав передбачається лише у разі усиновлення дитини, тобто особи, яка не досягла 18 років. По-друге, у разі застосування положень зазначених статей щодо усиновленої повнолітньої особи, з врахуванням реалізації нею свого права на зміну прізвища, імені та по батькові (ст. 231 СК України), відкривається шлях до зловживань. Це ускладнить, наприклад, пошук і установлення особи для боржників тощо. Таке ускладнення може зашкодити й власне самій усиновленій особі. Наприклад, у разі її розшуку родичами для спілкування, для прийняття спадщини.

Як бачимо із абз. 2 ч. 2 ст. 208 СК України, законодавець вимагає від суду при вирішенні справи про усиновлення брати до уваги наявність чи відсутність у усиновлювача своїх дітей. Очевидно, що це пов'язано із необхідністю забезпечення батьками передусім своїх дітей, з упорядкуванням майбутніх відносин зі спадкування.

Таким же шляхом пішов Верховний Суд України, рекомендувавши судам в п. 3 своєї Постанови «Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про усиновлення і про позбавлення та поновлення батьківських прав» (далі – Постанова) з'ясовувати наявність чи відсутність в усиновлювача своїх дітей. Закон не встановлює заборони на усиновлення повнолітньої особи тією, яка має власних дітей, проте на цей факт необхідно зважати виходячи з обставин, що визначають можливість рідних дітей бути спадкоємцями [4].

Судова практика показує, що при вивченні обставин справи виявляється, що більшість усиновлювачів повнолітніх осіб не мають своїх дітей. Хоча зустрічаються випадки, коли суди задовольняють заяви заявників, які мають рідних дітей, беручи до уваги твердження заявника про те, що він матеріально забезпечений і бажає, щоб його статки унаслідували всі його діти, між якими склалися добрі стосунки [5].

Що стосується процесуальної реалізації прав повнолітніх осіб на усиновлення, тут існує певна невідповідність положень ст. 252 ЦПК України і вимог ст. 208 СК України щодо оформ-

лення заяви про усиновлення повнолітньої особи, на що зверталась увага Т.А. Стояновою. З огляду на необхідність дотримання таємниці усиновлення нею пропонувалося «покласти в обов'язок кандидата в усиновлювачі зазначити в позові клопотання про розгляд справи в закритому судовому засіданні, що відповідає ч. 3 ст. 6 ЦПК України. Тому доцільно доповнити ст. 252 ЦПК України (зміст заяви) положенням, згідно з яким «за бажанням усиновлювача, для забезпечення таємниці усиновлення, розгляд справи проводиться в закритому судовому засіданні». Введення такого положення спростить подальшу реалізацію права дитини на інформацію про факт свого усиновлення та права усиновлювача на приховування факту усиновлення від дитини. По-перше, це дозволить суду при прийнятті заяви про усиновлення одразу правильно визначити коло осіб, що беруть участь у справі, та визначити намір усиновлювача про бажання застосувати таємницю усиновлення, а відповідно, вжити необхідних заходів для забезпечення таємниці усиновлення; по-друге, сам усиновлювач буде вже орієнтований на своє право застосовувати таємниці усиновлення [3, с. 9, 72-73].

На нашу думку, немає сенсу робити усиновлення повнолітньої особи таємним. Не тільки тому, що таємниця усиновлення передусім має значення при усиновленні дитини, важлива для її психологічного спокою, захисту дитини від недолугості оточуючих. А й тому, що, повторимось, важлива для запобігання зловживань з боку учасників правовідносин з усиновлення повнолітньої особи, для полегшення розшуку родичами у разі необхідності.

При вирішенні справ про усиновлення повнолітніх дітей суди зважають також на ті положення п. 3 вказаної Постанови Верховного Суду України, в якій зроблено настанови судам звертати увагу на таку обставину, як неможливість оформлення іншого правового зв'язку між особою, яку бажають усиновити, та особою, яка хоче це зробити (складення заповіту тощо). З огляду на це, та з урахуванням інших обставин, суди відмовляють у задоволенні в усиновленні повнолітніх. Наприклад, у справі, яка нещодавно розглядалась Святошинським районним судом м. Києва [6].

Висновки. Підсумовуючи, слід зазначити наступне.

1. Встановлюючи вимоги щодо усиновлення повнолітньої особи в судовому порядку, із дотриманням всіх необхідних при цьому умов, держава тим самим одночасно убезпечує добросовісних учасників правовідносин з усиновлення від можливих зловживань з боку недобросовісних.

2. Положення законодавства щодо дотримання таємниці усиновлення має бути зміненим в частині усиновлення повнолітніх. Таке усиновлення має відбуватись відкрито.

Крім зазначеного, додаткового дослідження потребують питання поняття та ознак правовідносин з усиновлення повнолітніх.

Список літератури

1. Зілковська Л. М. Усиновлення повнолітніх – за і проти / Л.М. Зілковська // Трансформація ринкових відносин в Україні: організаційно-правові та економічні проблеми : матеріали міжнародної науково-практичної конференції (Одеса, 15 травня 2003 р.). – Одеса : ЕПФ ОНУ, Астропринт, 2003. – С. 32-34.
2. Зилковская Л. М. Усыновляемый как субъект правовых отношений по усыновлению / Л. М. Зилковская // Право та економіка: генезис, сучасний стан та перспективи розвитку : збірник матеріалів Міжнародної науково-практичної конференції (30 травня 2008 р., м. Одеса). – Одеса : Астропринт, 2008. – С. 140-145.
3. Стоянова Т. А. Процесуальні особливості розгляду справ про усиновлення громадянами України : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Стоянова Тетяна Анатоліївна. – Одеса, 2009. – 218 с.
4. Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про усиновлення і про позбавлення та поновлення батьківських прав [Електронний ресурс] : Постанова Пленуму Верховного Суду України від 30.03.2007 р. № 3 (із змінами, внесеними згідно з Постановою Верховного Суду № 20 від 19.12.2008 р. // Офіційний сайт ВСУ. – Режим доступу : http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/0/26D03FC533B52FE1C32572D000227B6F?CollapseView&Count=500&OpenDocument&RestrictToCategory=26D03FC533B52FE1C32572D000227B6F.
5. Рішення Голосіївського районного суду м. Києва від 03.02.2012 р. по справі № 2-о-194/11 [Електронний ресурс] // Інформаційно-аналітична система НАУ. – № реєстрації 21344375.
6. Рішення Святошинського районного суду м. Києва від 14.04.2014 р. по справі № 2-о/759/171/14 [Електронний ресурс] // Інформаційно-аналітична система НАУ. – № реєстрації 38281114.

Стаття надійшла 10.12.2014 р.

В.И. Труба, канд. юрид. наук, доцент, декан ЭПФ
Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова
кафедра гражданско-правовых дисциплин
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

УСЫНОВЛЕНИЕ СОВЕРШЕННОЛЕТНИХ: ВОПРОСЫ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА И ПРАКТИКИ

Резюме
Статья посвящена изучению вопроса об усыновлении совершеннолетнего лица. На основании анализа законодательства и судебной практики об усыновлении совершеннолетних лиц сформулированы предложения по его усовершенствованию.

Ключевые слова: усыновление, усыновление совершеннолетних лиц, тайна усыновления.

V.I. Truba, Candidate of Juridical Sciences, Associate Professor, Dean of the ELF
Odesa I. I. Mechnikov National University
the Department of Civil Law Disciplines
24/26, Frantsuzskiy Boulevard, Odessa, 65058, Ukraine

THE ADOPTION OF ADULTS: THE ISSUES OF LAW AND PRACTICE

Summary
The article researches the issues of the adoption of an adult. Based on the analysis of legislation and judicial practice of adoption of adults, it makes suggestions for its improvement.

Key words: adoption, adoption of the adults, confidentiality of adoption.

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

УДК 343.24.2.01(477)

Т.О. Гончар, канд. юрид. наук, доцент
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова
кафедра кримінального права, кримінального процесу та криміналістики
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

ЗАХОДИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО ХАРАКТЕРУ ЩОДО ЮРИДИЧНИХ ОСІБ ЗА ЧИННИМ КРИМІНАЛЬНИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ

Стаття присвячена проблемі визначення змісту поняття «заходи кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб». З цією метою досліджено передумови впровадження вказаних заходів у вітчизняне кримінальне законодавство, здійснено огляд основних позицій у доктрині кримінального права щодо правової природи заходів кримінально-правового характеру стосовно юридичних осіб

Ключові слова: заходи кримінально-правового характеру, юридичні особи

Постановка проблеми. Згідно з ч. 3 ст. 3 КК України, «злочинність діяння, а також його караність та інші кримінально-правові наслідки визначаються тільки цим Кодексом» [1]. Однак законодавцем не розкривається зміст поняття «інші кримінально-правові наслідки» та не визначена їх система. Єдине, що зрозуміло це те, що поряд із покаранням існують інші форми реагування держави на вчинене суспільно небезпечне діяння, передбачене у чинному Кримінальному кодексі України (далі – КК України) як злочин. Проте, якщо у Загальній частині чинного КК України мається самостійний розділ, присвячений покаранню, його цілям та видам (розділ X), то інші кримінально-правові наслідки не мають такого системного визначення.

Правовий аналіз норм розділів XIV («Інші заходи кримінально-правового характеру») та XIV[1] («Заходи кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб») Загальної частини КК України надає змогу стверджувати про існування не тільки покарання, як заходу державного примусу, а й закріплення підсистем інших заходів кримінально-правового характеру та заходів кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб. Тому виникла потреба дослідження та визначення правової природи заходів кримінально-правового характеру, які, на нашу думку, є складовою вказаних інших кримінально-правових наслідків та застосовуються тільки до юридичних осіб.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідженню проблемних питань кримінальної відповідальності юридичних осіб займалися такі вчені: П. П. Андрушко, Т. С. Батраченко, В. І. Борисов, Р. В. Вереша, В. К. Грищук, О. О. Кашкаров, О. О. Михайлов, В. А. Мозгова, О. Ф. Пасєка, А. С. Політова, О. В. Сенаторова, В. Н. Смітієнко, В. С. Сотніченко, В. І. Тютюгін, В. Д. Ульянов, П. Л. Фріс та інші. Вивченню правової природи заходів кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб присвячені наукові праці таких вчених: В. К. Грищука, О. В. Козаченка, А. С. Нерсесяна, Н. А. Орловської, О. Ф. Пасєки, С. О. Харитонова, А. М. Ященка тощо.

Мета статті. У даній публікації пропонується з'ясувати правову природу заходів кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб, які вперше закріплені у чинному КК України.

Виклад основного матеріалу. Дослідження правової природи заходів кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб напряму пов'язане з проблемою визначення вітчизняної моделі юридичної відповідальності юридичної особи.

Теорією вітчизняного права ніколи не заперечувалась можливість застосування правової відповідальності до юридичних осіб. Однак заперечувалась і заперечується можливість застосування окремих її видів, наприклад, кримінальної, адміністративної.

В світовій практиці існує три основних моделі інституту юридичної відповідальності юридичних осіб, а саме:

а) традиційна конструкція кримінальної відповідальності юридичних осіб, коли юридична особа поряд з фізичною особою визнається самостійним суб'єктом злочину і у певних випадках підлягає кримінальній відповідальності (Великобританія, США, Австрія, Франція);

© Т.О. Гончар, 2014

б) друга конструкція базується на принципі винної кримінальної відповідальності фізичної особи (суб'єкта) за вчинення нею злочину. При цьому, за умови що фізична особа вчиняє злочин в інтересах юридичної особи, то поряд з фізичною особою юридична особа також зазнає кримінальної відповідальності (Швейцарія, Іспанія, Туреччина);

в) згідно третій моделі юридична особа зазнає специфічну адміністративну відповідальність за причетність до злочину, що вчинила фізична особа (Німеччина, Італія, Швеція) [2].

Аналізуючи положення норм розділу XIV[1] Загальної частини КК України, як вважає С. О. Харитонов, вітчизняний законодавець обрав другу конструктивну модель відповідальності юридичної особи. Закріплення у чинному КК України вказаних новел, на думку А. С. Нерсесяна, є черговою спробою запровадження в Україні кримінальної відповідальності юридичних осіб, яку свого часу не підтримали фахівці з кримінального права та законодавці [3]. Так, ідея запровадження кримінальної відповідальності юридичних осіб не є новою для вітчизняного кримінального права. Ця ідея пропонувалась ще у 1993 – 1997 рр. в одному з двох проектів Кримінального кодексу України. За результатами досить тривалих обговорень цієї ідеї вона не була підтримана ні вченими, ні юристами-практиками, ні народними депутатами України, які не прийняли проект, що закріплював положення про відповідальність юридичних осіб.

Наступний етап спроби впровадження відповідальності юридичних осіб – ратифікація Верховною Радою України низки міжнародно-правових актів, які вимагали від України приведення у відповідність норм національного кримінального законодавства у сфері боротьби з корупцією, хабарництвом та відмиванням грошей. Так, в ч. 1 ст. 26 Конвенції ООН проти корупції від 31.10.2003 р. (ратифіковано Україною 18.10.2006 р.) зазначено про те, що кожна держава-учасниця вживає таких заходів, які, з урахуванням її принципів права, можуть бути необхідними для встановлення відповідальності юридичних осіб за участь у злочинах, що визначені цією Конвенцією. У ч. 2 ст. 26 Конвенції також зауважено, що за умови дотримання принципів права держав-учасниць відповідальність юридичних осіб може бути кримінальною, цивільно-правовою або адміністративною [4У ст. 18 Кримінальної конвенції Ради Європи про боротьбу з корупцією, прийнятої 27.01.1999 р. № ЕТ173 і ратифікованої Україною 18.10.2006 р., зазначається, що кожна Сторона вживатиме таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для забезпечення відповідальності юридичних осіб за передбачені цією Конвенцією кримінальні злочини – дачу хабара, зловживання впливом та відмивання доходів, – вчинені на їхню користь будь-якою фізичною особою, яка діяла незалежно або як представник того чи іншого органу юридичної особи та яка обіймає керівну посаду в цій юридичній особі, із використанням: представницьких повноважень юридичної особи; повноважень приймати рішення від імені юридичної особи; повноважень здійснювати контроль за діяльністю юридичної особи, а також за залучення такої фізичної особи до вищезазначених злочинів у якості співучасника чи підбурювача [5]. У даному міжнародно-правовому акті вимога щодо кримінальної відповідальності юридичних осіб за вчинення певних злочинів є вже більш конкретною. При цьому в тексті Конвенції згадується просто термін «відповідальність», без уточнення галузевої належності такої відповідальності.

Після ратифікації вказаних міжнародно-правових актів Україна намагалася запровадити кримінальну відповідальність юридичних осіб Законом України «Про відповідальність юридичної особи за вчинення корупційних правопорушень» від 11.06.2009 р. № 1507-VI, який набрав чинності з 01.01.2010 р. [6], а через чотири доби втратив чинність, оскільки його норми було визнано неконстутиційними.

В контексті приведення вітчизняних норм у відповідність до ратифікованих міжнародно-правових актів, Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у сфері державної антикорупційної політики у зв'язку з виконанням Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України» від 13.05.2014 р. № 1261-VII (далі – Закон України від 13.05.2014 р. № 1261-VII) Загальну частину КК України було доповнено новим розділом XIV[1] «Заходи кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб». У зв'язку з цим, постала ціла низка питань, які потребують свого теоретичного осмислення та вдосконалення.

Ми підтримуємо точку зору тих вчених, які вважають, що юридична особа не визнається вітчизняним законодавцем суб'єктом злочину [7, с. 130], про що свідчить відсутність у ст. 18 КК України відповідної вказівки. Оскільки єдиною підставою кримінальної відповідності є наявність у вчиненому суспільно небезпечному діянні складу злочину, передбаченого КК України (ч. 1 ст. 2 КК України), а підставою застосування заходів кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб є вчинення її уповноваженою особою від імені та в інтересах юридичної особи будь-якого із злочинів, вичерпний перелік яких визначений у ст. 96[3] КК України, то юридична особа не визнається суб'єктом кримінальної відповідальності. Вказане словосполучення взагалі

не вживається у вказаному розділі, більш того, законодавець у ст. 96^5 КК України вказує на підстави для звільнення юридичної особи від застосування заходів кримінально-правового характеру, а не від кримінальної відповідальності із застосуванням вказаних заходів. Поряд з цим, у розділі XIV^1 Загальної частини КК України не надається поняття заходів кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб, а перераховано лише їх види. Тому виникла необхідність розглянути точки зору науковців стосовно правової природи вказаних заходів.

Завдання КК України, що сформульовані у ч. 1 ст. 1, як вважає А. М. Ященко, можуть бути досягнуті не лише шляхом застосування покарання до осіб, які порушили кримінально-правові заборони, а й завдяки практиці застосування інших заходів кримінально-правового характеру. Окреме місце у практиці займають заходи кримінально-правового характеру, що застосовуються до юридичних осіб [8, с. 199]. Заходи кримінально-правового характеру, як пише А. М. Ященко, поділяються на каральні та некаральні. Заходи кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб вчений відносить до каральних, які реалізуються через кримінальну відповідальність. До каральних заходів, які реалізуються поза межами кримінальної відповідальності він відносить заходи, що ґрунтуються на недоцільності здійснення кримінального провадження щодо юридичних осіб (ст. 96^5 КК України – підстави для звільнення юридичної особи від застосування заходів кримінально-правового характеру) [9, с. 127].

Заходи кримінально-правового характеру стосовно юридичних осіб, на думку Н. А. Орловської, не є формою реалізації кримінальної відповідальності, однак вони прямо зазначені в КК України і не розглядаються як покарання. Юридична особа не підлягає кримінальній відповідальності, але до неї застосовуються заходи кримінально-правового впливу, які мають бути чітко та недвозначно відділені від покарань, зведені в систему, диференційовані за видами і розмірами залежно від ступеня тяжкості діянь, за які вони можуть застосовуватися. На думку вченої, доцільно розширити перелік цих заходів за рахунок введення, наприклад, спеціальної конфіскації (яка є «іншим заходом кримінально-правового характеру»), заборони певної діяльності тощо [7, с. 128-129].

Кримінально-правові заходи, що застосовуються до осіб, які вчинили суспільно небезпечне діяння, передбачене кримінальним законом, як пише О.В. Козаченко, – це передбачені Кримінальним кодексом (Загальною і Особливою частинами) засоби впливу на поведінку особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння, з метою відновлення порушеного права, надання медичної допомоги, перевиховання тощо. Кримінально-правові заходи, тобто заходи, передбачені кримінальним законом, представляють собою певну трихотомію, в якій покарання, кримінальна відповідальність, не пов'язана з покаранням, та інші кримінально-правові заходи (заходи, не пов'язані з кримінальною відповідальністю і покаранням) мають єдину правову природу нормативного змісту, оскільки всі заходи передбачені кримінальним законом. Заходи кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб, продовжує вчений, є альтернативою їх кримінальної відповідальності та за своєю правовою природою існують поряд з покаранням як з найсуворішим заходом державного примусу, який призначається фізичним особам за наявності у їх суспільно небезпечному діянні ознак певного складу злочину [10, с. 39].

Аналіз норм, передбачених у розділі XIV^1 КК України «Заходи кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб», як вважає С.О. Харитонов, дає підстави стверджувати, що ці заходи є спеціальними видами покарання. Так, штраф (ст. 96^7 КК) і конфіскація майна (ст. 96^8 КК) визнаються у ст. 53 і ст. 59 КК як види покарань [2]. Правовий аналіз норм розділу XIV^1 Загальної частини КК України, на нашу думку, не дає підстав ототожнювати покарання та заходи кримінально-правового характеру, оскільки назва деяких з них хоч і дублює назву певних видів покарань, але заходам кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб не властиві ознаки, які притаманні покаранню. Хоча слід визнати, що законодавець обрав найпростіший шлях у визначенні назви заходів, що можуть бути застосовані щодо юридичних осіб, дублює їх назву та поділяє як і покарання на основні (штраф та ліквідація – ч. 2 ст. 96^6 КК України) та додаткові (конфіскація майна – ч. 2 ст. 96^6 КК України). На те, що вказані заходи стосовно юридичних осіб не є спеціальними видами покарання вказує те, що їх застосування не тягне судимості.

Єдиним ефективним заходом стягнення щодо юридичних осіб, як вважає В. С. Сотніченко, є штраф, оскільки з урахуванням природи юридичної особи інші заходи (наприклад, зупинення її діяльності) не дозволять досягти цілей, що можуть бути поставлені перед інститутом відповідальності юридичних осіб у кримінальному праві. Адже організаційна структура та майно, активи юридичної особи, що ліквідована в кримінально-правовому порядку, оперативно можуть бути поновлені в межах іншої (нової) юридичної особи [11].

Таким чином, заходи кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб – це засоби державного впливу, вичерпний перелік яких передбачено у ст. 96^6 КК України, які застосовують-

ся у разі вчинення її уповноваженою особою (тобто фізичною особою) від імені та в інтересах юридичної особи будь-якого із злочинів, перелік яких визначений у ст. 96^3 КК України.

Ознаками кримінально-правових заходів щодо юридичних осіб є: 1) вони є особливим видом реакції держави, що є альтернативою покаранню, не пов'язуються з реалізацією кримінальної відповідальності; 2) застосування цих заходів відбувається у межах кримінально-правових відносин, але юридичні особи не визнаються суб'єктом кримінальної відповідальності, а вважаються особливим суб'єктом кримінально-правових відносин; 3) вказані заходи застосовуються у разі вчинення її уповноваженою особою (тобто фізичною особою) від імені та в інтересах юридичної особи будь-якого із злочинів, вичерпний перелік яких визначений у ст. 96^3 КК України; 4) у ст. 96^6 КК України надається їх вичерпний перелік – штраф; конфіскація майна; ліквідація; 5) застосування заходів кримінально-правого характеру щодо юридичних осіб не тягне за собою судимості.

Висновки. Правовий аналіз норм чинного Кримінального кодексу України та врахування положень доктрини кримінального права, надають змогу зробити наступні основні висновки: 1) юридична особа визнається особливим суб'єктом кримінально-правових відносин у разі вчинення її уповноваженою особою від імені та в інтересах юридичної особи будь-якого злочину, вичерпний перелік яких надано у ст. 96^3 КК України, тобто юридичні особи не можуть визнаватися суб'єктами кримінальної відповідальності, оскільки підстави застосування заходів кримінально-правового характеру знаходяться у об'єктивній площині, що суперечить основному принципу кримінального права – принципу винної кримінальної відповідальності та іншим спеціальним принципам кримінального права; 2) заходи кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб створюють самостійну особливу підсистему інших кримінально-правових наслідків, які не пов'язані з реалізацією кримінальної відповідальності та є альтернативою покаранню; 3) згідно зі ст. 96^6 КК України, видами заходів кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб є: штраф; конфіскація майна; ліквідація. Підсумовуючи сказане, слід зазначити, що види заходів кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб потребують свого подальшого вдосконалення з урахуванням особливостей континентальної правової сім'ї, до якої належить Україна, та надбання кримінально-правової науки.

Список літератури

1. Кримінальний кодекс України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/page3
2. Харитонов С. О. Заходи кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб в системі кримінального законодавства України [Електронний ресурс] / С. О. Харитонов. – Режим доступу : http://dspace.nulau.edu.ua:8088/bitstream/123456789/6307/1/Haritonov_145_147.
3. Нерсесян А. С. Заходи кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб: аналіз нового законопроекту / А. С. Нерсесян // Вісник Вищої ради юстиції. – 2013. – № 3(14). – С. 181-192.
4. Конвенція ООН проти корупції від 31.10.2003 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_c16
5. Кримінальна конвенція Ради Європи про боротьбу з корупцією від 27.01.1999 р. № ЕТ173 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/994_101
6. Про відповідальність юридичної особи за вчинення корупційних правопорушень [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1507-17
7. Орловська Н. Про модель кримінально-правового впливу на юридичну особу / Н. Орловська // Юридичний вісник. – 2014. – № 2. – С. 125-130.
8. Ященко А. М. Заходи кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб: теоретичний аспект / А. М. Ященко // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. – Серія : Юриспруденція. – 2014. – № 7. – С. 199-202.
9. Ященко А. М. Класифікація заходів кримінально-правового характеру / А. М. Ященко // Науковий вісник Херсонського державного університету. – 2013. – Вип. 3. – Том 2. – С. 123-127.
10. Козаченко О. Застосування інших кримінально-правових заходів як альтернатива кримінальної відповідальності юридичних осіб / О. Козаченко // Підприємництво, господарство і право. – 2005. – № 2. – С. 39-41.
11. Сотніченко В. С. Юридична особа як суб'єкт кримінальної відповідальності : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / Сотніченко Володимир Степанович. – Київ, 2013. – 18 с.

Стаття надійшла 15.12.2014 р.

Т.А. Гончар, канд. юрид. наук, доцент
Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова
кафедра уголовного права, уголовного процесса и криминалистики
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

МЕРЫ УГОЛОВНО-ПРАВОВОГО ХАРАКТЕРА В ОТНОШЕНИИ ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦ ПО ДЕЙСТВУЮЩЕМУ УГОЛОВНОМУ КОДЕКСУ УКРАИНЫ

Резюме

В действующем Уголовном кодексе Украины впервые предусмотрены меры уголовно-правового характера в отношении юридических лиц. Указанные меры образуют самостоятельную особую подсистему «иных уголовно-правовых последствий». Законодательное закрепление мер уголовно-правового характера в отношении юридических лиц было вызвано необходимостью приведения в соответствие с международно-правовыми актами отечественного уголовного законодательства. Данные меры являются особым видом реакции государства; применяются только в отношении юридического лица в случае совершения ее уполномоченным лицом от имени и в интересах юридического лица какого-либо преступления, исчерпывающий перечень которых закреплен в ст. 96^3 Уголовного кодекса Украины; не связаны с реализацией уголовной ответственности и являются альтернативой наказанию.

Ключевые слова: меры уголовно-правового характера, юридические лица

T.O. Gonchar, Candidate of Juridical Sciences, Associate Professor
Odesa I. I. Mechnikov National University
the Department of criminal Law, criminal procedure and criminalistics
24/26, Frantsuzskiy Boulevard, Odessa, 65058, Ukraine

THE CRIMINAL LAW MEASURES AGAINST THE LEGAL PERSONS UNDER CURRENT CRIMINAL CODE OF UKRAINE

Summary

The current Criminal Code of Ukraine for the first time provides for criminal law measures against legal persons. The stated measures form an independent special subsystem of the «other criminal law consequences». Legislating of the measures under criminal law for legal persons was caused by the need to conform to international legal acts of native criminal legislation. These measures are a special kind of the state reaction; apply only to the legal person in the case of its committing by an authorized person on behalf and for the benefit of a legal person of an offense, an exhaustive list of which is enshrined in Art. 96^3 of the Criminal Code of Ukraine; not related to the implementation of criminal responsibility and are an alternative to punishment.

Key words: criminal law measures, legal persons.

УДК 342.95

О. М. Миколенко, канд. юрид. наук, доцент
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова
кафедра кримінального права, кримінального процесу та криміналістики
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

КРИТЕРІЇ КЛАСИФІКАЦІЇ ЗАХОДІВ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ ТА ЇХ СПІВВІДНОШЕННЯ З ЗАХОДАМИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРИМУСУ

В статті розглянута система заходів забезпечення кримінального провадження за чинним Кримінальним процесуальним кодексом України, аналізуються запропоновані законодавцем критерії класифікації цих заходів, дається порівняльна характеристика заходів забезпечення кримінального провадження та заходів кримінального процесуального примусу.

Ключові слова: кримінальне провадження, кримінальне процесуальне законодавство, заходи забезпечення кримінального провадження, заходи кримінального процесуального примусу.

Постановка проблеми. Гармонійний розвиток галузевих юридичних наук та вітчизняного законодавства це запорука ефективної правозастосовної діяльності в нашій державі. Зрозуміло, що досягнення науки кримінального процесуального права та новації в кримінальному процесуальному законодавстві обумовлюють взаємний розвиток один одного. Але іноді виникає відчуття, що законодавець, поспішаючи врегулювати певні суспільні відносини, ігнорує напрацювання науки кримінального процесуального права. Виникає ситуація, коли новації законодавства, які не були результатом наукового мислення, доводиться прилаштовувати у існуючу систему знань про кримінальне процесуальне право. Це, з одного боку, свідчить про віддаленість в Україні правотворчої діяльності від науки, а, з другого, про процес руйнування наявної системи знань про кримінальне процесуальне право шляхом нав'язування чужорідної системи координат (термінології, класифікацій і ін.), запозичених в інших правових системах. Яскраво ця проблема проявилася у питаннях законодавчого визначення заходів забезпечення кримінального провадження та їх співвідношенні з заходами кримінального процесуального примусу.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання класифікації заходів кримінального процесуального примусу, сучасних заходів забезпечення кримінального провадження досліджували Ю. Аленін, В. Бринцев, Ю. Грошевий, Л. Давиденко, В. Зеленецький, П. Каркач, В. Клочков, Г. Кожевніков, О. Кучінська, Л. Лобойко, В. Маляренко, О. Михайленко, А. Молдаван, О. Муравін, Т. Садова, С. Смоков, Ю. Стецовський, А. Туманянц, Л. Удалова, О. Шило та інші вітчизняні та зарубіжні вчені. Але представлені в юридичній літературі думки щодо критеріїв класифікації заходів кримінального процесуального примусу та їх співвідношення з заходами забезпечення кримінального провадження є суперечливими за змістом, а їх сучасне правове закріплення в Кримінальному процесуальному кодексі України (далі КПК України) лише ускладнює вирішення цього завдання.

Метою написання статті є аналіз положень КПК України з метою чіткого визначення змісту двох самостійних в теорії кримінального процесуального права понять «заходи забезпечення кримінального провадження» та «заходи кримінального процесуального примусу».

Виклад основного матеріалу. Наведемо декілька положень чинного КПК України з питань класифікації заходів забезпечення кримінального провадження, які покладемо в основу нашого дослідження.

1. Розглянемо положення Розділу II КПК України [1], який має назву «Заходи забезпечення кримінального провадження» і який повністю присвячено підставам та порядку застосування зазначених заходів.

По-перше, в цьому розділі дається стисле визначення заходів забезпечення кримінального провадження з виділенням лише однієї ознаки, яка їх характеризує. А саме, звертається увага на те, що ці заходи застосовуються з метою досягнення дієвості кримінального провадження (ч. 1 ст. 131 КПК України). Відсутність в КПК України інших ознак, які характеризують заходи забезпечення кримінального провадження, дала привід деяким науковцям ототожнити ці заходи з заходами кримінального процесуального примусу. Наприклад, В. Рожнова, Д. Савицький, Л. Удалова, О. Хабло в своєму навчальному посібнику з кримінального процесу стверджують,

© О. М. Миколенко, 2014

що заходи забезпечення кримінального провадження завжди пов'язані із застосуванням кримінального процесуального примусу. Саме примус є запорукою того, що застосування заходів забезпечення кримінального провадження досягне мети, визначеної у ч. 1 ст. 131 КПК, – дієвості (ефективності) провадження [2, с. 118-119]. Про ідентичність заходів забезпечення кримінального провадження та заходів кримінального процесуального примусу зазначають у своїх працях і інші науковці [3, с. 629].

Частина науковців, з якими повністю погоджуємося, звертає увагу на те, що не можна ототожнювати ці два поняття теорії кримінального процесуального права. Наприклад, Г. Кожевніков та О. Гумін висловлюють сумніви щодо правильності ототожнення заходів забезпечення кримінального провадження та заходів кримінального процесуального примусу і пропонують вирішити це питання на теоретичному рівні, адже положення КПК України не тільки не допомагають у вирішенні цього завдання, а, навпаки, ще більше заплутують розуміння вказаних понять в кримінальному процесуальному праві [4, с. 68-70; 5, с. 227].

По-друге, у Розділі II КПК України дається перелік заходів забезпечення кримінального провадження. До них відносяться: 1) виклик слідчим, прокурором, судовий виклик і привід; 2) накладення грошового стягнення; 3) тимчасове обмеження у користуванні спеціальним правом; 4) відсторонення від посади; 5) тимчасовий доступ до речей і документів; 6) тимчасове вилучення майна; 7) арешт майна; 8) затримання особи; 9) запобіжні заходи (ст. 131 КПК України). Більшість з запропонованих заходів дійсно пов'язана з тимчасовим обмеженням прав та свобод особи, що дає підстави одночасно говорити про них, як про заходи забезпечення кримінального провадження, так і про заходи кримінального процесуального примусу. Наприклад, арешт майна визначається законодавцем як тимчасове позбавлення осіб, передбачених ч. 1 ст. 170 КПК України, можливості відчужувати певне їх майно, розпоряджатися ним чи використовувати його до скасування рішення про арешт майна. Таким чином, застосування арешту майна спрямовано одночасно, і на забезпечення кримінального провадження, і на тимчасове обмеження прав і свобод одного з учасників кримінального провадження.

Але серед перелічених у Розділі II КПК України заходів забезпечення кримінального провадження є такі заходи, які не пов'язані з тимчасовим обмеженням прав і свобод учасників кримінальних процесуальних правовідносин. Це судовий виклик, виклик слідчим чи прокурором, а також тимчасовий доступ до речей і документів. Застосування цих заходів лише призводить до виникнення певних процесуальних обов'язків у учасників кримінальних процесуальних правовідносин, а тому за своєю суттю їх можна визнати лише заходами забезпечення кримінального провадження, але не можна відносини до заходів кримінального процесуального примусу. Тобто з моменту отримання судового виклику або виклику, оформленого слідчим чи прокурором, у особи, яка його отримала, виникає процесуальний обов'язок з'явитися у зазначений час та вказане місце до слідчого, прокурора чи суду, що не тягне за собою ніяких обмежень майнового, морального чи організаційного характеру.

Теж саме стосується і такого заходу як тимчасовий доступ до речей і документів. Так ч. 1 ст. 165 КПК України передбачається, що особа, яка зазначена в ухвалі слідчого судді, суду про тимчасовий доступ до речей і документів як володілець речей або документів, зобов'язана надати тимчасовий доступ до зазначених в ухвалі речей і документів особі, зазначеній у відповідній ухвалі слідчого судді, суду. Застосування цього заходу породжує лише відповідний процесуальний обов'язок і не тягне за собою ніяких обмежень майнового, морального чи організаційного характеру.

2. Поза межами положень Розділу II КПК України чомусь опинилися такі заходи забезпечення кримінального провадження, як: видалення за ухвалою суду обвинуваченого з зали судового засідання тимчасово або на весь час судового розгляду при повторному порушенні ним порядку (ст. 330 КПК України); поміщення у приймальник-розподільник осіб, які вчинили суспільно небезпечне діяння у віці від одинадцяти років і до досягнення віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність (ст. 499 КПК України); направлення особи до медичного закладу для проведення психіатричної експертизи (ст. 509 КПК України). Про що це свідчить ?

По-перше, про те, що Розділу II КПК України дає не повній перелік заходів забезпечення кримінального провадження. Застосування таких заходів як видалення особи з зали судового засідання, поміщення неповнолітнього у приймальник-розподільник чи направлення особи до медичного закладу для проведення психіатричної експертизи, теж спрямовані на досягнення дієвості кримінального провадження.

По-друге, про те, що поняття «заходи забезпечення кримінального провадження» та «заходи кримінального процесуального примусу» не завжди співпадають між собою і їх необхідно чітко розрізняти між собою. До речі, сьогодні виникла і необхідність чіткого розмежування за-

ходів примусу кримінального права та заходів примусу кримінального процесуального права. Наприклад, примусові заходи виховного характеру, порядок застосування яких передбачено ст.ст. 498-502 КПК України, є за своєю суттю заходами примусу матеріального права, тобто кримінального права. КПК України лише передбачає процесуальні особливості їх застосування до неповнолітніх.

Проаналізувавши особливості правового регулювання заходів забезпечення кримінального провадження у КПК України, хочемо звернути увагу на змістовне наповнення цих понять, в першу чергу, в теорії права та безпосередньо в теорії кримінального процесуального права.

На нашу думку, до основних ознак, які характеризують заходи забезпечення кримінального провадження, відносяться:

– ці заходи реалізуються в межах кримінальних процесуальних правовідносин (підстави, межі, суб'єкти та порядок їх застосування детально регламентовані КПК України);

– ці заходи мають специфічну цілеспрямованість – забезпечити досягнення дієвості кримінального провадження (тобто основна мета їх застосування не покарання особи чи захист прав учасників кримінального провадження, а безпосереднє забезпечення процедури притягнення особи до кримінальної відповідальності);

– суб'єктом застосування цих заходів є компетентні державні органи та посадові особи, які здійснюють кримінальне провадження (за винятком затримання особи на підставі вимог ст. 207 КПК).

Коли ж мова йде про заходи кримінального процесуального примусу, то до їх основних ознак слід віднести наступні:

– вони застосовуються як крайній засіб забезпечення і охорони правопорядку в кримінальному провадженні. Наприклад, судовий виклик такою ознакою не характеризується, а тому не є заходом кримінального процесуального примусу;

– вони застосовуються з метою: а) покарання осіб, які порушують процесуальні норми (грошові стягнення); б) забезпечення участі підозрюваного, обвинуваченого у кримінальному провадженні та виконання ними процесуальних обов'язків (запобіжні заходи); в) забезпечення цивільного позову та можливої конфіскації майна (тимчасове вилучення майна, арешт майна тощо); г) забезпечення законного порядку в ході провадження у справі (привід, відсторонення від посади);

– вони завжди пов'язані з тимчасовими обмеженнями прав і свобод осіб, що тягне за собою настання обмежень майнового, морального чи організаційного характеру.

Висновки. На підставі проведеного аналізу можна зробити наступні висновки.

У Розділі II КПК України дається не повний перелік заходів забезпечення кримінального провадження. До таких заходів слід віднести як ті, що закріплені у Розділі II КПК України (виклик слідчим, прокурором, судовий виклик; привід; накладення грошового стягнення; тимчасове обмеження у користуванні спеціальним правом; відсторонення від посади; тимчасовий доступ до речей і документів; тимчасове вилучення майна; арешт майна; затримання особи), так і заходи, які з різних причин опинилися в інших підрозділах КПК України (видалення обвинуваченого з зали судового засідання (ст. 330 КПК України), поміщення у приймальник-розподільник осіб, які вчинили суспільно небезпечне діяння у віці від одинадцяти років і до досягнення віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність (ст. 499 КПК України) та направлення особи до медичного закладу для проведення психіатричної експертизи (ч. 2 ст. 509 КПК України).

Поняття «заходи забезпечення кримінального провадження» та «заходи кримінального процесуального примусу» не є тотожними поняттями. Вони співвідносяться між собою як загальне та частне. Серед заходів забезпечення кримінального провадження можна знайти такі, які не пов'язані з тимчасовими обмеженнями прав і свобод особи і застосування яких не призводить до настання для цієї особи обмежень майнового, морального чи організаційного характеру (наприклад, судовий виклик, виклик слідчим чи прокурором, а також тимчасовий доступ до речей і документів). Таким чином, заходи забезпечення кримінального провадження можна поділити на два види: 1) непримусові заходи забезпечення кримінального провадження; 2) примусові заходи забезпечення кримінального провадження (заходи кримінального процесуального примусу).

Список літератури

1. Кримінальний процесуальний кодекс України // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2013. – № 9-10, № 11-12, № 13. – ст. 88.
2. Удалова Л.Д. Кримінальний процес: навчальний посібник у питаннях і відповідях / Л.Д. Удалова, В.В. Рожнова, Д.О. Савицький, О.Ю. Хабло.– 3-е вид., перероб. і доп. – К.: Видавець 2012. – 275 с.
3. Смоков С.М. Гарантії застосування заходів процесуального примусу у кримінальному судочинстві / С.М. Смоков, К.Г. Горелкіна. – Одеса: Астропринт, 2012. – 152 с.

4. Кожевніков Г.К. Заходи забезпечення кримінального провадження / Г.К. Кожевніков // Вісник Нац. акад. прокуратури України. – 2012. – № 3. – С. 68–70.
5. Гумін О.М. Система заходів забезпечення кримінального провадження за новим Кримінальним процесуальним кодексом України / О.М. Гумін // Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ. – № 1. – 2013. – С. 226-231.

Стаття надійшла 11.12.2014 р.

А.Н. Миколенко, канд.юрид.наук, доцент
Одесский национальный университет имени И.И. Мечникова
кафедра уголовного права, уголовного процесса и криминалистики
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

КРИТЕРИИ КЛАСИФИКАЦИИ МЕР ОБЕСПЕЧЕНИЯ УГОЛОВНОГО ПРОИЗВОДСТВА И ИХ СООТНОШЕНИЕ С МЕРАМИ УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ПРИНУЖДЕНИЯ

Резюме
Понятие «меры обеспечения уголовного производства» и «меры уголовного процессуального принуждения» не являются тождественными понятиями. Они соотносятся между собой как общее и частное. Среди мер обеспечения уголовного производства можно выделить такие, которые не связаны с временным ограничением прав и свобод человека, и применение которых не влечет для участника производства ограничений имущественного, морального или организационного характера (например, судебный вызов, вызов следователем или прокурором, а также временный доступ к вещам и документам).

Ключевые слова: уголовное производство, уголовное процессуальное законодательство, меры обеспечения уголовного производства, меры уголовного процессуального принуждения.

O.M. Mykolenko**,** Candidate of Juridical Sciences, Associate Professor
Odesa I. I. Mechnikov National University
the Department of Criminal Law, Criminal Procedure and Criminalistics
24/26, Frantsuzskiy Boulevard, Odessa, 65058, Ukraine

CRITERIA FOR CLASSIFICATION OF MEASURES TO ENSURE THE CRIMINAL PROCEEDINGS AND THEIR RELATIONSHIP WITH PENAL PROCEDURAL COMPULSION

Summary
The concept of «measures to ensure criminal proceedings» and «penal procedural compulsion» are not identical concepts. They relate to each other as the general and the particular. Among the measures to ensure the criminal proceedings can be identified such that are not associated with a time limit of human rights and freedoms, and the use of which does not entail restrictions for the participant production of property, moral or organizational nature (for example, a court challenge, challenge investigator or prosecutor, as well as temporary access to things and documents).

Key words: criminal proceedings, criminal procedure legislation, measures to ensure the criminal proceedings, penal procedural compulsion.

УДК 343.13

В.В. Назаров, докт. юрид. наук, професор
Національний університет ДПС України
вул. Карла Маркса, 31, м. Ірпінь, 08201, Україна

Р.І. Тракало, старший прокурор
Бориспільська міжрайонна прокуратура Київської області
вул. Радянська, 21, м. Бориспіль, 08300, Україна

СУДОВИЙ КОНТРОЛЬ ЗА ДОТРИМАННЯМ ПРАВА НА ПОВАГУ ДО ПРИВАТНОГО ЖИТТЯ ПРИ ОСКАРЖЕННІ РІШЕНЬ, ДІЙ ЧИ БЕЗДІЯЛЬНОСТІ ПІД ЧАС ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ

У статті узагальнено норми Кримінального процесуального кодексу України щодо процесуального порядку оскарження рішень, дій чи бездіяльності під час досудового розслідування, порядку здійснення судового контролю на досудовому розслідуванні за дотриманням права на повагу до приватного життя, розглянуто проблемні аспекти такої діяльності.

Ключові слова: кримінальне провадження, судовий контроль, оскарження, слідчий суддя, органи досудового розслідування.

Постановка проблеми. Ставлення органів розслідування, прокурора, слідчого судді, суду до приватного життя особи, ступінь її захищеності має суттєве значення для виконання завдань кримінального провадження. Проте при розслідуванні кримінальних правопорушень постійно виникають колізії між приватними й публічними інтересами, оскільки все кримінальне провадження, уся діяльність органів і посадових осіб, які його проводять, по суті, спрямовані на проникнення у сферу приватного життя і його пильне вивчення. Таке втручання має здійснюватися на підставі закону і лише з метою виявлення з усієї сукупності відомостей, що становлять таємницю приватного життя, тих, які мають протиправний характер.

На підставі цього, в кримінальному провадженні великого значення набули питання досягнення балансу між приватними та публічними інтересами, визначення меж втручання слідчих та оперативних підрозділів у приватне життя осіб, які залучаються у провадження, і здійснення судового контролю.

Зазначене обумовлює наукову і прикладну потребу в розумінні положень КПК України щодо судового контролю за дотриманням права на повагу до приватного життя при оскарженні рішень, дій чи бездіяльності під час досудового розслідування.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Окремі аспекти зазначеної проблематики висвітлювалися в наукових працях В.Г. Гончаренка, Ю.М. Грошевого, О.В. Капліної, О.П. Кучинської, М.А. Погорецького, А.Р. Туманянц, В.І. Чорнобук, О.Г. Шило та ін.

Мета цієї роботи полягає у визначенні на основі чинного кримінального процесуального законодавства України особливостей діяльності слідчого судді під час здійснення ним судового контролю за дотриманням права на повагу до приватного життя при оскарженні рішень, дій чи бездіяльності під час досудового розслідування, розробка на цій основі рекомендацій з удосконалення кримінального процесуального законодавства України

Виклад основного матеріалу. У кримінальному провадженні судовий контроль здійснюється не лише при застосуванні заходів забезпечення кримінального провадження, слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) діях, а й при оскарженні рішень, дій чи бездіяльності під час досудового розслідування.

Відповідно до ч. 1 ст. 24 КПК України кожному гарантується право на оскарження процесуальних рішень, дій чи бездіяльності суду, слідчого судді, прокурора, слідчого в порядку, передбаченому КПК України. Це право сприяє сторонам, потерпілому, іншим учасникам кримінального провадження реалізовувати свої процесуальні права й інтереси в кримінальному провадженні.

Ми погоджуємося з думкою В. П. Кашепова, що створення умов для підвищення рівня надання громадянам правової допомоги й судового захисту шляхом розширення сфери судового оскарження й меж судового контролю є об'єктивною необхідністю сучасного соціального життя країни [1, с. 67]. З цього приводу О. Г. Шило слушно зазначила, що будучи активною формою реалізації конституційного права людини і громадянина на судовий захист, оскарження до суду дій та рішень органів,

© В.В. Назаров, Р.І. Тракало, 2014

які здійснюють досудове провадження, є ефективним способом отримання невідкладного судового захисту в тих випадках, за яких зволікання із судовим розглядом допущених порушень може мати наслідки, що неможливо буде усунути на подальших стадіях кримінального процесу [2, с. 164].

Оскільки в кримінальному провадженні достатньо часто обмежуються, а іноді й порушуються конституційні права певних учасників кримінального провадження, здійснюється втручання в їх приватне життя, вони мають право з метою захисту своїх конституційних прав подати скаргу на рішення, дії чи бездіяльність суб'єктів, наділених владними повноваженнями в кримінальному провадженні.

В. І. Чорнобук слушно зазначив, що введення судового контролю, розширення сфери його дії на досудове слідство є позитивними моментами з погляду забезпечення саме особистих (приватних) інтересів тих чи інших учасників розслідування [3, с. 127].

У зв'язку із зазначеним вважаємо, що право на подання скарги відкриває перед скаржником наступні можливості:

– звернутися зі скаргою до прокурора, слідчого судді чи суду для захисту обмежених чи порушених його конституційних прав;

– користуватися всіма передбаченими законом правами і гарантіями в процесі розгляду скарги на незаконні рішення, дії чи бездіяльність під час досудового розслідування для відстоювання своїх інтересів.

Наявність передбаченого законодавством права на подання скарги призводить до виникнення правовідносин між особою, яка має право на подання скарги і яка подала її, і суб'єктом прийняття і вирішення скарги. При цьому право особи подати скаргу кореспондується передбаченим законом обов'язком відповідної особи чи органу прийняти, перевірити і вирішити її в установленому порядку. Таким чином, скарга виступає як законний спосіб захисту порушеного права і виникає лише на основі існуючих правовідносин у рамках досудового розслідування.

У науково-практичному коментарі до КПК України зазначено, що скарга – це звернення учасника кримінального провадження до уповноваженої особи з приводу порушення його прав та охоронюваних законом інтересів з проханням про їх поновлення. Вона є правовим засобом захисту прав та інтересів учасників кримінального провадження, а якщо вони порушені, то й засобом їх відновлення [4, с. 77].

О. В. Кондратьєв пропонує власне визначення скарги, а саме як засноване на законі звернення учасника кримінального процесу до органу державної влади з вимогою про усунення порушення прав особи, допущеного органами чи посадовцями, які здійснюють кримінальне судочинство [5]. На думку І. В. Гловюк, скарга – засноване на законі звернення суб'єкта кримінального процесу до органу державної влади, службової, посадової особи, уповноваженої на її прийом та вирішення, з приводу припущеного або дійсного порушення прав чи законних інтересів, обмеження свобод, допущеного під час кримінального провадження, з вимогою про його усунення та відновлення порушених чи обмежених прав, свобод чи законних інтересів [6, с. 153].

Оскільки ми досліджуємо питання, пов'язані із судовим контролем за дотриманням права на повагу до приватного життя, вважаємо за необхідне дати власне визначення скарги, але у зазначеному науковому напрямі дослідження. Так, на нашу думку, скарга на рішення, дії чи бездіяльність слідчого, прокурора чи слідчого судді, що обмежують чи порушують право особи на повагу до приватного життя – це звернення сторони захисту, інших учасників кримінального провадження до уповноваженого законом органу щодо обмеження чи порушення його конституційних прав і охоронюваних законодавством інтересів з проханням їх захисту та відновлення.

Подання скарги передусім залежить від волевиявлення учасника кримінального провадження і дозволяє йому повною мірою реалізувати свої процесуальні права та забезпечити захист інтересів, сприяє перевірці законності прийнятих у кримінальному провадженні рішень чи здійснених дій. Коло осіб, які мають право на подання скарги не обмежується лише учасниками кримінального провадження. Скарга може бути подана й іншими особами в тій частині, у якій проведено дії і прийнято рішення, що зачіпають їх інтереси.

Аналіз кримінального процесуального законодавства України дає підстави стверджувати, що подання особою скарги ініціює:

1) розгляд службовою особою органу прокуратури вищого рівня скарги слідчого на рішення, дії чи бездіяльність прокурора;

2) здійснення судового контролю.

Розглянемо окремі елементи оскарження рішень, дій чи бездіяльності під час досудового розслідування з позиції перевірки відповідними службовими особами дотримання права на повагу до приватного життя. Так, відповідно до § 3 глави 26 КПК України слідчий має право оскаржити рішення, дії чи бездіяльність прокурора, прийняті або вчинені у відповідному досудовому провадженні

(наприклад, щодо доручень прокурора про проведення в установлений прокурором строк слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій, скасування постанови слідчого тощо) до прокуратури вищого рівня. Службова особа органу прокуратури вищого рівня, до якої надійшла скарга, має прийняти рішення щодо неї відповідно до ч. 2 ст. 313 КПК України. На нашу думку, рішення, дії чи бездіяльність прокурора, які можуть бути оскаржені слідчим відповідно до законодавства, стосуються питань забезпечення ефективності досудового розслідування та процесуальної самостійності слідчого, але при цьому не пов'язані з безпосереднім втручанням у приватне життя учасників кримінального провадження.

При здійсненні судового контролю під час розгляду скарг на рішення, дії чи бездіяльність під час досудового розслідування чинне законодавство визначає, що судовий контроль здійснюється у двох напрямах: перший – слідчим суддею на досудовому розслідуванні при розгляді скарг на рішення, дії чи бездіяльність органів досудового розслідування чи прокурора (§ 1 глави 26 КПК України); другий – в апеляційному порядку при розгляді скарг на ухвали слідчого судді (§ 2 глави 26 КПК України).

Аналіз § 1 глави 26 КПК України щодо судового контролю, який здійснюється слідчим суддею при розгляді скарг на рішення, дії чи бездіяльність слідчого або прокурора, наприклад, щодо бездіяльності слідчого чи прокурора, яка полягає у невнесенні відомостей про кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань після отримання заяви чи повідомлення про кримінальне правопорушення; неповерненні тимчасово вилученого майна згідно з вимогами ст. 169 КПК України; зупинення досудового розслідування; відмові в задоволенні клопотання про проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій тощо (ч. 1 ст. 303 КПК України) свідчить про те, що ці рішення, дії чи бездіяльність жодним чином не можуть впливати на приватне життя учасників кримінального провадження. Переважно вони стосуються процесуальних прав та можливостей учасників кримінального провадження.

Проте хотілося б звернути увагу на ч. 2 ст. 303 КПК України, у якій зазначено, що скарги на інші рішення, дії чи бездіяльність слідчого або прокурора не розглядаються під час досудового розслідування і можуть стати предметом розгляду під час підготовчого провадження в суді згідно з правилами статей 314 – 316 КПК України. Водночас, з позиції аналізу права на повагу до приватного життя та з позиції необхідності визначити розумні межі судового контролю при одночасному дотриманні судового захисту прав учасників кримінального провадження така точка зору законодавця не представляється обґрунтованою. Інакше кажучи, це не сприяє забезпеченню оптимального балансу інтересів у кримінальному процесі. У такому трактуванні законодавства передбачається, що публічні інтереси законом захищені, але це не стосується приватних інтересів.

Що ми маємо на увазі. Так, кримінальним процесуальним законодавством України не передбачено оскарження рішень слідчого судді щодо надання дозволу на проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій, а також дій слідчого під час їх проведення. Але ж деякі з цих процесуальних дій суттєво обмежують права та приватні інтереси певних учасників кримінального провадження, а іноді й осіб, які не є учасниками такого провадження. Як бути в ситуації, за якої під час проведення обшуку в житлі завдано шкоди майну, що належить не підозрюваному, а особам, які проживають з ним? Чи мають у такому разі ці особи оскаржити дії слідчого? Закон на це дає категоричну відповідь – ні. Чи порушуються права осіб, які не є учасниками кримінального провадження? Ми вважаємо, що порушуються.

Як бути в ситуації, за якої під час проведення обшуку в житлі не були присутні особи, які проживають в ньому? Законодавством передбачено, що відповідно до ч. 4 ст. 236 КПК України в разі відсутності осіб у житлі чи іншому володінні обшук проводиться, а копія ухвали повинна бути залишена на видному місці в житлі чи іншому володінні особи. Але, що робити особі, якщо в результаті проведення цієї слідчої (розшукової) дії за її відсутності зникли цінні речі, суттєво було пошкоджено її майно? Законодавець у ч. 8 ст. 236 КПК України зазначив, що особи, у присутності яких здійснюється обшук, при проведенні цієї слідчої (розшукової) дії мають право робити заяви, що підлягають занесенню до протоколу обшуку. Але ж ці особи не були присутні під час її проведення, а тому фізично не могли робити певні заяви, які були б занесені в протокол обшуку.

Крім того, що робити особі, якщо був проведений обшук на підставі ухвали слідчого судді, але строк дії ухвали вже перевищив один місяць з дня її постановлення, що є порушенням законодавства або було обшукано житло чи інше володіння особи, яке не було зазначено в ухвалі слідчого судді і щодо цього не було невідкладного звернення слідчого з клопотанням до слідчого судді відповідно до ч. 3 ст. 233 КПК України. Чому в такому разі особа, право на приватність якої було порушено, не має права на оскарження таких дій слідчого чи прокурора?

На підставі зазначеного вважаємо необхідним ч. 1 ст. 303 КПК України доповнити пунктом дев'ятим у такій редакції: «дії слідчого чи прокурора під час проникнення до житла чи іншого володіння особи – підозрюваним, його захисником чи законним представником, а також особами, які в ньому проживають на постійній основі».

Інша ситуація існує щодо судового контролю, який здійснюється в апеляційному порядку під час розгляду скарг на ухвали слідчого судді (§ 2 гл. 26 КПК України).

На нашу думку, вплинути на приватне життя певного учасника кримінального провадження можуть саме рішення слідчого судді під час досудового розслідування. Так, аналіз ст. 309 КПК України доводить, що на приватне життя можуть впливати рішення слідчого судді про: застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою; продовження строку тримання під вартою; застосування запобіжного заходу у вигляді домашнього арешту; продовження строку домашнього арешту; поміщення особи в приймальник-розподільник для дітей; продовження строку тримання особи в приймальнику-розподільнику для дітей; направлення особи до медичного закладу для проведення психіатричної експертизи; арешт майна.

Звернемо увагу, що саме активні дії щодо застосування зазначених заходів забезпечення кримінального провадження можуть вплинути на приватне життя особи. Відмова в наданні дозволу на затримання чи, наприклад, у застосуванні запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою або у вигляді домашнього арешту ніяк не може вплинути на підозрюваного. Навпаки, він буде лише задоволений таким рішенням слідчого судді.

Вважаємо, що дача дозволу слідчим суддею на застосування зазначених заходів породжують різні правові наслідки для учасників кримінального провадження. Крім того, саме такі рішення слідчого судді належать до найбільш оскаржуваних відповідно до ст. 309 КПК України, що пояснюється значимістю названих рішень для осіб, які залучаються до кримінального провадження.

Зазначимо, що рішення слідчого судді можуть бути оскаржені в установленому порядку учасниками кримінального провадження в тій частині, у якій процесуальні дії, що проводяться, та прийняті процесуальні рішення зачіпають їх інтереси.

Про достатньо масштабну та плідну роботу слідчих суддів та апеляційних судів щодо розгляду скарг свідчить судова статистика. Так, за час дії КПК України станом на 01 січня 2014 року на розгляд слідчих суддів місцевих загальних та апеляційних судів областей, міст Києва та Севастополя, Апеляційного суду Автономної Республіки Крим (апеляційні суди) надійшло 616,4 тис. клопотань та скарг, які розглядалися слідчими суддями під час досудового розслідування [7]. Як бачимо, з урахуванням кількості поданих скарг питання, що стосуються захисту та відновлення конституційних прав учасників кримінального провадження, у тому числі і права на повагу до приватного життя, мають важливе значення в кримінальному провадженні.

Оскільки, як ми вже зазначали, саме рішення слідчого судді можуть суттєво впливати на втручання в приватне життя учасника кримінального провадження, спробуємо розглянути окремі елементи судового контролю, що здійснюється за цими рішеннями в апеляційному порядку.

Предметом такого судового контролю щодо оскарження обмеженого чи порушеного права на повагу до приватного життя та інших конституційних прав переважно є процесуальні рішення слідчого судді щодо застосування заходів забезпечення кримінального провадження.

При розгляді цього питання необхідно звернути увагу на:

1) осіб, які володіють правом на оскарження.

Суб'єктами оскарження є учасники кримінального провадження, захист прав та інтересів яких пов'язаний з ухваленим слідчим суддею рішенням. Ухвали слідчого судді, зазначені у ст. 309 КПК України, можуть оскаржити підозрюваний, його законний представник або захисник; неповнолітній, його законний представник або захисник щодо оскарження ухвал слідчого судді, передбачених п. п. 6 – 7 ч. 1 ст. 309 КПК України; цивільний позивач з метою забезпечення цивільного позову щодо оскарження ухвал слідчого судді, передбачених п. 9 ч. 1 ст. 309 КПК України, його представник або законний представник цивільного позивача, який є неповнолітнім; інші власники або володільці майна щодо оскарження ухвал слідчого судді, передбачених п. 9 ч. 1 ст. 309 КПК України, їх представники; прокурор; інші особи у випадках, передбачених КПК України.

Кожний з них мають право вимагати від вищестоящого суду відновлення обмежених чи порушених прав та законних інтересів;

2) форму та строк подання скарги.

Так, відповідно до ч. 1 ст. 396 КПК України апеляційна скарга подається в письмовій формі.

Щодо строків подання скарги, відповідно до ст. 395 КПК України апеляційна скарга, якщо інше не передбачено КПК України, може бути подана на ухвалу слідчого судді – протягом п'яти днів з дня її оголошення;

3) зміст скарги;

4) мету подання скарги.

На нашу думку, метою скарги у вищезазначених випадках є відновлення обмеженого чи порушеного права. Якщо при цьому передбачених законодавством прав не порушено, немає підстав звертатися зі скаргою на їх відновлення. Тобто мета скарги полягає в державно-владній реакції на факт винесення слідчим суддею незаконного та необґрунтованого рішення і приведення в дію юридичної санкції.

На ухвали слідчого судді апеляційна скарга подається безпосередньо до суду апеляційної інстанції. Це встановлено з урахуванням необхідності термінового вирішення відповідного питання.

Оскільки відповідно до ст. 310 КПК України оскарження ухвал слідчого судді здійснюється в апеляційному порядку, перегляд матеріалів кримінального провадження відбувається по суті в межах апеляційної скарги.

Кримінальне процесуальне законодавство передбачає певний порядок перевірки ухвал слідчого судді, який включає в себе здійснення судом низки розумових і практичних дій, а також прийняття рішень, необхідних для законного реагування на скаргу. Так, отримавши апеляційну скаргу на ухвалу слідчого судді, суддя-доповідач невідкладно витребовує із суду першої інстанції відповідні матеріали та не пізніше, як за день, повідомляє особу, яка її подала, прокурора та інших заінтересованих осіб про час, дату і місце апеляційного розгляду.

Перевірка законності та обґрунтованості оскарженого рішення слідчого судді має здійснюватися в максимально стислі строки. Апеляційна скарга на ухвалу слідчого судді розглядається не пізніше, як через три дні після її надходження до суду апеляційної інстанції (ст. 422 КПК України). Зазначеним строком охоплюється час вивчення змісту скарги та доданих документів, що стосуються матеріалів досудового розслідування, отримання та аналізу пояснень сторін, проведення інших перевірочних дій і підготовки відповіді.

На нашу думку, завданням апеляційного суду при розгляді скарги на рішення слідчого судді є:

– швидке виправлення судових помилок;

– виявлення порушень прав і законних інтересів учасників кримінального провадження, вжиття заходів до їх усунення і недопущення аналогічних порушень у майбутньому.

Судовий розгляд скарг на рішення слідчого судді має здійснюватися в змагальній формі з наданням сторонам рівних процесуальних можливостей щодо доведення своєї позиції, відстоювання та захисту законних інтересів, особистої участі в судовому засіданні тощо. Як слушно зазначила О. Шило, учасники судового розгляду скарги повинні мати доступ до матеріалів, які надаються до суду, безпосередньо брати участь у їх дослідженні, надавати пояснення суду, користуватися правовою допомогою незалежно від процесуального статусу в основному провадженні з розслідування злочину [2, с. 171].

Процедура розгляду скарги в судовому засіданні досить чітко регламентована в кримінальному процесуальному законодавстві: суддя оголошує суть скарги, склад суду, роз'яснює права та обов'язки особам, які з'явилися. Скаржник чи його представник обґрунтовують скаргу, аргументують викладені в ній доводи, підтверджують їх документально, крім того, мають достатньо обґрунтувати суть обмеження чи порушення його прав та законних інтересів. Після цього заслуховуються інші особи, які з'явилися в судове засідання.

З метою належної перевірки законності та обґрунтованості оскаржуваних рішень суд має право вимагати від сторін, а також інших зацікавлених осіб надання необхідних для винесення рішення за скаргою відомостей або матеріалів.

Апеляційний суд не повинен формально ставитися до розгляду ухвал слідчого судді, адже вони суттєво впливають на стосунки в сім'ї, на особисте життя підозрюваного, стосунки із сусідами, родичами та іншими. Б. Грузд, Л. Сайкін та Н. О. Колоколов слушно зазначили, що перетворення процедури судового оскарження арешту на формальність, за якого судовий контроль полягає в перевірці наявності необхідних підписів і печаток, а також у правильності написання прізвища заарештованого, неприпустиме; у будь-якому випадку формальний судовий контроль неефективний [8, с. 43-44; 9, с. 30-33].

На нашу думку, розглядаючи скаргу, суд повинен установити наявність порушення права на повагу до приватного життя особи, питання щодо можливого його відновлення, законність та обґрунтованість рішення слідчого судді. Якщо розглядається скарга на ухвалу слідчого судді щодо застосування запобіжних заходів, має бути перевірена мета і підстави застосування запобіжного за-

ходу, обставини, що були враховані при обранні запобіжного заходу, наприклад, міцність соціальних зв'язків підозрюваного в місті його постійного проживання, наявність у нього родичів тощо.

Вважаємо, що з метою захисту приватних інтересів та недопущення їх розголошення суд може прийняти рішення про розгляд скарги в закритому судовому засіданні у випадках, передбачених ч. ч. 2 – 3 ст. 27 КПК України (наприклад, необхідність запобігти розголошенню відомостей про особисте та сімейне життя чи обставин, які принижують гідність особи). Отже, не можна погодитися з твердженням О.В. Кондратьєва про те, що аналіз чинного кримінального процесуального законодавства й судової практики щодо розгляду скарг дає підстави дійти однозначного висновку, щодо слухання судами таких скарг, як правило, у відкритому судовому засіданні [5].

Характеризуючи законність та обґрунтованість рішень, які приймаються апеляційним судом при розгляді скарг на рішення слідчого судді, варто визначити чинники, які впливають на прийняття рішень і мають бути викладені в ухвалі. До них варто віднести ступінь обмеженості рішенням слідчого судді конституційних прав учасника кримінального провадження (чим значніші такі обмеження, тим вище має бути рівень обґрунтованості рішення), процесуальний стан учасника кримінального провадження, стосовно якого прийнято рішення, а також вимоги законодавства України щодо оформлення рішення, яке оскаржується.

За результатами апеляційного розгляду за скаргою на ухвали слідчого судді суд апеляційної інстанції має право:

1) залишити ухвалу без змін;

2) скасувати ухвалу і постановити нову ухвалу.

Висновки. У підсумку зазначимо, що законодавець намагався відпрацювати такий порядок оскарження до суду дій, бездіяльності і рішень органів, наділених владними повноваженнями, який би максимально забезпечував захист прав людини на досудовому розслідуванні. Проте в цьому напрямі достатньо ще прогалин, які необхідно прискіпливо опрацювати з урахуванням практичних аспектів захисту права на повагу до приватного життя.

Список літератури

1. Кашепов В. П. Институт судебной защиты прав и свобод граждан и средства её реализации / В. П. Кашепов // Государство и право. – 1998. – № 2. – С. 66-67.
2. Шило О. До питання реалізації конституційного права людини і громадянина на судовий захист у порядку судово-контрольного провадження в досудових стадіях кримінального процесу / О. Шило // Вісник Академії правових наук України. – 2011. – № 1. – С. 164-172.
3. Чорнобук В. І. Законність та обґрунтованість процесуальних рішень судді в порядку судового контролю у досудових стадіях кримінального процесу : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 «кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність» / Чорнобук Валерій Іванович. – Одеса, 2007. – 211 с.
4. Кримінальний процесуальний кодекс України : науково-практичний коментар : у 2 т. Т. 1 / О. М. Бандурка, Є. М. Блажівський, Є. П. Бурдоль та ін. ; за заг. ред. В. Я. Тація, В. П. Пшонки, А. В. Портнова. – Х. : Право, 2012. – 768 с.
5. Кондратьєв О. В. Організаційно-правові проблеми судового контролю : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.10 «судоустрій; прокуратура та адвокатура» [Електронний ресурс] / Кондратьєв Олександр Васильович. – Х., 2005. – 19 с. – Режим доступу : http: //www.nbuv.gov,ua/ard/2006/05kovpsk.zip
6. Гловюк І. В. Судова діяльність у досудових стадіях кримінального процесу: теорія і практика : [монографія] / І. В. Гловюк. – Одеса : «Фенікс», 2010. – 232 с.
7. Огляд даних судової статистики щодо застосування окремих норм Кримінального процесуального кодексу України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://sc.gov.ua/ua/sudova_statistika.html. – Назва з екрану.
8. Грузд Б. Законность и обоснованность ареста / Б. Грузд, Л. Сайкин // Российская юстиция. – 1999. – № 12. – С. 43-45.
9. Колоколов Н. А. Некоторые проблемы эффективности судебного контроля за законностью и обоснованностью арестов / Н. А. Колоколов // Юрист. – 1999. – № 3. – С. 30-33.

Стаття надійшла 09.12.2014 р.

В.В. Назаров, докт. юрид. наук, профессор
Национальный университет ГНС Украины
ул. Карла Маркса, 31, г. Ирпень, 08201, Украина

Р.И. Тракало, старший прокурор
Бориспольская межрайонная прокуратура Киевской области
ул. Советская, 21, г. Борисполь, 08300, Украина

СУДЕБНЫЙ КОНТРОЛЬ ЗА СОБЛЮДЕНИЕМ ПРАВА НА УВАЖЕНИЕ ЧАСТНОЙ ЖИЗНИ ПРИ ОБЖАЛОВАНИИ РЕШЕНИЙ, ДЕЙСТВИЙ ИЛИ БЕЗДЕЯТЕЛЬНОСТИ ВО ВРЕМЯ ДОСУДЕБНОГО РАССЛЕДОВАНИЯ

Резюме

В статье обобщены нормы Уголовного процессуального кодекса Украины относительно процессуального порядка обжалования решений, действий или бездеятельности во время досудебного расследования, порядка осуществления судебного контроля на досудебном расследовании за соблюдением права на уважение частной жизни, рассмотрены проблемные аспекты такой деятельности.

Ключевые слова: уголовное производство, судебный контроль, обжалование, следственный судья, органы досудебного расследования.

V.V. Nazarov, Doctor of Juridical Sciences, Associate Professor
National State Tax Service University of Ukraine
31, K. Marx st., Irpin, 08201, Ukraine

R.I. Trakalo, Senior prosecutor
Boryspil district prosecutor's office of the Kiev region
21, st. Soviet, Boryspil, 08300, Ukraine

JUDICIAL ENFORCEMENT OF RESPECT FOR PRIVACY AT THE APPEAL DECISION, ACTION OR OMISSIONS DURING THE PRELIMINARY INVESTIGATION

Summary

The article summarized the Criminal Procedural Code of Ukraine regarding procedural order appeal against decisions, actions or inaction during the preliminary investigation, the procedure for judicial review of the pre-trial investigation of compliance with the right to respect for private life, problematic aspects of such activities.

Key words: criminal proceedings, judicial review, appeal, the investigating judge, pretrial investigation.

УДК 343.228

***Б. М. Орловський*,** канд. юрид. наук
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова
кафедра адміністративного та господарського права
Французький бульвар 24/26, Одеса, 65058, Україна

СПОСОБИ ЗДІЙСНЕННЯ СЛУЖБОВИХ ВЛАДНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ ЯК ОБСТАВИНИ, ЩО ВИКЛЮЧАЄ ЗЛОЧИННІСТЬ ДІЯННЯ

Стаття присвячена дослідженню структури та особливостей способів здійснення службових владних повноважень як самостійного правомірного вчинку, що виключає злочинність діяння, який відрізняється від необхідної оборони.

Ключові слова: способи здійснення службових владних повноважень, необхідна оборона, правопорушник, працівник правоохоронного органу.

Постановка проблеми. Розбудова в Україні правової держави, яка зможе реально гарантувати верховенство права у кожній сфері суспільних відносин, передбачає необхідність забезпечення неухильного дотримання законності в діяльності її правоохоронних органів, в тому числі пов'язаної із запобіганням, припиненням та захистом від суспільно небезпечних посягань. Здійснення працівниками правоохоронних органів, військовослужбовцями таких службових владних повноважень є самостійним правомірним вчинком, що виключає злочинність діяння, який відрізняється від необхідної оборони. Тому питання дослідження і визначення способів здійснення цього правомірного вчинку, їх структури та особливостей у порівнянні із способами здійснення необхідної оборони, є важливими в теоретичному сенсі для науки кримінального права України, оскільки вони визначають доцільність характеристики конструкції такого правомірного вчинку як можливої самостійної обставини, що виключатиме злочинність діяння.

Актуальність теми дослідження обумовлена спірними позиціями різних груп вчених щодо кримінально-правової природи запобігання, припинення та захисту працівниками правоохоронних органів, військовослужбовцями від суспільно небезпечних посягань, за якими такі дії можуть характеризуватися і як необхідна оборона і як виконання службових обов'язків (іншими словами можна назвати здійсненням службових владних повноважень). Тому визначення способів здійснення службових владних повноважень, їх структури та особливостей у порівнянні із способами здійснення необхідної оборони, слугуватиме належною теоретичною базою для характеристики доцільності виокремлення такого правомірного вчинку у якості самостійної обставини, що виключатиме злочинність діяння.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідженням деяких аспектів кримінально-правової природи захисту працівників правоохоронних органів від суспільно небезпечних посягань займалися такі вчені як Ю. В. Баулін, Н. Д. Дурманов, В. Н. Козак, Н. Н. Паше-Озерський, І. С. Тишкевич, І. В. Ткаченко, Т. Г. Шавгулідзе, М. І. Якубович, Л. М. Гусар та інші. В той же час характеристика такого захисту у якості правомірного суспільно корисного вчинку (обставини), що виключає злочинність діяння із комплексним дослідженням способів його здійснення, їх особливостей у порівнянні із необхідною обороною, в науці кримінального права України допоки не здійснювалась.

Метою статті є: визначення кримінально-правової природи процесу запобігання, припинення та захисту працівниками правоохоронних органів, військовослужбовцями від суспільно небезпечних посягань у якості самостійного правомірного суспільно корисного вчинку (обставини), що виключає злочинність діяння, відмінної від необхідної оборони; дослідження та визначення способів здійснення службових владних повноважень, їх структури та особливостей у порівнянні із способами необхідної оборони.

Виклад основного матеріалу. Стаття 36 Кримінального кодексу України (далі – КК України) характеризує право особи на необхідну оборону від суспільно небезпечних посягань. Відповідно до ч. 1 цієї статті необхідною обороною визнаються дії, вчинені з метою захисту охоронюваних законом прав та інтересів особи, яка захищається або іншої особи, а також суспільних інтересів та інтересів держави від суспільно небезпечного посягання шляхом заподіяння тому, хто посягає, шкоди, необхідної і достатньої в даній обстановці для негайного відвернення чи припинення посягання [1, с. 19]. Таким чином при захисті від суспільно небезпечних пося-

© Б. М. Орловський, 2014

ганя особа має право заподіювати шкоду тому, хто посягає, що вважається правомірним суспільно корисним (соціально допустимим) вчинком, а не злочином. В той же час існує питання щодо кримінально-правової природи реалізації права на захист від суспільно небезпечного посягання такими специфічними категоріями осіб як працівники правоохоронних органів, військовослужбовці, які в процесі своєї службової діяльності можуть заподіювати шкоду правопорушнику (злочинцю) шляхом застосування заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї. Автором розглядалися існуючі у науці кримінального права України точки зору щодо цього питання: а) за першою з яких (Н. Д. Дурманов, Ю. В. Баулін, В. Н. Козак, Н. Н. Паше-Озерський) вищевказані дії спеціально уповноважених осіб правоохоронних органів держави розглядалися як виконання службових обов'язків чи виконання службового боргу, виходячи з чого правом на необхідну оборону могла володіти лише приватна особа [2, с. 241; 3, с. 47; 4, с. 131-132]; б) за другою з яких (Л. М. Гусар, І. С. Тишкевич, І. В. Ткаченко, М. І. Якубович) такі дії розглядалися як акт необхідної оборони, яка для спеціально уповноважених осіб держави може бути певним юридичним обов'язком, що передбачає дещо обмежене право на застосування сили [5, с. 93; 6, с. 172; 7, с. 48-49].

Автором зазначалося, що дії працівників правоохоронних органів, військовослужбовців, пов'язані із запобіганням, припиненням та захистом від суспільно небезпечних посягань є самостійним правомірним вчинком, що виключає злочинність діяння, визначалася його назва як «здійснення службових владних повноважень» та пропонувалася його можлива законодавча конструкція у ст. 36[1] розділу VIII КК України наступним чином: «Не є протиправним і не тягне за собою відповідальності вимушене заподіяння шкоди правопорушнику шляхом застосування заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї спеціально уповноваженою особою держави, яка здійснює свої службові владні повноваження, якщо вона запобігає, припиняє або захищається від здійснюваного правопорушником суспільно небезпечного посягання й не порушує норм спеціального закону, що регулює її діяльність» [8, с. 166-168].

Відповідно до цього доцільно розглянути та проаналізувати способи здійснення службових владних повноважень, які зможуть охарактеризувати цей правомірний суспільно корисний вчинок як самостійну обставину, що виключає злочинність діяння, яка відрізняється від необхідної оборони. Способи здійснення службових владних повноважень можна визначити як засоби і можливості заподіяння шкоди правопорушнику, які має право застосовувати спеціально уповноважена особа у встановлених спеціальним законом випадках. Проаналізувавши адміністративні закони, що регулюють діяльність спеціально уповноважених осіб держави, ми можемо виділити наступні способи вчинення дій, пов'язаних із заподіянням шкоди правопорушнику при здійсненні службових владних повноважень: 1) застосування заходів фізичного впливу; 2) застосування спеціальних засобів; 3) застосування вогнепальної зброї.

Першим способом вчинення дій, пов'язаних із заподіянням шкоди правопорушнику при здійсненні службових владних повноважень є застосування заходів фізичного впливу. Відповідно до ст. 13 Закону України «Про міліцію», ст. 582 Митного кодексу України спеціально уповноважені особи держави мають право застосовувати заходи фізичного впливу (удари, побої, заломи кінцівок), в тому числі прийоми рукопашного бою, для припинення правопорушень, подолання опору чи протидії законним вимогам, яка здійснюється із застосуванням сили щодо спеціально уповноважених осіб або інших осіб, припинення інших протиправних дій, що перешкоджають виконанню службових обов'язків, якщо інші ненасильницькі засоби впливу були застосовані та не забезпечили виконання покладених на спеціально уповноважену особу службових обов'язків [9, с. 16; 10, с. 206]. За таким формулюванням ми бачимо, що з кримінально-правової точки зору закон рекомендує спеціально уповноваженій особі держави розпочинати застосовувати заходи фізичного впливу для припинення посягань з незначним ступенем суспільної небезпеки, а саме в першу чергу для припинення правопорушень (наприклад, дрібного хуліганства), якщо інші ненасильницькі психологічні засоби впливу на правопорушника (наприклад, усна вимога припинити дії), не забезпечили належне здійснення службових владних повноважень. Цього немає у нормах про необхідну оборону, передбачених ст. 36 КК України, де підстави для застосування приватною особою фізичної сили (заходів фізичного впливу) окремо не виділяються.

Другим способом здійснення службових владних повноважень є застосування спеціальних засобів, до яких відносяться наручники, гумові кийки, сльозоточиві речовини тощо. Згідно із ст. 14 Закону України «Про міліцію», ст. 583 Митного кодексу України застосування спеціальних засобів може здійснюватися у випадках: 1) для самозахисту спеціально уповноважених осіб держави і захисту громадян від нападу та інших дій, що створюють загрозу їх життю або здоров'ю; 2) для відбиття нападу на будівлі, приміщення, споруди і транспортні засоби, неза-

лежно від їх належності, або їх звільнення у разі захоплення; 3) для затримання і доставки до правоохоронного органу або іншого службового приміщення осіб, які вчинили правопорушення, а також для конвоювання і тримання осіб, затриманих і підданих арешту, взятих під варту, якщо зазначені вище особи чинять опір спеціально уповноваженій особі держави або якщо є підстави вважати, що вони можуть вчинити втечу, опір чи завдати шкоди оточуючим або собі; 4) для припинення опору (в першу чергу фізичного) спеціально уповноваженій особі держави та іншим особам, які виконують службові або громадські обов'язки по охороні громадського порядку і боротьбі із злочинністю; 5) для зупинення транспортного засобу, водій якого не виконав вимогу спеціально уповноваженої особи держави про зупинку; тощо [9, с. 17; 10, с. 207]. Аналізуючи перелік цих випадків можна усереднено зробити висновок про законодавчу рекомендацію застосування спеціальних засобів до правопорушника у випадку вчинення ним суспільно небезпечних посягань із середнім ступенем суспільної небезпеки (злочинів невеликої або середньої тяжкості), а також у випадку здійснення правопорушником опору (в першу чергу фізичного) діям спеціально уповноваженої особи держави по виконанню покладених на неї службових обов'язків чи нападу (в першу чергу фізичного) правопорушника на спеціально уповноважених осіб. Такі дії правопорушника, пов'язані із фізичним опором або нападом на спеціально уповноважену особу держави тощо, утворюють відповідні склади злочинів проти авторитету органів державної влади, передбачені КК України, зокрема, наприклад: вчинення нападу та заподіяння різної тяжкості тілесних ушкоджень спеціально уповноваженій особі держави утворює склад злочину, передбачений ст. 345 КК України; опір спеціально уповноваженій особі держави утворює склад злочину, передбачений ст. 342 КК України. Таким чином можемо визначити, що, на відміну від кримінально-правових норм про необхідну оборону, в яких застосування спеціальних засобів приватною особою не описано, використання спеціально уповноваженою особою держави спеціальних засобів з кримінально-правової точки зору можливо лише у випадку активних дій правопорушника, які є суспільно небезпечним посяганням або переростають із правопорушення у суспільно небезпечне посягання (злочин) щодо спеціально уповноваженої особи або інших людей.

Третім способом здійснення службових владних повноважень є застосування вогнепальної зброї. Відповідно до ст.ст. 15, 15[1] Закону України «Про міліцію», ст. 584 Митного кодексу України, ч. 10 ст. 18 Закону України «Про попереднє ув'язнення» застосування вогнепальної зброї є крайнім заходом і можливо у таких випадках: 1) для захисту громадян від нападу (в першу чергу групового чи збройного), що безпосередньо загрожує їх життю і здоров'ю, а також для звільнення заручників; 2) для відбиття нападу (в першу чергу групового чи збройного) на спеціально уповноважену особу держави або членів його сім'ї, якщо їх життю або здоров'ю загрожує безпосередня небезпека; 3) для відбиття нападу (в першу чергу групового чи збройного) на охоронювані об'єкти, конвої, жилі приміщення громадян, приміщення державних і громадських підприємств, установ і організацій, а також звільнення їх у разі захоплення; 4) для затримання особи, яку застали при вчиненні тяжкого злочину і яка намагається втекти; 5) для затримання особи, яка чинить збройний опір, намагається втекти з-під варти, а також озброєної особи, яка погрожує застосуванням зброї та інших предметів, що загрожують життю і здоров'ю спеціально уповноваженої особи держави; тощо [9, с. 17-18; 10, с. 207]. Аналізуючи перелік цих випадків можна усереднено зробити висновок, що застосування спеціально уповноваженою особою держави вогнепальної зброї може здійснюватися практично у тих же випадках, що і застосування спеціальних засобів, однак з певними відмінностями. Такі відмінності полягають у тому, що підставами для застосування вогнепальної зброї є в більшій мірі збройний чи груповий напад або збройний чи груповий опір правопорушника(ів), а також вчинення ним (ними) інших дій, що становлять безпосередню загрозу життю та здоров'ю спеціально уповноваженої особи або інших людей. Тобто використання термінів «збройний», «груповий» по відношенню до нападу (опору) правопорушника та терміну «безпосередня загроза» по відношенню до життя і здоров'я спеціально уповноваженої особи або інших людей свідчить про підвищену суспільну небезпеку посягання правопорушника(ів), яке на практиці перетворюється у тяжкі або особливо тяжкі злочини, при яких можливо застосовувати вогнепальну зброю.

Отже загалом розглянувши способи здійснення службових владних повноважень можемо зазначити, що чітко окреслених меж між ними немає та й не може бути і вони переплітаються між собою за випадками застосування. В той же час за порядком і особливостями їх викладення у спеціальних законах, вони широко регламентовані на відміну від способів необхідної оборони і містять індивідуальні усереднені закономірності для застосування: по-перше закон рекомендує спеціально уповноваженій особі держави застосовувати такі способи вчинення дій, пов'язаних із

заподіянням шкоди правопорушнику поступово, розпочинаючи із використання заходів фізичного впливу і закінчуючи застосуванням вогнепальної зброї як крайнім заходом; по-друге закон усереднено встановлює для спеціально уповноваженої особи держави ті форми протидії правопорушника, при яких такі способи вчинення дій, пов'язаних із заподіянням шкоди, обґрунтовано можуть застосовуватись, а саме: а) застосування заходів фізичного впливу усереднено може використовуватись при протидії правопорушника, яка здійснюється із застосуванням сили до спеціально уповноваженої особи чи інших людей або при вчиненні ним правопорушення; б) застосування спеціальних засобів усереднено може використовуватись при фізичному опорі або нападі правопорушника на спеціально уповноважену особу чи інших людей або при вчиненні ним злочинів невеликої чи середньої тяжкості; в) застосування вогнепальної зброї усереднено може використовуватись при груповому чи збройному опорі або нападі правопорушника(ів) на спеціально уповноважену особу чи інших людей або при вчиненні ним (ними) тяжких чи особливо тяжких злочинів.

Висновки. Таким чином, узагальнюючи вищевикладені міркування та дослідження, автор приходить до висновку, що здійснення службових владних повноважень може виступати самостійним правомірним вчинком, що виключає злочинність діяння, який відрізняється від необхідної оборони і за індивідуальними характерними способами здійснення. Такі способи здійснення забезпечують переплітання між собою кримінальних та адміністративно-правових норм у зв'язку із специфікою правового статусу суб'єкта здійснення службових владних повноважень (працівник міліції, військовослужбовець тощо), що є відсутнім при необхідній обороні. Способи здійснення службових владних повноважень та необхідної оборони різняться між собою не лише за послідовною процедурою випадків застосування того чи іншого заходу впливу, а і за законодавчими можливостями особи щодо застосування таких заходів (а саме певних видів спеціальних засобів та вогнепальної зброї). Тому закріплення у ст. 36^1 КК України здійснення службових владних повноважень як обставини, що виключатиме злочинність діяння буде прогресивним кроком вперед у напрямку систематизації кримінально-правового регулювання захисту спеціально уповноважених осіб держави від суспільно небезпечних посягань.

Список літератури

1. Кримінальний кодекс України (із змінами і доповненнями станом на 25 лютого 2013 року) / Укл. проф. В. І. Тютюгін. – Х. : ТОВ «Одисей», 2013. – 234 с.
2. Баулин Ю. В. Обстоятельства, исключающие преступность деяния : монография / Юрий Васильевич Баулин. – Х. : Основа, 1991. – 360 с.
3. Паше-Озерский Н. Н. Необходимая оборона и крайняя необходимость по советскому уголовному праву / Николай Николаевич Паше-Озерский. – М. : Госюриздат, 1962. – 181 с.
4. Козак В. Н., Ной И. С. Право граждан на необходимую оборону / В. Н. Козак, И. С. Ной. – Саратов : Изд-во СГУ, 1972. – 160 с.
5. Гусар Л. В. Застосування необхідної оборони працівниками міліції / Л. В. Гусар // Вісник Прокуратури. – 2006. – № 10. – С. 90-94.
6. Тишкевич И. С. Условия и пределы необходимой обороны / Иван Станиславович Тишкевич. – М. : Юридическая литература, 1969. – 192 с.
7. Ткаченко В. И. Законодательство о применении оружия / В. И. Ткаченко // Гарантии прав личности и проблемы применения уголовного и уголовно-процессуального законодательства. Ярославль : ЯрГУ, 1989. – С. 45-51.
8. Орловський Б. М. Поняття та місцезнаходження здійснення службових владних повноважень як обставини, що виключає злочинність діяння / Б. М. Орловський // National law journal: theory and practice. – 2014. – № 5. – С. 164-170.
9. Закон України «Про міліцію» станом на 25 квітня 2002 р.: офіційне видання. – К. : Парламентське видавництво, 2002. – 27 с.
10. Митний кодекс України (із змінами та доповненнями станом на 14 січня 2014 року). – К.: Центр учбової літератури, 2014. – 292 с.

Стаття надійшла 16.12.2014 р.

Б. М. Орловский, канд. юрид. наук
Одесский национальный университет им. И. И. Мечникова
кафедра административного и хозяйственного права
Французский бульвар 24/26, Одесса, 65058, Украина

СПОСОБЫ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ СЛУЖЕБНЫХ ВЛАСТНЫХ ПОЛНОМОЧИЙ КАК САМОСТОЯТЕЛЬНОГО ОБСТОЯТЕЛЬСТВА, ИСКЛЮЧАЮЩЕГО ПРЕСТУПНОСТЬ ДЕЯНИЯ

Резюме
Статья посвящена исследованию структуры и особенностей способов осуществления служебных властных полномочий как самостоятельного правомерного поступка, исключающего преступность деяния, который отличается от необходимой обороны.

Ключевые слова: способы осуществления служебных властных полномочий, необходимая оборона, правонарушитель, сотрудник правоохранительного органа.

B. M. Orlovskiy**,** Candidate of Juridical Sciences
Odesa National I.I. Mechnikov University
the Department of Administrative and Economic law
24/26, Frantsuzskiy Boulevard, Odessa, 65058, Ukraine

THE METHODS OF THE IMPLEMENTATION OF THE OFFICIAL OVERBEARING POWERS AS THE SELF-DEPENDENT CIRCUMSTANCE, PRECLUDING CRIMINALITY OF ACT

Summary
The article investigates the structure and peculiarities of the methods of the implementation of the official powers as the self-dependent circumstance, precluding criminality of act, which differs from the necessary defense.

Key words: the methods of the implementation of the oficial powers, the necessary defense, the offender, a law enforcement officer.

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО, МОРСЬКЕ ПРАВО

УДК 341.231.14

***М.В. Голікова*,** канд. юрид. наук, доцент, декан
Одеська національна морська академія
кафедра морського права
вул. Дідріхсона, 8, Одеса, 65029, Україна

РОЛЬ ТА ФУНКЦІЇ ДЕРЖАВНИХ ОРГАНІВ УКРАЇНИ ЩОДО ЗАХИСТУ ПРАВ МОРЯКІВ

У статті розглянуто проблему забезпечення соціальних та трудових прав моряків. Моряки як категорія працівників, що мають специфічну трудову функцію повинні бути забезпечені високим рівнем соціального забезпечення. На жаль, Україна на сьогоднішній день не застосовує низку документів щодо захисту прав моряків. Крім того, у статті виділено ряд положень, які передбачають подальше вирішення зазначеної проблеми, а також розвиток та вдосконалення українського законодавства та функцій державних органів України щодо вирішення проблеми забезпечення захисту соціальних та трудових прав моряків – громадян України. Наведені в статті висновки ґрунтуються на вивченні міжнародно-правових актів, а також на національній та міжнародній практиці.

Ключові слова: соціальні та трудові права моряків, нормативно-правове регулювання, державні органи влади, «зручний» прапор, Конвенція Міжнародної організації праці про працю в морському судноплавстві 2006 р.

Постановка проблеми. Морське судноплавство є істинно всесвітньою індустрією, однією з найбільш капіталомістких і небезпечних видів людської комерційної діяльності, а основною ключовою фігурою у світовому судноплавстві є моряк. Сьогодні є всі підстави вважати, що стійку тенденцію набрало використання трудових ресурсів нашої держави в інших державах, особливо це стосується моряків. З огляду на те, що велика кількість моряків, громадян України вступає у правовідносини із суб'єктами торговельного мореплавства інших держав, необхідно відзначити, що проблема захисту як трудових, так і соціальних прав моряків є актуальною на сьогодні.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Аналіз законодавчого забезпечення функцій державних органів щодо охорони та захисту прав моряків досліджувалось у працях Д. Бекяшева, В. Бабіна, С. Волошиної, Г. Іванова, Є. Клюєвої, А. Кокіна, Л. Позолотіна, О. Попова, Ю. Сергєєва, Д. Тішко, В. Торського, О. Шемякіна та ін. Але не дивлячись на велику кількість праць науковців щодо вивчення даної проблеми, все одно питання ув'язування відповідних законодавчих актів із теорію та практикою щодо вирішення поставленої проблеми залишається невизначеним.

Мета статті. Основною метою статті є визначення основних напрямів політики України щодо забезпечення прав моряків – громадян України.

Виклад основного матеріалу. У ст. 3 Конституції України проголошено, що «людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю [1, ст. 3]. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави». Відповідно до міжнародних стандартів в Україні сформовано систему органів державної влади, які покликані вирішувати питання забезпечення конституційних прав моряків, а також сприяти запобіганню таким негативним явищам, як потрапляння у піратський полон. Таку систему передусім становлять провідні центральні органи виконавчої влади, до функцій яких віднесені ці питання: Міністерство інфраструктури України, Міністерство закордонних справ України, Міністерство соціальної політики України, а також Служба зовнішньої розвідки України.

Міністерство інфраструктури України, яке відповідно до Положення, затвердженого Указом Президента України від 12 травня 2011 р. № 581/2011, є головним органом у системі центральних органів виконавчої влади у формуванні та забезпеченні реалізації державної політики у сферах морського та річкового транспорту: здійснює загальне керівництво та контроль за проведенням державної реєстрації суден (крім риболовних); установлює мінімальний склад екіпажу судна (крім риболовних), за якого допускається вихід судна в море та внутрішні водні шляхи; покладає обов'язки на визнану організацію у сфері охорони суден та портових засобів на морі;

© М.В. Голікова, 2014

затверджує статут служби на морських суднах, а також нормативно-правові акти, які визначають опис бланків документів моряків, інструкції про порядок їх видачі, зберігання і знищення, положення про ведення єдиного державного реєстру документів моряків, порядок підтвердження кваліфікації й дипломування та видачі кваліфікаційних документів особам командного складу суден; зразки бланків типових реєстраційних суднових документів і зразки документів, що підтверджують проходження судном технічного нагляду; перелік морських торговельних портів, які здійснюють проведення державної реєстрації суден; положення про підготовку та надання інформації щодо вантажу для його безпечного морського перевезення; положення про систему управління безпекою судноплавства на морському та річковому транспорті; порядок присвоєння ідентифікаційного номера Міжнародної морської організації суднам, які мають право плавання під Державним Прапором України; правила безпеки та охорони праці на судні і правила контролю суден з метою забезпечення безпеки мореплавства; правила перевезення вантажів, пасажирів, пошти і багажу морським та річковим транспортом; форми списку осіб суднового екіпажу (суднова роль), списку пасажирів, суднового радіо- і машинного журналу та правила їх ведення, журналу обліку суден, які плавають під Державним Прапором України, санітарного журналу і правила його ведення на суднах; положення про систему морської безпеки і про систему подачі сигналів від суднових систем тривожного оповіщення; положення про Національний центр дальньої ідентифікації та контролю за місцезнаходженням суден і його функціонування з використанням існуючої системи приймання сигналів суднових систем тривожного сповіщення; положення про класифікацію, порядок розслідування і облік аварійних морських подій із суднами; порядок розслідування морських аварійних подій; національний план пошуку і рятування в морському пошуково-рятувальному районі України тощо [2, ст. 1513].

У Міністерстві інфраструктури України провідним підрозділом з питань морського транспорту є Департамент державної політики в галузі морського та річкового транспорту, який займається стратегією, розвитком морського та річкового транспорту та інфраструктури, формуванням тарифної та цінової політики на водному транспорті, координуванням перевезень морським та річковим транспортом.

Вирішення поточних питань у галузі морського та річкового транспорту здійснює Державна інспекція України з безпеки на морському та річковому транспорті, головними структурними підрозділами якої є: Департамент державного нагляду та контролю за безпекою на морському та річковому транспорті, Управління надання права плавання під державним прапором та видачі суднових документів, Управління дозвільно-ліцензійних функцій, Управління правового забезпечення, Відділ міжнародного співробітництва та роботи з міжнародними організаціями, Сектор інформаційно-технічного забезпечення, реєстрації (баз) даних.

Міністерство закордонних справ України відповідно до Положення, затвердженого Указом Президента України від 6 квітня 2011 р. № 381/2011, є головним органом у системі центральних органів виконавчої влади у формуванні та забезпеченні реалізації державної політики у сфері зовнішніх зносин України. На виконання покладених на нього завдань МЗС України: забезпечує реалізацію на території України та за кордоном консульської роботи; вживає заходів з метою захисту інтересів фізичних та юридичних осіб України за кордоном; забезпечує громадянам України можливість користуватися в повному обсязі правами, наданими їм законодавством держави перебування та міжнародним правом; вживає через закордонні дипломатичні установи України заходів для поновлення порушених прав юридичних осіб та громадян України; бере участь у формуванні та реалізації державної політики з візових і міграційних питань; вживає заходів з метою забезпечення консульського обслуговування за кордоном морських і повітряних суден України відповідно до законодавства України та міжнародного права [3, ст. 1220].

Департамент консульської служби є структурним підрозділом МЗС, який здійснює діяльність щодо забезпечення конституційних прав громадян та юридичних осіб України за межами нашої держави; веде роботу по виконанню консульських функцій відповідно до чинного законодавства України, міжнародно-правових актів, а також контролює їх реалізацію. Загалом за межами нашої країни функціонує 118 консульських установ України. У випадках захоплення піратами українських чи іноземних суден, у складі екіпажів яких є громадяни України, Департамент консульської служби МЗС України (ДКС МЗС) вживає заходів для якнайшвидшого отримання детальної інформації щодо захопленого судна та його екіпажу, судновласника та крюїнгової компанії. З цією метою Департамент дає відповідні доручення Посольству України у Великій Британії, де розташовані штаб-квартира Міжнародної морської організації та командування військово-морськими силами, задіяними в операції «Аталанта», Посольству України у Кенії – найближчої до зони піратських нападів країни, Постійним представництвам України при ООН та інших міжнародних організаціях, а також дипломатичні установи України у державі

судновласника. Після уточнення необхідних даних черговий Департаменту готує оперативну інформацію для керівництва країни, відповідних міністерств та інших органів.

Через крюїнгову компанію встановлюється і підтримується постійний зв'язок з рідними українських моряків та забезпечується обмін наявною інформацією про перебіг подій. МЗС створює оперативну робочу групу і забезпечує координацію дій усіх відомств і установ, причетних до справи визволення наших полонених співвітчизників.

Після прибуття захопленого судна до місця якірної стоянки Посольство України в країні судновласника здійснює постійний моніторинг розвитку ситуації довкола судна та ходу переговорів. Отримана інформація оперативно передається в МЗС для інформування вищезазначених органів державної влади та причетних міністерств і відомств, а також рідних полонених українських моряків. У разі досягнення судновласником домовленості щодо умов звільнення судна та екіпажу МЗС та закордонні дипломатичні установи України у взаємодії з іншими відомствами відстежують пересування звільненого судна до найближчого безпечного порту, забезпечують зустріч українських моряків у порту та надають їм, у разі необхідності, сприяння і допомогу. В усіх випадках організацію відправки та витрати на повернення членів екіпажу на Батьківщину бере на себе судновласник [7, с. 21].

Міністерство соціальної політики України відповідно до Положення, затвердженого Указом Президента України від 6 квітня 2011 р. № 389/2011, є головним органом у системі центральних органів виконавчої влади з формування та забезпечення реалізації державної політики у сферах зайнятості населення та трудової міграції, трудових відносин, соціального захисту населення. Міністерство здійснює: нормативно-правове регулювання у сферах зайнятості та трудової міграції; трудових відносин; оплати і умов праці; вивчає стан економічної активності населення і тенденції процесів на ринку праці, складає на цій основі прогнози щодо регулювання ринку праці та зайнятості населення; здійснює міжнародне співробітництво, бере участь у підготовці міжнародних договорів України, готує пропозиції щодо укладення, денонсації таких договорів, у межах своєї компетенції укладає міжнародні договори України, забезпечує виконання зобов'язань України за міжнародними договорами у сферах зайнятості населення та трудової міграції, соціального захисту населення, трудових відносин, розвитку соціального діалогу [12, с. 36].

Мінсоцполітики України під час виконання покладених на нього завдань взаємодіє з іншими органами державної влади, допоміжними органами і службами, утвореними Президентом України, з органами місцевого самоврядування, об'єднаннями громадян, відповідними органами іноземних держав і міжнародних організацій, а також підприємствами, установами, організаціями. Міністерством відповідно до повноважень створено Комісію з питань ліцензування посередництва у працевлаштуванні на роботу за кордон, до складу якої увійшли окремі представники громадських організацій [4, с. 1227].

Служба зовнішньої розвідки України є державним органом, який здійснює розвідувальну діяльність у політичній, економічній, військово-технічній, науково-технічній, інформаційній та екологічній сферах. На СЗР України покладаються, зокрема, такі завдання, як участь у боротьбі з міжнародною організованою злочинністю, тероризмом, незаконним обігом наркотичних засобів, незаконною торгівлею зброєю і технологією її виготовлення, незаконною міграцією; вжиття заходів протидії зовнішнім загрозам національній безпеці України, життю, здоров'ю її громадян та об'єктам державної власності за межами України.

Особливо слід виділити діяльність Уповноваженого з прав людини як конституційного контрольного органу дотримання та захисту прав моряків. Із самого початку запровадження інституції Уповноваженого з прав людини, контроль за дотриманням та захист прав моряків стали одним із важливих напрямів діяльності Омбудсмана України.

Протягом останніх чотирьох років 46 громадян України – членів екіпажів 8 суден загинули або зникли безвісти. Уповноваженому з прав людини довелося захищати права моряків загиблих суден та членів їхніх родин. 9 екіпажів суден потребували захисту своїх прав з боку Омбудсмана України у зв'язку з проблемами з правоохоронними органами інших країн. Уповноважений з прав людини, здійснюючи свої провадження, з метою захисту прав і свобод українських моряків, які за межами країни потрапили в біду, неодноразово зверталася до Президента України, Прем'єр-міністра України, МЗС, Мінсоцполітики, Мінінфраструктури, МНС України. За повідомленням Міністерства закордонних справ України, дипломатичні представництва та консульські установи України за кордоном використовують увесь інструментарій національного та міжнародного права з метою забезпечення прав і свобод громадян України, які перебувають за кордоном, зокрема членів екіпажів суден.

Дипломатичні установи України за кордоном активно співпрацюють з усесвітньо відомими правозахисними організаціями, зокрема, Нью-Йоркським центром із захисту прав моряків, який неодноразово надавав практичну допомогу у звільненні затриманих українських моряків.

Головні причини затримань або арештів суден державної чи приватної власності такі: недотримання положень морських конвенцій, правил безпеки мореплавства та управління судном, неналежне виконання морських вимог, борги державних і приватних установ, компаній, або судновласника, перевезення нелегальних мігрантів чи контрабандних вантажів та інша протиправна діяльність.

Значна кількість українських моряків працюють на морських суднах під іноземними, «зручними» прапорами, де не дотримуються мінімальних соціальних стандартів, моряки позбавлені основних прав людини, а в проблемних ситуаціях країна національності екіпажу здебільшого не може в повному обсязі захистити права моряка, оскільки на суднах під іноземними прапорами діють норми та правила країни реєстрації судна. На переконання Уповноваженого з прав людини, потрібна додаткова координація зусиль для посилення консульського захисту та здійснення конкретних заходів щодо реалізації прав та інтересів українських судновласників і моряків, а також чітке розмежування функцій і повноважень судновласника та дипломатичних і консульських установ України в роботі по захисту морських інтересів держави, прав та інтересів українських моряків, які працюють на суднах під іноземними прапорами.

Неодмінною умовою забезпечення прав українських моряків є і в подальшому залишатимуться скоординовані зусилля всіх державних органів. Для цього в державі мають бути створені координуючі органи та організовано їх роботу відповідно до міжнародних стандартів.

Висновки. Отже, підсумовуючи, слід прийти до наступного висновку. В національному законодавстві статус моряка визначається передусім органами виконавчої влади, і тут саме в Україні існує багато непорозумінь. В Україні відсутня ієрархічна підкореність нормативних актів щодо регулювання елементів правового статусу моряка – від актів Міністерства інфраструктури до Міністерства аграрної політики та продовольства. Вважаємо, що всіма питаннями правового забезпечення статусу моряка має займатися Укрморрічінспекція.

Окрім того, важливим напрямом забезпечення трудових та соціальних прав моряків є ратифікація Зведеної конвенції про працю в морському судноплавстві в національне законодавство України. При цьому треба мати на увазі, що незалежно від рівня ратифікації відповідні норми, що містяться в морських трудових конвенціях МОП, фактично широко застосовуються у світовому торговому флоті і служать основою для ведення колективних переговорів у цій галузі.

Міжнародні трудові норми, що в більшості містяться в конвенціях і рекомендаціях МОП, дозволяють гармонізувати національне трудове право і практику трудових відносин з іншими країнами. В першу чергу, це стосується морського судноплавства через міжнародний характер його діяльності.

З появою глобального ринку праці моряків сфера морського судноплавства перетворилася на першу у світі справжню глобальну галузь. Це привело до посилення міжнародних заходів регулювання. Перш за все, це стосується питань зайнятості, професійного навчання, репатріації, оплати праці, безпеки, медичного і побутового обслуговування, а також соціального забезпечення. Крім того, необхідно розробити та реалізувати довгострокову програму перегляду національного законодавства, що встановлює правовий статус моряків з урахуванням вимог міжнародно-правових актів у цій сфері.

Список літератури

1. Конституція України : прийнята на V-й сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
2. Положення про Міністерство інфраструктури України : Указ Президента України від 12 травня 2011 р. № 581/2011 // Офіційний вісник України. – 2011. – № 37. – Ст. 1513.
3. Положення про Міністерство закордонних справ України : Указ Президента України від 6 квітня 2011 р. № 381/2011 // Офіційний вісник України. – 2011. – № 29. – Ст. 1220.
4. Положення про Міністерство соціальної політики України : Указ Президента України від 6 квітня 2011 р. № 389/2011 // Офіційний вісник України. – 2011. – № 29. – Ст. 1227.
5. Бабін Б. В. Програмний характер імплементації Конвенції про працю в морському судноплавстві / Б. В. Бабін, Г. Ф. Півторак, С. В. Немерцалова // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. праць НУ «ОЮА» / за ред. Ю. Оборотова. – 2010. – Вип. 46. – С. 223-227.
6. Волошина С. Зведена Конвенція про працю в морському судноплавстві як правовий базис регулювання безпеки праці моряків / С. Волошина // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. праць НУ «ОЮА» / за ред. Ю. Оборотова. – 2010. – Вип. 46. – С. 156-160.
7. Зыкин А. С. О международном механизме «незамедлительного освобождения судна и экипажа» / А. С. Зыкин // Матеріали 64-ї наукової конференції професорсько-викладацького складу і наукових працівників ОНУ ім. І.І. Мечникова (25-27 листопада 2009 р., м. Одеса) / ред. В. І. Труба, І. С. Канзафарова та ін. – Одеса : Астропринт, 2009. – С. 20-22.
8. Иванов С. А. МОТ: контроль за применением международных норм о труде и его проблемы / С. А. Иванов // Государство и право. – 1997. – № 7. – С. 10-15.

9. Клюєва Є. Деякі аспекти міжнародно-правового регулювання праці моряків / Є. Клюєва // Підприємництво, госп-во і право. – 2013. – № 4. – С. 155-157.
10. Кокин А. С. Трудовые конфликты на судах «удобного» и отечественного флагов: позиции государства, судовладельцев, моряков / А. С. Кокин. – М. : Транвспорт, 2008. – 438 с.
11. Позолотин Л. Международные конвенции, кодексы, рекомендации ИМО и МОТ / Л. Позолотин, В. Торский. – Одесса : Астропринт, 1998. – 108 с.
12. Попов О. Деякі аспекти організаційно-правових засад діяльності моряків в Україні / О. Попов // Митна справа. – 2006. – № 4. – С. 36-40.
13. Сергєєв Ю. Конвенція МОП «Про працю в морському судноплавстві» 2006 року: рухаючись в напрямі ратифікації / Ю. Сергєєв // Митна справа. – 2010. – № 5. – С. 61-64.
14. Тішко Д. А. Міжнародно-правові стандарти регулювання праці моряків / Д. А. Тішко // Зб. наук. праць НУ «ОЮА». – Одеса : Юрид. літ., 2011. – Вип. 62. – С. 213-216.
15. Торский В. Конвенция о труде в морском судоходстве (КТМС– MLC, 186) / В. Торский, Л. Позолотин, В. Любченко. – Одесса : Астропринт, 2009. – 208 с.
16. Шемякін О. Проблеми державної реєстрації морських торговельних суден у сучасному міжнародному морському праві / О. Шемякін // Держава і право : зб. наук. праць. – К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2005. – Вип. 28. – С. 543-548.

Стаття надійшла 08.12.2014 р.

М.В. Голикова, канд. юрид. наук, доцент, декан
Одесская национальная морская академия, кафедра морского права
ул. Дидрихсона, 8, Одесса, 65029, Украина

РОЛЬ И ФУНКЦИИ ГОСУДАРСТВЕННЫХ ОРГАНОВ УКРАИНЫ ПО ЗАЩИТЕ ПРАВ МОРЯКОВ

Резюме

В статье рассмотрена проблема обеспечения социальных и трудовых прав моряков. Моряки как категория работников, имеющих специфическую трудовую функцию должны быть обеспечены высоким уровнем социального обеспечения. К сожалению, Украина на сегодняшний день не применяет ряд документов по защите прав моряков. Кроме того, в статье выделено ряд положений, предусматривающих дальнейшее решение указанной проблемы, а также развитие и совершенствование украинского законодательства и функций государственных органов Украины относительно решения проблемы обеспечения защиты социальных и трудовых прав моряков – граждан Украины. Приведенные в статье выводы основываются на изучении международных документов, а также на национальной и международной практике

Ключевые слова: социальные и трудовые права моряков, нормативно-правовое регулирование, государственные органы, «удобный» флаг, Конвенция Международной организации труда о труде в морском судоходстве 2006.

M.V. Golikova, Candidate of Juridical Sciences, Associate Professor, Dean
Odesa National Maritime Academy, the Department of Maritime Law
8, Didrihson st., Odessa, 65058, Ukraine

ROLE AND FUNCTIONS STATE OF AUTHORITIES OF UKRAINE IN SEAFARERS'S RIGHTS PROTECTION

Summary

The article deals with the problem of social and labor rights of seafarers. Sailors as a category of workers with specific work functions should be provided with a high level of social security. Unfortunately, today Ukraine does not use a number of documents to protect the rights of seafarers. The aim of the article is to determine the classification and powers of state bodies of Ukraine to promote and protect the rights of seafarers.

In addition, the article highlighted a number of provisions for further solution to this problem, as well as the development and improvement of the Ukrainian legislation and the functions of government to solve the problem of Ukraine concerning the protection of social and labor rights of seafarers – citizens of Ukraine.

These conclusions are based in an article on the study of international instruments, as well as national and international practice.

Key words: social and labor rights of seafarers, legal regulation, government agencies, «convenient» flag, International Labour Organization Convention on Maritime Labour in 2006.

УДК 341.1

Н.І. Зубченко, здобувач
Національний університет «Одеська юридична академія»
кафедра міжнародного права та міжнародних відносин
вул. Піонерська, 2, Одеса, 65009, Україна

РЕГІОНАЛЬНЕ (НЕ-ЄВРОПЕЙСЬКЕ) СПІВРОБІТНИЦТВО ДЕРЖАВ В СФЕРІ ДОБРОБУТУ ТВАРИН ТА ЗАХИСТУ ЇХ ВІД ЖОРСТОКОГО ПОВОДЖЕННЯ

У статті проведено аналіз існуючих регіональних міжнародних договорів в сфері забезпечення добробуту тварин та захисту їх від жорстокого поводження. Акцент зроблено на неєвропейських регіонах – Американському, Африканському та Азіатсько-Тихоокеанському. Проаналізовано практичну діяльність сторін регіональних угод у сфері забезпечення добробуту тварин та захисту їх від жорстокого поводження.

Ключові слова: добробут тварин, захист тварин від жорстокого поводження, регіональне співробітництво.

Постановка проблеми. Сучасний міжнародний правопорядок обумовлює багаторівневу побудову суспільних відносин. Не є виключенням і відносини, що стосуються забезпечення добробуту тварин та їх захисту від жорстокого поводження [1]. Сьогодні співробітництво держав здійснюється на декількох рівнях – універсальному, регіональному та національному.

Природоохоронна діяльність не завжди є ефективною, особливо коли конкретна держава одноосібно намагається створити гідні умови існування для тварин. Саме тому вже з середини XX століття держави почали об'єднуватися і заключати міжнародні угоди щодо забезпечення добробуту тварин, захисту їх від жорстокого поводження, охорони тваринного світу в цілому та певних видів тварин зокрема.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Важливо наголосити, що тема добробуту тварин та захисту їх від жорстокого поводження як окремий об'єкт правового регулювання майже не досліджена. Окремі роботи присвячені кримінально-правовому аспекту (І. А. Головко, С. Ф. Денисов, В. А. Копилян, І. І. Лобов), інші наголошують на цілісному регулюванні у рамках охорони навколишнього середовища (П. Ван Ольстен, М. Н. Копилов, Д. Х. Діаманде), і лише деякі автори (Т. Р. Короткий, М. Ш. Ярулліна, А. А. Шайдулліна) наголошують, що проблематика добробуту тварин та захисту їх від жорстокого поводження має досліджуватися окремо.

Метою статті є аналіз регіонального співробітництва держав у сфері забезпечення добробуту тварин та захисту їх від жорстокого поводження, а також виявлення проблем практичного втілення вказаного співробітництва.

Виклад основного матеріалу. На універсальному рівні у вказаній сфері діє ряд міжнародних неурядових організацій, і саме в їх рамках створюються документи у сфері добробуту тварин, захисту їх від жорстокого поводження та охорони тваринного світу. На регіональному рівні існує кілька напрямів взаємодії держав: європейський – Рада Європи (найбільш розроблений рівень регулювання), американський (найбільш перспективний у сфері взаємодії неурядових організацій), азійський (азіатсько-тихоокеанський, найбільш розрізнений у аспекті співробітництва держав), африканський (особливо приділяє увагу захисту від зникнення диких тварин), арктично-антарктичний (специфічний в силу особливих умов співробітництва держав в цих регіонах). Окремо варто наголосити на існуванні й наднаціонального рівня співробітництва держав, що представлений взаємодією держав в рамках Європейського Союзу, одночасно з чим сам Європейський Союз є стороною такої взаємодії. Національний рівень (він же внутрішньодержавний) характеризується великим різнобарв'ям підходів, тому відсутня скільки-небудь єдина практика держав у сфері добробуту тварин та захисту їх від жорстокого поводження.

Як доречно вказує М. Ш. Ярулліна, колективні міри держав спрямовані перш за все на охорону рідкісних та зникаючих видів тварин [2, 76]. Тим не менш, створення сприятливих умов існування тваринного світу в цілому з одного боку, і охорона окремих видів з іншого, що розглядаються в рамках загальної проблеми навколишнього середовища, все ж є самостійними проблемами, хоча й тісно пов'язаними.

На регіональному рівні найбільш розробленою визнана європейська система забезпечення добробуту тварин та захисту їх від жорстокого поводження. У Європі діє два типи правової ре-

© Н.І. Зубченко, 2014

гламентації – на рівні наднаціональному інституції (Європейський Союз) та на рівні міжнародної організації із спеціальними цілями (Ради Європи).

Проте, окрім європейської системи, існують ще декілька, зокрема, – умовно названі – американська, африканська та азійська. В рамках даного дослідження зупинимося на короткій характеристиці кожної з них.

Америка. Американська система забезпечення добробуту тварин та захисту їх від жорстокого поводження є доволі ускладненою. Це обумовлено декількома причинами:

– Об'єднання територіально в рамках однієї системи двох континентів, що породжує колізії, в тому числі й правового характеру;

– Велика різноманітність видового складу фауни обох континентів, що є причиною відсутності єдиного базису міжнародної охорони фауни;

– Різний рівень економічного розвитку держав-співробітників, що призводить до різниці можливостей та фінансових інструментів забезпечення добробуту тварин, їх охорони та захисту від жорстокого поводження;

– Різниця у підходах до запровадження заходів забезпечення добробуту тварин, їх охорони та захисту від жорстокого поводження – у Північній Америці, наприклад, держави тяжіють до попередження жорстокого поводження з тваринами, їх охорони (щодо диких) та забезпечення належних умов існування, в той час як країни Південної Америки, хоча й намагаються вийти на загальноприйнятний рівень правового регулювання щодо тварин, все одно мають проблему неефективності правового регулювання добробуту тварин та захисту їх від жорстокого поводження;

– Відсутність скоординованих дій держав, індивідуалізація заходів з боку кожної держави.

Що стосується саме міжнародно-правового співробітництва держав Північної та Південної Америки, то, як відмічають деякі дослідники [2, 77], існує дуже вузьке коло питань, які можуть бути вирішені спільним зусиллями вказаних держав. Тому береться за основу не спільна політика та зусилля, а тільки єдність методів, якими здійснюються заходи забезпечення добробуту тварин та захисту їх від жорстокого поводження [3, 68].

Початок правового регулювання забезпечення добробуту тварин та захисту їх від жорстокого поводження у вказаному регіоні – 1940 р., прийняття Конвенції про захист навколишнього середовища та збереження дикої природи у Західній півкулі [4, 150]. Ця конвенція будується саме на діях сторін договору індивідуально, а не на спільних діях, що неможливі в умовах вже вказаної різноманітності держав. Тому, можна вказати на формальний характер конвенції, її положення лише декларують необхідність прийняття державами законодавчих актів щодо охорони тварин, рослин та мігруючих птахів, що знаходяться під загрозою зникнення.

Окремо варто наголосити на співробітництві країн Латинської Америки. У 1979 році була підписана Конвенція про охорону та раціональне використання лами-вітоні, що ввела заборону на полювання на цей вид лами та незаконну торгівлю ним [5]. Крім того, країни Латинської Америки є повноправним учасником Конвенції про риболовство та збереження живих ресурсів відкритого моря 1958 року.

Проте, як вже було наголошено, існує ряд проблем. У Латинській Америці існує велика проблема браконьєрства та «споживче» відношення до природи в цілому і до тварин зокрема. З іншого боку, погіршення кліматичних умов через забруднення навколишнього середовища призводить до зникнення багатьох видів тварин. Тому, на сьогоднішній день, діяльність країн Латинської Америки має бути спрямована на збереження зникаючих видів та попередження жорстокого поводження з тваринами.

Інша ситуація склалася у країнах Північної Америки. Північна Америка стала ініціатором розробки природоохоронної політики, першочергово заснованої на адміністративних заходах, а потім на заохоченні добровільної діяльності і використанні ринкових підходів. Сполучені Штати Америки і Канада відносяться до країн, що активно займаються розробкою і втіленням на практиці природоохоронних угод. Вимоги багатьох міжнародних угод відображені у федеральному законодавстві штатів і провінцій, ратифікації передувало детальне вивчення проблем навколишнього середовища.

У регіональній системі Північної Америки існує декілька важливих органів співробітництва, серед яких виділяються два важливих координаційних ради – Північноамериканська рада зі збереження водно-болотних угідь і Північноамериканський план регулювання чисельності водоплавних птахів (NAWCC 1999). У 1994 році була створена Комісія з екологічного співробітництва, що є важливим форумом з обговорення питань дотримання угод. У щорічних звітах Комісії розглядаються заходи, що вживаються учасниками Північноамериканської угоди зі співробітни-

цтва в області охорони навколишнього середовища для виконання своїх зобов'язань за угодою. Значення Північноамериканської угоди зі співробітництва в області навколишнього середовища виходить за рамки даного регіону, оскільки вирішення багатьох проблем і застосування власних природоохоронних стандартів можуть слугувати прикладами для світової спільноти.

Інша ситуація складається із Конвенцією про біологічне різноманіття [6]. Незважаючи на те, що потенціали здійснення моніторингу природоохоронної діяльності у країнах Північної Америки є одними з найкращих, проблема вимірювання біорізноманіття не вирішена, оскільки через вплив багатьох факторів людської діяльності, розвиток промисловості рідко можливо відокремити вплив конкретних заходів (за договором) від інших зобов'язань.

Окрім того, важливо назвати основні регіональні угоди, що зосереджені безпосередньо на забезпеченні добробуту тварин та захисті їх від жорстокого поводження (у хронологічному порядку): Конвенція по мігруючим птахам 1916 р., Конвенція про охорону природи і збереження тваринного світу у Західній півкулі 1940 р., Конвенція про Міжамериканську комісію по тропічному тунцю 1949 р., Угода про спільний контроль за поголів'ям північного оленя карібу 1987 р., Угода між Канадою та США про співробітництво в Арктиці 1988 р.

Північноамериканська угода щодо співпраці в галузі охорони навколишнього середовища вступило в силу в усіх трьох країнах 1 січня 1994. Переговори щодо угоди проходили паралельно з обговоренням Північноамериканської угоди про свободу торгівлі; його метою є встановлення тристоронньої співпраці в галузі охорони навколишнього середовища та забезпечення виконання природоохоронного законодавства у світлі лібералізації торгівлі. Північноамериканська угода щодо співпраці в галузі охорони навколишнього середовища є унікальним за широтою своїх завдань; воно націлене на зміцнення співробітництва у розробці та погодженні природоохоронних законів і стандартів, при цьому основна увага приділяється гласності та широкої участі суспільства. Тристороння Комісія з екологічного співробітництва складається з Ради, що є її керівним органом, до складу якого входять міністри з питань навколишнього середовища трьох країн, Секретаріату, розташованого в Монреалі і забезпечує технічне та адміністративне сприяння та інформування Ради та комітетів, а також Спільного громадського консультативного комітету, що складається з громадян країн-учасниць. Учасники цієї угоди зобов'язані забезпечити виконання свого внутрішнього законодавства і прагнути до підвищення стандартів у галузі охорони навколишнього середовища.

Африка. Міжнародно-правове співробітництво держав в області охорони тваринного світу Африки у колоніальний період. Внаслідок сплюндрування природних умов та винищення багато видів тварин були повністю винищені, деякі види були на грані зникнення. Перший документ, що був спрямований на захист тварин – Конвенція з охорони мисливської дичини у Африці на південь від Сахари від 19 травня 1900 р. – не була ратифікована ні однією з країн, що цю угоду уклали. І тільки у 1933 р. в Лондоні була підписана Лондонська конвенція про збереження фауни і флори у їх природному стані.

У вказаному документі були передбачені дії держав з відновлення навколишнього середовища, регулювання торгівлі мисливськими трофеями, що мали запобігти контрабандній торгівлі. Однак на практиці ці заходи не реалізовувалися і відповідали виключно інтересам колоніальних держав.

Розпад колоніальної системи у Африці і поява нових незалежних держав призвело до створення у 1963 році африканської регіональної організації – Організації Африканської Єдності (ОАЄ). В рамках ОАЄ у 1968 р. була прийнята Африканська конвенція про охорону природи і природних ресурсів. Договір регулює майже всі сфери захисту навколишнього середовища, а особливе значення має для захисту тваринного світу Африку. М. М. Копилов стверджує, що вказана Конвенція втілює одночасно дві функції: «визнання необхідності захищати місце існування видів, що знаходяться на межі зникнення поряд із захистом таких видів і заяву про особливу відповідальність тих держав, чия територія – єдине місце існування рідкісних видів» [7, 69].

Прийняття Конвенції збільшило перелік тварин, що знаходять під спеціальною охороною. До класу «А» (на відміну від Конвенції 1933 р.) входило вже 75 видів тварин, зокрема шимпанзе, пелікани, фламінго, морські черепахи, сліпі риби та ін.; до класу «Б» – 93 види, в тому числі: леви, леопарди, крокодили та інші тварини, що охоронялися Конвенцією 1933 р.

Згідно з новою Конвенцією молоді африканські держави прийняли нове мисливське і природоохоронне законодавство, створили великі заповідники і національні парки дикої природи, наразі ведуть роботу з пропаганди у сфері охорони навколишнього середовища, створюють спеціальні природоохоронні органи [8].

Азіатсько-Тихоокеанський регіон. Національний добробут країн вказаного регіону у більшості залежить від Світового океану. Міжнародне природоохоронне співробітництво спрямова-

не на боротьбу із забрудненням повітря, розробку екологічних стандартів, спільної екологічної політики, охорони та використання тваринного світу.

У 1985 році була прийнята Конвенція Асоціації держав Південно-Східної Азії (АСЕАН) про збереження природи і природних ресурсів 1985 р. Конвенція досі не набрала чинності, з 6 держав-членів її підписали лише 3 (Індонезія, Таїланд, Філіпіни). У даному документі визнана «взаємозалежність живих ресурсів і залежність між ними та іншими природними ресурсами, які складають частку однієї екосистеми» [9]. Стаття 3 передбачає зобов'язання держав-учасників підтримувати максимальне генетичне різноманіття і вживати належні заходи, щоб зберегти «види рослин і тварин, як наземних, так і морських та прісноводних», а також «місця природного середовища існування на суші, у морі, у прісних водоймах та на прибережній зоні» [10].

Ключовим аспектом співробітництва держав в Азіатсько-Тихоокеанському регіоні в сфері охорони біорізноманіття є розвиток Регіональної Стратегії добробуту тварин для Азії, Далекого Сходу та Океанії 2008 року. Кожні 2 роки проходить перегляд положень стратегії та її цілей. Держави-члени узгоджують свої дії у сфері добробуту тварин з положеннями стратегії; на сьогодні діє Регіональна стратегія добробуту тварин для Азії, Далекого Сходу та Океанії Світової організації добробуту тварин [11].

С. М. Копилов та А. А. Шайдулліна роблять висновок, що регіон Південно-Східної Азії в Конвенції розглядається як єдина екосистема, де проходить апробація концепції сталого розвитку. Це служить показником якісного переходу міжнародного праворозуміння від антропоцентричного рівня до біосферного, при якому головний мотив міжнародно-правової регламентації, в тому числі і природокористування, – сталий розвиток та підтримання життєздатності планети в цілому [12, 65].

Висновки. Важливо наголосити, що регіональні акти мають значний вплив на сферу регулювання добробуту тварин. Вони не мають глобального характеру, але за своєю природою констатують дієві засоби захисту тварин, співробітництво в сфері охорони конкретних видів тварин. В цілому ці угоди містять більш конкретні норми порівняно із глобальними актами.

Розглянуті регіональні механізми співробітництва держав в сфері забезпечення добробуту тварин та захисту їх від жорстокого поводження вказують на те, що незважаючи на складнощі сумісності правових систем, різницю у економічному розвитку, екологічній ситуації та інших аспектах, держави можуть і мають надалі об'єднуватися заради забезпечення сталого розвитку та практичного застосування прогресивних принципів міжнародного права.

Список літератури

1. Короткий Т.Р. Міжнародно-правові стандарти захисту тварин від жорстокого поводження / Т.Р. Короткий // Правове життя сучасної України : тези доповідей 10-ї звіт. наук. конф. проф.-викл. і аспірант. складу (Одеса, 27-28 квітня 2007 р.). – 2007. - С. 155-157.
2. Яруллина М. Ш. Региональные международно-правовые акты по охране животного мира / М. Ш. Яруллина // Ученые записки Казанского государственного университета. Серия «Гуманитарные науки». – Том 152, кн. 4. – 2010. – С. 76 – 82.
3. Huertas S. M. Drivers for animal welfare policies in Americas / S. M. Huertas, C. Gallo, F. Galindo // Rev. sci. tech. Off. int. Epiz. – №33 (1). – 2014. – P. 67-76.
4. Международные соглашения по охране природы : Сб. документов / Сост. В. А. Чичварин. – М. : Юрид. лит., 1966. – 420 с.
5. Convention for the conservation and management of the vicuna [Текст] [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://sedac.ciesin.columbia.edu/entri/texts/vicuna.1979.html
6. Конвенция о биологическом разнообразии [Текст] : текст и приложения / ЮНЕП. – Женева : ЮНЕП, 1995. – 34 с.
7. Копылов М. Н. Введение в международное экологическое право. – М.: РУДН, 2007. – 267 с.
8. Диоманде Дро Хиасинте Генезис международно-правовой защиты окружающей среды в Африке // Вестник Российского университета дружбы народов. – 2013. – № 4. – С. 281-292.
9. Нгуен К.Т. Конвенция АСЕАН 1985 г. как хронологически второй пример экосистемного управления // Международное право –International Law. – 2011. – № 1–2 (45–46). – С. 108–112.
10. ASEAN agreement on the conservation of nature and natural resources [Текст] [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://sedac.ciesin.org/entri/texts/asean.natural.resources.1985.html
11. The OIE Regional Animal Welfare Strategy for Asia, the Far East and Oceania (RAWS) 2013-2015 (Second edition) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.rr-asia.oie.int/fileadmin/Regional_Representation/Programme/RAWS/Regional_Animal_Welfare_Strategy_Edition_2_2013-15.pdf
12. Копылов С.М., Шайдуллина А.А. Региональные международно-правовые режимы сохранения биоразнообразия // Евразийский юридический журнал. – М., 2013, № 3 (58). – С. 62-66.

Стаття надійшла 19.12.2014 р.

Н. И. Зубченко, соискатель
Национальный университет «Одесская юридическая академия»
кафедра международного права и международных отношений
ул. Пионерская, 2, Одесса, 65009, Украина

РЕГИОНАЛЬНОЕ (НЕ-ЕВРОПЕЙСКОЕ) СОТРУДНИЧЕСТВО ГОСУДАРСТВ В СФЕРЕ БЛАГОПОЛУЧИЯ ЖИВОТНЫХ И ЗАЩИТЫ ИХ ОТ ЖЕСТОКОГО ОБРАЩЕНИЯ

Резюме
В статье проведен анализ существующих региональных международных договоров в сфере обеспечения благополучия животных и защиты их от жестокого обращения. Акцент сделан на не-европейских регионах – Американском, Африканском и Азиатско-Тихоокеанском. Проанализирована практическая деятельность сторон региональных соглашений в сфере обеспечения благополучия животных и защиты их от жестокого обращения.

Ключевые слова: благополучие животных, защита животных от жестокого обращения, региональное сотрудничество.

N.I. Zubchenko, Applicant
National University «Odesa Law Academy»
the Department of international law and international affairs
2, Pionerska st., Odessa, 65009, Ukraine

REGIONAL (NON-EUROPEAN) COLLABORATION IN THE FIELD OF ANIMAL WELFARE AND PROTECTION OF ANIMALS FROM CRUELTY

Summary
The article analyzes the existing regional international agreements in the field of animal welfare and protection them from cruelty. Emphasis is placed on the non-European regions – the Americas, Africa and Asia-Pacific. The practical activity of the members of regional agreements in the field of animal welfare and protect them from cruelty is analyzed.

Key words: animal welfare, protection of animals from cruelty, regional collaboration.

УДК 341.21

А.В. Ковбан, канд. юрид. наук, доцент
Одеська національна морська академія
кафедра адміністративного та кримінального права
вул. Дідріхсона, 8, Одеса, 65029, Україна

ДО ПИТАННЯ УДОСКОНАЛЕННЯ ДОКТРИНИ КОЛЕКТИВНИХ ПРАВ

У статті досліджується та аналізується питання стану колективних прав, обґрунтована критика видів колективних прав та необхідність поділу за суб'єктивним та об'єктивним змістом.

Ключові слова: колективні права, права народів, міжнародне право, глобальні права.

Постановка проблеми. Права і свободи людини на сьогодні перестали бути внутрішньою справою держави, яка повинна створити сприятливі умови для застосування норм міжнародного права з питань захисту прав людини. Основи забезпечення прав людини належним чином відповідатимуть принципами і правилами закріплених в документах міжнародних та європейських організацій. Демократизація міжнародно-правових відносин і лібералізація внутрішньодержавних процесів приводить до глобальних змін та нового переосмислення сучасного міжнародного права. Адже в контексті захисту прав людини більша увага приділяється розробці групових прав, таких як права корінних народів, права державних утворень тощо. Проте зазначені спільноти мають схожі права, які можна виділити в окрему групу – глобальні права, які помилково прийнято відносити до колективних. Саме розробці та вдосконаленню цих прав присвячена низка міжнародних документів (ст. ст. 1-2 Конституції ЄС [3], Брновська програма [2], Паризька Хартія всієї Європи [1] тощо), проте подальша ґенеза та імплементація до національного законодавства відсутня.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Незважаючи на те, що проблеми народів досить широко розкриті в наукових роботах та публікаціях окремих правознавців (Б.В. Бабін, М.О. Баймуратов, М.О. Кучинський, С.В. Соколовський, С.М. Харючи, А.Х. Абашидзе і Ф.Р. Ананідзе, Б.Дж. Сінгер, М.О. Федосенко та ін.), міжнародних неурядових організацій та спеціалізованих установ ООН, більшість наукових розробок у цій галузі, які заслуговують високої оцінки, присвячено насамперед питанням міжнародного захисту прав корінних народів та етносу, або визначенню окремих елементів внутрішньодержавного статусу спільнот та народів у правовому просторі.

Мета статті. Стаття розкриває питання стану колективних прав, наводиться критика видів колективних прав та пропонується поділ зазначених прав за суб'єктивним та об'єктивним змістом.

Виклад основного матеріалу. Традиційно міжнародне право віддає перевагу індивідуальним правам та правам надаваним представникам народу, особам, що ставляться до певних етнічних спільнот (корінним народам, меншинам, членам племінних народностей тощо), а не самим етнічним співтовариствам. Колективні права (право народу, право нації, право спільноти, асоціацій) не є природним, оскільки вони формуються в міру становлення інтересів тієї чи іншої спільноти, колективу. Їх не можна розглядати як суму індивідуальних прав і свобод осіб, які входять до тієї чи іншої спільноти, колективу. Вони мають якісно інші властивості, які визначаються цілями й інтересами колективних утворень. Які б не були різноманітні ці права, їх правомірність повинна визначатись людським виміром – правами індивіда. Колективні права не повинні ігнорувати прав людини, суперечити їм або обмежувати їх. Щодо цього винятком є надзвичайні ситуації, які створюють загрозу правам окремої людини, а отже, меті, яка об'єднує таку спільноту, є актуальними і протиправними. У сучасному світі не завжди вдається чітко поєднати індивідуальні й колективні права. Так, суперечності, які виникають між правами людини, правами держави, народу, нації, національних меншин, малих народів, є однією з причин міжнаціональних конфліктів, у яких кожна зі сторін висуває свої аргументи справедливості та законності, обстоює своє право на суверенітет, свої претензії на перегляд кордонів, використовуючи при цьому історичні аргументи, що тлумачаться на свою користь, відстоюючи право на самовизначення.

© А.В. Ковбан, 2014

Європейська традиція розглядає права етнічних співтовариств як колективні права та асоціює з правами умовного «третього покоління». Інститут колективних прав ще не знайшов свого однозначно певного закріплення в теорії права. Як відзначає В. Є. Чиркін [5], питання про права певних колективів розглядається досить детально в інших галузях знань, наприклад, у цивільному праві, але з позицій юридичної особи. Розуміння сутності колективних прав полягає в тому, що колективні права постають як індивідуальні права, реалізовані в колективі. У рамках даного підходу властивість колективу ставиться не до змісту права, а до форми його реалізації. На думку американського вченого Б. Дж. Сингера [6], колективні права – це ті права, якими індивідууми мають завдяки їх колективної приналежності до соціальної спільноти. Оскільки члени такої соціальної спільноти користуються такими правами колективно та автор вважає, що це права спільноти. О. Р. Зайцева [5] як приклад колективних прав (приналежних кожному окремо, але реалізація яких можлива тільки разом з іншими людьми) приводить право на петицію, на об'єднання, мітинг та інші колективні права. На думку О. А. Ковальова, колективними правами можуть користуватися як увесь народ, так і нації, і окремі особи [8].

Н. О. Федосенко [8] пропонує умовну класифікацію колективних прав на 2 групи: самі колективні права, тобто ті, які можуть належати винятково колективам (право націй на самовизначення, на створення національно-культурних автономій і т. д.); колективні права із подвійною або змішаною природою, такі, які можуть одночасно належати й колективам, і окремим індивідам (право на сприятливе навколишнє середовище, на мир, на міжнародне спілкування тощо). Серед учених існує думка, що теоретичне конституювання категорії колективних прав у подібному вживанні є недоцільним, оскільки колективна реалізація не міняє сутності права. Таким чином, нам представляється найбільш обґрунтованим підхід, що розглядати групові права як правочин певного колективного суб'єкта. На думку прихильників даного підходу, найважливішою ознакою колективних прав стає їх колективний адресат. Колективні права виникають стихійно або коли спільнота, що природно сформувалася, потребує певних прав та свобод, що передбачають можливість користуватися тими або іншими благами та забезпечувати свій захист. Таким чином, колективні права є наслідком функціонування того або іншого суспільного або громадського об'єднання, проте є формою добровільного об'єднання фізичних осіб та юридичних осіб приватного права для здійснення та захисту прав і свобод, задоволення суспільних, зокрема економічних, соціальних, культурних, екологічних, та інших інтересів. Отже, не можна до колективних прав віднести права народів та слід відокремити зазначені права в нову групу прав – глобальні права.

Глобальні права, на нашу думку, беруть свій початок зі ст. 1 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права від 16 грудня 1966 р., де вказується, що всі народи мають право на самовизначення. У силу цього права вони вільно встановлюють свій політичний статус і вільно забезпечують свій економічний, соціальний і культурний розвиток. При цьому народи для досягнення своїх цілей можуть вільно розпоряджатися своїми природними багатствами і ресурсами без шкоди для будь-яких зобов'язань, що випливають з міжнародного економічного співробітництва, заснованого на принципі взаємної вигоди, та з міжнародного права. Жоден народ ні в якому разі не може бути позбавлений належних йому засобів існування. Всі держави, в тому числі ті, які мають відповідальність за управління своїми територіями, повинні заохочувати здійснення права на самовизначення і поважати це право. Згідно з вимогами Африканської хартії прав людини і народів від 26 червня 1981 р. як конвенції, прийнятої державами Організації африканської єдності, народи мають систему особливих прав, які відрізняються від прав індивідів. Згідно ст. 19 Хартії все народи рівні; вони користуються рівною повагою і мають рівні права. Ніщо не може виправдати панування одного народу над іншим [9].

Сьогодні у вітчизняному конституційному вимірі також постає питання поділу колективних та глобальних прав, наприклад, колективні права закріплено насамперед за національними меншинами. Як вказує Н. Мяловицька [8], сьогодні для визначення такої меншини найчастіше користуються визначенням, що було запропоновано Комісією з прав людини ООН у 1977 р. та з різних позицій інтерпретується в міжнародних документах. За ним національна меншина є групою, що за чисельністю поступається решті населення держави й не посідає панівного становища, члени якої є громадянами цієї держави та мають етнічні, релігійні чи мовні риси, відмінні від рис решти населення, та які, принаймні мовчазно, виявляють солідарність, спрямовану на збереження своєї культури, традицій, релігії чи мови. Проте національна меншина за чисельністю менша ніж народ та не може бути носієм глобальних прав.

Цікавим рекомендаційним міжнародним актом у сфері прав народів є Загальна декларація прав народів 1976 р., прийнята Алжирською конференцією національно-визвольних рухів. У преамбулі цього акта вказується, що всі народи світу мають рівне право на свободу, право звільнитися від будь-якого іноземного втручання і мати уряд, обраний ним самим, право, якщо вони поневолені, боротися за своє визволення, право користуватися в своїй боротьбі допомогою з боку інших народів. При цьому констатується, що «справжня повага прав людини передбачає повагу прав народів». Права народів в Декларації 1976 розділені на чотири групи право на існування; право на політичне самовизначення; економічні права народів; право на культуру.

На думку сучасних дослідників, самовизначення народів має здійснюватися на основі всебічного захисту прав людини. Відповідно, право ставить можливість правомірної зміни кордонів держави на основі права народів на самовизначення в залежність від виконання цією державою умов, які, по суті, зводяться до дотримання принципу загальної поваги прав людини. Для вирішення проблеми застосування принципів рівноправності і самовизначення народів і територіальної цілісності держав сьогодні лунають пропозиції встановити умови, за яких право на самовизначення може бути реалізовано у формі утворення нової держави, а також розробити механізми правового реагування у разі порушення основних прав і свобод народів [9].

Цікавим є той факт, що у доктрині й у міжнародних документах уживаються різні за значенням терміни «народ» та «нація». Хоча варто зауважити, що у більшості відомих в історії випадків статус суб'єкта міжнародного права визнавався не стільки за народом чи нацією, що боролися за незалежність, скільки за національно-визвольними рухами, які були втіленням цієї боротьби. Крім того, і «народ», і «нація» є поняттями достатньо розмитими, натомість як національно-визвольні рухи набагато краще організовані та структуровані.

Висновки. Щоб уникнути термінологічної плутанини необхідно відзначити. що ряд авторів не відрізняє термін «глобальні права» від терміна «колективні права». Однак, у даній науковій статті поняття «колективні права» і «глобальні права» вживаються як різні за онтологією.

Вживання терміну «колективні права людини» в правовій науці на підставі поглибленого аналізу статті є недоречним, оскільки не вказує самих суб'єктів та носіїв. Найбільшу повноту відображає термін «колективні людські права», які представляють собою важливий інститут сучасного національного та міжнародного права. Колективні людські права викликають пожвавлену полеміку в науці від вдосконалення та поділу до заперечення їх існування. Водночас такі права закріплені в низці глобальних і регіональних міжнародно-правових актах обов'язкового і рекомендаційного характеру. Суб'єктом таких прав стають народи та людство, з яких воно складається. І недоречно використовувати категорію «колективні права» в цивільному та трудовому законодавстві.

До теперішнього часу світова спільнота ще не виробила будь-яких універсальних рецептів врегулювання проблеми реалізації прав недержавних народів, проте держави, що зіштовхуються з нею, протягом останнього століття зуміли створити цілий ряд механізмів, що дозволяють відносно ефективно управляти іредентистськими і автономістськими настроями позначених етносів, виходячи як з політичних потреб тієї чи іншої країни, так й із специфіки політичних, економічних і етнокультурних процесів, характерних для окремих регіонів, певною мірою підпорядковуючи їх політичну активність загальнодержавним інтересам. Ситуація ускладнюється тим, що проблема недержавних народів, крім усього іншого, є досить зручним і ефективним інструментом зовнішньої політики держав, що претендують на домінування в тому чи іншому регіоні. Саме тому відокремлення глобальних прав та розвиток доктрини повинні вирішити зазначені питання та змінити погляд міжнародного права і проблему спільнот.

Список літератури

1. Всеобщая декларация прав народов от 4 июля 1976 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://inkpulp.narod.ru/proect.htm
2. Декларация «О хартии народов и регионов» от 26 мая 2003 (Брновская программа) (Нюрнберг, 2003) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.balkaria.info/events/zakon/declaration.htm
3. Конституция Европейского Союза: договор, устанавливающий Конституцию для Европы (с комментариями). – М., 2005. – 204 с.
4. Регеда Е. В. К вопросу о правовой сущности института коллективных прав/ Е. В. Регеда // Бизнес в законе. Экономико-юридический журнал. – 2009. – № 1. – С. 15-18.
5. Исайкин Д. М. К вопросу о праве народов на национальную идентичность/ Д. М. Исайкин // Социально-политические науки. – 2012. – № 3. – С. 86-92.

6. Напсо М. Этнические коллективные и индивидуальные права: выбор между правами народов и культурными правами индивида / М. Напсо // Известия Российского государственного педагогического университета им. А. И. Герцена. – 2008. – № 50. – С. 103-108.
7. Зайцева Е. Р. Коллективные формы реализации и защиты основных прав и свобод граждан : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 конституционное право / Зайцева Е. Р. – М., 1993 – 170 с.
8. Катько Н. Коллективные права меньшинств / Н. Катько // Белорусский журнал международного права и международных отношений. – 2003. – № 4. – С. 9-14.
9. Ковбан А. В. Права людини та громадянське суспільство: навчальний посібник / А. В. Ковбан, Б. В. Бабін. – О. : Фенікс, 2014. – 320 с.

Стаття надійшла 07.12.2014 р.

А.В. Ковбан, канд. юрид. наук, доцент
Одесская национальная морская академия
кафедра административного и уголовного права
ул. Дидрихсона, 8, Одесса, 65029, Украина

К ВОПРОСУ УСОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ ДОКТРИНЫ КОЛЛЕКТИВНЫХ ПРАВ

Резюме
В статье анализируется состояние коллективных прав, обоснованная критика видов коллективных прав и необходимость разделения по субъективным и объективным содержаниям.

Ключевые слова: коллективные права, права народов, международное право, глобальные права.

A.V. Kovban, Candidate of Juridical Sciences, Associate Professor
Odesa National Maritime Academy
the Department of Administrative and Criminal Law
8, Didrihson st., Odessa, 65058, Ukraine

ABOUT THE IMPROVEMENTS OF THE COLLECTIVE RIGTHS DOCTRINE

Summary
The article researches and analyzes the state of the collective rights, valid criticism on types of the collective rights and need to divide on the subjective and objective content.

Key words: collective rights, the rights of peoples, international law and global rights.

УДК 341.223.2

О.В. Задорожній, канд. юрид. наук, професор
Київський національний університет ім. Тараса Шевченка
кафедра міжнародного права Інституту міжнародних відносин
вул. Володимирська, 60, Київ, 01033, Україна

УМОВИ ПРАВОМІРНОСТІ СЕЦЕСІЇ ЯК ЗАСОБУ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА НА САМОВИЗНАЧЕННЯ

В статті розглянуті умови правомірності сецесії в сучасній теорії і практиці міжнародного права в контексті так званого «самовизначення народу Криму». Підкреслено, що міжнародне право не передбачає таких умов сецесії які проголошувались в якості виправдання акту агресії РФ та анексії Кримського півострова.

Ключові слова: сецесія, самовизначення, міжнародне право, масові порушення прав людини, анексія.

Постановка проблеми. Питання правомірності сецесії практично постало в контексті виправдань російською доктриною міжнародного права неправомірного приєднання АР Крим до Російської Федерації в березні 2014 року. Очевидна неправомірність діянь Російської Федерації неодноразово була підкреслена в рішеннях чисельних міжнародних форумів, а територіальна цілісність України підтверджена декількома Резолюціями Генеральної Асамблеї ООН.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. В радянській і пострадянській літературі з міжнародного права питання територіальних змін традиційно аналізувались в контексті закордонного досвіду і прикладів територіального розмежування пост-колоніальних народів – в роботах Б.М.Клименка, Ю.А.Барсегова, І.І.Лукашука, М.В. Буроменського, В.Г.Буткевича, В.Н.Денисова, К.О.Савчука та інших російських і українських юристів – міжнародників питання сецесії та її підстав розглядалися, але лише в контексті загальних територіальних проблем і суперечок. В цілому несприйняття українською офіційною доктриною консультативного висновку Міжнародного Суду ООН по Косово не сприяло плідній теоретичній дискусії в українській міжнародно-правовій науці. І залишило проблему сецесії не вирішеною ані теоретично ані практично.

Мета статті. Анексія Криму Російською Федерацією і активна робота російської міжнародно-правової доктрини по «виправданю анексії» аргументами щодо правомірності сецесії потребує скрупульозного аналізу можливих причин і форм міжнародно правомірної сецесії. Так само як і обгрунтування відповідальності Російської Федерації за неправомірні дії залишається і теоретично і практично актуальним і потребує поглибленого аналізу умов правомірності сецесії як засобу реалізації права на самовизначення в сучасному міжнародному праві.

Виклад основного матеріалу. При розгляді у Міжнародному Суді ООН справи «Відповідність міжнародному праву одностороннього проголошення незалежності тимчасовими органами самоврядування Косова» у 2009-2010 рр. навіть прихильники правомірності вказаних дій аргументували їх як виключення із загального принципу територіальної цілісності [1,2,3,4]. Жорстко негативною була позиція Російської Федерації, яка вказувала на принцип територіальної цілісності як на імперативну норму, обов'язкову не лише для держав, а для усіх суб'єктів міжнародного права [5]. Звернення в контексті подій щодо Криму до аргументів, які висувала РФ у справі щодо Косова, є обґрунтованим ще й тому, що 16.10.2014 р. президент В.Путін підтвердив незмінність позиції Росії та продовження визнання виходу краю зі складу Сербії таким, що суперечить міжнародному праву [6].

Заперечення загального права на сецесію характерне для більшості представників доктрини міжнародного права [7], це підтверджується і правозастосовчою практикою [8]. В.Нанда зазначає про «невизначеність статусу сецесії, оскільки вона не є ні дозволеною, ані забороненою відповідно до міжнародного права» [9]. Міжнародний Суд ООН не вніс ясності, адже у згаданій справі визначив, що декларація незалежності Косова не порушує міжнародного права, оскільки воно не містить заборони видавати такі акти [10].

Б.Коп стверджує, що хоча Організація Об'єднаних Націй та її держави-члени не підтримують одностороннє відділення території, у світлі подій, які відбулись у Косово і Східному Тиморі, а також рішення Верховного суду Канади 1998 р. щодо вимог про сецесію Квебека, можна вказати, що визнання правомірності сецесії можливе при існуванні виняткових умов.

© О.В. Задорожній, 2014

Такими винятковими обставинами є звільнення від колоніальної залежності, наявність у державі недемократичних, авторитарних режимів, які грубо та систематично порушують права людини [11].

А.Б'юкенен вважає, що право на відділення повинно розглядатися як «останній, крайній засіб при серйозних порушеннях». Він зазначає про існування надзвичайно обмеженого переліку випадків, коли етнічна група може правомірно претендувати на сецесію. Власне, цих випадків всього два: «постійні і серйозні порушення прав людини» і «неправомірне захоплення території» [12].

Згідно із позицією Дж.Харріс, відповідно до практики держав, що найбільш часто використовувалась для аналізу сецесії Боснії і Герцеговині, Хорватії та Македонії, групи в рамках існуючих держав можуть відокремитися в контексті реалізації права на самовизначення, лише якщо дотримані такі критерії: (1) існування окремої, визначеної, самостійної групи в державі, що в переважній більшості підтримує відділення; (2) законні вимоги цієї групи на відповідну територію; (3) систематична дискримінація або експлуатація по відношенню до цієї групи; (4) відмова центрального уряду від компромісних рішень; (5) виразна перспектива життєздатності майбутньої окремої держави; і (6) позитивний вплив надання або відмови від надання незалежності на регіональний та міжнародний мир, проведення демократичних процедур з відділення при повазі прав людини [13].

Російський дослідник М.Явкін вважає, що «зовнішнє самовизначення» (сецесія) може вважатися законним, якщо влада держави унеможливлює «внутрішнє» самовизначення, тобто допускає масові порушення прав людини або систематичну дискримінацію, і якщо немає іншого способу змінити ситуацію, що склалася [13].

М.-Х. Бокарра, узагальнюючи існуючі підходи, вказує, що теорія самовизначення у міжнародному праві допускає три випадки, при яких визнається право на проголошення незалежності:

a) світом визнається право на самовизначення колоній, тобто країн колонізованих іноземними силами;

b) таке право визнають за окупованими територіями;

c) на певній частині якоїсь держави відбуваються екстремальні події (систематичні порушення прав людини, знущання над цивільним населенням, відмова у праві голосувати, мати своїх представників у центральному уряді). У такому випадку можна говорити про право на самовизначення та самоврядування або припинення порушення прав людини [14].

Подібні підходи підтримуються самою Російською Федерацією як державою [15], яка, навіть аргументуючи свої дії з анексії частини території України, все ж вказує: «У практиці держав в цілому склався консенсус щодо того, що самовизначення народів, як правило, має відбуватися все ж в рамках існуючих держав, зокрема шляхом досягнення автономії. Здійснення ж права на відділення може мати місце в трьох випадках: у колоніальному контексті, у ситуації іноземної окупації і в «найбільш екстремальних ситуаціях» [16]. Що розуміється Російською Федерацією під «найбільш екстремальними ситуаціями» вже було роз'яснено у Письмовій заяві РФ до Міжнародного Суду ООН у зв'язку із розглядом справи щодо Косова від 17.04.2009 р. В ній, зокрема, зазначалось: «Сецесія можлива у випадку справді екстремальних обставин, таких як прямий збройний напад держави, від якої відбувається відділення, напад, що загрожує самому існуванню відповідного народу. В іншому випадку, повинні бути докладені всі зусилля для того, щоб розв'язати суперечності між державою та етнічною спільнотою в межах існуючої держави» [17].

У «Правовому обґрунтуванні позиції Російської Федерації щодо Криму та України» зазначено: «Після незаконного і насильницького захоплення влади в Україні ситуація в плані можливості реалізації права на самовизначення в рамках української держави суттєво погіршилася. Україною прокотилася хвиля вбивств, масових розправ, катувань, викрадень людей, нападів на журналістів і правозахисників, ув'язнення з політичних мотивів, кричущих інцидентів з явно расистським, в тому числі антиросійським і антисемітським підтекстом, які чиняться за наказом або з мовчазної згоди влади в Києві. Серед іншого, групою осіб, щодо яких є підстави вважати, що вони контролюються незаконною владою Києва, була зроблена спроба повалення законної влади Криму.

Влада в Києві не представляє весь український народ, а тим більше населення Криму, не здійснює ефективний контроль над територією і не забезпечує правопорядок. У цих умовах 17 березня Верховна Рада Республіки Крим, виходячи з прямого волевиявлення народу Криму в ході референдуму, що відбувся 16 березня, прийняла рішення про проголошення Криму неза-

лежною суверенною державою – Республікою Крим, в якій Севастополь є містом з особливим статусом. 18 березня Республіка Крим уклала міжнародний договір з Росією про входження до її складу» [18].

По-перше, слід вказати на пряме протиріччя цієї позиції позиції самої ж Російської Федерації щодо справи про Косово [19]. Стосовно Криму РФ вказала лише на «діяльність групи осіб, щодо яких є підстави вважати, що вони контролюються незаконною владою Києва, що зробила спробу повалення законної влади Криму», а також на те, що центральна влада «не здійснює ефективний контроль над територією і не забезпечує правопорядок», але ці обставини, навіть якщо б вони не були неправдивими, значно відрізняються від «прямого збройного нападу держави, що загрожує самому існуванню відповідного народу», про який Росією зазначалось як про виключну обставину правомірності сецесії у справі щодо Косова.

По-друге, висловлювання про насильство по відношенню до кримчан або незабезпечення українською владою правопорядку самі по собі є спекулятивними і такими, що не ґрунтуються на жодних фактичних обставинах. Достатньо чітко з цього приводу висловилась Парламентська Асамблея Ради Європи у своїй резолюції з «кримського питання». На думку Асамблеї, жоден з аргументів, використаних Російською Федерацією для того, щоб виправдати свої дії, не ґрунтується на фактах і доказах. Не було ані встановлення ультраправими контролю над центральним урядом у Києві, ані безпосередньої загрози для прав російської етнічної меншини в країні, в тому числі в Криму. Враховуючи, що ні сепаратизм, ні ідея входження до складу Російської Федерації не були поширені і не мали широкої підтримки в політичному порядку денному серед населення Криму до російської військової інтервенції, Асамблея вказала, що прагнення до відокремлення та інтеграції до складу Росії було спровоковано і підбурювалось владою РФ під прикриттям військової інтервенції [20].

Втім, Росія, у зв'язку з неможливістю довести «насильство» української влади по відношенню до Криму, продемонструвала й іншу риторику. Міністр закордонних справ С.Лавров 14.03.2014 р. заявив: «Те, що в Криму усіма відзначається відсутність яких-небудь серйозних правопорушень, обумовлюється саме тим, що були прийняті додаткові заходи, що народні дружини самооборони були повні рішучості не допустити повторення того, що трапилося на майдані, де, до речі, продовжує залишатися наметовий табір» [21]. Тобто, офіційна Москва фактично закликала ігнорувати відсутність порушень прав людини у Криму з боку української влади, хоча і усвідомлюючи, що це унеможливлює тези про «виключні обставини».

Після того, як Президент Росії В.Путін визнав, що «референдум» у Криму був проведений завдяки присутності російських військ («За спиною сил самооборони Криму, звичайно, стояли наші військовослужбовці. Вони діяли дуже коректно, рішуче і професійно. Без них провести референдум було неможливо») [22], стало очевидним, що їхні дії мали на меті не захист від порушень прав людини, а проведення «референдуму» та здійснення «самовизначення» як складових операції із анексії півострова Російською Федерацією.

Аргументуючи право Криму на відокремлення від України, В.Толстих посилається на те, що право на відділення виникає тоді, коли нація виявляється виключеною з внутрішньодержавного політичного спілкування, коли її воля не враховується при прийнятті політичних рішень.

На його думку, ряд фактів можуть свідчити про те, що після подій кінця лютого 2014 р. в Україні населення Криму виявилося саме в такому положенні: «По-перше, в результаті перевороту був усунений від влади президент, за якого в 2010 р. проголосували 78,24% виборців в АР Крим та 84,35% – у Севастополі (48,95% в Україні). По-друге, після перевороту була ініційована кампанія, спрямована проти двох парламентських партій – Партії регіонів, за яку в 2012 р. віддали свої голоси 52,26% виборців в АР Крим та 46,90% в Севастополі (30% на Україні), і Комуністичної партії України (19,41, 29,46% і 13,18% відповідно). Проти даних партій були висунуті політичні звинувачення; відносно окремих функціонерів були порушені кримінальні справи; на партійні офіси та окремих членів партій були здійснені напади, в тому числі під час парламентських засідань. З фракції Партії регіонів вийшли близько 80 депутатів (було 187, на кінець квітня 2014 р. – 104). По-третє, після перевороту було сформовано перехідний уряд, що представляє лише дві з п'яти парламентських партій: «Батьківщину» і «Свободу», в сукупності отримали за результатами парламентських виборів 2012 р. 36% голосів виборців (до складу уряду увійшли 7 членів «Батьківщині», 4 члена «Свободи» і 9 безпартійних). По-четверте, майже всі гілки і рівні влади піддалися люстрації, за підсумками якої ключові посади були зайняті представниками політичних сил, причетних до перевороту. По-п'яте, нова влада відмовилася від проведення заходів з відновлення суспільного консенсусу (референдуму, дострокових парламентських виборів, скликання загальнонародного представницького органу). Прихильники

нової української влади стверджують, що переворот і зазначені заходи можуть бути виправдані антинародним характером попереднього режиму і складнощами перехідного періоду; дана аргументація, однак, не користується загальною підтримкою» [23].

Автор, розуміючи, що дії із відділення півострова від України не можна виправдати масовими порушеннями прав людини в Криму (просто через відсутність таких), робить наголос на твердженні про виключення населення півострова з політичних процесів в нашій державі: «Мета принципу самовизначення полягає в тому, щоб забезпечувати участь волі людей в політичному процесі, а не в тому, щоб забезпечувати дотримання їхніх прав (цю функцію виконує принцип прав людини). Принцип самовизначення, звичайно, страждає, коли порушуються політичні права; проте він не обов'язково страждає, коли порушуються інші права. І, навпаки, дотримання прав людини не є доказом участі в політичному спілкуванні всіх уповноважених суб'єктів. У цьому зв'язку принцип самовизначення не повинен підмінятися або витіснятися принципом прав людини» [23].

Про те, що «влада в Києві не представляє весь український народ, а тим більше населення Криму» йдеться і у «Правовому обґрунтуванні». Таким чином, йдеться про тлумачення положень Декларації про принципи міжнародного права 1970 р. як таких, що не забороняють порушення територіальної цілісності або політичної єдності суверенних і незалежних держав, які не дотримуються у своїх діях принципу рівноправності і самовизначення народів, і мають уряди, що не представляють незалежно від раси, віросповідання чи кольору шкіри весь народ, який проживає на даній території [24].

Видається, що наведена аргументація базується на перекручуванні фактів та норм міжнародного права. По-перше, після укладення відомої угоди із Януковичем [25], за посередництва в тому числі представника РФ Лукіна, перший самовільно залишив територію України, відмовившись дотримуватись угоди і самоусунувшись від виконання обов'язків президента. Так само вчинив тодішній прем'єр-міністр М.Азаров, міністри та інші представники оточення Януковича. У цій ситуації немає жодних підстав стверджувати про «державний переворот».

По-друге, підтримка Януковича більшістю громадян України, які проживають у Криму з тих, що прийняли участь у голосуванні на виборах 2010 р. аж ніяк не може вважатись обставиною, яка свідчить про «виключення кримчан із внутрішньодержавного спілкування». Парламент, зі складу якого не було виключено жодного депутата, обраного у Криму за мажоритарною системою у 2012 р., або представника парламентських партій (Партія регіонів та Комуністична партія України), за якого на тих же виборах віддали голоси мешканці півострова, залишився легітимним органом влади і продовжив представляти весь народ України, в тому числі і кримчан. Верховна Рада, відповідно до ст. 75 Конституції України є єдиним органом законодавчої влади [27]; представницьким органом всього народу України.

Парламентом, до проведення позачергових виборів президента держави, було обрано виконуючого обов'язки президента, в тому числі і за допомогою голосів представників Партії регіонів.

По-третє, не наведено конкретних прикладів «кампанії» проти вказаних партій; водночас, ані відкриття кримінальних справ щодо окремих членів тієї чи іншої партії, ані сутички у Верховній Раді, ані вихід депутатів із фракцій аж ніяк не може означати «виключенням із внутрішньодержавного спілкування» населення того чи іншого регіону. За такою логікою таке «виключення» відбувається щодо мешканців будь-якого регіону, більшість з яких голосували за партії, ті чи інші члени яких підозрюються у порушенні національного законодавства, залишають фракцію, беруть участь у сутичках у парламенті тощо.

Що ж стосується участі в новому уряді представників тих парламентських партій, за які на півострові проголосувала меншість населення, то ця обставина також ніяким чином не свідчить про «виключення населення Криму із внутрішньодержавного спілкування»: знову ж таки, за цією логікою, будь-яке формування нового уряду супроводжується таким «виключенням» населення якоїсь з адміністративно-територіальних одиниць.

Не змінює ситуації і те, що до складу уряду увійшли представники лише двох парламентських партій, адже саме за такий склад проголосувала більшість депутатів Верховної Ради України, партійна приналежність урядовців могла бути будь-якою, або, як зазначає сам М.Толстих, вони могли бути і безпартійними (таких взагалі було більше, аніж представників якоїсь із партій).

По-четверте, про порушення колективних прав населення півострова не може бути й мови і у зв'язку із тим, що Крим є єдиною автономною республікою в складі України, і, як зазначалось, представлений депутатами у Верховній Раді, які небезуспішно просувають свої законот-

ворчі ініціативи. Відповідно, можливості самовизначення в рамках єдиної держави відповідно до концепції «внутрішнього самовизначення» далеко не вичерпані. Статус Криму як автономної республіки не вимагає жодних «заходів з відновлення суспільного консенсусу (референдуму, дострокових парламентських виборів, скликання загальнонародного представницького органу)».

Висновки. Отже, фактичні обставини свідчать про відсутність у Криму подій, які вважаються «екстремальними» і можуть бути аргументами на користь визнання правомірності сецесії (систематичні порушення прав людини, знущання над цивільним населенням, відмова у праві голосувати, мати своїх представників у центральному уряді).

Однак навіть при застосуванні максимально широкого переліку критеріїв правомірності відділення (існування окремої, визначеної, самостійної групи в державі, що в переважній більшості підтримує відділення; законні вимоги цієї групи на відповідну територію; систематична дискримінація або експлуатація по відношенню до цієї групи; відмова центрального уряду від компромісних рішень; наявна виразна перспектива життєздатності майбутньої окремої держави; позитивний вплив надання або відмови від надання незалежності на регіональний та міжнародний мир, проведення демократичних процедур з відділення при повазі прав людини), очевидно, що жоден з них не відповідає подіям в АРК.

Список літератури:

1. Written submissions of the Kingdom of Netherlands // International Court of Justice. – 17.04.2009. – P. 7.
2. Written submissions of Germany// International Court of Justice. – 17.04.2009. – P. 32.
3. Written submissions of the Switzerland // International Court of Justice. – 15.04.2009. – P. 14.
4. Written submissions of Ireland // International Court of Justice. – 15.04.2009. – P. 14.
5. Россия поддержала позицию Сербии по Косово в Международном суде // Сообщение РИА Новости. – 8.12.2009.
6. Путин: позиция России по Косову остается «принципиальной» // Радио Свобода [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.svoboda.org/content/article/26640933.html
7. Crawford J. The Creation of States in International Law // Oxford University Press. – pp. 388-391.
8. Reference re secession of Quebec (1998) 2 S. C. R. 217, para 131.
9. Nanda V. Self-Determination and Secession Under International Law // Denver Journal of International Law and Polity. – 2000-2001. – Vol. 2. – P. 29, 305.
10. Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, Advisory Opinion, I.C.J. Reports. – 2010. – P. 403.
11. Cop B., Eymirlioglu D. The Right of Self-Determination in International Law Towards The 40th Anniversary Of The Adoption of ICCPR And ICESCR // Perceptions, Winter Edition. – 2005. – P. 130.
12. Steiner H., Alston P. International Human Rights in Context (New York: Oxford University Press, 2000. – pp. 1252-1253.
13. Harris J. Kosovo: An Application of the Principle of Self-Determination // Washington College of Law [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.wcl.american.edu/hrbrief/v6i3/kosovo.htm
14. Явкин Н.В. Проблема обеспечения единства и территориальной целостности государства в условиях борьбы народов за самоопределение // автореф. дисс. к. ю. н. – МГУ им. Н. Огарева. – 2004. – С. 4.
15. Boccara M.-H. A right to self-determination and a privilege to independence: a legal assessment of the prospects for peace & security in the Middle East // Uppsala universitet, 2007. – 294 p. – pp. 128-132.
16. Правовые обоснования позиции России по Крыму и Украине // Министерство иностранных дел Российской Федерации. – 27.10.2014. – С. 1.
17. Reference re Secession of Quebec // SCR. – №2. – 1998. – P. 217.
18. Written Statement of the Russian Federation to the International Court of Justice // Ambassador of the Russian Federation to The Kingdom of Netherlands. – 16.04.2009. – 43 p.
19. Правовые обоснования позиции России по Крыму и Украине // Министерство иностранных дел Российской Федерации. – 27.10.2014. – С. 1.
20. Written Statement of the Russian Federation to the International Court of Justice // Ambassador of the Russian Federation to The Kingdom of Netherlands. – 16.04.2009. – 43 p.
21. The illegal annexation of Crimea has no legal effect and is not recognised by the Council of Europe // Council of Europe official site [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.assembly.coe.int/nw/xml/News/News-View-EN.asp?newsid=4975&lang=2&cat=8
22. Лавров С.: Крым еще более особый случай, чем Косово // Взгляд. – 14.03.2014.
23. Путин признал «зеленых человечков» в Крыму, но не власти в Киеве // РИА «Новости» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://ria.ru/politics/20140417/1004350739.html
24. Толстых В.Л. Воссоединение Крыма с Россией: правовые квалификации // Евразийский юридический журнал. – 2014. – № 5 (72). – С. 43.
25. The Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations 1970 / UN official site [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://untreaty.un.org/cod/avl/ha/dpilfrcscun/dpilfrcscun.html

26. Угода про врегулювання кризи в Україні від 21.02.2014 р. // Еспресо [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://espreso.tv/article/2014/02/21/uhoda_opozyciyi_z_yanukovychem_povnyy_tekst
27. Конституція України, прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року (із змінами, внесеними Законами України від 8 грудня 2004 року N 2222-IV, від 1 лютого 2011 року N 2952-VI, від 19 вересня 2013 року №586-VII, від 21 лютого 2014 року N 742-VII) // Офіційне інтернет-представництво президента України http://www.president.gov.ua/content/constitution.html

Стаття надійшла 13.12.2014 р.

А.В. Задорожний, канд. юрид. наук, профессор
Киевский национальный университет им. Тараса Шевченко
кафедра международного права Института международных отношений
ул. Владимирская, 60, Киев, 01033, Украина

УСЛОВИЯ ПРАВОМЕРНОСТИ СЕЦЕССИИ КАК СПОСОБА РЕАЛИЗАЦИИ ПРАВА НА САМООПРЕДЕЛЕНИЕ

Резюме
В статье рассмотрены условия правомерности сецессии в современной теории и практике международного права в контексте так называемого «самоопределения народа Крыма». Подчеркнуто, что международное право не предусматривает таких условий сецессии которые провозглашались в качестве оправдания акта агрессии РФ и аннексии Крымского полуострова.

Ключевые слова: сецессия, самоопределение, международное право, массовые нарушения прав человека, аннексия.

O.V. Zadorozhnyy, Candidate of Juridical Sciences, Professor
Kiev National University T. Shevchenko
Department of International Law Institute of International Relations
60, Volodymyrska St., Kyiv, 01033, Ukraine

THE LEGITIMACY OF SECESSION CONDITIONS AS A WAY OF REALIZATION OF THE RIGHT TO SELF-DETERMINATION

Summary
The article discusses the legality of secession in the conditions of modern theory and practice of international law in the context of the so-called «self-determination of the people of the Crimea.» Stressed that international law does not provide for such conditions which proclaimed secession as an excuse for an act of aggression of Russia and the annexation of the Crimean peninsula.

Key words: secession, self-determination, international law, massive human rights violations, the annexation.

КОМЕНТАРІ ТА РОЗ'ЯСНЕННЯ ДО ЗАКОНОДАВСТВА

УДК 340.135

О.В. Гуляк, генерал-майор
начальник Військової академії (м.Одеса), аспірант
Одеський державний університет внутрішніх справ
вул. Успенська, 1, Одеса, 65014, Україна

НАПРЯМИ ВСЕБІЧНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДІЯЛЬНОСТІ ПІДРОЗДІЛІВ ЗБРОЙНИХ СИЛ УКРАЇНИ ПРИ ВВЕДЕННІ НАДЗВИЧАЙНИХ ПРАВОВИХ РЕЖИМІВ

В статті розглянуті напрями всебічного забезпечення діяльності підрозділів Збройних Сил України при введенні надзвичайних правових режимів. Проведено оцінку системи забезпечення Збройних Сил України. Надано висновки і визначено напрямок подальшого дослідження.

Ключові слова: Збройні Сили, надзвичайний правовий режим, надзвичайний (кризовий) період, фінансова система держави, підвищення обороноздатності країни.

Постановка проблеми. На сьогоднішній день спостерігається складність щодо організації забезпечення Збройних Сил (ЗС) України в особливий період, що обумовлено як зовнішніми (на державному рівні), так і внутрішніми (на рівні Міністерства оборони) чинниками. Має місце нераціональний розподіл ресурсів, що призводить до зниження рівня боєздатності ЗС України та військової безпеки держави, відсутність законодавчої бази щодо забезпечення ЗС України в особливий (кризовий) період. Тому розгляд сучасних тенденцій та напрямів розвитку забезпечення ЗС України в особливий (кризовий) період, визначення його місця в системі обороноздатності держави є актуальним.

Дії ЗС України під час введення надзвичайних правових режимів пов'язані з певними особливостями. Надзвичайні правові режими – це спеціальні правові режими життєдіяльності населення, здійснення господарської діяльності та функціонування органів влади на території, де виникла надзвичайна ситуація. Головним у їх змісті є те, що вони суттєво змінюють правовий статус суб'єктів цієї території, у деяких випадках – систему органів виконавчої влади й органів місцевого самоврядування, встановлюють заходи, які застосовуються для врегулювання ситуації.

Законодавство України передбачає три основні різновиди надзвичайних режимів: 1) надзвичайний стан; 2) надзвичайна екологічна ситуація; 3) воєнний стан.

Правову основу введення надзвичайних режимів та дій під час них підрозділів ЗС України, крім норм Конституції України, становлять Закони України: «Про правовий режим надзвичайного стану» від 16 березня 2000 року, «Про правовий режим воєнного стану» від 6 квітня 2000 року, «Про оборону України» від 6 грудня 1991 року, «Про мобілізаційну підготовку та мобілізацію» від 21 жовтня 1993 року, «Про Збройні Сили України» від 6 грудня 1991 року, а також нормативно-правові акти, що регулюють діяльність окремих органів державного управління в умовах надзвичайного стану.

Виклад основного матеріалу. Надзвичайний стан – це особливий правовий режим, який може тимчасово вводитися в Україні чи в окремих її місцевостях під час виникнення надзвичайних ситуацій техногенного або природного характеру не нижче загальнодержавного рівня, що зумовили чи можуть зумовити людські та матеріальні втрати, створюють загрозу життю й здоров'ю громадян, або під час спроби захоплення державної влади чи зміни конституційного ладу України шляхом насильства й передбачає надання відповідним органам влади, військовому командуванню та органам місцевого самоврядування відповідно до Закону України «Про правовий режим надзвичайного стану» [1, ст. 1] повноважень, необхідних для відвернення загрози й забезпечення безпеки та здоров'я громадян, нормального функціонування національної економіки, органів державної влади й органів місцевого самоврядування, захисту конституційного ладу, а також допускає тимчасове, обумовлене загрозою, обмеження в здійсненні конституційних прав і свобод людини й громадянина та прав і законних інтересів юридичних осіб із зазначенням строку дії цих обмежень.

© О.В. Гуляк, 2014

Воєнний стан – особливий правовий режим, що вводиться в Україні або в окремих її місцевостях у разі збройної агресії чи загрози нападу, небезпеки державній незалежності України, її територіальній цілісності та передбачає надання відповідним органам державної влади, військовому командуванню й органам місцевого самоврядування повноважень, необхідних для відвернення загрози та забезпечення національної безпеки, а також тимчасове, обумовлене загрозою, обмеження конституційних прав і свобод людини й громадянина та прав і законних інтересів юридичних осіб із зазначенням строку дії цих обмежень [2, ст. 1].

Особливий період – період функціонування національної економіки, органів державної влади, інших державних органів, органів місцевого самоврядування, ЗС України, інших військових формувань, сил цивільного захисту, підприємств, установ і організацій, а також виконання громадянами України свого конституційного обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України, який настає з моменту оголошення рішення про мобілізацію (крім цільової) або доведення його до виконавців стосовно прихованої мобілізації чи з моменту введення воєнного стану в Україні або в окремих її місцевостях та охоплює час мобілізації, воєнний час і частково відбудовний період після закінчення воєнних дій [3, ст. 1].

Аналіз останніх досліджень і публікацій щодо організації забезпечення підрозділів ЗС України в особливий період показує, що зазначені вище питання потребують подальшого як теоретичного, так і організаційно-правового розроблення.

Основною метою переведення підрозділів у вищі ступені бойової готовності, є переведення підрозділів на організацію і штати воєнного часу, їх доукомплектування особовим складом, озброєнням, технікою, поповнення запасами матеріальних засобів, приведення озброєння та техніки у готовність до бойового застосування, проведення бойового злагодження, формування і злагодження нових органів управління, підрозділів і установ.

Необхідно зазначити, що бойова готовність підрозділів ЗС України у мирний час забезпечується:

– наявністю в штабах усіх рівнів ретельно відпрацьованих планів відмобілізування і приведення у відповідні ступені бойової готовності, які повинні постійно уточнюватися, а також повністю підготовлених і забезпечених належним

чином мобілізаційних ресурсів для швидкого доукомплектування підрозділів;

– знанням і розумінням командирами, штабами, а також усім особовим складом у необхідному обсязі майбутніх бойових завдань і попередньою, ще в мирний час, підготовкою до їх виконання;

– постійною оцінкою обстановки і передбаченим її розвитком, умілою організацією та чітким несенням бойового чергування і бойової служби, своєчасним накопичуванням чергових сил і засобів;

– підтриманням у необхідній готовності для бойового застосування озброєння та техніки;

– своєчасним переозброєнням військ новою технікою і зброєю, оволодінням ними особовим складом;

– постійною готовністю для відбиття можливого раптового нападу противника, відмобілізуванням і діями за призначенням [4, ст. 1].

У зв'язку з надзвичайною обстановкою особливого періоду та можливого раптового нападу агресора, повинні бути вжиті всі заходи щодо забезпечення необхідної готовності наших військ, щоб максимально знизити ефективність перших ударів противника і забезпечити організований вступ своїх військ у війну за будь-яких умов обстановки. Але при цьому необхідно узяти до уваги, що у мирний час утримувати в повній готовності до дій підрозділи видів ЗС, родів військ, спеціальних військ і тилу, враховуючи політичні, економічні, соціальні та інші фактори, дуже скрутно і через те недоцільно. Їх склад і рівень бойової готовності повинні відповідати оборонній достатності, забезпечувати швидке виконання мобілізації і оперативне розгортання військ, не допускати раптових ударів противника, успішно вирішувати завдання як в перших оборонних операціях, так і в наступних контрнаступальних (наступальних) операціях початкового періоду війни. Для цього в підрозділах, які є у складі оперативно-територіальних командувань, визначена частина військ утримується на бойовому чергуванні практично в готовності до негайних дій, необхідна частина підрозділів – у постійній готовності в чисельності і організації, наближеній до воєнного часу. Підрозділи скороченого складу необхідно мобілізувати у визначені строки.

Стратегічне розгортання включає переведення ЗС України з мирного на воєнний стан, оперативне розгортання військ (сил), перегрупування військ (сил) та розгортання першочергових стратегічних резервів. Стратегічне розгортання полягає в передачі під єдине командування формувань, які входять до складу військової організації держави, у їх доукомплектуванні у визначені терміни особовим складом, у дозабезпеченні озброєнням і військовою технікою, в попо-

вненні матеріальними засобами за рахунок ресурсів, накопичених у мирний час, у злагодженні підрозділів та частин і підготовці їх до вирішення поставлених бойових завдань, у створенні угруповань сил та засобів згідно із стратегічним задумом [5, ст. 10].

Основними шляхами, які забезпечать готовність ЗС України для виконання завдань за призначенням, є:

− формування багатофункціональних, мобільних з'єднань і військових частин ЗС України на основі модульного принципу, з можливістю створення бригадних, батальйонних тактичних груп на базі штатних підрозділів різних родів військ, приведення до визначених показників;

− збільшення питомої ваги бойових частин, з'єднань і військових частин постійної готовності та зменшення питомої ваги структур логістики, установ і організацій, інших забезпечуючих військових частин і установ;

− виведення зі складу видів ЗС України арсеналів, баз і складів, військових частин забезпечення загальновійськової номенклатури та передача їх до складу Об'єднання сил забезпечення.

Формування на базі решти арсеналів, баз і складів, військових частин центрів забезпечення за номенклатурами відповідних видів ЗС України.

За розрахунками, формування визначених функціональних структур забезпечить надійне виконання покладених на ЗС України завдань при введенні надзвичайно-правових режимів, дозволить привести їх склад та чисельність у відповідність до економічних і мобілізаційних можливостей держави, забезпечить раціональне використання людських, матеріальних, фінансових та інших ресурсів [6, с. 183].

Напрями забезпечення діяльності ЗС України, інших військових формувань та правоохоронних органів спрямовуються на створення умов їх ефективного функціонування, використання наявних матеріальних, фінансових, кадрових, інформаційних та інших ресурсів відповідно до законодавства. Економічне забезпечення військової безпеки України здійснюється в межах економічних і фінансових можливостей держави шляхом формування та реалізації науково обґрунтованої військово-економічної, військово-технічної і військово-промислової політики.

Головною метою економічного забезпечення військової безпеки України є всебічне задоволення потреб ЗС України, інших військових формувань та правоохоронних органів у фінансових і матеріальних ресурсах при раціональному обсязі оборонних витрат держави.

Основні принципи забезпечення підрозділів ЗС України в особливий період: відповідність характеру, масштабів, пріоритетів і спрямованості військово-економічної діяльності держави потребам військової безпеки, а також фінансово-економічним можливостям України; спрямування необхідних фінансових, матеріально-технічних та інтелектуальних ресурсів для вирішення ключових завдань забезпечення підрозділів ЗС України в особливий період; створення сприятливих умов для функціонування підприємств, установ та організацій, які визначають виробничо-технологічну і науково-технічну стабільність оборонно-промислового комплексу України; забезпечення науково-технічного, технологічного, інформаційного і ресурсного потенціалу у розробленні та виробництві основних видів військової продукції.

Основні напрями економічного забезпечення діяльності підрозділів ЗС України: своєчасне (у межах наявних оборонних ресурсів держави) виконання програм реформування і розвитку та планів підготовки і застосування ЗС України, інших військових формувань; оптимізація витрат оборонних ресурсів та здійснення контролю за їх використанням; розвиток науково-технічної, технологічної і виробничої бази оборонно-промислового комплексу; забезпечення створення, виробництва та вдосконалення (модернізації) озброєння і військової техніки; зменшення залежності України від поставок з інших держав озброєння і військової техніки та матеріально-технічних ресурсів; забезпечення функціонування і вдосконалення мобілізаційної підготовки національної економіки; формування та підтримання в належному стані державного матеріального резерву, резервних фондів грошових коштів; формування та здійснення взаємовигідного міжнародного військово-політичного, військового і військово-технічного співробітництва, виконання міжнародних договорів України у військово-економічній сфері; забезпечення соціального та правового захисту військовослужбовців і членів їх сімей, працівників ЗС України, інших військових формувань та правоохоронних органів; розвиток системи воєнно-економічного аналізу і прогнозування фінансових, матеріальних потреб для забезпечення обороноздатності України.

Військово-технічна політика держави спрямовується на підтримання у боєздатному стані, модернізацію, розроблення та оснащення ЗС України, інших військових формувань системами озброєння і військової техніки, що становлять основу їх бойового потенціалу.

Пріоритетні напрями забезпечення ЗС України, інших військових формувань озброєнням і військовою технікою:

- створення ефективних систем (комплексів, зразків) озброєння і військової техніки для розв'язання завдань ЗС України, інших військових формувань з урахуванням реальних економічних можливостей держави;
- підтримання наявного озброєння і військової техніки у боєздатному стані;
- гарантоване постачання ЗС України, іншим військовим формуванням сучасних високоефективних видів озброєння і військової техніки;
- запобігання військово-технічному і технологічному відставанню України у розвитку основних видів озброєння і військової техніки, які можуть вироблятися в Україні і бути конкурентоспроможними на світовому ринку зброї;
- формування науково-технічної бази в галузі фундаментальних і пошукових досліджень, у тому числі технологій подвійного призначення;
- створення сприятливих умов мобілізаційного розгортання промисловості для виробництва озброєння і військової техніки у необхідних обсягах;
- проведення раціональної конверсії та реструктуризації оборонно-промислового комплексу;
- зниження рівня залежності України у військово-технічній сфері від інших держав;
- розвиток військово-технічного співробітництва, формування збалансованого експорту та імпорту продукції військового призначення і товарів подвійного використання;
- проведення випробувань та сертифікації озброєння і військової техніки.

Основними методичними підходами з підготовки до функціонування фінансової системи держави та її ЗС в особливий (кризовий) період можна вважати:

- удосконалення законодавчої та нормативно-правової бази з питань економічного забезпечення збройних сил та інших військових формувань в особливий період;
- оцінку економічного та оборонного потенціалу України, стану її фінансової системи з позиції їх готовності до забезпечення виконання завдань особливого періоду;
- визначення обсягу і пріоритетів державних видатків на фінансування заходів з підготовки ОПК до функціонування в умовах особливого періоду;
- визначення обсягу бюджетних коштів, які можуть бути спрямовані на забезпечення застосування ЗС України та інших військових формувань в особливий період;
- визначення порядку отримання і використання бюджетних коштів (переважно безготівкові розрахунки);
- визначення порядку укладання контрактів на виконання підприємствами, установами і організаціями державних оборонних замовлень та їх фінансування;
- переведення з річного на місячне фінансове планування та фінансове забезпечення;
- накопичення фінансових ресурсів та їх спрямування на забезпечення заходів з мобілізаційної підготовки [7, с. 9].

Виходячи з досвіду провідних країн світу були виділені наступні шляхи вдосконалення фінансової системи держави та її ЗС, які можуть бути використані при розробці законодавчо-нормативної бази:

- визначення чинників, показників та критеріїв, які впливають на діяльність фінансової системи держави та її ЗС;
- розробка механізму щодо спрощення процесу управління фінансовим забезпеченням ЗС України в особливий (кризовий) період;
- відновлення механізму розрахунково-касового обслуговування військовослужбовців, що знаходяться в районах локальних конфліктів через польові установи Національного банку з використанням пластикових карток [8, с. 20].

При розробленні нормативної бази щодо функціонування фінансової системи держави та її ЗС в особливий (кризовий) період слід враховувати історичний і загальносвітовий досвід, а саме: фінансова система мирного часу має при настанні особливого (кризового) періоду залишатися стабільною і бути спроможною без суттєвих структурних та організаційних змін максимально швидко мобілізувати фінансові ресурси для забезпечення потреб держави.

Висновки та пропозиції. Пропонується внести зміни в законодавчо-нормативну базу України, а саме: в Указі Президента України «Про Положення про Державну казначейську службу України» визначити особливості державної політики у сфері казначейського обслуговування бюджетних коштів в особливий період; у Законі України «Про Національний банк України» визначити порядок кредитування підприємств, установ та організацій, які будуть виконувати державне оборонне замовлення в особливий період та визначити нові додаткові функції Національного банку України в особливий період (зокрема: ввести мораторій на виплату банківських депозитів, припинити кредитування Фонду гарантування вкладів фізичних осіб, при

цьому визначити чіткий механізм повернення коштів, які були залучені для задоволення потреб держави у фінансових ресурсах в особливий період).

Для реалізації пропозицій, спрямованих на покращення діяльності фінансової системи держави та її ЗС в особливий (кризовий) період, пропонується внести зміни про фінансове господарство військової частини ЗС України в особливий період до Положення про фінансове господарство військової частини ЗС України затверджене Наказом Міністра оборони України від 12 листопада 2010 року № 590 та Положення про фінансове господарство розпорядника бюджетних коштів нижчого рівня (другого ступеня) за кошторисом Міністерства оборони України затверджене Наказом Міністра оборони України від 9 листопада 2009 року № 550 стосовно особливостей взаємодії, завдання та відповідальності розпорядників бюджетних коштів, відповідальних виконавців бюджетних програм, служб забезпечення та їх фінансових органів в особливий період.

Вдосконалення системи забезпечення ЗС України щодо функціонування в особливий (кризовий) період та визначення його місця у фінансовій системі держави буде сприяти підвищенню обороноздатності країни.

Список літератури

1. Про правовий режим надзвичайного стану : Закон України від 16 березня 2000 року // Відомості Верховної Ради України. – 2000. – № 23. – Ст. 176.
2. Про правовий режим воєнного стану : Закон України від 6 квітня 2000 року // Відомості Верховної Ради України. – 2000. – № 28 – Ст. 224.
3. Про оборону України : Закон України від 06 грудня 1991 року // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 9, Ст. 106.
4. Про мобілізаційну підготовку та мобілізацію : Закон України від 21 жовтня 1993 року // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 44. – Ст. 416.
5. Про Збройні Сили України : Закон України від 06 грудня 1991 року. // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 9. – Ст. 108.
6. Семенихін І. М. Організація фінансового забезпечення військ : навчальний посібник / І. М. Семенихін, В. Л. Рехтюк. – К. : НАОУ, 2004. – 423 с.
7. Шкідченко В. П. Роль Генерального штабу в загальній системі стратегічного керування / В. П. Шкідченко // Наука і оборона. – 1999. – № 3. – С. 7-12.
8. Стрельников В. І. Тенденції розвитку Військово-Повітряних Сил України з урахуванням досвіду воєнних конфліктів кінця XX сторіччя / В. І. Стрельников // Наука і оборона. – 2000. – № 2. – С. 16-22.

Стаття надійшла 20.12.2014 р.

О.В. Гуляк, генерал-майор
начальник Военной академии (г. Одесса), аспирант
Одесский государственный университет внутренних дел
ул. Успенская, 1, г. Одесса, 65014, Украина

НАПРАВЛЕНИЯ ВСЕСТОРОННЕГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ПОДРАЗДЕЛЕНИЙ ВООРУЖЕННЫХ СИЛ УКРАИНЫ ПРИ ВВЕДЕНИИ ЧРЕЗВЫЧАЙНЫХ ПРАВОВЫХ РЕЖИМОВ

Резюме

Для совершенствования системы обеспечения ВС Украины относительно функционирования в особый (кризисный) период и его места в финансовой системе государства в статье предлагается внести изменения в законодательно-нормативную базу Украины относительно определения порядка кредитования предприятий, учреждений и организаций, которые будут выполнять государственный оборонный заказ в особый период и определить новые дополнительные функции Национального банка Украины, что будет способствовать повышению обороноспособности страны.

Ключевые слова: Вооруженные Силы, чрезвычайный правовой режим, особый (кризисный) период, финансовая система государства, повышение обороноспособности страны

O.V. Gulyak, Major-General
Chief of the Military Academy (Odessa), Postgraduate
Odesa State University of Internal Affairs
1, st. Uspenskaya, Odessa, 65014, Ukraine

THE DIRECTIONS OF COMPREHENSIVE ENSURING ACTIVITY OF DIVISIONS OF THE ARMED FORCES OF UKRAINE AT INTRODUCTION OF EXTRAORDINARY LEGAL REGIMES

Summary

To improve the system of Ukrainian Armed Forces on the operation in a special (crisis) period and its place in the financial system of the state, the article proposes to amend the legislative and regulatory framework of Ukraine concerning the definition of the order of lending to enterprises, institutions and organizations that will fulfill the state defense order in particular period and to identify new functions of the National Bank of Ukraine, which will enhance the country's defense.

Key words: Armed Forces, extraordinary legal regime, special (crisis) period, financial system of the state, increase of defense capability of the country.

УДК 342.95

О.І. Миколенко, докт. юрид. наук, професор
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова
кафедра адміністративного та господарського права
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

НОРМИ АДМІНІСТРАТИВНО-ДЕЛІКТНОГО ТА МІГРАЦІЙНОГО ЗАКОНОДАВСТВА: ПРОБЛЕМИ ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ

В статті розглянуті колізії чинного законодавства щодо кваліфікації правопорушень, передбачених ст. ст. 205 і 206 КУпАП, та розкриті проблеми адміністративно-юрисдикційної діяльності органів Державної міграційної служби України.

Ключові слова: іноземці, особи без громадянства, адміністративна відповідальність, кваліфікація правопорушення, міграційне законодавство.

Постановка проблеми. В територіальних підрозділах Державної міграційної служби України (далі – ДМС України) посадовими особами при складанні адміністративних протоколів неоднозначно застосовуються норми ст.ст. 205, 206 Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП) та кваліфікуються дії правопорушників. Також виникають труднощі з визначенням кваліфікуючих ознак суб'єктів вказаних правопорушень. У зв'язку з цим, виникає необхідність аналізу положень КУпАП з урахуванням особливостей чинного міграційного законодавства України та у висловленні авторського бачення вирішення проблем щодо неоднозначного застосування норм адміністративно-деліктного законодавства при кваліфікації дій правопорушників.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблему адміністративної відповідальності за порушення в сфері міграційного законодавства досліджували О. М. Бандурка, Ю. П. Битяк, І. П. Голосніченко, Є. В. Додін, А. П. Комзюк, Л. В. Коваль, С. Ф. Константінов, В. К. Колпаков, О. В. Кузьменко, В. І. Олефір, В. Ф. Опришко та ряд інших видатних вчених. Але переважна більшість із них досліджували загальні засади адміністративної відповідальності, торкаючись специфіки притягнення осіб до адміністративної відповідальності за правопорушення в сфері міграційного законодавства тільки епізодично.

Метою написання статті є висвітлення проблем правозастосування органами ДМС України положень ст. ст. 205 і 206 КУпАП та аргументація ймовірних шляхів вирішення існуючих проблем.

Виклад основного матеріалу. Останні зміни, а вони були і єдиними, у зміст ст. ст. 205 і 206 КУпАП вносилися у 2001 році [1], тобто мова йде не про зміни щодо розміру санкцій зазначених статей, що відбувалися і в 2003, і в 2009 роках, а про зміни в диспозиції статей, які могли суттєво вплинути на кваліфікацію правопорушення.

Таким чином, з моменту прийняття КУпАП (7 грудня 1984 року), зазначені статті суттєво не змінювалися. Це свідчить про те, що:

– склад правопорушень, передбачених ст. ст. 205 і 206 КУпАП, є за своїм характером бланкетним, тобто для уточнення кваліфікуючих ознак правопорушення закон відсилає нас до інших нормативно-правових актів (як правило підзаконних). Це дає можливість законодавцю змінювати сутність правопорушення (тобто його кваліфікуючі ознаки), залишаючи незмінним зміст статей КУпАП. Існування бланкетних норм ускладнює тлумачення положень статей 205 і 206 КУпАП, адже досягнення теорії адміністративного права в цій сфері не приносять користі, а кваліфікація таких правопорушень залежить від чіткої правової регламентації відповідних процедур (тобто відсутність прогалин в законодавстві, суперечностей норм міграційного законодавства, використання єдиної термінології). Відсутність в законодавстві чітких правових процедур підштовхує суб'єктів правозастосовної діяльності до суб'єктивного тлумачення норм законодавства і, як результат, призводить до зловживань з боку держслужбовців. Обґрунтоване роз'яснення положень ст. ст. 205 і 206 КУпАП можливо дати лише на підставі комплексного дослідження всіх правотворчих і правозастосовних аспектів діяльності державних органів в міграційній сфері, в тому числі Державної міграційної служби України;

– законодавство щодо правового статусу іноземців та осіб без громадянства є динамічним, а тому дивує, що суттєві зміни, які відбулися за останні десятиліття в цій сфері, майже не відобра-

© О.І. Миколенко, 2014

зились на формулюванні ст. ст. 205 і 206 КУпАП. Тобто існує певне відставання адміністративно-деліктного законодавства від змісту міграційного законодавства України.

Термінологія, яка використовується при описанні кваліфікуючих ознак правопорушення, передбаченого ст. 205 КУпАП, є недосконалою. Наприклад, в законодавстві за останні 20 років використовувались терміни «реєстрація паспортного документу», «реєстрація в пункті пропуску через державний кордон», «реєстрація місця проживання (перебування)». Ст. 205 КУпАП використовує поняття «реєстрація», не уточнюючи його змісту. Такі важливі для кваліфікації питання повинні завжди деталізуватися в статтях КУпАП, які передбачають адміністративний проступок та санкцію за його вчинення.

Розглянемо доречність використання при кваліфікації діяння, передбаченого ст. 205 КУпАП, терміну «реєстрація паспортного документу».

Закон України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» від 4 лютого 1994 року [2], який втратив чинність на підставі Закону України від 22 вересня 2011 року [3], передбачав, що іноземці та особи без громадянства, які тимчасово перебувають в Україні, зобов'язані були зареєструвати свої паспортні документи, і виїхати з України після закінчення відповідного терміну перебування в порядку, що визначався Кабінетом Міністрів України, а саме Постановою Кабінету Міністрів України від 29 грудня 1995 р. № 1074 «Про Правила в'їзду іноземців та осіб без громадянства в Україну, їх виїзду з України і транзитного проїзду через її територію» [4] (Постанова втратила чинність на підставі Постанови КМ України № 150 від 15.02.2012 р. [5]).

Короткий аналіз цих нормативно-правових актів, які вже втратили чинність, дає можливість констатувати, що вони передбачали можливість реєстрації паспортного документу не тільки у пункті пропуску через державний кордон України, а й в органах внутрішніх справ, про що свідчать наступні положення:

– закріплювалось, що юридичні і фізичні особи, які приймають іноземців та осіб без громадянства, забезпечують своєчасне роз'яснення їм прав, свобод і обов'язків, передбачених законодавством України, ведуть відповідний облік цих осіб, а також несуть відповідальність за своєчасне оформлення документів на право їх перебування в Україні, пересування по території країни і виїзд з України після закінчення визначеного терміну (пункт 5 Постанови Кабінету Міністрів України від 29 грудня 1995 р.) [4];

– реєстрація національних паспортів іноземців, що прибували в Україну і контроль за додержанням іноземцями правил перебування в країні покладався на паспортну службу органів внутрішніх справ (абз. 4 п. 4 Положення про паспортну службу органів внутрішніх справ, затверджену Постановою Кабінету Міністрів України від 10 жовтня 1994 р. № 700) [6].

Ознайомлення з чинним міграційним законодавством показує, що за загальним правилом така реєстрація іноземців та осіб без громадянства здійснюється в пунктах пропуску через державний кордон України органами охорони державного кордону.

Інший порядок передбачається для:

– іноземців та осіб без громадянства, на яких поширюється дія Закону «Про біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту в Україні» (п. 3 ст. 16 Закону від 22 вересня 2011 року) [3]. Така реєстрація здійснюється Центральним органом виконавчої влади, що забезпечує реалізацію державної політики у сфері міграції (ДМС України);

– глав іноземних дипломатичних представництв і консульських установ, членів дипломатичного персоналу, консульських посадових осіб, адміністративно-технічного та обслуговуючого персоналу дипломатичних представництв і консульських установ та ін. (п. 5 ст. 16 Закону від 22 вересня 2011 року № 3773-VI) [3]. Реєстрація відповідних паспортних документів здійснюється в Міністерстві закордонних справ України та його представництвах;

– глави держав і урядів зарубіжних країн, члени парламентських та урядових делегацій, технічний персонал і ін. (п. 4 ст. 15 Закону від 22 вересня 2011 року № 3773-VI) [3]. Такі іноземці та особи без громадянства від реєстрації звільняються.

Тобто, в ст. 205 КУпАП не йде мова про відповідальність за порушення порядку своєчасної реєстрації паспортного документу, адже така реєстрація іноземців та осіб без громадянства здійснюється за загальним правилом в пунктах пропуску через державний кордон України органами охорони державного кордону.

Розглянемо доречність використання при кваліфікації діяння, передбаченого ст. 205 КУпАП, терміну «реєстрація місця проживання (перебування)».

Про те, який вид реєстрації слід враховувати при кваліфікації правопорушення, передбаченого ст. 205 КУпАП, дає уявлення ст. 222-2 КУпАП, яка закріплює, що Центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сферах міграції (імміграції та еміграції), у тому числі протидії нелегальній (незаконній) міграції, громадянства, реєстрації фізичних осіб,

розглядає справи про адміністративні правопорушення, пов'язані з порушенням законодавства про паспорт громадянина України, паспорт громадянина України для виїзду за кордон, законодавства про перебування в Україні іноземців та осіб без громадянства, про транзитний проїзд через територію України, а також питання щодо ***реєстрації місця проживання*** (статті 197-201, частина перша статті 203, статті 204, 205, 206 КУпАП).

Таким чином, при кваліфікації правопорушення, передбаченого ст. 205 КУпАП, слід керуватися Законом України «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні» [7], Положенням про Державну міграційну службу України від 6 квітня 2011 року [8] та Наказом Міністерства внутрішніх справ України «Про затвердження Порядку реєстрації місця проживання та місця перебування фізичних осіб в Україні та зразків необхідних для цього документів» від 22 листопада 2012 року [9].

Так пункт 2.1. Порядку реєстрації місця проживання та місця перебування фізичних осіб в Україні та зразків необхідних для цього документів від 22 листопада 2012 року передбачає, що іноземець чи особа без громадянства, які постійно або тимчасово проживають в Україні, зобов'язані протягом десяти днів після прибуття до нового місця проживання зареєструвати місце проживання. Реєстрація місця проживання особи здійснюється в день подання особою документів [9].

При цьому чинний Закон України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» чітко розрізняє два види іноземців і осіб без громадянства (стаття 1) [3]:

1) іноземці та особи без громадянства, які ***тимчасово перебувають на території України***, – іноземці та особи без громадянства, які перебувають на території Україні протягом дії візи або на період, установлений законодавством чи міжнародним договором України, або якщо строк їх перебування на території України продовжено в установленому порядку;

2) іноземці та особи без громадянства, які ***тимчасово проживають в Україні***, – іноземці та особи без громадянства, які отримали посвідку на тимчасове проживання, якщо інше не встановлено законом.

Отже, в ст. 205 КУпАП мова може йти виключно про іноземців та осіб без громадянства, які тимчасово проживають в Україні.

До того ж ст. 205 КУпАП визначає суб'єктів правопорушення через термін «громадяни, які запросили в Україну іноземців та осіб без громадянства». Виникає питання – до суб'єктів правопорушення відносяться лише громадяни України чи іноземці та особи без громадянства також? Вважаємо, що до громадян, які запросили в Україну іноземців та осіб без громадянства, слід відносити фізичних осіб (громадян України, іноземців та осіб без громадянства), які постійно проживають або тимчасово перебувають на території України у зв'язку з навчанням, стажуванням, роботою, або на інших законних підставах, та запросили і приймають іноземців та осіб без громадянства. Таке тлумачення «громадян, які запросили в Україну іноземців та осіб без громадянства» витікає з пункту 20 статті 1 Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» [3], де дається визначення «приймаючої сторони».

При кваліфікації правопорушення, передбаченого ст. 206 КУпАП, слід керуватися положеннями: Закону України «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні» [7], Порядку продовження строку перебування та продовження або скорочення строку тимчасового перебування іноземців та осіб без громадянства на території України, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 15 лютого 2012 р. [5] і Правил оформлення віз для в'їзду в Україну і транзитного проїзду через її територію, затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 1 червня 2011 р. [10].

Наприклад, ст. 2 Закону «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні» закріплює, що громадянам України, а також іноземцям та особам без громадянства, які на законних підставах перебувають в Україні, гарантуються свобода пересування та вільний вибір місця проживання на її території, за винятком обмежень, які встановлені законом [7].

До таких обмежень відносяться:

1) обмеження свободи пересування: у прикордонній смузі; на територіях військових об'єктів; у зонах, які згідно із законом належать до зон з обмеженим доступом; на приватних земельних ділянках; на територіях, щодо яких введено воєнний або надзвичайний стан; на окремих територіях і в населених пунктах, де у разі небезпеки поширення інфекційних захворювань і отруєнь людей введені особливі умови і режим проживання населення та господарської діяльності; на тимчасово окупованих територіях [7, ст. 12]. Ці обмеження стосуються іноземців та осіб без громадянства, які не мають законних підстав для перебування на території України, і іноземців, які перебувають у складі військових іноземних підрозділів і які мають статус військового.

2) обмеження вільного вибору місця проживання відбувається в адміністративно-територіальних одиницях, які знаходяться: у прикордонній смузі; на територіях військових об'єктів; у зонах, які

згідно із законом належать до зон з обмеженим доступом; на території, де у разі небезпеки поширення інфекційних захворювань і отруєнь людей введені особливі умови і режим проживання населення та господарської діяльності; на територіях, щодо яких введено воєнний або надзвичайний стан; на тимчасово окупованих територіях [7, ст. 13]. Вільний вибір місця проживання обмежується щодо іноземців та осіб без громадянства, які не мають законних підстав для перебування на території України.

Застосування положень ст. 206 КУпАП працівниками Державної міграційної служби України полягає в індивідуалізації правових норм щодо конкретних суб'єктів і конкретних випадків, тобто в установленні фактичних обставин справи і підборі правових норм, які відповідають цим обставинам. Пошук та аналіз таких норм з метою їх застосування до конкретного випадку є складовою правозастосування.

У зв'язку з цим, слід звернути увагу на те, що за ст. 206 КУпАП не можна притягнути до адміністративної відповідальності особу, що здавала в оренду житлову площу іноземцю чи особі без громадянства на законних підставах. Тобто кваліфікація протиправного діяння ускладнюється тим, що працівникам ДМС України доводиться старі за формою конструкції складів правопорушень, передбачених ст. ст. 205 і 206 КУпАП, наповнювати новим змістом у відповідності до сучасного міграційного законодавства.

Не можна однозначно відповісти і на запитання стосовно того, про яку категорію іноземців та осіб без громадянства, як суб'єктів правопорушення, йде мова в ст. 206 КУпАП:

1) лише про іноземців та осіб без громадянства, які прибули в Україну із візових країн за офіційним запрошенням;

2) чи до них відносяться й іноземці та особи без громадянства, які прибули із країн з безвізовим режимом.

Згідно пункту 30 Правил оформлення віз для в'їзду в Україну і транзитного проїзду через її територію, затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 1 червня 2011 р. [10], рішення про відмову в оформленні візи приймається у разі: 1) необхідності забезпечення національної безпеки або охорони громадського порядку; 2) необхідності охорони здоров'я, захисту прав і законних інтересів громадян України та інших осіб, що проживають в Україні; 3) наявності відомостей про іноземця чи особу без громадянства у базі даних осіб, яким згідно із законодавством не дозволяється в'їзд в Україну, або тимчасово обмежено право виїзду з України та інших підстав.

Тобто, візовий режим встановлюється для забезпечення національних інтересів, безпеки держави та захисту здоров'я населення. Тому логічно було б для іноземців та осіб без громадянства, які прибули в Україну із візових країн за офіційним запрошенням, додатково передбачати правила їх перебування на території України.

В той же час, відсутній сенс в передбаченні додаткових правил перебування на території України для іноземців та осіб без громадянства, які прибули із країн з безвізовим режимом. Інакше, це суперечило б положенням ч. 1 ст. 26 Конституції України, яка закріплює, що іноземці та особи без громадянства, які перебувають в Україні на законних підставах, користуються тими самими правами і свободами, а також несуть такі самі обов'язки, як і громадяни України, за винятками, встановленими Конституцією, законами чи міжнародними договорами України. А також суперечило б вимогам статті 16 КУпАП, в якій зазначено, що «іноземці і особи без громадянства, які перебувають на території України, підлягають адміністративній відповідальності на загальних підставах з громадянами України».

Висновки. На підставі проведеного аналізу ст. ст. 205 і 206 КУпАП можна зробити наступні висновки.

Формулювання змісту ст. ст. 205 і 206 КУпАП не відповідає сучасному стану міграційного законодавства України. Використовується застаріла термінологія, яка потребує або уточнення шляхом внесення відповідних змін у статті КУпАП, або офіційного тлумачення з боку компетентних органів. У зв'язку з цим, притягнення до відповідальності правопорушників за ст. ст. 205, 206 КУпАП відбувається сьогодні більше у формі «творчої правозастосовної діяльності», коли суб'єкт правозастосовної діяльності сам визначає для себе сутність вимог чинного законодавства, і менше у формі чітко прописаних правових процедур.

Аналіз чинного міграційного законодавства щодо положень ст. 205 КУпАП дає можливість констатувати, що:

– суб'єктом передбаченого статтею правопорушення є фізичні особи (громадяни України, іноземці та особи без громадянства), які постійно проживають або тимчасово перебувають на території України у зв'язку з навчанням, стажуванням, роботою, або на інших законних підставах, та запроси-

ли і приймають іноземців та осіб без громадянства (в КУпАП використовується термін «громадяни, які запросили в Україну іноземців та осіб без громадянства»);

– невжиття заходів суб'єктом правопорушення може стосуватися тільки запрошених в Україну іноземців та осіб без громадянства, які тимчасово проживають в Україні. В чинному законодавстві відсутні інші підстави для більш широкого трактування поняття «запрошені в Україну іноземці та особи без громадянства».

Відсутня однозначна відповідь стосовно суб'єкту правопорушення, передбаченого ст. 206 КУпАП. Тобто мова йде лише про іноземців та осіб без громадянства, які прибули в Україну із візових країн по офіційному запрошенню, чи до суб'єкту правопорушення слід також віднести іноземців та осіб без громадянства, які прибули із країн з безвізовим режимом. Вважаємо, що у відповідності до ч. 1 ст. 26 Конституції України та ст. 16 КУпАП, а також враховуючи специфіку існування візових режимів між державами, до суб'єктів правопорушення, передбаченого ст. 206 КУпАП, слід відносити виключно іноземців та осіб без громадянства, які прибули в Україну із візових країн за офіційним запрошенням. Якщо ж законодавець чи, наприклад, Державна міграційна служба України, хотіла б розширити коло суб'єктів правопорушення, то для цього необхідно внести відповідні зміни у ст. 206 КУпАП.

Список літератури

1. Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення : Закон України від 05.04.2001 р. № 2342-III // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 27. – Ст. 132.
2. Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства : Закон України від 4 лютого 1994 року № 3929-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 23. – Ст. 161.
3. Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства : Закон України від 22 вересня 2011 року № 3773-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2012. – № 19-20. – Ст. 179.
4. Про Правила в'їзду іноземців та осіб без громадянства в Україну, їх виїзду з України і транзитного проїзду через її територію [Електронний ресурс] : Постанова Кабінету Міністрів України від 29 грудня 1995 р. № 1074. – Режим доступу : http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/1074-95-п. – Назва з екрану.
5. Про затвердження Порядку продовження строку перебування та продовження або скорочення строку тимчасового перебування іноземців та осіб без громадянства на території України [Електронний ресурс] : Постанова Кабінету Міністрів України від 15 лютого 2012 № 150. – Режим доступу : http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/150-2012-п. – Назва з екрану.
6. Положення про паспортну службу органів внутрішніх справ [Електронний ресурс] : Постанова Кабінету Міністрів України від 10 жовтня 1994 р. № 700. – Режим доступу : http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/700-94-п. – Назва з екрану.
7. Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні : Закон України від 11 грудня 2003 року № 1382-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 15. – Ст. 232.
8. Положення про Державну міграційну службу України [Електронний ресурс] : Указ Президента України від 6 квітня 2011 року № 405 – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/405/2011. – Назва з екрану.
9. Про затвердження Порядку реєстрації місця проживання та місця перебування фізичних осіб в Україні та зразків необхідних для цього документів [Електронний ресурс] : Наказ Міністерства внутрішніх справ України від 22 листопада 2012 р. № 1077. – Режим доступу : http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/z2109-12/paran142#n142. – Назва з екрану.
10. Правила оформлення віз для в'їзду в Україну і транзитного проїзду через її територію [Електронний ресурс] : Постанова Кабінету Міністрів України від 1 червня 2011 р. № 567. – Режим доступу : http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/567-2011-п. – Назва з екрану.

Стаття надійшла 10.12.2014 р.

А.И. Миколенко, докт. юрид. наук, профессор
Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова
кафедра административного и хозяйственного права
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

НОРМЫ АДМИНИСТРАТИВНО-ДЕЛИКТНОГО И МИГРАЦИОННОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА: ПРОБЛЕМЫ ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ

Резюме

Существование в административном законодательстве отсылочных норм, усложняет понимание статей Кодекса Украины об административных правонарушениях и квалификацию правонарушений, совершенных иностранцами и лицами без гражданства. Квалификация таких правонарушений зависит не только от знания теории административного права, а и от положе-

ний, закреплённых действующим миграционным законодательством. К сожалению, динамичность миграционного законодательства никак не отображается на содержании Кодекса Украины об административных правонарушениях. То есть существует отставание административно-деликтного законодательства от содержания миграционного законодательства Украины.

Ключевые слова: иностранцы, лица без гражданства, административная ответственность, квалификация правонарушения, миграционное законодательство.

O.I. Mikolenko, Doctor of Juridical Sciences, Professor
Odesa I. I. Mechnikov National University
the Department of Administrative and Economic Law
24/26, Frantsuzskiy Boulevard, Odessa, 65058, Ukraine

NORMS OF THE ADMINISTRATIVE AND MIGRATION LAW: ENFORCEMENT PROBLEMS

Summary

The existence of an administrative law reference rules complicates understanding of the articles of the Code of Administrative Offences and qualify offenses committed by foreigners and stateless persons. The qualifications of offenses depends not only on the knowledge of the theory of administrative law, but also the provisions enshrined current immigration law. Unfortunately, the dynamics of migration legislation is not displayed on the content of the Code of Administrative Offences. That is, there is a backlog of administrative law on the content of the migration legislation of Ukraine.

Key words: foreigners, stateless persons, administrative responsibility, qualification of offenses, immigration legislation.

МОЛОДІ ВЧЕНІ

УДК 347.961(477)

В.Є. Литвиненко, аспірантка
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова
кафедра конституційного права та правосуддя
Французький бульвар 24/26, Одеса, 65058, Україна

ДЕЯКІ ПИТАННЯ ЩОДО ПОВНОВАЖЕНЬ ВИЩОЇ КВАЛІФІКАЦІЙНОЇ КОМІСІЇ НОТАРІАТУ

В даній статті розглянуто питання щодо повноважень Вищої кваліфікаційної комісії нотаріату, визначено завдання, функції та порядок її діяльності. Проаналізовано законодавчі новели щодо порядку доступу до нотаріальної діяльності та питання анулювання свідоцтва про право на заняття нотаріальною діяльністю.

Ключові слова: нотаріальна діяльність, Вища кваліфікаційна комісія нотаріату, повноваження, анулювання.

Постановка проблеми. За останні роки значно змінився правовий статус Вищої кваліфікаційної комісії нотаріату, було змінено та розширено повноваження комісії, насамперед питання щодо доступу до професії нотаріуса та анулювання діяльності нотаріуса делеговані державою вищезгаданій комісії. Незважаючи на незначну кількість наукових праць, присвячених даній темі, що з'явилися останнім часом, правовий статус та повноваження Вищої кваліфікаційної комісії нотаріату, що здійснює державне регулювання за нотаріальною діяльністю, в умовах реформування є недостатньо дослідженим і потребує подальшої розробки.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. При написанні цієї роботи були проаналізовані та використані праці та наукові статті таких вчених: В. В. Баранкової, Г. Ю. Гулєвської, В. М. Жуйкова, Д. В. Журавльова, Л. В. Єфіменка, Н. В. Ільєвої, О. Б. Калінюк, В. В. Комарова, Н. В. Круковес, В. М. Марченко, Л. Г. Павлової, Я. П. Панталієнко, С. Г. Пасічник, Л. К. Радзієвської, Є. І. Фурси, С. Я. Фурси, В. М. Черниша, К. І. Чижмарь тощо.

Мета статті полягає в тому, щоб визначити правовий статус та повноваження Вищої кваліфікаційної комісії нотаріату щодо доступу до нотаріальної діяльності та підстав щодо анулювання свідоцтва про право на заняття нотаріальною діяльністю в Україні та сформулювати пропозиції щодо вдосконалення чинного законодавства в зазначеній сфері і практики його застосування.

Виклад основного матеріалу. Для визначення рівня професійної підготовленості осіб, які мають намір займатися нотаріальною діяльністю, та вирішення питання про анулювання свідоцтва про право на зайняття нотаріальною діяльністю при Міністерстві юстиції України було створено Вищу кваліфікаційну комісію нотаріату, яка діє на підставі Положення про Вищу кваліфікаційну комісію нотаріату, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 31 серпня 2011 року [1].

Процес законодавчого змінення правового статусу Вищої кваліфікаційної комісії нотаріату безпосередньо пов'язаний з реформуванням інституту нотаріату в Україні. Упродовж 2011–2014 років у чинне законодавство про нотаріат внесено численні та суттєві зміни, які стосуються доступу до професії нотаріуса.

Як зауважують вчені В. В. Комаров та В. В. Баранкова, щодо нотаріуса встановлюються доволі високі вимоги і як до професійного юриста, і як до людини з точки зору її особистих якостей [2, с. 52].

С. М. Маляренко відзначає, що нотаріус стає помітним, потрібним і важливим суб'єктом права. Маючи професійні права, нотаріус водночас має і багато обов'язків, а відтак, вимоги до нього посилюються. Він несе певну професійну відповідальність, що повинна відповідати його правам та обов'язкам [3, с. 71].

21 квітня 2011 року Верховною Радою України прийнято Закон України «Про внесення змін до Закону України «Про нотаріат»» [4], який почав діяти з 1 січня 2012 року. Наказом Міністерства юстиції України «Про внесення змін до Порядку допуску осіб до складання кваліфікаційного іспиту та проведення іспиту Вищою кваліфікаційною комісією нотаріату» від 21.07.2014 р. було запроваджено ряд корінних змін в порядку складання кваліфікаційного іспиту на здобуття поса-

© В.Є. Литвиненко, 2014

ди нотаріуса. Цей Порядок розроблено відповідно до статті 10 Закону України «Про нотаріат» і він визначає процес складання особами кваліфікаційного іспиту у Вищій кваліфікаційній комісії нотаріату (далі – Комісія) [5].

Повноваження Комісії нотаріату здійснюються відповідно до покладених на неї завдань. Згідно з вищезазначеним Положенням, основними завданнями Комісії є: визначення рівня професійної підготовленості осіб, які мають намір займатися нотаріальною діяльністю; вирішення питання про анулювання свідоцтва про право на зайняття нотаріальною діяльністю.

Комісія діє відповідно до покладених на неї завдань, а саме, розглядає подання Головних управлінь юстиції територіальних органів про допуск осіб, які мають намір скласти кваліфікаційний іспит на право на зайняття нотаріальною діяльністю, до його складання; забезпечує проведення кваліфікаційного іспиту на право на зайняття нотаріальною діяльністю; на підставі результатів складеного кваліфікаційного іспиту приймає рішення про видачу (або відмову у видачі) Міністерством юстиції України свідоцтва про право на зайняття нотаріальною діяльністю; розглядає подання головних управлінь юстиції та Нотаріальної палати України про анулювання свідоцтва про право на зайняття нотаріальною діяльністю.

Вища кваліфікаційна комісія нотаріату проводить кваліфікаційний іспит чотири рази на рік. Повідомлення про проведення кваліфікаційного іспиту повинно містити інформацію про дату, час, місце проведення кваліфікаційного іспиту із зазначенням кінцевого строку подачі документів до головного управління юстиції та має бути розміщене на офіційній інтернет-сторінці Міністерства юстиції України не пізніше ніж за сорок днів до дати проведення кваліфікаційного іспиту.

У зазначеному Порядку увагу приділено також процесу оповіщення осіб, допущених до складання іспиту, про місце і час його складання. Згідно з вказаним Порядком повідомлення про допуск осіб до складання кваліфікаційного іспиту має бути розміщене на офіційній інтернет-сторінці Міністерства юстиції України не пізніше ніж за п'ять днів до дати проведення іспиту. Повідомлення про допуск осіб до складання кваліфікаційного іспиту повинно містити прізвища, імена та по батькові осіб з відміткою про допуск чи недопуск до його складання, а також графік проведення кваліфікаційного іспиту. У разі зміни графіка, а також місця проведення кваліфікаційного іспиту Комісія не пізніше ніж за добу повідомляє про це осіб, допущених до його складання, шляхом розміщення відповідного повідомлення на офіційній інтернет-сторінці Міністерства юстиції України.

У день проведення кваліфікаційного іспиту особа, допущена до його складання, проходить реєстрацію, для чого пред'являє паспорт громадянина України. Відповідно до змін, особа, яка має намір складати кваліфікаційний іспит, не пізніше ніж за 20 днів до дня проведення кваліфікаційного іспиту особисто подає заяву на ім'я начальника головного управління юстиції про внесення до Комісії подання про допуск цієї особи до кваліфікаційного іспиту.

На відміну від попередньої редакції порядку, в якому передбачалось, що кваліфікаційний іспит здійснюється за екзаменаційними білетами письмово, відтепер бажаючі стати нотаріусами складатимуть іспити у вигляді електронного анонімного тестування. Запровадження у 2014 році системи анонімного електронного тестування майбутніх нотаріусів виключає людський фактор при визначенні результатів та повністю ліквідовує корупційну складову в цьому процесі. Екзаменаційні завдання формуються безпосередньо електронною системою для кожної особи індивідуально, шляхом генерування в довільній формі переліку тестових запитань і задач. Загальний час електронного анонімного тестування складає 4 години.

Серед позитивних змін слід зазначити, що система електронного анонімного тестування дає можливість ознайомитись з роботою системи та процедурою виконання електронного анонімного тестування, зразок екзаменаційних завдань розміщується на офіційній інтернет-сторінці Міністерства юстиції України.

При проведенні кваліфікаційного іспиту засобами Міністерства юстиції України забезпечується ведення відеофіксації кваліфікаційного іспиту, а також присутність засобів масової інформації, що надає кваліфікаційному іспиту публічний характер. Повідомлення про результати проведення кваліфікаційного іспиту розміщується на офіційній інтернет-сторінці Міністерства юстиції України в день ухвалення Комісією відповідного рішення.

К. І. Чижмарь так коментує новели в законодавстві: «Ще одна проблема на шляху до проведення кваліфікаційного іспиту – зміст п. 5 Положення про Вищу кваліфікаційну комісію нотаріату в новій редакції, відповідно до якого до складу Комісії, крім представників міністерства, входять 7 нотаріусів, делегованих Нотаріальною палатою України. Але ж таких повноважень Нотаріальної палати України, як делегування нотаріусів до Вищої кваліфікаційної комісії нота-

ріату, у статуті Палати не визначено…» [6]. Новий склад Комісії за таких обставин та, враховуючи вимоги ст. 10 ЗУ «Про нотаріат» ризикує бути нелегітимним.

Що стосується питання видачі свідоцтва про право на заняття нотаріальною діяльністю, то юридичною підставою для призначення на посаду державного нотаріуса та реєстрації приватної нотаріальної діяльності є свідоцтво про право на заняття нотаріальною діяльністю. Врегулювання відносин щодо його видачі здійснюється наказом Міністерства юстиції України, яким затверджено відповідний Порядок видачі свідоцтва про право на заняття нотаріальною діяльністю від 11. 07. 2012 р. [7].

Цим наказом передбачено, що свідоцтво може бути видане громадянину України, який має повну вищу юридичну освіту за освітньо-кваліфікаційним рівнем спеціаліста, магістра, володіє державною мовою, має стаж роботи у сфері права не менш як шість років, з них помічником нотаріуса або консультантом державної нотаріальної контори – не менш як три роки та склав кваліфікаційний іспит.

Свідоцтво видається Міністерством юстиції України на підставі рішення Вищої кваліфікаційної комісії нотаріату, що зберігається у справах Департаменту нотаріату та фінансового моніторингу. Документи щодо видачі свідоцтва розглядаються протягом п'ятнадцяти днів з дня їх надходження. За результатами розгляду документів приймається рішення: а) про видачу свідоцтва; б) про залишення документів без розгляду; в) про відмову у видачі свідоцтва. Свідоцтво обов'язково реєструється в Журналі реєстрації виданих свідоцтв про право на зайняття нотаріальною діяльністю.

Питання анулювання свідоцтва на право заняття нотаріальною діяльністю також входить до повноважень Вищої кваліфікаційної комісії нотаріату. Надання Вищій кваліфікаційній комісії нотаріату повноважень щодо розгляду питань про анулювання свідоцтва про право на заняття нотаріальною діяльністю забезпечує посилення контролю за діяльністю нотаріусів по запобіганню порушень при здійсненні ними своїх професійних обов'язків [8, с. 24].

Свідоцтво може бути анульовано за рішенням Вищої кваліфікаційної комісії нотаріату, прийнятим на підставі подання відповідних головних управлінь юстиції. Крім того, відповідно до п. 3 ст. 12 Закону України «Про нотаріат» свідоцтво може бути анульовано за рішенням Вищої кваліфікаційної комісії нотаріату на підставі подання Нотаріальної палати України, у разі неодноразового порушення нотаріусом правил професійної етики.

Детально підстави щодо анулювання свідоцтва про право на заняття нотаріальною діяльністю викладено в Законі України «Про нотаріат» та нараховує 11 пунктів [4, ст. 12]. Стаття 8 Закону України «Про нотаріат» передбачає необхідність додержання нотаріусом таємниці вчинюваних нотаріальних дій. Порушення цієї вимоги також є підставою анулювання свідоцтва [4, ст. 12].

Інші підстави для анулювання свідоцтва – це порушення нотаріусом вимог ст. 9 Закону України «Про нотаріат», яка регулює обмеження у праві вчинення нотаріальних дій, коли нотаріус має певну заінтересованість у їх вчиненні, також набрання законної сили рішення суду щодо порушення нотаріусом вимог законодавства при вчиненні ним нотаріальної дії, та знищення нотаріусом або з його вини архіву нотаріуса або окремих документів та інші причини [4, ст. 12].

Законом України від 6 вересня 2012 року зі ст. 12 Закону України «Про нотаріат» була виключена можливість анулювати свідоцтво з власної ініціативи нотаріуса. При цьому згідно зі ст. 30 Закону за заявою нотаріуса його професійна діяльність може бути припинена. Таким чином, напрошується висновок, що за задумом законодавця нотаріус може припинити свою нотаріальну діяльність, але свідоцтво має право зберегти і працювати ким і де завгодно. Такий підхід суперечить положенням ч. 4 ст. 3 Закону України «Про нотаріат», у якій вказано, що нотаріус не може займатися підприємницькою, адвокатською діяльністю, бути засновником адвокатських об'єднань, перебувати на державній службі тощо [3, с. 72].

Таким чином, проаналізував наведені підстави щодо анулювання свідоцтва, можна розділити їх на такі групи:

1) підстави, пов'язані з професійною діяльністю;
2) підстави, викликані вчиненням злочину, не пов'язаного з професійною діяльністю;
3) підстави, викликані порушенням правил професійної етики;
4) підстави особистого характеру.

Висновки. Реформування нотаріальної діяльності на сьогодні є однією з ключових частин законодавчого процесу держави. Український законодавець до повноважень нотаріусів передає дедалі більше справ. Зокрема, готується проект Нотаріального процесуального кодексу України. Як альтернатива це може бути єдиний Закон про нотаріат та організацію нотаріальної діяльності, який складатиметься з двох частин – загальної, що регулюватиме основні засади, принципи нотаріальної діяльності, визначатиме статус інституту нотаріату та нотаріуса, нотаріальних актів тощо, та спеціальної, якою буде регламентовано порядок вчинення нотаріальних дій.

На сучасному етапі ведуться дискусії з приводу того, щоб повернутися до обговорення пропозицій до проекту Закону України «Про органи юстиції». На сьогодні лише органи юстиції діють на підставі положення про Міністерство юстиції України, а не спеціального закону (на відміну від СБУ, МВС, судів, прокуратури, адвокатури тощо). Величезна правова система органів юстиції на цей момент фактично не має єдиного закону, який врегульовував би всі питання. Є лише нормативні акти, що регламентують окремі напрями діяльності органів юстиції. На сучасному етапі дійсно необхідне проведення реформи чинного законодавства про нотаріат та органів юстиції, з метою його вдосконалення, усунення колізій, зменшення кількості підзаконних нормативно-правових актів тощо.

Питання законодавчого визначення повноважень Вищої кваліфікаційної комісії нотаріату є не менш важливим, адже саме Комісія вирішує такі важливі питання, як безпосередньо допуск до професії нотаріуса, видача та анулювання свідоцтва про право на заняття нотаріальною діяльністю. Усунення правових недоліків з цього питання значно покращить як якість національного нотаріату, так і усіх суміжних галузей, безпосередньо пов'язаних з діяльністю нотаріусів.

Список літератури

1. Про затвердження Положення про Вищу кваліфікаційну комісію нотаріату [Електронний ресурс] : Постанова Кабінету міністрів України від 31 серпня 2011 р. № 923 – Електрон. дан. (1 файл). – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/923-2011-п.
2. Комаров В. В. Нотаріат в Україні : підручник / В. В. Комаров, В. В. Баранкова. – Х. : Право, 2011. – 384 с.
3. Маляренко С. М. Щодо окремих підстав анулювання свідоцтва про право на заняття нотаріальною діяльністю в Україна [Електронний ресурс] / С. М. Маляренко // Вісник Національної академії прокуратури України . – 2013. – № 1. – С. 71-76. – Режим доступу : http://nbuv.gov.ua/j-pdf/Vnapu_2013_1_13.pdf.
4. Про нотаріат [Електронний ресурс] : Закон України від 02.09.1993 р. № 3425 – XII із змін., внес. згідно із законами України : станом на 16.04.2014 р. № 406-18 – Електрон. дан. (1 файл). – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/3425-12.
5. Про внесення змін до Порядку допуску осіб до складання кваліфікаційного іспиту та проведення кваліфікаційного іспиту Вищою кваліфікаційною комісією нотаріату [Електронний ресурс] : Наказ Міністерства юстиції України від 21.07.2014 р. № 1174/5 – Електрон. дан. (1 файл). – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0846-14.
6. Чижмарь К. І. Назрів час оновити й доповнити стратегічні шляхи розвитку сучасного українського нотаріату [Електронний ресурс] / К. І. Чижмарь. – Режим доступу : http://yur-gazeta.com/interview/nazriv-chas-onoviti-y–dopovniti-strategichni-shlyahi-rozvitku-suchasnogo-ukrayinskogo-notariatu.html.
7. Про затвердження Порядку видачі свідоцтва про право на зайняття нотаріальною діяльністю [Електронний ресурс] : Наказ Міністерства юстиції України від 11.07.2012 р. № 1043/5 – Електрон. дан. (1 файл). – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z1170-12.
8. Гавриш М. С. Новації в законодавстві щодо повноважень Вищої кваліфікаційної комісії нотаріату [Електронний ресурс] / М. С. Гавриш // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2011. – № 10. – С. 22-24. – Режим доступу : http://nbuv.gov.ua/j-pdf/bmju_2011_10_6.pdf.

Стаття надійшла 11.12.2014 р.

В.Е. Литвиненко, аспирантка
Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова
кафедра конституционного права и правосудия
Французский бульвар 24/26, Одеса, 65058, Украина

НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ О ПОЛНОМОЧИЯХ ВЫСШЕЙ КВАЛИФИКАЦИОННОЙ КОМИССИИ НОТАРИАТА

Резюме

В данной статье рассмотрены вопросы о полномочиях Высшей квалификационной комиссии нотариата, определены задачи, функции и порядок ее деятельности. Проанализированы законодательные новеллы о порядке доступа к нотариальной деятельности, а также вопросы аннулирования свидетельства о праве на занятие нотариальной деятельностью.

Ключевые слова: нотариальная деятельность, Высшая квалификационная комиссия нотариата, полномочия, аннулирование.

V.E. Lytvynenko, Postgraduate
Odesa I. I. Mechnikov National University
the Department of Constitutional Law and Justice
24/26, Frantsuzskiy Boulevard, Odessa, 65058, Ukraine

ABOUT THE AUTHORITY OF THE SUPREME QUALIFICATION COMMISSION OF NOTARIATE IN UKRAINE

Summary

The article researches some questions about the authority of the Supreme qualification commission of notariate in Ukraine, defines tasks, functions and the procedure for its activities. It also analyzes legislative innovations on how to access notarial activities and reviews scientific achievements of the chosen topic.

Key words: notary activity, Supreme qualification commission of notariate, athority, cancellation.

ІНФОРМАЦІЯ ДЛЯ АВТОРІВ

1. Профіль журналу

1.1. Журнал **Правова держава** здійснює такі типи публікацій:

1. Наукові статті.
2. Короткі повідомлення.
3. Матеріали конференцій.
4. Бібліографію.
5. Рецензії.
6. Матеріали з історії науки.

1.2. У певному конкретному випуску один автор має право надрукувати тільки одну самостійну статтю.

1.3. Мова видання – українська, англійська, німецька та російська.

1.4. До редакції «Правової держави» подається:

1. Текст статті з анотацією, записаний на електронному носії в редакторі Word (кегль 14, відстань між рядками 1,5 інтервали).
2. Резюме російською та англійською мовами
3. Колонтитул.
4. Рекомендація кафедри або наукової установи до друку.
5. Відомості про авторів.

2. Підготовка статті – обов'язкові складові

Оригінальна стаття має включати:

1. Анотацію – мовою оригіналу статті.
2. Вступ та визначення актуальності теми.
3. Мету статті.
4. Постановку проблеми.
5. Аналіз останніх досліджень і публікацій.
6. Виклад основного матеріалу.
7. Висновки.
8. Список літератури.
9. Резюме (російською та англійською мовами).
10. Ключові слова (до п'яти).

3. Оформлення рукопису.

Обсяг. Послідовність розташування обов'язкових складових статті

3.1. Обсяг рукопису наукової статті (з урахуванням таблиць і підписів до них, анотації, резюме, ключових слів, списку літератури) – не більше 15 сторінок, рецензій – до 3 сторінок, коротких повідомлень – до 2 сторінок. Рукописи більшого обсягу приймаються до журналу тільки після попереднього узгодження з редколегією.

3.2. Послідовність друкування і розташування окремих складових наукової статті має бути такою:

1. УДК – зліва над назвою статті.
2. Ініціали та прізвище автора (згідно з паспортом, український варіант), науковий ступень, вчене звання, посада.
3. Назва наукової установи (в тому числі відділу, кафедри, де виконано працю); повна поштова адреса установи (за міжнародним стандартом, з поштовим індексом); телефон для співпраці з авторами.
4. Назва статті, повинна точно відбивати зміст праці, бути короткою (в межах 9 повнозначних слів), містити ключові слова.
5. Анотація мовою оригіналу праці друкується перед початком основного тексту після інтервалу 20 мм від лівого поля.
6. Під анотацією друкуються ключові (основні) слова (не більше п'яти) мовою оригіналу статті.
7. Текст статті і список літератури.
8. Резюме російською та англійською мовами включає: прізвище та ініціали автора, назву наукової установи, повну поштову адресу установи (за міжнародним стандартом, з поштовим індексом), електронну адресу автора, назву статті, текст резюме та ключові слова.

9. Рисунки, діаграми, таблиці разом з підписами та поясненнями розміщуються у тексті статті.
10. Стаття повинна бути підписана автором або авторами.

4. Мовне оформлення тексту: термінологія, умовні скорочення, посилання

4.1. Автори несуть повну відповідальність за бездоганне мовне оформлення тексту, особливо за правильну українську наукову термінологію (її слід звіряти за фаховими термінологічними словниками).

4.2. Якщо часто повторювані у тексті словосполучення автор вважає за потрібне скоротити, такі абревіатури при першому вживанні обумовлюють в дужках. Наприклад: Нотаріальна палата України (далі НПУ).

4.3. Посилання на літературу подаються у тексті статті, обов'язково у квадратних дужках, арабськими цифрами: перша цифра позначає номер праці у списку літератури, друга – сторінку цитованої праці, між цифрами кома. Наприклад: [2, с. 55], [3, ст. 55] – якщо посилання на статтю закону.

5. Література

5.1. Список літератури друкується мовою оригіналу відповідної праці. Він оформлюється згідно з ДСТУ 7.1:2006 і повинен містити тільки назви праць, на які посилається автор. Назви праць у списку літератури розташовуються в порядку згадування.

5.2. Назви праць у списку літератури оформлюються за правилами ВАКу згідно постанови президії ВАК України. Наприклад: для монографій слід вказати: прізвище, ініціали автора(ів), повну назву праці, місце видання, видавництво, рік видання, загальну кількість сторінок праці. Для періодичних видань: прізвище, ініціали автора(ів), назву журналу, повну назву праці, місце та рік видання, том і (або) номер, першу і останню сторінку статті.

Наприклад:

1. Миколенко О.І. Теорія адміністративного процедурного права : монографія / О.І. Миколенко, Одес. нац. ун-т ім. І. І. Мечникова. – Харків : Бурун Книга, 2010. – 335 с.

2. Ільєва Н. В. Питання взаємодії державних та недержавних органів з суб'єктами нотаріальної діяльності / Н. В. Ільєва // Правова держава: зб. наук. пр. – Одеса: 2012. – № 2. – С. 45-53.

6. Анотація. Резюме. Колонтитул

6.1. Анотація (коротка стисла характеристика змісту праці) подається мовою оригіналу статті, містить не більше 50 повнозначних слів і передує (окремим абзацом) основному тексту статті.

6.2. Резюме (короткий висновок з основними положеннями праці) подається двома іншими мовами (російською та англійською), кожне містить не більше 50 повнозначних слів і друкується на окремому аркуші.

6.3. Колонтитул (короткий, не більше 50 знаків, або скорочений чи видозмінений заголовок статті для друкування зверху на кожній сторінці тексту праці) подається українською мовою разом з прізвищем та ініціалами автора на окремому аркуші.

Редколегія має право редагувати текст статей, погоджуючи відредагований варіант з автором, а також не приймати рукописи, якщо вони не відповідають вимогам «Правової держави».

Рукописи статей, що прийняті до публікування, авторам не повертаються.

Українською, англійською, німецькою та російською мовами

Підписано до друку 29.12.2014 р. Формат 70х108/16. Ум.-друк. арк. 11,9.
Зам. № 1503-02. Тираж 300 прим.

Адреса редколегії:
Україна, 65058, м. Одеса, Французький бульвар, 24/26
Тел.: (048) 702-31-31

Надруковано у ПП «Фенікс»
(Свідоцтво суб'єкта видавничої справи ДК № 1044 від 17.09.2002 р.)
65009, м. Одеса, вул. Зоопаркова, 25
Тел.: (048) 7777-591
www.law-books.od.ua