



№ 3 (11) 2012

Вісник
ВИЩОЇ
РАДИ
ЮСТИЦІЇ

ВІСНИК ВИЩОЇ РАДИ ЮСТИЦІЇ

ЕЛЕКТРОННЕ НАУКОВЕ ВИДАННЯ

Рік заснування: 2009

Завновники: Вища рада юстиції, Національний університет «Одеська юридична академія»

ISSN 2222-4394 (Visnik Višoї radi ūsticiї)

УДК 34 (051)

ББК 67я5

В 53

Галузь науки: юридичні науки

Анотація: Видання висвітлює діяльність Вищої ради юстиції, питання судоустрою, статусу суддів, хід судової реформи в Україні, засади конституційного ладу України, правозастосовну практику, а також загальні питання теорії і практики права.

Періодичність: 4 рази на рік

Рекомендовано до розміщення в мережі Інтернет Вченою радою Національного університету «Одеська юридична академія»

Фахова реєстрація у ВАК України: Постанова Президії ВАК України від 26 січня 2011 р. № 2-05/01

Головний редактор: Колесниченко В.М., канд. юрид. наук

Науковий редактор: Гончаренко О.В., канд. юрид. наук

Відповідальний секретар: Бардаченко Л.М.

Літературний редактор: Тарашук О.С.

Комп'ютерна верстка: Краснощок І.В., Кругліков М.В.

Адреса редакції: 04050, м. Київ, вул. Артема, 89

Електронна адреса: bardachenko@vru.gov.ua

Телефон: (044) 489-64-63

Надіслані до редакції матеріали не рецензуються і не повертаються. Редакція залишає за собою право редагувати матеріали. Опубліковані статті відображають думку авторів і можуть не збігатися з позицією редакції. При використанні матеріалів посилання на видання є обов'язковим.

© Вища рада юстиції

© Національний університет «Одеська юридична академія»

ВІСНИК ВИЩОЇ РАДИ ЮСТИЦІЇ № 3 (11) 2012

ЕЛЕКТРОННЕ НАУКОВЕ ВИДАННЯ

ВИДАЄТЬСЯ ЧОТИРИ РАЗИ НА РІК ЗГІДНО З НАКАЗОМ ГОЛОВИ ВИЩОЇ РАДИ ЮСТИЦІЇ «ПРО ЗАПРОВАДЖЕННЯ ЕЛЕКТРОННОГО ПЕРІОДИЧНОГО ВИДАННЯ «ВІСНИК ВИЩОЇ РАДИ ЮСТИЦІЇ» № 142/0/1-09 ВІД 29.12.2009 р.

РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ:

1. КОЛЕСНИЧЕНКО Володимир Миколайович, Голова Вищої ради юстиції, кандидат юридичних наук (*голова Редакційної колегії*).
2. БАНДУРКА Олександр Маркович, ректор Харківського національного університету внутрішніх справ, академік Національної академії правових наук України, доктор юридичних наук, професор, генерал-полковник міліції, Заслужений юрист України.
3. ГЛУШКОВ Валерій Олександрович, завідувач спецкафедри № 1 Національної академії Служби безпеки України, доктор юридичних наук, професор, Заслужений юрист України.
4. ГОНЧАРЕНКО Олександр Володимирович, керівник служби Голови Вищої ради юстиції, кандидат юридичних наук.
5. ДОЛЕЖАН Валентин Володимирович, доктор юридичних наук, професор кафедри організації судових та правоохоронних органів Національного університету «Одеська юридична академія».
6. ЗАВАЛЬНЮК Володимир Васильович, член Вищої ради юстиції, перший віцепрезидент, ректор Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук, професор.
7. КІВАЛОВ Сергій Васильович, член Вищої ради юстиції, народний депутат України, Голова Комітету Верховної Ради України з питань правосуддя, Президент Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор, академік Національної академії правових наук України, академік Академії педагогічних наук України, Заслужений юрист України.
8. ЛИСЕНКО Оксана Миколаївна, керівник прес-служби Вищої ради юстиції (*секретар Редакційної колегії*).
9. ПОРТНОВ Андрій Володимирович, член Вищої ради юстиції, Радник Президента України – Керівник Головного управління з питань судоустрою Адміністрації Президента України, доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри конституційного права Київського національного університету ім. Тараса Шевченка, Заслужений юрист України.
10. РЯБЧЕНКО Олена Петрівна, професор кафедри управління, адміністративного права і процесу та адміністративної діяльності Національного університету Державної податкової служби України, доктор юридичних наук, професор.
11. СЕРЕДА Григорій Порфирович, заступник Генерального прокурора України, доктор юридичних наук, доцент, Заслужений юрист України, державний радник юстиції 2 класу.
12. ЧАНИШЕВА Галина Іванівна, декан соціально-правового факультету Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор, академік Національної академії правових наук України.
13. ШАПОВАЛ Володимир Миколайович, член Вищої ради юстиції, Голова Центральної виборчої комісії, доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Національної академії наук України, Заслужений юрист України.

ВІСНИК ВИЩОЇ РАДИ ЮСТИЦІЇ № 3 (11) 2012

ЕЛЕКТРОННЕ НАУКОВЕ ВИДАННЯ

ВИДАЄТЬСЯ ЧОТИРИ РАЗИ НА РІК ЗГІДНО З НАКАЗОМ ГОЛОВИ ВИЩОЇ РАДИ ЮСТИЦІЇ «ПРО ЗАПРОВАДЖЕННЯ ЕЛЕКТРОННОГО ПЕРІОДИЧНОГО ВИДАННЯ «ВІСНИК ВИЩОЇ РАДИ ЮСТИЦІЇ» № 142/0/1—09 ВІД 29.12.2009 р.

ЗМІСТ

ПИТАННЯ ПРОЦЕСУ ТА СУДОВОЇ ПРАКТИКИ

Суб'єкти виконавчого процесу та їх класифікації: проблемні питання. *Вінциславська Марія Валеріївна, аспірант кафедри нотаріального та виконавчого процесу і адвокатури Київського національного університету імені Тараса Шевченка* 7

Судове рішення у цивільній справі як підстава для відкриття виконавчого провадження: питання теорії і практики. *Ляшенко Руслан Олегович, аспірант кафедри нотаріального та виконавчого процесу і адвокатури Київського національного університету імені Тараса Шевченка ..* 18

Процедура виконання рішень з стягнення аліментів і заборгованості по них у примусовому порядку. *Дерій Олена Олександрівна, аспірант кафедри нотаріального та виконавчого процесу і адвокатури Київського національного університету імені Тараса Шевченка.....* 30

ЦИВІЛЬНЕ ТА ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО

Правові форми реалізації цивільної правосуб'єктності юридичних осіб: поняття, особливості, види. *Зозуляк Ольга Ігорівна, кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного права Юридичного інституту Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника.....* 41

Науково-практичний аналіз процедури вчинення нотаріальних дій щодо житла в Україні. *Кармаза Олександра Олександрівна, кандидат юридичних наук, головний консультант Головного юридичного управління Апарату Верховної Ради України* 51

Автентичність та екзекватура нотаріальних актів: порівняльний та міжнародний аспект. *Гуть Неля Юріївна, здобувач Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка.....* 59

Забезпечення системності у правовому регулюванні статусу обслуговуючих кооперативів. *Зеліско Алла Володимирівна, кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного права Юридичного інституту*

Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника, доцент 74

Поняття, ознаки, правова природа товарної біржі як особливого суб'єкта господарювання. *Олійник Оксана Степанівна, кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного права Юридичного інституту Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника..... 82*

Правові проблеми визначення діяльності з управління активами інституційних інвесторів. *Слободян Олександр Анатолійович, член комітету з питань спільного інвестування Асоціації «Фондове Партнерство» 95*

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО

Положення частини першої статті 3 Кримінального кодексу України як приклад невдалого «правового трансплантату». *Задоя Костянтин Петрович, доцент кафедри кримінального права та кримінології Київського національного університету імені Тараса Шевченка, кандидат юридичних наук..... 105*

До питань криміналізації окремих форм порушення бюджетного законодавства України. *Волинець Руслан Анатолійович, асистент кафедри кримінального права та кримінології Київського національного університету імені Тараса Шевченка, кандидат юридичних наук 114*

Історико-правовий аналіз звільнення від відбування покарання з випробуванням. *Далматова Галина Анатоліївна, аспірант кафедри кримінального права Київського національного університету імені Тараса Шевченка 121*

ПИТАННЯ ЮРИДИЧНОЇ ТЕОРІЇ І ПРАКТИКИ

Особливості інституту конституційного контролю в Швейцарській Конфедерації. *Портнов Андрій Володимирович, професор кафедри конституційного права Київського національного університету імені Тараса Шевченка, доктор юридичних наук..... 139*

Загальна Декларація прав людини 1948 року та сучасне праворозуміння. *Малишев Борис Володимирович, кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри теорії права та держави Київського національного університету імені Тараса Шевченка 147*

Види прав і свобод фізичних осіб, які захищаються в національній системі судового контролю за публічною адміністрацією. <i>Константий Олександр Володимирович, кандидат юридичних наук, доцент, науковий консультант управління забезпечення діяльності Судової палати в адміністративних справах Верховного Суду України</i>	161
Правонаступництво при утворенні та припиненні центральних органів виконавчої влади. <i>Повар Павло Олександрович, доцент кафедри господарського права Київського національного університету імені Тараса Шевченка, кандидат юридичних наук</i>	174
Оподаткування доходів, отриманих непідприємницькими товариствами в Україні. <i>Менджул Марія Василівна, кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільно-правових дисциплін Закарпатського державного університету</i>	185
Напрями удосконалення правового регулювання державного фінансового контролю у сфері державних закупівель в Україні шляхом використання найкращого досвіду Європейського Союзу. <i>Скирта Дмитро Вікторович, аспірант юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка</i>	197
Конфіденційність персональної інформації в соціальних мережах. <i>Радкевич Олександр Петрович, аспірант Національної академії внутрішніх справ України</i>	215
Стратегія державної політики сприяння розвитку громадянського суспільства: недоліки і прагматичні аспекти її реалізації. <i>Кравченко Сергій Сергійович, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Київського університету права НАН України; Горленко Віктор Вікторович, аспірант Національного педагогічного університету імені М.П. Драгоманова</i>	226



Суб'єкти виконавчого процесу та їх класифікації: проблемні питання

Вінциславська Марія Валеріївна,
*аспірант кафедри нотаріального та виконавчого процесу
і адвокатури Київського національного університету імені
Тараса Шевченка*

Сьогодні у вітчизняній юридичній науці питанню суб'єктів виконавчого процесу та їх класифікації приділено незначну увагу. Окремі дослідження в цьому напрямі здійснювали такі вчені як Ю.В. Білоусов [1, с. 44] та В.А. Кройтор [2, с. 15–33], які звертали увагу на суб'єктів виконавчого провадження, С.В. Щербак [3, с. 49–133] вивчала питання суб'єктів виконавчого провадження з точки зору виконавчих правовідносин, але лише С.Я. Фурса аналізувала правовий статус суб'єктів виконавчого процесу саме з точки зору теорії виконавчого процесу, зокрема як суб'єктів виконавчих процесуальних відносин [4, с. 44–48].

Метою цієї статті є дослідження правового становища суб'єктів виконавчого процесу з урахуванням останніх тенденцій становлення та розвитку виконавчого процесу як самостійної галузі правової науки [5, с. 11–15; 6, с. 311–320; 7, с. 166–176] з урахуванням проблем, як теоретичних, так і практичних, під час виконавчого процесу.

Виклад основних положень. Повне та багатогранне розкриття правового становища суб'єктів виконавчого процесу можливе лише завдяки їх класифікації, яка сприятиме подальшим теоретичним розробкам та впровадженню отриманих результатів у законотворчу діяльність та практику виконавчого провадження.

З цією метою спочатку слід розкрити поняття «суб'єкти виконавчого процесу», «суб'єкти виконавчого провадження», «учасники виконавчого провадження» та розглянути, як вони співвідносяться.

Суб'єкти виконавчого процесу – це наукове поняття, найбільш широке. Суб'єктами виконавчого процесу вважаються всі можливі учасники виконавчих

процесуальних правовідносин, що беруть участь у процесі примусового виконання рішень суду та інших юрисдикційних органів. Вони займають різне процесуальне становище, наділені різними процесуальними правами та обов'язками і залежно від критерію класифікації поділяються на відповідні групи.

Суб'єкти виконавчого провадження – це фізичні, юридичні особи, суб'єкти підприємницької діяльності, які мають виконавчі процесуальні права та здатні нести виконавчі процесуальні обов'язки у процесі примусового виконання конкретного виконавчого документа, ухваленого чи виданого за рішенням суду або іншого юрисдикційного органу.

Більш вужчим поняттям є «учасники виконавчого провадження», яким у ст. 7 Закону України «Про виконавче провадження» оперує законодавець [8].

Але враховуючи зазначене вище, слід звернути увагу, що поняття «учасники виконавчого провадження» не відображає всього складу суб'єктів виконавчого процесу. Як справедливо зазначають С.Я. Фурса та С.В. Щербак: «Учасниками виконавчого провадження мають бути лише ті особи (фізичні, юридичні, громадяни – підприємці), які мають заінтересованість у результатах виконавчого провадження (особисту, державну, службову) і роль яких є активною у провадженні щодо виконання рішень, тобто вони можуть впливати на процес вчинення виконавчих дій. Всі ж інші особи – не учасники, а суб'єкти виконавчого провадження, оскільки вони не заінтересовані в його результаті, а лише сприяють проведенню виконавчих дій. Їх роль у виконавчому провадженні не активна, а пасивна» [9, с. 227].

Для більш глибокого дослідження специфіки тих чи інших суб'єктів виконавчого процесу, їх процесуальних прав та обов'язків суттєве теоретичне значення має їх класифікація. Вчені давно приділяли значну увагу класифікації суб'єктів виконавчого провадження. Зокрема П.П. Заворотько розподіляв суб'єктів виконавчого провадження на 5 груп:

- особи, наділені владними функціями, тобто судові виконавці;
- особи, які беруть участь у виконанні і мають суб'єктивну матеріально-правову заінтересованість у виконанні; особи, що здійснюють прокурорський нагляд; особи, які захищають права інших осіб;
- особи, що в силу закону зобов'язані сприяти судовому виконанню

(торговельні організації, органи внутрішніх справ);

- особи, які утримують майно боржника на законних підставах;
- особи, майнові права яких стосуються або порушуються державним виконавцем, але у справі такі особи участі не беруть (власники майна, на яке був накладений арешт для задоволення вимоги стягувача до боржника) [10, с. 188].

П.П. Заворотько та М.Й. Штефан другу групу суб'єктів розподіляли ще на три підгрупи:

- особи, які мають у справі суб'єктивну матеріально-правову заінтересованість (сторони);
- особи, які мають у справі державну заінтересованість (прокурор, органи державного управління);
- особи, які мають у справі господарську заінтересованість (профспілки та інші громадські організації) [11, с. 3].

Зазначені автори досліджували класифікацію суб'єктів виконавчого провадження, але на той час не було ні зведених груп, ні зведених виконавчих проваджень, а був лише судовий виконавець, що входив до складу суду і виконував його рішення.

Більш сучасною видається класифікація С.В. Щербак, яка відійшла від традицій П.П. Заворотька і М.Й. Штефана і запропонувала свою власну, зокрема:

- органи і посадові особи державної виконавчої служби;
- учасники виконавчого провадження (сторони та їхні представники, органи державної влади і місцевого самоврядування, прокурор, який представляє інтереси держави або особи);
- особи, які залучаються до проведення виконавчих дій (спеціалісти, перекладачі, поняті, зберігачі майна боржника, спеціалізовані організації, що здійснюють оцінку та реалізацію майна боржника) [3, с. 70].

Ігонін Р.В. наводить таку класифікацію суб'єктів виконавчого провадження:

- основні учасники виконавчого провадження (державний виконавець, сторони та їхні представники, органи державної влади та місцевого самоврядування, прокурор, який представляє інтереси держави або особи);

- особи, які залучаються до проведення виконавчих дій (спеціалісти, перекладачі, поняті, зберігачі майна боржника, спеціалізовані організації, що здійснюють оцінку та реалізацію майна боржника);

- особи, які сприяють виконавчому провадженню (суд, Державна виконавча служба) [12, с. 37].

Але дана класифікація знову ж таки де в чому повторює законодавчу регламентацію і на один щабель ставить державного виконавця, сторони та їхніх представників. Зокрема, державний виконавець має право застосовувати санкції і застосовує їх саме до сторін, а тому об'єднувати державного виконавця зі сторонами та їх представниками в одну групу неприпустимо. Крім того, дана класифікація об'єднує прокурора і органи державної влади та місцевого самоврядування, які виконують функції представництва. В даній класифікації пов'язані не лише державні виконавці і сторони, але йдеться також про прокурора, який згідно зі ст. 121 Конституції України та ст. 45 ЦПК здійснює функцію представництва. Крім того, недоречно відносити до третьої групи суб'єктів виконавчого провадження – Державну виконавчу службу та суд як осіб, що сприяють здійсненню виконавчого провадження, оскільки сьогодні суд лише вирішує питання: про відстрочку і розстрочку виконання, зміну та встановлення способу і порядку виконання; про заміну сторони, затвердження мирової угоди, видачу дубліката виконавчого листа та інші. До того ж, діяльність суду регламентується Главою 6 Розділу 8 ЦПК і до предмета регулювання виконавчого процесу не входить. Не можна погодитися з думкою автора щодо віднесення Державної виконавчої служби до суб'єктів виконавчого провадження, оскільки це орган, який входить до структури Міністерства юстиції України, але не бере безпосередньої участі у примусовому виконанні рішень суду та інших юрисдикційних органів. Тобто в даному випадку необхідно відмежовувати питання організації органів з виконання рішень судів та інших юрисдикційних органів від статусу суб'єктів виконавчого процесу, зокрема державного виконавця, який безпосередньо виконує судові рішення.

Різноманітність суб'єктів виконавчого процесу потребує багатостороннього підходу до їх класифікації з використанням різних критеріїв. Так, С.Я. Фурса вважає, що в основу класифікації суб'єктів виконавчого процесу має бути

покладений критерій інтересу, який є об'єктивним і завдяки якому ми маємо змогу класифікувати суб'єктів на певні групи. Зокрема, державний виконавець має державний інтерес, він повинен бути неупереджений при вчиненні виконавчих дій. У другій групі осіб, які беруть участь у виконавчому провадженні, цей інтерес особистий, наприклад сторони, або суспільний чи інший інтерес, зокрема представники. До третьої групи відносять осіб, які залучаються до проведення виконавчих дій, у яких ніякого інтересу не повинно бути, бо ці особи є неупередженими у процесі здійснення виконавчих дій [13].

Класифікувати суб'єктів виконавчого процесу також можна за ступенем обов'язковості участі у процесі.

До першої групи слід віднести суб'єктів, які обов'язково беруть участь у виконавчому провадженні, тобто це ті суб'єкти, без яких вчинення виконавчих дій неможливе. Ними є державний виконавець, сторони.

До суб'єктів другої групи слід віднести осіб, участь яких у провадженні є необов'язковою, тобто факультативною, однак залежно від обставин виконавчого провадження, специфіки його вчинення тощо участь цих осіб має істотне значення для повноти та об'єктивності вчинюваних виконавчих дій. Це так звані особи, які залучаються до проведення виконавчих дій. До них слід віднести: перекладача, експерта, спеціаліста, спеціалізовані організації, понятих та інших.

За підставами залучення у процес, на нашу думку, суб'єкти виконавчого провадження поділяються на первинні, які вступають у процес за законом або за власною ініціативою: а) державний виконавець; б) сторони та їх представники. І вторинні, які залучаються у процес лише за ініціативою первинних суб'єктів: а) перекладач; б) експерт; в) спеціаліст; г) спеціалізовані організації; д) поняті; е) зберігач майна та інші.

За кількісним складом осіб, які вчиняють виконавче провадження: одноособово – провадження вчиняється державним виконавцем, або колегіально – зведені групи, тобто державні виконавці одного або кількох органів державної виконавчої служби вчиняють спільно виконавче провадження.

Але, враховуючи теорію виконавчого процесу і ті зміни, що відбулися в Законі України «Про виконавче провадження», автор пропонує при

ПИТАННЯ ПРОЦЕСУ ТА СУДОВОЇ ПРАКТИКИ

класифікації суб'єктів виконавчого процесу застосовувати процесуальний критерій, який дозволяє охопити єдиною класифікацією всіх суб'єктів виконавчого процесу.

Отже, за своїм процесуальним становищем та характером процесуальної діяльності всіх суб'єктів виконавчого процесу можна розділити на три групи, кожна із яких поділяється на підгрупи.

До першої групи належать особи, наділені владними повноваженнями з вчинення виконавчих процесуальних дій. У цій групі необхідно виділити дві підгрупи:

До першої підгрупи слід віднести осіб, які безпосередньо вчиняють виконавчо-процесуальні дії:

- державний виконавець;
- виконавчі групи як колективні утворення державних виконавців.

До другої підгрупи належать особи, які здійснюють контроль за законністю виконавчого провадження:

- начальник відділу, якому безпосередньо підпорядкований державний виконавець;
- керівник відповідного органу державної виконавчої служби вищого рівня;
- директор Департаменту державної виконавчої служби Міністерства юстиції та його заступники;
- заступники начальника Головного управління юстиції Міністерства юстиції в АРК, області, містах Києві і Севастополі, районних, міських, районних у містах відділах ДВС, підпорядкованих зазначеним управлінням юстиції.

До другої групи належать особи, які беруть участь у виконавчих процесуальних діях.

У цій групі необхідно виділити дві підгрупи.

До першої підгрупи слід віднести осіб, які звернулись за вчиненням виконавчого провадження з метою захисту власних прав та охоронюваних законом інтересів:

- боржник;
- стягувач.

До другої підгрупи слід віднести осіб, які беруть участь у виконавчому провадженні з метою захисту прав та інтересів інших осіб, боржника та стягувача:

- представники сторін;
- прокурор;
- органи державної влади та місцевого самоврядування.

До третьої групи належать особи, які сприяють здійсненню виконавчого провадження:

- перекладач;
- експерт;
- спеціаліст;
- суб'єкти оціночної діяльності (суб'єкти господарювання);
- поняті;
- зберігач майна;
- особи і організації, які здійснюють розшук боржника, майна, дитини;
- спеціалізовані організації.

Щодо першої групи суб'єктів, які наділені владними повноваженнями, то до них відноситься державний виконавець, виконавчі групи та особи, які здійснюють контроль за законністю виконавчого провадження.

Державний виконавець є обов'язковим суб'єктом виконавчих процесуальних правовідносин, статус якого характеризується владними повноваженнями, він є одночасно посадовою особою та державним службовцем. Держава делегувала державному виконавцеві юрисдикційну функцію з примусового виконання рішень суду та інших юрисдикційних органів. Але існують винятки у виконавчому процесі, коли державні виконавці діють у групі, незважаючи на їх організаційну форму, адже вони є колективним утворенням, діяльність у них здійснюється одноособово.

Виконавчі групи – це колективні утворення, на які покладається примусове здійснення виконання рішень, але такі групи можуть бути суб'єктами виконавчого процесу лише за чітко передбачених законом умов. Порядок їх утворення та функціонування регулюється Інструкцією з організації примусового виконання рішень, затвердженою наказом Міністерства юстиції України від 2 квітня 2012 р. № 512/5 [14].

Щодо осіб, які здійснюють контроль за законністю виконавчого провадження, то ця група суб'єктів, на перший погляд, не має відношення до безпосереднього здійснення виконавчих процесуальних дій, але їх участь у процесі істотно впливає на здійснення виконавчого провадження. Від того, яке рішення цими суб'єктами буде прийнято, залежить подальший хід та розвиток виконавчого провадження. Зокрема, якщо буде проявлена бездіяльність виконавців, порушені строки, рішення зазначених вище органів призведе до відповідних наслідків або змін у виконавчому провадженні (ст. 83 Закону «Про виконавче провадження»).

До другої групи суб'єктів виконавчих правовідносин входять особи, які беруть участь у виконавчому провадженні, залежно від процесуальної ролі ці суб'єкти поділяються на осіб, які звернулись за вчиненням виконавчого провадження з метою захисту своїх власних прав та охоронюваних законом інтересів: боржник та стягувач, які є обов'язковими учасниками виконавчого процесу, оскільки саме на їх права та обов'язки безпосередньо може вплинути вчинене виконавче провадження.

Суб'єкти другої підгрупи беруть участь у виконавчому провадженні з метою захисту прав та інтересів інших осіб, стягувача і боржника. Цими суб'єктами є особи, передбачені ст. 45 ЦПК, які можуть брати участь у виконавчому провадженні з метою сприяння державним виконавцем дотриманню інтересів обмежено дієздатних, малолітніх і неповнолітніх дітей (частина перша ст. 77 Закону «Про виконавче провадження»). Крім того, інтереси у виконавчому процесі можуть представлятися іншими суб'єктами, зокрема, законними та договірними представниками, виконавцем заповіту та іншими.

Щодо третьої групи – до неї належать особи, які сприяють виконавцям у виконавчому процесі. Вони не мають матеріальної заінтересованості і залучаються до процесу з метою надання технічної або іншої допомоги, їх участь у процесі є гарантією дотримання принципу законності виконавчого провадження, оскільки від їх процесуальної ролі залежить належне вчинення виконавчої процедури.

Виходячи з викладеного вище, можемо запропонувати такі критерії для класифікації суб'єктів виконавчого процесу: 1) за ступенем обов'язковості

участі у процесі; 2) за підставами залучення у процес; 3) за кількісним складом осіб, які вчиняють виконавче провадження; 4) за процесуальним становищем та характером процесуальної діяльності. На нашу думку, наведені вище критерії класифікації мають суттєве теоретичне значення, оскільки дозволяють більш детально дослідити специфіку суб'єктів виконавчого процесу та їх правовий статус у виконавчому процесі, з урахуванням останніх тенденцій розвитку теорії виконавчого процесу.

Список використаної літератури

1. Білоусов Ю.В. *Виконавче провадження*. – К. : Прецедент, 2005. – 192 с.
2. Кройтор В.А., Фролов М.М., Ясинок Н.М. *Исполнительное производство*. – Х. : Эспада, 2005. – 232 с.
3. Фурса С.Я., Щербак С.В. *Виконавче провадження в Україні*. – К.: Атіка, – 2002. – 480 с.
4. Фурса С.Я., Фурса Е.И. *Проблемные вопросы современного гражданского и исполнительного процессов в Украине // Арбитражный и гражданский процесс*. – М., 2004. – № 2. – С. 44–48.
5. Фурса С.Я. *Становлення та розвиток нових процесуальних галузей правової науки в Україні // Проблеми процесуальної науки: історія і сучасність. Матеріали другої науково-практичної конференції*. – К., 2010. – С. 11–15.
6. Фурса Є.І. *Сучасні проблеми виконавчого процесу // Відданість правовій науці*. – К. : Видавець Паливода А.В., 2011. – С. 311–320.
7. Щербак С.В. *Юридичний процес та виконавче провадження // Відданість правовій науці*. – К. : Видавець Паливода А.В., 2011. – С.166–176.
8. Закон України «Про виконавче провадження» від 24 квітня 1999 р. № 606-XIV-ВР // *Відомості Верховної Ради*. – Із змінами від 6 травня 2012 р.
9. Закони України «Про державну виконавчу службу», «Про виконавче провадження», «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» : *Науково-практичний коментар*. – К. : Видавець Фурса С.Я. : КНТ, 2008. – 1172 с. – (Серія «Процесуальні науки»).
10. Заворотько П.П. *Процессуальные гарантии исполнения судебного решения*. – М., 1974. – 559 с.

11. Заворотько П.П., Штефан М.Й. Судове виконання : Для викладачів і студентів юрид. вузів, працівників суду, прокуратури, юрисконсультів підприємств, установ, організацій. – К. : Вид-во Київського ун-ту, 1967. – 263 с.

12. Організаційно-правові засади діяльності суб'єктів виконавчого провадження (теоретичні аспекти) : навч. посіб. для студ. вищ. навч. закл. / Р.В. Ігонін, К.В. Шкарупа, О.І. Сеньків ; Держ. податкова адмін. України, Нац. ун-т Держ. податкової служби України. – Ірпінь : Нац. ун-т ДЛС України, 2010. – 203 с.

13. Фурса С.Я. Конспект лекцій з навчальної дисципліни «Теорія виконавчого процесу».

14. Про затвердження Інструкції з організації примусового виконання рішень, затверджено Наказом Міністерства юстиції України від 2 квітня 2012 р. № 512/5.

Вінциславська М.В. Суб'єкти виконавчого процесу та їх класифікації: проблемні питання

У статті аналізуються основні критерії щодо класифікації суб'єктів виконавчого процесу з точки зору сучасних тенденцій розвитку виконавчого процесу як самостійної галузі правової науки. Запропоновано авторську класифікацію суб'єктів виконавчого процесу.

Ключові слова: суб'єкт виконавчого процесу, виконавче провадження, класифікація, критерій, правовий статус.

Винциславская М.В. Субъекты исполнительного процесса и их классификации: проблемные вопросы

В статье анализируются основные критерии классификации субъектов исполнительного процесса с точки зрения современных тенденций развития исполнительного процесса как самостоятельной отрасли правовой науки. Предложено авторскую классификацию субъектов исполнительного процесса.

Ключевые слова: субъект исполнительного процесса, исполнительное производство, классификация, критерий, правовой статус.

Vintsislavska M.V. Subject classification of the executive process: problem questions

The scientific article analysis basic criteria for classification of subjects of the executive process in terms of modern trends of development of executive process as a substantive field of knowledge. Classification author's of subjects of the executive process is offered.

Key words: subjects of the executive process, enforcement proceeding, classification, criterion, legal status.

Рецензія*

на статтю «Суб'єкти виконавчого процесу та їх класифікації: проблемні питання» аспірантки кафедри нотаріального та виконавчого процесу і адвокатури Вінциславської Марії Валеріївни

Стаття М.В. Вінциславської присвячена дослідженню статусу суб'єктів виконавчого процесу, наведені та проаналізовані думки вчених щодо основних підходів до класифікації суб'єктів виконавчого процесу, автором запропоновані власні критерії для класифікації суб'єктів виконавчого процесу.

Статтю «Суб'єкти виконавчого процесу та їх класифікації: проблемні питання» підготовлено на актуальну і новітню тему, оскільки сьогодні відбувається становлення і розвиток такої галузі правової науки, як виконавчий процес, тому виникає необхідність дослідження правового статусу суб'єктів даної науки. Крім того, на сьогоднішній момент не визначені чіткі критерії за якими той чи інший суб'єкт відноситься до учасників виконавчого процесу, в зв'язку з чим недостатньо досліджено їх правове становище.

На основі аналізу теоретичних праць та юридичної літератури Вінциславською М.В. розкриті такі поняття як «суб'єкти виконавчого процесу», «суб'єкти виконавчого провадження», «учасники виконавчого провадження» та розглянуто як вони співвідносяться.

Враховуючи теорію виконавчого процесу автором розкриті основні підходи до класифікації суб'єктів виконавчого процесу та запропоновано власні критерії для класифікації, які найбільш повно відображають весь склад суб'єктів виконавчого процесу.

Враховуючи вищезазначене, наукова стаття М.В. Вінциславської «Суб'єкти виконавчого процесу та їх класифікації: проблемні питання» відповідає всім вимогам, що висуваються до робіт такого типу. На нашу думку, робота може бути рекомендована для публікації.

Рецензент:

Доктор юридичних наук,
професор, завідувач кафедри
нотаріального та виконавчого процесу і
адвокатури юридичного факультету
Київського національного
університету ім. Тараса Шевченка

Фурса СЯ.

* Збережено стиль і граматику оригіналу.



Судове рішення у цивільній справі як підстава для відкриття виконавчого провадження: питання теорії і практики

*Ляшенко Руслан Олегович,
аспірант кафедри нотаріального та виконавчого процесу
і адвокатури Київського національного університету імені
Тараса Шевченка*

Судовим рішенням у цивільній справі присвячено значну кількість наукових робіт, зміст яких можна звести до дослідження кількох напрямів. Так, окремі автори комплексно аналізують судові рішення на предмет їх обґрунтованості [1], вмотивованості [2], загальні положення рішень судів [3] та їх особливості [4] тощо. Але важливим є й інше питання, яке стосується можливості скасування рішень, які не набрали [5] або набрали законної сили [6], а також приведення до виконання рішень іноземних судів та арбітражів [7].

Тема дослідження зумовлює інтереси автора до всіх тих факторів, які впливають або можуть вплинути на виконання рішень, а це безумовно пов'язано зі стабільністю і незмінністю рішення суду як наступної підстави для його виконання. Автор вважає, що всі перелічені дослідження є важливими для виконавчого провадження, оскільки дестабілізація дій державного виконавця у виконавчому провадженні не завжди зумовлюється його помилками [8] або об'єктивними і суб'єктивними факторами [9].

На думку автора, необхідною умовою для вчасного і повного виконання рішень судів може стати чітко викладене і законне рішення суду, виконання якого «гарантується» забезпеченням позову [10].

Але аналіз рішення судів з погляду матеріальних і цивільних процесуальних аспектів мають важливе значення для їх наступного виконання, а цій темі присвячено дуже мало робіт.

Для того, щоб визначитися з реальними властивостями судового рішення, його слід розглядати як міжгалузевий інструмент врегулювання спірних правовідносин та усунення правопорушень. Слід відзначити, що у цивільному

праві рішенню суду відводиться другорядне значення, яке не відповідає ст. 129 Конституції України. Так, у частині п'ятій ст. 11 ЦК передбачається, що у випадках, встановлених актами цивільного законодавства, цивільні права та обов'язки можуть виникати з рішення суду. Але межі судових рішень у цивільних відносинах неможливо встановити, суд встановлює лише права та обов'язки.

У частині п'ятій ст. 11 ЦК відчувається проблемність у застосуванні терміна «виникнення прав та обов'язків», оскільки обов'язки в судовому рішенні не виникають, а встановлюються судом і констатуються персоніфіковано щодо зобов'язаних осіб, яких саме суд визначає. Тобто у рішенні суду відображаються ті відносини, які мають місце в матеріальних правовідносинах, а також вони кваліфікуються відповідно до норм законодавства. У переважній більшості випадків у судовому рішенні не констатується виникнення прав, а права встановлюються на підставі юридичних фактів та відповідних норм законодавства. Зокрема, коли особи уклали договір і одна зі сторін його не виконує, то виникає необхідність у притягненні контрагента до відповідальності, але зобов'язання не виникає з рішення суду, а встановлюється на підставі такого рішення.

Дійсно, держава передбачає необхідність перевірки змісту відносин між сторонами, щоб наступні примусові заходи, що можуть бути вчинені державною виконавчою службою, були об'єктивними і відповідали даним відносинам. В останньому випадку автор має на увазі персоніфікацію відповідальності і обсяги такої відповідальності.

Сьогодні в цивільному процесі допускається спрощений порядок визначення відповідальності зобов'язаної особи у наказному провадженні шляхом видачі судового наказу. Деякі науковці роблять висновки про те, що сутність судового наказу характеризується одночасною наявністю в його складі елементів підтвердження та примусу. Елемент підтвердження проявляється в тому, що судовий наказ є судовим підтвердженням наявності або відсутності між сторонами того чи іншого правовідношення. Елемент примусу виступає як

вказівка на обов'язковість рахуватися з судовим наказом для визначення кола осіб, оскільки судовий наказ має ціллю забезпечити механізм примусового виконання» [11].

Але, на нашу думку, судовий наказ не може підтверджувати відсутність між сторонами правовідношення, оскільки в такому разі суд відмовить у його видачі. Судовий наказ – це констатація конкретних зобов'язань однієї зі сторін щодо іншої, але в судовому наказі не існує елементу примусу. Суд при вирішенні питання про видачу судового наказу не вирішує спір про право, а фактично виявляє позицію боржника з приводу «претензії» кредитора і при відсутності заперечень проти неї видає наказ. Тобто в цьому випадку наказне провадження слід розглядати не як таке, що складається з «елементів підтвердження та примусу». Дійсно, у межах наказного провадження спір про право не вирішується, а лише з'ясовується його наявність чи відсутність. Щодо елементу примусу, то такого в межах наказного провадження не існує, але тут можна виявити потенційний примус, який слідуватиме за невиконанням судового наказу в добровільному порядку. На практиці мають місце непоодинокі випадки, коли громадяни неадекватно реагують на відповідну загрозу невиконання рішення суду, оскільки не знають про передбачені законодавством санкції за невиконання судового наказу. Тому необхідно говорити про те, що суд має роз'яснювати ті наслідки, які настануть для громадян у разі невиконання судового наказу в добровільному порядку. Лише попередження про наступне вжиття примусових заходів у виконавчому провадженні і відповідні санкції можуть стимулювати виконання рішення суду в добровільному порядку і це автор вважає найпершим елементом приведення рішення до виконання.

М.О. Черемин пропонує виключити з наказного провадження стадію повідомлення боржника про наявність у суді заяви кредитора [12], тому що так усуватиметься елемент з'ясування відносин між кредитором і боржником. Але з такою думкою важко погодитися з точки зору положень виконавчого провадження. Виявлення спору про права та обов'язки на стадії виконавчого

провадження ускладнить майбутнє виконання судового наказу і призведе до розгляду «претензії» кредитора в порядку позовного провадження. Більше того, відсутність офіційного з'ясування позиції відповідача з приводу заявленого позову робить діяльність суду суто формальною і зайвою. Тому вважається, що пропозиція щодо недоцільності повідомлення боржника про наявність в суді заяви кредитора ставить під сумнів сенс виконавчого провадження. На стадії звернення до суду в порядку наказного провадження ми лише припускаємо відсутність спору про право і достатність безспірних доказів щодо заявленого правопорушення, але таке припущення не завжди правильне.

Аналогічним наказному провадженню є виконавчий напис нотаріуса, де також робиться припущення про ознаки «виявленого» і заявленого правопорушення, однак деякі фахівці доводять необхідність повідомлення боржника щодо вчинення наступного виконавчого напису на борговому зобов'язанні [13]. Така позиція вченого-практика не позбавлена сенсу і в судовій практиці непоодинокими є випадки, коли виконавчий напис нотаріуса оскаржується в суді або боржник просить визнати такий напис недійсним чи таким, що не підлягає виконанню тощо [14].

Дійсно, судова практика свідчить, що боржники намагаються будь-якими способами відкласти або ускладнити виконання власних обов'язків, тому при нагоді спровокують звернення до суду, а це не на користь кредитора, який розраховує на спрощену процедуру приведення своєї вимоги до реального виконання і відновлення його порушених прав. Але потрібно буде встановити реальність правопорушення з боку боржника, який може покласти кошти на депозит нотаріуса і таким чином виконати власні зобов'язання, що передбачено ст. 537 ЦК як належне виконання зобов'язання. У зв'язку з цим необхідно встановити безумовною вимогою для вчинення виконавчого напису нотаріусом перевірку внесених на депозитний рахунок нотаріуса коштів на ім'я кредитора від імені боржника і для цього має існувати Єдиний реєстр депозитних рахунків нотаріусів, який мусить бути відкритим для всіх заінтересованих осіб. Це дозволить уникати безпідставного вчинення виконавчих написів.

Вважаємо, що судовий наказ має бути обґрунтованим і відповідати реальним обставинам справи. Зокрема, в ст. 96 ЦПК передбачено, що судовий наказ може бути видано у разі, якщо заявлено вимогу про стягнення заборгованості за оплату житлово-комунальних послуг, телекомунікаційних послуг, послуг телебачення та радіомовлення з урахуванням індексу інфляції та трьох відсотків річних, нарахованих заявником на суму заборгованості. На думку автора, судовий наказ не може видаватися на підставі такої вимоги у безспірному порядку, оскільки в цьому випадку нарахування здійснюється в односторонньому порядку, а не на підставі відповідного договору.

Автор також вважає, що у ст. 96 ЦПК не зовсім обґрунтовано встановлена можливість видачі судового наказу щодо випадку, коли заявлено вимогу про присудження аліментів на дитину в розмірі тридцяти відсотків прожиткового мінімуму для дитини відповідного віку, якщо ця вимога не пов'язана із встановленням чи оспорюванням батьківства (материнства) та необхідністю залучення інших зацікавлених осіб. Тут не важко помітити певні розходження, оскільки при встановленні аліментів на дитину в розмірі тридцяти відсотків прожиткового мінімуму та особа, яка звернулася з відповідною вимогою, має додавати власні кошти в розмірі семи–десяти відсотків від прожиткового мінімуму для утримання дитини ще й витратити власний час і сили для виховання такої дитини. Отже, об'єктивно розглядаючи таку ситуацію, можна стверджувати, що інтереси дитини таким чином будуть не захищені, оскільки той з батьків, хто звернувся до суду за стягненням аліментів, не завжди здатен надати нормальне виховання, утримання і забезпечити розвиток дитини. Тому суд, на нашу думку, не повинен встановлювати рівень утримання дитини нижчий за половину прожиткового мінімуму. Тобто інтереси дитини не в мінімальному утриманні, а в максимальному, щоб була можливість не тільки отримати мінімальне харчування, одяг, а й забезпечити розвиток дитини шляхом відвідування спортивних і художніх секцій, забезпечити її відпочинок тощо. Для цього необхідно встановлювати реальні доходи аліментозобов'язаної особи, а також тих родичів, які згідно з нормами СК

зобов'язані утримувати дитину, і лише після цього встановлювати розмір аліментів. Отже, в цьому конкретному випадку можна говорити про неналежний судовий наказ, яким задовольняються вимоги кредитора і порушуються права та інтереси дитини на достатній життєвий рівень тощо.

Наведені аргументи дозволяють зробити висновок про те, що судовий наказ не повинен видаватися судом й при встановленні аліментів на утримання дитини в розмірі тридцяти відсотків прожиткового мінімуму для дитини відповідного віку. Матеріальні інтереси дитини мають бути задоволені з урахуванням отримуваного аліментнозобов'язаним батьком доходу, а не виходячи з однієї третини прожиткового мінімуму.

Переходячи до аналізу особливостей рішень в інших видах проваджень, слід звернути увагу на те, що окреме провадження традиційно вважалося таким, що рішенням суду встановлювали юридичні факти і вони не виконувалися в примусовому порядку [15]. Тобто такі рішення відносилися до категорії визнання фактів, але на сьогодні потрібно враховувати нову концепцію, що рішення судів у справах окремого провадження можуть виконуватися державною виконавчою службою. Зокрема, у частині другій ст. 239 ЦПК встановлено, що у виняткових випадках, коли особа, щодо якої відкрито провадження у справі про обмеження її у цивільній дієздатності чи визнання її недієздатною, явно ухиляється від проходження експертизи, суд у судовому засіданні за участю лікаря-психіатра може постановити ухвалу про примусове направлення фізичної особи на судово-психіатричну експертизу. Але у цій правовій ситуації матиме місце примусове виконання ухвали суду, і автор вважає, що лікарі не вправі згідно із Законом України «Про виконавче провадження» самостійно здійснювати примусові заходи щодо проведення експертизи.

Тому не можна погодитися з положенням частини другої ст. 239 ЦПК, оскільки воно деякою мірою суперечить частині другій ст. 28 Конституції України. Проте державний виконавець мусить виконувати обов'язкові приписи суду, які відповідають положенням Закону. Тому, на наш погляд, саме

державний виконавець зобов'язаний організувати проведення судово-психіатричної експертизи.

Так само, згідно зі ст. 239 ЦПК можуть підлягати примусовому виконанню державною виконавчою службою ухвала суду про проведення психіатричного огляду особи у примусовому порядку та рішення суду про надання особі амбулаторної психіатричної допомоги, а також про госпіталізацію особи до психіатричного закладу в примусовому порядку. Лише заява про продовження такої госпіталізації не повинна виконуватися в примусовому порядку державною виконавчою службою, оскільки особа й так знаходиться в психіатричному закладі.

У частині другій ст. 286 ЦПК встановлено, що рішення може стати підставою для обов'язкової госпіталізації і лікування особи в протитуберкульозному закладі на встановлений законом строк, але не визначено, як таке рішення суду реалізуватиметься. Тобто державний виконавець здатен не тільки контролювати виконання рішення суду, а й у нього є важелі впливу, здатні стимулювати виконання рішення суду. Наведені доводи підтверджують можливість і необхідність примусового виконання ухвал і рішень суду в справах окремого провадження державною виконавчою службою. Але в Законі України «Про виконавче провадження» не встановлено особливостей виконання таких рішень і ухвал, хоча особливості діяльності державної виконавчої служби мають обумовлюватися характерними рисами таких рішень, зокрема небезпекою для здоров'я державних виконавців тощо.

Автор вважає, що у справах, пов'язаних зі здоров'ям хворих осіб та їх оточуючих, потрібен не тільки швидкий розгляд справи, а й негайне виконання рішення і ухвали суду, що має бути відображене у ЦПК. Крім того, такі рішення мають відрізнятися особливим порядком приведення їх до виконання, зокрема скороченим терміном добровільного виконання, тощо. Більше того, рішення у справах окремого провадження потребують персоніфікації відповідальності тих осіб, які не виконають рішення, і тим самим буде створена реальна загроза зараження оточуючих на відкриту форму туберкульозу або

завдано шкоди майну та здоров'ю громадян та юридичних осіб внаслідок невжиття заходів до душевно хворих осіб.

У справах позовного провадження особливу увагу слід звернути на можливість постановлення судом рішень про визнання відповідних фактів і про присудження, з яких лише останні можуть виконуватися в примусовому порядку.

Водночас судова практика свідчить про істотні проблеми з виконанням рішень судів, які були ухвалені в заочному порядку. Доволі часто такі правові ситуації пов'язані з тим, що лише при зверненні державного виконавця до боржника останній дізнається про ухвалене проти нього рішення і виконавче провадження зупиняється на тій підставі, що відповідач звертається до суду із заявою про перегляд судового рішення (ст. 228 ЦПК). Тому автор вважає, що заочний розгляд справ позовного провадження допустимий лише в тому випадку, коли у суду наявні безспірні докази повідомлення відповідача про розгляд справи, інакше стабільність судового рішення втрачатиметься.

Більш складними із правової точки зору є випадки, коли в рішенні суду не чітко встановлена відповідальність певних суб'єктів, а вона покладається на відповідачів солідарно.

Список використаних джерел

- 1. Фильченко, И. Г. Процессуальные гарантии принятия обоснованного судебного решения в гражданском процессе : Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Специальность 12.00.15 – Гражданский процесс ; Арбитражный процесс /И. Г. Фильченко. – Воронеж, 2010. – 26 с. 2010; Хахалева Е. В. Обоснованность решения суда общей юрисдикции : Дис. канд. юрид. наук / КубГАУ. – Краснодар, 2005. – 193 с.*
- 2. Пономаренко В.А. Мотивированность судебного решения в гражданском и арбитражном процессе. – М. : Юридическая книга. – 2007.*
- 3. Шиманович О.М. Судові постанови у цивільному процесі України (на*

матеріалі рішень і ухвал суду першої інстанції): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Київський національний ун-т ім. Тараса Шевченка. – К., 2005. – 20 с.; Андронов І.В. Рішення суду першої інстанції в цивільному процесі України: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Одеська національна юридична академія. – О., 2008. – 20с.; Минасян Г.М. Решения и определения судов первой инстанции общей юрисдикции : Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Специальность 12.00.15 – Гражданский процесс ; Арбитражный процесс / Г. М. Минасян. – М., 2009. – 30 с.

4. Широкопояс Ю. А. Акты суда общей юрисдикции об окончании производства по делу без принятия судебного решения : Дис. канд. юрид. наук / КубГАУ. – Краснодар, 2005. – 2005.

5. Гойденко Е.Г. Отмена не вступивших в законную силу судебных решений в гражданском процессе : Диссертация ... кандидата юридических наук : 12.00.15 / Гойденко Екатерина Григорьевна; Ин-т государства и права РАН. – Москва, 2008. – 188 с. – 2008.

6. Завриев С.С. Пересмотр по вновь открывшимся обстоятельствам решений, определений, постановлений президиума суда надзорной инстанции, вступивших в законную силу в гражданском процессе : Дис. канд. юрид. наук : 12.00.15. – М. – 2008.

7. Євтушенко О.І. Особливості визнання та виконання рішень іноземних судів: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / НАН України; Інститут держави і права ім. В.М.Корецького. – К., 2005. – 18 с.; Цірат Г. А. Виконання іноземних арбітражних рішень : Автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Київський національний ун-т ім. Тараса Шевченка. – К., 2000. – 18с.

8. Конторова Д.Г. Процессуальные особенности рассмотрения дел об оспаривании ненормативных правовых актов, решений и действий (бездействия) судебных приставов-исполнителей в арбитражном процессе : Дис. канд. юрид. наук / Сар. гос. акад. права. – Саратов, 2007. – 234 с.

9. Кузьменко С.Г. Особливості судового розгляду та вирішення справ за

позовами про звільнення майна з-під арешту : Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Національний ун-т внутрішніх справ. – Х., 2001. – 19с.

10. Фомичёва Р.В. Меры по обеспечению исполнения решений в арбитражном процессе : Диссертация ... кандидата юридических наук : 12.00.15 / Фомичёва Регина Владимровна; [Место защиты: Саратов. гос. акад. права]. – Саратов, 2007. – 195 с. – 2007.

11. Черемин М. А. Приказное производство в российском гражданском процессе – Иваново, 1999. – 211 с. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.dissercat.com/content/prikaznoe-proizvodstvo-v-rossiiskom-grazhdanskom-protssesse>

12. Черемин М.А. Приказное производство в российском гражданском процессе. – М. : ООО «Городец- издат», 2001 – 172 с.

13. Журавлев Д. Весомость исполнительной надписи нотариуса. Исполнительные надписи как средство защиты нотариусами гражданских прав юридических и физических лиц // Юридическая практика. № 51 (521) от 18 декабря 2007 г.

14. Справа № 2/1051-24/183. Постановва Вищого Господарського Суду України про визнання виконавчого напису нотаріуса таким, що не підлягає виконанню від 5 квітня 2007 р. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v1051600-07>

15. Фурса С.Я. Окреме провадження в цивільному процесі України. – К. : Поліграфічний Центр Київського університету імені Тараса Шевченка, 1999. – С. 148–174.

Ляшенко Р.О. Судове рішення у цивільній справі як підстава для відкриття виконавчого провадження: питання теорії і практики

Аналізуються рішення, ухвалені судом у справах наказного, окремого та позовного проваджень, з точки зору їх примусового виконання державним виконавцем. Внесені пропозиції щодо вдосконалення відповідного законодавства.

Ключові слова: судове рішення, судовий наказ, окреме провадження, позовне провадження, державний виконавець.

Ляшенко Р.А. Судебное решение по гражданскому делу как основание для открытия исполнительного производства: вопросы теории и практики

Анализируются решения, постановленные судом по делам приказного, особого и искового производств, с точки зрения их принудительного исполнения государственным исполнителем. Внесены предложения по совершенствованию соответствующего законодательства.

Ключевые слова: судебное решение, судебный приказ, особое производство, исковое производство, государственный исполнитель.

Liashenko R.O. Courts' decision in civil case as a ground for opening of court enforcement action: theory and practice

Analyzes the decisions made by the court for acting, and a separate limitation proceedings in terms of enforcement of state enforcement and make proposals to improve legislation.

Key words: judgment, court order, a separate proceeding, the claim proceeding, the state enforcement.

Рецензія*

на наукову статтю «Судове рішення у цивільній справі як підстава для відкриття виконавчого провадження: питання теорії і практики», підготовлену здобувачем кафедри нотаріального та виконавчого процесу і адвокатури Ляшенко Р.О.

Актуальність теми не викликає сумніву, оскільки від законного та обґрунтованого рішення залежить своєчасність та належне його виконання.

Але процедура виконання судових рішень з різних категорій цивільних справ має свої особливості. Встановлення таких особливостей має істотне значення для формування моделей процедури виконавчого провадження .

Здобувачем Ляшенко Р.О. у статті дається аналіз рішень ухвалених судом у справах наказного, окремого та позовного проваджень з точки зору їх примусового виконання державним виконавцем та внесені пропозиції щодо вдосконалення відповідного законодавства.

Заслужовує на увагу аналіз норм Цивільного кодексу України у контексті узгодження способів захисту цивільних прав суб'єктів цивільних відносин із порядком виконання судових рішень.

Автором проаналізовані точки зору вчених процесуалістів щодо процедури виконання судового наказу та зроблені слушні висновки, які

є вмотивованими, що свідчить про розуміння автором питання, яке досліджується. У контексті дослідження цього питання автор порівнює судовий наказ із виконавчим написом нотаріуса та аналізує судову практику щодо визнання цих юрисдикційних актів недійсними. Пропонуються зміни та доповнення до законодавства, зокрема ст. 96, 296 ЦПК України.

Дана стаття є завершеним науковим дослідженням, висновки носять достовірний характер, обґрунтовані.

Стаття відповідає вимогам, які пред'являються ДАК України до даного роду робіт тому може бути рекомендована до друку у фаховому виданні.

Науковий керівник, д.ю.н., професор

С.Я. Фурса

* Збережено стиль і граматику оригіналу.



Процедура виконання рішень з стягнення аліментів і заборгованості по них у примусовому порядку

*Дерій Олена Олександрівна,
аспірант кафедри нотаріального та виконавчого процесу
і адвокатури Київського національного університету імені
Тараса Шевченка*

Питання виконання рішень про стягнення аліментів є актуальним та малодослідженим у сучасній юридичній науці. Значення виконавчого провадження щодо стягнення аліментів полягає у тому, що воно гарантує фактичну реалізацію рішення суду (іншого органу), завершує юрисдикційну діяльність щодо захисту суб'єктивних прав громадян, забезпечує зміцнення законності у сфері матеріально-правових відносин, запобігає сімейним правопорушенням та сприяє вихованню громадян і службових осіб у дусі виконання законів України.

Виконанням забезпечується аліментне утримання шляхом застосування процесуальних засобів і способів примусу до осіб, які відмовляються добровільно виконувати свої аліментні обов'язки. На сьогодні ступінь виконання рішень судів, зокрема й з аліментних зобов'язань, не можна визнати задовільним. Це одна з причин виникнення заборгованості за аліментами.

У ході виконавчого провадження про стягнення аліментів заборгованість за аліментами може утворитися з об'єктивних причин, а також із вини органів виконавчої служби, одержувача аліментів, платника аліментів або організації, у якій останній працює. Порядок стягнення заборгованості в багатьох моментах визначається тим, які причини привели до її утворення.

Переважно утворення заборгованості пов'язане з несумлінною поведінкою платника аліментів (ухиленням від сплати аліментів; неповідомленням про місце проживання й роботи; прихованням доходів, майна тощо). Це пояснюється тим, що аліменти стягуються в судовому порядку в тих випадках, коли нормальні сімейні зв'язки порушено і обов'язок по утриманню дітей не виконується добровільно.

Аналіз наукової літератури у галузі сімейного права та виконавчого провадження свідчить, що питання правового регулювання аліментних відносин та виконання рішень судів і договорів з аліментних зобов'язань висвітлено у роботах таких відомих правознавців: М.В. Антокольської, В. Антошкіної, Г.В. Богданової, Е.М. Ворожейкіна, І.П. Грішина, Н.М. Єршової, І.В. Жилінкової, О.Н. Кудрявцевої, Г.П. Клімова, Н.П. Осіпова, С.Я. Фурси, Є.І. Фурси, М.Й. Штефана, Ю.С. Червоного та інших.

Метою цієї статті є системний аналіз інституту аліментних зобов'язань, а також вироблення на цій основі практичних рекомендацій правозастосовчим органам.

Однією з найбільш поширених категорій невиконання судових рішень є навмисна несплата аліментів. Ухиленням від сплати аліментів слід вважати дії або бездіяльність винної особи, спрямовані на невиконання рішення суду про стягнення з неї на користь стягувача визначеної суми аліментів. Вони можуть виразитись як у прямій відмові від сплати встановлених судом аліментів, так і в інших діях (бездіяльності), які фактично унеможливають виконання вказаного обов'язку (приховуванні заробітку (доходу), що підлягає обліку при відрахуванні аліментів, зміні місця роботи чи місця проживання з неподанням відповідної заяви про необхідність стягування аліментів тощо) [7, с. 458].

У сучасних економічних умовах часто трапляється, що особа, зобов'язана сплачувати аліменти, працює у підприємця без оформлення на роботу згідно з вимогами КЗпПУ, тобто за всіма ознаками вважається безробітною, хоча насправді отримує відповідну заробітну плату. Дані виплати ніде не обліковуються і звернути на них стягнення аліментів немає можливості. Така ситуація призводить до того, що одержувачі аліментів звертаються за отриманням соціальної допомоги, тому що підтвердити наявність у боржника доходу документально неможливо.

Хоча статтями 164, 165 Кримінального кодексу України передбачається відповідальність за ухилення від сплати аліментів, на практиці вона застосовується досить рідко.

У більшості випадків після того, як попередять боржника, що його буде притягнуто до кримінальної відповідальності за ухилення від сплати аліментів,

він у рахунок погашення заборгованості вносить деяку суму коштів, після чого виплата аліментів знову припиняється.

Ухилення від сплати аліментів і ухилення від утримання суб'єктів аліментного зобов'язання утворюють склад злочину лише у випадку, коли воно є злісним. Якщо ухилення від сплати аліментів є злісним, то це вже злочин, за який частиною першою ст. 164 Кримінального кодексу України передбачене покарання у виді штрафу від 100 до 200 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, або громадських робіт на строк від 80 до 120 годин, або виправних робіт на строк до одного року, або обмеження волі на строк до двох років. Те саме діяння, вчинене особою, раніше судимою за зазначений вище злочин, карається виправними роботами на строк до двох років або обмеженням волі на строк до трьох років [7, с. 457].

Відповідно до чинного законодавства за наявності ознак злісного ухилення від сплати аліментів державний виконавець за заявою стягувача направляє до територіального відділу внутрішніх справ подання про притягнення боржника до кримінальної відповідальності. До подання додаються документи: копія виконавчого листа, розрахунок заборгованості, копія письмового попередження боржника про кримінальну відповідальність за злісне ухилення від сплати аліментів, акти перевірки майнового стану боржника, копії викликів боржника до державного виконавця; копії письмових пояснень боржника про причини невиклати аліментів та його зобов'язання погасити борг, копії відповідей МРЕВ ДАІ [4], БТІ, центру зайнятості тощо про відсутність прибутків і майна у боржника.

Поняття злісності належить до оціночних категорій і має бути визначено у кожному конкретному випадку. Визнання судом ухилення злісним повинно бути належним чином вмотивовано у вироку. Про злісний характер ухилення можуть свідчити тривалість ухилення, продовження ухилення після попередження про необхідність виконання свого обов'язку та можливість кримінальної відповідальності з боку судді чи державного виконавця, неодноразові звернення потерпілого чи інших осіб до винної особи з цього приводу тощо.

Якщо внаслідок несплати аліментів виникає заборгованість, то державний виконавець повинен з'ясувати, чи не виникла вона через ухилення боржника від свого обов'язку [2, с. 4]. Зокрема, дослідженню підлягають такі обставини:

- з якого часу виникла заборгованість;
- спосіб життя, який вів боржник протягом цього часу;
- наявність у нього тимчасових грошових доходів;
- чи звертався боржник до центру зайнятості населення, якщо був тимчасово безробітним;
- чи має боржник підсобне господарство;
- чи надавав боржник іншу, не грошову допомогу на утримання дитини (продукти харчування тощо);
- чи отримував боржник доходи від земельного та майнового паю.

Порядок стягнення аліментів визначається законом. Зокрема, питання аліментних обов'язків регламентується Сімейним кодексом України (далі – СК), Законом України «Про виконавче провадження» (далі – Закон) та іншими підзаконними актами.

Розмір заборгованості за аліментами обчислюється державним виконавцем, а у разі спору – судом [3].

Так, суд визначає вид аліментів та конкретизує їх розмір у судовому рішенні, державний виконавець стягує аліменти на підставі виконавчого листа, заборгованість за аліментами може визначати державний виконавець. Якщо ж під час виконання рішення між сторонами виконавчого провадження та державним виконавцем виникає спір щодо розміру заборгованості за аліментами, то він за заявою заінтересованої особи визначається судом [1, с. 59].

Правила нарахування заборгованості по аліментах залежать від того, який їх вид було присуджено судом. Тут можливі два варіанти:

- а) сплата аліментів у твердій грошовій сумі (ст. 184 СК України);
- б) сплата аліментів у частці від заробітку (доходу) матері, батька дитини (ст. 183 СК України) [9].

Якщо аліменти присуджено у твердій грошовій сумі, то розмір заборгованості, незалежно від того, чи працює боржник, чи ні, визначається сумою коштів, яку боржник має щомісяця сплачувати згідно з рішенням суду.

Якщо розмір аліментів, визначений судом у твердій грошовій сумі, менше 30 відсотків прожиткового мінімуму для дитини відповідного віку, то дитині має бути призначена державна допомога в розмірі різниці між визначеним розміром аліментів і 30 відсотками прожиткового мінімуму для дитини відповідного віку.

Розмір заборгованості зі сплати аліментів визначає державний виконавець за місцем виконання рішення у порядку, встановленому Сімейним кодексом України. У разі визначення суми заборгованості у частці від заробітку (доходу) розмір аліментів не може бути менший за встановлений Сімейним кодексом України.

Державний виконавець обчислює розмір заборгованості зі сплати аліментів, складає відповідний розрахунок та повідомляє про нього стягувачеві і боржникові:

- у разі якщо виконавчий документ уперше надійшов для виконання;
- за заявою сторін виконавчого провадження;
- у разі надсилання постанови до адміністрації підприємства, установи, організації, фізичної особи, фізичної особи-підприємця для проведення відрахування із заробітної плати, пенсії та стипендії боржника;
- у разі закінчення виконавчого провадження у зв'язку з надходженням виконавчого документа за належністю до іншого органу державної виконавчої служби;
- за власною ініціативою;
- в інших передбачених законом випадках [10].

У разі сплати аліментів за місцем роботи, місцем виплати пенсії, стипендії заборгованість за аліментами погашається за заявою платника шляхом відрахувань із його заробітної плати, пенсії, стипендії за місцем їх одержання або стягується за рішенням суду.

Відповідно до п. 4 ст. 194 СК України заборгованість за аліментами стягується незалежно від досягнення дитиною повноліття, а у випадку, передбаченому ст. 199 СК України, – до досягнення нею двадцяти трьох років.

Якщо за виконавчим листом, пред'явленим до виконання, аліменти не стягуються у зв'язку з розшуком платника аліментів або у зв'язку з його перебуванням за кордоном, вони мають бути сплачені за весь минулий час (частина друга ст. 194 СК України). Такими є загальні положення щодо стягнення заборгованості за аліментами [6].

На практиці у державних виконавців виникають проблеми з правильним розрахунком заборгованості за аліментами та порядком їх погашення (ст. 195 СК). Обчислюючи заборгованість за аліментами, присудженими у частці від заробітку (доходу), державний виконавець повинен виходити з фактичного заробітку (доходу), який платник аліментів одержував за час, протягом якого не проводилось їх стягнення. Тут можна виходити з декількох можливих ситуацій:

- як правило, державна виконавча служба отримує виконавчий лист і повинна відкривати виконавче провадження, а також подавати інформацію до установи, де працює, навчається платник, про необхідність відрахування з платника певного відсотку його доходу (заробітної плати). Але на практиці іноді мають місце випадки, коли така офіційна інформація не надходить до відповідних установ протягом 6 місяців і більше. У такому разі говорити про заборгованість і вину платника ми не можемо, оскільки заборгованість виникла внаслідок бездіяльності державного виконавця. Тому у цій ситуації застосовувати неустойку згідно зі ст. 196 СК неможливо. Так само не можна говорити про вину платника, якщо відрахування не здійснювалось з вини бухгалтерії установи або підприємства, де він працює. Але погасити заборгованість за аліментами платник повинен, тому питання стоятиме про погашення заборгованості у розстрочку чи єдиним платежем, а також про можливість відстрочки сплати заборгованості;

- якщо ж заборгованість виникла внаслідок ухилення платника від сплати аліментів, то, крім заборгованості за аліментами, має нараховуватись неустойка. Вважається, що у такому разі перед судом стоятиме питання про кримінальну відповідальність платника за ст. 164 КК, розстрочку або

відстрочку сплати аліментів, коли вони мають значний обсяг, чи погашення заборгованості за рахунок нерухомого майна [9, с. 501].

Якщо ж платник аліментів не працював на час виникнення заборгованості, але працює на час визначення її розміру, заборгованість визначається із заробітку (доходу), який він одержує. Негативний бік такої правової ситуації: після тривалого безробіття одразу влаштуватися на високооплачувану роботу платнику просто не вигідно, як не вигідно отримувати всю заробітну плату відкрито. Тому така вимога закону призводить до «тінізації» заробітних плат.

Найбільш складною є ситуація, коли платник не працював і не працює. У цьому разі розмір аліментів встановлюється, виходячи із середньої заробітної плати працівника відповідної кваліфікації або некваліфікованого працівника для даної місцевості. Тобто виникає ситуація, коли державному виконавцю пропонується формально підраховувати заборгованість, яку він не здатен стягнути. Накопичення значної заборгованості не йде на користь жодній з осіб, оскільки платник втрачає бажання знаходити роботу і намагатиметься працювати неофіційно. Правники пропонують декілька виходів з даної ситуації:

1. Слід ставати на облік у службу зайнятості, таким чином платник отримуватиме дохід.

2. Треба звертатися за матеріальною допомогою до держави, яка в свою чергу гарантує всім громадянам достатній рівень життя (ст. 48 Конституції) [5, с. 15].

Крім того, викликає сумнів у правильності застосування частини третьої ст. 195 СК у разі визначення заборгованості, якщо вона утворилася у зв'язку з непрацездатністю платника аліментів. Звичайно, батьки зобов'язані надавати утримання своїм дітям незалежно від власної працездатності і матеріального становища. Однак, очевидно, неправильно визначати заборгованість непрацездатної особи, виходячи із середньої заробітної плати працівника. Ймовірно, для цього випадку необхідно було б закріпити спеціальне правило, а частину третю коментованої статті, в свою чергу, застосовувати тільки за умови, що платник є працездатним, а трудової діяльності не веде з якихось інших причин.

У частині другій ст. 74 Закону України «Про виконавче провадження» має місце положення про те, що у разі наявності заборгованості зі сплати аліментів понад три місяці стягнення може бути звернено на майно боржника. Звернення стягнення на заробітну плату не перешкоджає зверненню стягнення на майно боржника. Проте дане положення не узгоджується із положеннями частини восьмої ст. 181 СК: якщо батьки ухиляються від сплати аліментів або не мають можливості утримувати дитину, то дитині призначається тимчасова державна допомога. Тому відповідно до Закону слід встановлювати причини, з яких боржник не працює і не одержує доходів, а не надавати у разі його ухилення тимчасову державну допомогу. Інша ситуація, якщо боржник із поважних причин не працює чи не одержує доходів, то йому за заявою суд має надати відстрочку або розстрочку сплати аліментів або зменшити їх розмір. Дитині ж надати тимчасову державну матеріальну допомогу. Якщо ж боржник ухиляється від сплати аліментів, не працює та не бажає працевлаштовуватись, слід ужити заходів щодо звернення стягнення на його майно, що неодмінно спонукатиме його до виконання аліментного зобов'язання.

Слід звернути увагу на положення ст. 196 СК України, якою передбачена відповідальність за прострочення сплати аліментів. Для стимулювання учасників сімейних відносин до виконання своїх обов'язків у СК України закріплено низку норм, які передбачають міри відповідальності за їхнє невиконання. Однією з яскравих новел є відповідальність у вигляді неустойки за прострочення сплати аліментів. Одержувач аліментів має право на стягнення неустойки (пені) у розмірі 1% від суми несплачених аліментів за кожен день прострочення. Закон звільняє від сплати неустойки платника аліментів, який є неповнолітнім [8].

Зазначимо, що притягнення до відповідальності платника аліментів, з вини якого виникла заборгованість, є правом, а не обов'язком одержувача аліментів. Окрім того, встановлений законом розмір сплати неустойки може бути досить відчутним для фізичної особи. Тому закон допускає можливість зменшення розміру неустойки. Розмір неустойки може бути зменшений судом з урахуванням матеріального становища та сімейного стану платника аліментів.

Відповідно до ст. 197 СК України суд може відстрочити або розстрочити сплату заборгованості за аліментами, враховуючи матеріальне становище та сімейний стан платника аліментів.

За позовом платника аліментів суд вправі повністю або частково звільнити його від сплати заборгованості за аліментами. Це може мати місце у випадку, коли буде встановлено, що заборгованість виникла у зв'язку з тяжкою хворобою платника аліментів або іншою обставиною, що має істотне значення.

Отже, можна однозначно стверджувати, що головні труднощі у процесі врегулювання спірних питань між сторонами при стягненні аліментів трапляються саме на стадії виконання рішення суду. З огляду на це, механізми регулювання даного процесу потребують подальшого вдосконалення на національному та міжнародному рівнях.

Список використаних джерел

1. Гребьонкіна Л. Виконання рішень судів про стягнення аліментів // *Право України*. – 2000. – № 10. – С. 59–60.
2. Журавська В. Аліментні зобов'язання. – К. : Юридичний радник. 2005. – № 3, – С. 4.
3. Закон України «Про виконавче провадження» від 21 квітня 1999 р. № 606-XIV (нова редакція від 4 листопада 2010 р. № 2677-VI) // *Офіційний вісник України*. – 20.12.2010 – № 95. – Ст. 3373.
4. Інструкція про порядок взаємодії органів внутрішніх справ України та органів державної виконавчої служби при примусовому виконанні рішень судів та інших органів (посадових осіб), затверджена наказом МВС, Мін'юсту від 25 червня 2002 р. № 607/56/5, зареєстровано в Мін'юсті 27 червня 2002 р. за № 541/6829 // *Офіційний вісник України*. – 2002. – № 27. – Ст. 1298.
5. Конституція України від 28 червня 1996 р. – *Офіційний вісник України*. – 2010. – № 72/1. – Ст. 2598. – С. 15.

6. *Наказ Міністерства юстиції України «Про затвердження Порядку розшуку боржника – фізичної особи» від 27 серпня 2008 р. № 408 // Офіційний вісник України. – 21.11.2008. – № 865. – Ст. 2899.*

7. *Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України (2-е вид., перероб. та доп.) / За заг. ред. П.П. Андрушка, В.Г. Гончаренка, Є.В. Фесенка. – К. : Дакор, 2008. – 1428 с.*

8. *Сімейне право України : підручник / Л.М. Баранова, В.І. Борисова, І.В. Жилінкова та ін. ; за заг. ред. В.І. Борисової та І.В. Жилінкової. – 2-е вид., перероб. і допов. – К. : Юрінком Інтер, 2009. – 288 с.*

9. *Сімейний кодекс України : Науково-практичний коментар / За заг. ред. С.Я. Фурси. – К. : Видавець Фурса С.Я. : КНТ, 2008. – 1248 с.*

10. *Фурса С.Я. Закони України «Про державну виконавчу службу», «Про виконавче провадження», «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини»: науково-практичний коментар / С.Я. Фурса, Є.І. Фурса, С.В. Щербак. – К. : Видавець КНТ. 2008. – 1172 с.*

Процедура виконання рішень зі стягнення аліментів і заборгованості по них у примусовому порядку

У статті розглянуто особливості вчинення окремих заходів примусового виконання рішень чи окремих процесуальних дій при виконанні рішень про стягнення аліментів.

Ключові слова: виконання рішень, аліменти, заборгованість, заробітна плата.

Процедура исполнениия решений по взысканию алиментов и задолженности по ним в принудительном порядке

В статье рассмотрены особенности совершения отдельных мер принудительного выполнения решений или отдельных процессуальных действий при исполнении решений о взыскании алиментов.

Ключевые слова: исполнение решений, алименты, задолженность, заработная плата.

The procedure for the enforcement of alimony and arrears on them by force

The article describes the features making up the individual making or enforcement of certain proceedings for the enforcement of alimony.

Keywords: design decisions, alimony, arrear, salary.

Рецензія*

*На наукову статтю аспірантки кафедри нотаріального та виконавчого процесу і адвокатури **Дерій Олени Олександрівни***

«Процедура виконання рішень з стягнення аліментів і заборгованості по них у примусовому порядку»

Рецензована стаття відповідає встановленим вимогам, а саме:

- підготовлена на актуальну і цікаву тему, що зумовлено: (а) не досконалою процедурою виконання рішень судів з стягнення аліментів і заборгованості по них у примусовому порядку; (б) браком теоретичних праць з цих питань;

- ґрунтується на аналізі чинного законодавства та теоретичних праць;

- віддзеркалює творчий підхід авторки щодо виявлення проблеми недосконалості процедури виконання рішень судів з стягнення аліментів і заборгованості по них у примусовому порядку;

- становить інтерес для дослідників, які займаються проблемами недосконалості особливостей виконання рішень судів та договорів із зобов'язань щодо утримання.

Завідувач кафедри нотаріального та виконавчого процесу і адвокатури юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка

д.ю.н., проф. Фурса СЯ.

* Збережено стиль і граматику оригіналу.



Правові форми реалізації цивільної правосуб'єктності юридичних осіб: поняття, особливості, види

*Зозуляк Ольга Ігорівна,
кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного
права Юридичного інституту Прикарпатського
національного університету імені Василя Стефаника*

УДК 347.1

Останнім часом у вітчизняній правовій науці все більше уваги звертається на дослідження форм реалізації правосуб'єктності різних суб'єктів права [1; 2, с. 222–228]. І це цілком об'єктивно, адже вивчення поняття та особливостей цивільної правосуб'єктності тих чи інших суб'єктів права неможливе поза межами визначення правових форм її реалізації. Юридичні особи не є винятком, а з урахуванням безперервного зростання їх ролі у цивільному обороті, дослідження форм реалізації їх цивільної правосуб'єктності набуває особливої актуальності.

Термін «форма реалізації правосуб'єктності» залежно від суб'єкта права, що її реалізовує (суб'єкт конституційного права, адміністративного, цивільного та інших галузей), а також від особливостей галузі права, в межах якої реалізовується правосуб'єктність, звичайно, має свою специфіку.

Втім, слід зазначити, що у правовій доктрині відсутній єдиний підхід до розуміння категорії «правова форма реалізації правосуб'єктності». Мабуть, причина відсутності сталих підходів у розумінні цього поняття криється у неможливості дати єдино правильну дефініцію поняття «форма реалізації правосуб'єктності» для всіх галузей права. А, може, хаотичне використання без ретельного аналізу змісту розмиває сутність поняття, наповнює характеристиками, що йому не притаманні. Доволі часто розкриття правових форм реалізації правосуб'єктності здійснюється через довільний їх перелік, що аж ніяк не сприяє розумінню сутності самого поняття «правова форма реалізації правосуб'єктності».

Отже, сьогодні вкрай необхідно дати відповідь на питання: що являє собою поняття «правова форма реалізації цивільної правосуб'єктності», визначити види форм реалізації цивільної правосуб'єктності, обумовити, яким чином співвідносяться форми реалізації цивільної правосуб'єктності із способами реалізації останньої та іншими суміжними категоріями, що й становитиме мету цієї статті.

І відповідь на окреслені питання, як нам видається, потрібно не лише теоретично обґрунтувати, а й, що не менш важливо, практично, адже для кожного суб'єкта цивільного права важливо мати можливість обрати для себе найоптимальнішу форму реалізації своєї правосуб'єктності, дозволену законом. А з урахуванням специфіки цивільно-правового статусу різних суб'єктів цивільного права, а також особливостей самого виду цивільних правовідносин, слід зазначити, що не всі форми реалізації цивільної правосуб'єктності є однаково оптимальні для набуття прав та обов'язків різними суб'єктами цивільного права.

Отож, з метою, окресленою вище, проаналізуємо існуючі підходи до розуміння досліджуваного поняття. В юридичній літературі дана категорія розглядається у досить широкому розумінні. Так, Кулеба Д.І., досліджуючи механізм реалізації міжнародної правосуб'єктності держави, як форму реалізації її правосуб'єктності, визначає участь останньої в діяльності міжнародних організацій [1, с. 5]. Інакше кажучи, саме у взаємозв'язку з іншими суб'єктами міжнародного права автор вбачає форму реалізації міжнародної правосуб'єктності держави. Але, на нашу думку, правовідносини з іншими суб'єктами слід визначати не як форму реалізації правосуб'єктності, а як результат її реалізації, досягнутий з використанням певної правової форми.

Глинська О.В., аналізуючи види форм реалізації територіальною громадою господарської правосуб'єктності, відносить до них місцеві вибори і референдуми, загальні збори громадян за місцем їхнього проживання, місцеві ініціативи, громадські слухання [2, с. 222]. Проте зазначені вище форми реалізації правосуб'єктності виступають водночас і формами безпосереднього волевиявлення територіальних громад і якщо й можуть розглядатися в якості форм реалізації їх правосуб'єктності, то швидше за все конституційної, а не

господарської.

Аналогічну ситуацію можна спостерігати і в цивілістичній доктрині, де якщо і досліджується реалізація цивільної правосуб'єктності суб'єктів цивільного права в цілому та юридичних осіб зокрема, то виключно в частині видів форм реалізації цивільної правосуб'єктності, а сама сутність поняття «форма реалізації цивільної правосуб'єктності» залишається нез'ясованою. Крім того, слід констатувати застосування в літературі в якості синонімів таких понять як «форма реалізації цивільної правосуб'єктності», «спосіб реалізації цивільної правосуб'єктності», «форма участі у цивільних правовідносинах» (і така проблема існує не тільки в межах цивільного права). Так, для прикладу, в юридичній літературі вживання як синонімічних категорій «форма» та «спосіб реалізації правосуб'єктності» спостерігаються і в конституційному праві [3].

Наведене ще раз переконує у потребі сталого розуміння досліджуваної категорії, до окреслення суті та особливостей якої перейдемо далі.

По-перше, форма реалізації цивільної правосуб'єктності виступає структурним елементом будови механізму реалізації цивільної правосуб'єктності юридичних осіб.

По-друге, кінцевою метою використання тієї чи іншої форми реалізації цивільної правосуб'єктності виступає реалізація елементів цивільно-правового статусу (зокрема цивільних прав та обов'язків суб'єктів цивільного права). Інакше кажучи, через форму реалізації цивільної правосуб'єктності здійснюється реалізація цивільних прав та обов'язків суб'єктів цивільного права у межах обсягу їх правосуб'єктності у відносинах приватноправової сфери.

По-третє, конкретний вид форми, у якій реалізується цивільна правосуб'єктність того чи іншого суб'єкта цивільного права, суб'єкт обирає сам, якщо інше не передбачене законом.

Якщо зазначені характеристики поняття «форма реалізації цивільної правосуб'єктності» застосовувати до категорії юридичної особи, то правовою формою реалізації цивільної правосуб'єктності юридичних осіб слід вважати елемент механізму цивільного регулювання відносин за їх участі – правову підставу, завдяки якій останні набуватимуть конкретних цивільних прав та

обов'язків, як правосуб'єктні організації.

Доволі часто, як зазначалось вище, поняття «форма реалізації цивільної правосуб'єктності» та «спосіб реалізації правосуб'єктності» вживаються як тотожні, тому варто визначити співмірність між ними.

Способом реалізації правосуб'єктності, на нашу думку, є той суб'єктний склад, за допомогою якого реалізується цивільна правосуб'єктність. Тобто з допомогою вказаного поняття вдасться дати відповідь на питання, хто реалізує цивільну правосуб'єктність. Цивільна дієдатність юридичної особи реалізується її органами, учасниками, представниками, управителями, арбітражними керуючими та ін. Це і є способи реалізації цивільної правосуб'єктності.

Спосіб реалізації цивільної правосуб'єктності за своїми характеристиками близький до поняття «форма участі у цивільних правовідносинах», яким, до речі, заміняють категорію «форма реалізації цивільної правосуб'єктності». Зазначене поняття законодавець вживає безпосередньо в Цивільному кодексі України (далі – ЦК України) у статтях 167–169, де розкриваються правові форми участі держави, Автономної Республіки Крим, територіальних громад у цивільних правовідносинах. Аналізуючи зазначені норми, можна дійти висновку, що правовими формами участі вказаних суб'єктів у цивільних правовідносинах є створення ними юридичних осіб публічного права (підприємств, навчальних закладів тощо) у випадках та в порядку, встановлених Конституцією України та законом, а також юридичних осіб приватного права (підприємницьких товариств тощо), участь в їх діяльності на загальних підставах, якщо інше не встановлено законом.

Отже, створивши юридичну особу публічного чи приватного права, публічно-правові утворення стають учасниками цивільних правовідносин. Але способом реалізації цивільної правосуб'єктності зазначених суб'єктів будуть виступати органи, учасники (чи інші суб'єкти), завдяки яким створені ними юридичні особи публічного чи приватного права набуватимуть конкретних цивільних прав та обов'язків. Таким чином, з допомогою поняття «правова форма участі у цивільних правовідносинах» вирішується питання можливої

участі держави, АРК та територіальних громад у цивільних правовідносинах, а з допомогою поняття «спосіб реалізації цивільної правосуб'єктності» визначається, через який суб'єктний склад юридичні особи публічного чи приватного права, що створені публічно-правовими утвореннями, реалізовуватимуть свою цивільну дієздатність, що свідчить про нетотожність зазначених правових категорій.

Коли ж ідеться про форму реалізації цивільної правосуб'єктності юридичної особи, то це та правова підстава, завдяки якій юридична особа реалізується у цивільних правах та обов'язках, в межах визначеного обсягу цивільної правосуб'єктності. У такому розрізі форма реалізації юридичної особи є схожою із юридичним фактом як підставою виникнення, зміни та припинення цивільних правовідносин.

Проводячи співвідношення між зазначеними категоріями, слід вказати наступне. І закон, і рішення суду, і особливо договір є багатоаспектними категоріями, що дозволяє розглядати їх не тільки в якості юридичних фактів, а й використовувати в інших напрямках, зокрема як види форм реалізації цивільної правосуб'єктності суб'єктів цивільного права.

Співвідношення окреслених категорій можна здійснювати і за обсягом. У такому сенсі поняття «юридичний факт» є ширшим за категорію «форма реалізації правосуб'єктності». Це проявляється у тому, що не всі юридичні факти виступають формою реалізації цивільної правосуб'єктності, водночас як будь-яка форма реалізації цивільної правосуб'єктності є юридичним фактом.

Крім того, в деяких випадках юридичний факт слугує підставою виникнення самої правосуб'єктності, виконуючи функцію породження останньої, її набуття або виникнення (скажімо, з народженням фізичної особи виникає її цивільна правоздатність; для створення юридичної особи необхідна її державна реєстрація). Хоча такий взаємозв'язок між юридичними фактами та правосуб'єктністю є двостороннім, адже в цивілістичній доктрині доведена залежність юридичної значимості юридичних фактів від правосуб'єктності [4, с. 48].

Те, що юридичний факт ширший за обсягом від форми реалізації цивільної правосуб'єктності підтверджується і тим, що юридичні факти є

підставою виникнення (зміни, припинення) цивільних правовідносин, тоді коли форма реалізації цивільної правосуб'єктності виступає підставою реалізації цивільних прав та обов'язків у межах обсягу цивільної правосуб'єктності, що є вужчим, адже права та обов'язки в межах визначеного обсягу правосуб'єктності складають один із елементів структури цивільного правовідношення – його зміст. Втім, незважаючи на те, що види форм реалізації правосуб'єктності є одночасно і видами юридичних фактів, це жодним чином не нівелює потреби у їх виокремленні, адже через той чи інший вид форми реалізації цивільної правосуб'єктності суб'єкт цивільного права реалізується у цивільних правовідносинах у межах визначеного обсягу цивільної правосуб'єктності.

У цивільному праві існують досить різноманітні форми, за допомогою яких суб'єкти цивільного права набувають конкретних цивільних прав та обов'язків, причому перелік їх видів має дискретний характер. Так, набуття конкретних цивільних прав та обов'язків юридичними особами може відбуватися через прямі вказівки цивільного законодавства, якими визначаються межі участі юридичних осіб у цивільному обороті. До такого твердження приходимо, виходячи із частини третьої ст. 11 ЦК України, у якій зазначається, що цивільні права та обов'язки можуть виникати безпосередньо з актів цивільного законодавства.

У випадках, встановлених актами цивільного законодавства, цивільні права та обов'язки виникають безпосередньо із актів органів державної влади, органів влади Автономної Республіки Крим або органів місцевого самоврядування (частина четверта ст. 11 ЦК України). У частині п'ятій цієї ж статті ЦК України також визначено, що у випадках, встановлених актами цивільного законодавства, цивільні права та обов'язки можуть виникати з рішення суду. Отже, і закон, і рішення суду, і адміністративний акт є видами форм реалізації цивільної правосуб'єктності.

Для юридичних осіб видами форм реалізації цивільної правосуб'єктності виступатимуть також статутні документи, рішення органів управління юридичної особи (загальних зборів, виконавчих органів тощо), адже, як правильно зазначається у літературі, функція локальних корпоративних актів

полягає у забезпеченні належного рівня нормативно-правового регулювання делегованих корпораціям державою повноважень, заповнення прогалін, забезпечення дієвості чинних норм законодавства шляхом встановлення механізмів їх реалізації [5, с. 6].

Але найпоширенішою та найдоцільнішою правовою формою реалізації правосуб'єктності юридичних осіб виступає цивільно-правовий договір. У частині першій ст. 11 ЦК України визначено, що **договори** (*виділено мною. – О.З*) та інші правочини виступають підставами виникнення цивільних прав та обов'язків. У даній нормі законодавець виводить договір на перше місце, підкреслюючи тим самим роль двосторонніх правочинів – договорів. Варто зазначити, що з адміністративними актами та рішеннями суду договори зближує те, що всі вони належать до юридичних актів – правомірних дій суб'єктів, метою яких є виникнення, зміна або припинення цивільних правовідносин, тобто спрямованих на досягнення правових наслідків. Між адміністративними актами та договорами як підставами виникнення цивільних прав та обов'язків існують також певні відмінності. Як слушно відзначається у правовій літературі, адміністративні акти, по-перше, можуть бути здійснені тільки органом державної влади чи місцевого самоврядування в межах його компетенції, водночас як договори вчиняються також іншими учасниками цивільних відносин. По-друге, адміністративні акти, спрямовані на встановлення цивільних правовідносин, завжди породжують і певні адміністративні наслідки, тоді як договори за своєю природою спрямовані на виникнення, зміну або припинення саме цивільних прав та обов'язків. По-третє, орган, який здійснив адміністративний акт, сам не стає учасником цих правовідносин, а особа, що вчинила правочин з метою установаження цивільних правовідносин, неодмінно стає їх учасником [6, с. 499–500].

Різниця між договором та адміністративним актом як підставами виникнення цивільних прав та обов'язків полягає також у тому, що для договору характерним є принцип свободи. Так, серед загальних засад цивільного законодавства у ст. 3 ЦК України закріплено свободу договору, яку, як слушно відзначається у літературі, можна беззастережно визнати принципом договірної права [6, с. 52]. Дана теза знаходить своє підтвердження у ст. 627

ЦК України, згідно з якою відповідно до ст. 6 даного Кодексу сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору з урахуванням цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості. Тут варто погодитись із А.В. Луць, яка стверджує, що ст. 6 ЦК України закріплює лише межі свободи договору [7, с. 8].

Так, дійсно при вступі у договірні відносини існує значна кількість обмежень. Мічурін Є.О., досліджуючи обмеження майнових прав учасників комерційного обороту в договірних відносинах, цілком слушно вказує на обмеження щодо волевиявлення сторін договору, обмеження щодо змісту договору, обмеження щодо предмета та ціни договору, обмеження, пов'язані зі строком договору [8, с. 65–73]. Варто зазначити, що, з одного боку, наведені автором випадки свідчать про обмеження договірної свободи, а з другого, – про поєднання різних видів форм реалізації цивільної правосуб'єктності особи: закону та договору, адміністративного акта та договору, рішення суду та договору. При цьому договір при зазначеному поєднанні завжди виступає тією формою, завдяки якій особа набуває конкретних прав та обов'язків. Іншими словами, у законі чи рішенні суду можуть міститись вказівки щодо обов'язку укласти той чи інший договір, умови, на яких він повинен укладатись, проте тільки на підставі договору в його сторін виникають права та обов'язки. Прикладом такого поєднання є обов'язкове укладення договору на підставі адміністративного акта. Так, у ст. 648 ЦК України визначено, що зміст договору, укладеного на підставі правового акта органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим, органу місцевого самоврядування, обов'язкового для сторін (сторони) договору, має відповідати цьому акту. Проте у кінцевому результаті конкретні цивільні права та обов'язки все ж виникають на підставі договору, що ще раз переконує в універсальності його як правової форми реалізації цивільної правосуб'єктності юридичних осіб.

Підсумовуючи все зазначене вище, доходимо висновку, що «правова форма реалізації цивільної правосуб'єктності юридичних осіб» є самостійною категорією, яка має власний зміст та характеристики, що дозволяє проводити розмежування між нею та такими поняттями, як «спосіб реалізації цивільної

правосуб'єктності», «форма участі у цивільних правовідносинах» та іншими суміжними категоріями. Під правовою формою реалізації цивільної правосуб'єктності юридичних осіб слід розуміти елемент структури механізму реалізації цивільної правосуб'єктності – правову підставу, завдяки якій останні набуватимуть конкретних цивільних прав та обов'язків як правосуб'єктні організації. Видами форм реалізації цивільної правосуб'єктності юридичних осіб є закон, рішення суду, адміністративні акти, локальні корпоративні норми, і, звичайно, договір, який у силу характерного для нього принципу свободи виступає найоптимальнішою формою реалізації цивільної правосуб'єктності юридичних осіб. Перелік видів форм реалізації цивільної правосуб'єктності юридичних осіб має відкритий характер.

Список використаних джерел

1. Кулеба Д.І. Реалізація міжнародної правосуб'єктності України шляхом участі в діяльності міжнародних організацій [Текст] : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.11 / Кулеба Дмитро Іванович. – Київський національний ун-т ім. Тараса Шевченка. – К., 2005. – 203 с.
2. Глинська О.В. Форми реалізації територіальною громадою господарської правосуб'єктності [Текст] / О.В. Глинська. – Право і безпека : Науковий журнал. – 2011. – № 5 (42). – С. 222–228.
3. Казьмина Е.А. К вопросу о формах (способах) реализации конституционной правосубъектности народа [Текст] / Е.А. Казьмина // Современное право. – 2011. – № 10. – С. 33 – 36.
4. Красавчиков О.А. Юридические факты в советском гражданском праве [Текст] / О.А. Красавчиков. – М. : Госюриздат. – 1958. – 182 с.
5. Тичкова О.Ю. Локальні корпоративні норми у цивільно-правовому регулюванні [Текст] : автореф. дис. ... на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / О.Ю. Тичкова. – Х., 2009. – 19 с.
6. Цивільне право України. Загальна частина : підручник / [За ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнєцової, Р.А. Майданика]. – 3-тє вид., перероб. і доп. – К. : Юрінком Інтер, 2010. – 976 с.

7. Луць А.В. *Свобода договору в цивільному праві України [Текст] : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес, сімейне право, міжнародне приватне право» / А.В. Луць. – К., 2001. – 18 с.*

8. Мічурін Є.О. *Обмеження майнових прав учасників комерційного обороту у договірному праві [Текст] / Євген Олександрович Мічурін // Розробка механізму правового регулювання договірних відносин у підприємницькій діяльності / За ред. академіка АПрН України В.В. Луця. – К. : НДІ приватного права і підприємництва АПрН України, 2009. – С. 59–76.*

Зозуляк О.І. Правові форми реалізації цивільної правосуб'єктності юридичних осіб: поняття, особливості, види

Стаття присвячена дослідженню поняття, особливостей та видів форм реалізації цивільної правосуб'єктності юридичних осіб, співвідношенню поняття «форма реалізації цивільної правосуб'єктності» із суміжними категоріями.

Ключові слова: юридична особа, цивільна правосуб'єктність, правова форма реалізації цивільної правосуб'єктності.

Зозуляк О.И. Правовые формы реализации гражданской правосубъектности юридического лица: понятие, особенности, виды

Статья посвящена исследованию понятия, особенностей и видов форм реализации гражданской правосубъектности юридических лиц, соотношению понятия «форма реализации гражданской правосубъектности» со смежными категориями.

Ключевые слова: юридическое лицо, гражданская правосубъектность, правовая форма реализации гражданской правосубъектности.

Zozuliak O.I. Legal forms of the realization of civil juridical personality of legal entities: concept, features and types

The article reveals the theoretical and legal analysis of the concept, features and form types of the realization of civil juridical personality of legal entities, the correlation of the concept "form of the realization of civil juridical personality" and related categories.

Key words: legal entity, civil juridical personality, legal form of the realization of civil juridical personality.

**Науково-практичний аналіз процедури вчинення нотаріальних дій щодо житла в Україні**

Кармаза Олександра Олександрівна,
*кандидат юридичних наук, головний консультант
Головного юридичного управління Апарату Верховної Ради
України*

УДК 347.254

У доктрині процедуру вчинення нотаріальних дій досліджують, зокрема, М. Бондарєва, І. Бондар, І. Мельник, В. Комаров, С. Снідевич, С. Фурса, Є. Фурса та інші, однак визначення самого поняття «нотаріальна дія щодо житла» досі немає. Законодавство України також не розкриває значення терміна «нотаріальна дія щодо житла». У зв'язку з цим наука нотаріального процесу потребує додаткового висвітлення питання щодо теоретичних та практичних аспектів процедури вчинення нотаріальних дій щодо житла в Україні.

Метою дослідження є науково-практичний аналіз процедури вчинення нотаріальних дій щодо житла в Україні.

1. Відповідно до ст. 379 Цивільного кодексу України (далі – ЦК) житлом фізичної особи є житловий будинок, квартира, інше приміщення, призначені та придатні для постійного проживання в них [1].

У доктрині термін «житло» розкривається, зокрема, як:

- особистий будинок з усіма приміщеннями, що призначені для постійного чи тимчасового проживання в них, а також приміщення, які є складовою будинку; житлове приміщення (незалежно від форми власності), яке належить до житлового фонду і використовується для постійного чи тимчасового проживання; інше приміщення або забудова, які не належать до житлового фонду, але використовуються для тимчасового проживання (дача, номер у готелі, намети тощо) (В. Маляренко);

- особлива споруда або приміщення, спеціально призначене для проживання людей: житловий будинок, квартири, кімната разом з відповідною допоміжною площею (кухня, коридор тощо), а також з іншими об'єктами житлового фонду (ліфт та ліфтове господарство тощо) (П. Седугін);

- одне із основних матеріальних умов існування людини; є нерухомим майном, що призначене та придатне для проживання, відповідає вимогам, встановленим законодавством щодо нього, право власності на яке набувається на підставах, не заборонених законом, і припиняється у випадках, передбачених законом; право та його обтяження підлягає державній реєстрації (О. Кармаза) [4, с. 6–11].

Узагальнюючи доктринальні та законодавчі визначення «житла», відмітимо основні його ознаки, а саме:

- є об'єктом права власності та іншого речового права на чуже майно;
- може входити до складу спадщини;
- право на житло та його обтяження підлягає державній реєстрації в порядку, визначеному законом;
- є нерухомим майном, яке віднесено законом до житлового фонду;
- у цивільних справах, пов'язаних із спором щодо житла, підсудність є виключною;

- є житловим приміщенням, що побудоване із дотриманням вимог, зокрема ст. 379 ЦК та ст. 50 Житлового кодексу України, а саме: призначене та придатне для постійного проживання громадян; відповідає архітектурно-планувальним, технічним нормам і санітарно-гігієнічним вимогам, установленим законодавством щодо житла, тощо; може мати допоміжні та підсобні приміщення, які забезпечують експлуатацію житла, та які не можуть бути від нього відокремлені;

- правочини щодо житла вчиняються переважно у письмовій формі, нотаріально посвідчуються та підлягають державній реєстрації у випадках, встановлених законом.

Слід зазначити, що законодавство України використовує різні терміни, які є синонімами до «житла». Так, наприклад, термін «житло» вживається в статтях 30, 47 та 48 Конституції України, статтях 80 і 379 ЦК, статтях 85 і 293

Цивільного процесуального кодексу України, ст. 61 Сімейного кодексу України тощо; «житловий будинок, квартира» – ст. 55 Закону України «Про нотаріат» (далі – Закон про нотаріат), статтях 29, 71, 351, 376 ЦК, статтях 66, 69 та 71 СК; «житлове приміщення» – статтях 45 та 46 СК, статтях 1, 4, 6, 7 ЖК тощо. Тому, на нашу думку, з метою приведення правових норм у відповідність до вимог нормотворчої та юридичної техніки синоніми, які використовуються у законодавстві щодо «житла», доцільно було б замінити терміном «житло».

Згідно зі ст. 1 Закону про нотаріат [2] вчинення нотаріальних дій в Україні покладається на нотаріусів, які працюють у державних нотаріальних конторах (державні нотаріуси) або займаються приватною нотаріальною діяльністю (приватні нотаріуси). У населених пунктах, де немає нотаріусів, нотаріальні дії вчиняють уповноважені на це посадові особи органів місцевого самоврядування; вчинення нотаріальних дій за кордоном покладається на консульські установи України та дипломатичні представництва України. Тобто вчинення нотаріальних дій у цілому і щодо житла зокрема покладається на нотаріусів або посадових осіб, які діють на підставі, в межах повноважень та у спосіб, передбачений законом України.

Так, наприклад, відповідно до вимог Закону про нотаріат нотаріуси вчиняють такі нотаріальні дії щодо житла: посвідчують правочини (договори, заповіти тощо); вживають заходів з охорони спадкового майна, до складу якого входить житло; видають свідоцтва про право на спадщину; видають свідоцтва про право власності на частку в спільному майні подружжя в разі смерті одного з подружжя; видають свідоцтва про придбання житла з прилюдних торгів (аукціонів); видають свідоцтва про придбання житла з прилюдних торгів (аукціонів), якщо прилюдні торги (аукціони) не відбулися; накладають та знімають заборону щодо відчуження житла (майнових прав на житло); здійснюють інші нотаріальні дії щодо житла, визначені законом, наприклад, встановлюють опіку над житлом фізичної особи, яка визнана безвісно відсутньою, а також фізичної особи, місце перебування якої невідоме.

У населених пунктах, де немає нотаріусів, уповноважені на це законом посадові особи органу місцевого самоврядування вчиняють такі нотаріальні дії щодо житла: вживають заходів щодо охорони спадкового майна, до складу

якого входить житло; посвідчують заповіти (крім секретних) (у більшості випадків житло входить до складу спадщини); засвідчують вірність копій (фотокопій) документів і виписок з них, що стосуються житлових прав громадян; засвідчують справжність підпису на документах, що стосуються житлових прав громадян (ст. 37 Закону про нотаріат).

Порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами та посадовими особами встановлюється Законом про нотаріат, Консульським статутом України, затвердженим Указом Президента України від 2 квітня 1994 р. № 127/94 та іншими законодавчими актами України, наприклад Порядком вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затвердженим Наказом Міністерства юстиції України від 22 лютого 2012 р. № 296/1, зареєстрованим у Міністерстві юстиції України від 22 лютого 2012 р. № 282/20595.

З урахуванням процесуального характеру нотаріального права дослідники, наприклад С. Фурса та Є. Фурса, виділяють такі стадії нотаріального процесу: відкриття нотаріального провадження, підготовка до вчинення нотаріального провадження, безпосереднє вчинення нотаріальної дії, яке закінчується посвідченням нотаріального акта та його видачею [5, с. 360].

Законодавство України не розкриває значення терміна «нотаріальна дія» та «нотаріальна дія щодо житла». Натомість доктрина, нотаріальні дії, зокрема, розглядає як: механізм (порядок, послідовність) здійснення від імені держави уповноваженими органами, організаціями та закладами покладених на них нотаріальних дій, які юридично закріплюють права громадян, та попередження можливостей їх порушення; комплексний правовий інститут публічно-правової направленості, регламентований національним законодавством та загальноприйнятими принципами і нормами міжнародного права, які необхідні для надання кваліфікованої юридичної допомоги громадянам та юридичним особам [6].

Беручи до уваги доктринальні визначення поняття нотаріальних дій, а також проаналізувавши зміст Закону про нотаріат, вважаємо, що нотаріальні дії щодо житла – це здійснення від імені держави в межах повноважень та у спосіб, передбачений законом України, дій нотаріусами або відповідними посадовими особи щодо укладення юридично значимого акта стосовно житла, направлено

на захист законних інтересів суб'єктів житлового права у сфері безспірної юрисдикції.

У доктрині нотаріальні дії розглядаються у двох аспектах: як динамічне поняття, що охоплює зміст процедури нотаріальних дій та виражається у послідовному здійсненні цілої системи юридичних фактів, та як статичне поняття – результат нотаріального провадження як юридичний факт [3, с. 122–123]. На наш погляд, результат нотаріального провадження як юридичний факт є невід'ємним етапом, логічним завершенням процедури здійснення нотаріальних дій, тому процедура здійснення нотаріальних дій та її результат охоплюються єдиним поняттям – нотаріальна дія, яка має окремі складові.

Проаналізувавши положення Закону про нотаріат, відмітимо основні ознаки нотаріальних дій щодо житла:

- здійснюються від імені держави України та мають публічний характер. Наприклад, відповідно до статей 22, 26 Закону про нотаріат державний та приватний нотаріус має печатку із зображенням Державного герба України;

- укладаються спеціально визначеним законом суб'єктом. При цьому закон визначає повноваження кожного суб'єкта, уповноваженого на укладення нотаріальних дій, а також порядок їх укладення (статті 1, 34, 35, 37, 38, 54–59 Закону про нотаріат);

- кожна нотаріальна дія прямо передбачена законом, зокрема, перелік нотаріальних дій передбачений у статтях 34–38 Закону про нотаріат;

- укладаються відповідно до спеціальної, регламентованої законом процедури, яка деталізована, зокрема, в Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами в Україні;

- нотаріальні дії вчиняються після їх оплати в день подачі документів, крім випадків, визначених законом (ст. 42 Закону про нотаріат).

Тобто для визнання нотаріальної дії щодо житла укладеною та дійсною така дія повинна мати всі перелічені вище ознаки. Відсутність хоча б однієї із ознак призведе до визнання нотаріальної дії недійсною та оскарження її у судовому порядку.

Правила вчинення нотаріальних дій щодо житла – це певні встановлені законом вимоги, які стосуються процедури нотаріального провадження, та які

поділяються на основні та додаткові. Так, наприклад, до основних правил вчинення нотаріальних дій щодо житла, передбачених у Законі про нотаріат, відносяться вимоги щодо: місця вчинення нотаріальних дій; строку вчинення нотаріальних дій; встановлення особи, яка звернулася за вчиненням нотаріальної дії; визначення обсягу цивільної дієздатності фізичних осіб і перевірки цивільної правоздатності та дієздатності юридичних осіб, перевірки повноважень представника фізичної або юридичної особи; встановлення намірів сторін вчиняти правочин; підписання нотаріально посвідчуваних правочинів та інших документів; відмови у вчиненні нотаріальних дій; реєстрації нотаріальних дій; видачі дублікату нотаріально посвідченого документа.

Так, наприклад, вимога щодо місця вчинення нотаріальних дій відноситься до загальних правил вчинення нотаріальних дій і передбачена ст. 41 Закону про нотаріат, а саме: нотаріальні дії можуть вчинятися будь-яким нотаріусом чи посадовою особою органів місцевого самоврядування, за винятком випадків, передбачених законом. Нотаріальні дії вчиняються у приміщенні державної нотаріальної контори, в державному нотаріальному архіві, приміщенні, яке є робочим місцем приватного нотаріуса, чи приміщенні органів місцевого самоврядування. В окремих випадках, коли громадянин не може з'явитися в зазначене приміщення (хвороба), а також коли того вимагають особливості посвідчуваного правочину, нотаріальні дії можуть бути вчинені поза вказаними приміщеннями, наприклад, вдома у громадянина.

4 липня 2012 р. Верховна Рада України прийняла Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення та спрощення процедури державної реєстрації земельних ділянок та речових прав на нерухоме майно» (станом на 16 липня 2012 р. Закон не набув чинності).

З метою спрощення процедури державної реєстрації прав на нерухоме майно, зокрема і житло, Законом покладаються на нотаріусів повноваження щодо здійснення державної реєстрації прав власності, інших речових прав та їх обтяжень на вже зареєстровані об'єкти нерухомості, зокрема і житло, з внесенням відповідної інформації до Державного реєстру речових прав на нерухоме майно, крім ведення реєстраційної справи та видачі свідоцтв про

право власності (наприклад, зміни до ст. 9 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень»).

Тобто нотаріус під час вчинення нотаріальної дії щодо житла має доступ та користується Державним реєстром речових прав на нерухоме майно. Він є спеціальним суб'єктом, на якого покладаються функції державного реєстратора прав на житло та їх обтяжень відповідно до Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень». Державна реєстрація прав на житло та їх обтяжень у результаті вчинення нотаріальної дії проводиться одночасно із вчиненням такої дії. Для реєстрації прав на житло та їх обтяжень особі необхідно подати нотаріусу письмову заяву про державну реєстрацію прав та їх обтяжень, а також документи, передбачені законом, тощо.

Слід також відмітити, що нотаріальна дія щодо житла та дія нотаріуса щодо реєстрації права на житло та його обтяження мають різну правову природу, однак остання відповідно до вимог прийнятого Закону вчиняється під час нотаріальної дії. Правова природа таких дій нотаріуса є темою для подальшої дискусії.

Підсумовуючи викладене, відмітимо, що нотаріальні дії щодо житла – це здійснення від імені держави в межах повноважень та у спосіб, передбачений законом України, дій нотаріусами або посадовими особами щодо укладення юридично-значимого акта стосовно житла, направленою на захист законних інтересів суб'єктів житлового права у сфері безспірної юрисдикції. Для визнання нотаріальних дій щодо житла укладеними та дійсними нотаріуси та посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, передбачений законом, зокрема Законом про нотаріат.

Список використаних джерел

- 1. Цивільний кодекс України станом на 1 липня 2012 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – №№ 40–44. – Ст. 356.*
- 2. Закон України «Про нотаріат» станом на 1 липня 2012 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 39. – Ст. 383.*

3. Гонгало Б.М., Зайцева Т.И., Ярков В.В. *Настольная книга нотариуса* / Б.М. Гонгало, Т.И. Зайцева, П.В. Крашенинников, Е.Ю. Юшкова, В.В. Ярков. – Том 1. – М. : Волтерс Клувер, 2004. – 608 с.

4. Кармаза О.О. *Поняття та ознаки житла за законодавством України* / О.О. Кармаза // *Юриспруденція. Теорія і практика*. – № 4 (42). – 2008.

5. Фурса С.Я., Фурса Є.І. *Стадії нотаріального процесу та їх ускладнення* / *Теорія нотаріального процесу [текст] : Науково-практичний посібник* / За заг. ред. С.Я. Фурси. – К. : Алерта ; Центр учбової літератури, 2012. – 920 с.

6. Черемных Г.Г. *Нотариальные действия и основные правила их совершения* / Г.Г. Черемных // *Бюллетень нотариальной практики*. – 2004, № 5; Андронатий В. *Нотариальное право. Сравнительные аспекты* / В. Андронатий // *Нотариус*. – 2006, № 5.

Кармаза О.О. Науково-практичний аналіз процедури вчинення нотаріальних дій щодо житла в Україні

У статті розкрито зміст понять «житло», «нотаріальні дії щодо житла», а також здійснено науково-практичний аналіз процедури вчинення нотаріальних дій щодо житла в Україні.

Ключові слова: житло, нотаріальні дії, нотаріус, процедура вчинення нотаріальних дій.

Кармаза О.О. Научно-практический анализ процедуры исполнения нотариальных действий по поводу жилища в Украине

В статье рассмотрено содержание понятий «жилище», «нотариальные действия по поводу жилища», а также проведен научно-практический анализ нотариальных действий по поводу жилища согласно законодательству Украины.

Ключевые слова: жилище, нотариальные действия, нотариус, процедура исполнения нотариальных действий.

Karmaza A.A. Scientific and practical comments to the notary proceedings related to the housing issues in Ukraine

The article defines «dwelling», «notarial acts regarding dwelling», and provides scientific and practical analysis of notarial acts regarding dwelling according to the legislation of Ukraine.

Key words: residence, notary proceedings, notary, procedure of notary proceedings.

Автентичність та екзекватура нотаріальних актів: порівняльний та міжнародний аспект

Гуть Неля Юріївна,
*здобувач Інституту міжнародних відносин Київського
національного університету імені Тараса Шевченка*

Дослідження питання виконання юрисдикційних актів, зокрема рішень судів у цивільних справах та нотаріальних актів, є завжди актуальним, оскільки має вирішальне значення відповідно для відновлення порушених прав та охорони безспірних прав суб'єктів цивільних відносин. Особливої актуальності ці питання набирають, якщо рішення суду та нотаріальні акти, які підлягають виконанню, стосуються іноземного елемента, оскільки, крім національного законодавства країни, де виконуватимуться зазначені вище юрисдикційні акти, судді, нотаріуси, які ухвалюють та посвідчують ці акти, мають враховувати положення міжнародних договорів, як двосторонніх, так і багатосторонніх.

Питанням виконання рішень іноземних судів у цивільних справах на території України присвячені роботи українських вчених Фурси С.Я., Євтушенко О.І. [1], Притики Ю.Д. [2] та у розділі VIII Цивільного процесуального кодексу України (надалі – ЦПК) [3] передбачена чітка процедура цього провадження.

Щодо нотаріальних актів, то питанням надання їм виконавчої сили приділено мало уваги, оскільки наука міжнародного нотаріального процесу нині знаходиться на стадії становлення. Проте українські вчені порушують у своїх роботах питання, присвячені правовій природі нотаріальних актів та їх виконавчій силі [4]. Питання виконавчої сили (екзекватури) нотаріальних актів висвітлюються у роботах російських вчених Грядова А.В. [5], Медведєва І.Г. [6], Яркова В.В. [7], німецького вченого Х. Шак (H.Schack) [8], швейцарського вченого Бернара Дютуа [9].

Для порівняння зупинімося на аналізі законодавства України, яке регламентує процедуру визнання та виконання рішень іноземних судів в Україні.

Так, у Законі України «Про міжнародне приватне право» [10] у ст. 1 «Визначення термінів» розкритий лише термін «*визнання* рішення іноземного суду» під яким розуміється поширення законної сили рішення іноземного суду на територію України в порядку, встановленому законом. Проте у ст. 2 щодо сфери застосування даного Закону у п. 5 йдеться вже про *визнання та виконання* рішень іноземних судів. У розділі XIII Закону також мають місце норми, які визначають перелік рішень, які можуть бути не тільки визнані, а й виконані в Україні (ст. 81 Закону) та ст. 82, у якій закріплений порядок визнання та виконання іноземних рішень.

Для порівняння процедур визнання та виконання судових рішень звернімося до цивільного процесуального законодавства Німеччини [11].

Для німецького права характерним є чітке розмежування між визнанням іноземних судових рішень (§ 328 ЦПК Німеччини) і дозволом на їх виконання (§ 722 ЦПК Німеччини та ін.). Іноземний виконавчий документ може бути виконаний на території Німеччини тільки після ухвалення німецьким судом рішення про дозвіл на виконання (§ 722 ЦПК Н та ін.) чи на підставі судової постанови, яка ухвалена у спрощеному порядку. Більш ніж у 95 % випадків рішення про виконання ухвалюється на підставі міжнародних договорів у межах спрощеного провадження. Німецький вчений Шак Х. зазначає, що передумови для визнання судового рішення і дозволу на його виконання рухаються у паралельному напрямі, але повністю не співпадають. Існують судові рішення, які можуть бути визнаними, але не виконуватися, так як боржник, наприклад, виконав свої зобов'язання. Чи навпаки, в рамках міжнародних договорів вони наділяються ознаками виконуваності, але є потенційно виконуваними, та оскільки не вступили в законну силу, тому не можуть бути визнаними. Оголошення судового рішення таким, що підлягає виконанню, згідно з французькою термінологією, називається екзекватурою [8].

Термін «екзекватура» походить від латинського *exsequor* – виконую [12]. Під нею у спеціальній літературі з міжнародного права, зокрема міжнародного цивільного процесу [13] розуміють приведення до виконання в даній країні судового рішення, винесеного в іншій країні.

Як бачимо, акцент у Німеччині робиться не лише на визнанні, а й на виконанні (екзекватурі) судового рішення.

Судові рішення, зокрема в Україні, ухвалюються іменем держави. Так, згідно зі ст. 14 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК) після набрання ними законної сили вони є обов'язковими для всіх органів державної влади і органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, посадових чи службових осіб і громадян та підлягають виконанню на всій території України, а у випадках, встановлених міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою, – і за її межами. Невиконання судового рішення є підставою для відповідальності, встановленої законом.

Для виконання рішення, ухваленого судом України на території даної держави, не потребується ніяких додаткових процедур. Тобто рішення в силу принципу загальнообов'язковості підлягає, залежно від виду рішення, добровільному чи примусовому виконанню.

Якщо ж на території України має виконуватися рішення іноземного суду, то розділом VIII ЦПК передбачена певна процедура щодо визнання та виконання в Україні рішень іноземних судів, шляхом їх визнання та приведення до примусового виконання органами державної виконавчої служби, або іншими органами, якщо рішення підлягає виконанню поза примусом, наприклад, рішення про усиновлення. При цьому суди України мають перевірити ряд умов, за яких неможливе виконання рішень іноземних судів. Так, ст. 396 ЦПК передбачено, що клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду не задовольняється у випадках, передбачених міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Якщо ж міжнародними договорами, згода на обов'язковість

яких надана Верховною Радою України, такі випадки не передбачено, у задоволенні клопотання може бути відмовлено:

1) якщо рішення іноземного суду за законодавством держави, на території якої воно постановлено, не набрало законної сили;

2) якщо сторона, стосовно якої постановлено рішення іноземного суду, була позбавлена можливості взяти участь у судовому процесі через те, що їй не було належним чином повідомлено про розгляд справи;

3) якщо рішення ухвалено у справі, розгляд якої належить виключно до компетенції суду або іншого уповноваженого відповідно до закону органу України;

4) якщо ухвалене рішення суду України у спорі між тими самими сторонами, з того ж предмета та тих самих підстав, що набрало законної сили, або якщо у провадженні суду України є справа у спорі між тими самими сторонами, з того ж предмета і на тих же підставах до часу відкриття провадження у справі в іноземному суді;

5) якщо пропущено встановлений міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, та цим Законом строк пред'явлення рішення іноземного суду до примусового виконання в Україні;

6) якщо предмет спору за законами України не підлягає судовому розгляду;

7) якщо виконання рішення загрожувало б інтересам України;

8) в інших випадках, встановлених законами України.

Аналогічні процедури передбачені і в іноземних державах [14]: рішення судів України можуть бути виконані на їх території за певних умов, передбачених національним законодавством даних держав чи міжнародними договорами.

Крім того, на підставі міжнародних договорів може бути дозволено виконання не лише судових рішень, а й нотаріальних (публічних) актів [15].

До публічних актів у Німеччині відносять нотаріальні документи [8, с. 398, 453]. Тобто іноземні нотаріальні акти можуть підлягати виконанню на території Німеччини за умови надання уповноваженою особою, яка посвідчувала такий акт, тобто нотаріусом, екзекватури, якщо це передбачено міжнародним договором.

Так, згідно зі ст. 21 Глави V «Угоди» Гаазької конвенції про визнання і виконання рішень стосовно зобов'язань про утримання від 2 жовтня 1973 р., (Україна приєдналась до даної Конвенції 14 вересня 2006 р. (із заявою та застереженням), яка набрала чинності 1 серпня 2008 р.) угода, яка є виконуваною у Державі походження, визнається й виконується на таких самих умовах, що й рішення, настільки, наскільки такі умови до неї застосовуються.

Крім того, у 2007 році було прийнято нову Гаазьку конвенцію про міжнародне стягнення аліментів на дітей та інші форми сімейного утримання. Як зазначає М. Сніжко, важливим є те, що ця Конвенція застосовується і до угод сторін про утримання, які підлягають визнанню і виконанню, так само як і рішення судів. Передумовою є лише те, що така угода повинна визнаватися національним законодавством тієї держави, в якій вона укладена (наприклад, ст. 78 Сімейного кодексу України (далі – СК) передбачено, що подружжя має право укласти договір про надання утримання одному з них, а стаття 189 цього Кодексу надає право батькам укласти договір про сплату аліментів на дитину) [16]. Тобто такий договір про сплату аліментів укладається за спільною згодою батьків та згідно зі ст. 78 СК і підлягає нотаріальному посвідченню. Згідно з частиною другою даної норми в разі невиконання одним із подружжя обов'язку добровільно за даним договором аліменти можуть стягуватися на підставі виконавчого напису. Таким чином можна дійти висновку, що виконавчий напис нотаріуса надасть даному договору виконавчу силу і він підлягатиме примусовому виконанню.

Нотаріальний акт, як і судові рішення, є юрисдикційним актом. Але за своєю юридичною природою він відрізняється від судового рішення тим, що нотаріус посвідчує його від власного імені, а не від імені держави, незважаючи

на те, що він уповноважений державою на виконання нотаріальної функції [17]. Для виконання нотаріальних актів, посвідчених нотаріусами України на території іноземної держави, не потребується така громіздка процедура приведення їх до виконання, як це передбачено для рішення суду.

Нотаріальний акт, посвідчений нотаріусом України, може бути виконаний на території іноземної держави за умови, що цьому нотаріальному акту нотаріусом надано виконавчої сили шляхом вчинення на ньому виконавчого напису. Але такий нотаріальний акт України підлягає виконанню на території іноземної держави за умови, якщо міжнародним договором передбачена така можливість.

Але згідно з міжнародними актами та іноземного права виконавча сила надається автентичним актам, які складені за участі публічної посадової особи – нотаріуса, судового пристава-виконавця та інших уповноважених на це посадових осіб [7], наприклад консулом та ін. Надання виконавчої сили автентичному акту дозволяє звертати його до примусового виконання без звернення до суду.

За загальним правилом примусове виконання іноземного офіційного документа можливе тільки у випадку, коли він наділений виконавчою силою в державі свого походження [18]. Так, щодо аліментних договорів, зокрема й з іноземним елементом, у разі невиконання їх умов зобов'язаною особою нотаріус України згідно зі ст. 99 СК та Переліком документів, за якими стягнення заборгованості провадиться у безспірному порядку на підставі виконавчих написів нотаріусів, затвердженим Постановою Кабінету Міністрів України від 29 червня 1999 р. (із змінами та доповненнями) [19] може вчинити на даному договорі виконавчий напис, тим самим він надає нотаріальному акту виконавчої сили, оскільки згідно зі ст. 17 Закону України «Про виконавче провадження» [20] виконавчі написи нотаріусів є підставою для відкриття виконавчого провадження і виконання у примусовому порядку аліментних зобов'язань (зобов'язань щодо утримання), передбачених договором. Але така

процедура примусового виконання договору за участю іноземного елемента як зобов'язаної особи можлива, якщо боржник проживає на території України.

Щодо примусового виконання нотаріальних актів, посвідчених нотаріусами України, поза межами України, тобто за місцем проживання боржника, то низка чинних міжнародних договорів України передбачає можливість звернення до примусового виконання не тільки судових, а також й інших іноземних офіційних документів, зокрема й нотаріальних актів. Так, наприклад, відповідно до ст. 51 Мінської конвенції, учасницею якої є Україна, кожна з Договірних Сторін на умовах, передбачених цією Конвенцією, визнає і виконує такі рішення, винесені на території інших Договірних Сторін: рішення установ юстиції у цивільних і сімейних справах, включаючи затверджені судом мирові угоди у таких справах і нотаріальні акти щодо грошових зобов'язань. Тобто згідно з цією Конвенцією нотаріальні акти, укладені в державах-членах СНД, зокрема в Узбекистані, Російській Федерації, Таджикистані, Вірменії, Киргизії, Молдові, Грузії і Туркменістані, на території України мають виконавчу силу. Для примусового виконання нотаріального акта на ньому нотаріус країни походження договору повинен вчинити виконавчий напис, тобто надати екзекватуру – виконавчу силу цьому акту.

Щодо виконання нотаріальних актів, то йдеться лише про надання їм виконавчої сили, а не про їх визнання, оскільки питання визнання юрисдикційного акта – це компетенція суду, а не органу виконання.

У 1988 р. було підписано Луганську Конвенцію, яка, на відміну від Брюссельської, відноситься до відкритого типу багатосторонніх угод. Право приєднання до неї мали не тільки держави-члени європейських співтовариств, а й країни, запрошені до вступу в порядку, встановленому Конвенцією. Невдовзі виникла необхідність у перегляді існуючої конвенції, результатом чого стало прийняття у 2007 р. нової Луганської Конвенції, яка, як і її попередниця, належить до відкритого типу угод. Луганська конвенція набрала чинності 1 січня 2011 р. [21]. Норми Конвенцій Лугано є найбільш прогресивним прикладом взаємного визнання та виконання країнами-учасницями судових

рішень одна одної. Незважаючи на це та на відкритість Конвенції, Україна не є її учасницею. Причина такого стану речей полягає у тому, що Луганська конвенція являє собою уніфікацію правил щодо міжнародної юрисдикції судів держав-учасниць. Конвенція вирішила проблему виконання іноземних судових рішень шляхом встановлення виключної юрисдикції судів держав-учасниць, ввівши єдині критерії визначення підсудності по спорах з широкого кола питань цивільного та торгового характеру. Приєднання України до Луганської конвенції найближчим часом навряд чи можливо через те, що конвенція розрахована на дію в межах уніфікованих правопорядків європейських країн, а запропонований нею механізм автоматичного визнання іноземних судових рішень не може ефективно застосовуватися в країні, що не є членом ЄС [22]. Проте питання про доцільність приєднання України до Луганської конвенції свого часу обговорювалося на рівні Міністерства юстиції України [23], а також у роботах вчених [24].

Нині Україна щодо визнання та виконання на її території іноземних рішень пішла шляхом детальної регламентації даного процесу в національному законодавстві, зокрема в ЦПК.

Незважаючи на дані обставини, положення Луганської конвенції мають велике значення для України, оскільки під сферу її дії можуть підпадати нотаріальні акти, посвідчені нотаріусами України.

Як зазначає Бернар Дютуа [9], незважаючи на те, що у Луганській конвенції не дається визначення поняття аутентичного акта, але на запит країн – ЄАСТ (Європейської асоціації вільної торгівлі), зокрема Швейцарії, Норвегії, Ісландії доповідачем по Луганській конвенції Женардом-Мьоллером таке поняття було уточнено. Аутентичним актом, виходячи зі змісту Регламенту Ради ЄС № 44/2001 від 22 грудня 2000 р. про юрисдикцію, визнання та виконання рішень з цивільних та торгових (комерційних) справ [25] та Луганської конвенції, може бути акт, який має відповідати трьом наступним умовам.

1. Він має бути автентичним.

У тлумачних словниках сучасної української мови [12, с. 5] та у юридичних словниках, енциклопедіях [26] під поняттям «автентичний» розуміється справжній, дійсний, правильний, такий, що ґрунтується на першоджерелі. Щодо поняття «автентичність», то під нею розуміється; 1) доказ походження; 2) процедура перевірки вірогідності. Щодо автентичного тексту, то під ним розуміється офіційний текст міжнародного акта, договору, що розглядається сторонами як двосторонній акт; вироблений та узгоджений сторонами остаточний текст міжнародного договору. Текст двостороннього договору, як правило, складається мовою обох сторін, для багатостороннього – на мовах, які визнані офіційними в тій міжнародній організації, яка скликає конференцію для вироблення даного договору, чи на мовах, про які домовляються учасники переговорів чи конференції. У заключних статтях міжнародного договору, як правило, вказується, що всі тексти цього договору є *автентичними*.

Автентичність надається акту публічним органом (чи спеціально уповноваженою особою).

2. Автентичність поширюється не лише на підпис, а й на зміст акта.

Тобто автентичний акт має закріплювати *юридичний акт волевиявлення*, а не будь-який матеріальний факт чи представляти собою лише засіб доказування. Екзекватурі згідно з Регламентом Ради ЄС та Луганської конвенції не підлягають акти, в яких лише засвідчений підпис.

3. Акт підлягає виконанню в державі – місці походження.

Тобто акт має бути виконаним у державі – місці його походження без будь-яких додаткових процедур.

Трансформуючи дані умови на Україну, можна дійти висновку, що автентичними можуть бути нотаріальні акти, оскільки вони посвідчуються нотаріусом, який є публічною особою та уповноважений державою на виконання публічної функції, якою є нотаріальна функція щодо посвідчення та засвідчення безспірних прав та фактів з метою надання їм юридичної вірогідності (ст. 1 Закону України «Про нотаріат»). В Україні під поняття

«автентичного акта» за ознакою закріплення у ньому юридичного факту волевиявлення підпадають саме нотаріальні акти, оскільки згідно зі ст. 44 Закону України «Про нотаріат» нотаріус при посвідченні правочинів має встановити дійсні наміри сторін та перевірити їх волевиявлення до вчинення правочину і лише за умови, що кожна сторона однаково розуміє значення, умови правочину та його правові наслідки, про що свідчать особисті підписи сторін на правочині, він юридично закріплює такий факт волевиявлення у нотаріальному акті, підписуючи його та скріплюючи своєю печаткою.

Після нотаріального посвідчення правочину сторони мають добровільно виконати його умови. У разі добровільного невиконання умов договору, наприклад щодо грошових зобов'язань, кредитор може звернутися до суду або ж у спрощеному порядку порушити питання про виконання нотаріального акта шляхом вчинення на ньому виконавчого напису (гл. 14 розділ III статті 87–91 Закону України «Про нотаріат») та передачі його на примусове виконання до державної виконавчої служби (п. 4 частини другої ст. 17 Закону України «Про виконавче провадження»). Оскільки ст. 17 Закону «Про виконавче провадження» виконавчий напис нотаріуса віднесено до виконавчих документів за рішеннями (договорами – *Н.Г.*), які підлягають примусовому виконанню державною виконавчою службою, він повинен відповідати вимогам, які ст. 18 даного Закону пред'являє до виконавчого документа. Але згідно з частиною четвертою даної статті законом можуть бути встановлені також інші додаткові вимоги до виконавчих документів. Тому при вчиненні виконавчого напису нотаріус має враховувати положення статей 87–91 Закону України «Про нотаріат» та Переліку документів, за якими стягнення заборгованості провадиться у безспірному порядку на підставі виконавчих написів нотаріусів, затвердженого Постановою Кабінету міністрів України від 29 червня 1999 р. (із змінами та доповненнями). У свою чергу, приймаючи такий документ до виконання, державний виконавець має перевірити його відповідність усім вимогам закону, які до нього пред'являються, оскільки їх недотримання

потягне за собою наслідки, передбачені ст. 26 Закону України «Про виконавче провадження».

Якщо ж виконавчий напис вчиняється на договорі з іноземним елементом та підлягатиме виконанню на території іноземної держави, нотаріус при його вчиненні обов'язково має враховувати положення міжнародних актів.

Так, відповідно до абзацу 3 ст. 57 Регламенту Ради ЄС документ, який подається на виконання, має відповідати вимогам, які пред'являються до його оригіналу в державі-члені ЄС, в якій він приймається. Аналогічне положення має місце у абзаці 2 ст. 50 Луганської Конвенції 1988 р., згідно з якою автентичні акти, які посвідчені та виконуються у Договірній державі за клопотанням заінтересованої особи, визнаються такими, що підлягають виконанню в іншій Договірній державі. У задоволенні клопотання може бути відмовлено лише у тому випадку, якщо автентичний акт суперечить публічному порядку держави, у якій цей акт підлягає виконанню. Акт, який подається для виконання за кордоном, повинен відповідати умовам автентичності в державі його походження [25].

Отже, нотаріус України, надаючи виконавчої сили нотаріальному акту, який виконуватиметься на території іноземної держави, повинен вчиняти виконавчий напис за формою, передбаченою іноземним законодавством країни, куди подається нотаріальний акт, якщо це не суперечить законодавству України. Крім того, мають враховуватися строки пред'явлення виконавчого напису, якщо такі передбачені іноземним законодавством, про що нотаріус має роз'яснити стягувачеві.

Список використаних джерел

1. Фурса Є.Я., Євтушенко О.І. *Цивільний процес: Проблеми і перспективи.* – К. : Видавець Фурса С.Я. : КНТ, 2006. – С. 178.
2. Притика Ю.Д. *Визнання та виконання рішень іноземних судів та арбітражів в Україні // Міжнародний цивільний процес України : Навчальний посібник. Практикум : За ред. доктора юридичних наук, професора С.Я. Фурси.* – К. : Видавець Фурса С.Я. : КНТ, 2010. – С. 240–265.
3. *Цивільний процесуальний кодекс / [Електронний ресурс].* – Режим доступу: www.rada.gov.ua
4. Фурса С.Я. *Исполнительная надпись в деятельности нотариуса. Актуальные проблемы реформирования нотариального производства // Юридическая практика.* – 2003. – № 28 (290). – 15 июля. – С. 6; Снідевич О.С. *Теорія нотаріального процесу / За заг. ред. д.ю.н., проф. Фурси С.Я.* – К. : Правова єдність, 2012. – С. 590–593.
5. Грядов А.В. *Доказательственная сила нотариального акта в праве России и Франции // [Електронний ресурс].* – Режим доступу: www.usla.ru/structure/dissovet/Grad
6. Медведев И.Г. *Международное частное право и нотариальная деятельность* – М. : Волтерс Клувер, 2005. – С. 97.
7. Ярков В.В. *Юридические факты в цивилистическом процессе.* – М. : Инфотропик Медиа, 2012. – С. 524–526.
8. Шак Х. *Международное гражданское процессуальное право.* – М. : Бек, 2001. – 453 с.
9. Бернар Дютуа *Экзекватура аутентичных актов согласно регламенту Брюссель I и Луганской конвенции / Международное сотрудничество в нотариальной и судебной сфере / Под ред. Яркова В.В., Медведева И.Г.* Санкт – Петербург, изд-во юридического факультета С.-Петербур. гос. ун-та, 2006. – С. 77–84.
10. *Закон України «Про міжнародне приватне право» / [Електронний ресурс].* – Режим доступу: www/rada.gov.ua

11. *Zivilprozessordnung* / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.gesetze-im-internet.de/zpo/
12. Великий тлумачний словник української мови / За ред. В.Т. Бусел. – Київ – Ірпінь, 2009. – С. 338.
13. Наприклад, Франція (стаття 3 Закону про реформу цивільних процедур виконання), Німеччина (стаття 724 Цивільного процесуального кодексу), Бельгія (статті 1319, 1334, 1386 та 1393 Кодексу про судоустрій), Італія (статті 474 – 479 Цивільного процесуального кодексу).
14. Гражданский процессуальный кодекс Республики Молдова. – Кишинев, Cartea, 2003. – С. 226–233.
15. Конвенція про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах (м. Мінськ, 1993 р.) / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www/rada.gov.ua
16. Сніжко М. Нова Гаазька конвенція про міжнародне стягнення аліментів на дітей / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www/minjust.gov.ua/0/13304
17. Фурса С.Я. Підпис нотаріуса як правовий акт // Юридичний вісник України. – 2003. – № 9 (401). – С. 9.
18. Гаазька конвенція про визнання і виконання рішень стосовно зобов'язань про утримання / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www/minjust.gov.ua/0/13304
19. Перелік документів, за якими стягнення заборгованості провадиться у безспірному порядку на підставі виконавчих написів нотаріусів, затверджений Постановою Кабінету Міністрів України від 29 червня 1999 р. (із змінами та доповненнями) // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www/rada.gov.ua
20. Закон України «Про виконавче провадження» / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www/rada.gov.ua
- 21 Михайлова С.А. Лугано 2 – новий старт судовому співробітництву держав Європи // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://eu-law.ru/2011/11/lugano-2/> (assessed 17.11.2011)

22. Кір'як А. Деякі проблемні аспекти визнання та виконання рішень іноземних судів в Україні / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://jg.kiev.ua/pages/data/19/5.pdf>

23. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [www/minjust.gov.ua/0/23135](http://www.minjust.gov.ua/0/23135)

24. Владика В. Конвенція з Лугано – шанс для України / Проблеми процесуальної науки: історія і сучасність Матеріали другої міжнародної науково-практичної конференції. – К. – 2010. – С. 411–415.

25. Регламент Ради ЄС № 44/2001 від 22 грудня 2000 р. про юрисдикцію, визнання та виконання рішень з цивільних та торгових (комерційних) справах / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [www/rada.gov.ua](http://www.rada.gov.ua)

26. Большой юридический словарь / Под ред. д. ю. н., проф. Сухарева А.Я. – М. : Инфра-М, 2007. – С. 41–42.

Гуть Н.Ю. Автентичність та екзекватура нотаріальних актів: порівняльний та міжнародний аспект

У статті наданий порівняльний аналіз виконання рішень судів у цивільних справах та нотаріальних актів з іноземним елементом. Розкрито сутність нотаріального акта як автентичного та процедуру надання йому виконавчої сили шляхом екзекватури. Аналізуються законодавство Німеччини, а також Мінська та Луганська конвенції з питань виконання рішень судів та нотаріальних актів

Ключові слова: виконання, автентичний акт, екзекватура, рішення суду, нотаріальний акт.

Гуть Н.Ю. Подлинность и экзекватура нотариальных актов: сравнительный и международный аспект

В статье дается сравнительный анализ исполнения решений судов по гражданским делам и нотариальных актов с иностранным элементом. Раскрыта сущность нотариального акта как аутентичного и процедура предоставления ему исполнительной силы путем экзекватуры. Анализируется законодательство Германии, а также Минская и Луганская конвенции по вопросам исполнения решений судов и нотариальных актов.

Ключевые слова: исполнение, аутентичный акт, экзекватура, решение суда, нотариальный акт.

Hut N.Yu. Authenticity and exequatur of notarial acts: comparative and international aspect

The article provides comparative analysis of enforcement actions of courts on civil cases and notarial acts including foreign element. Explains the essence of the notarial act as an authentic document and procedure of concession of executing power to it through consular exequatur. Article also analyses the legislation of Germany, Minsk and Lugansk conventions on courts and notarial acts enforcement actions.

Key words: enforcement, authentic act, exequatur, court's decision, notarial act.

Рецензія*

на наукову статтю « Автентичність та екзекватура нотаріальних актів: порівняльний та міжнародний аспект», підготовлену Гуть Н.Ю., здобувачем Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені

Тараса Шевченка

Актуальність теми, якій присвячена наукова стаття, не викликає сумніву, оскільки в українській міжнародній нотаріальній науці це фактично перше наукове дослідження присвячене питанням виконання нотаріальних актів з іноземним елементом.

З метою розкриття процедури надання екзекватури нотаріальним актам та їх виконання на території України та відповідно нотаріальних актів посвідчених нотаріусами України на території іноземної держави у статті даний порівняльний аналіз виконання рішень судів у цивільних справах та нотаріальних актів з іноземним елементом. Розкрито сутність нотаріального акту як автентичного та процедуру надання йому виконавчої сили шляхом екзекватури. Аналізуються законодавство Німеччини, Мінська та Луганська конвенції з питань виконання рішень судів та нотаріальних актів.

Запропоновані висновки є аргументованими та достовірними.

Автором проаналізована вітчизняні та іноземні наукові джерела, міжнародні акти присвячені питанням виконання рішень судів та договорів, зокрема з аліментних зобов'язань.

Стаття відповідає вимогам, які пред'являються ДАК України до такого роду робіт та може бути рекомендована до друку у фаховому виданні із юридичних наук.

Науковий керівник

д.ю.н. проф.

С.Я. Фурса

* Збережено стиль і граматику оригіналу.



Забезпечення системності у правовому регулюванні статусу обслуговуючих кооперативів

*Зеліско Алла Володимирівна,
кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного
права Юридичного інституту Прикарпатського
національного університету імені Василя Стефаника,
доцент*

УДК 347.191.11

Чинне законодавство України у сфері регламентації правового статусу юридичних осіб приватного права відзначається значною розгалуженістю, нагромадженням великої кількості нормативно-правових актів. За таких умов кількісні характеристики законодавчих положень нівелюють якісні. Адже правовий статус окремих організаційно-правових форм юридичних осіб регулюється непослідовно і хаотично, що спричиняє проблеми у їх практичній діяльності. Серед цих юридичних осіб у першу чергу слід назвати кооперативи, зокрема, обслуговуючі, значення яких для розвитку аграрного сектора економіки держави не можна применшувати. Найбільш гостру дискусію викликали питання наявності чи відсутності у зазначених кооперативах ознак непідприємницьких юридичних осіб, вирішення якої має не тільки теоретичне, але й практичне значення.

Слід зауважити, що обслуговуючі кооперативи у ст. 157 Податкового кодексу України як такі, що підлягають особливому оподаткуванню, безпосередньо не вказані. Але п. «г» ст. 157 Податкового кодексу України визначає можливість належності до неприбуткових установ і організацій інших, ніж визначені у цій статті, юридичних осіб, діяльність яких не передбачає отримання прибутку згідно з нормами відповідних законів [1].

Однак аргументована належність обслуговуючих кооперативів до непідприємницьких юридичних осіб є передумовою для можливості включення їх до Реєстру неприбуткових організацій та установ з метою користування

податковими пільгами. Отже, пріоритетною *метою* нашого дослідження є формування переліку тих ознак обслуговуючих кооперативів, що зумовлюють їх визначення як непідприємницьких, та розробка рекомендацій щодо системного і послідовного регулювання статусу таких кооперативів як непідприємницьких товариств.

Ст. 2 Закону України «Про кооперацію» визначає обслуговуючий кооператив як кооператив, який утворюється шляхом об'єднання фізичних та/або юридичних осіб для надання послуг переважно членам кооперативу, а також іншим особам з метою провадження ними господарської діяльності. Обслуговуючі кооперативи надають послуги іншим особам в обсягах, що не перевищують 20 відсотків загального обороту кооперативу [2]. Закон «Про кооперацію» не передбачає встановлену ЦК України класифікацію юридичних осіб приватного права на підприємницькі та непідприємницькі, однак ст. 23 Закону визначає, що «виробничі кооперативи провадять господарську діяльність з метою одержання прибутку. Інші кооперативи надають послуги своїм членам, не маючи на меті одержання прибутку». Фактично, маємо пряму вказівку закону на належність обслуговуючих кооперативів до непідприємницьких товариств.

Цілком очевидно, що послідовність у правовому регулюванні статусу обслуговуючих кооперативів повинна виявлятися в узгодженості загальних положень ЦК України щодо визначення концепції непідприємницьких товариств та спеціальних положень Господарського кодексу України, Законів «Про кооперацію» та «Про сільськогосподарську кооперацію».

Чинне законодавство не є послідовним щодо вирішення цього питання, оскільки ЦК України і ГК України не містять жодних положень щодо обслуговуючих кооперативів. Окрім вказаних кодифікованих актів, правовий статус обслуговуючих кооперативів визначається також спеціальним Законом України «Про сільськогосподарську кооперацію», відповідно до статей 1 та 2 якого «сільськогосподарський обслуговуючий кооператив – кооператив, створений для надання послуг переважно членам кооперативу та іншим особам з метою провадження їх сільськогосподарської діяльності. Обслуговуючі

кооперативи, здійснюючи обслуговування членів кооперативу, не ставлять за мету отримання прибутку» [3].

Отже, спеціальні законодавчі акти визначають обслуговуючі кооперативи як непідприємницькі, незважаючи на відсутність таких вказівок у ЦК України. Але не слід забувати, що ЦК України і не визначає переліку непідприємницьких товариств.

Відповідно до ст. 85 ЦК України непідприємницькими товариствами є товариства, які не мають на меті одержання прибутку для його наступного розподілу між учасниками. Наведене визначення, ґрунтуючись фактично на запереченні, не дає уявлення про особливості правового статусу непідприємницьких товариств. Водночас ст. 86 ЦК України зазначає, що непідприємницькі товариства можуть, поряд зі своєю основною діяльністю, здійснювати підприємницьку діяльність, якщо інше не встановлено законом і якщо ця діяльність відповідає меті, для якої вони були створені, та сприяє її досягненню [4].

Комплексний аналіз наведених статей ЦК України дозволяє констатувати неможливість застосування до обслуговуючих кооперативів як непідприємницьких товариств положень ст. 91 ЦК про універсальну правоздатність. Адже обсяг їх правових можливостей бути учасником цивільних правовідносин обмежений критерієм мети, задля реалізації якої вони створені. Вказане призводить до визначення в науковій літературі цілком обґрунтованої позиції про наявність в таких товариств спеціальної правоздатності [5, с. 15; 6, с. 3]. А.С. Довгерт зазначає, що законодавцеві не вдалося до кінця витримати принцип універсальної правоздатності, оскільки ст. 86 ЦК України закріплює за непідприємницькими товариствами обмежену (цільову, спеціальну) правоздатність [7, с. 73]. Очевидним є те, що фактична наявність спеціальної правоздатності цих юридичних осіб зумовлює потребу врегулювання в ЦК механізму її реалізації. Відсутність таких положень у ЦК України спричиняє ситуацію, за якої непідприємницьке товариство, в тому числі і обслуговуючий кооператив, здійснюючи підприємницьку діяльність, уже не може користуватися податковими пільгами, передбаченими для неприбуткових організацій.

Не вносять однозначності у вирішення питання сутності непідприємницьких товариств і ті визначення, які містяться у проектах законів, що повинні регламентувати особливості їх правового статусу. Зокрема, ст. 11 проекту Закону України «Про непідприємницькі організації» вказує, що «непідприємницьке товариство засновується не менше ніж двома фізичними та/або юридичними особами та об'єднує на добровільних засадах і на основі індивідуального членства осіб, що об'єдналися для досягнення спільної статутної мети, має корпоративний устрій та управляється його членами» [8]. Наявність такої ознаки як «відсутність основної мети отримання прибутку», можна констатувати у дефініції поняття непідприємницької організації у ст. 1 цього проекту Закону. Однак положення проекту не містять порядку здійснення цими товариствами підприємницької діяльності.

Проаналізовані норми законодавства і проектів нормативних актів свідчать про те, що при реалізації правоздатності непідприємницькими товариствами йде мова про їх основну діяльність, що відповідає меті товариства і має непідприємницький характер, та допоміжну діяльність, яка є підприємницькою та можлива в межах основної мети товариства.

Головна відмінність у правовому положенні всіх некомерційних організацій від комерційних, як зазначає К.П. Беляєв, полягає в тому, що комерційні організації здійснюють підприємницьку діяльність, яка є для них основною, і повністю регулюється цивільним правом, а для некомерційних організацій підприємницька діяльність є допоміжною, забезпечуючи їх участь у майновому обігу [9, с. 37].

Доречно зауважити, що факт належності підприємницької діяльності до основної чи до допоміжної в жодній мірі не змінює її сутності, вона все одно залишається підприємницькою. Цілком очевидно, що врегулювання у ЦК України потребує механізм здійснення непідприємницькими товариствами підприємницької діяльності, оскільки законодавча практика повинна виходити із потреб встановлення особливостей правового статусу таких юридичних осіб. Абсолютна відсутність визначення таких положень у ЦК України призводить до того, що ті товариства, які займаються підприємницькою діяльністю, позбавляються можливості користуватися податковими пільгами,

встановленими для непідприємницьких юридичних осіб. Наприклад, на сьогодні у такому становищі опинилися споживчі та обслуговуючі кооперативи. Адже відсутність концептуальних положень щодо правосуб'єктності непідприємницьких товариств у поєднанні із низьким юридично-технічним рівнем спеціальних законів, які визначають правовий статус окремих організаційно-правових форм, призводить до неможливості їх ефективного функціонування.

Для часткового врегулювання розглянутого питання доцільною видається пропозиція з приводу визначення у законодавстві імперативної норми щодо обов'язкового зазначення в установчих документах непідприємницьких товариств вичерпного переліку можливих видів їх підприємницької діяльності. У п. 157.15 Податкового кодексу визначено, що статутні документи неприбуткових організацій повинні містити вичерпний перелік видів їх діяльності, які не передбачають одержання прибутку згідно з нормами законів, що регулюють їх діяльність [1]. Однак перелік видів підприємницької діяльності вказаний кодифікований нормативний акт не згадує, незважаючи на суттєву практичну потребу в цьому.

Ймовірно, що чинне законодавство має регламентувати діяльність непідприємницьких товариств шляхом встановлення інших підвищених вимог до їх статусу, зокрема до порядку розголошення інформації про діяльність такого товариства, розміру його статутного (пайового) капіталу, встановлення особливого порядку звітності за результатами діяльності тощо.

Розглянута концепція непідприємницьких товариств щодо обслуговуючих кооперативів повинна знайти своє відображення у спеціальних нормативно-правових актах. Тому виникає потреба окреслити ті спеціальні ознаки обслуговуючих кооперативів, які містяться у Законі України «Про кооперацію» та свідчать про належність їх саме до непідприємницьких товариств.

Про непідприємницький правовий статус обслуговуючого кооперативу свідчить перш за все те, що створюється він для надання послуг переважно членам кооперативу, а також іншим особам з метою провадження ними господарської діяльності (ст. 2) [2]. Саме можливість надання послуг третім особам є основним аргументом проти внесення цих кооперативів до переліку

неприбуткових організацій та установ. Адже відповідно до Податкового кодексу України до основної діяльності (яка і є непідприємницькою) не включаються операції з надання товарів, виконання робіт, надання послуг неприбутковими організаціями особам, іншим, ніж засновники (члени) таких організацій (п. 157.15) [1]. Водночас варто зауважити, що передбачена можливість обслуговування потреб інших осіб, не пов'язаних із кооперативом членством, не нівелює особливу природу цих кооперативів внаслідок таких причин: 1) встановлено суттєве обмеження на надання послуг іншим особам в обсязі, що не перевищує 20 відсотків загального обороту кооперативу [2]; 2) можливість здійснення підприємницької діяльності санкціонована нормами ЦК України, зокрема, відповідно до ст. 86 така діяльність є допустимою для непідприємницьких товариств за умови її відповідності меті, задля якої вони були створені [4].

Ще однією із умов можливості ідентифікації обслуговуючих кооперативів як непідприємницьких є також особливий порядок їх ліквідації, адже Законом «Про кооперацію» передбачено, що майно неподільного фонду не підлягає поділу між їх членами і передається за рішенням ліквідаційної комісії іншій (іншим) кооперативній організації (кооперативним організаціям). При цьому в рішенні повинні бути визначені напрями використання зазначеного майна [2]. Отже, при ліквідації членам виплачується не частина майна кооперативу, пропорційна розміру їх паю, а безпосередньо пайові внески.

Вказана ознака обслуговуючого кооперативу співзвучна із ознакою неприбуткових організацій, передбаченою Податковим кодексом України, відповідно до п. 157.13 якого в разі ліквідації неприбуткової організації її активи повинні бути передані одній або кільком неприбутковим організаціям відповідного виду, якщо інше не передбачено законом, що регулює діяльність відповідної неприбуткової організації [1].

Вагомим аргументом на користь заперечення непідприємницького статусу обслуговуючих кооперативів є передбачені ст. 26 Закону «Про кооперацію» кооперативні виплати та виплати на пай [2]. Але кооперативні виплати мають специфічну природу, оскільки залежать від обсягу участі члена в господарській діяльності кооперативу. Розмір же виплат на пай є значно

обмеженим, оскільки відповідно до частини третьої ст. 26 Закону загальна сума виплат на паї не може перевищувати 20 відсотків доходу, визначеного до розподілу між членами кооперативу.

Вказане свідчить про доцільність подальшої розробки концепції непідприємницького правового статусу обслуговуючих кооперативів та можливу перспективу формування законодавчого механізму включення їх до переліку неприбуткових організацій та установ із пільговим оподаткуванням. Водночас потребує подальшої розробки механізм системного правового регулювання статусу обслуговуючих кооперативів шляхом не лише деталізації їх непідприємницьких ознак у спеціальних нормативно-правових актах, але й на рівні загальних положень ЦК України щодо непідприємницьких товариств, так як надана їм можливість здійснювати підприємницьку діяльність, зумовлює необхідність визначення чітких механізмів реалізації ними спеціальної правоздатності.

Список використаних джерел

- 1. Податковий кодекс України : Закон від 2 грудня 2010 р. № 2755-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 13 – 14. – Ст. 112.*
- 2. Про кооперацію : Закон України від 10 липня 2003 р. № 1087-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 5. – Ст. 35.*
- 3. Про сільськогосподарську кооперацію : Закон України від 17 липня 1997 р. № 469/97-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1997. – № 39. – Ст. 261.*
- 4. Цивільний кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40 – 44. – Ст. 356.*
- 5. Козлова Н.В. Правосубъектность юридического лица / Н.В. Козлова. – М. : Статут, 2005. – 476 с.*
- 6. Слугин А.А. Гражданская правосубъектность юридических лиц : автореферат дис. ... на соискание уч. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» / А. А. Слугин. – Краснодар, 2003. – 20 с.*

7. Довгерт А.С. *Цивільна правоздатність юридичної особи* / А.С. Довгерт, Г.В. Цірат // *Цивільний кодекс України : науково-практичний коментар* / За ред. розробників проекту Цивільного кодексу України. – К. : Істина, 2004. – 928 с.

8. *Проект Закону України «Про непідприємницькі організації» від 14 травня 2002 р.* – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.rada.gov.ua.

9. Беляев К.П. *О делении юридических лиц на коммерческие и некоммерческие в гражданском законодательстве* / К.П. Беляев // *Актуальные проблемы гражданского права* / Под ред. С.С. Алексеева. – М. : Статут, 2000. – Вып. 3. – С. 35–48.

Зеліско А.В. Забезпечення системності у правовому регулюванні статусу обслуговуючих кооперативів

У статті досліджуються теоретичні та практичні проблеми регламентації правового статусу обслуговуючих кооперативів, концепція його послідовного законодавчого закріплення шляхом пропозицій щодо внесення змін до загальних положень ЦК України про непідприємницькі товариства та до спеціальних положень нормативно-правових актів про обслуговуючі кооперативи. Обґрунтовується належність обслуговуючих кооперативів до непідприємницьких товариств, незважаючи на здійснення ними підприємницької діяльності.

Ключові слова: юридична особа, кооператив, непідприємницьке товариство, підприємницька діяльність, обслуговуючий кооператив.

Зеліско А.В. Обеспечение системности в правовом регулировании статуса обслуживающих кооперативов

В статье исследуются теоретические и практические проблемы регламентации правового статуса обслуживающих кооперативов, концепция его последовательного законодательного закрепления в общих положениях ГК Украины о некоммерческих товариществах и в специальных положениях нормативно-правовых актов об обслуживающих кооперативах. Обосновывается принадлежность обслуживающих кооперативов к некоммерческим товариществам, несмотря на осуществление ими предпринимательской деятельности.

Ключевые слова: юридическое лицо, кооператив, непредпринимательское товарищество, предпринимательская деятельность, обслуживающий кооператив.

Zelisko A.V. Provision systematization in law regulation of status service cooperative.

In this article is investigated theoretical and practical problems for regulation of law status of service cooperative. Concept development of it's consistent law fixing is make by proposition about amendments for general provisions in Civil Law of Ukraine about not entrepreneurial society and for special provisions of law acts about service cooperative. It's made a list of not entrepreneurial signs for appurtenance service cooperative to not entrepreneurial society.

Keywords: juristic person, cooperative, not entrepreneurial society, entrepreneurial activity, service cooperative.



Поняття, ознаки, правова природа товарної біржі як особливого суб'єкта господарювання

*Олійник Оксана Степанівна,
кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного
права Юридичного інституту Прикарпатського
національного університету імені Василя Стефаника*

УДК 346

Функціонування сучасного ринку знаходиться в залежності від ринкового середовища, важливим елементом якого є ринкова інфраструктура, що являє собою сукупність суб'єктів господарювання, які забезпечують рух товарів, послуг, грошей, цінних паперів та робочої сили. Одним із таких особливих суб'єктів господарювання виступає біржа як постійно діючий організований оптовий ринок, на якому здійснюється торгівля біржовими товарами. Водночас важливою є ефективна державна економічна політика в цій сфері, яка охоплює всі складові економічних відносин у країні, в тому числі відносини щодо збалансованості попиту та пропозиції як на національному, так і на міжнародному ринку. У процесі такої взаємодії на державу покладаються обов'язки забезпечувати ринок і біржову діяльність необхідною законодавчою базою, що дасть змогу виробити і встановити єдині правила для всіх суб'єктів, які беруть участь у біржовому процесі.

Сьогодні діяльність товарних бірж характеризується активізацією торгівлі та чітко вираженою тенденцією до зростання зацікавленості учасників ринку до біржового обслуговування при укладенні договорів купівлі-продажу біржової продукції [1, с. 2]. Незважаючи на те, що в Україні прийнято низку нормативних актів, покликаних врегулювати відносини у сфері реалізації біржової продукції через біржовий ринок, та здійснено ряд наукових досліджень у сфері торгово-біржової діяльності представниками як юридичної, так і економічної науки, зокрема такими авторами як Л.О. Панькова «Правове регулювання діяльності аграрних бірж в Україні» [1], А.Г. Бобкова,

Ю.О. Моїсеєв «Біржове право: Навчальний посібник» [2], Ю.О. Моїсеєв «Біржові торги як конкурентний спосіб укладання біржових угод на товарній біржі» [3], М.О. Солодкий «Біржовий ринок» [4], Г. Міщук «Товарні біржі України: тенденції та проблеми розвитку» [5], Ю.В. Чижмарь «Правове регулювання укладення форвардних угод на товарних біржах» [6] та іншими представниками наукової думки, проблеми правового регулювання діяльності товарних бірж всебічно не проаналізовані, цілий ряд питань залишаються нерозкритими чи спірними. Потребують подальшого глибокого вивчення та аналізу положення щодо правового статусу товарних бірж у ринковому сегменті України; існує необхідність уточнення та вдосконалення понятійного апарату, що використовується при формулюванні відповідних правових норм; у науці господарського права неоднозначно визначається організаційно-правова форма товарних бірж, що в свою чергу ускладнює однозначність розуміння її правового становища, відсутність закріплення на законодавчому рівні відповідальності членів біржі за невиконання чи неналежне виконання своїх обов'язків тощо.

Зазначене вище у своїй сукупності зумовлює актуальність та необхідність подальшого наукового дослідження правового статусу товарної біржі як особливого суб'єкта господарювання з метою визначення напрямів подальшого удосконалення чинного законодавства у сфері правового забезпечення діяльності товарних бірж на основі існуючих теоретичних положень, правових норм та господарської практики.

Визначення правового статусу окремого суб'єкта права пов'язане з дослідженням комплексу прав та обов'язків, якими він наділяється, з порядком їх набуття. Це цілком стосується і товарної біржі, оскільки вона є юридичною особою і виступає суб'єктом правовідносин, на неї поширюються загальнотеоретичні положення щодо правового становища юридичної особи. Під правовим становищем розуміється встановлене нормативно-правовими актами місце окремого суб'єкта права в певній системі. При цьому воно визначається, перш за все, його правосуб'єктністю [1, с. 34–35; 7, с. 104–109].

Як зазначає С.С. Алексєєв, суб'єктом права є особа, яка фактично може бути носієм юридичних прав та обов'язків і реально здатна брати участь у правовідносинах. Ці чинники, притаманні суб'єкту права, складають зміст правосуб'єктності особи. У свою чергу, правосуб'єктність включає в себе правоздатність (здатність до володіння правами й несення обов'язків) та дієздатність (здатність до самостійного здійснення прав та обов'язків) [8, с. 139]. Важливо також враховувати, що з таким визначенням правосуб'єктності погоджувалися не всі вчені-юристи. Так С.М. Братусь вважав поняття «правоздатність» та «правосуб'єктність» рівнозначними [9, с. 6]. У зв'язку з одночасним виникненням правоздатності та дієздатності, в момент виникнення юридичної особи, окремі автори запропонували застосовувати поняття «право-дієздатність» юридичної особи [10, с. 26]. Як елемент правосуб'єктності юридичної особи розглядається і деліктоздатність.

У теорії права правосуб'єктність поділяється на загальну, галузеву та спеціальну [1, с. 35; 8, с. 144]. При цьому галузева правосуб'єктність визначає здатність особи бути суб'єктом правовідносин тієї чи іншої галузі права, а спеціальна – здатність особи бути суб'єктом лише певних правовідносин, що складаються всередині окремої галузі права.

Положення юридичних осіб в Україні нині регулюється, насамперед, нормами чинного цивільного права та господарського права. Так, згідно зі ст. 80 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) юридичною особою є організація, створена і зареєстрована у встановленому законом порядку, наділена цивільною правоздатністю і дієздатністю, може бути позивачем та відповідачем у суді [11]. Таким чином, законодавець вольовим шляхом визнає юридичною особою те соціальне утворення, щодо якого вважає це за необхідне [12, с. 116]. Цивільний кодекс не дає визначення юридичної особи, а лише містить вказівку на характерні ознаки цього поняття. Зазначена стаття не має таких ознак, прийнятих у цивільно-правовому обігу, як організаційна єдність, наявність відокремленого майна, самостійна цивільно-правова відповідальність за своїми зобов'язаннями тощо. При цьому таке визначення поняття юридичної

особи вимагає звернення до норм, які регулюють порядок створення та реєстрації юридичних осіб [13, с. 55]. Цивільна правоздатність юридичної особи виникає з моменту її створення і припиняється зі дня внесення до єдиного державного реєстру запису про її припинення. При цьому, наголошує В. Кравчук, змістом легалізації є не надання правосуб'єктності, а визнання її державою за юридичну особу і, як наслідок, джерелом правосуб'єктності юридичної особи є правосуб'єктність її засновників [1, с. 37–38; 13, с. 75–76].

Водночас Господарський кодекс України [14] визначає суб'єктів господарювання як учасників господарських відносин, які здійснюють господарську діяльність, реалізують господарську компетенцію, мають відокремлене майно і несуть відповідальність за своїми зобов'язаннями в межах цього майна, крім випадків, передбачених законодавством (ст. 55). Тобто, Господарський кодекс України безпосередньо вказує ознаки юридичної особи, крім організаційної єдності.

Сучасне цивільне право України зазнало змін у частині відмови від конструкції спеціальної правоздатності [12, с. 112]. Згідно зі ст. 91 ЦК України юридична особа має такі самі цивільні права та обов'язки, як і фізична особа, крім тих, які за своєю природою можуть належати лише людині. Разом з тим, хоча українське цивільне право наділяє юридичні особи загальною правосуб'єктністю, теоретичні положення щодо галузевої правосуб'єктності не суперечать чинному законодавству. Навпаки, в межах норм різних галузей права правоздатність суб'єкта набуває певної регламентації та конкретизації [1, с. 39]. Таким чином, можна дійти висновку, що цивільно-правова правосуб'єктність притаманна товарним біржам як юридичним особам і є загальною передумовою участі у правовідносинах. Вона полягає у здатності товарних бірж бути суб'єктами права взагалі. Галузева правосуб'єктність біржі – здатність бути суб'єктом правовідносин у таких галузях, як цивільне, господарське, фінансове, аграрне право тощо. Товарні біржі мають специфічну мету діяльності та завдання, які обумовлюють значну роль у її правовому статусі. Отже, враховуючи специфіку діяльності товарних бірж, можна дійти

висновку, що галузевою правосуб'єктністю вони володіють у межах господарського права.

Поняття «біржа» досить давно є предметом дослідження філологів, юристів, економістів. О. Штиллих відзначав той факт, що істотні ознаки особливого роду виду ринку, названого «біржею», на жаль, ще не остаточно визначені наукою. Автор підкреслює, що «біржа – це організація, що має за мету не тільки торгівлю замінами цінностями, але також і встановлення цін. Встановлення цін на біржі відбувається регулярно й під загальним контролем, тобто покривається авторитетом усіх зборів або його правління. Де такого офіційного котирування цін немає, там немає й біржі...». З викладеного вище видно, що біржа є організованим ринком для заміних цінностей, на якому процес утворення цін протікає під суспільним контролем... [15, с. 20]. Відомий юрист Г.Ф. Шершеневич вказував, що зі словом «біржа» пов'язані три різні поєднання. Під цим поняттям розуміють: 1) сукупність людей, які збираються постійно в певному місці і здійснюють торгівлю; 2) саме місце зборів; 3) сукупність угод, укладених у цьому місці [16, с. 469]. Такий підхід одержав певний розвиток й у сучасних умовах ринкових відносин. Зокрема, таку саму позицію щодо визначення біржі підтримують Вінник О.М. та Щербина В.С. [17, с. 406; 18, с. 396; 19, с. 149].

В.К. Мамутов, І.В. Булгакова та В.В. Хахулін підтримують наступне визначення біржі: біржа – це постійно діючий організований оптовий ринок, на якому здійснюється торгівля біржовими товарами (сировиною, продуктами харчування, промисловими товарами, цінними паперами тощо) [20, с. 166]. Є.Н. Сохацька, яка досліджувала питання економічної природи біржі, дійшла висновку, що біржа – це постійно діючий ринок масових заміних цінностей, що функціонує за певними правилами, у конкретному місці і в призначений час [21, с. 17].

Таким чином, на сучасному етапі розвитку біржа виступає самостійним суб'єктом господарювання, що виконує певні функції в економіці. Економічну природу товарної біржі можна виразити через наступне визначення: сучасна

товарна біржа – це фінансовий ринок, на якому різні групи його учасників торгують контрактами, прив'язаними до цін на сировину або на так звані «нетоварні цінності», з метою зняття із себе цінового ризику й передачі його іншим учасникам ринку, або, навпаки, з метою прийняття цього ризику на себе в розрахунку одержати прибуток [2, с. 38].

Економічна природа товарної біржі вимагає відповідного законодавчого закріплення. Основи правового положення сучасних бірж в Україні закріплені Господарським кодексом України, Законами України «Про товарну біржу» від 10 грудня 1991 р., «Про цінні папери та фондовий ринок» від 23 лютого 2006 р., статутом біржі, правилами біржової торгівлі та біржового арбітражу, які є локальними нормативними актами.

Що стосується Господарського кодексу України, то його прийняття сприяло формуванню основи для забезпечення ефективності діяльності товарних бірж. Положення Господарського кодексу закріпили поняття торговельно-біржової діяльності як такої, що має на меті організацію та регулювання торгівлі шляхом надання послуг суб'єктам господарювання у здійсненні ними торговельних операцій спеціально утвореною господарською організацією – товарною біржею (ст. 278 ГКУ). Господарський кодекс України в частині першій ст. 279 визначає товарну біржу як особливий суб'єкт господарювання, який надає послуги в укладенні біржових угод, виявленні попиту і пропозицій на товари, товарних цін, вивчає, впорядковує товарообіг і сприяє пов'язаним з ним торговельним операціям [14].

Відповідно до частини першої ст. 1 Закону України «Про товарну біржу» товарна біржа є організацією, що об'єднує юридичних і фізичних осіб, які здійснюють виробничу і комерційну діяльність, і має за мету надання послуг в укладенні біржових угод, виявлення товарних цін, попиту і пропозицій на товари, вивчення, упорядкування і полегшення товарообороту і пов'язаних з ним торговельних операцій [22].

Зміст статей Господарського кодексу майже тотожний змісту Закону «Про товарну біржу», що, звичайно, не сприяє розв'язанню проблеми вдосконалення

правового регулювання діяльності товарних бірж. Крім того, наведені визначення є нечіткими з правової точки зору, оскільки в них відсутнє посилання на організаційно-правову форму, в якій може бути створений цей суб'єкт господарювання.

У свою чергу, законодавство багатьох країн СНД містить дещо інше визначення товарної біржі. Так, ст. 2 Закону Російської Федерації «Про біржу й біржову торгівлю» передбачає, що під товарною біржею розуміється організація із правами юридичної особи, що формує оптовий ринок шляхом організації й регулювання біржової торгівлі, здійснюваної у формі голосних публічних торгів, проведених у заздалегідь визначеному місці й у певний час за встановленими нею правилами. Закон Республіки Молдова визначає товарну біржу як підприємство з організації біржової торгівлі за стандартами або зразками товарів, проведеної в заздалегідь визначеному місці (біржовому залі) і в певний час за встановленими на біржі правилами [2, с. 39]. Таким чином, якщо поняття біржі українського законодавця є дещо декларативним, то біржа за російським законодавством характеризується конкретними рисами, що сприяє кращому розумінню мети її діяльності, а саме, сприяння обороту певних товарів.

Згідно з частиною другою ст. 1 Закону України «Про товарну біржу» вона діє на основі самоврядування, господарської самостійності, є юридичною особою, має відокремлене майно, самостійний баланс, власні поточні та вкладні (депозитні) рахунки в банках, печатку зі своїм найменуванням [22]. Товарна біржа не займається комерційним посередництвом і не має на меті одержання прибутку. Тому можна дійти висновку, що метою діяльності біржі є надання послуг в укладанні біржових угод, виявлення товарних цін, попиту і пропозицій на товари, вивчення, впорядкування і полегшення товарообігу і пов'язаних з ним торговельних операцій. В літературі висловлюються пропозиції про доцільність визначити мету діяльності біржі окремо та вказати на відсутність у діяльності біржі мети одержання прибутку для його подальшого розподілу між

учасниками, оскільки мета діяльності є визначальною для товарної біржі [1, с. 42].

У різних нормативно-правових актах використовуються такі поняття, як цілі діяльності та мета діяльності того чи іншого суб'єкта. Як правило, у локальних нормативних актах, таких як статут, частіше використовується термін «цілі», що пов'язано з намаганням передбачити у документі широке коло діяльності суб'єкта. Вбачається, що мета діяльності будь-якого господарюючого суб'єкта може характеризувати виключно наявність або відсутність основного – одержання прибутку від основної діяльності. За цією ознакою діяльність всіх суб'єктів господарювання поділяється наступним чином. Господарський кодекс України вказує на існування комерційної діяльності (підприємництва) та, відповідно, некомерційного господарювання, водночас Цивільний кодекс вказує на існування підприємницьких товариств та непідприємницьких. Тому є нагальна потреба уніфікації понятійного апарату цих нормативних актів, приведення до єдиної назви тотожних понять «непідприємницький» та «некомерційний». Так, ст. 85 ЦК України [11] визначає поняття непідприємницьких товариств як товариств, які не мають на меті отримання прибутку для його наступного розподілу між учасниками. Тобто для непідприємницьких, як визначено в Цивільному кодексі України, або некомерційних, як вживається в Господарському кодексі України, суб'єктів отримання прибутку не є основною метою і не розподіляється між учасниками, але при цьому може бути використаний на розвиток власної бази суб'єкта.

Вважаємо, що надання послуг товарними біржами та створення умов для укладання біржових договорів не можна вважати підприємницькою діяльністю, оскільки біржа не займається комерційним посередництвом та не має на меті отримання прибутку. Підприємництво згідно з Господарським кодексом України [14] – це вид господарської діяльності, що здійснюється з метою досягнення економічних та соціальних результатів та одержання прибутку (ст. 42).

Доходи ж, які одержує біржа внаслідок здійснення своєї діяльності, як, наприклад, біржовий збір, не є прибутком та спрямовуються виключно на розвиток власної бази (утримання приміщення, обладнання, транспорт тощо).

Стаття 86 Цивільного кодексу України [11] уточнює, що непідприємницькі товариства можуть поряд зі своєю основною діяльністю здійснювати підприємницьку діяльність, якщо інше не встановлено законом і якщо ця діяльність відповідає меті, з якою вони були створені, та сприяє її досягненню. Тобто головна подібність між підприємницькими товариствами та непідприємницькими полягає у свободі розпорядження отриманим прибутком між учасниками. Положення зазначених вище норм цивільного законодавства дозволяють застосувати поняття непідприємницького товариства для визначення правового статусу товарної біржі.

Як суб'єкт господарювання біржа характеризується наступними ознаками: 1) вона має статус юридичної особи; 2) в організаційному плані її діяльність будується на основі самоврядування та господарської самостійності; 3) з точки зору майнових прав вона має відокремлене майно; 4) у плані організації фінансів біржа має самостійний баланс, власні поточні та вкладні (депозитні) рахунки в банках; 5) як юридична особа біржа має печатку зі своїм найменуванням. Названі ознаки, які характеризують біржу як суб'єкта господарювання, цілком закономірно впливають з аналізу частини другої ст. 279 ГКУ [14].

На підставі наведених вище нормативних визначень В.С. Щербина робить наступний висновок: біржа є господарською організацією, яка виконує певні, а саме ринкові регулятивні (організаційні та економічні) функції в економіці завдяки виявленню курсу товарних цін, попиту і пропозиції. Основна її мета – сприяти зведенню в одному місці (на біржі) попиту і пропозиції на певні товари, обслуговування їх обороту. Це характеризує біржу як економічну категорію. Такі ж функції виконують ярмарки. Проте від ярмарку біржа відрізняється тим, що вона є: 1) постійним (щоденним) місцем взаємодії попиту і пропозиції, тоді як ярмарок лише періодично виконує цю функцію; 2) біржа

має постійний (зафіксований) контингент клієнтів і відвідувачів, а ярмарок є, за загальним правилом, відкритий для всіх; 3) ярмарок є місцем товарообороту: це ринок, де безпосередньо виставляються на продаж товари. Водночас як товарообіг, якому покликана сприяти біржа, здійснюється поза нею. Безпосередньо біржа товарів не виставляє, вона оперує загалом інформацією про них (про кількість, якість, ціни, угоди купівлі-продажу) [18, с. 397; 19, с. 150–151]. При цьому об'єктами біржових операцій у класичному розумінні визнаються товари, які характеризуються не індивідуальними якостями і особливостями, а родовими ознаками, тобто кількістю, вагою чи мірою, внаслідок чого такі товари вважаються взаємозамінними. Тому біржова торгівля за своєю економічною природою є заочною і передбачає стандартизацію товарів чи ознайомлення з їх зразками. Товарна біржа є особливим суб'єктом господарювання, який виконує такі основні завдання:

- а) надання послуг в укладенні біржових угод;
- б) виявлення попиту і пропозицій на товари, товарних цін;
- в) вивчення, впорядкування товарообігу;
- г) сприяння пов'язаним з товарообігом торговельним операціям.

Особливий характер товарної біржі як суб'єкта господарювання розкривається через її функції, а саме:

- 1) товарна біржа виконує функцію товаророзподільчого каналу або механізму, завдяки якому товар розподіляється між споживачами за реальною ціною;
- 2) товарна біржа є свого роду суб'єктом господарювання, який організовує ринок. Вона створює необхідні умови учасникам біржових торгів у їх проведенні;
- 3) товарна біржа – це місце, де узгоджується попит і пропозиція на певний біржовий товар;
- 4) товарна біржа є регулятором цін. Завдяки коливанню біржового попиту і біржової пропозиції тут не може застосовуватися державне регулювання цін;
- 5) товарна біржа стабілізує ціни на біржовий товар;
- 6) біржа є місцем так званого біржового котирування цін;
- 7) біржа здійснює функцію збирання і обробки ринкової інформації, тобто є інформаційним центром ринку щодо виробництва біржового товару, динаміки попиту на товари, цін на біржових та інших ринках тощо;
- 8) товарна біржа розробляє товарні стандарти, встановлює сорти товарів, реєструє марки фірм,

допущених до біржової торгівлі; 9) товарна біржа виконує арбітражні функції, тобто розглядає спори між членами біржі, а також між членами біржі та їх контрагентами [19, с. 152–153].

Зазначений перелік функцій біржі не є вичерпним і може бути доповнений залежно від конкретних економічних умов діяльності біржі.

На основі наведеного можна запропонувати визначення товарної біржі як юридичної особи приватного права, яка діє в організаційно-правовій формі непідприємницького товариства, що об'єднує юридичних і фізичних осіб, які здійснюють виробничу і посередницьку діяльність, та створює умови для укладення біржових договорів щодо біржової продукції. Оскільки організаційно-правова форма товарної біржі на сьогодні на рівні законодавства не визначена, то вважаємо, що можливим є створення товарної біржі у формі непідприємницького товариства, відтак виникає необхідність внесення відповідних змін щодо організаційно-правової форми товарної біржі до ст. 279 Господарського кодексу України та Закону України «Про товарну біржу».

Список використаних джерел

- 1. Панькова Л.О. Правове регулювання діяльності аграрних бірж в Україні : дис... канд. юрид. наук : 12.00.06 / Панькова Лілія Олександрівна. – К., 2005. – 218 с.*
- 2. Бобкова А.Г. Біржове право : Навчальний посібник / А.Г. Бобкова, Ю.О. Моїсєєв. – К. : Центр навчальної літератури, 2005. – 200 с.*
- 3. Моїсєєв Ю.О. Біржові торги як конкурентний спосіб укладання біржових угод на товарній біржі / Ю.О. Моїсєєв // Форум права. – 2010. – № 4. – С. 648–653.*
- 4. Солодкий М.О. Біржовий ринок / М.О. Солодкий. – К. : Джерела, 2002. – 336 с.*
- 5. Міщук Г. Товарні біржі України : тенденції та проблеми розвитку / Г. Міщук // Економіка України. – 2005. – № 4. – С. 47–53.*
- 6. Чижмарь Ю.В. Правове регулювання укладення форвардних угод на товарних біржах : автореф. дис. канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне*

право та цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право / Ю.В. Чижмарь. – Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАНУ. – К., 2000. – 16 с.

7. *Кооперативне право : Підручник / За ред. чл.-кор. НАН України В.І. Семчика. – К. : Ін Юре, 1998. – 336 с.*

8. *Алексеев С.С. Общая теория права : в 2-х томах. / С.С.Алексеев. – Т. 2. – М. : Юрид. лит., 1982. – 359 с.*

9. *Братусь С.Н. Субъекты гражданского права / С.Н Братусь. – М. : Госюриздат, 1950. – 368 с.*

10. *Грибанов В.П. Юридические лица / В.П. Грибанов. – М. : Изд-во МГУ, 1961. – 114 с.*

11. *Цивільний кодекс України : Офіційний текст. – К. : Юрінком Інтер, 2003. – 464 с.*

12. *Харитонов Є.О. Цивільне право України : Підручник / Є.О. Харитонов, Н.О. Саніахметова. – К. : Істина, 2003. – 776 с.*

13. *Кравчук В. Визначення сфери застосування інституту юридичної особи / В. Кравчук // Право України. – 1998. – № 4. – С. 75–76.*

14. *Господарський кодекс України. Господарський процесуальний кодекс України : Офіційний текст. – К. : Юрінком Інтер, 2003. – 304 с.*

15. *Штиллих О. Біржа і її діяльність : Пер. с нем. / О. Штиллих. – Спб. : Братство, 1992. – 304 с.*

16. *Шершеневич Г.Ф. Курс торговельного права : в 4 т. / Г.Ф. Шершеневич. – М. : Статут, 2003 – Т.ІІ : Товар. Торгівельні угоди. – 2003. – 544 с.*

17. *Вінник О.М. Господарське право : Курс лекцій / О.М. Вінник. – К. : Атіка, 2004. – 406 с.*

18. *Щербина В.С. Господарське право : Підручник / В.С.Щербина. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – 656 с.*

19. *Щербина В.С. Суб'єкти господарського права : монографія / В.С. Щербина. – К. : Юрінком Інтер, 2008. – 264 с.*

20. Булгакова І.В. *Господарське право України: навчальний посібник* / І.В. Булгакова. – К. : Прецедент, 2006. – 346 с.

21. Сохацька О.М. *Біржова справа : Підручник* / О.М. Сохацька. – Тернопіль : Карт-бланш, 2003. – 602 с.

22. Закон України «Про товарну біржу» від 10 грудня 1991 р. // *Відомості Верховної Ради України*. – 1992. – № 10. – Ст. 139.

Олійник О.С. Поняття, ознаки, правова природа товарної біржі як особливого суб'єкта господарювання

У даній статті автором проаналізовано основи правового становища товарної біржі в контексті її поняття, ознак, основних функцій та призначення. Окрему увагу автор звертає на особливості організаційно-правової форми товарної біржі, аналізує чинне законодавство, погляди інших дослідників названої проблеми і висловлює власні пропозиції щодо удосконалення законодавства.

Ключові слова: біржа, товарна біржа, біржова діяльність, організаційно-правова форма, непідприємницьке товариство.

Олейник О.С. Понятие, признаки, правовая природа товарной биржи как особенного субъекта ведения хозяйства

В данной статье автором проанализированы основы правового положения товарной биржи в контексте ее понятия, признаков, основных функций и назначения. Отдельное внимание автор обращает на особенности организационно-правовой формы товарной биржи, анализирует действующее законодательство, взгляды других исследователей названной проблемы и излагает собственные предложения относительно усовершенствования законодательства.

Ключевые слова: биржа, товарная биржа, биржевая деятельность, организационно-правовая форма, непредпринимательское общество.

Oliynuk O.S. Concept, signs, legal nature of commodity exchange as the special subject of menage

In this article an author is analyse bases of legal position of commodity exchange in the context of her concept, signs, basic functions and setting. Separate attention an author turns on the feature of legal form of commodity exchange, analyses a current legislation, looks of other researchers of the adopted problem and expounds own suggestions in relation to the improvement of legislation.

Key words: exchange, commodity exchange, exchange activity, legal form, unenterprise society.



Правові проблеми визначення діяльності з управління активами інституційних інвесторів

Слободян Олександр Анатолійович,
член комітету з питань спільного інвестування Асоціації
«Фондове Партнерство»

УДК 336.763(477)

Постановка проблеми. Інститут управління майном був не відомий радянському цивільному праву. Протягом більш чим півстоліття комуністичний режим знищував приватну власність як явище. Разом з нею зникла і потреба в управлінні майном. З прийняттям Цивільного кодексу в праві України утвердився новий інститут управління майном. Сьогодні потребує впровадження якісно нових теоретичних моделей ефективного використання майна. Як слушно зазначається в юридичній літературі, «в період становлення нових інститутів цивільного права актуальність їх дослідження в цивілістиці різко збільшується, оскільки науці цивільного права надається можливість впливати на розвиток нового інституту спочатку, тобто забезпечити *ah initio* його максимально повну і чітку регламентацію, що відповідає потребам цивільного обороту, спрямувати правозастосовчу практику в потрібне русло. Все це дозволяє уникнути тих помилок і недоліків, які доводиться вирішувати багато років згодом у зв'язку з неякісно проведеною законотворчою роботою або неправильною трактовкою положень щойно виданого нормативного акта в правозастосовчій діяльності [3, с. 7].

Аналіз останніх досліджень. Динамічний розвиток вітчизняного фондового ринку сприяє виникненню нових напрямів розвитку управління активами інституційних інвесторів, досі не досліджених цивілістикою. Приємно констатувати динаміку зростання наукового інтересу до проблематики управління майном на фондовому ринку. Правові аспекти управління активами інституційних інвесторів висвітлювались у роботах

Л.М. Белкіна, М.В. Венецької, І.В. Венедиктової, Ю.В. Вітки, Ю.В. Курпас, В.В. Мазневої, Р.А. Майданика, М.В. Мащенко, К.В. Масляєвої, А.В. Попової, О.А. Слободяна. При цьому залишилось відкритим питання комплексного аналізу визначення цього виду діяльності.

Метою статті є розгляд особливостей законодавчого визначення діяльності з управління активами інституційних інвесторів для розробки науково-практичних пропозицій по вдосконаленню чинного законодавства.

Виклад основного матеріалу. Регулюючи відносини з управління майном на рівні кодифікованого правового акта, Цивільний Кодекс України від 16 січня 2003 р. № 435-IV [12] зазначає, що особливості управління цінними паперами встановлюються законом, при цьому не йдеться про особливості управління активами інституційних інвесторів (ст. 1045). ЦК України є основним регулятором майнових відносин у суспільстві, які більш детально регламентуються спеціальним законодавством.

Спроба врегулювати відносини з управління активами на законодавчому рівні була здійснена в Законі України «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні» від 30 жовтня 1996 р. № 448/96-ВР [4]. Стаття 4 цього Закону досить розмито визначає діяльність з управління активами – як професійну діяльність учасника фондового ринку – компанії з управління активами (КУА), що провадиться нею за винагороду від власного імені або на підставі відповідного договору про управління активами, які належать інституційним інвесторам на праві власності.

Схоже визначення дається у ст. 18 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» від 30.10.96 № 448/96-ВР[11], відповідно до якого діяльність з управління активами віднесена до одного з видів професійної діяльності на фондовому ринку. Також в ньому міститься вказівка на те, що діяльність з управління активами інституційних інвесторів регулюється спеціальним законодавством.

Так, Рішенням Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку (далі – НКЦПФР) № 13 від 11 січня 2002 р. «Про здійснення КУА професійної діяльності з управління активами інститутів спільного інвестування (ІСІ)» було

затверджено положення «Про КУА ІСІ та юридичних осіб, що здійснюють професійну діяльність з управління активами пенсійних фондів» [8]. Іншими словами, вже назва згаданого вище положення розширювала сферу його дії. Крім КУА ІСІ, воно поширювало свою дію на юридичних осіб, що здійснюють професійну діяльність з управління активами пенсійних фондів. З точки зору нормотворчої техніки, структура нормативно-правового акта має бути логічною, що відповідає засадам розумності права як суспільного регулятора. Назва документа, яким затверджується правовий акт, має відповідати назві останнього, в свою чергу, назва правового акта – назвам його структурних елементів.

У розумінні діючого на той час положення «Про КУА ІСІ та юридичних осіб, що здійснюють професійну діяльність з управління активами пенсійних фондів» професійна діяльність з управління активами – діяльність, що здійснюється за винагороду КУА на підставі відповідного договору про управління активами, які належать інвесторам інвестиційних та учасникам пенсійних фондів на праві власності.

Положення про особливості здійснення діяльності з управління активами інституційних інвесторів, затверджене Рішенням НКЦПФР № 1227 від 2 листопада 2006 р. [9], значно розширює коло осіб, що провадять діяльність з управління активами інституційних інвесторів. Положення відносить до них як КУА, так і професійного адміністратора недержавного пенсійного фонду щодо активів фонду, адміністратором якого він є, а також банк щодо активів створеного ним корпоративного пенсійного фонду у випадках, передбачених законодавством. Отже, існують суперечності щодо визначення кола суб'єктів, які вправі здійснювати управління активами інституційних інвесторів.

З розвитком ринкових відносин виникла необхідність здійснити розмежування інвесторів на інституційних (кваліфікованих) та некваліфікованих. Якщо не вдаватись у високі фінансові матерії, то до кваліфікованих інвесторів належать такі, що здійснюють свою діяльність на основі чітко сформульованих пріоритетів, здатні належно оцінювати ризики інвестування. Натомість некваліфіковані інвестори не мають чітких критеріїв

прийняття інвестиційних рішень та в силу певних причин нездатні адекватно оцінювати інвестиційні ризики.

Даний поділ відповідає світовій практиці і був частково втілений у законодавстві. Згідно із частиною другою ст. 2 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» інституційними інвесторами є ІСІ (пайові та корпоративні інвестиційні фонди), інвестиційні фонди, взаємні фонди інвестиційних компаній, недержавні пенсійні фонди, фонди банківського управління, страхові компанії, інші фінансові установи, які здійснюють операції з фінансовими активами в інтересах третіх осіб за власний рахунок чи за рахунок цих осіб, а у випадках, передбачених законодавством, – також за рахунок залучених від інших осіб фінансових активів з метою отримання прибутку або збереження реальної вартості фінансових активів.

У ст. 1 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» від 12 липня 2001 р. № 2664-III [10] визначено, що метою фінансової послуги є отримання прибутку або збереження реальної вартості фінансових активів. Вживання сполучника «або» в даних правових нормах вказує на дві альтернативні мети здійснення операцій з фінансовими активами – отримання прибутку, а також збереження реальної вартості фінансових активів. На нашу думку, йдеться про дві взаємопов'язані, але не тотожні правові категорії. Їх треба розглядати в органічному взаємозв'язку, єдності та взаємообумовленості. Мета управління активами інституційних інвесторів має кілька відносно самостійних і разом з тим органічно пов'язаних аспектів. Щоб отримати прибуток, необхідно спочатку зберегти фінансові активи. При втраті чи знеціненні активів говорити про прибуток не доводиться. Іншими словами, отриманню прибутку від фінансових активів має передувати збереження їх реальної вартості.

Згідно із п. 17 ст. 3 Закону України «Про ІСІ» [7] діяльність із спільного інвестування – діяльність, яка провадиться в інтересах і за рахунок учасників (акціонерів) ІСІ шляхом емісії цінних паперів ІСІ з метою отримання прибутку від вкладення коштів, залучених від їх розміщення у цінні папери інших

емітентів, корпоративні права, нерухомість та інші активи, дозволені законами України та нормативно-правовими актами НКЦПФР.

Предмет правовідносин з управління ІСІ передбачає вчинення КУА певних юридичних та фактичних дій в інтересах акціонерів (учасників). Ці дії мають особливу, притаманну тільки їм специфіку. ІСІ являє собою унікальний і своєрідний об'єкт управління. Практичні результати роботи венчурних ІСІ свідчать про можливість їх використання як для розв'язання задач інвестиційного характеру, так й інших непрофільних задач. Загалом венчурний ІСІ являє собою комплексне вирішення завдань щодо:

- консолідації активів;
- централізованого управління активами;
- використання податкових пільг;
- ефективного захисту активів;
- приховування від рейдерів інформації про активи.

Зрозуміло, що мета управління активами являє собою те, заради чого, власне, і передається майно в управління. Для одного інвестора ідеальною метою буде отримання від інвестування ІСІ 15% річних у відсотковому вираженні, інший в якості ідеалу бачить 80% річних. Для управління активами інституційних інвесторів характерна суб'єктивність сприйняття його мети. Мета управління активами також не завжди пов'язана з одержанням максимального доходу при мінімально можливих ризиках. Важливого значення набуває збереження активів інвесторів. Прикладом може бути діяльність так званих «ІСІ грошового ринку» з консервативною інвестиційною політикою, які більшу частину своїх активів інвестують у депозити або низько дохідні і водночас порівняно менш ризикові цінні папери.

Не можна недооцінювати значення управління активами інституційних інвесторів й для суспільного розвитку. Так, Закон України «Про інвестиційну діяльність» від 18 вересня 1991 р. № 1560-ХІІ [6] під метою даної діяльності розуміє одержання прибутку (доходу) або досягнення соціального ефекту (частина перша ст. 1). Останній проявляється у розвитку виробництва,

створенні чи збереженні робочих місць, збільшенні надходжень до бюджетів різних рівнів тощо.

Правове визначення діяльності з управління активами ускладнюється ще й тим, що управління активами інвесторів є фінансовою послугою, яка в одному із базових законів, що регламентує фінансовий ринок – Законі України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг», є довірчим управлінням фінансовими активами (ст. 4 даного Закону).

Як слушно зауважується в юридичній літературі, при формуванні інституту довірчого управління майном Україна пізнала спочатку термін «довірче», а вже потім регламентуванню підлягало саме «управління майном», яке повинно було від самого початку мати більшу питому вагу смислового навантаження [1, с. 9].

Довірче управління майном було впроваджено Декретом Кабінету Міністрів України «Про довірчі товариства» № 23-93 від 17 березня 1993 р. [5], який визначав правові основи створення та діяльності довірчих товариств, здійснення ними операцій, правовий статус довірених осіб. Так, довірчим товариством вважалось товариство з додатковою відповідальністю, яке здійснювало представницьку діяльність відповідно до договору, укладеного з довірителями майна щодо реалізації їх прав власників. Майном довірителя є кошти, цінні папери та документи, які засвідчують право власності довірителя. До категорії довіртелів майна належали юридичні особи або громадяни, які передавали довірчому товариству повноваження власника належного їм майна відповідно до умов укладеного між ними договору. Згадані вище товариства здійснювали довірчі операції – послуги для довіртелів майна. Довірчі операції від імені довірчого товариства здійснювали його учасники – довірені особи, дії яких мали бути спрямовані виключно на реалізацію інтересів власників за умовами укладеного між ними договору. Довірені особи особисто виконували свої обов'язки перед довірителями майна. Разом з тим установчим договором могла передбачатись передача повноважень довіреної особи іншому учаснику, а також іншій особі за довіреністю на строк, що не перевищує одного року.

Згодом правова конструкція «довірче управління майном» була

передбачена в частині першій ст. 1089 проекту ЦК України, відповідно до якої за договором довірчого управління майном одна сторона (установник управління) передає іншій стороні (довірчому управителеві) на певний строк майно у довірче управління, а інша сторона зобов'язується здійснювати від свого імені управління цим майном в інтересах установника управління або особи, зазначеної ним (вигодонабувача). В діючій редакції ЦК України не йдеться про «довірчість» управління майном, що підтверджує логіку законодавця про відсутність довірчості стосунків управителя і установника управління як кваліфікуючої ознаки цих правовідносин. Про відсутність фідучіарності як кваліфікуючої ознаки правовідносин з управління активами інституційних інвесторів свідчить і наявність цілої низки державних органів і суб'єктів контролю за діяльністю управителів (НКЦПФР, Національна комісія, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг та ін.).

Після негативного досвіду діяльності довірчих товариств український законодавець має більш зважено підходити до вирішення питання контролю за діяльністю інвестиційних структур. Адже виникненню фінансових пірамід у 90-х р. ХХ ст. сприяло законодавство, в якому були відсутні дієві та ефективні механізми захисту прав і законних інтересів інвесторів, а також засоби державного контролю за інвестиційною сферою.

Шляхом використання засобів нормотворчої техніки можна досить вдало розмежувати різновиди управління майном. Наприклад, у розумінні Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» на фондовому ринку здійснюються професійна діяльність з управління активами інституційних інвесторів, професійна діяльність з торгівлі цінними паперами. При цьому НКЦПФР видає ліцензії на управління активами інституційних інвесторів та управління цінними паперами, а не на довірче управління активами.

Таким чином, ми змушені констатувати непослідовність законодавця при визначенні різновидів управління майном у фінансовій сфері. Тому, дослідивши термінологічний апарат різновидів діяльності з управління майном, що використовується в законодавстві України, М.В. Мащенко цілком справедливо запропонувала відмовитись від використання при їх позначенні

терміну «довірче»; з цією метою у п. 2 частини першої ст. 4 Закону України «Про фінансові послуги і державне регулювання ринків фінансових послуг», п. 5 частини третьої ст. 47 Закону України «Про банки і банківську діяльність», а також у тексті Закону України «Про проведення експерименту в житловому будівництві на базі холдингової компанії «Київміськбуд» нею запропоновано виключити слово «довірче» [2, с. 10].

Важко не погодитися з такою позицією. У системі українського законодавства має забезпечуватись однакове вживання термінів. Не чітко сформульований термін ускладнює його розуміння навіть на професійному рівні, допускаючи тим самим можливість для подвійного тлумачення, труднощі у правозастосовній діяльності. У зв'язку з цим особливого значення набуває вироблення законодавцем уніфікованого підходу до визначення професійної діяльності на фондовому ринку. Вихід вбачається у правильному виборі засобів нормотворчої техніки, які унеможливають дублювання правових приписів. Видається доцільним виробити чітке визначення кожного виду професійної діяльності на фондовому ринку і закріпити його на законодавчому рівні. В інших підзаконних нормативних актах робити відсилку (засіб юридичної техніки) до відповідного закону в цілому або конкретного його структурного елементу. Правила і засоби нормотворчої техніки відіграють істотну роль у нормотворчій діяльності. Від правильного їх застосування залежить подальша регулятивна здатність нормативно-правових актів. У результаті недотримання правил законодавчої техніки виникає дублювання правових приписів, з'являються правові колізії.

Висновки. Запропоновані вище заходи є лише частковим вирішенням проблеми визначення діяльності з управління активами інституційних інвесторів. У глобальній перспективі все актуальнішою стає необхідність розроблення і схвалення Концепції розвитку законодавства про фондовий ринок України. Адже з точки зору світового досвіду український фондовий ринок – відносно молода сфера економіки, розвиток законодавства якої вимагає уніфікованого підходу до визначення тих чи інших понять, термінів та категорій.

Список використаних джерел

1. Венедіктова І.В. Договір довірчого управління майном в Україні : Навчальний посібник. – Харків : Консум, 2004. – 214 с.
2. Мащенко М.В. Господарська діяльність з управління майном : поняття, суб'єкти, види (господарсько-правовий аспект) : дис... канд. юрид. наук: 12.00.04 / Мащенко М.В. – Київський національний ун-т ім. Тараса Шевченка. – К., 2007. – 199с.
3. Оксюк Т.Т. Гражданско-правовое регулирование доверительного управления паевыми инвестиционными фондами : Дис. ... канд. юрид. наук: 13.00.03 / Оксюк Т. Т. – М., 2005. – 212 с.
4. Про державне регулювання ринку цінних паперів : Закон України від 30 жовтня 1996 р. № 448/96-ВР. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.rada.gov.ua>. – Назва з екрану.
5. Про довірчі товариства : Декрет Кабінету Міністрів України від 17 березня 1993 р. № 23–93. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.rada.gov.ua>. – Назва з екрану.
6. Про інвестиційну діяльність : Закон України від 18 вересня 1991 р. №1560-XII. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.rada.gov.ua>. – Назва з екрану.
7. Про інститути спільного інвестування (пайові та корпоративні інвестиційні фонди) : Закон України від 15 березня 2001 р. № 2299-III. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.rada.gov.ua>. – Назва з екрану.
8. Про компанію з управління активами інституту спільного інвестування та юридичних осіб, що здійснюють професійну діяльність з управління активами пенсійних фондів : Положення, затверджене Рішенням НКЦПФР № 13 від 11 січня 2002 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.rada.gov.ua>. – Назва з екрану.
9. Про особливості здійснення діяльності з управління активами інституційних інвесторів : Положення, затверджене рішенням Комісії від

2 листопада 2006 р. № 1227. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.rada.gov.ua>. – Назва з екрану.

10. Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг : Закон України від 12 липня 2001 р. № 2664-III. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.rada.gov.ua>. – Назва з екрану.

11. Про цінні папери та фондовий ринок: Закон України від 23 лютого 2006 р. № 3480-IV. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.rada.gov.ua>. – Назва з екрану.

12. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. № 435-IV. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.rada.gov.ua>. – Назва з екрану.

Слободян О.А. Правові проблеми визначення діяльності з управління активами інституційних інвесторів

Стаття присвячена проблемам законодавчого визначення діяльності з управління активами інституційних інвесторів. Автор вказує на необхідність створення єдиного підходу законодавця до правового регулювання цього виду діяльності на ринку цінних паперів, а також пропонує шляхи вдосконалення чинного законодавства.

Ключові слова: управління активами, фондовий ринок, інвестування, інституційні інвестори, концепція розвитку законодавства.

Слободян А.А. Правовые проблемы определения деятельности по управлению активами институциональных инвесторов

Статья посвящена проблемам законодательного определения деятельности по управлению активами институциональных инвесторов. Автор указывает на необходимость создания единого подхода законодателя к правовому регулированию этого вида деятельности на рынке ценных бумаг, а также предлагает пути совершенствования действующего законодательства.

Ключевые слова: управление активами, фондовый рынок, инвестирование, институциональные инвесторы, концепция развития законодательства.

Slobodyan O.A. Legal problems of definition of the asset management institutional investors

The article is devoted to problems of legal definition of asset management institutional investors. The author points to the need for a unified approach of the legislator to legal regulation of this activity in the securities market, offering ways to improve existing legislation.

Key words: asset management, stock market, investment, institutional investors, concept of law.



Положення частини першої статті 3 Кримінального кодексу України як приклад невдалого «правового трансплантату»

*Задоя Костянтин Петрович,
доцент кафедри кримінального права та кримінології
Київського національного університету імені Тараса
Шевченка, кандидат юридичних наук*

УДК: 343.21+341.01

У частині першій ст. 3 Кримінального кодексу України (далі – КК) встановлено, що цей Кодекс ґрунтується на Конституції України та загальновизнаних принципах і нормах міжнародного права. Даний нормативний орієнтир викликає зацікавлення, в тому числі з огляду й на такі питання: а) що означає поняття «загальновизнані принципи та норми міжнародного права»; б) яким є конкретний правовий зміст поняття «ґрунтується» по відношенню до загальновизнаних принципів та норм міжнародного права; в) чи можуть останні розглядатись як джерела кримінального права України?

Перш за все відзначимо, що, на нашу думку, вказівка в частині першій ст. 3 КК на загальновизнані принципи та норми міжнародного права є сумнівною з огляду на невизначеність їх статусу в національній правовій системі України. В Конституції України словосполучення «загальновизнані принципи та норми міжнародного права» згадується лише одного разу – ст. 18 Основного Закону передбачає, що зовнішньополітична діяльність України спрямована на забезпечення її національних інтересів і безпеки шляхом підтримання мирного і взаємовигідного співробітництва з членами міжнародного співтовариства за загальновизнаними принципами і нормами міжнародного права. Окремі українські науковці на підставі цього конституційного положення роблять висновок про інкорпорацію вказаних принципів та норм в правову систему України [1, с. 73; 2, с. 117; 3, с. 14; 4]. Те

саме, але без конкретного посилання на ст. 18 Основного Закону стверджує Г.В. Єпур [15, с. 11]. На противагу цій думці пропонується підхід, відповідно до якого загальновизнані принципи і норми міжнародного права не повинні вважатися частиною правової системи нашої держави, а їх застосування сьогодні є можливим лише тією мірою, якою вони знайшли своє закріплення в універсальних міжнародних договорах, стороною яких виступає Україна і згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України [5, с. 15; 6]. На наш погляд, більш коректним виглядає саме останній підхід, оскільки ст. 18 Конституції України прямо не фіксує включення загальновизнаних принципів та норм міжнародного права у правову систему України.

По-друге, сам зміст формули «загальновизнані принципи та норми міжнародного права» виглядає вельми неоднозначним. Такий висновок впливає вже з аналізу положень науково-практичних коментарів до КК. Так, В.І. Борисов та Ю.А. Пономаренко вважають, що такі принципи і норми містяться, зокрема, у Загальній декларації прав людини 1948 року, Міжнародному пакті про економічні, соціальні і культурні права 1966 року, Міжнародному пакті про громадянські і політичні права 1966 року [7, с. 10]. М.І. Хавронюк відносить до вказаних принципів та норм «такі, що стосуються верховенства прав людини, суверенітету держав, дипломатичного імунітету, права міжнародних договорів, мирного розв'язання спорів, міжнародного морського, повітряного, екологічного, економічного і гуманітарного права, боротьби зі злочинністю, правової допомоги і видач злочинців тощо. Загальновизнані принципи та норми міжнародного права закріплені у відповідних пактах, деклараціях, конвенціях та інших документах. Наприклад, можна назвати такі загальновизнані і закріплені у конституції України принципи конституційно-правового статусу людини і громадянина: принцип невідчужуваності і непорушності прав і свобод людини; принцип рівності перед законом; принцип гарантованості прав і свобод людини і громадянина та неможливості їх скасування; принцип недопущення звуження змісту і обсягу існуючих прав і свобод» [8, с. 17]. У науково-практичних коментарях до КК України за редакцією С.С. Яценка та П.П. Андрушка, В.Г. Гончаренка й

Є.В. Фесенка зміст поняття «загальновизнані принципи та норми міжнародного права» взагалі не «розшифровується».

Є.О. Письменський, розглядаючи проблему взаємодії національного кримінального права України з міжнародним кримінальним правом, констатує, що на нормативному рівні питання про зміст вказаного поняття не розкриті, натомість існують лише доктринальні підходи до його вирішення, та звертає увагу на положення однієї із постанов Пленуму Верховного Суду Російської Федерації (детальніше про це див. нижче) [16, с. 84; 17, с. 280–281]. С.П. Кучевська також не дає прямого визначення загальновизнаних принципів та норм міжнародного права, але, як можна зрозуміти з контексту її роботи, під ними вона розуміє норми міжнародного права, з яких виникають так звані зобов'язання держав *erga omnes* [18, с. 118].

На наш погляд, подібні труднощі кримінально-правової науки у з'ясуванні змісту зазначеного вище поняття мають цілком раціональне пояснення. Звернемо увагу, що в міжнародно-правових актах формула «загальновизнані принципи та норми міжнародного права» згадується лише побіжно (наприклад, в Декларації про принципи міжнародного права, які стосуються дружніх відносин та співробітництва між державами у відповідності до Статуту ООН від 24 жовтня 1970 р.) без повноцінного розкриття її юридичного змісту. Відтак дійти якогось однозначного висновку про зміст обох складових цієї формули в ст. 18 Конституції України та в частині першій ст. 3 КК практично неможливо. Зокрема, як саме слід розуміти словосполучення «загальновизнані принципи міжнародного права»? Як «загальні принципи права, визнані цивілізованими націями» (ст. 38 Статуту Міжнародного Суду ООН), як «загальні принципи права, визнані міжнародним товариством» (частина друга ст. 15 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права) чи як «принципи міжнародного права» (Декларація про принципи міжнародного права, які стосуються дружніх відносин та співробітництва між державами у відповідності до Статуту ООН)? Або як має тлумачитися поняття «загальновизнані норми міжнародного права»? Як таке,

що охоплює всі звичаєві норми міжнародного права, чи як таке, що охоплює лише імперативні норми міжнародного права (т.зв. *jus cogens*)?

На жаль, чіткі та несуперечливі відповіді на ці запитання не впливають ані зі змісту міжнародно-правових актів, ані з положень теорії міжнародного права. У зв'язку з неможливістю однозначно відповісти на перше із сформульованих вище запитань, де-факто відпадають самі по собі й два інші запитання – яким є правовий зміст поняття «ґрунтується» в частині першій ст. 3 КК та чи можуть бути загальновизнані принципи та норми міжнародного права джерелом кримінального права. Якщо неможливо більш-менш точно з'ясувати суть певного правового явища, то, очевидно, немає сенсу розглядати його співвідношення з іншими юридичними феноменами.

Окрім того, відзначимо, що використання обтічних формулювань на кшталт «загальновизнані принципи та норми міжнародного права» можливо є виправданим та доцільним у міжнародному праві, але у сфері кримінального права, яке передбачає найбільш несприятливі для особи наслідки у певній правовій системі, подібні законодавчі прийоми видаються вельми сумнівними.

Таким чином, положення частини першої ст. 3 КК у частині вказівки на загальновизнані принципи та норми міжнародного права як «підґрунтя» для положень КК виглядає невдалим. Але у зв'язку з цим цілком слушним видається наступне запитання – чому законодавець включив до КК положення з таким неоднозначним змістом?

Для початку звернемо увагу, що частина перша ст. 3 КК майже дослівно відтворює положення частини першої ст. 2 КК Російської Федерації та частини першої ст. 2 Модельного КК для держав-учасниць СНД (відзначимо, що у розробці останнього акту провідну роль відіграли російські криміналісти – головою робочою групи був проф. Б.В. Волженкін, а всього – з двадцяти членів робочої групи вісім представляли Російську Федерацію [9, с. 88]). У свою чергу, ці правові акти можна розглядати як такі, що ґрунтуються на положеннях Конституції Російської Федерації 1993 року, в якій, по-перше, неодноразово вживається формулювання «загальновизнані принципи та норми міжнародного права», а по-друге, міститься пряма вказівка на те, що вони є частиною

правової системи Російської Федерації (частина четверта ст. 15 Конституції РФ). Окрім того, загальновизнані принципи та норми міжнародного права стали предметом уваги Пленуму Верховного Суду Російської Федерації, який у своїх постановах «Про деякі питання застосування судами Конституції Російської Федерації при здійсненні правосуддя» від 31 жовтня 1995 р. № 8 та «Про застосування судами загальної юрисдикції загальновизнаних принципів та норм міжнародного права й міжнародних договорів Російської Федерації» від 10 жовтня 2003 р. № 5, намагався розкрити зміст цього правового феномену, та його конкретне юридичне значення для правової системи Російської Федерації. Разом з тим, не можна не звернути уваги й на те, що в російській правовій науці залишаються відкритими питання про обсяг принципів та норм міжнародного права, які відносяться до загальновизнаних, а також щодо їх місця в ієрархії джерел права. Наприклад, Ю.Є. Пудовочкін та С.С. Пірвагідов зазначають: «Неписані норми міжнародного права навряд чи можуть служити джерелами російського національного права (підкреслено мною – К.З.). Непрямим підтвердженням цього є сама Конституція, яка встановлює, що пріоритет над національними нормативними актами можуть мати лише міжнародні договори, тобто, по суті, писані джерела. Не випадково у зв'язку з цим Пленум Верховного Суду РФ у постанові «Про деякі питання застосування судами Конституції Російської Федерації при здійсненні правосуддя» від 31 жовтня 1995 р. фактично дав обмежувальне тлумачення відповідної норми Конституції РФ та КК РФ, вказавши, що складовою частиною російської правової системи є «загальновизнані принципи та норми міжнародного права, закріплені в міжнародних пактах, конвенціях та інших документах» [10, с. 298–299]¹. По суті, протилежну позицію підтримує О.М. Бібік: «Одним з джерел кримінального права РФ слід визнати джерела міжнародного права, які містять загальновизнані принципи та норми міжнародного права, виражені також у

¹ Звернемо увагу, що в постанові від 10 жовтня 2003 р. № 5 Пленум Верховного Суду РФ зайняв вже не таку категоричну позицію, зазначивши в абзаці 6 п. 1, що «зміст вказаних (загальновизнаних – К.З.) принципів та норм може розкриватися, зокрема, в документах Організації Об'єднаних Націй та її спеціалізованих установ».

формі ратифікованих міжнародних договорів РФ, міжнародних звичаїв (підкреслено мною – К.З.)» [11, с. 127]. Компромісною є позиція В.П. Коняхіна, який вважає, що «Конституція РФ, включаючи всі норми міжнародного права у вітчизняну правову систему, відводить їм різне місце (частина четверта ст. 15 КК): домінуюче – для всіх норм міжнародних договорів й ординарне – для всіх тих загально визнаних принципів та норм міжнародного права, формою вираження яких є звичай (підкреслено мною – К.З.)» [12, с. 92].

На нашу думку, надавши частині першій ст. 3 КК України її теперішнього змісту, український законодавець діяв у дусі теорії «правових трансплантатів» (legal transplants) А. Уотсона, зміст якої у спрощеному вигляді полягає в наступному: «Процес запозичення (рецепції), пересадки та засвоєння (трансплантації) передбачає істотну дистанцію між нормою-садженцем та правовою системою-рецепієнтом, не говорячи вже про відмінності соціального та культурного контексту. [Цей процес] підпорядковується юридичній еліті системи-рецепієнта, яка володіє помітною самостійністю суджень та дій» [13, с. 18]. Свідомо чи несвідомо керуючись вказаною теорією, законодавець включив у правову систему України «чуже» для неї положення (фрагмент частини першої ст. 3 КК, що стосується загально визнаних принципів та норм міжнародного права), яке, навіть, у «рідній» (російській) правовій системі має неоднозначний та суперечливий зміст. Це, у свою чергу, призвело до подальшого «відторгнення» вказаного положення (втрати ним реального юридичного змісту).

Разом з тим, звернемо увагу, що в сучасних наукових дослідженнях, присвячених методології порівняльно-правових досліджень, звертається увага на те, що «відмова від врахування контексту та підпорядкування запозичення юридичних моделей та конструкцій лише утилітарним задачам здатне підрвати ефективність нормотворчості та осоромити утилітарні установки законодавця» [13, с. 19]; «метафора правової трансплантації є... такою, що фокусується виключно на престижі, історичній випадковості, інерції або на внутрішніх характеристиках правничої професії, а тому заперечує зв'язок між правом і зовнішніми політичними, суспільними та економічними чинниками» [14, с. 20].

З огляду на це, видається доцільним виключити з частини першої ст. 3 КК вказівку на «загальновизнані принципи та норми міжнародного права» як на «підґрунтя» КК України.

Список використаних джерел

1. Мартиненко П.Ф. Конституція України і міжнародне право : аспекти взаємодії / П.Ф. Мартиненко // Вісник Конституційного Суду України. – 2000. – № 3. – С. 56–80.

2. Гордуз М.О. Міжнародна співпраця в реалізації завдань кримінально-правової політики України / М.О. Гордуз // Право і суспільство. – 2010. – № 2. – С. 116–120.

3. Резніченко С.В. Договір як джерело конституційного права України : автореф. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Семен Васильович Резніченко. – Одеса, 1997. – 19 с.

4. Третьяков Д. Ієрархія законів і принцип «*pacta sunt servanda*» [Електронний ресурс] / Д. Третьяков. – Режим доступу: <http://www.viche.info/journal/1020>. – Назва з екрана.

5. Терлецький Д. Феномен «м'якого права» в контексті положень статті 18 Конституції України / Д.Терлецький // Юридичний вісник. – 2009. – № 2. – С. 10–15.

6. Шаповал В. Конституція і співвідношення національного та міжнародного права (порівняльний аналіз) [Електронний ресурс] / В. Шаповал. – Режим доступу: <http://www.yur-gazeta.com/oarticle/2280>.

7. Кримінальний кодекс України: науково-практичний коментар / [Ю.В. Баулін, В.І. Борисов., С.Б. Гавриш та ін.]; за заг. ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 4-те вид., доповн. – Х.: Одиссей, 2008 – 1208 с.

8. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / [А.М. Бойко, Л.П. Брич, В.К. Грищук та ін.]; за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 4-те вид., переробл. та доповн. – К. : Юридична думка, 2007. – 1184 с.

9. Волженкин Б. В. Пояснительная записка к Модельному Уголовному кодексу для государств – участников Содружества Независимых Государств / Б.В. Волженкин // Правоведение. – 1996. – № 1. – С. 88–150.

10. Пудовочкин Ю.Е. Понятие, принципы и источники уголовного права : сравнительно-правовой анализ законодательства России и стран Содружества Независимых Государств / Ю.Е. Пудовочкин, С.С. Пирвагидов. – СПб. : Юридический центр Пресс, 2003. – 297 с. – (Теория и практика уголовного права и уголовного процесса).

11. Бибик О.Н. Источники уголовного права Российской Федерации : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Олег Николаевич Бибик. – Омск, 2005. – 228 с.

12. Коняхин В.П. Теоретические основы построения Общей части российского уголовного права / В.П. Коняхин; предисл. А.В. Наумова. – СПб. : Юридический центр Пресс. – 2002. – 348 с. – (Теория и практика уголовного права и уголовного процесса).

13. Дождев Д.В. Сравнительное право: состояние и перспективы / Дождев Д.В. // Российский ежегодник сравнительного права 2007. – 2008. – С. 7–28.

14. Маттей У. Порівняльне право і критичні правові дослідження : відкрит лекція / У. Маттей; пер. з англ. О.В. Ткаченка; за ред. О.В. Кресіна. – К. : Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, Київський національний університет імені Тараса Шевченка, 2009. – 32 с. – Випуск 18. – (Академія порівняльного права).

15. Єпур Г.В. Впровадження міжнародно-правових актів у кримінальне законодавство України : дис... канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 / Григорій Володимирович Єпур. – Х., 2005. – 195 с.

16. Кримінальне право. Загальна частина: підручник / [А.С. Беніцький, В.О. Гацелюк, М.К. Гнетнев та ін.]; за ред. А.С. Беніцького, В.С. Гуславського, О.О. Дудорова, Б.Г. Розовського. – К. : Істина, 2011. – 1112 с.

17. Письменський Є.О. Кримінальне та міжнародне право: основні елементи взаємодії / Є.О. Письменський // Вісник Луганського державного

університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. – 2010. – № 2. – С. 277–286.

18. Кучевская С.П. Действие общепризнанных норм и принципов международного права в уголовном праве Украины / С.П. Кучевская // Научные основы уголовного права и процессы глобализации : материалы V Российского конгресса уголовного права (27–28 мая 2010 года). – М. : Проспект, 2010. – 944 с.

Задоя К.П. Положення частини першої статті 3 Кримінального кодексу України як приклад невдалого «правового трансплантату»

Статтю присвячено проблемі юридичного змісту та значення положення частини першої статті 3 Кримінального кодексу України, розглядається зміст поняття «загальновизнані принципи і норми міжнародного права».

Ключові слова: загальновизнані принципи і норми міжнародного права, міжнародні договори, міжнародні звичаї.

Задоя К.П. Положения части первой статьи 3 Уголовного кодекса Украины как пример неудачного «правового трансплантата»

Статья посвящена проблеме юридического содержания и значения положения части первой статьи 3 Уголовного кодекса Украины, рассматривается содержание понятия «общепризнанные принципы и нормы международного права».

Ключевые слова: общепризнанные принципы и нормы международного права, международные договоры, международные обычаи.

Zadoia K.P. Provisions of part 1, Article 3 of the Criminal Code of Ukraine as an example of failed «legal transplant»

The article is devoted to the the problem of legal maintenance and value of the provision of part 1 article 3 of Criminal code of Ukraine, maintenance of concept „universal principles and norms of international law" is examined.

Key words: universal principles and norms of international law, international treaties, international customs.



До питань криміналізації окремих форм порушення бюджетного законодавства України

Волинець Руслан Анатолійович,
*асистент кафедри кримінального права та кримінології
Київського національного університету імені Тараса
Шевченка, кандидат юридичних наук*

Відповідно до чинної редакції частини першої ст. 210 КК України, запровадженої Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Бюджетного кодексу України» № 2457-VI від 8 липня 2010 р. [1], діяння, як ознака об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого в цій нормі, може проявитись у п'яти формах: 1) нецільове використання бюджетних коштів, якщо предметом таких дій були бюджетні кошти у великих розмірах; 2) здійснення видатків бюджету без встановлених бюджетних призначень всупереч Бюджетному кодексу України чи закону про Державний бюджет України на відповідний рік, якщо предметом таких дій були бюджетні кошти у великих розмірах; 3) здійснення видатків бюджету з перевищенням бюджетних призначень, всупереч Бюджетному кодексу України чи закону про Державний бюджет України на відповідний рік, якщо предметом таких дій були бюджетні кошти у великих розмірах; 4) надання кредитів з бюджету без встановлених бюджетних призначень, всупереч Бюджетному кодексу України чи закону про Державний бюджет України на відповідний рік, якщо предметом таких дій були бюджетні кошти у великих розмірах; 5) надання кредитів з бюджету з перевищенням бюджетних призначень, всупереч Бюджетному кодексу України чи закону про Державний бюджет України на відповідний рік, якщо предметом таких дій були бюджетні кошти у великих розмірах.

Зазначені діяння визнаються законодавцем як кримінально-правові види порушення бюджетного законодавства України. Щодо бюджетно-правових видів порушень бюджетного законодавства, які передбачені ст. 116 БК [2], то

їх перелік є значно ширшим та не вичерпним, а під самим порушенням бюджетного законодавства розуміють дію або бездіяльність учасника бюджетного процесу, що призвела до порушення встановленого законодавством порядку складання, розгляду, затвердження, внесення змін, виконання бюджетів та звітування про їх виконання [3, с. 419].

Специфічною ж рисою злочину, передбаченого чинною редакцією частини першої ст. 210 КК України, в усіх наведених вище формах є те, що діяння, які охоплюються його об'єктивною стороною, подібні до діянь, передбачених в якості бюджетних правопорушень в пунктах 24, 29 ст. 116 БК України 2010 року.

Особливість частини першої ст. 210 КК України обумовлюється і тим, що для з'ясування її змісту необхідно звернутись до бюджетного законодавства, тобто диспозиція даної статті носить банкетний характер, а це означає, що наявна так звана змішана протиправність, причому, роль кримінального кодексу та інших, спеціальних нормативно-правових актів при здійсненні кваліфікації діяння, видається рівноважливою.

У зв'язку з цим, для системного з'ясування змісту наведених вище форм розглядуваного злочину необхідним є не лише аналіз бюджетного законодавства, як спеціального регулятивного правового масиву, що є достатнім для розкриття змісту діянь, які передбачені в переважній більшості банкетних норм Особливої частини, а й поглиблений аналіз змісту відповідних діянь, що визнаються бюджетними правопорушеннями, з їх розмежуванням з відповідними формами злочину, передбаченого ст. 210 КК України. При цьому окремої уваги потребують питання стосовно того, чому законодавцем криміналізовано з усіх існуючих різновидів бюджетних правопорушень лише зазначені вище п'ять, які вказані в диспозиції частини першої ст. 210 КК України? Яке співвідношення криміналізованих та некриміналізованих форм бюджетних правопорушень?

Даючи відповідь на поставлені питання, слід зазначити, що бюджетні правопорушення, які криміналізовано у ст. 210 КК України, вирізняються тим,

що створюють реальну загрозу порушення функціонування бюджетної системи держави і як наслідок невиконання органами державної влади соціально значимих функцій та завдань через спричинення такими порушеннями недофінансування. Таким чином, очевидно, саме характер суспільної небезпечності притаманний для цих діянь, які є бюджетними правопорушеннями, виправдовує їх криміналізацію в ст. 210 КК України.

Водночас, враховуючи такі причини криміналізації бюджетних правопорушень, незрозуміло чому некриміналізованими залишились порушення бюджетного законодавства, як передбачені у ст. 116 БК України 2010 року, так і ті, що в цій нормі БК України 2010 року не передбачені, але які негативно впливають на функціонування бюджетної системи з точки зору належного фінансового забезпечення досягнення соціально значимих результатів діяльності держави і органів місцевого самоврядування.

Так, зокрема, незрозумілим видається підхід, згідно з яким серед бюджетних правопорушень, передбачених у ст. 116 БК України 2010 року, некриміналізованими залишились правопорушення, передбачені: – п. 28 ст. 116 БК України 2010 року: «здійснення видатків, кредитування місцевого бюджету, які відповідно до цього Кодексу мають проводитися з іншого бюджету»; – п. 14 ст. 116 БК України 2010 року: «розміщення тимчасово вільних коштів бюджету з порушенням вимог цього Кодексу».

Названі діяння є за змістом спорідненими з вже криміналізованими, оскільки стосуються витрачання бюджетних коштів і, відповідно можуть спричинити подібні наслідки. Тому зміст цих бюджетних правопорушень дозволяє оцінити їх суспільну небезпечність як таку саму, що і в діянь, вже криміналізованих у частині першій ст. 210 КК України, саме цим й обумовлюється доцільність їх криміналізації.

Окрім названих некриміналізованих бюджетних порушень існують діяння, які є порушенням бюджетного законодавства, хоча й не передбачені у відповідному переліку в ст. 116 БК України. Такі дії негативно впливають на функціонування бюджетної системи з точки зору належного фінансового

забезпечення досягнення соціально значимих результатів діяльності держави і органів місцевого самоврядування. Зокрема, може йтися, наприклад, про такі види порушень, як порушення порядку здійснення міжбюджетних трансфертів, погашення боргу всупереч вимогам бюджетного законодавства, придбання цінних паперів всупереч вимогам бюджетного законодавства та неефективне використання бюджетних коштів.

Стосовно міжбюджетних трансфертів, погашення боргу та придбання цінних паперів, то вочевидь такі дії слід визнати бюджетними правопорушеннями і криміналізувати, оскільки результати їх вчинення можна порівняти з тим же здійсненням видатків без бюджетного призначення чи з його перевищенням (криміналізовані форми порушення бюджетного законодавства), оскільки в будь-якому випадку бюджет позбавляється грошових коштів, які необхідні для фінансового забезпечення виконання соціально необхідних заходів з боку держави та органів місцевого самоврядування.

Щодо міжбюджетних трансфертів, то в науці термін трансферт (франц. *transfert*, лат. *transfero* – переносу, переміщую) означає: 1) перевід іноземної валюти чи золота з однієї країни до іншої; 2) передача права володіння іменними цінними паперами від однієї особи іншій за допомогою передавального напису (індосаменту) [4, с. 372]; 3) перенесення банківських операцій з одного рахунку на інший; 4) кошти, що передаються з державного бюджету до місцевих бюджетів або з місцевих бюджетів вищого рівня до бюджетів нижчого рівня у вигляді дотацій, субсидій, субвенцій та в інших формах [5, с. 1262]. У спеціальних дослідженнях міжбюджетні трансферти визначаються й як кошти, що передаються з одного бюджету до іншого у формі дотацій, субвенцій, субсидій тощо на підставі бюджетно-правового акта з метою збалансування доходів і видатків бюджетів-отримувачів [6, с. 147].

З прийняттям Бюджетного кодексу України від 8 липня 2010 р. [2] термін «міжбюджетні трансферти» визначається як кошти, які безоплатно і

безповоротно передаються з одного бюджету до іншого. Саме таке розуміння даного поняття автор і має на увазі у даній статті.

Про неефективне використання бюджетних коштів слід зазначити наступне. Одним із принципів функціонування бюджетної системи, визначених у ст. 7 БК України 2010 року, є принцип ефективності та результативності. Він, зокрема, означає, що при складанні та виконанні бюджетів усі учасники бюджетного процесу мають прагнути досягнення цілей, запланованих на основі національної системи цінностей і завдань інноваційного розвитку економіки, шляхом забезпечення якісного надання послуг, гарантованих державою, Автономною Республікою Крим, місцевим самоврядуванням (далі – гарантовані послуги), при залученні мінімального обсягу бюджетних коштів та досягнення максимального результату при використанні визначеного бюджетом обсягу коштів.

У частині другій ст. 19 БК України 2010 року зазначається, що на всіх стадіях бюджетного процесу здійснюється фінансовий контроль і аудит та оцінка ефективності використання бюджетних коштів. У частині першій ст. 113 БК України 2010 року до повноважень органів Державної контрольно-ревізійної служби України віднесено контроль за цільовим та ефективним використанням коштів державного бюджету та місцевих бюджетів, а згідно з частиною першою ст. 62 БК України 2010 р. Рахункова палата протягом двох тижнів зі дня офіційного подання Кабінетом Міністрів України річного звіту про виконання закону про Державний бюджет України готує та подає Верховній Раді України висновки про використання коштів Державного бюджету України з оцінкою ефективності такого використання.

Схожі нормативні приписи щодо контролю за ефективністю використання бюджетних коштів містив і БК України 2001 року. Тому, з огляду на такі законодавчо встановлені пріоритети і вимоги до використання бюджетних коштів, зберігає свою актуальність позиція І.А. Сікорської, яка, коментуючи відповідні положення БК України 2001 року, зазначала, що неефективне використання бюджетних коштів є бюджетним правопорушенням,

на яке, на жаль, чітко не вказує БК України. Слід погодитись з І.А. Сікорською, що, на перший погляд, нібито нецільові видатки бюджетних коштів відносяться до неефективних, бо за такого їх використання ми не наближаємося, а віддаляємося від «досягнення запланованих цілей», що за наведеним у ст. 7 БК України 2001 року визначенням принципу ефективності є критерієм ефективного використання коштів [7, с. 56]. Разом з тим, на мою думку, неефективне використання бюджетних коштів може бути віднесене до бюджетних порушень, однак його змістовні характеристики, які є надто умовними та розмитими, не дозволяють його криміналізувати як окреме діяння.

Зважаючи на зазначене вище, можна стверджувати, що в підходах законодавця до криміналізації певних форм порушень бюджетного законодавства спостерігається відсутність системності, непослідовність. Внаслідок чого окремі порушення форм бюджетного законодавства України, які за ступенем небезпеки є аж ніяк не легшими ніж ті, за вчинення яких передбачена кримінальна відповідальність, залишаються не криміналізовані, а отже, відповідальність за їх вчинення фактично носить формальний характер. Все це дає підстави для подальшого розгляду та аналізу зазначених питань з метою висловлення пропозицій, спрямованих на удосконалення чинного кримінального законодавства, пов'язаного з охороною бюджетних правовідносин.

Список використаних джерел

1. *Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Бюджетного кодексу України» від 8 липня 2010 р. № 2457-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 48. – Ст. 564.*
2. *Бюджетний кодекс України від 8 липня 2010 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 50–51. – Ст. 572.*
3. *Кримінальне право України. Особлива частина: Підручник / Ю.В. Александров, О.О. Дудоров, В.А. Клименко, М.І. Мельник та ін.; За ред.*

М.І. Мельника, В.А. Клименка. – 3-тє вид., переробл. та допов. – К. : Атіка, 2009. – 744 с.

4. *Юридический энциклопедический словарь / Гл. ред. А.Я. Сухарев; ред. кол. : М.М. Богуславский, М.И. Козырь, Г.М. Маньковский и др. – М.: Сов. энциклопедия, 1984. – 415 с.*

5. *Великий тлумачний словник сучасної української мови / Уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. – К. : Ірпінь : ВТФ «Перун», 2001. – 1440 с.*

6. *Музика О.А. Правове регулювання неподаткових доходів місцевих бюджетів України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 / Музика Оксана Анатоліївна. – Київ, 2005. – 261 с.*

7. *Сікорська І.А. Правова відповідальність за порушення бюджетного законодавства / дис. ... канд. юрид. наук / Сікорська І.А. – Національна академія державної податкової служби України. – Ірпінь, 2004. – 210 с.*

Волинець Р.А. До питань криміналізації окремих форм порушення бюджетного законодавства України

У статті піднімаються та аналізуються питання, пов'язані з підходами законодавця до криміналізації окремих форм порушень бюджетного законодавства України.

Ключові слова: кримінальна відповідальність, бюджетне правопорушення, нецільове використання бюджетних коштів, трансферт.

Вольнец Р.А. К вопросам криминализации отдельных форм нарушений бюджетного законодательства Украины

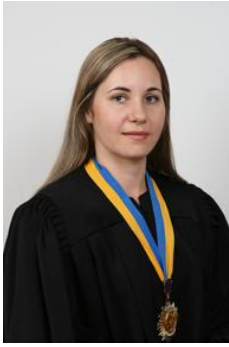
В статье поднимаются и анализируются вопросы относительно подходов законодателя к криминализации отдельных форм нарушений бюджетного законодательства Украины.

Ключевые слова: уголовная ответственность, бюджетное правонарушение, нецелевое использование бюджетных средств, трансферт.

Volynets R.A. On criminalization of some forms of violation of the budget law of Ukraine

The article raises and analyzes issues related to the legislator's approaches towards the criminalization of some forms of violation of the budget law of Ukraine.

Key words: criminal liability, budget law violation, misuse of budgetary funds, transfer.



Історико-правовий аналіз звільнення від відбування покарання з випробуванням

*Далматова Галина Анатоліївна,
аспірант кафедри кримінального права Київського
національного університету імені Тараса Шевченка*

Розгляд заходів кримінально-правового впливу, зокрема, звільнення від відбування покарання з випробуванням, в контексті їх історичного розвитку дозволяє дослідити суспільні потреби, які призводили до появи і зміни цього юридичного інституту, більш повно розкрити його сучасний стан та шляхи подальшого розвитку. С.Г. Келіна справедливо зазначає, що «історія кримінального права свідчить, що з часом змінюється не тільки коло діянь, які включаються в категорію злочинів, міняються також методи кримінально-правового впливу – розширюється перелік видів покарань за вчинення злочинів, розроблюються інші заходи, що не є покаранням, але які є правовими наслідками вчинення злочину» [1, с. 51].

У науці кримінального права дослідженням проблем умовного засудження й відстрочки виконання вироку були присвячені роботи П.П. Андрушка, М.І. Бажанова, Ю.В. Бауліна, І.Г. Богатирьова, І.М. Гальперіна, М.А. Гельфера, С.К. Гогеля, О.А. Горяїнової, В. Іванова, М.А. Єфімова, Х.Х. Кадарі, І.І. Карпеця, О.О. Книженко, Г.А. Кригера, В.А. Ломако, П.П. Михайленка, В.О. Навроцького, А.А. Піонтковського, Д.В. Ривмана, М.Ф. Саввіна, С. Сабаніна, А.В. Савченка, Е.А. Саркісової, В.В. Скибицького, Ю.М. Ткачевського, П.Л. Фріса, М.Д. Шаргородського, І. Штрайта, М.І. Якубовича та ін.

Умовне засудження або система випробування, зародившись у другій половині XIX ст. як альтернатива короткочасному позбавленню волі та вперше отримавши законодавче закріплення в 1888 р. у Бельгії, було прийнято кримінальним законодавством багатьох країн [2, с. 8].

Аналіз історичних джерел свідчить, що починаючи з 1887 р. інститут умовного засудження сприймається законодавствами понад ста держав та автономних територій, які розташовані у всіх п'яти частинах світу і перебувають на різних культурних рівнях. Метою його введення було бажання ізолювати особу, яка вчинила злочинне діяння, від осіб хибної моралі, які сприяють новачкам у злочині, у перетворенні їх на злочинців, з яких формуються надійні кадри рецидивістів [3, с. 8].

Зарубіжні і російські юристи на початку ХХ століття визначили 4 форми умовного засудження: англо-американську, франко-бельгійську, германську і австралійську. Відповідно до англо-американської форми умовного засудження суддя визнавав особу такою, що вчинила злочин, але само засудження відкладалося. До особи застосовувалася трудова порука і опікунський нагляд. Франко-бельгійська форма умовного засудження припускала відстрочку виконання призначеного строку покарання. Які-небудь додаткові заходи до засудженого не застосовувалися. Германська форма умовного засудження, що іменувалася «кримінальним помилуванням», була в основному схожа з франко-бельгійською формою, але реалізація цього інституту знаходилася в руках адміністративних органів влади. Австралійська, або змішана, форма умовного засудження поєднувала франко-бельгійську форму відстрочки виконання покарання з системою додаткових заходів, відомих англо-американській формі цього інституту [4, с. 112–113; 5].

Аналізуючи зарубіжний досвід того часу, С.К. Гогель писав: «величезне значення придбаває інститут умовного засудження, який поставив собі завдання спеціально перешкоджати переходу злочинця випадкового в злочинця по ремеслу» [6, с. 297].

Відповідно призначення іспитового строку полягало у прояві до особи, що вчинила злочин уперше, довіри, заснованої на припущенні про випадковий характер її протиправного діяння. Каральна складова умовного засудження зводилася до загрози «подвійним» покаранням – за перший і повторний злочин. Як відмічав С.К. Гогель, умовне засудження – засудження без репресії,

головний засіб суспільства при умовному засудженні – психологічний примус [6, с. 175].

Наукова дискусія відносно суті умовного засудження і необхідності його введення у російське кримінальне законодавство почалася з 1889 р. на I З'їзді російської групи Союзу криміналістів, який відбувся в Санкт-Петербурзі.

У той період у законодавчих актах Російської імперії не існувало поняття «Умовне засудження», але в науці кримінального права цей інститут обговорювався, публікувалися різні наукові роботи і проекти законів.

Мотивом активного розгляду став той факт, що сама ідея умовного засудження вже була поширена в зарубіжному кримінальному законодавстві. Невипадково А.А. Піонтковський відзначав: «Інститут умовного засудження, що виріс на англо-американському ґрунті, в останні п'ятнадцятиріччя встиг проникнути в кримінальні законодавства багатьох країн Європи і став грати в європейському каральному механізмі помітну роль як знаряддя боротьби з випадковим злочинним людом» [7, с. 289].

Висловлювалися думки як «за» необхідність введення цього інституту (В.Д. Случевський), так і категоричні заяви про непотрібність умовного засудження (І.П. Щегловитов). Проте більшість учених-правознавців підтримували введення інституту умовного засудження. Хоча і була протидія з боку більшості чиновників, за прямою вказівкою Державної Ради був складений законопроект про умовне засудження. Проте в першу Державну думу законопроект про умовне засудження внесений не був, а друга Дума не встигла зайнятися ним у зв'язку з її розпуском. 21 січня 1907 р. третьою Державною Думою законопроект був переданий до комісії з судових реформ, але піддався обговоренню лише в жовтні-листопаді 1909 року, тоді ж і був затверджений, але остаточно не набрав законної сили. Таким чином, у кримінальному законодавстві дореволюційної Росії інститут умовного засудження був відсутній [8, с. 9–10].

Відповідно до ст. 1 Проекту умовне засудження могло бути застосовано лише при засудженні до ув'язнення у фортеці або в'язниці на строк не більш

одного року, до арешту не більше ніж на шість місяців і до грошового штрафу в розмірі не більше 500 рублів.

Проект встановлював ряд обмежень для умовного засудження. Зокрема виключалося застосування цього інституту при вчиненні посадових злочинів, злочинів, при яких допускалася можливість примирення винного з потерпілим, а також злочинів проти верховної влади і членів імператорського будинку, державній зраді та ін. Пропонувалися також обмеження в застосуванні умовного засудження залежно від суб'єкта злочину.

Можливість умовного засудження не поширювалася на юних злочинців, на раніше засуджених та професійних злочинців.

Регламентувався іспитовий період. Хоча не пропонувалося піддавати умовно засудженого спеціальному нагляду, суду представлялося право зажадати від нього внесення застави в розмірі не більше 500 рублів. Тривалість іспитового строку визначалася в три роки за провину і в п'ять років за злочин.

Умовне засудження могло привести або до невиконання відстроченого покарання або до його виконання. Той і інший з цих наслідків ставився у залежність від вчинення або невчинення в період випробування нового злочинного діяння. При застосуванні умовного засудження суд був зобов'язаний визначити покарання і детально викласти підстави, що спонукали його не виконувати це покарання реально [9, с. 19–59].

Умовне засудження, яке в царській Росії не було законодавчо оформлено, набуло свого поширення у практиці судів із перших же днів Великої Жовтневої Соціалістичної революції.

В історії радянського кримінального права науковцями вказувалося або на те, що законодавчого оформлення цей інститут зазнав з 1918 р. «Декрету про суд № 2», або на те, що спроба його регламентації розпочинається з «Керівних начал з кримінального права РРФСР».

П.П. Михайленко дійшов висновку, що умовне засудження було введено у судову практику правотворчістю радянських каральних органів Російської Федерації ще до видання будь-яких декретів про суд, однак спроба надати йому

законодавчої регламентації була вперше зроблена декретом РНК УРСР від 17 березня 1919 року [10, с. 280].

Е.А. Казарян також стверджує, що умовне засудження на території колишнього СРСР уперше було введено на Україні (постанова уряду від 4 січня 1918 р.), а потім в Росії (Декретом про суд № 2 від 7 березня 1918 р.) [11, с. 14].

Український Радянський уряд, знаючи, що умовне засудження фактично вже застосовується судами і в Російській Федерації, і в УРСР, 4 січня 1918 р. постановою «Про введення народного суду» не лише відтворив і поширив на території України положення «Декрету про суд № 1», а й дозволив судам використовувати цей інститут, хоча цією постановою він ще не врегламентовувався, не давалося ні визначення його поняття, ні меж його застосування, ні тривалості іспитового строку [10, с. 283].

О.О. Книженко відзначає, що оскільки «Керівні начала з кримінального права РРФСР» з'явилися 12 грудня 1919 р., а до цього вже існував декрет РНК України від 17 березня 1919 р. «Про умовне засудження», відповідно до якого суд на власний розсуд вирішував питання про застосування умовного засудження, хоча водночас цей правовий акт установлював межі й деякі умови його використання. Так, умовне засудження вживалося у випадках, коли покарання за злочин не перевищувало десяти років позбавлення волі (на цей час умовне засудження не застосовувалося до виправних робіт). Іспитовий строк вважався успішно завершеним, якщо особа протягом нього не вчинила нового однорідного чи аналогічного злочину [12, с. 28].

В.А. Ломако вважав, що законодавець розглядав умовне засудження як своєрідне пом'якшення покарання, яке виявлялося в особливому порядку застосування судом призначеного покарання [13, с. 17].

Декрет РНК УРСР від 12 листопада 1921 р. «Про позбавлення волі, умовно-дострокове звільнення й умовне засудження» відмінив дію декрету РНК від 17 березня 1919 р. «Про умовне засудження», дозволивши умовно засуджувати особу, лише коли ступінь її небезпеки не потребує негайного покарання [14, с. 779].

З метою встановлення єдності кримінального законодавства всіх союзних республік у 1922 р. на територію України було поширено дію КК РРФСР 1922 р. як першого кримінального кодексу УРСР [15, с. 65]. Саме на цьому наголошувалось у вступі до Постанови ВЦВК від 23 серпня 1922 р., що називалася «Про введення в дію Кримінального кодексу УРСР». У ньому наголошувалось на тому, що «для захисту робітничо-селянської держави і революційного порядку від його порушників і суспільно небезпечних елементів і для встановлення твердих основ революційної правосвідомості, ВЦВК визнає за необхідне об'єднати всі каральні постанови в Кримінальний кодекс, прийнявши – з метою встановлення єдиного кримінального законодавства Радянських Республік – за основу Кримінальний кодекс РРФСР». На виконання наведеного вище завдання законодавчі органи УРСР зберегли однакову з КК РРФСР нумерацію і зміст статей.

Кожна з республік могла в разі потреби доповнювати і навіть змінювати окремі норми кримінального кодексу. Але ці доповнення чи зміни набирали чинності тільки після затвердження їх Всеросійським ЦВК [10, с. 421].

КК УРСР вирішував питання щодо умовного засудження – його застосування було можливим лише до тих осіб, які вчинили злочин уперше при тяжкому збігу обставин їх життя, а суспільна небезпечність не потребувала їх ізоляції від суспільства. Тривалість іспитового строку встановлювалася судом з урахуванням конкретних обставин справи в межах від трьох до десяти років. Законодавець не дозволяв використовувати умовне засудження щодо осіб, яким призначалося додаткове покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю, яке на той час мало назву «ураження у правах». Заміна штрафу позбавленням волі не допускалася, а існувала тільки щодо виправних робіт [16].

За КК УРСР 1922 р. застосування умовного засудження вирішувалося судом у кожному конкретному випадку. Це було правом суду, а не його обов'язком, оскільки з огляду на конкретні обставини справи й особистість винного він міг і не застосувати умовного засудження. Норми про умовне

засудження містилися у розділі Кодексу «Про покарання», тому умовне засудження розглядалося законодавцем як покарання.

Зі створенням СРСР і прийняттям Основних начал кримінального законодавства СРСР та союзних республік у 1924 р. умовне засудження було виключено з переліку покарань. В Основних началах не вживається поняття «покарання», яке було змінено на поняття «заходи соціального захисту». З наданням суду права «постановляти про неприведення вироку до виконання за умови невчинення нового, не менш тяжкого злочину протягом установленого судом строку, який не може бути менше року й більше десяти років, якщо при винесенні вироку, який присуджує до примусових робіт чи позбавлення волі з суворою ізоляцією або без неї, виявиться, що ступінь суспільної небезпечності засудженого не потребує ізоляції його чи призначення йому примусових робіт» [17, с. 206]. Ці норми в подальшому були відтворені у кримінальному законодавстві союзних республік.

8 червня 1927 р. був прийнятий новий Кримінальний кодекс УСРР. Він був побудований у точній відповідності з загальносоюзними «Основними началами кримінального законодавства Союзу РСР і союзних республік», а також з іншими загальносоюзними актами, прийнятими на той час. Так, у постанові ЦВК СРСР від 25 лютого 1927 р. «Про зміни основних начал кримінального законодавства СРСР і союзних республік» вказувалося, що Положення ЦВК Союзу РСР про злочини державні і військові мають включатися у відповідні розділи кримінальних кодексів союзних республік. На основі згаданої постанови до особливої частини нового Кримінального кодексу УСРР були включені Положення про злочини державні, Положення про військові злочини, а також деякі інші загальносоюзні кримінально-правові акти.

КК УСРР 1927 р. передбачав можливість застосування умовного засудження до виправних робіт, а призначені додаткові покарання виконувалися засудженим самостійно [18, с. 32; 19].

Постанова ВЦВК і РНК УСРР від 15 березня 1930 р. змінила привід до скасування умовного засудження, зазначивши у статтях 48 і 50 КК УСРР

1927 р., що ним може бути вчинення протягом іспитового строку будь-якого злочину.

Постановою Пленуму Верховного Суду СРСР від 8 травня 1928 р. щодо роз'яснення статей 20 і 36 Основ кримінального законодавства СРСР та союзних республік про застосування умовного засудження до осіб, засуджених до позбавлення волі з ураженням у правах, відзначалося, що умовне засудження не є особливим видом соціального захисту, являючи собою особливий порядок виконання вироку [20, с. 140].

М.Д. Шаргородський вважав, що умовне засудження – це встановлений у радянському кримінальному праві особливий порядок виконання покарання, що полягає в тому, що вирок не виконується, якщо засуджений протягом певного строку не вчинить нового, не менш тяжкого злочину. Умовне засудження застосовується в тих випадках, коли суд визнає, що стосовно небезпеки засудженого не потрібна обов'язкова його ізоляція або обов'язкове виконання ним виправно-трудова робіт. Іспитовий строк при умовному засудженні може бути встановлений від одного року до десяти років (ст. 53 УК РРФСР) [21, с. 47].

КК УРСР 1940 р. надав суду право ухвалити невиконання вироку за умови, якщо засуджений протягом іспитового строку не вчинить нового злочину, а згідно з КК УРСР 1954 р. суду надавалося право призупинити засудження неприведенням вироку до виконання.

Стаття 38 Основ кримінального законодавства Союзу РСР і союзних республік 1958 р. ще більше розширила обсяг застосування умовного засудження. Встановлювалося: якщо суд прийде до переконання про недоцільність відбуття винним призначеного йому позбавлення волі або виправних робіт, він може прийняти рішення про умовне засудження з обов'язковою вказівкою у вирокі мотивів умовного засудження. Умовою неприведення вироку до виконання визнавалося невчинення засудженим іншого умисного злочину. Крім штрафу, ніякі додаткові покарання не застосовувалися [22].

КК УРСР 1961 р. умовне засудження визначав як особливий порядок виконання вироку, передбачаючи, що при призначенні покарання у виді позбавлення волі чи виправних робіт суд, враховуючи обставини справи та особистість винного, дійде переконання про недоцільність відбування винним призначеного покарання, він може ухвалити умовне незастосування покарання. У такому випадку суд ухвалював не приводити вирок до виконання, якщо протягом визначеного судом іспитового строку засуджений не вчинить нового однорідного чи не менш тяжкого злочину.

У подальшому КК УРСР 1961 р. передбачав, що суд постановляє не приводити вирок у виконання: 1) якщо протягом визначеного судом іспитового строку засуджений не вчинить нового умисного злочину (в редакції 1969 р.) [23]; 2) якщо протягом визначеного судом іспитового строку засуджений не вчинить нового злочину і зразковою поведінкою та чесною працею виправдає виявлене йому довір'я (в редакції 1983 р.) [24]; 3) протягом визначеного судом іспитового строку засуджений не вчинить нового злочину, сплатить штраф і зразковою поведінкою виправдає виявлене йому довір'я (в редакції 1996 р.) [25].

Із внесенням змін до КК 1961 р. в 1977 році з'явилася відстрочка виконання вироку, яка багато в чому нагадувала умовне засудження, але могла застосовуватися до особи, засудженої вперше [26].

Таким чином, із змінами, внесеними до кримінального законодавства в 1983 р. у зв'язку зі складністю визначення однорідності злочинів, замість вимоги невчинення нового однорідного чи не менш тяжкого злочину ставилася вимога не вчинити нового злочину, а в 1997 р. при умовному засудженні й відстрочці виконання вироку стало обов'язковим призначення штрафу, який міг не призначатися лише у випадках призначення більш м'якого покарання, ніж це передбачено законодавством. Ухилення від сплати штрафу могло потягти за собою направлення засудженого для відбування покарання, призначеного вироком.

У зв'язку з прийняттям у 2001 році нового Кримінального кодексу України норми, що регулювали порядок застосування умовного засудження й відстрочки виконання вироку, зазнали змін. Кримінально-правовий інститут засудження з випробуванням (умовне засудження і відстрочка виконання вироку) був трансформований в один із видів звільнення від відбування покарання – звільнення від відбування покарання з випробуванням.

У ст. 75 КК зазначено, якщо суд при призначенні покарання у виді виправних робіт, службового обмеження для військовослужбовців, обмеження волі, а також позбавлення волі на строк не більше п'яти років, враховуючи тяжкість злочину, особу винного та інші обставини справи, дійде висновку про можливість виправлення засудженого без відбування покарання, він може прийняти рішення про звільнення від відбування покарання з випробуванням. У цьому разі суд ухвалює звільнити засудженого від відбування призначеного покарання, якщо він протягом визначеного судом іспитового строку не вчинить нового злочину і виконає покладені на нього обов'язки.

Якщо раніше умовне засудження було можливе лише при призначенні позбавлення волі і виправних робіт, то тепер відповідно до ст. 75 КК звільнення від відбування покарання з випробуванням можливо при призначенні таких основних покарань, як виправні роботи, службове обмеження для військовослужбовців, обмеження волі або позбавлення волі, причому при засудженні до позбавлення волі таке звільнення можливо при призначенні покарання на строк не більше п'яти років.

Щодо застосування додаткових покарань, то ст. 77 КК допускає можливість не тільки призначення, а й реального застосування таких покарань, як штраф, за умови, що його передбачено санкцією закону, за яким засуджується особа, позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю та позбавлення військового, спеціального звання, рангу, чину або кваліфікаційного класу.

У зв'язку з прийняттям у 2012 році нового Кримінального процесуального кодексу України [27] ст. 75 КК України зазнала змін.

Після частини першої вона доповнена новою частиною такого змісту: «Суд приймає рішення про звільнення від відбування покарання з випробуванням у випадку затвердження угоди про примирення або про визнання вини, якщо сторонами угоди узгоджено покарання у виді виправних робіт, службового обмеження для військовослужбовців, обмеження волі, позбавлення волі на строк не більше п'яти років, а також узгоджено звільнення від відбування покарання з випробуванням», а частина третя викладена в такій редакції: «3. У випадках, передбачених частинами першою, другою цієї статті, суд ухвалює звільнити засудженого від відбування призначеного покарання, якщо він протягом визначеного іспитового строку не вчинить нового злочину і виконає покладені на нього обов'язки. Тривалість іспитового строку та обов'язки, які покладаються на особу, звільнену від відбування покарання з випробуванням, визначаються судом».

Таким чином, для застосування частини другої ст. 75 КК України суду зобов'язаний, *по-перше*, затвердити угоду про примирення або про визнання вини, в якій узгоджено: а) покарання у виді виправних робіт, службового обмеження для військовослужбовців, обмеження волі, позбавлення волі на строк не більше п'яти років та б) звільнення від відбування покарання з випробуванням; *по-друге*, призначити покарання.

Відповідно до вимог частини першої ст. 475 КПК України 2012 р., якщо суд переконується, що угода може бути затверджена, він ухвалює вирок, яким затверджує угоду і призначає узгоджену сторонами міру покарання.

На нашу думку, таким чином законодавець встановлює дві підстави для звільнення від відбування покарання з випробуванням. Перша, коли суд *враховуючи тяжкість злочину, особу винного та інші обставини справи, дійде висновку про можливість виправлення засудженого без відбування покарання*. Друга, коли суд приймає рішення про звільнення від відбування покарання з випробуванням *у випадку затвердження угоди про примирення або про визнання вини*.

КК України не встановлено, що невиконання угод про примирення або про визнання винуватості є підставою скасування звільнення від відбування покарання з випробуванням. Хоча частина п'ята ст. 476 нового КПК України встановлює, що умисне невиконання угоди є підставою для притягнення особи до відповідальності, встановленої законом.

Відповідно до частини другої ст. 78 КК України якщо засуджений не виконує покладені на нього обов'язки або систематично вчинює правопорушення, що потягли за собою адміністративні стягнення і свідчать про його небажання стати на шлях виправлення, суд направляє засудженого для відбування призначеного покарання.

У випадку звільнення від відбування покарання з випробуванням суд може покласти на засудженого один або кілька обов'язків, вичерпний перелік яких передбачено в частині першій ст. 76 КК України. Покладання інших обов'язків, будь-яке доповнення до покладених обов'язків або звільнення засудженого від виконання обов'язку законом не передбачено. У переліку таких обов'язків виконання угод про примирення або про визнання винуватості немає.

Тому вважаємо за доцільне доповнити у частині першій ст. 76 КК України перелік обов'язків, які покладає суд на особу, звільнену від відбування покарання з випробуванням, обов'язком виконання угод про примирення або про визнання винуватості.

На підставі викладеного можна зробити такі висновки:

У перші роки радянської влади інститут умовного засудження був запроваджений як вид покарання. Потім – як особливий порядок виконання покарання, як незастосування покарання до винного. У 2001 р. його було трансформовано в інститут звільнення від відбування покарання з випробуванням.

Але в науковій літературі триває дискусія відносно правової природи цього інституту та його подальшого вдосконалення. Це надзвичайно актуально

в контексті реформування національної системи кримінальної юстиції та обговорення питань щодо створення національної системи пробації.

О.О. Книженко пропонує норми, що регулюють звільнення від відбування покарання з випробуванням виокремити в самостійний інститут Загальної частини кримінального права «Пробація», під яким слід розуміти систему випробування, яка застосовується судом щодо осіб, які можуть виправитися без відбування призначеного основного покарання [2, с. 6].

Д. Ягунов та О. Рибак вважають, що такий захід кримінально-правового регулювання, як звільнення від відбування покарання з випробуванням, повинен поглинатися інститутом пробації, оскільки є лише складовою частиною останнього [29, с. 103].

На нашу думку, О.О. Книженко звужує правове регулювання інституту пробації межами правового інституту звільнення від відбування покарання з випробуванням, а Д. Ягунов та О. Рибак навпаки вважають його складовою частиною пробації.

Ця полеміка не вичерпується наведеними висловлюваннями, кожне з яких не може вважатися безперечним. Авторське бачення полягає в тому, що по своїй суті звільнення від відбування покарання з випробуванням є складним правовим інститутом, який дійсно містить окремі елементи покарання, звільнення від відбування покарання, відстрочки виконання покарання, пробації тощо. Цей інститут може застосовуватися тільки після призначення покарання особі, яка винна у вчиненні злочину. Тому він передбачений у розділі XII КК України «Звільнення від покарання та його відбування».

На наш погляд, створення системи пробації в Україні є безсумнівним, але це не повинно руйнувати накопичений досвід українського кримінального законодавства, зокрема застосування інституту звільнення від відбування покарання з випробуванням.

При порівнянні вітчизняних та зарубіжних правових норм, що визначають систему кримінальних покарань, порядок і умови їх відбування і виконання, звільнення від покарання та його відбування при формулюванні

форм і основних напрямів імплементації зарубіжного законодавства в кримінальне і кримінально-виконавче законодавство необхідно виходити з того, що немає і не може бути законодавчої системи, яку можна просто у когось запозичити, не звертаючи уваги на власний правовий досвід розвитку законодавства в цій сфері.

Список використаних джерел

1. *Келина С.Г. Наказание и иные меры уголовно-правового характера // Гос-во и право. – 2007. – № 6. – С. 51–58.*
2. *Книженко О.О. Звільнення від відбування покарання з випробуванням за кримінальним правом України : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / О.О. Книженко – Національний університет внутрішніх справ, м. Харків, 2003 р. – 20 с.*
3. *Фалеев Н.И. Условное осуждение (новая область его применения). – М. : Изд. кн. Маг. «Правоведение», 1904. – 107 с.*
4. *Уголовный кодекс союзных республик. Текст и постатейный комментарий / Под ред. С. Канарского. – Киев, 1924. – 321 с.*
5. *Немировский Э.Я. Советское уголовное право. Общая и Особенная части. – Одесса, 1925. – 145 с.*
6. *Гогель С.К. Курс уголовной политики в связи с уголовной социологией / С.К. Гогель. – СПб. : тип. А.Г. Розена, 1910. – 505 с.*
7. *Пионтковский А.А. Результаты применения условного осуждения // Журнал Министерства юстиции. – 1902. – № 8. – С. 289.*
8. *Хаитжанов А. Роль и значение института условного осуждения в современных условиях : учеб. пособие / А. Хаитжанов. – Пенза : Пенз. гос. ун-т, 2005. – 74 с.*
9. *Пионтковский А.В. Проект закона об условном осуждении // Журнал Министерства юстиции. – 1904. – № 4. – С. 19–59.*

10. Михайленко П.П. *Нариси з історії кримінального законодавства Української РСР : Частина I.* – Київ : Академія наук УРСР, 1959. – 436 с.
11. Казарян Э.А. *Условные виды освобождения от наказания : Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. 12.00.08 – Уголовное право и криминология ; Уголовно-исполнительное право / Э.А. Казарян.* – М., 2004. – 27 с.
12. Книженко О.О. *Звільнення від відбування покарання з випробуванням за кримінальним правом України: дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право та криминологія; кримінально-виконавче право» / О.О. Книженко – Національний університет внутрішніх справ, м. Харків, 2003 р.* – 207 с.
13. Ломако В.А. *Условное осуждение по советскому уголовному праву и эффективность его применения: Дис. ... канд. юрид. наук.* – Харьков, 1969. – 350 с.
14. *Собрание узаконений и распоряжений рабоче-крестьянского правительства Украины. 1-е изд., офиц.* – К., 1921. – 944 с.
15. Усенко И. Б. *Первая кодификация законодательства Украинской ССР / И.Б. Усенко.* – К. : Наукова думка, 1989. – 120 с.
16. *Уголовный кодекс УССР: Изд. 2-е, офиц.* – Харьков : Наркомюст УССР, 1922. – 100 с.
17. *Сборник документов по истории уголовного законодательства СССР и РСФСР 1917-1952 гг. / Под ред. И.Т. Голякова.* – М. : Гос. из-во юрид. лит., 1953. – 460 с.
18. Шаргородский М., Козак Л. *Новый уголовный кодекс УССР / Под ред. С.А. Пригова.* – Харьков : Юридическое изд-во Наркомюста УССР, 1927. – 131 с.
19. *Кримінальний Кодекс УРСР зі змінами та доповненнями на 25 травня 1930 р.* – Х. : Юрид. вид-во НКЮ УРСР, 1930. – 128 с.

20. *Сборник постановлений и разъяснений Верховного Суда СССР / Под ред. А.Н. Винокурова. – М.: Советское законодательство, 1936. – 140 с.*
21. *Шаргородский М.Д. Вина и наказание в советском уголовном праве. – М.: Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1945. – 56 с.*
22. *Відомості Верховної Ради СРСР. – 1959. – № 1. – Ст. 6.*
23. *Відомості Верховної Ради (ВВР). – 1969. – № 50. – Ст. 388.*
24. *Відомості Верховної Ради (ВВР). – 1983 – № 4. – Ст. 50.*
25. *Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1997. – № 4. Ст. 21.*
26. *Відомості Верховної Ради УРСР. – 1977. – № 14. – Ст. 128.*
27. *Офіційний вісник України. – 2012 р. – № 37. – стор. 11. – Ст. 1370. – код акту 61601/2012.*
28. *Ягунов Д., Рибак О. Співвідношення між інститутом звільнення від відбування покарання з випробуванням та інститутом пробації // Актуальні проблеми політики. Зб. наук. пр. Випуск 37. – Одеса : Фенікс, 2008. – С. 96–103.*

Далматова Г.А. Историко-правовой анализ звільнення від відбування покарання з випробуванням

У статті здійснено аналіз виникнення інституту звільнення від відбування покарання з випробуванням та шляхи його розвитку в сучасних умовах.

Ключові слова: звільнення від відбування покарання з випробуванням, пробація, режим випробування.

Далматова Г.А. Историко-правовой анализ освобождения от отбывания наказания с испытанием.

В статье осуществлен анализ возникновения института освобождения от отбывания наказания с испытанием и пути его развития в современных условиях.

Ключевые слова: освобождение от отбывания наказания с испытанием; пробация; режим испытания.

Dalmatova G.A. Historical and legal analysis of the remission of penalty with probation.

The article is an analysis of origins of the institute of remission of penalty with probation and ways of its development in modern conditions.

Key words: criminal liability, remission of penalty with probation, probation, probation regime.

Рецензія*

**на наукову статтю «Історико-правовий аналіз
звільнення від відбування покарання з випробуванням»
аспірантки кафедри кримінального права Київського національного
університету імені Тараса Шевченка Далматової Г.А.**

Теоретичною основою кримінального випробування виступає політико-правова ідея умовності покарання. Ця ідея сформувалася як компроміс між крайніми поглядами учених-правознавців на роль покарання в системі заходів боротьби із злочинністю. Не зазіхаючи на статус покарання як основного засобу дії на злочинців, вона в той же час містила концептуальну відмову від тісного зв'язку між злочином і покаранням шляхом впровадження в кримінальне законодавство механізму заміни короткострокового позбавлення волі або невідбутої частини позбавлення волі альтернативними заходами примусу під загрозою повернення до покарання у разі недотримання правил поведінки, встановлених судом або контролюючим органом.

Історико-правовий аналіз інститутів звільнення від кримінального покарання, який полягає у виявленні стабільних тенденцій їх еволюції, дозволяє певною мірою достовірно прогнозувати подальший розвиток кримінального законодавства. Закон знаходиться в стані постійного реформування, оскільки безпосередньо пов'язаний з усіма сферами життєдіяльності людства, і досвід минулих років може бути корисний при удосконаленні законодавства в цілому або в частині, як, наприклад, у рамках дослідження інституту звільнення від відбування покарання з випробуванням.

В статті здійснена вдала спроба аналізу виникнення інституту звільнення від відбування покарання з випробуванням та шляхів його розвитку в сучасних умовах.

Позитивними є пропозиції автора про доцільність доповнення переліку обов'язків, які покладає суд на особу, звільнену від відбування покарання з

* Збережено стиль і граматику оригіналу.

випробуванням, що передбачений ч. 1 ст. 76 КК України, таким обов'язком як виконання угод про примирення або про визнання винуватості.

Висновки та пропозиції автора статті є узагальненням наукової думки вчених-юристів та її особистих поглядів. Вони мають конструктивний характер і направлені на удосконалення інституту звільнення від відбування покарання з випробуванням.

Зміст викладеного матеріалу відповідає заявленій темі, а зроблені у статті висновки меті, яка була поставлена автором.

Стаття Далматової Г.А. «Історико-правовий аналіз звільнення від відбування покарання з випробуванням» може бути рекомендована до опублікування в юридичних наукових виданнях України, в тому числі фахових.

Науковий керівник

доктор юридичних наук, професор

Глушков В.О.



Особливості інституту конституційного контролю в Швейцарській Конфедерації

*Портнов Андрій Володимирович,
професор кафедри конституційного права Київського
національного університету імені Тараса Шевченка,
доктор юридичних наук*

УДК 342.565.2(477)

Конституція будь-якої держави виконує унікальну роль, слугуючи фундаментом побудови національної правової системи, критерієм правових цінностей суспільства, забезпечуючи захист прав і свобод людини і громадянина. Поряд з цим Конституція діє в умовах динамічних змін і ускладнення суспільних відносин, що вимагає від усіх суб'єктів права утвердження її верховенства стосовно законів та інших нормативно-правових актів. Традиційно механізм забезпечення юридичного верховенства Конституції розглядається в контексті існуючих у державі спеціалізованих та неспеціалізованих органів, які здійснюють правову охорону Конституції. Важливу роль у цьому процесі відіграє інститут конституційної юстиції. У зв'язку з цим значний науковий інтерес становить виявлення особливостей функціонування органів конституційної юстиції в так званій змішаній моделі конституційного контролю, яка характеризується поєднанням елементів двох класичних моделей: американської та європейської. Хрестоматійним прикладом цієї моделі слугує організація конституційного контролю в Швейцарській Конфедерації.

Слід відзначити, що у вітчизняній юридичній літературі інститут конституційного контролю в Швейцарській Конфедерації залишається практично не дослідженим. Єдиною працею, в якій зачіпаються окремі аспекти цієї теми, є присвячений основам конституційного права Швейцарії навчально-методичний посібник Н. Корольової-Борсоді [1]. В російській конституційно-правовій науці характеристика конституційного контролю в Швейцарській Конфедерації частково здійснювалася в дисертаційних працях Ю. Пилипенка

[2] та Т. Ніколаєвої [3], а також у підручнику з конституційного права зарубіжних країн за редакцією В. Маклакова [4].

Зважаючи на викладене, метою цієї статті є комплексний аналіз швейцарської моделі конституційної юстиції; з'ясування її особливостей у порівнянні з існуючими традиційними моделями конституційного контролю, які використовуються в конституційній практиці зарубіжних країн.

Насамперед нагадаємо, що за американської моделі конституційний контроль здійснюється всіма судами загальної юрисдикції (США, Аргентина) чи лише Верховними судами загальної юрисдикції (Канада, Індія). Натомість за європейською моделлю конституційний контроль здійснюється спеціалізованими судовими (Федеральний конституційний суд в Німеччині) чи квазісудовими (Конституційна Рада у Франції) органами конституційного контролю. В Швейцарії згідно зі ст. 189 Федеральної Конституції Швейцарської Конфедерації 1999 р. питання конституційної юрисдикції належать до компетенції Федерального суду [5], який виступає вищою судовою інстанцією цієї держави. Отже, в цій частині організація конституційного контролю в Швейцарії нагадує американську модель.

Однак в американській моделі конституційної юстиції контроль за конституційністю має універсальний характер. Він здійснюється відносно всіх законів та нормативних актів, які приймаються на всіх рівнях здійснення державної влади. Такими, що суперечать Конституції США, може бути визнаний будь-який акт або дія, заснована на правових нормах, яка порушує «належну правову природу» [6, с. 21]. У свою чергу в Швейцарії федеральне законодавство, в тому числі федеральні закони, не підлягає судовому контролю на предмет його відповідності Конституції. Цей висновок витікає з положень вже згаданої ст. 189 Федеральної Конституції Швейцарської Конфедерації 1999 р., яка фактично визначає межі конституційної юрисдикції, та ст. 191 Федеральної Конституції Швейцарської Конфедерації 1999 р., згідно з якою федеральні закони та міжнародне право підлягають застосуванню Федеральним Судом.

Відсутність конституційного контролю за федеральним законодавством має глибоке історичне підґрунтя. Після поразки консервативних кантонів у

міжкантональному військовому конфлікті в 1847 р. та на виборах 1874 р. здійснення конституційного контролю лише щодо кантональних законів стало засобом, за допомогою якого консервативні кантони були позбавлені можливості гальмувати процес централізації, розпочатий їх радикальними противниками [7, с. 87]. Надалі суттєвий вплив на розвиток швейцарської моделі конституційної юстиції справили ідея народного суверенітету та, відповідно, визнання народу єдиним джерелом влади, який реалізує свою владу як безпосередньо через вибори та референдуми, так і опосередковано через своїх представників¹. Справа в тому, що за Конституцією 1874 р. закони і постанови, прийняті Федеральними Зборами, на вимогу частини виборчого корпусу могли бути винесені на всенародне голосування (референдум). Тому можливість скасування нормативного акта, прийнятого представниками, обраними населенням країни, який до того ж може бути скасований і самим населенням через інститут референдуму, розглядалася як порушення принципу народного суверенітету.

Однак цей аргумент на користь обмеження конституційної юрисдикції інститутом прямої демократії нівелювався тим, що за Конституцією Швейцарії 1874 р. референдум з приводу скасування законів мав факультативний характер. Враховуючи, що кількість законів, які щороку виносилися на референдум, ставала щороку меншою, у випадках, коли референдум не провадився, мовчазна згода народу фактично перетворювалася на фікцію.

До того ж така підміна конституційної юрисдикції інститутом референдуму має суттєві недоліки, з огляду на правову природу цього способу прийняття рішень. Серед них можна виділити можливість виникнення «тиранії більшості», коли більшість може ефективно використовувати референдум, щоб позбавити меншість їхніх прав [9, с. 33]. В цьому разі всенародне схвалення закону зовсім не означає його відповідність Конституції. Між тим конституційний контроль покликаний забезпечувати захист особистих прав, який в окремих випадках співпадає з правами меншості. Дія інститутів прямої

¹ Доктрина національного (народного) також вплинула на розвиток інституту конституційного контролю у Франції. – дет. див. [8, с. 547].

демократії не спроможна замінити конституційну юстицію, покликану контролювати дотримання законодавцем основних прав і свобод [7, с. 88].

Інша проблема, пов'язана з застосуванням референдуму, полягала у незначній зацікавленості громадян, що призводило до низького рівня участі у голосуванні. Згідно з положеннями Конституції Швейцарії 1874 р. рішення на референдумі приймалося більшістю від числа голосуючих. Відтак, якщо частка виборців, які брали участь у голосуванні, становила меншість усього електорату, що традиційно відбувається в Швейцарії¹, то позитивне голосування не могло бути розцінено як результат волевиявлення всього народу.

Консервативність інституту конституційного контролю в тому вигляді, в якому він був передбачений Конституцією 1874 р., ставала ще більш наглядною в зв'язку з ратифікацією Швейцарією Європейської конвенції з прав людини 1950 р. і, відповідно, обумовлених цим зобов'язань підкорятися юрисдикції Європейської комісії з прав людини і Європейського Суду з прав людини. Інакше кажучи, названі міжнародні органи могли перевіряти відповідність федеральних законів названій Конвенції. У зв'язку з цим складно зрозуміти ситуацію, коли Федеральний Суд не може встановлювати тієї ж відповідності з федеральною конституцією [4, с. 253].

Очевидно, що вказані вище аргументи доцільності поширення конституційної юрисдикції на федеральне законодавство вплинули на думку комісії експертів, уповноважених підготувати попередній проект переглянутого тексту Конституції, в результаті чого вона висунула ідею про преюдиційний контроль за конституційністю федеральних законопроектів.

Подібне розширення судової конституційної юрисдикції в Швейцарській Конфедерації означало б докорінну перебудову Федерального Суду, що існував уже більше 120 років, або ж створення Конституційного Суду відповідно до апробованої зарубіжної практики. У кінцевому варіанті Конституції 1999 р. ця ідея не була відображена, найвірогідніше з причин психологічного характеру: швейцарці відрізняються самобутністю і остерігаються як нових судів, так і нових ідей, що не є їхніми споконвіку [2, с. 58].

¹ Статистичні дані щодо участі громадян Швейцарії у референдумах - див. напр. [9, с. 142-144].

Відтак концепція конституційної юрисдикції, закладена в Конституції Швейцарії 1874 р., була відтворена і в Конституції Швейцарії 1999 р. Так само, в повній мірі збереглися і ті недоліки відсутності конституційного контролю за федеральним законодавством, пов'язані з можливістю скасування законів унаслідок проведення референдуму. Так, відповідно до ст. 141 ФК ШК 1999 р. федеральні закони виносяться на голосування на вимогу 50 000 виборців чи восьми кантонів. Таким чином референдуми з приводу скасування законів мають факультативний характер. У свою чергу згідно зі ст. 142 ФК ШК 1999 р. рішення на референдумі приймається більшістю від числа голосуючих, що за умови низької явки виборців так само призводить до спотворення самої ідеї підміни конституційної юстиції інститутом прямої демократії.

Отже, на сьогодні конституційна юрисдикція в Швейцарії продовжує мати обмежений характер внаслідок відсутності можливості здійснення конституційного контролю за федеральним законодавством. Щоправда, імунітет федеральних законів на практиці пом'якшується тим, що Федеральний Суд зобов'язаний вибирати з декількох можливих тлумачень якого-небудь положення федерального законодавства саме те, яке в найбільшій мірі відповідатиме Конституції (це так званий принцип змістовного тлумачення), оскільки припускається (якщо тільки інше не буде впливати з букви чи духу закону), що законодавець не має наміру зловживати проти Конституції, пропонуючи невірне вирішення проблем [7, с. 91].

Інша особливість швейцарської моделі конституційного контролю проявляється в тому, що конституційна юрисдикція здійснюється через інститут публічно-правової скарги, що передбачено ст. 189 ФК ШК 1999 р. Скарга може надходити від приватних осіб та приватних організацій у разі наявності власного, юридично виправданого інтересу у відміні оспорюваного акта; у виняткових випадках з такими скаргами у Федеральний Суд можуть звернутися і децентралізовані державні органи, і суспільні організації, якщо справа стосується їх права на існування та незалежність. Допомога адвоката не обов'язкова. Відповідно до ст. 37 ФК ШК 1999 р. нікому не можуть бути надані переваги і нікого не можна поставити у незручне становище з причини його громадянства. Відповідно, громадяни Швейцарської Конфедерації, іноземці та

особи без громадянства мають право звернення до Суду для захисту своїх основних прав. Крім того, скарга може бути подана групою осіб [3, с. 90].

Об'єктом публічно-правової скарги може бути як законодавчий акт кантону, так і рішення з цивільного спору. В першому випадку достатньо, щоб заявник сформулював у скарзі претензії відносно можливості потенційного порушення своїх законних інтересів у зв'язку з неправильним закріпленням у законі конституційної норми. В цьому разі контроль за конституційністю кантональних законів має абстрактний характер. Він спрямований на негайну відміну неконституційної норми. Однак можливість здійснення абстрактного конституційного контролю обмежується тим, що скарга на нормативно-правовий акт повинна бути подана до Федерального Суду протягом 30 днів зі дня його офіційного оприлюднення відповідно до кантонального права. Слід відзначити, що наявність абстрактного конституційного контролю є абсолютно нетиповою для американської моделі, за якої контроль за дотриманням норм конституції має казуальний характер, а його здійснення пов'язано з розглядом конкретних справ у загальних судах. Питання конституційного контролю вирішується тільки в ході цивільного, кримінального або адміністративного процесу, якщо сторона у справі посилається на Конституцію [10, с. 44]. Таким чином, без прив'язки до конкретної судової справи, коли одна зі сторін справи вважає, що вимога іншої сторони базується на неконституційній нормі, здійснення конституційного контролю у США неможливе [11, с. 28].

У протилежному разі заявник повинен зіслатися на вже вчинене порушення його інтересів, захищених конституційним правом. Таким чином здійснюється конкретний конституційний контроль. При цьому конкретний контроль опосередковано зачіпає долю оспорюваного закону, спираючись на аргумент про неконституційність правозастосовного акта. В цьому разі Федеральний Суд не скасовує акти, які оскаржуються в порядку застосування: він лише констатує їх неконституційність, вони не втрачають силу, що дозволяє застосовувати ці акти в майбутньому [1, с. 307].

Підсумовуючи аналіз швейцарської моделі конституційної юстиції, вважаємо за необхідне зробити наступні висновки. Організація конституційного контролю в Швейцарській Конфедерації здійснюється за так

званою змішаною моделлю, застосування якої передбачає поєднання елементів двох класичних моделей – американської та європейської. Подібність до американської моделі конституційної юстиції проявляється у тому, що в Швейцарії конституційний контроль здійснюється судом загальної юрисдикції – Федеральним Судом, що нетипово для європейської моделі. З іншого боку організація конституційного контролю в Швейцарії поєднує з континентальною моделлю те, що в Швейцарії конституційний контроль має обмежений характер, не поширюючись на федеральне законодавство. Крім того, в Швейцарії передбачена можливість здійснення абстрактного конституційного контролю, що властиво для континентальної моделі організації конституційного контролю і не характерно для американської моделі конституційної юрисдикції

Список використаних джерел

1. *Королёва-Борсоди Н.В. Основы конституционного права Швейцарии : учеб.-метод. пособие / Н. Королёва-Борсоди. – К. : «Юстиниан», 2009. – 536 с.*
2. *Пилипенко Ю.С. Судебная система Швейцарии : дисс. на соискание ученой степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 «конституционное право; муниципальное право» / Ю.С. Пилипенко. – М., 2001. – 211 с.*
3. *Николаева Т.А. Обращения граждан в органы конституционной юстиции Российской Федерации и зарубежных стран : сравнительно-правовой анализ: дисс. на соискание ученой степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 «конституционное право; муниципальное право» / Т.А. Николаева. – М., 2008. – 192 с.*
4. *Иностранное конституционное право / [Алебастрова И.А., Андреева Г.Н., Кашкин С.Ю. и др.] ; Под ред. В.В.Маклакова. – М. : Юристъ, 1996. – 509 с.*
5. *Справочник : Конституции стран мира // [Электронный ресурс] – режим доступа: <http://www.uznal.org/constitution.php>*
6. *Клишас А.А. Конституционная юстиция в зарубежных странах / А.А. Клишас. – М. : Междунар. Отношения, 2004. – 288 с.*
7. *Руйе К. Швейцарский Федеральный суд и надзор за конституционностью законов / К. Руйе // Государство и право. – 1995. – № 12. – С. 84–94.*

8. *Конституционное право зарубежных стран: Учебник для вузов / Под общ. ред. чл.-корр. РАН, проф. М.В. Баглая, д. ю. н., проф. Ю. И. Лейбо и д. ю. н., проф. Л. М. Энтина. – 2-е изд., перераб. – М. : Норма, 2005. – 1056 с.*
9. *Ле Дюк Лоуренс. Учасницька демократія : референдуми у теорії та на практиці / [Наук. ред. З.Гриценко ; Пер. з англ. Р.Ткачук]. – Х. : Центр освітніх ініціатив, 2002. – 157 с.*
10. *Лотюк О. Конституційний контроль в зарубіжних країнах / О. Лотюк // Теорія і практика інтелектуальної власності. – 2008. – № 5. – С. 52–58.*
11. *Черняк Є.В. Конституційна юстиція Сполучених Штатів Америки : дис. ... на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 «конституційне право» / Є.В. Черняк. – К., 2005. – 182 с.*

Портнов А.В. Особливості інституту конституційного контролю в Швейцарській Конфедерації

У статті обґрунтовується доцільність виділення швейцарської моделі конституційного контролю поруч з європейською та американською моделлю. Цей висновок пов'язаний з тим, що організація конституційного контролю в Швейцарії відрізняється від класичної європейської моделі відсутністю спеціально створеного для здійснення конституційного контролю органу, а від американської – тим, що федеративне законодавство в Швейцарії не підлягає судовому контролю на предмет його відповідності Конституції.

Ключові слова: конституційний контроль, швейцарська модель конституційного контролю, правова охорона Конституції.

Портнов А.В. Особенности института конституционного контроля в Швейцарской Конфедерации

В статье обосновывается целесообразность выделения швейцарской модели конституционного контроля наряду с европейской и американской моделью. Этот вывод связан с тем, что организация конституционного контроля в Швейцарии отличается от классической европейской модели отсутствием специально созданного для осуществления конституционного контроля органа, а от американской – тем, что федеративное законодательство в Швейцарии не подлежит судебному контролю на предмет его соответствия Конституции.

Ключевые слова: конституционный контроль, швейцарская модель конституционного контроля, правовая охрана Конституции.

Portnov A.V. The features of constitutional review mechanism in the Swiss Confederation

In this article, the author makes a case for allocation of the Swiss model of constitutional review next to the European and American models. This conclusion springs from the fact that in Swiss model, as opposed to the classic European model, there is no special body of constitutional review and – in contrast to American model – the federal legislation is not subject to judicial review in terms of its conformity with Constitution.

Key words: constitutional review, Swiss model of constitutional review, legal protection of Constitution.



Загальна Декларація прав людини 1948 року та сучасне праворозуміння

Малишев Борис Володимирович,
кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри теорії права та держави Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Статтю присвячено аналізу впливу Загальної Декларації прав людини 1948 року на основні положення юснатуралістичного, позитивістського та соціологічного підходів до праворозуміння. Проблема праворозуміння є безумовно актуальною не лише для науки, а й для практики, оскільки напряду впливає на процеси реалізації права та зокрема на правозастосування.

Метою статті є з'ясування теоретико-правових аспектів впливу Загальної Декларації прав людини 1948 року на основні положення сучасного синтезованого підходу до праворозуміння.

У зазначеній постановці питання заявлена тема не була предметом окремого дослідження, однак при написанні статті автор спирався на праці О. Лейста, М. Марченка, О. Мережка, П. Рабіновича, С. Рабіновича, Г. Харта, в яких розкрито питання, пов'язані з правами людини, міжнародного правопорядку, природно-правових та позитивістських концепцій розуміння права.

Організація Об'єднаних Націй у 1948 році прийняла Загальну Декларацію прав людини, в якій вперше на світовому рівні був юридично закріплений феномен прав людини, в тому числі природні права людини. З цього моменту почався відлік часу для принципово нового етапу розвитку правових систем: ідея природних прав людини перейшла з рівня умоглядних філософських конструкцій (які часто мали спекулятивний характер) на рівень забезпечених державою та світовою спільнотою юридичних норм.

На сьогодні слід вести мову про світовий правопорядок. Людина – це суб'єкт права не лише в рамках держави, а й у міждержавному, планетарному

масштабі. Наприклад, найголовніші міжнародно-правові документи з прав людини передбачають створення наднаціональних судових органів, до яких людина має право звернутися за захистом у разі порушення державою її прав, закріплених у відповідних міжнародно-правових актах (Комітет ООН з прав людини, Європейський Суд з прав людини, Міжамериканський Суд з прав людини, Африканська Комісія з прав людини тощо). Такі органи є субсидіарним інструментом захисту прав людини, оскільки вони доповнюють внутрішньо-національні засоби [1, с. 397].

Будь-яка соціально-філософська конструкція, в тому числі теоретико-правова, заслуговує уваги та підтримки, якщо вона має вихід на практику або, принаймні, може бути перевірена нею [2, с. 258]. Це, зокрема, означає, що дефініція права повинна базуватися не лише на досконалому методі, бути не лише результатом глибокої рефлексії, але й ґрунтуватися на аналізі фактичного рівня розвитку самого права, передусім у глобально-людському аспекті, а також враховувати визнані та охоронювані ним цінності.

Сучасний рівень розвитку права характеризується закріпленням на міжнародному рівні основних прав людини, в тому числі природних прав. Так, на сьогодні основним документом у галузі прав людини є Загальна Декларація прав людини 1948 року. Нею вперше на глобально-юридичному рівні було запропоновано всім державам світу визнати систему основних прав людини, імплементувати її у національні системи законодавства та забезпечити її охорону і захист. За допомогою Загальної Декларації прав людини моральні категорії «справедливість», «рівність», «свобода», «гуманізм», які є цілями моральної та правової систем соціального регулювання, отримали своє всесвітнє юридичне закріплення та юридичну конкретизацію. З цього моменту право набуло нового специфічного, кардинально відмінного від моралі змістовного та ефективного засобу для досягнення вказаних цілей.

Загальна Декларація прав людини використовується як першопочаткова «точка відліку» та визначальний критеріальний орієнтир: будь-які подальші акти ООН ніколи не замінять і не перевершать її [3, с. 203]. Як відомо, Загальна

Декларація прав людини формально не є юридично обов'язковим документом. Вона була прийнята Генеральною Асамблеєю ООН в якості резолюції з рекомендаційним характером. Тим не менше її значення для міжнародних відносин та міжнародного співробітництва важко переоцінити. Саме на її підставі та на розвиток її положень були прийняті всі наступні обов'язкові міжнародні документи з прав людини як світового, так і регіонального рівня. В юридичній літературі досить поширеною є позиція, що з часом Декларація в силу звичаю її дотримання всіма державами набула юридично обов'язкового характеру [4, с. 55].

Існування Загальної Декларації прав людини у незмінному вигляді вже протягом більше ніж 60 років є чинником, що зобов'язує філософів права і теоретиків права окремо враховувати її в якості важливого фактора при аналізі існуючих концепцій праворозуміння, а особливо – при створенні нових. Наприклад, є очевидним, що концепція, закладена в Загальну Декларацію прав людини, значною мірою знімає напругу між позитивізмом та юснатуралізмом, оскільки природні права людини тепер закріплені позитивно. Отже, поле для теоретико-правових та філософсько-правових дискусій щодо конкретного змісту і значення юснатуралістичних понять справедливості, рівності, свободи, гуманізму суттєво звузилося до рамок гарантування і реалізації відповідних норм Загальної Декларації прав людини та норм інших міжнародно-правових документів з прав людини, які видані на основі неї, а також положень національних Конституцій.

О. Мережко висловлює думку про те, що послідовне проведення у життя логіки юридичного позитивізму веде до заперечення міжнародного права, оскільки останнє не є продуктом окремої держави і відтак позбавлене обов'язкового характеру [5, с. 21–22]. На це маємо зауважити, що стосовно стандартів прав людини, закріплених в актах ООН, то обов'язковість їх дотримання державами-учасниками гарантується спеціальними повноваженнями ООН, передбаченими Розділом VII Статуту цієї організації. Світове співтовариство, яке уособлюється ООН та її органами (передусім

Радою Безпеки ООН), у випадку масового і грубого порушення прав людини має право на гуманітарні силові операції, тобто на застосування збройних сил проти держави-учасниці, яка допускає вказані порушення, якщо інші примусові заходи (припинення економічних відносин, залізничних, морських, повітряних, поштових, телеграфних, радіо або інших засобів сполучення) не дають результатів. До речі, О. Мережко є одним із авторів змістовної праці, присвяченої якраз силовому захисту прав людини у міжнародному праві. Як вказує автор, ООН було розроблено перелік випадків, які підпадають під «масове і грубе порушення прав людини», до яких відносяться: геноцид, апартеїд, рабство, расова дискримінація, іноземна окупація, колоніалізм, агресія та загроза національному суверенітету й територіальній цілісності, відмова визнавати право народу на самовизначення. Гуманітарні силові операції ООН не можуть розцінюватися як порушення принципу державного суверенітету та внутрішньої компетенції держави [6, с. 119–129]. Таким чином основні норми міжнародного права забезпечені авторитетом ООН та можливим застосуванням цією організацією заходів примусу.

Сучасний стан правового прогресу людства характеризується міжнародно-правовим забезпеченням і гарантуванням основних прав людини. Наразі не існує якого-небудь загальновизнаного основного права людини, яке б було відокремленим або незалежним від позитивного права. Саме нормативне закріплення основних прав людини являє собою фактор, що підтверджує актуальність розвитку синтезованого бачення сутності права, яке умовно можна назвати «м'яким позитивізмом». Ми солідарні з М. Марченком та рядом інших вчених у тому, що подальший розвиток теорії права полягає в органічному поєднанні життєво важливих і практично значущих положень теорії природного та позитивного права, у послідовному наповненні змісту позитивного права духом і принципами природного права. Кінцевим результатом подібного синтезу в недалекому майбутньому може стати теорія «м'якого позитивізму» [7, с. 18], оскільки право є єдністю відображених позитивізмом і природно-правовими концепціями його сторін [8, с. 36].

Подібний погляд поширений і у сучасній західній юридичній науці: серед позитивістів ніхто не заперечує морального аспекту у змісті права, при цьому ними беззастережно поділяються ліберальні цінності [9, с. 11].

Як відомо, фундаментальні ідеї сучасного юридичного позитивізму були сформульовані у ХІХ столітті англійськими вченими Д. Остіном та Ш. Амосом, які розуміли право виключно в якості наказу політичної влади незалежно від аксіологічних характеристик змісту такого наказу [10, с. 115]. Натомість зародження м'якого позитивізму (soft positivism) прийнято пов'язувати з іменем видатного англійського правника Г. Харта, який на відміну від класичного «жорсткого позитивізму» (hard positivism) Д. Остіна вважав, що до змісту права включається «мінімальний зміст природного права», що обумовлено розвитком сучасних суспільств. Відповідно певні універсальні принципи і правила поведінки визнаються всіма як мінімально необхідні у суспільстві. Якщо Г. Харт висловлював думку тільки про можливість включення до права чинників, що мають моральну природу, то сучасні позитивісти вже чітко розглядають юридичні норми крізь призму суспільних цінностей, а не лише політичної доцільності. Так, на противагу Г. Харту, чия теорія права за його ж зізнанням все ж таки мала «описовий характер і, у цьому сенсі, є нейтральною відносно будь-яких цінностей і моралі» [11, р. 192–193, 239–240], у другій половині ХХ століття активно розвиваються ідеї так званого «етичного позитивізму». Останній критикує «описовий позитивізм» за притаманну йому етичну нейтральність та за просте фіксування змісту норм права та їх опис. Адже саме завдяки вказаній нейтральності юридичний позитивізм помилково сприймається як консервативна, застаріла теорія, що не займається проблемами соціальної справедливості [12, р. 4]. Наприклад, німецький юридичний позитивізм часів нацизму прибрав з правничої науки будь-які міркування про моральні цілі права [13, с. 117]. Водночас прихильники м'якого (етичного) позитивізму у своїх роботах безпосередньо пов'язують зміст законодавства з ідеєю прав людини, демократією та правовою державою.

Незважаючи на те, що на пострадянському просторі теорія «м'якого позитивізму» знаходиться у стадії формування, дефініція права згідно з постулатами цього напрямку позитивізму вже досить тривалий час активно використовується на рівні навчальної літератури. Так, варіації розуміння права як системи загальнообов'язкових норм, забезпечених державою, які відображають ідеї справедливості, рівності, гуманізму і свободи, можна знайти у низці підручників за авторством досить відомих українських та російських вчених (О. Скакун, М. Матузов, В. Корельський, В. Бабаєв тощо).

У даному випадку навчальна література випередила науку, демонструючи тим самим безперечну актуальність і необхідність розробки відповідних доктринальних положень. Адже просте приєднання юснатуралістичних вимог до змісту норм права до позитивістської форми останніх має механічний характер і тому отримане розуміння права, попри свій прогресивний вигляд, є нечітким та недостатнім. Наприклад, залишається відкритим питання про зміст зазначених моральних стандартів, а також про їхню взаємодію з іншими юридичними приписами.

Отже, лише методологічно вивірена консолідація сильних сторін позитивізму та юснатуралізму призведе до отримання кумулятивного ефекту, що полягатиме у більш повному розкритті природи права. Наша впевненість у тому, що смисл права найбільш повно може бути відображений у рамках творчого синтезу саме позитивізму та юснатуралізму базується, зокрема, й на тому, що лише ці дві концепції кваліфікують право в якості об'єктивного явища зі сфери належного. Водночас для соціологічних та комунікаційних концепцій право є явищем суцього, а для психологічних та екзистенційних – явищем суб'єктивного світу людини.

Суть «м'якого позитивізму» полягає у привнесенні до загальнообов'язкової юридичної форми чітких природно-правових змістовних елементів, пов'язаних з основними правами людини. Зважаючи на те, що основні права людини закріплені на міжнародному нормативно-правовому рівні, передусім у Загальній Декларації прав людини 1948 року, а також у

національних конституційних актах всіх демократичних держав, подібне поєднання не може вважатися еkleктикою або суміщенням протилежних за сутністю явищ. Більше того, якщо вести мову про інтегральну концепцію права, вона може бути побудована лише з компонентів позитивізму та юснатуралізму, зважаючи на те, що обома науковими напрямками право розуміється як об'єктивне явище зі сфери належного. Водночас для соціологічних та комунікаційних концепцій право є явищем суцього, а для психологічних та екзистенційних – явищем суб'єктивного світу людини.

Відтак методологічно плідною та праксеологічно обґрунтованою виглядає думка про те, що **право** – це система загальнообов'язкових, формально визначених, встановлених і забезпечених державою правил поведінки, метою якої є регулювання суспільних відносин на основі ідеалів справедливості, рівності, свободи і гуманізму шляхом визнання пріоритету нормативно закріплених природних прав людини у відношенні до прав держави, суспільства, соціальних груп.

Специфіка права полягає у тому, що за будь-яких умов його загальне розуміння в якості забезпечених державою норм права виступає як основа, що доводиться наведеними нижче міркуваннями про три основні способи пізнання права та їх телеологічний зв'язок.

Ідея Права. Юснатуралізм зосереджує свою увагу на ідеологічному рівні права, який виражається основними моральними цінностями (справедливість, рівність, гуманізм, свобода). Юснатуралізм розділяє категорії «право» і «закон» для того, щоб шляхом критики позитивного права, наблизити його до ціннісних ідеалів морального змісту. Ідея Права є свого роду змістовним наповненням останнього. Вона передує позитивному праву, відображається в ньому, виступає критерієм його оцінки, а також впливає на практичне застосування норм права. Зважаючи на це, юснатуралізм, як зазначається у літературі [14, с. 342], завжди виходив із сукупності ідей вищого порядку (розум, природа речей тощо) або моральних ідеалів (справедливість, добро тощо). Слід зазначити, що в цьому аспекті до правового регулювання висуваються вимоги і

стандарти, засновані на певному розумінні спільного блага. Але тут право не є оригінальним – будь-яка нормативна система регулювання людської поведінки ґрунтується на певних загально визнаних суспільством стандартах поведінки і оперує поняттям спільного блага, оскільки в інакшому випадку вона не матиме шансів бути сприйнятою цим суспільством.

Буква Права. У центрі уваги юридичного позитивізму знаходиться формальний, нормативний аспект права. Позитивізм сутність права вбачає у формально закріплених державою та забезпечених нею нормах. Специфікою цього аспекту права є те, що правила поведінки (норми) конструюються за допомогою встановлення суб'єктивних прав та обов'язків, реалізація яких гарантується державним примусом.

Для позитивізму важливим у праві є насамперед об'єктивація правил поведінки, створення механізму забезпечення їх дії навіть у разі, коли суб'єкт відмовлятиметься їх дотримуватися.

Втілення Права. Соціологічні концепції праворозуміння сутність права бачать у змісті результатів перетворення формально закріплених суб'єктивних прав та юридичних обов'язків у поведінку суб'єктів права. Це – Втілення Права. Суб'єкти права вступають у правовідносини не автоматично і не довільно, а згідно зі своїми інтересами і потребами, які залежать від соціального контексту: антропологічних, економічних, політичних, психологічних, демографічних, етнографічних, історичних та інших факторів. Суб'єкти використовують правові засоби нарівні з іншими засобами регулювання своєї поведінки. Соціологічне праворозуміння, як і юснатуралізм, висуває вимогу-оцінку до позитивного права, яка полягає у тому, що норми, встановлені державою, мають відтворювати положення «живого права». «Живе право» виступає як сукупність правил поведінки, що вироблені людьми без втручання держави задля регулювання своєї поведінки у певних соціальних групах.

Телеологічний зв'язок способів пізнання Права. Три вказані основні шляхи пізнання права взаємопов'язані рівно настільки, наскільки взаємопов'язаними є

мета (Ідея Права), засіб для її здійснення (Буква Права), а також практичний результат використання засобу (Втілення Права). Взаємовідносини між зазначеними елементами розгортаються за схемою телеологічної детермінації: мета права обумовлює засіб та результат; засіб і результат здійснюють зворотний вплив на мету.

На перший погляд, Буква Права є похідною та залежною від Ідеї Права та Втілення Права. Ця думка базується на тому, що у вертикальному розрізі нормативний рівень є ніби «стиснутим» із двох сторін: зверху на норми права впливає ідейно-ціннісний фактор моральної сфери, а знизу – соціальна дійсність емпіричної сфери.

Норми права у сучасному світі практично завжди відображають цінності та основоположні ідеї, які є прийнятними для певного соціуму і виражені у моралі та релігії. Питання полягає лише у ступені та способі цього відображення. Юснатуралізм наполягає на тому, що право має у повній мірі відображати справедливість (Божу волю, порядок речей, природу людини тощо). Але не треба забувати про те, що часто суспільна мораль сама не відповідає ідеалам справедливості. Отже, на якій підставі представники юснатуралізму висувають вимогу до права бути абсолютно справедливим? Це питання носить риторичний характер на відміну від двох нижчезазначених, відповіді на які мають важливе значення у контексті праворозуміння.

Перше питання звучить так: якщо справедливість є моральною категорією, то чому мораль самотійно не здатна забезпечити досягнення цього ідеалу?

Відповідь: мораль і релігія не мають у своєму розпорядженні дієвого механізму щодо захисту своїх приписів від невиконання. Такий механізм пропонує лише держава.

Друге питання можна сформулювати наступним чином. Справедливість є оціночною категорією і для того, щоб право реально мало можливість втілювати її положення на практиці, вона має бути конкретизованою в юридичних категоріях. Отже, чи має такі категорії сучасне право?

Відповідь: справедливість та інші важливі моральні цінності-ідеали (рівність, гуманізм і свобода) конкретизуються у природних правах людини, які при цьому існують не в якості ідеї або наукової концепції, а формально закріплені у міжнародно-правових актах та конституціях. Природні права людини, що визнані державою шляхом надання їм захисту, виступають одночасно також і інструментом, який не дає моралі та праву бути заручниками інтересів політичних еліт.

Факт об'єктивного закріплення природних прав на міжнародному рівні з часу прийняття Загальної Декларації прав людини від 1948 року слід обов'язково враховувати при застосуванні юснатуралістичного підходу до права.

На сьогодні складно уявити інший, більш повний та дієвий спосіб відображення справедливості, рівності, гуманізму та свободи у праві, ніж конструкція природних прав людини. З часу прийняття Декларації юснатуралізм отримав нове поле наукового пошуку, яке в площині юриспруденції обмежене дослідженням об'єктивно закріплених природних прав людини та проблем їх реалізації. І в цьому немає ані його редукації, ані зневажання його видатним історичним минулим. Більше того, ігнорування законодавчого втілення природних прав людини як єдиного можливого на сьогодні способу виразу основної ідеї права призводить до продовження практики безплідних намагань пізнати право через метафізичні філософські конструкції, в результаті чого вчені в якості висновків отримують лише умоглядні пропозиції щодо «морального удосконалення» позитивного права. На теоретичній та емпіричній безперспективності такого «монотонного повторення і настільки ж однотипного спростування ідей розрізнення права і закону» [15, с. 263] вірно зауважив О. Лейст.

З іншого боку, норми права та їх практична реалізація завжди так чи інакше є залежними від існуючих у суспільстві систем саморегуляції повсякденного життя, зокрема традицій, звичаєвих і корпоративних норм. Проте норми права не завжди корелюють свій зміст із традиціями і звичаями.

Задля підвищення своєї ефективності право може брати до уваги локальні системи саморегуляції, однак, будучи носієм ідеї природних прав людини, воно уповноважене на усунення всіх перепон у вигляді приписів паралельних регулятивних систем на шляху досягнення справедливого правопорядку, що відповідає зазначеним правам.

Фактичним результатом дії права є впорядковані суспільні відносини. Якщо для досягнення справедливості були обрані вірні засоби і вірний спосіб використання цих засобів, то правопорядок буде втілювати ідею справедливості. Оскільки змістовні характеристики розуміння справедливості формуються самим суспільством, то воно може відкоригувати або розуміння справедливості, або діяльність держави (наприклад, змінити політичну еліту шляхом активізації інститутів громадянського суспільства або шляхом виборів).

Вплив на право з боку моралі та релігії є значно сильнішим, ніж вплив традицій, звичаїв та корпоративних норм. Звичаєві і корпоративні норми в своїй основі також базуються на діючій у певному суспільстві моралі. Мораль, як найбільший за своєю сферою впливу та кількістю приписів соціальний регулятор, використовує в якості додаткового засобу впливу всі інші соціальні норми задля досягнення своїх цілей.

Отже, ми по суті прийшли до висновку, що всі аспекти права, крім нормативного, мають неюридичну природу, оскільки або відносяться до інших систем соціального регулювання, або взагалі є характеристикою фактичного стану самих суспільних відносин.

При цьому, зважаючи на міжнародне визнання природних прав людини, нормативний аспект права з одного боку вже не може повністю заперечуватися юснатуралізмом, а з іншого – надає можливість праву виступати автономним явищем щодо зовнішніх моральних ідеалів, які конкретизовані на рівні внутрішньої мети права у вигляді пріоритету природних прав людини.

О. Мережко, розглянувши взаємовідносини зазначених трьох шляхів пізнання права з точки зору діалектики, висловив схожу думку про те, що

реальне право (соціологічне праворозуміння) є тезою, ідеальне право (юснатуралізм) є антитезою, а формальне право (позитивізм) являє собою синтез. Тобто об'єктивне право є посередником, об'єднуючою ланкою між ідеальним та реальним правом [16, с. 179].

Показово, що і юснатуралізм, і соціологічний підхід для того, щоби бути включеними у правовий контекст, оперують категоріями («правовий закон», «живе право»), які є залежними від позитивістського бачення права. Осмислення права у системі *юридичних* категорій пропонує лише позитивізм. Всі інші підходи до розуміння права не мають власних систем категорій і користуються філософським, соціологічним, психологічним категоріальним апаратом, який не здатний адекватно відобразити специфіку правових явищ.

Нормативний вимір права є онтологічно самодостатнім. Як природно-правові ідеї, так і традиції, звичаєві норми, для того, щоб набути статусу *правового* регулятора, стати реальним компонентом правового регулювання, мають пройти «легітимацію», «позитивізацію» або «офіціалізацію» через своє закріплення у державно-правових нормах.

Список використаних джерел

1. Ковлер А.И. *Антропология права : Учебник для вузов / А.И. Ковлер.* – М. : НОРМА, 2002. – 480 с.
2. Лейст О.Э. *Сущность права. Проблемы теории и философии права / О.Э. Лейст.* – М. : Зерцало М, 2002. – 288 с.
3. Рабінович П.М. *Універсальна Декларація прав людини (до 60-річчя проголошення) / П.М. Рабінович // Бюлетень Міністерства юстиції України.* – 2008. – № 11–12. – С. 194–203.
4. Гусейнов Л.Г. *Международная ответственность государств за нарушения прав человека / Л.Г. Гусейнов.* – К. : Ін-т В.М. Корецького НАН України, 2000. – 316 с.

5. Мережко А.А. Введение в философию международного права. Гносеология международного права / А.А. Мережко. – К. : Юстиниан, 2002. – 192 с.
6. Неліп М.І. Силовий захист прав людини. Питання легітимності в сучасному міжнародному праві. 2-ге видання : Навч. посібник / М.І. Неліп, О.О. Мережко. – К. : Наукова думка, 1999. – 190 с.
7. Основные концепции права и государства в современной России (По материалам «круглого стола» в Центре теории и истории права и государства в ИГП РАН) // Государство и право. – 2003. – № 5. – С. 5–33.
8. Максимов С. Дуальність права / С. Максимов // Право України. – 2010. – № 4. – С. 36–42.
9. Козлихин И.Ю. Позитивизм и естественное право/ И.Ю. Козлихин// Государство и право. – 2000. – № 3. – С. 5–11.
10. Ковальчук О.М. Теорія права у працях вчених Київського університету (XIX – початок XX століття) : монографія / О.М. Ковальчук. – К. : Юрінком Інтер, 2009. – 192 с.
11. Hart H.L.A. *The Concept of Law*. – Oxford, 1994. – 316 p.
12. Campbell T.D. *Prescriptive legal positivism : law, rights and democracy*. – London, 2004. – 342 p.
13. Фулер Л.Л. Позитивізм і вірність праву – відповідь професору Гарту // Філософія права / За ред. Д. Фейнберга, Д. Коулмена / Пер. з англ. – К. : Вид-во Соломії Павличко «Основи», 2007. – С. 101–121.
14. Рабінович С.П. Природно-правові підходи в юридичному регулюванні: монографія / С.П. Рабінович. – Л.: ЛДУВС, 2010. – 576 с.
15. Лейст О.Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права / О.Э. Лейст. – М. : Зерцало М, 2002. – 288 с.
16. Мережко А.А. Диалектика права / А.А. Мережко // Проблеми філософії права. – 2004. – № 2. – С. 177–180.

Малишев Б.В. Загальна Декларація прав людини 1948 року та сучасне праворозуміння

Загальна Декларація прав людини 1948 року вперше на світовому рівні юридично закріпила феномен прав людини, в тому числі природні права людини. У статті доводиться, що цей фактор кардинальним чином вплинув на формування нового синтезованого розуміння права. Згідно з таким підходом право – це система загальнообов'язкових, формально визначених, встановлених і забезпечених державою правил поведінки, метою якої є регулювання суспільних відносин на основі ідеалів справедливості, рівності, свободи і гуманізму шляхом визнання пріоритету нормативно закріплених природних прав людини у відношенні до прав держави, суспільства, соціальних груп.

Ключові слова: праворозуміння, права людини.

Мальшев Б.В. Всеобщая Декларация прав человека 1948 года и современное правопонимание

Всеобщая Декларация прав человека 1948 года впервые на мировом уровне юридически закрепила феномен прав человека, в том числе естественные права человека. В статье доказывается, что этот фактор кардинальным образом повлиял на формирование нового синтезированного правопонимания. Согласно такому подходу право – это система общеобязательных, формально определенных, установленных и обеспеченных государством правил поведения, целью которой является регулирование общественных отношений на основе идеалов справедливости, равенства, свободы и гуманизма путем признания приоритета нормативно закрепленных естественных прав человека в отношении прав государства, общества, социальных групп.

Ключевые слова: правопонимание, права человека.

Malyshev B.V. The Universal Declaration of Human Rights of 1948 and the modern understanding of law

Universal Declaration of Human Rights (1948) first globally legally enshrined the phenomenon of human rights, including natural rights. The article argues that this factor dramatically influenced the formation of the new synthesized understanding of the law. According to this approach law is the system of mandatory, formally defined, established and secured state rules of conduct aimed at regulating social relations based on the ideals of justice, equality, freedom and humanity by recognizing the priority assigned regulatory natural rights with respect to the rights of the state, society and social groups.

Key words: understanding of law, human rights.



Види прав і свобод фізичних осіб, які захищаються в національній системі судового контролю за публічною адміністрацією

*Константин Олександр Володимирович,
кандидат юридичних наук, доцент, науковий консультант
управління забезпечення діяльності Судової палати в
адміністративних справах Верховного Суду України*

УДК 342.922: 347.994 (477)

Національна модель адміністративного судочинства бере до уваги, на противагу німецькій та австрійській [1], забезпечення як власне «суб'єктивних публічних прав» (прав, гарантованих визначенням у «поточному» законодавстві обов'язків їх забезпечувати у суб'єктів публічно-владної діяльності), так і основних прав та свобод особи (встановлених на конституційно-правовому рівні), якщо вони порушуються в роботі публічної адміністрації. Такий підхід до унормування об'єкта забезпечення адміністративним судочинством обумовлюється переважно відсутністю в Україні інституту конституційної скарги (можливості громадян безпосередньо звертатися до Конституційного Суду для захисту своїх конституційних прав і свобод), а також тим, що єдиний орган конституційної юрисдикції в Україні є судом «норми права», а не судом «факту» [2, с. 10–23]. Тобто реальні обставини порушення певних суб'єктивних основних прав Конституційним Судом України не можуть встановлюватися, а можуть лише перевірятися на предмет конституційності відповідні норми законів, правових актів Президента, Кабінету Міністрів і Верховної Ради Автономної Республіки Крим.

З огляду на наведене вище, необхідно терміново з'ясувати, хоча б загально, види тих прав і свобод особи, які можуть у разі їх порушення в публічно-правових відносинах бути предметом ефективного захисту в адміністративних судах. Оскільки із цим значною мірою пов'язано питання судової юрисдикції відповідних спорів громадян із органами влади, а відтак –

пошуку компетентного суду для захисту індивідуальних прав та свобод. Саме вирішення зазначеної проблематики становить *мету цієї статті*.

Не викликає, на наш погляд, сумніву, що значну частину суб'єктивних прав, які є об'єктом захисту в національному адміністративному судочинстві, становлять права фізичних та юридичних осіб у царині реалізації виконавчої влади та «внутрішньо організаційних» проявів управління в апаратах усіх видів органів державної влади (зокрема проходження служби в апаратах парламенту, судів, прокуратури тощо), тобто як суб'єктів адміністративного права [3, с. 60].

Адміністративне право регулює широке коло державно-управлінських відносин, які виникають у різних сферах владної організації суспільного життя. Тому суб'єктивні адміністративні права фізичних осіб, будучи складовими правового статусу цих найбільш численних суб'єктів адміністративного права, кількісно надзвичайно різноманітні. У літературі неодноразово робилися спроби класифікувати їх хоча б для загального упорядкування [4].

Суб'єктивні адміністративні права становлять у своїй більшості конкретизовані, деталізовані та розвинуті в законодавчих і в підзаконних адміністративно-правових нормативних актах стосовно певних управлінських сфер і суб'єктів права особи, визначені в Конституції України. Перелік останніх відповідає сучасним загальнолюдським цінностям та визначеному основними міжнародно-правовими актами статусу людини.

В адміністративному судочинстві можуть захищатися лише суб'єктивні права особи, визначені як міжнародними, так і національними нормативно-правовими актами, порушені чи обмежені у публічно-правових відносинах, при реалізації своїх владних управлінських функцій відповідними органами державної або муніципальної влади, їхніми посадовими або службовими особами та за умови, що для їх захисту не існує іншої судової юрисдикції.

Адміністративні суди в Україні, діючи в порядку та відповідно до повноважень, визначених КАС України, фактично являють собою національну (первісну) частину європейського механізму захисту прав та свобод особи у відносинах із владою. Оскільки відповідно до частини першої ст. 35 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод 1950 року, ратифікованої

Законом України від 17 липня 1997 р. № 475/97-ВР [5], Європейський суд з прав людини приймає до розгляду індивідуальні заяви про порушення державою прав осіб, гарантованих Конвенцією та протоколами до неї, після того, як будуть вичерпані всі національні засоби юридичного захисту.

У зазначеному вище контексті не можна не згадати слова заступника Голови Верховного Суду України В.В. Кривенка і Голови Вищої кваліфікаційної комісії суддів України І.Л. Самсіна про те, що «питання про реалізацію положень Конвенції при здійсненні адміністративного судочинства є особливо актуальним з огляду на те, що саме в даному процесі перед судом першочергово ставиться завдання захистити права та інтереси приватних осіб, які беруть участь у публічних правовідносинах». При цьому автори роблять надзвичайно важливе з точки зору практичного пізнання ціннісної суті адміністративно-процесуального судового закону узагальнення, що «КАС України є механізмом реалізації передбаченого Конвенцією про захист прав людини та основоположних свобод права особи на ефективний судовий захист від порушень з боку офіційних осіб» [6, с. 174, 206].

В аспекті реалізації передбаченого частиною першою ст. 6 Конвенції права кожного на справедливий судовий розгляд при визначенні державою (апаратом влади) його громадянських прав і обов'язків, в адміністративному судочинстві в Україні підлягають захисту насамперед такі гарантовані цим міжнародно-правовим актом основні свободи людини: на свободу думки, совісті та релігії (ст. 9-1); на вільне виявлення поглядів, одержувати і поширювати інформацію та ідеї без втручання держави (ст. 10-1); на свободу мирних зборів і свободу асоціацій з іншими (ст. 11-1). Крім того, надзвичайно важливу частину юрисдикції національних органів адміністративної юстиції складають справи з приводу встановленого ст. 3 Першого протоколу до Конвенції права особи на вільні вибори, якому кореспондується обов'язок держави – учасниці проводити зазначені вибори з розумною періодичністю у спосіб таємного голосування в умовах, які мають забезпечувати вільне вираження думки народу у виборі законодавчого органу.

Безсумнівно, до суб'єктивних публічних прав, які підлягають захисту в адміністративному судочинстві України, належать *політичні* права, зокрема і ті, які називаються в адміністративно-правовій теорії правами на участь у державному управлінні та соціально-політичну активність [3, с. 60]. Адже ці права безпосередньо пов'язані з участю громадян у державно-політичних процесах, формуванні органів державної влади та місцевого самоврядування, вирішенні суспільно-значимих публічних справ, тобто як суб'єктів якраз публічно-правових відносин. Зазначені права визначаються суто публічно-правовими нормами (конституційного та адміністративно-правового характеру) і стосуються лише громадян України, виступають елементами їх особливого політико-правового зв'язку з державою як вищою формою реалізації суверенної влади в українському громадянському суспільстві.

Згідно з положеннями Конституції України до групи політичних прав і свобод громадян України належать: 1) право на об'єднання в політичні партії та громадські організації (ст. 36); 2) право на громадянство (статті 4, 25, 26); 3) свобода слова, думки, поглядів та переконань (ст. 34); 4) свобода збирання, зберігання, використання і поширення інформації (ст. 34); 5) свобода мітингів, зборів, походів і демонстрацій (ст. 39); 6) право обирати і бути обраним (ст. 38); 7) право брати участь в управлінні державними справами, приймати рішення шляхом голосування на всеукраїнському і місцевому референдумах (ст. 38); 8) право направляти індивідуальні та колективні письмові звернення або особисто звертатися до органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб, отримувати на них обґрунтовану відповідь у встановлений законом строк (ст. 40); 9) право на відшкодування шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями та бездіяльністю органів державної влади, місцевого самоврядування, їх посадовими і службовими особами (ст. 32, 62); 10) право на оскарження рішень, дій та бездіяльності суб'єктів владних повноважень (ст. 55).

За КАС України в адміністративному судовому процесі можуть захищатися практично всі порушені чи обмежені *суб'єктивні політичні права та свободи громадян*. Так, згідно з Кодексом до адміністративної юрисдикції

належить вирішення спорів: з приводу прийняття громадян на публічну службу, їх проходження та звільнення з неї (п. 2 частини другої ст. 17); з правовідносин, пов'язаних з виборчим процесом і процесом референдуму (п. 6 частини другої ст. 17); про тимчасову заборону (зупинення) окремих видів діяльності, всієї діяльності, примусовий розпуск (ліквідацію) об'єднання громадян (пункти 1 і 2 частини четвертої ст. 50); про усунення обмежень в реалізації права на мирні зібрання (ст. 183); вимоги про відшкодування шкоди, завданої протиправними рішеннями, діями чи бездіяльністю суб'єкта владних повноважень (якщо вони заявлені в одному провадженні з вимогою вирішити публічно-правовий спір) (частина друга ст. 21). Крім того, згідно із загальним приписом, встановленим у п. 1 частини другої ст. 17 КАС України, громадянин може звернутися до адміністративного суду для оскарження будь-якого рішення, дії чи бездіяльності суб'єкта владних повноважень (в тому числі пов'язаних з неналежним розглядом звернень та інформаційних запитів), якщо він вважає, що ними порушені чи обмежені його права, свободи або законні інтереси.

Найбільш складний та численний об'єкт захисту в адміністративному судочинстві становлять *соціальні* права громадян, передусім на соціальне та пенсійне забезпечення, захист у випадку безробіття (ст. 46 Основного Закону України). Оскільки встановлення цих прав відбувається на реалізацію соціальної функції держави та практично забезпечується діяльністю відповідних уповноважених органів виконавчої влади (соціального захисту, страхування, пенсійного фонду тощо) (без перших неможливе здійснення останніх), то їх захист, безсумнівно, має відбуватися в адміністративній юстиції.

Сьогодні до юрисдикції адміністративних судів належать усі справи щодо спорів фізичних осіб з суб'єктами владних повноважень з приводу обчислення, призначення, перерахунку, здійснення, надання, одержання пенсійних виплат, соціальних виплат непрацездатним громадянам, виплат за загальнообов'язковим державним соціальним страхуванням, виплат та пільг

дітям війни, інших соціальних виплат, доплат, соціальних послуг, допомоги, захисту, пільг (п. 4 частини першої ст. 18 КАС України).

Не можна не зазначити, що існуючі ресурси держави об'єктивно не задовольняють у повному обсязі фінансування всього масиву чинних соціальних пільг, доплат і виплат. Чимало з них встановлені та діють ще з радянських часів (як елемент механізму соціалістичної системи). Отже, перелік та види цих пільг потребують кардинального реформування, переходу до забезпечення надання адресної допомоги та компенсацій з боку держави тільки для дійсно соціально незахищених, непрацевдатних та тих, які мають значні заслуги перед Батьківщиною, громадян. Але поки держава лише поступово рухається цим шляхом. Тому, згідно з даними судової статистики, в 2011 році з 3 млн. 778 тис. справ, які перебували на розгляді по першій інстанції в судах адміністративної юрисдикції, 3 млн. 410 тис. (90,3 %) становили справи із спорів з приводу реалізації публічної політики у сферах зайнятості та соціального захисту громадян [7].

Щодо *особистих (громадянських)* основних прав і свобод особи, то враховуючи їх виняткову соціальну цінність й нерозривну пов'язаність з особою, набуття від народження та неможливість скасування або припинення, для захисту цих індивідуальних конституційних гарантій і можливостей застосовуються всі існуючі форми правосуддя в Україні (не лише адміністративна судова). Зокрема, права: на життя (ст. 27 Основного Закону); на свободу та особисту недоторканність (ст. 29); на недоторканість житла, неприпустимість незаконного вторгнення або проникнення до нього (ст. 30); на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції (ст. 31); на неприпустимість втручання в особисте і сімейне життя (ст. 32) – захищаються в кримінальному провадженні. Для здійснення судового контролю за їх дотриманням КПК України (п. 18 частини першої ст. 3) передбачає запровадження роботи в місцевих (районних, міських, міськрайонних) судах слідчих суддів (обираються зборами суддів з числа суддів таких судів). Функції слідчого судді, який здійснює розгляд клопотань щодо проведення негласних слідчих (розшукових) дій, виконує голова чи за

його визначенням інший суддя Апеляційного суду Автономної Республіки Крим, апеляційного суду області, міст Києва та Севастополя (ст. 247 цього Кодексу). У разі порушення права фізичної особи на повагу її гідності (ст. 28 Конституції України) вона має звертатися до судів цивільної юрисдикції (постанова Пленуму Верховного Суду України від 27 лютого 2009 р. № 1 «Про судову практику у справах про захист гідності та честі фізичної особи, а також ділової репутації фізичної та юридичної особи») [8].

Разом з тим, об'єкт адміністративного судового захисту становлять окремі особисті (громадянські) права особи, якщо вона вступає у відносини з власне публічною адміністрацією, яка виконує владні управлінські функції на основі законодавства. Але до цієї групи забезпечуваних адміністративною юстицією належать, головним чином, громадянські свободи, належна реалізація яких потребує утримання від втручання в цей процес представників влади, а саме: свобода пересування, вільного вибору місця проживання, вільного залишення території України та повернення (для громадян) (ст. 33 Конституції). Зазначене право (свобода), зокрема, може порушуватися в діяльності Державної міграційної служби, Державної прикордонної служби, органів МВС тощо. Їх рішення, дії, бездіяльність, вчинені на порушення вимог законів України «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні», «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства», «Про біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту» та інших можуть бути предметом оскарження заінтересованими особами до адміністративних судів.

Крім того, під юрисдикцією адміністративного судового захисту перебуває й свобода світогляду і віросповідання (ст. 35 Основного Закону) (наприклад, коли органи державної податкової служби незаконно не проставляють у паспорті особі, яка через свої релігійні або інші переконання відмовляється від прийняття ідентифікаційного номера, відмітку про право здійснювати фінансові операції без такого номера (ст. 70 ПК України); або органи реєстрації не реєструють статус релігійної громади чи неправомірно скасовують його реєстрацію тощо). Допустимим згідно з п. 2 частини першої ст. 18 КАС України є і оскарження до адміністративних судів порушення права на свободу

та особисту недоторканність (ст. 29 Конституції), зокрема, у спосіб застосування незаконного адміністративного затримання, доставлення чи особистого огляду в рамках провадження у справах про адміністративні правопорушення (статті 259, 261, 264 КУпАП).

Приватний, а не публічний характер мають визначені Конституцією та розвинуті в поточному законодавстві *економічні* права і свободи людини та громадянина (право володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності (ст. 41); право кожного на підприємницьку діяльність (ст. 42)). Разом з тим, за певних умов реалізація цих суб'єктивних прав неможлива без сприяння цьому з боку виконавчих органів держави чи місцевого самоврядування, що робиться в інтересах як самих цих осіб, так і суспільства, правопорядку в цілому. Так, з метою забезпечення законності у сфері економічних відносин держава (через відповідні органи) здійснює реєстрацію прав на об'єкти нерухомості, транспортні засоби, земельні ділянки, винаходи та інші об'єкти інтелектуальної власності, підприємницької діяльності та її ліцензування тощо. Чи, навпаки, в процесі вирішення публічних справ можуть обмежуватися чи припинитися права приватної власності (наприклад, реквізиція землі чи об'єкта нерухомості для проведення будівництва суспільно значимої транспортної споруди або шляху з наданням відповідного відшкодування та ін.). В усіх цих випадках, коли особа вступає у процесі реалізації своїх економічних прав у відносини з апаратом публічної влади або представники останнього обмежують відповідні економічні громадянські права та свободи, їх носій може звертатися за захистом та відновленням цих прав або свобод до адміністративного суду (наприклад, з метою зобов'язання: державного реєстратора провести реєстрацію підприємницької діяльності фізичної особи, органа місцевого самоврядування – видати акт на право володіння чи користування земельною ділянкою, суб'єкта владних повноважень – утриматися від вчинення дій, які порушують право власності особи).

Зазначені можливості судового адміністративного захисту поширюються й на *культурні (духовні)* права людини і громадянина (право на освіту (ст. 53); на

свободу літературної, художньої, наукової і технічної творчості (ст. 54 Конституції), коли їх порушення чи обмеження відбувається в діяльності органів державної влади, місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб, інших суб'єктів при реалізації ними владних управлінських функцій. А.В. Ільїн називає культурні та соціальні права, реалізація яких передбачає їх фінансування з бюджету, суб'єктивними публічними правами громадян *на послуги з боку держави*, «правами на відповідні позитивні дії компетентних державних органів в інтересах особи» [9, с. 142, 156].

Порівняно новий для вітчизняної правової системи блок суб'єктивних прав, які поряд з власне адміністративними (виходячи зі змісту частини першої ст. 2 КАС України) підлягають захисту в адміністративному судовому процесуальному порядку, складають права, що випливають із конституційного права громадян – жителів села чи добровільного об'єднання у сільську громаду жителів кількох сіл, селища, міста – самостійно вирішувати питання місцевого значення в межах Конституції і законів України (ст. 140 Основного Закону) (право на місцеве самоврядування). Ці права мають головним чином політичний характер, а отже, є за своєю природою публічно-правовими. *Індивідуальними* муніципальними є, зокрема, такі права громадян:

- брати участь у місцевому самоврядуванні;
- вільно обирати і бути обраними до органів місцевого самоврядування;
- бути ініціаторами місцевого референдуму та брати участь у його проведенні;
- на індивідуальні та колективні звернення до органів місцевого самоврядування та їх посадових осіб;
- на рівний доступ служби в органах місцевого самоврядування;
- на одержання повної і достовірної інформації про діяльність органів місцевого самоврядування та їх посадових осіб тощо [10, с. 105–114].

Не лише зазначені вище права, пов'язані власне з реалізацією громадянами можливостей місцевої демократії, а й громадянські, економічні, культурні права та свободи особи підлягають забезпеченню в діяльності органів місцевого самоврядування та їх виконавчих органів і посадових осіб, як частини публічної

ПИТАННЯ ЮРИДИЧНОЇ ТЕОРІЇ І ПРАКТИКИ

адміністрації, коли відповідний обов'язок покладається на останніх законодавством. Адже, наприклад, на базовому рівні місцевого самоврядування (село, селище, місто (крім міст Києва і Севастополя)) держава не має своїх виконавчих структур, і тому в порядку реалізації делегованих повноважень її функції щодо забезпечення прав приватних осіб здійснюють виконкоми місцевих рад (статті 27–38 Закону України «Про місцеве самоврядування»). Тому, якщо у процесі муніципального управління органи місцевого самоврядування неналежно виконують свої законодавчо або статутами територіальних громад визначені функції зі сприяння реалізації прав громадян або порушують чи обмежують відповідні права і свободи приватних осіб (наприклад, під час проведення виконкомами міських чи районних у місті рад реєстрації підприємницької діяльності; прийняття рішень, якими зачіпаються права приватної власності, вирішуються питання функціонування комунальних закладів освіти, охорони здоров'я, музеїв, розміщення закладів торгівлі, побутових послуг, надання дозволів на будівництво тощо), то їх рішення, дії або бездіяльність з цього приводу підлягають оскарженню до адміністративної юстиції.

Питання з'ясування природи суб'єктивних прав особи (чи є вони адміністративними, чи муніципальними) у публічно-правових відносинах має не лише теоретичне, а й практичне значення (з точки зору забезпечення оперативності їх судового захисту). Зокрема, з урахуванням вимог принципу доступності правосуддя, згідно з КАС України (статті 18, 19) порушені права особи в діяльності органів місцевого самоврядування підлягають захисту більш наближеними до членів територіальних громад сіл, селищ, міст районного значення загальними місцевими судами (районними, міськими, міськрайонними), а в роботі органів виконавчої влади – окружними адміністративними судами, які розташовуються в містах обласного значення (для оскарження дій та бездіяльності посадових і службових осіб місцевих органів виконавчої влади встановлена альтернативна предметна підсудність; належним судом за вибором позивача може бути як місцевий загальний, так і окружний адміністративний суд за місцезнаходженням відповідача).

Висновок. Отже, національна модель адміністративної юстиції дотримується з концепції «об'єктивного» (так званого «широкого») судового контролю за публічною адміністрацією. Це обумовлює допустимість захисту в ній як основних, так і визначених на законодавчому та підзаконному рівні прав, свобод та «законних інтересів» фізичних осіб. При цьому природа цих прав і свобод може бути як публічною (коли їх зміст впливає з приписів норм конституційного, адміністративного або муніципального права), так і приватноправовою (наприклад, економічні права). Вихідне значення для визначення способу судового захисту (адміністративне чи інше спеціалізоване судочинство) суб'єктивних прав особи має обставина їх фактичного порушення в публічно-правових відносинах, у процесі роботи суб'єктів владних повноважень при здійсненні ними владних управлінських функцій на основі законодавства (частина перша ст. 2 КАС України). Захисту в адміністративному судочинстві в Україні підлягають основні політичні, соціальні та культурні права громадян, реалізація яких потребує сприяння з боку держави (у певних випадках не порушення). Питання належності до захисту в адміністративних судах економічних та громадянських прав є питанням тлумачення. Воно потребує вирішення в кожному окремому випадку зі встановленням ознак та природи правовідносин, в яких мало місце їх порушення чи неправомірне обмеження, а також з'ясування наявності іншої форми судового захисту (цивільної, господарської чи кримінальної процесуальної тощо). Зазначене окреслює глобальність порушеної проблематики та практичну значимість її глибокого наукового вивчення. Оскільки від цього залежить ефективність роботи вітчизняних судів в інтересах захисту прав і свобод людини й громадянина.

Список використаних джерел

- 1. Scherzberg A. Individual Right in German Public Law [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.uni-erfurt.de/fileadmin/user-docs/Oeffentliches_Recht/Internetpubli/indrighs_germanpubliclaw08.pdf*
- 2. Селіванов А.О. Конституційна юрисдикція: поняття, зміст, принцип*

верховенства права, правові позиції по справах прав людини і конституційних конфліктів у сфері публічної влади / А.О. Селіванов. – К. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2008. – 120 с.

3. Адміністративне право України: Підручник / Ю.П. Битяк, В.М. Гаращук, О.В. Дьяченко та ін.; за ред. Ю.П. Битяка. – К. : Юрінком Інтер, 2004. – 544 с.

4. Лазур В.Я. Деякі аспекти класифікації прав громадян у сфері державного управління // Держава і право. Збірник наукових праць. – 2009. – № 46 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.nbuv.gov.ua/portal/soc_gum/dip/2009_46/5-6.pdf

5. Закон України «Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції» від 17.07.1997 р. № 475/97-ВР [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=475%2F97-%E2%F0>

6. Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод у практиці судів України / А.Г. Ярема, Л.І. Григор'єва, В.І. Гуменюк та ін. – К., 2008. – 329 с. – С. 174, 206.

7. Аналітичні таблиці щодо стану здійснення правосуддя у 2011 році [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://court.gov.ua/sudova_statystyka/analitical11/

8. Постанова Пленуму Верховного Суду України від 27 лютого 2009 р. № 1 «Про судову практику у справах про захист гідності та честі фізичної особи, а також ділової репутації фізичної та юридичної особи» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/v_001700-09

9. Ильин А.В. Разрешение судами споров, возникающих по поводу распределения бюджетных средств. – М. : Инфотропик Медиа, 2011. – 208 с.

10. Права громадян у сфері виконавчої влади: адміністративно-правове забезпечення реалізації та захисту. Наукове видання / Авер'янов В.Б., Бояринцева М.А., Кресіна І.А., Лук'янець Д.М. та ін. / За ред. В.Б. Авер'янова. – К. : Наукова думка, 2007. – 586 с.

Константий О.В. Види прав і свобод фізичних осіб, які захищаються в національній системі судового контролю за публічною адміністрацією

У статті розглядаються питання видів та природи прав і свобод людини й громадянина, які можуть захищатися в адміністративному судочинстві в Україні. Підкреслюється важливість зазначеної проблематики та складність її практичного вирішення при обранні належного способу судового захисту індивідуальних правових можливостей у стосунках з апаратом публічної влади. Матеріал статті може бути корисний для цілей практичного вирішення питань розмежування компетенції між судами адміністративної, цивільної і господарської судових юрисдикцій, пізнання суті національної моделі адміністративної юстиції загалом.

Ключові слова: права і свободи, суб'єктивні права, публічна адміністрація, адміністративне судочинство, судовий захист, управлінські відносини, громадянин.

Константый О.В. Виды прав и свобод физических лиц, защищаемых в национальной системе судебного контроля за публичной администрацией

В статье рассматриваются вопросы видов и природы прав и свобод человека и гражданина, которые могут защищаться в административном судопроизводстве в Украине. Подчеркивается важность указанной проблематики и сложность ее практического решения при выборе надлежащего способа судебной защиты индивидуальных правовых возможностей в отношениях с аппаратом публичной власти. Материал статьи может быть полезен для целей практического решения вопросов разграничения компетенции между судами административной, гражданской и хозяйственной судебных юрисдикций, познания сущности национальной модели административной юстиции в целом.

Ключевые слова: права и свободы, субъективные права, публичная администрация, административное судопроизводство, судебная защита, управленческие отношения, гражданин.

Konstantyi O.V. Kinds of rights and freedoms of individuals, who are being protected under national system on judicial control over the public administration

The article examines the types and nature of the rights and freedoms of man and citizen, which can be protected in administrative justice in Ukraine. Emphasizes the importance of this perspective and its practical complexity of the decision in choosing the proper method of judicial protection of individual legal options in relation to the apparatus of public power. The material can be useful for practical solutions to problems the distribution of competence between the courts of administrative, civil and economic legal jurisdictions, the knowledge of the essence of the national model of administrative justice as a whole.

Key words: law and liberty, subjective rights, public administration, administrative proceedings, judicial protection, administrative relations, citizen.



Правонаступництво при утворенні та припиненні центрального органів виконавчої влади

Повар Павло Олександрович,
*доцент кафедри господарського права Київського
національного університету імені Тараса Шевченка,
кандидат юридичних наук*

УДК 346.13: 347.191.6

Традиційно в цивілістичній та господарсько-правовій науках при дослідженні відносин, пов'язаних із реорганізацією та ліквідацією юридичних осіб та суб'єктів господарювання, відповідно, звертається увага на проблему правонаступництва. Зокрема, правонаступництво розглядається як ознака розмежування реорганізації від ліквідації. Наука цивільного права досліджує інститут правонаступництва (наступництва у правах та обов'язках) відповідно до предмета регулювання цивільного права і, таким чином, розкриває особливості наступництва у цивільних правах та обов'язках, в тому числі і у випадку реорганізації юридичних осіб (слід уточнити – юридичних осіб приватного права). Це обумовлює особливий зміст поняття « правонаступництва » та споріднених з ним понять (« правонаступник », « правопопередник » тощо) у цивільному праві. Предметом регулювання господарського права виступають не лише господарсько-виробничі відносини [1, частина п'ята ст. 3], але й організаційно-господарські, що складаються між суб'єктами господарювання та суб'єктами організаційно-господарських повноважень у процесі управління господарською діяльністю [1, частина шоста ст. 3 ГК]. Разом з тим, переважно дослідження стосуються питань правонаступництва у майнових відносинах при реорганізації та ліквідації суб'єктів господарювання, що перекликаються з відповідними цивілістичними дослідженнями щодо юридичних осіб. Отож без належної уваги залишаються питання правонаступництва в організаційно-господарських відносинах у цілому, а також, зокрема, при утворенні та припиненні як суб'єктів

господарювання, так і суб'єктів організаційно-господарських повноважень. Крім того, комплексність теоретичного дослідження правового регулювання утворення та припинення суб'єктів господарського права вимагає врахування та включення по мірі необхідності до об'єкта дослідження різногалузевих за своєю природою правовідносин, що виникають, змінюються та припиняються при утворенні та припиненні суб'єктів господарського права, не обмежуючись лише господарськими правовідносинами.

Одним із різновидів суб'єктів організаційно-господарських повноважень виступають органи державної влади, зокрема, центральні органи виконавчої влади (далі – ЦОВВ). Останнім часом вітчизняна практика правозастосування відзначилися суттєвими змінами у системі ЦОВВ, зумовленими утворенням і припиненням значної кількості ЦОВВ, перерозподілом, визначенням функцій та повноважень утворених та існуючих ЦОВВ. Цей процес було започатковано Указом Президента України «Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади» від 9 грудня 2010 р. № 1085/2010 [2] (далі – Указ № 1085). Також вдосконалено нормативну базу. Вперше законодавчо – у Законі України «Про центральні органи виконавчої влади» від 9 квітня 2011 р. [3] (далі – Закон про ЦОВВ) – урегульовано питання утворення та припинення міністерств та інших ЦОВВ. У розвиток положень зазначеного закону постановою КМУ від 20 жовтня 2011 р. № 1074 затверджено Порядок здійснення заходів, пов'язаних з утворенням, реорганізацією або ліквідацією міністерств, інших центральних органів виконавчої влади [4] (далі – Порядок).

Наведене обумовлює мету цієї статті, якою є дослідження питань правонаступництва при утворенні та припиненні органів виконавчої влади (на прикладі ЦОВВ) з урахуванням новацій національного законодавства та новітньої практики правозастосування, які в силу новизни ще не висвітлювалися у спеціальній літературі.

В актах Президента України та КМУ, присвячених утворенню та припиненню ЦОВВ, терміну « правонаступництво » та похідним від нього термінам, а також пов'язаному з ним терміну « реорганізація » надаються інші, особливі значення, на противагу їхньому розумінню в науках цивільного права та господарського права щодо юридичних осіб приватного права та суб'єктів господарювання, відповідно. Публічно-правова природа відносин, що

складають предмет регулювання згаданих правових актів, визначає і основний зміст вживаних у цих актах понять правонаступництва та реорганізації ЦОВВ. Оскільки головною метою утворення та призначенням ЦОВВ є здійснення державних функцій та реалізація владних повноважень, то визначальним у правовій регламентації процесів утворення та припинення ЦОВВ є розподіл та встановлення функцій та повноважень ЦОВВ. Зокрема, необхідність забезпечення здійснення повноважень органів державної влади та безперервності їх реалізації пояснює визначення ліквідації, як форми припинення ЦОВВ, що може поєднуватися з передачею повноважень та функцій ЦОВВ, що ліквідується, до інших органів виконавчої влади, визначених відповідним актом Президента України [3, частина восьма ст. 5; 4, п. 6].

Слід зазначити, що розподіл або зміна функцій та повноважень ЦОВВ, може здійснюватися, *по-перше*, як у поєднанні з процесами утворення (шляхом новоутворення або реорганізації) та припинення органів (шляхом реорганізації або ліквідації), так і, *по-друге*, без здійснення таких процесів (наприклад, у випадку передачі функцій та повноважень між існуючими органами).

Можна виділити *два способи наділення* функціями та повноваженнями органів: 1) *первісний спосіб*: має місце при наділенні органу функціями та повноваженнями, не визначеними раніше змістовно у законодавстві та/або не закріпленими за конкретним органом державної влади; 2) *похідний спосіб*: коли функції та повноваження передаються від одного органу, що функціонує на момент передачі, до іншого органу чи органів – новоутвореного, утвореного шляхом реорганізації або ж існуючого.

Доля органів, функції та повноваження яких передаються іншому органу чи органам, може бути різною: 1) орган продовжує діяльність із зміненим колом функцій та повноважень, що відображається у змінах у положенні про відповідний орган або ж у затвердженні нового положення; 2) орган припиняє свою діяльність внаслідок застосування до нього процедур реорганізації або ліквідації.

Функції та повноваження органів виконавчої влади можуть закріплюватися або переходити до органу (-ів): 1) новоутвореного (-них); 2) утвореного (-них) шляхом реорганізації; 3) існуючого (-их) органу (-ів).

При цьому залежно від кола органів – учасників відносин із передачі функцій та повноважень останні можуть передаватися: 1) між учасниками процесів утворення та припинення (новоутвореними органами, органами, що утворюються внаслідок реорганізації, та органами, що припиняються внаслідок реорганізації або ліквідації); 2) між згаданими учасниками та існуючими органами; 3) між існуючими органами.

Різною є юридична техніка викладення в актах Президента України правових приписів, пов'язаних із питаннями правонаступництва при утворенні та припиненні ЦОВВ. Можна виділити декілька випадків.

1. Термін « правонаступник » вживається стосовно відносин за участю ЦОВВ без будь-яких застережень. Наприклад, в Указі № 1085, який містить рішення про утворення, реорганізацію та ліквідацію конкретних ЦОВВ, у пункті 5 закріплено загальний припис, згідно з яким міністерства та інші ЦОВВ, що утворюються шляхом реорганізації інших ЦОВВ, є *правонаступниками органів, які реорганізуються* . Таким чином, відсутні застереження щодо кола питань, що можуть бути предметом правонаступництва. Таке формулювання охоплює випадки правонаступництва будь-яких прав та обов'язків незалежно від їх галузевої природи.

Така юридична техніка зустрічається і в інших актах Президента, які видані пізніше та в розвиток положень Указу № 1085. Для прикладу, Указом Президента України від 12 травня 2011 р. № 583/2011 постановлено, що Державне агентство з інвестицій та управління національними проектами України є правонаступником Державного агентства України з управління національними проектами та Державного агентства України з інвестицій та розвитку [5, п. 2].

2. В окремих випадках питання правонаступництва формулюються з деталізацією окремих положень. Так, згідно з Указом № 1085 утворено Державне агентство рибного господарства України шляхом реорганізації Державного комітету рибного господарства України. Указом Президента України від 16 квітня 2011 р. № 484/2011 встановлено, що таке Державне агентство є правонаступником зазначеного комітету, *у тому числі за укладеними міжнародними договорами України, стороною в яких є Державний комітет рибного господарства України* [6, п. 2].

3. Приписи формулюються з визначенням правонаступництва у частині реалізації державної політики. Наприклад, згідно з Указом № 1085 утворено Державне агентство України з управління державними корпоративними правами та майном шляхом реорганізації Міністерства промислової політики України. Відповідно до Указу Президента України від 13 квітня 2011 р. № 451/2011 встановлено, що таке агентство є правонаступником зазначеного міністерства у частині реалізації державної політики щодо управління об'єктами державної власності [7, п. 2]. Таким чином, у пізнішому акті обсяги правонаступництва визначено вужче.

4. правонаступництво у правах та обов'язках може мати місце при ліквідації *урядових органів*, що діяли в системі міністерств та інших ЦОВВ, та утворенні нового ЦОВВ. Підставою для ліквідації урядових органів слугує положення пп. 4 п. 7 Указу № 1085, згідно з яким Кабінету Міністрів України доручено вжити заходів щодо ліквідації урядових органів у системі ЦОВВ. Рішення про ліквідацію урядових органів викладено у постанові КМУ від 28 березня 2011 р. № 346 «Про ліквідацію урядових органів» [8]. Так, Указом № 1085 постановлено утворити Державну архітектурно-будівельну інспекцію України, поклавши на цю інспекцію функції з реалізації державної політики з питань державного архітектурно-будівельного контролю. Таке формулювання дає підстави стверджувати про утворення нового органу ЦОВВ. Пізніше Указом Президента України від 8 квітня 2011 р. № 439/2011 [9] встановлено, що вказана інспекція є правонаступником *прав та обов'язків* Державної архітектурно-будівельної інспекції – урядового органу, що діяв у системі Міністерства регіонального розвитку та будівництва України, Державної житлово-комунальної інспекції – урядового органу, що діяв у системі Міністерства житлово-комунального господарства України, з питань державного архітектурно-будівельного контролю, контролю у сфері житлово-комунального господарства [9, п. 2]. Привертає увагу те, що об'єктом правонаступництва є права та обов'язки відповідних урядових органів, що стосуються питань державного архітектурно-будівельного контролю, контролю у сфері житлово-комунального господарства.

Інший приклад, відповідно до Указу № 1085 постановлено утворити Державне агентство з енергоефективності та енергозбереження України,

реорганізувавши Національне агентство України з питань забезпечення ефективного використання енергетичних ресурсів. Пізніше, Указом Президента України від 13 квітня 2011 р. № 462/2011 постановлено, що зазначене Державне агентство є правонаступником згаданого Національного агентства та Державної інспекції з енергозбереження – урядового органу державного управління, що діяв у системі Національного агентства [10, п. 2]. Останній приклад ілюструє, як актом Президента України уточнюються питання правонаступництва ЦОВВ.

5. Трапляються і більш складні випадки визначення правонаступника. Так, згідно із Указом № 1085 утворено (1) Міністерство інфраструктури України, (2) Державну автотранспортну службу України, (3) Державну авіаційну службу України, (4) Державну службу зв'язку України, (5) Державну службу морського та річкового транспорту України шляхом реорганізації Міністерство транспорту та зв'язку України, а також покладено на Міністерство, що утворюється, функції з реалізації державної політики у сфері туризму. Пізніше Указом Президента України від 12 травня 2011 р. № 581/2011 встановлено, що Міністерство інфраструктури України є правонаступником Міністерства транспорту та зв'язку України *(крім прав та обов'язків, пов'язаних із реалізацією функцій у сфері телекомунікацій, користування радіочастотним ресурсом України, надання послуг поштового зв'язку)*, а також Міністерства культури і туризму України *в частині функцій з реалізації державної політики у сфері туризму* [11, п. 2].

Інший приклад. Згідно із Указом № 1085 утворено Міністерство економічного розвитку і торгівлі України, шляхом реорганізації Міністерства економіки України, а також покладено на Міністерство, що утворюється, функції у сфері реалізації державної регуляторної політики, державної політики з питань розвитку підприємництва, регулювання цінової політики (крім питань реєстрації юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців). Пізніше, Указом Президента України від 31 травня 2011 р. № 634/2011 встановлено, що Міністерство економічного розвитку і торгівлі України є правонаступником: Міністерства економіки України; Міністерства промислової політики України *в частині формування та реалізації промислової політики*; Державного комітету України з питань регуляторної політики та підприємництва *в частині формування та реалізації державної регуляторної політики, державної*

політики з питань розвитку підприємництва, ліцензування та дозвільної системи у сфері господарської діяльності; Державної служби технічного регулювання України в частині формування та реалізації державної політики у сфері технічного регулювання, а також формування та реалізації державної політики у сфері захисту прав споживачів (крім функцій з реалізації державної політики з питань державного контролю у сфері захисту прав споживачів; функцій з формування та реалізації державної політики з питань безпеки харчових продуктів) [12].

Наведене вище, а також аналіз положень чинного законодавства, на нашу думку, дає підстави для висновку, що при утворенні та припиненні ЦОВВ слід, зокрема, розрізняти, *по-перше*, правонаступництво у завданнях, функціях та повноваженнях як складових категорії компетенції органу виконавчої влади. *По-друге*, правонаступництво щодо конкретних управлінських (організаційних) прав та обов'язків, що складають зміст відповідних правовідносин. І, *по-третє*, правонаступництво у майнових приватних правовідносинах, в яких ЦОВВ виступає як юридична особа приватного права. Це необхідно враховувати як при правотворчості, так і при тлумаченні та правозастосуванні відповідних правових положень. Для прикладу, можуть виникати складнощі, пов'язані із тлумаченням терміну « правонаступник » та споріднених з ним термінів у нормах Порядку. З одного боку, його норми регулюють відносини припинення, яким охоплюються і ліквідація, і реорганізація ЦОВВ, тому можна припустити що термін « правонаступник » вживається лише щодо випадку реорганізації. З іншого, у ньому регламентовано питання щодо правонаступництва у завданнях та функціях ЦОВВ, яке може мати місце і у випадку ліквідації ЦОВВ.

Представляє інтерес дослідження правового механізму передачі (переходу) функцій і повноважень органів виконавчої влади та початку їх виконання та здійснення.

Законодавчі основи такого механізму закладені у частині сьомій ст. 5 Закону про ЦОВВ. Більш детальніше питання правонаступництва у повноваженнях та функціях та початку їх реалізації регламентовано (відзначимо: вперше на нормативному рівні) у Порядку. Виходячи з його положень, можна виділити наступні основні елементи правового механізму здійснення такого правонаступництва.

1. Прийняття та набуття чинності Указу Президента про утворення та припинення певних центральних органів виконавчої влади.

2. Призначення керівника утвореного ЦОВВ. На призначеного керівника покладено обов'язок забезпечити здійснення заходів, зокрема, пов'язаних з: (1) державною реєстрацією такого органу як юридичної особи публічного права, яка повинна бути здійснена у триденний строк зі дня набрання чинності актом Президента України про призначення керівника новоутвореного міністерства, іншого ЦОВВ [3, частина шоста ст. 5]; (2) підготовкою проекту положення про зазначений орган (такий проект повинен закріплювати за ЦОВВ повноваження та функції, які є об'єктом правонаступництва); (3) підготовкою пропозицій щодо встановлення граничної чисельності працівників такого органу; (4) затвердженням відповідно до закону структури та штатного розпису апарату даного органу і кошторису [4, п. 11];

3. Згідно з п. 12 Порядку ЦОВВ, *утворений у результаті реорганізації*, здійснює повноваження та виконує функції у визначених Президентом України сферах компетенції зі дня набрання чинності актом КМУ щодо можливості забезпечення здійснення таким органом повноважень та виконання функцій органу виконавчої влади, що припиняється. Водночас ЦОВВ, щодо якого набрав чинності акт Президента України про його припинення, продовжує здійснювати повноваження та виконувати функції з формування і реалізації державної політики у визначеній Президентом України сфері до набрання чинності згаданим актом КМУ.

4. Акт КМУ про можливість забезпечення здійснення утвореним ЦОВВ повноважень та виконання функцій ЦОВВ, що припиняється, видається після настання наступних юридичних фактів: 1) здійснення заходів, пов'язаних із державною реєстрацією утвореного ЦОВВ як юридичної особи публічного права; 2) затвердження положення про нього, структури та штатного розпису його апарату, кошторису та заповненням 30 відсотків вакансій.

Зауважимо, що проаналізовані положення Порядку безпосередньо стосуються випадку, пов'язаного з реорганізацією ЦОВВ, що супроводжується утворенням нового ЦОВВ, а відтак є підстави вважати, що Порядком не регламентовано випадки правонаступництва у функціях та повноваженнях у разі: 1) реорганізації ЦОВВ шляхом приєднання; 2) ліквідації ЦОВВ,

повноваження якого переходять до існуючого ЦОВВ. Крім того, правонаступництво у функціях та повноваженнях може мати місце і при ліквідації органу (-ів) виконавчої влади та утворення нового (их) органів без застосування реорганізації. Останнє часто має місце на практиці щодо органів виконавчої влади, не лише ЦОВВ.

У підсумку, узагальнено до результатів проведеного дослідження можна віднести наступні положення.

1. При утворенні нового (-их) ЦОВВ, при їх реорганізації та ліквідації важливе значення має належне правове забезпечення передачі функцій та повноважень від органів, що припиняються, до інших органів виконавчої влади.

2. Пропонується розрізняти випадки розподілу або зміни функцій та повноважень ЦОВВ залежно від поєднання цих процесів із процесами утворення та/або припинення органів виконавчої влади. Також запропоновано виділяти первісний та похідний способи наділення функціями та повноваженням органів виконавчої влади. Класифіковано правонаступництво у функціях та повноваженнях залежно від долі органів, функції та повноваження яких передаються іншому органу чи органам; залежно від органу, до яких передаються функції та повноваження; залежно від кола органів – учасників відносин із передачі функцій та повноважень.

3. При правотворчості, тлумаченні та правозастосуванні правових положень щодо утворення та припинення ЦОВВ слід, зокрема, розрізняти: 1) правонаступництво у завданнях, функціях та повноваженнях, як складових категорії компетенції органу виконавчої влади; 2) правонаступництво щодо конкретних управлінських (організаційних) прав та обов'язків, що складають зміст відповідних правовідносин; 3) правонаступництво у майнових приватних правовідносинах, в яких ЦОВВ виступає як юридична особа приватного права.

4. Визначено основні елементи правового механізму здійснення такого правонаступництва у повноваженнях та функціях ЦОВВ та початку їх реалізації.

Перспективними вбачаються продовження та поглиблення досліджень проблем правонаступництва при припиненні суб'єктів господарювання з метою розроблення теоретичних положень та практичних пропозицій щодо вдосконалення національного законодавства та практики правозастосування.

Список використаних джерел

1. *Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р. // ВВР України. – 2003. – № 18, № 19 – 20, № 21–22. – Ст. 144.*
2. *Указ Президента України «Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади» від 9 грудня 2010 р. № 1085/2010 // Офіційний вісник Президента України. – 2010. – № 32. – Ст. 1026.*
3. *Закон України «Про центральні органи виконавчої влади» від 17 березня 2011 р. // Голос України. – 09.04.2011. – № 65.*
4. *Порядок здійснення заходів, пов'язаних з утворенням, реорганізацією або ліквідацією міністерств, інших центральних органів виконавчої влади, затверджений постановою КМУ України від 20 жовтня 2011 р. № 1074 // Урядовий кур'єр. – 2011. – 29.10.2011. – № 201.*
5. *Указ Президента України від 12 травня 2011 р. № 583/2011 «Про Державне агентство з інвестицій та управління національними проектами України» // Урядовий кур'єр. – 2011. – 02.06.2011 – № 99.*
6. *Указ Президента України «Про Державне агентство рибного господарства України» від 16 квітня 2011 р. № 484/2011 // Офіційний вісник України. – 2011. – № 31. – Ст. 1324.*
7. *Указ Президента України «Про Положення про Державне агентство України з управління державними корпоративними правами та майном» від 13 квітня 2011 р. № 451/2011 // Офіційний вісник Президента України – 2011. – № 11. – Ст. 614.*
8. *Постанова КМУ «Про ліквідацію урядових органів» від 28 березня 2011 р. № 436. // Урядовий кур'єр. – 2011. – 08.04.2011. – № 64.*
9. *Указ Президента України «Про Положення про Державну архітектурно-будівельну інспекцію України» від 8 квітня 2011 р. № 439/2011 // Офіційний вісник Президента України. – 2011. – № 10. – Ст. 566.*
10. *Указ Президента України «Про Державне агентство з енергоефективності та енергозбереження України» від 13 квітня 2011 р. № 462/2011 // Офіційний вісник Президента України. – 2011. – № 12. – Ст. 628.*

11. Указ Президента України «Про Положення про Міністерство інфраструктури України» від 12 травня 2011 р. № 581/2011 // Урядовий кур'єр. – 2011. – 25.05.2011. – № 93.

12. Указ Президента України «Про Міністерство економічного розвитку і торгівлі України» від 31 травня 2011 р. № 634/2011 // Урядовий кур'єр. – 2011. – 09.06.2011. – № 104.

Повар П.О. правонаступництво при утворенні та припиненні центральних органів виконавчої влади

У статті досліджуються теоретичні та практичні проблеми правонаступництва при утворенні та припиненні центральних органів виконавчої влади.

Ключові слова: правонаступництво, центральний орган виконавчої влади, суб'єкт організаційно-господарських повноважень, припинення, реорганізація, ліквідація.

Повар П. А. Правопреемство при создании и прекращении центральных органов исполнительной власти

В статье исследуются теоретические и практические проблемы преемства при создании и прекращении центральных органов исполнительной власти.

Ключевые слова: преемство, центральный орган исполнительной власти, субъект организационно-хозяйственных полномочий, прекращение, реорганизация, ликвидация.

Povar P.O. Legal continuity in creation and termination of the central executive bodies.

The article investigates the theoretical and practical problems of legal continuity in creation and termination of the central executive bodies.

Key words: legal continuity, the central executive body, the subject of organizational – economic authorities, termination, reorganization, liquidation.



Оподаткування доходів, отриманих непідприємницькими товариствами в Україні

*Менджул Марія Василівна,
кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільно-
правових дисциплін Закарпатського державного
університету*

Реформування законодавства, що регламентує діяльність громадських організацій та інших видів непідприємницьких товариств, триває вже понад п'ятнадцять років. Науковці та практики пропонували прийняти Закон «Про непідприємницькі організації», Закон «Про громадські організації» та внести зміни до діючих нормативно-правових актів. Так, на розгляд Верховної Ради України вносилися проекти Закону «Про непідприємницькі організації» від 14 березня 2000 р. № 5168, від 14 травня 2002 р. № 961 та від 25 травня 2006 р. № 909, а також проекти Закону «Про громадські організації» від 22 червня 1998 р. № 1174, від 21 квітня 1999 р. № 1174-3, від 13 лютого 2001 р. № 1174-4, від 12 листопада 2001 р. № 1174-5 та ін. В 2008 році Кабінет Міністрів України вніс на розгляд парламенту проект Закону «Про громадські організації» № 3371 від 14 листопада 2008 р. [1, с. 2]. Проте жоден із цих законопроектів так і не був прийнятий.

Натомість 22 березня 2012 р. Верховна Рада України прийняла Закон України «Про громадські об'єднання» № 4572-VI, що набере чинності з 1 січня 2013 р. [2]. Даний закон враховує численні пропозиції науковців та практиків, у тому числі і щодо можливості юридичних осіб бути засновниками та членами громадських об'єднань, доцільності тільки двох засновників для створення та реєстрації громадських організацій [3, с. 164–165], можливості громадських організацій займатися підприємницькою діяльністю безпосередньо, а не тільки через засновані юридичні особи тощо [4, с. 127].

Зміни у правовому статусі громадських організацій, впроваджені Законом України «Про громадські об'єднання», зокрема в частині надання громадським

організаціям можливості займатися підприємницькою діяльністю безпосередньо, обумовлюють необхідність відповідних наукових досліджень та розроблення змін до податкового законодавства України. Водночас увага науковців прикута переважно до аналізу оподаткування доходів підприємницьких товариств [5; 6; 7] та фізичних осіб [8], а особливості оподаткування доходів, отриманих непідприємницькими товариствами, досліджені недостатньо.

Відповідно до ст. 85 Цивільного кодексу України [9] непідприємницькими товариствами є товариства, які не мають на меті одержання прибутку для його наступного розподілу між учасниками. Таким чином, критеріями розмежування товариств на підприємницькі та непідприємницькі є отримання прибутку як основна мета діяльності та розподіл прибутку між учасниками товариства. Ряд науковців вважають, що істотним критерієм даного поділу є розподіл прибутку між учасниками [10, с. 10; 11, с. 9; 12, с. 27]. Причому для визнання товариства підприємницьким достатньо наявності однієї ознаки – отримання прибутку як основної мети діяльності, а для наявності у товариства статусу непідприємницького обидві зазначені ознаки мають бути наявні одночасно. Звичайно, це не означає, що підприємницькі товариства не можуть здійснювати діяльність, спрямовану на досягнення суспільнокорисних цілей (соціальних, благодійних, наукових тощо). Так само право ведення підприємницької діяльності надано непідприємницьким товариствам (ст. 86 ЦК України). Проте для підприємницьких товариств здійснення підприємницької діяльності є основним видом діяльності. Непідприємницькі товариства можуть поряд зі своєю основною діяльністю здійснювати підприємницьку, якщо ця діяльність відповідає меті, для якої вони були створені, та сприяє її досягненню. Поняття «основна діяльність» оціночне і, на нашу думку, означає, що діяльність непідприємницького товариства спрямована на досягнення суспільно корисних цілей, а підприємницька – діяльність повинна мати допоміжний характер і бути джерелом фінансування основної діяльності. Тобто законодавець обмежує права непідприємницького товариства щодо розпорядження отриманим

прибутком і надає право використовувати його тільки відповідно до статутних цілей.

Згідно з частиною другою ст. 85 ЦК України особливості правового статусу окремих видів непідприємницьких товариств встановлюються законом. Загалом до непідприємницьких товариств можна віднести:

- *громадські організації* (особливості правового статусу різних видів громадських організацій регулюють: Закони України «Про об'єднання громадян» (чинний до 1 січня 2013 р.), «Про громадські об'єднання» (набере чинності з 1 січня 2013 р.), «Про молодіжні та дитячі громадські організації», «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності», «Про професійних творчих працівників та творчі спілки», «Про захист прав споживачів» (розділ III визначає громадські організації споживачів), «Про основи соціальної захищеності інвалідів в Україні» (розділ III присвячений громадським організаціям інвалідів), «Про жертви нацистських переслідувань» (статті 3 та 6-5 визначають права та пільги громадських організацій жертв нацистських переслідувань) та ін.;

- *політичні партії* (особливості правового статусу регулює Закон України «Про політичні партії в Україні»);

- *благодійні організації* (особливості правового статусу регламентуються Законом України «Про благодійництво та благодійні організації»);

- *релігійні організації* (особливості правового статусу визначає Закон України «Про свободу совісті та релігійні організації», відповідно до якого релігійними організаціями в Україні є релігійні громади, управління й установи, монастирі, релігійні братства, місіонерські товариства, духовні навчальні заклади, а також об'єднання, що складаються з цих релігійних організацій);

- *споживчі кооперативи* (правовий статус регулює Закон України «Про споживчу кооперацію». Незважаючи на те, що ЦК України (ст. 86) відносить споживчі кооперативи до непідприємницьких товариств, частина четверта ст. 6 Закону України «Про споживчу кооперацію» надає право членам споживчого товариства одержувати частину прибутку, що розподіляється за результатами

господарської діяльності між ними, відповідно до їх пайового внеску. Таким чином, положення Закону України «Про споживчу кооперацію» суперечать ЦК України (ст. 85). Саме тому ми підтримуємо позицію І.М. Кучеренко [13, с. 161] і вважаємо, що поки не будуть внесені відповідні зміни до Закону України «Про споживчу кооперацію», споживчі кооперативи не можна вважати непідприємницькими товариствами);

- *недержавні пенсійні фонди* (вони, відповідно до ст. 1 Закону України «Про недержавне пенсійне забезпечення», є непідприємницькими товариствами, що функціонують та провадять діяльність виключно з метою накопичення пенсійних внесків на користь учасників пенсійного фонду з подальшим управлінням пенсійними активами, а також здійснюють пенсійні виплати учасникам зазначеного фонду у визначеному законом порядку);

- *об'єднання співвласників багатоквартирного будинку* (ст. 1 Закону України «Про об'єднання співвласників багатоквартирного будинку» визначає, що об'єднання співвласників багатоквартирного будинку – юридична особа, створена власниками для сприяння використанню їхнього власного майна та управління, утримання і використання неподільного та загального майна) та ін.

Податковий кодекс України [14] не використовує термін «непідприємницьке товариство», а закріплює поняття «неприбуткова організація», зокрема відповідно до п. 14.1.121 «неприбуткові підприємства, установи та організації – підприємства, установи та організації, основною метою діяльності яких є не одержання прибутку, а провадження благодійної діяльності та меценатства і іншої діяльності, передбаченої законодавством». У літературі ототожнюються громадські та неприбуткові організації [15, с. 69], з чим не можна погодитися, оскільки статус неприбуткових відповідно до Податкового кодексу України, можуть набути не тільки громадські організації чи інші види непідприємницьких товариств.

Право непідприємницького товариства на користування пільгами в оподаткуванні податком на прибуток виникає після внесення його до Реєстру неприбуткових організацій та установ органами державної податкової служби в порядку, встановленому законодавством. Центральний орган державної

податкової служби може виключити організацію із Реєстру неприбуткових організацій та установ та оподаткувати її доходи у разі порушення нею положень Податкового кодексу та інших законодавчих актів про неприбуткові організації. До порушень також належить використання звільнених від оподаткування коштів на цілі, не передбачені статутом, зокрема, для провадження господарської діяльності.

Аналіз статті 157 Податкового кодексу України дозволив встановити, що від оподаткування звільняються такі доходи непідприємницьких товариств, які набули статусу неприбуткових установ та організацій, і внесені органами державної податкової служби в установленому порядку до Реєстру неприбуткових організацій та установ:

- *кошти або майно, що надходять безоплатно або у вигляді безповоротної фінансової допомоги чи добровільних пожертвувань* (для: благодійних фондів та благодійних організацій; громадських організацій, створених з метою надання реабілітаційних, фізкультурно-спортивних для інвалідів (дітей-інвалідів) та соціальних послуг, правової допомоги, провадження екологічної, оздоровчої, аматорської, спортивної, культурної, просвітньої, освітньої та наукової діяльності; творчих спілок; громадських організацій інвалідів, їх спілок та місцевих осередків; політичних партій; релігійних організацій; професійних спілок, їх об'єднань та організацій профспілок; організацій роботодавців та їх об'єднань);

- *пасивні доходи* (для: благодійних фондів та благодійних організацій; громадських організацій; творчих спілок; громадських організацій інвалідів, їх спілок та місцевих осередків; політичних партій; спілок, асоціацій та інших об'єднань юридичних осіб, створених для представлення інтересів засновників (членів, учасників), що утримуються лише за рахунок внесків таких засновників (членів, учасників) та не провадять господарську діяльність, за винятком отримання пасивних доходів; релігійних організацій; житлово-будівельних кооперативів та об'єднань співвласників багатоквартирного будинку; професійних спілок, їх об'єднань та організацій профспілок; організацій роботодавців та їх об'єднань);

ПИТАННЯ ЮРИДИЧНОЇ ТЕОРІЇ І ПРАКТИКИ

- *кошти або майно, які надходять неприбутковим організаціям від ведення їх основної діяльності, з урахуванням положень п. 157.13 Податкового кодексу України (для: благодійних фондів та благодійних організацій; громадських організацій; творчих спілок; громадських організацій інвалідів, їх спілок та місцевих осередків; політичних партій);*

- *дотації або субсидії, отримані із державного або місцевого бюджетів, державних цільових фондів або в межах технічної чи благодійної, у тому числі гуманітарної, допомоги, крім дотацій на регулювання цін на платні послуги, які надаються таким неприбутковим організаціям або через них їх одержувачам згідно із законодавством з метою зниження рівня таких цін (для: благодійних фондів та благодійних організацій; громадських організацій; творчих спілок; громадських організацій інвалідів, їх спілок та місцевих осередків; політичних партій; пенсійних фондів; спілок, асоціацій та інших об'єднань юридичних осіб, створених для представлення інтересів засновників (членів, учасників), що утримуються лише за рахунок внесків таких засновників (членів, учасників) та не провадять господарську діяльність, за винятком отримання пасивних доходів);*

- *кошти, які надходять до пенсійних фондів у вигляді внесків на недержавне пенсійне забезпечення або внесків на інші потреби, передбачені законом (для пенсійних фондів, створених у порядку, визначеному відповідними законами);*

- *доходи від здійснення операцій з активами (у тому числі пасивних доходів) недержавних пенсійних фондів, за пенсійними вкладками (внесками), рахунками учасників фондів банківського управління відповідно до закону з цих питань (для пенсійних фондів, створених у порядку, визначеному відповідними законами);*

- *вступні, членські та цільові внески (для: професійних спілок, їх об'єднань та організацій профспілок; організацій роботодавців та їх об'єднань; спілок, асоціацій та інших об'єднань юридичних осіб, створених для представлення інтересів засновників (членів, учасників), що утримуються лише*

за рахунок внесків таких засновників (членів, учасників) та не провадять господарську діяльність, за винятком отримання пасивних доходів);

- *внески, кошти або майно, які надходять для забезпечення потреб основної діяльності неприбуткових організацій* (для житлово-будівельних кооперативів та об'єднань співвласників багатоквартирного будинку);

- *відрахування коштів підприємств, установ і організацій на культурно-масову, фізкультурну та оздоровчу роботу* (для: професійних спілок, їх об'єднань та організацій профспілок; організацій роботодавців та їх об'єднань).

У разі якщо непідприємницьке товариство, що має статус неприбуткової організації, отримує дохід із джерел, інших, ніж визначені пунктами 157.2-157.9 Податкового кодексу України і звільнені від оподаткування податком на прибуток, така неприбуткова організація зобов'язана сплатити податок на прибуток, який визначається як сума доходів, отриманих із таких інших джерел, що зменшена на суму витрат, пов'язаних з отриманням таких доходів, але не вище суми таких доходів. При визначенні сум оподатковуваного прибутку сума амортизаційних відрахувань не враховується.

Аналіз нормативно-правових актів свідчить, що джерелом формування майна всіх видів громадських організацій є членські внески. Загалом членські внески являють собою грошові кошти, які обов'язково та регулярно сплачують члени організації в порядку і в розмірах, визначених статутом, та які складають частину доходів громадської організації.

Водночас на практиці виникають питання про оподаткування членських внесків, оскільки відповідно до ст. 157 Податкового кодексу України від оподаткування звільняються членські внески тільки професійних спілок, їх об'єднань, організацій профспілок, організацій роботодавців та їх об'єднань, а також спілок, асоціацій та інших об'єднань юридичних осіб, створених для представлення інтересів засновників (членів, учасників), що утримуються лише за рахунок внесків таких засновників (членів, учасників) та не провадять господарську діяльність, за винятком отримання пасивних доходів.

Безперечно, членські внески всіх видів громадських організацій не повинні оподатковуватися. Таку позицію відстоює і в раніше виданих

роз'ясненнях Державна податкова служба України (листи від 6 жовтня 2004 р. № 8883/6/15-1316 та від 14 грудня 2004 р. № 24299/7/15-1317).

Крім того, судова практика підтверджує, що вступні, членські та цільові внески членів товариств не можуть бути об'єктом оподаткування податком на прибуток (Постанова Окружного адміністративного суду м. Севастополя від 17 листопада 2011 р. у справі № 2а-2655/11/2770 [16], Постанова Севастопольського апеляційного адміністративного суду від 9 квітня 2012 р. у справі № 2а-2655/11/2770 [17], Постанова Господарського суду м. Києва від 21 липня 2006 р. у справі № 11/279-А за позовом благодійної організації «Інститут стратегічних оцінок» до Державної податкової інспекції у Печерському районі міста Києва про визнання недійсними податкових повідомлень-рішень [18] тощо).

Саме тому, на нашу думку, необхідно внести зміни до Податкового кодексу України, виклавши п. 157.3 в такій редакції: «157.3. Від оподаткування звільняються доходи неприбуткових організацій, визначених у підпункті «б» пункту 157.1 цієї статті, отримані у вигляді:

- коштів або майна, які надходять безоплатно або у вигляді безповоротної фінансової допомоги чи добровільних пожертвувань;

- членських (вступних, цільових) внесків;

- пасивних доходів;

- коштів або майна, які надходять таким неприбутковим організаціям від ведення їх основної діяльності, з урахуванням положень пункту 157.13 цієї статті;

- дотацій або субсидій, отриманих із державного або місцевого бюджетів, державних цільових фондів або в межах технічної чи благодійної, у тому числі гуманітарної, допомоги, крім дотацій на регулювання цін на платні послуги, які надаються таким неприбутковим організаціям або через них їх одержувачам згідно із законодавством з метою зниження рівня таких цін».

Відповідно до ст. 86 ЦК України непідприємницькі товариства можуть поряд зі своєю основною діяльністю здійснювати підприємницьку діяльність, якщо інше не встановлено законом і якщо ця діяльність відповідає меті, для

якої вони були створені, та сприяє її досягненню. Ще чинний Закон України «Про об'єднання громадян» не дає права громадським організаціям займатися підприємницькою діяльністю безпосередньо. Натомість Закон України «Про громадські об'єднання», що набуває чинності з першого січня 2013 р., надає право громадським організаціям здійснювати відповідно до закону підприємницьку діяльність безпосередньо, якщо це передбачено статутом і якщо така діяльність відповідає меті (цілям) та сприяє її досягненню (п. 2 частини другої ст. 21). Проте Податковий кодекс України не звільняє такі доходи громадських об'єднань від оподаткування податком на прибуток.

О.В. Івкова вважає, що припустимий обсяг підприємницької діяльності некомерційних організацій повинен визначатися на основі комплексного критерію, складовими частинами якого є: число різних напрямів діяльності організації, їхня специфіка та інтенсивність; витрати на здійснення окремих видів діяльності; співвідношення між доходами та витратами на підприємницьку і непідприємницьку діяльність; представництво в керівних органах; склад учасників (членів) [19, с. 8–9].

ЦК України (ст. 86) встановив обмеження щодо здійснення підприємницької діяльності для всіх непідприємницьких товариств та установ. Аналіз даного положення дає можливість виділити дві вимоги: 1) підприємницька діяльність має відповідати меті, для якої створене непідприємницьке товариство (отримання прибутку не повинно бути самоціллю); 2) підприємницька діяльність непідприємницького товариства повинна сприяти досягненню мети його діяльності (тобто, прибуток від підприємницької діяльності має спрямовуватися на реалізацію статутної мети).

Таким чином, доцільно доповнити ст. 157 Податкового кодексу України новою частиною такого змісту: «Від оподаткування звільняється дохід громадських об'єднань (громадських організацій, громадських спілок), отриманий від здійснення підприємницької діяльності, якщо вона відповідає статутній меті, для якої вони були створені, і якщо такий дохід спрямовується на досягнення статутних цілей».

Список використаних джерел

1. Лацуба М. Коли буде новий Закон «Про громадські організації» / Максим Лацуба // Громадянське суспільство. – 2009. – № 2 (9). – С. 2–5.
2. Про громадські об'єднання: Закон України № 4572-VI від 22 березня 2012 р. / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/4572-17>
3. Менджул М.В. Окремі аспекти створення громадських організацій в Україні / М.В. Менджул // Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право. – Ужгород: Ліра, 2008. – Вип. 11. – С. 164–167.
4. Менджул М.В. Цивільно-правовий статус громадських організацій : монографія / М.В. Менджул. – Ужгород : Видавництво Олександри Гаркуші, 2010. – 200 с.
5. Бадида М.П. Оподаткування підприємств та шляхи його вдосконалення в Україні: автореф. дис. ... канд. екон. наук: 08.04.01 / М.П. Бадида. – К., 2003. – 19 с.
6. Серебрянський Д.М. Оподаткування прибутку підприємств та його вплив на інвестиційну діяльність в ринкових умовах: автореф. дис... канд. екон. наук : 08.04.01 / Д.М. Серебрянський. – Ірпінь, 2006. – 20 с.
7. Паянок Т.М. Ефективність податку на додану вартість та напрями його реформування в Україні : автореф. дис... канд. екон. наук: 08.00.08 / Т.М. Паянок. – Ірпінь, 2009. – 19 с.
8. Костенко Ю.О. Правове регулювання оподаткування фізичних осіб в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07 / Ю.О. Костенко. – Х., 2002. – 19 с.
9. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40 – 44. – Ст. 356.
10. Климов А.П. Юридические лица как субъекты международного частного права : автореф. дисс. на соискание учен. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» / А.П. Климов. – СПб., 2004. – 22 с.

11. Лихотникова Е.П. Некоммерческие организации: правосубъектность и право собственности : автореф. дисс. на соискание учен. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» / Е.П. Лихотникова. – М., 2004. – 23 с.
12. Дуглас Ратцен. Правові основи діяльності некомерційних організацій в Центральній та Східній Європі / Дуглас Ратцен, Девід Мур, Майкл Дарем // Громадянське суспільство. – 2009. – № 4 (11). – С. 26–32.
13. Кучеренко І.М. Організаційно-правові форми юридичних осіб приватного права : монографія / Ірина Миколаївна Кучеренко. – К. : Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2004. – 328 с.
14. Податковий кодекс України від 2 грудня 2010 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2011 р. – № 13 (№ 13–14, № 15–16, № 17). – Ст. 112.
15. Настільна книга для неприбуткових організацій : 2-е вид., випр. і доповн. / [А. Ткачук, В. Артеменко, О. Винников та ін.] ; за ред. А.Ткачука. – К. : Ін-т громадян. сусп-тва : ІКЦ «Леста», 2005. – 288 с.
16. Постанова Окружного адміністративного суду м. Севастополя від 17 листопада 2011 р. у справі № 2а-2655/11/2770 про визнання протиправними та скасування податкових повідомлень-рішень / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/20266963>
17. Постанова Севастопольського апеляційного адміністративного суду від 9 квітня 2012 р. у справі № 2а-2655/11/2770 про визнання протиправними та скасування податкових повідомлень-рішень / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/24206953>
18. Постанова Господарського суду м. Києва від 21 липня 2006 р. у справі № 11/279-А про визнання недійсними податкових повідомлень-рішень / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/164567>
19. Ивкова О.В. Участие некоммерческих организаций в предпринимательской деятельности : автореф. дисс. на соискание учен.

степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» / О.В. Ивкова. – Санкт-Петербург, 2004. – 22 с.

Менджул М.В. Оподаткування доходів, отриманих непідприємницькими товариствами в Україні

Досліджено особливості оподаткування доходів, отриманих такими непідприємницькими товариствами, як громадські організації, релігійні організації, благодійні товариства та ін., проаналізовано судову практику, запропоновано на основі зроблених висновків зміни до Податкового кодексу України.

Ключові слова: непідприємницьке товариство, неприбуткова організація, громадська організація, дохід, податок на прибуток.

Менджул М.В. Налогообложение доходов, полученных непредпринимательскими обществами в Украине

Исследовано особенности налогообложения доходов, полученных такими некоммерческими товариществами, как общественные организации, религиозные организации, благотворительные общества и др., проанализировано судебную практику, предложено на основе сделанных выводов изменения к Налоговому кодексу Украины.

Ключевые слова: некоммерческое товарищество, неприбыльная организация, общественная организация, доход, налог на прибыль.

Mendzhul M.V. Taxation of incomes realized by unentrepreneurial companies in Ukraine

The peculiarities of taxation of income received by such non-commercial organizations as civic organizations, religious organizations, charitable societies, etc have been subject of the research, judicial practice has been analyzed, on the basis of the conclusions there were proposed amendments in to the Tax code of Ukraine

Key words: non-commercial organization, non-for-profit organizations, civic organizations, income, tax on profit.



Напрями удосконалення правового регулювання державного фінансового контролю у сфері державних закупівель в Україні шляхом використання найкращого досвіду Європейського Союзу

Скирта Дмитро Вікторович,
аспірант юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка

УДК 342

Величезний досвід держав – членів Європейського Союзу у побудові національних систем державного фінансового контролю у сфері державних закупівель заслуговує на серйозну наукову увагу з огляду на ефективність таких систем, перевірену часом. Очевидно, що існування заможної держави обумовлюється не лише об'єктивними соціально-економічними, але і державно-управлінськими умовами, а отже є неможливим у разі неефективного правового регулювання фінансового контролю за використанням публічних фондів коштів на державні закупівлі.

Правове регулювання фінансового контролю у сфері державних закупівель в ЄС викликає, на нашу думку, особливий науковий інтерес, оскільки воно враховує найкращий досвід правового регулювання у державах – членах ЄС. Правове регулювання фінансового контролю ЄС у сфері закупівель об'єднує як контроль за використанням публічних фондів ЄС для проведення державних закупівель, так і наддержавний фінансовий контроль за дотриманням державами – членами ЄС та їх інституціями встановлених вимог у сфері державних закупівель. Зауважимо, що дослідженням вимог законодавства ЄС у сферах контролю, фінансового контролю, процедур державних закупівель присвячені, зокрема, праці В.І. Невідомого [1], А.Ю. Ковальчука [2], О.Г. Турченко [3], В.І. Вляцько [4], В.М. Колотія, В.І. Пили, О.П. Шатковського та С. Яременко [5], П. Спірос [6], В.В. Гулько [7], С.П. Чорнуцького [8] та ін.

Проте спеціальні наукові дослідження, присвячені порівняльному аналізу правового регулювання державного фінансового контролю у сфері державних закупівель у державах – членах Європейського Союзу та в Україні, а також розробленню рекомендацій щодо використання позитивного зарубіжного досвіду при удосконаленні законодавства України у зазначеній сфері, відсутні. У зв'язку з цим вказаний напрям наукового пошуку є актуальним та перспективним.

Окрім зазначеного, врахування досвіду зарубіжних держав у будь-якому науковому дослідженні дозволяє, на нашу думку, не тільки отримати важливі науково-практичні результати, але й уникнути застосування помилкових підходів, які мали місце у практиці таких держав. З огляду на зазначене, завдання цієї статті – проаналізувати механізм правового регулювання державного фінансового контролю Європейського Союзу у сфері державних закупівель, систему органів, що його здійснюють, їх завдання, повноваження, взаємозв'язки, координацію діяльності між собою та інші найважливіші аспекти, та, користуючись отриманими результатами, сформулювати пропозиції щодо удосконалення механізму правового регулювання державного фінансового контролю у сфері державних закупівель в Україні.

Основними нормативно-правовими актами, що регламентують побудову системи державного фінансового контролю Європейського Союзу у сфері державних закупівель, є:

1. Римський Договір (англ. Treaties of Rome, нім. Römische Verträge) від 25 березня 1957 року про заснування ЄС.
2. Директива Ради 92/50/ЕЕС від 18 червня 1992 року стосовно координації процедур щодо укладення контрактів у сфері державних закупівель послуг [4].
3. Директива Ради 93/36/ЕЕС від 14 червня 1993 р. стосовно координації процедур щодо укладення контрактів у сфері державних закупівель товарів [5].

4. Директива Ради 93/37/ЕЕС від 14 червня 1993 р. стосовно координації процедур щодо укладення контрактів у сфері державних закупівель робіт [6].
5. Директива Ради 93/38/ЕЕС від 14 червня 1993 р. стосовно координації процедур щодо укладення контрактів у сфері державних закупівель із постачальниками води, енергії, транспортними та телекомунікаційними фірмами [7].
6. Директива Ради 89/665/ЕЕС від 21 грудня 1989 року щодо процедури перегляду контрактів на державні закупівлі товарів, робіт та послуг [8].
7. Директива Ради 92/13/ЕЕС від 25 лютого 1992 року про процедури перегляду контрактів у сферах водо- та енергопостачання, транспорту та телекомунікацій [9].
8. Директива 2004/18/ЕС Європейського Парламенту та Ради від 31 березня 2004 р. про координацію процедур щодо укладення контрактів у сфері державних закупівель робіт, товарів та послуг [11].
9. Директива 2004/17/ЕС Європейського Парламенту та Ради від 31 березня 2004 р. щодо координації закупівельних процедур відносно операторів у сферах водо- та енергопостачання, транспорту та поштових послуг [12].
10. Директива Ради 2007/66/ЕС Європейського Парламенту та Ради від 11 грудня 2007 року, що доповнює Директиви Ради 89/665/ЕЕС та 92/13/ЕЕС стосовно підвищення ефективності процедур перегляду щодо укладення контрактів про державні закупівлі [10].

Для характеристики сучасного механізму державного фінансового контролю Європейського Союзу у сфері державних закупівель, перш за все, ми схематично зобразили систему органів Європейського Союзу (враховуючи їх ієрархічні та функціональні зв'язки), які беруть участь у функціонуванні системи фінансового контролю ЄС: мають відповідні повноваження у цій сфері, або контролюють органи фінансового контролю ЄС, або є органами фінансового контролю ЄС (див. схему № 1). Після чого доцільно буде детальніше дослідити правовий статус та роль кожного такого органу як

ПИТАННЯ ЮРИДИЧНОЇ ТЕОРІЇ І ПРАКТИКИ

контролюючого суб'єкта та механізми їх взаємодії під час здійснення своїх повноважень.

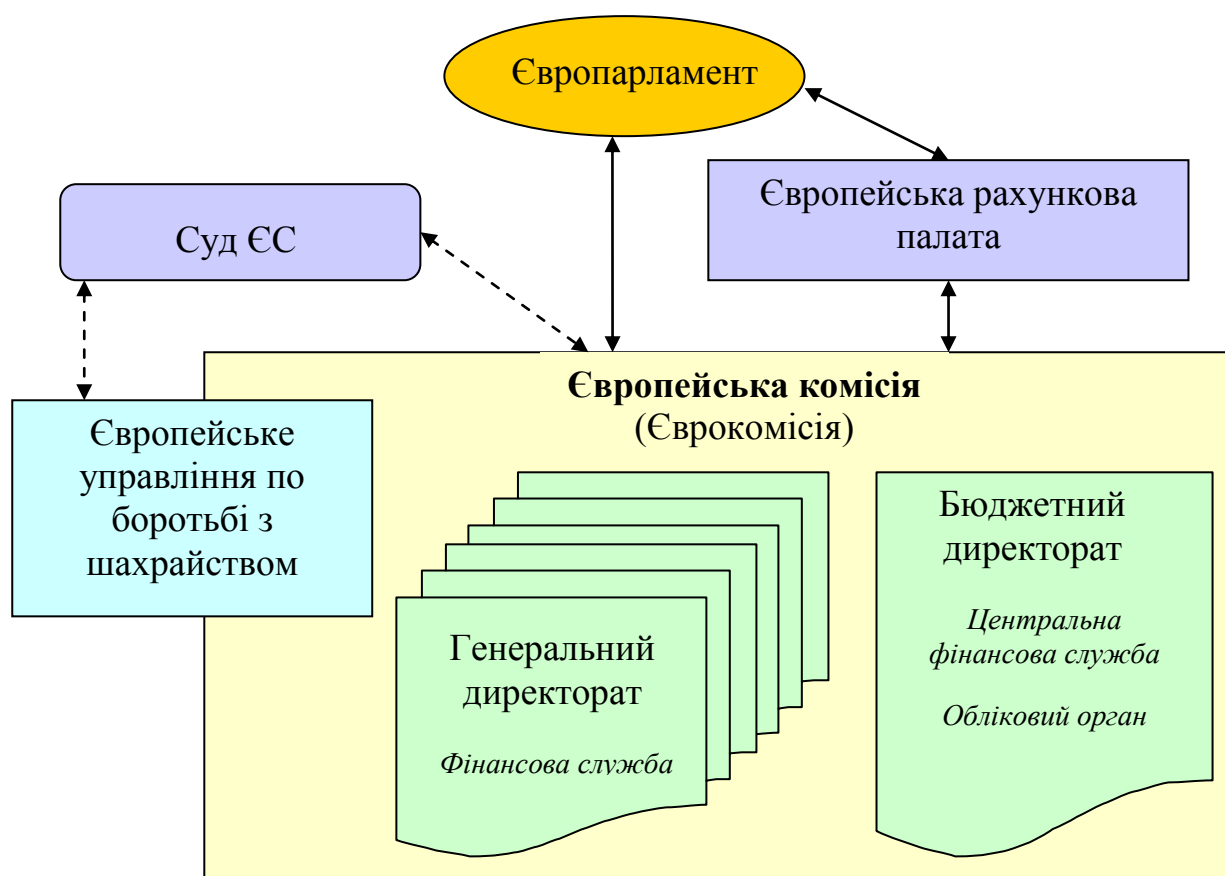


Схема № 1: Структура органів Європейського Союзу, які беруть участь у функціонуванні системи фінансового контролю ЄС

Як бачимо, до складу системи державного фінансового контролю ЄС у сфері державних закупівель входять різні наддержавні органи, що представляють різні гілки влади, з метою реалізації спільних завдань: здійснення фінансового контролю, боротьби з розкраданням і корупцією. Далі розглянемо ролі, повноваження і відносини між різними компонентами цієї системи.

Єврокомісія (або Європейська Комісія; англ. European Commission) є вищим органом виконавчої влади Євросоюзу, який забезпечує нагляд за дотриманням і застосуванням Директив ЄС (зокрема щодо державних закупівель) та інших джерел права ЄС під контролем Суду ЄС. Єврокомісія складається з 35 Генеральних директоратів, відповідальних за здійснення рішень, прийнятих Єврокомісією та делегованих їм. Якщо Єврокомісію

розглядати як «уряд», то Директорати можна назвати «міністерствами» цього уряду. Директорат очолюється Генеральним Директором (аналог Міністра).

У межах нової системи Директорат відповідає за всі фінансові операції і за створення необхідних органів контролю, які забезпечують регулярність та ефективність цих операцій. Кожен Директорат зобов'язаний мати внутрішні аудиторські ресурси, що підпорядковуються безпосередньо Генеральному директору. Кожен Директорат зобов'язаний регулярно перевіряти управління і використання фондів Єврокомісії, спрямованих зовнішнім одержувачам (компаніям, неурядовим організаціям тощо). Європейське управління з боротьби із шахрайством (OLAF) або компетентні органи держав – членів ЄС можуть на місці розслідувати підозри у незаконному або злочинному використанні цих коштів.

Стандарти для здійснення фінансового контролю, яким має слідувати відповідний Директорат, формуються *Бюджетним директором* (аналог «Міністерства фінансів») і схвалюються Єврокомісією. Слід зупинитися на роботі двох органів цього Директорату, оскільки вони мають істотний вплив на умови здійснення фінансового контролю:

■ *Обліковий орган* (аналог «Державної казначейської служби України») здійснює розробку стандартів звітності, яким мають слідувати всі установи Єврокомісії при здійсненні фінансових операцій, організовує та забезпечує консолідацію та ведення рахунків установ ЄС, відповідає перед Єврокомісією за належне функціонування публічних фондів коштів ЄС та забезпечує здійснення всіх платежів установ ЄС, забезпечує контроль та моніторинг фінансового стану рахунків установ ЄС, контролює подання, консолідацію фінансової звітності установ ЄС та її узагальнення.

■ *Центральна фінансова служба* допомагає Директоратам здійснювати управління фінансами, проводити заходи фінансового контролю, формулюючи правила і створюючи ефективні інструменти управління фінансами та контролю в усіх установах Єврокомісії та надаючи консультації щодо використання центральної системи обліку. Служба відповідає за встановлення

загальних мінімальних стандартів для внутрішнього контролю, створення правил і порядків управління витратами на держзакупівлі, а також за створення баз даних, що містять інформацію про всі контракти, фінансові угоди, підрядників, одержувачів та виконання окремих контрактів.

Держави – члени ЄС щороку 1 березня надають Єврокомісії (до Бюджетного директорату) звіт про загальну вартість урядових замовлень з кожного виду продукції, категорії робіт і послуг, із зазначенням підрядника (відповідно до ст. 12(2) Директиви 92/13 і ст. 4(2) Директиви 89/665). Форма такого звіту затверджується самою Єврокомісією. У разі потреби Єврокомісія може запросити будь-яку додаткову інформацію. Наприклад, при проведенні закритих торгів на вимогу Єврокомісії мають бути надані протоколи, в яких містяться повні відомості про кандидатів, організаторів конкурсу, якісний склад замовлення тощо. При цьому Єврокомісія позбавлена права безпосередньо втручатися у процес проведення конкурсу [9, с. 143].

Директива 2007/66/ЄС також розширила повноваження Єврокомісії у сфері перевірок державних закупівель у разі істотних порушень (зміни до ст. 8(3) Директиви 92/13/ЄЕС). У випадку встановлення факту явно виражених порушень директив щодо держзакупівель, Єврокомісія має право вимагати пояснення у держави – члена ЄС, яка має надати відповідь протягом встановленого терміну, підтвердивши факт порушення і повідомивши про його усунення, або зазначивши причини неусунення [10]. У разі порушення державою – членом ЄС директив щодо держзакупівель (та інших юридично обов'язкових рішень органів ЄС), Єврокомісія може звернутися до Суду ЄС (ст. 226 Директиви 2007/66/ЄС), при цьому для такого звернення попередньої згоди держави-порушниці не вимагається.

Аналіз статті 226 Директиви 2007/66/ЄС дозволяє виділити дві стадії процедури здійснення державного фінансового контролю та притягнення держав – членів ЄС до відповідальності [11]:

- адміністративна стадія (обов'язкова) складається з двох послідовних етапів – неформального та офіційного. На *неформальному етапі* Єврокомісія,

встановивши на підставі отриманої інформації, що конкретна держава – член ЄС імовірно припустилася певного порушення, звертається до її уряду з листом, в якому пропонує надати відомості про застосування заходів щодо виправлення ситуації і повідомити про це Єврокомісію. Одержавши повідомлення від Єврокомісії, держава – член ЄС зобов'язана надати відповідь протягом 21 дня, в якій або підтвердити факт порушення і повідомити про його усунення, або вказати причини неусунення, або повідомити про те, що процедура розміщення контракту припинена (ст. 3(3) Директиви 89/665; ст. 8(3) Директиви 92/13). Якщо виникають певні заперечення з боку держави – члена ЄС, їх прагнуть спочатку розв'язати шляхом переговорів. Якщо за допомогою неформальних консультацій результатів досягти не вдається, Єврокомісія направляє *офіційний запит* (згідно з частиною першою ст. 226 Директиви 2007/66/ЄС) уряду держави – члена ЄС. Далі Єврокомісія, якщо вона не задоволена рішенням уряду, ухвалює мотивований висновок про усунення порушень і направляє його уряду.

- **судова стадія** (факультативна) настає лише в тому випадку, якщо держава – член ЄС не виконує вимоги Єврокомісії (ст. 228 Директиви 2007/66/ЄС). Якщо уряд не виконав вимоги, зазначені у висновку Єврокомісії в установленій нею термін, остання має право розпочати судове переслідування.

Отже, Єврокомісія має ключове значення у системі здійснення державного фінансового контролю державних закупівель Європейського Союзу. У той же час влада Єврокомісії не безмежна. Протиправні дії Єврокомісії можуть бути оскаржені в Суді (ст. 232 Римського Договору). При цьому встановлюється правило, за яким необхідно спочатку звернутися до самої Єврокомісії з метою спонукання її до необхідних дій, і лише у разі, якщо вона не відреагує, може бути пред'явлено позов [12, с. 144].

В межах нової системи загальноєвропейського фінансового контролю, згідно з укладеною в 1999 році міжінституційною угодою між Європейською Комісією, Європейським Парламентом і Радою ЄС, було створено новий незалежний орган фінансового контролю – *Європейське управління з*

боротьби із шахрайством – OLAF (фр. Office de Lutte Anti-Fraude, англ. European Anti-fraud Office) [13]. Хоча OLAF є частиною Єврокомісії, воно є повністю незалежним у здійсненні своєї діяльності. При створенні OLAF дотримувалися трьох принципів: ефективність та прозорість усіх операцій і повна незалежність у проведенні розслідувань від політичних та адміністративних систем. OLAF підлягає такому ж самому контролю з боку Європейської Рахункової палати (European Court of Auditors), як і будь-який інший Директорат Єврокомісії. Дії OLAF також можуть бути об'єктом контролю з боку Верховного Суду.

Європейська рахункова палата (European Court of Auditors, ECA) є вищим органом фінансового контролю Європейського Співтовариства [14]. ECA контролює правильність і законність усіх доходів і витрат, а також ефективність управління фінансами. При здійсненні своїх контрольних повноважень Європейська рахункова палата вдається до різних видів аудиту. Останнім часом ECA все більше приділяє увагу питанням підвищення рівня ефективності використання бюджетних коштів не лише шляхом виявлення порушень або відхилень у бюджетному процесі (фінансовий аудит), а й за допомогою визначення найкращого способу управління грошовими коштами ЄС (аудит ефективності). Тобто, йде пошук більш ефективного та раціонального способу досягнення суспільно-політичних цілей Євросоюзу, при існуючих бюджетних можливостях [15, с. 64].

Аудиторські перевірки ECA охоплюють не лише використання ресурсів для забезпечення діяльності Єврокомісії та Дирекцій, а й використання коштів Єврокомісії національними та місцевими адміністраціями держав – членів ЄС і будь-якими іншими одержувачами коштів ЄС як в приватному, так і в державному секторі. Рахункова палата має право доступу до всіх органів, які отримували кошти від ЄС, незалежно від їхнього юридичного статусу [16].

Однак, Рахункова палата не здійснює перевірки за всіма напрямками бюджетної діяльності, а щорічно обирає лише деякі з них і здійснює бюджетне регулювання. Підставою для вибору слугують результати регулярного аналізу

рівня ризику сфери ревізії з вивченням її недоліків, фінансової значущості і фактів, встановлених під час попередніх перевірок. Виходячи з результатів аналізу та необхідності рівномірного охоплення ревізією бюджетних сфер, встановлюються пріоритети щодо передбачуваних цілей і завдань перевірок. Інші фактори, які беруть до уваги, приймаючи остаточне рішення про цілі і завдання перевірки, включають стурбованість тими чи іншими питаннями з боку Європарламенту, Ради Європи та громадськості [17].

Щороку наприкінці березня Єврокомісія зобов'язана надати ЕСА звіт про доходи, витрати, активи і зобов'язання, щоб продемонструвати, як було виконано бюджет за минулий фінансовий рік. На підставі цих звітів ЕСА складає свій *Висновок*, який разом з результатами особливих аудиторських перевірок програм доходів і витрат ЄС консолідується у *Щорічному звіті*, який ЕСА публікує наприкінці листопада. Ці документи є заключною процедурою, яка завершує цикл звітності ЄС [18]. На їх підставі Європарламент приймає рішення про звільнення Єврокомісії від подальшої відповідальності за виконання бюджету. Звільнення від подальшої відповідальності означає визнання того, що управління фінансами з боку Єврокомісії було належним, а також законності та правильності її витрат, ефективності фінансового управління і використання асигнувань відповідно до цілей, визначених під час формування бюджету.

Суд Європейського Союзу (Court of Justice of the European Union) [19], як суб'єкт зовнішнього незалежного контролю, органів відіграє важливу роль у забезпеченні дотримання законодавства Європейського Союзу у сфері фінансового контролю за державними закупівлями. Суд ЄС здійснює тлумачення законодавства ЄС, контролює дотримання комунітарного законодавства у сфері державних закупівель державами – членами ЄС та інституціями, розв'язує публічно-правові спори у сфері державних закупівель між державами – членами ЄС, інституціями ЄС, юридичними та фізичними особами, контролює виконання рішень державами та національними суб'єктами, гарантує, що національні суди не приймають різні рішення з однієї

справи [20], здійснює узагальнення судової практики та порушень у сфері державних закупівель. Так, найбільш серйозним порушенням правових норм Співтовариства у сфері державних закупівель зі сторони органів-замовників Суд ЄС визнав незаконне пряме укладання договорів (Stadt Halle, справа C-26/03, п. 37). Суд ЄС є вищою судовою інстанцією Євросоюзу є, охоплює всю систему наднаціональних органів правосуддя ЄС і має триланковий характер [21]: до його складу входять Європейський суд (European Court of Justice, вища інстанція), Суд загальної юрисдикції (General Court, перша інстанція) і Трибунал цивільної служби (Civil Service Tribunal) [22, с. 53]. Суд ЄС, в першу чергу, покликаний забезпечити одноманітність застосування права ЄС, тобто, до його завдань входить надання національним суддям засобів усунення труднощів з метою забезпечення повної сили права ЄС [23]. При цьому ст. 234 Римського Договору стосується лише преюдиціальної юрисдикції Суду ЄС і не дає йому права вирішувати які-небудь питання факту [24], оскільки останнє належить до компетенції національних судів. Суд ЄС лише визначає, що право ЄС має пріоритет над національним правом держави – члена ЄС (справа Simmenthal, C-106/77, 1978 р.), він не може вирішити питання про відповідність конкретної норми національного права праву ЄС і тим більше оголошувати норму національного права недійсною [25].

Важливу роль у забезпеченні ефективного застосування нормативних актів у сфері державних закупівель відіграють *національні органи влади* держав – членів ЄС. Єврокомісія рекомендує всім державам – членам визначити національні незалежні органи (наприклад, рахункові або антимонопольні), які б відповідали за державні закупівлі. Не відмовляючись від своєї ролі охоронця права Співтовариства, Єврокомісія не може бути чимось на зразок «верховної інституції з питань застосування права ЄС» для вирішення усі спорів, що виникають у сфері державних закупівель, оскільки вона не має достатньої кількості матеріальних та людських ресурсів для вирішення всіх проблем, які виникають. Передача вирішення спорів національним органам має на меті звільнити Єврокомісію від значної кількості справ, які передаються на її

розгляд. Це надасть їй можливість сконцентрувати увагу на правотворчості, тлумаченні та вирішенні справ, які мають загальноєвропейське значення, тоді як скарги будуть вирішуватися на національному рівні.

Щодо методів контролю у сфері державних закупівель, то Єврокомісія рекомендує національним органам розвивати та вдосконалювати свої моніторингові ресурси, підкріплюючи їх ефективними санкціями; надавати перевагу превентивним перевіркам; а також створювати навчальні програми для відповідних секторів [26, с. 26, 34].

Проаналізувавши загальні засади правового регулювання державного фінансового контролю Європейського Союзу у сфері державних закупівель, та користуючись отриманими результатами, ми вважаємо за доцільне зробити такі висновки та сформулювати пропозиції щодо удосконалення правового регулювання державного фінансового контролю у сфері державних закупівель в Україні:

1. Доцільним є створення в Україні єдиної електронної державної бази даних державних закупівель на всіх етапах їх здійснення та незалежно від суб'єктів-замовників, видів процедур та інших критеріїв, аналогічно до практики Центральної фінансової служби Бюджетного директорату Єврокомісії, яка відповідає за створення баз даних, що містять інформацію про всі контракти, фінансові угоди, підрядників, одержувачів та виконання окремих контрактів. Така електронна державна база даних значно покращить ефективність превентивного та поточного державного фінансового контролю, зробить відповідну фінансову діяльність замовників прозорішою та зменшить можливості підконтрольних суб'єктів уникнути публічності фінансової діяльності у сфері державних закупівель.
2. Необхідним є розширення повноважень Державної фінансової інспекції України (правонаступника Державної контрольно-ревізійної служби України), користуючись позитивним досвідом створення в Європейському Союзі незалежного органу фінансового контролю з широкими повноваженнями – Європейського управління з боротьби із шахрайством –

OLAF. Зокрема, вважаємо доцільним внесення змін до статті 62 Закону України «Про банки і банківську діяльність» [27] щодо наділення Державної фінансової інспекції України повноваженнями доступу до банківської таємниці (даних про фінансові операції підконтрольних та прямо пов'язаних з ними суб'єктів); повноваженнями, які дозволять після передання відповідних матеріалів до правоохоронних органів, ефективно здійснювати контроль за наслідками реагування правоохоронних органів та порушенням відповідних кримінальних справ, направлення їх до суду тощо.

3. Заслужують на увагу та широке застосування в Україні принципи позитивного впливу на підконтрольних суб'єктів з метою їх спонукання до добровільного усунення фінансових правопорушень у сфері державних закупівель. Зокрема, ми вважаємо цінним досвід діяльності Єврокомісії, яка, у випадку встановлення фактів явно виражених порушень, застосовує механізми неформальних переговорів, консультацій, вимог надати пояснення, додаткових відомостей, офіційних запитів, вмотивованих висновків тощо, і лише в останню чергу застосовує звернення до судової інстанції. Так, Порядок проведення інспектування Державною фінансовою інспекцією, її територіальними органами [28] передбачає такі методи (п. 45-46) лише у процесі реалізації результатів ревізії як виду наступного (завершального) контролю. На наше переконання, зазначені механізми є найбільш ефективними при здійсненні превентивного попереднього та поточного видів державного фінансового контролю.
4. Як свідчить практика *Європейської рахункової палати*, *все більше* уваги приділяється питанням підвищення рівня ефективності використання бюджетних коштів, і не лише шляхом виявлення порушень у бюджетному процесі, але й за допомогою визначення найкращого способу управління грошовими коштами (ефективного та раціонального способу досягнення суспільно-політичних цілей при існуючих бюджетних можливостях). А отже, особливу актуальність для правового регулювання державного

фінансового контролю у сфері державних закупівель в Україні становить розвиток та ширше застосування механізмів фінансового контролю не лише за дотриманням *порядку та процедур*, але і за *ефективністю* використання публічних фондів коштів на державні закупівлі.

Всі перераховані зміни та нововведення доцільно впроваджувати комплексно, враховуючи особливості правового регулювання, системи побудови органів державної влади та їх взаємодії, політико-соціальні та культурні передумови та інші особливості. Застосування такого підходу у поєднанні з імплементацією найкращих ідей та елементів системи державного фінансового контролю Європейського Союзу у сфері державних закупівель дозволить побудувати в Україні потужну та ефективну систему державного фінансового контролю за державними закупівлями, зменшить неефективне витрачання або злочинну розтрату публічних фондів коштів, що поступово дозволить збільшувати видатки на інші важливі сфери та покращувати інфраструктуру, правове та соціальне забезпечення в Україні, підвищувати зовнішню та внутрішню безпеку нашої держави.

Список використаних джерел

1. Невідомий Василь Іванович / Рахункові палати як органи фінансового контролю в Україні та Європі : конституційно-порівняльний аналіз: дис. канд. юрид. наук: 12.00.02 / Київський національний ун-т внутрішніх справ. — К., 2007. — 233арк. — Бібліогр.: арк. 211-231.
2. Ковальчук А.Ю. Гармонізація законодавства України із законодавством Європейського Союзу з питань фінансового контролю // Науковий вісник Чернівецького національного університету ім. Юрія Федьковича : Збірник наукових праць / Чернівецький національний університет ім. Юрія Федьковича. – Чернівці, 2004. – Вип. 253 : Правознавство. – С. 108–112. – (Правознавство ; Вип. 253)
3. Турченко Ольга Григорівна / Правове регулювання державних закупівель товарів, робіт та послуг Європейського Союзу (зближення законодавства України з правом ЄС) : дис... канд. юрид. наук : 12.00.11 – міжнародне

- право / Інститут законодавства Верховної Ради України. – К., 2008. – 197арк. – Бібліогр.: арк. 176–197.
4. Влялько І.В / Правове регулювання державних закупівель в ЄС : Дис. ... канд. юридичних наук. Спец. 12.00.11 – міжнародне право / Влялько І.В. ; КНУТШ, Ін-т міжнародних відносин. – Київ, 2009. – 219л. – Бібліогр.: л. 199–219
 5. Регулювання правовідносин у сфері державних закупівель в ЄС та в Україні / Книга / Колотій В., Пила В., Шатковський О., Яременко С. Відповідальність : Мін-во юстиції України; Центр європейськ. та порівняльного права Видавництво : Ніка-Принт Місто : Київ Рік: 2005 Сторінок: 768 с.
 6. Паппас Спірос. Політика ЄС у сфері державних закупівель : Навч. посіб. / Програма Tacis Європейського Союзу в Україні. – К. : ІМВ КНУ імені Тараса Шевченка, 2005. – 126 с. – (Правничі студії в Україні; Серія «Право ЄС»; № 20). – На тит. арк. авт. не зазнач.. Індекс рубрикатора НБУВ: Х915.232.5-94 я73 + У9(4)40 я73 Шифр зберігання книги в НБУВ: ВА664392
 7. Гулько В.В. Модернізація державного фінансового контролю в Україні відповідно до європейської практики // Актуальні проблеми економіки : науковий економічний журнал / Національна академія управління. – Київ, 2011. – № 1 (115). – С. 199–204. – ISSN 1993-6788
 8. Чорнуцький С.П. Європейські ідеї для української реформи державного внутрішнього фінансового контролю // Економіка та держава : міжнародний науково-практичний журнал / Ін-т підготовки кадрів держ. служби зайнятості України; «ТОВ «Ред. журн. «Економіка та держава». – Київ, 2011. – № 1. – С. 115–117.
 9. Турченко О. Г. Правове регулювання державних закупівель товарів, робіт та послуг Європейського Союзу (зближення законодавства України з правом ЄС): дис. канд. юрид. наук: 12.00.11 – міжнародне право / Інститут законодавства Верховної Ради України. – К., 2008. – 197 арк.
 10. Европейский Союз: Основополагающие акты в редакции Лиссабонского договора с комментариями / [под ред. С. Ю. Кашкина; пер. с англ. А. Четвериков]. – М. : ИНФРА-М, 2008. – 698 с.

11. Ніццький договір та розширення ЄС // Міністерство юстиції України, Центр порівняльного права / За наук. ред. С. Шевчука. – К., 2001. – 196 с.
12. Турченко О. Г. Правове регулювання державних закупівель товарів, робіт та послуг Європейського Союзу (зближення законодавства України з правом ЄС) : дис. канд. юрид. наук: 12.00.11 – міжнародне право / Інститут законодавства Верховної Ради України. – К., 2008. – 197 арк.
13. Legal background of OLAF – European Anti-Fraud Office – European Commission // [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://ec.europa.eu/anti_fraud/about-us/legal-framework/index_en.htm
14. The Court's role and work – The EU Budget is the starting point for the Court's audit work // [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://eca.europa.eu/portal/page/portal/aboutus/TheCourtsroleandwork>
15. Скирта В.Б., Трощій І. Європейський досвід боротьби з фінансовим шахрайством // Фінансовий контроль. – 2009. – № 1 (48). – С. 62–65.
16. Толокнова Т. Б. Европейская счетная палата как основной институт системы финансового контроля в праве Европейского союза : автореферат дис. ... кандидата юридических наук : 12.00.10 [Место защиты: Моск. гос. ин-т междунар. отношений]. – Москва, 2010.
17. Высшие органы финансового контроля зарубежных стран – Европейская счетная палата (историческая справка, мандат и др.) // Официальный сайт Счетной палаты Российской Федерации [Електронний ресурс] – Режим доступу: www.ach.gov.ru/ru/international/foreign/vofk/europan/
18. Высшие органы финансового контроля зарубежных стран – Европейская счетная палата (историческая справка, мандат и др.) // Официальный сайт Счетной палаты Российской Федерации [Електронний ресурс] – Режим доступу: www.ach.gov.ru/ru/international/foreign/vofk/europan/
19. General Presentation of the Court of Justice of the European Union // [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_6999/
20. Як працює Європейський Союз, Довідник інституцій ЄС // [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://www.ippo.edu.te.ua/files/gromad_osvita/euro_integracia/77_jak_pracjue_es.pdf

21. Назви елементів судової системи ЄС наведені відповідно до Лісабонського договору (Treaty of Lisbon), який був підписаний 13 грудня 2007 року у Лісабоні (Португалія) і вступив у дію з 1 грудня 2009 року.
22. Влялько І. В. Правове регулювання державних закупівель в ЄС : Дис. ... канд. юридичних наук. Спец. 12.00.11 – міжнародне право / Влялько І.В. ; КНУТШ, Ін-т міжнародних відносин. – Київ, 2009. – 219 с.
23. Case 166/73, Rheimuhlen, [1974] ECR 33.
24. Case 13/68, Salgoil, [1968] ECR 1563.
25. Hartley T., Griffith J. Government and Law. – L., 1975.
26. Паппас Спірос. Політика ЄС у сфері державних закупівель : Навч. посіб. / Програма Tacis Європейського Союзу в Україні. — К. : ІМВ КНУ імені Тараса Шевченка, 2005. – 126 с. – (Правничі студії в Україні; Серія «Право ЄС». – № 20).
27. Закон України «Про банки і банківську діяльність» // Офіційне опублікування: Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2001, № 5–6, ст. 30
28. Порядок проведення інспектування Державною фінансовою інспекцією, її територіальними органами : Постанова КМУ : прийнята 20.04.2006 року № 550, зі змінами / Кабінет Міністрів України. – Офіційний текст. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/550-2006-п>

Напрями удосконалення правового регулювання державного фінансового контролю у сфері державних закупівель в Україні шляхом використання найкращого досвіду ЄС

У статті досліджено можливі напрями удосконалення правового регулювання державного фінансового контролю державних закупівель в Україні шляхом використання досвіду Європейського Союзу. Розглянуто велику кількість директив та інших комунітарних нормативно-правових джерел Європейського Союзу, що регулюють відповідну сферу відносин. Проведено аналіз правового становища органів Європейського Союзу, що здійснюють фінансовий контроль за державними закупівлями; зосереджено увагу на основоположних принципах та механізмах їх діяльності, практики взаємодії органів фінансового контролю ЄС. Запропоновано необхідні кроки для вдосконалення правового регулювання державного фінансового контролю у сфері державних закупівель в Україні.

Ключові слова: реформування державного фінансового контролю державних закупівель в Україні, державний фінансовий контроль ЄС, державні закупівлі ЄС, система державного фінансового контролю ЄС, механізми державного фінансового контролю ЄС, органи державного фінансового контролю ЄС, взаємодія органів державного фінансового контролю ЄС, діяльність органів фінансового контролю ЄС.

Направлення совершенствования правового регулирования государственного финансового контроля в

сфере государственных закупок в Украине путем использования лучшего опыта ЕС.

В статье исследованы возможные направления совершенствования правового регулирования государственного финансового контроля государственных закупок в Украине путем использования опыта Европейского Союза. Рассмотрены большое количество директив и других коммунитарное нормативно-правовых источников Европейского Союза, регулирующих соответствующую сферу отношений. Проведен анализ правового положения органов Европейского Союза, осуществляющих финансовый контроль за государственными закупками; сосредоточено на основных принципах и механизмах их деятельности, практики взаимодействия органов финансового контроля ЕС. Предложено необходимые шаги для совершенствования правового регулирования государственного финансового контроля в сфере государственных закупок в Украине.

Ключевые слова: реформирование государственного финансового контроля государственных закупок в Украине, государственный финансовый контроль ЕС, государственные закупки ЕС, система государственного финансового контроля ЕС, механизмы государственного финансового контроля ЕС, органы государственного контроля ЕС, взаимодействие органов государственного финансового контроля ЕС, деятельность органов финансового контроля ЕС.

The ways of enhancement of state financial control in the sphere of public procurement in Ukraine by implementing the best EU experience.

The article is carried out the possible ways of improving the legal regulation of state financial control of public procurement in Ukraine through the experiences of the European Union. Examined a large number of directives and other communitarian legal sources of the European Union governing the appropriate scope of relations. Legal status of the European Union institutions conduct financial control of public procurement is provided, the attention is paid to the basic principles and mechanisms of their activities and to the practice of interaction of the EU public financial control bodies. The necessary steps of improvement of the legal regulation of state financial control in public procurement in Ukraine are proposed.

Keywords: enhancement of state financial control of public procurement in Ukraine, the state financial control EU, EU public procurement, the system of state financial control the EU's public financial control EU, the interaction of the EU public financial control bodies, the activities of the EU's financial control.

Рецензія*

на наукову статтю

аспіранта Київського національного університету
імені Тараса Шевченка Скирти Дмитра Вікторовича

на тему: **«Напрями удосконалення правового регулювання державного
фінансового контролю у сфері державних закупівель в Україні шляхом
використання найкращого досвіду Європейського Союзу»**

Стаття Скирти Д.В. присвячена актуальним питанням адміністративного права – проблемним аспектам інституту державного фінансового контролю у сфері державних закупівель.

Дієвий державний фінансовий контроль є необхідною умовою забезпечення ефективності та прозорості механізму державних закупівель. В Україні законодавство у сфері державних закупівель в цілому та в частині державного фінансового контролю у зазначеній сфері зокрема знаходиться у процесі формування. У зв'язку з цим актуальними є дослідження з позиції теорії адміністративного права норм законодавства та правозастосовного досвіду зарубіжних країн у зазначеній сфері, визначення недоліків у правовому регулюванні відповідних відносин в Україні та формулювання пропозицій щодо удосконалення національного законодавства. Актуальність обраної теми також підсилюється відсутністю спеціального науково-правового дослідження з піднятої проблематики.

У запропонованій статті автором досліджено систему правового регулювання фінансового контролю Європейського Союзу у сфері державних закупівель, охарактеризована система органів, що здійснюють відповідний контроль, проаналізовані функціонально-правові зв'язки, повноваження та принципи діяльності контролюючих органів, проведено аналіз та висловлено власну думку з приводу можливих шляхів імплементації деяких принципів та механізмів права ЄС та запропоновано кроки реформування національного законодавства України.

Враховуюч вищевикладене, вважаємо, що стаття Скирти Д.В. на тему «Напрями удосконалення правового регулювання державного фінансового контролю у сфері державних закупівель в Україні шляхом використання найкращого досвіду Європейського Союзу» відповідає вимогам, які висуваються до фахових наукових публікацій, та може бути рекомендована до друку.

Науковий керівник:
доцент кафедри адміністративного права
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка,

Кандидат юридичних наук, доцент

Ю.В. Ващенко

* Збережено стиль і граматику оригіналу.



Конфіденційність персональної інформації в соціальних мережах

Радкевич Олександр Петрович,
аспірант Національної академії внутрішніх справ України

УДК 004.77: 340:341:347.121.1+ 347.121.4+347.133.1

Використання передових інформаційних технологій і досягнень науково-технічного прогресу дало людям неабиякі можливості для спілкування. Нині існують технології, що дають змогу за лічені секунди зв'язатися з людиною на іншому кінці земної кулі. Але, крім зручності у користуванні, вони приховують чимало небезпек для пересічного користувача.

З огляду на поступову тенденцію до вдосконалення положень про конфіденційність на міжнародному рівні, важливим, на нашу думку, є розгляд вітчизняного законодавства у цій сфері. Аналіз положень вітчизняного законодавства виявив, що розуміння конфіденційної інформації в різних законодавчих актах різне. Так, згідно зі ст. 1 Закону України «Про державну статистику» конфіденційна інформація – це статистична інформація з обмеженим доступом, що перебуває у володінні, користуванні чи розпорядженні окремого респондента та поширюється виключно за його згодою відповідно до погоджених з ним умов [1]. На відміну від цього, у Законі України «Про інформацію» (ст. 21) зазначено, що конфіденційною є інформація про фізичну особу, а також інформація, доступ до якої обмежено фізичною або юридичною особою, крім суб'єктів владних повноважень. Конфіденційна інформація може поширюватися за бажанням (згодою) відповідної особи у визначеному нею порядку згідно з передбаченими умовами, а також в інших випадках, визначених законом [2].

Закон України «Про доступ до публічної інформації» у ст. 7 вказує на те, що конфіденційна інформація – це інформація, доступ до якої обмежено

фізичною або юридичною особою, крім суб'єктів владних повноважень, і яка може поширюватися у визначеному ними порядку за їхнім бажанням відповідно до передбачених ними умов [3].

Розкриваючи поняття конфіденційності, насамперед звернімося до національного законодавства. У контексті охорони і захисту персональної інформації науковий інтерес становить ст. 11 Закону України «Про інформацію», згідно з якою «не допускаються збирання, зберігання, використання та поширення конфіденційної інформації про особу без її згоди, крім випадків, визначених законом, і лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та захисту прав людини. До конфіденційної інформації про фізичну особу належать дані про її національність, освіту, сімейний стан, релігійні переконання, стан здоров'я, а також адреса, дата і місце народження» [2].

Таким чином, конфіденційна інформація, за законодавством України, це інформація, що перебуває у володінні, користуванні або розпорядженні окремих фізичних чи юридичних осіб, що може перебувати в обмеженому доступі і поширюватись виключно за згодою цих осіб. Науковий інтерес у цьому аспекті становить положення договору про конфіденційність. Принагідно зазначимо, що цей тип договору є важливою складовою фактично кожної соціальної мережі, адже регулює діяльність, пов'язану з персональною інформацією. Зазначимо, що у більшості соціальних мереж договір про конфіденційність є складовою договору про надання послуг. Це означає, що при укладанні договору про надання послуг особа автоматично погоджується з договором про конфіденційність.

Можливі й особливі умови укладання договору, тобто прийняття умов договору про конфіденційність як окремого договору, без належних попередніх угод. Така необхідність виникає внаслідок певних обставин, дії, що має призвести до унеможливлення розголошення конфіденційної інформації. Прикладом такої дії можна назвати відомості особистого характеру та іншу особисту персональну інформацію, що стала відома сторонній людині.

Вітчизняний цивільно-правовий досвід у цих договорах досить незначний. Про це свідчить відсутність закріплення на законодавчому рівні інституту договорів про конфіденційність. На даний момент така діяльність зводиться до загальних засад договірного права (ст. 6 ЦК) та аксіоми – «все, що не заборонено, те дозволено». Отже, у вітчизняному законодавстві договір про конфіденційність не має власного спеціального законодавчого забезпечення.

Зазначимо, що договір на дотримання конфіденційності інформації новий для нашого суспільства, хоча деякі його положення є в численних цивільно-правових договорах. Приєднання договору конфіденційності до іншого цивільно-правового договору приводить до виникнення на їх основі змішаного договору, що не виключає положень про дотримання конфіденційності після закінчення строку його дії. Можна стверджувати, що договір про конфіденційність, як складова частина іншого договору, має автономний характер відносно основного договору. Таким чином, доцільно аргументувати положення про нерозголошення конфіденційної інформації навіть після закінчення договору.

Дане положення активно використовується в соціальних мережах. Простежити принцип його дії можна за тих обставин, коли розривається договір про надання послуг і направляється прохання про видалення облікового запису до відповідної соціальної мережі. Однак специфіка мережі Інтернет така, що вся інформація, що перебувала у володінні користувача, зберігається як на електронних носіях соціальних мереж, так і в користувачів мереж, які заходили на «сторінку» власника. Це говорить про тривалий період видалення персональної інформації. З огляду на це виникає ситуація, коли договірні обов'язки вже завершені, але договір про конфіденційність ще діє до моменту видалення всієї інформації.

Особливостями такого договору є визначення обов'язків сторін: одна сторона (конфіденціал) зобов'язується забезпечувати та виконувати режим обмеженого доступу до інформації, яку отримано від другої сторони (конфідента), або доступ до якої надано другою стороною [4, с. 153]. У свою

чергу зазначимо, що сам договір про конфіденційність є обумовленою на договірній основі пропозицією не розголошувати інформацію, яка стала відома внаслідок певних дій чи за відсутності таких. Звернімо увагу на мультисферичність використання даного договору, адже він є цивільно-правовим, бо виходить за межі дії цивільного права і може використовуватися в інших сферах, таких як трудове, фінансове, господарське, кримінальне та ін. право.

Відповідно до Цивільного кодексу України, якщо під час виконання певної діяльності стала доступна деяка конфіденційна інформація, вона не має права бути розголошеною іншим особам без згоди другої сторони. Це положення часто нехтується певними доповненнями в угодах між користувачами і соціальними мережами. Іноді соціальні мережі можуть розпоряджатися персональною інформацією своїх користувачів, не повідомляючи їх про це. У таких договорах часто містяться положення, що унеможливають яку-небудь активність користувача задля охорони й захисту своїх порушених прав, адже особа погодилася на це в договорі. Є соціальні мережі, в договорах яких чітко регулюються дані положення, серед таких мереж можна виокремити «Twitter», «Google+», «MySpace». Згідно з політикою конфіденційності «Twitter», зазначимо, що соціальна мережа не розголошує особисті дані користувачів, за винятком обмеженої кількості випадків: по-перше, коли персональна інформація передається довіреним третім особам для виконання деяких функцій і надання послуг. У цьому разі компанія може передавати третім особам особисті дані користувача, але тільки в обсязі, необхідному для виконання ними своїх функцій і надання послуг, і тільки за наявності зобов'язань із захисту інформації, які аналогічні політиці конфіденційності компанії; по-друге, соціальна мережа має право зберігати або розголошувати інформацію користувача, якщо вважає, що це необхідно, відповідно до законодавства, нормативних актів або правил, для забезпечення безпеки будь-якої особи; для розслідування випадків шахрайства, вирішення питань безпеки або технічних питань, а також для захисту прав і майна самої

компанії; по-третє, у разі банкрутства, злиття, поглинання, реорганізації або продажу активів інформація користувача може бути продана чи передана в рамках такої транзакції. Положення щодо захисту інформації, надані в цій політиці конфіденційності, можуть бути застосовані щодо інформації користувача, переданій новій юридичній особі.

Компанія «Google» не розкриває персональну інформацію (дані) користувачів компаніям, організаціям і приватним особам, не пов'язаним з «Google». Така дія можлива лише тоді, коли особа, чия персональна інформація (дані) обробляється, дала на це згоду. Але треба пам'ятати, що на розкриття спеціальних категорій персональної інформації (конфіденційні медичні відомості, дані про расову чи національну приналежність, політичні або релігійні переконання і сексуальну орієнтацію) додатково надається згода. Передача персональної інформації відбувається за умови, коли адміністратор домену дав на це згоду, адже вся відповідальність за розголошення, поширення та інші незаконні дії з персональною інформацією лягає на цю посадову особу. Оброблення персональної інформації здійснюється і третіми сторонами за умови погодження з політикою конфіденційності та іншими вимогами безпеки компанії «Google». Компанія передає персональну інформацію на вимогу правоохоронних органів тієї або іншої країни, зацікавленої в такій інформації. Персональна інформація (дані) також може надаватися компаніям, організаціям або приватним особам, не пов'язаним з «Google», з метою:

- виконувати або дотримуватися чинного закону, підзаконного нормативного правового акта, судового рішення чи примусово здійсненого запиту державної установи;
- виявлення, припинення або перешкоджання шахрайству, а також усунення технічної несправності чи проблем з безпекою;
- захисту прав, власності або безпеки компанії «Google», користувачів чи суспільства в цілому.

Принагідно зазначимо, що компанія може надавати узагальнені, знеособлені персональні дані (відомості, за якими неможливо конкретно

ідентифікувати особу), але як правило, це статистична інформація, що надається усім користувачам і партнерам.

Положення конфіденційності компанії «MySpace» дають змогу отримувати доступ чи розкривати персональну інформацію (дані) без згоди на це користувача з такими цілями: по-перше, охорона й захист юридичних прав або власності соціальної мережі «MySpace», афілійованих компаній (це компанії, які володіють пакетом акцій основної компанії у розмірі менше контрольного) або їхніх співробітників, агентів і підрядників (включаючи забезпечення виконання угод); по-друге, охорона безпеки користувачів служб соціальної мережі «MySpace» або членів суспільства, у тому числі за екстрених обставин; по-третє, захист від шахрайства чи управління ризиком; по-четверте, виконання правових або судових вимог. Крім того, у разі, якщо «MySpace» продасть повністю чи частково свій бізнес, чи продасть або передасть усю, або істотну частину своїх активів, або іншим чином візьме участь у злитті чи передачі всього або значної частини свого бізнесу, то може передати персональну інформацію (дані) або непрямі дані стороні чи сторонам, причетним до даної угоди, в якості складової частини цієї угоди. «MySpace» надає персональну інформацію (дані) про своїх користувачів певному колу осіб. Але, попри це, актуально, що користувачів попереджають про таку передачу інформації. Важливим пунктом такого трансферу є і призначення персональної інформації (даних), яку передають, адже компанії беруть до уваги їх цільовий характер.

Таким чином, у подібних договорах про конфіденційність запобігають усім можливим непорозумінням з приводу розголошення конфіденційної інформації без згоди другої сторони та діяльності компаній (власників соціальних мереж) щодо використання й розголошення персональної інформації у певних соціальних мережах, де такі положення присутні та виконуються.

Форма самого договору про конфіденційність є консенсуальною, це підтверджується тим, що такий договір вважається укладеним з моменту згоди

(консенсусу) сторін щодо усіх істотних умов. Договір може бути як одностороннім так і багатостороннім, залежно від прав і обов'язків сторін. Якщо розглядати договір з позиції односторонності, то право на охорону й захист персональної інформації (конфіденційної інформації) є у зацікавленої особи, яка виступає ініціатором (розкриваюча сторона). Водночас на особу, що згідно з договором здійснює належну охорону і захист наданої їй інформації (отримуюча сторона), лягає обов'язок забезпечувати належну охорону і захист такої конфіденційної інформації. У разі багатосторонності такого договору права й обов'язки в розглядуваному аспекті є в усіх його учасників. Договір може бути як безоплатним, так і платним залежно від обов'язків (функцій), які накладаються на особу. Об'єктом даного договору є конфіденційна інформація. Зазначимо, що знеособлена, відкрита та загальновідома інформація не може бути об'єктом даного договору, адже по ній не можна ідентифікувати особу, а у разі її ідентифікації така інформація вже відома суспільству. Змістом договору є права й обов'язки розкриваючої та утримуючої сторін.

Визначимо важливі умови договору про конфіденційність інформації, у тому числі в соціальних мережах:

- визначення інформації як такої, що належить до конфіденційної інформації;
- виключення з конфіденційної інформації;
- виключення з понять розголошення конфіденційної інформації. Це інформація, що надається правоохоронним органам;
- строки (період, на який укладається цей договір та додержання конфіденційності інформації, якщо строк не визначений, буде застосовуватись поняття звичайних строків).

Договір про конфіденційність виконує кілька функцій: по-перше, він покликаний здійснювати охорону й захист конфіденційної інформації від розкриття третім особам. Тому один або декілька учасників договору письмово чи в іншій формі обіцяють не розголошувати конфіденційну інформацію, отриману від іншої сторони. Розкриття конфіденційності інформації внаслідок

її розголошення призводить до припинення договору конфіденційності у зв'язку з неможливістю його виконання. У такому випадку від осіб (особи), що винні у порушенні договору, можна вимагати судового притягнення чи грошової компенсації.

Порушенням договору конфіденційності найчастіше запобігають такі способи захисту цивільних прав: припинення дії, яка порушує право; відновлення стану, який існував до порушення; примусове виконання обов'язку в натурі; відшкодування збитків та інші способи відшкодування майнової шкоди; відшкодування моральної (немайнової) шкоди. Спеціальних способів захисту цивільних прав унаслідок порушення договору про конфіденційність законодавство України не передбачає. Проте зазначимо, що найбільшою проблемою в процесі захисту порушених прав сторони в договорі про конфіденційність виступає забезпечення належної доказової бази [4]; по-друге, змістова спрямованість та виділення можливих джерел отримання інформації; по-третє, використання договорів про конфіденційність може запобігти втраті матеріальних прав (благ). Тому правильно склавши договір про конфіденційність, можна уникнути небажаних, іноді й ненавмисних, дій, які можуть призвести до певних матеріальних втрат; по-четверте, угоди про конфіденційність точно визначають, яка інформація може і яка не може бути розкрита. Зазвичай цього досягають шляхом спеціальної класифікації інформації на конфіденційну та звичайну. Зауважимо, що в договорі може бути зазначена інформація під грифом «конфіденційно», навіть якщо законодавством така інформація не визначається як конфіденційна. Так, тип інформації, який може бути включений під егідою конфіденційної інформації, практично необмежений. Будь-яку інформацію, якою обмінюються сторони, можна вважати конфіденційною. Цей список, звичайно, не вичерпний, але саме це ілюструє широту питань, які можуть вважатися конфіденційними.

Принагідно зазначимо, що договір про конфіденційність може обмежити використання кожної зі сторін конфіденційної інформації. Наприклад, в угоді про конфіденційність можна вказати, що конфіденційна інформація

використовуватиметься тільки у строго визначених цілях, тобто переслідуватиме цільовий характер та забезпечуватиме режим обмеженого доступу до неї.

Договір повинен містити конкретні положення щодо обмеження доступу до конфіденційної інформації. Важливим моментом у будь-якому договорі про конфіденційність є встановлення стандартів, за якими сторони будуть обробляти конфіденційну інформацію. У такому разі кожна зі сторін буде ставитися до конфіденційної інформації з однаковою відповідальністю. Зауважимо, що така дія припустима лише у випадку, коли одержувач інформації встановлює стандарти для роботи з конфіденційною інформацією, такі як обмеження доступу до інформації або інших методів збереження секретності. Тому, перш ніж підписати угоду про конфіденційність, доцільно вивчити практику одержувача про збереження таємниці своєї власної інформації. Важливою умовою даного договору є визначення періоду, впродовж якого утримуюча сторона бере на себе обов'язки по охороні й захисту конфіденційної інформації.

Отже, договір про конфіденційність інформації в соціальних мережах – це домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Звертаємо увагу, що після припинення договору про конфіденційність персональної інформації він діє до моменту видалення всієї персональної інформації зацікавленої особи. Наявність договору про конфіденційність не завжди запобігає крадіжкам персональної інформації, але такий договір надає особі, якій належить персональна інформація (конфіденційна інформація), можливість у судовому порядку відстоювати свої права та відшкодувати спричинені збитки. Таким чином, є необхідність доопрацювати нормативно-правові документи в частині створення самостійного інституту договорів про конфіденційність.

Список використаних джерел

1. Законодавство України [електронний ресурс] Закон України «Про державну статистику» від 17 вересня 1992 р. № 2614-ХІІ. – Режим доступу до документа: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2614-12>
2. Законодавство України [електронний ресурс] Закон України «Про інформацію» від 2 жовтня 1992 р. № 2657-ХІІ. – Режим доступу до документа: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=2657-12>
3. Законодавство України [електронний ресурс] Закон України «Про доступ до публічної інформації» від 13 січня 2011 р. № 2939-VІ. – Режим доступу до документа: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2939-17>
4. Носік Ю. Договір про нерозголошення інформації / Ю. Носік // *Право України*, – 2010, – № 3, – С. 153–160.

Радкевич О.П. Конфіденційність персональної інформації в соціальних мережах

У статті проаналізовано законодавче трактування поняття конфіденційної інформації та визначено зміст конфіденційності. Розглянуто договір про конфіденційність і висвітлені основні ознаки такого договору. Висвітлено основні положення про можливість розголошення персональної інформації численними соціальними мережами.

Ключові слова: персональна інформація, конфіденційна інформація, договір про забезпечення конфіденційності інформації, соціальні мережі.

Радкевич А.П. Конфиденциальность персональной информации в социальных сетях

В статье проанализированы законодательная трактовка понятия конфиденциальной информации и определено содержание конфиденциальности. Рассмотрен договор о конфиденциальности и освещены основные признаки такого договора. Освещены основные положения о возможности разглашения персональной информации многочисленными социальными сетями.

Ключевые слова: персональная информация, конфиденциальная информация, договор о сохранении конфиденциальности информации, социальные сети.

Radkevich A.P. Confidentiality of personal information in the social networks

The article reviews the legal interpretation of the concept of confidential information and determined the content of privacy. Considered an agreement on confidentiality and covers main features of the contract. The basic provisions of the disclosure personal information to the most numerous social networks.

Keywords: personal information, confidential information, agreement of confidentiality, social network.

Рецензія*

на статтю «Конфіденційність персональної інформації в соціальних мережах»
аспіранта Національної академії внутрішніх справ України Радкевича
Олександра Петровича

Стаття О.П.Радкевича присвячена проблемам охорони і захисту персональної інформації в умовах сучасного інформаційного розвитку суспільства.

Автором проаналізовано положення вітчизняного законодавства на предмет розуміння конфіденційної інформації в різних законодавчих актах. При цьому увагу було приділено Закону України «Про державну статистику», «Про інформацію». «Про доступ до публічної інформації». Проаналізовано положення цивільного кодексу України на предмет регулювання на договірній основі охорони й захисту персональної інформації.

Особлива увага приділена положенням договору про конфіденційність, що використовується соціальними мережами. Висвітлено положення трьох соціальних мереж щодо розголошення персональної інформації без згоди на це власника персональної інформації.

Заслужовує на увагу характеристика договору про конфіденційність персональної інформації. Розкрито важливі умови такого договору у тому числі і в соціальних мережах. Цікавими є пропозиції автора щодо необхідності доопрацювання нормативно-правових документів у частині закріплення на законодавчому рівні інституту договорів про конфіденційність.

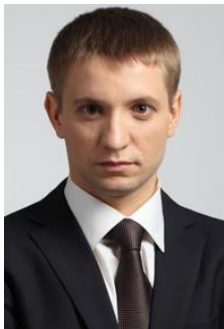
Стаття Радкевича О.П. присвячена актуальній темі, відповідає встановленим вимогам і може бути надрукована у фаховому виданні.

Рецензент:

доктор юридичних наук
професор

Ю.О. Заїка

* Збережено стиль і граматику оригіналу.



Стратегія державної політики сприяння розвитку громадянського суспільства: недоліки і прагматичні аспекти її реалізації

Кравченко Сергій Сергійович,
кандидат юридичних наук, доцент, доцент Київського університету права НАН України;



Горленко Віктор Вікторович,
аспірант Національного педагогічного університету імені М.П. Драгоманова

УДК 3.34.340

Останнім часом у нашій державі значна увага приділяється питанням розвитку і становлення громадянського суспільства, причому на рівні вищого державного керівництва. Так, Указом Президента України від 25 січня 2012 р. № 32/2012 було створено Координаційну раду з питань розвитку громадянського суспільства. За результатами проведеної роботи у I кварталі 2012 р. зазначеною Координаційною радою Указом Президента України від 24 березня 2012 р. № 212/2012 затверджено Стратегію державної політики сприяння розвитку громадянського суспільства в Україні (далі – Стратегія), яка, на жаль, не є досконалою та потребує доопрацювання.

У зв'язку із зазначеним, метою даного дослідження є аналіз положень Стратегії державної політики сприяння розвитку громадянського суспільства та визначення її основних недоліків.

Завдання дослідження полягає у наданні пропозицій для виправлення недоліків згаданої Стратегії з урахуванням сучасних філософсько-правових поглядів, насамперед теорії правового прагматизму.

У преамбулі Стратегії зазначено, що її спрямуванням є реалізація принципів, пріоритетів, завдань державної політики у сфері розвитку громадянського суспільства і вона визначає концептуальні,

взаємодоповнювальні напрями діяльності органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування щодо створення належних умов для розвитку громадянського суспільства [6]. Важливим моментом при цьому є те, що саме у Стратегії вперше було надано визначення поняттю «громадянське суспільство» на законодавчому рівні. Так, розділ 1. «Загальні положення» визнав «громадянське суспільство» таким суспільством, у якому вільно реалізуються основоположні права і свободи людини і громадянина через різноманітні форми публічної громадської активності та самоорганізації [6].

Наведене вище визначення не зовсім розкриває суть поняття «громадянське суспільство», адже воно не враховує політико-правові і економічні аспекти, внутрішню структуру суспільства та роль держави у формуванні громадянського суспільства. Таким чином, запропоноване у Стратегії визначення є вузьким, а тому з метою кращого розуміння державної політики у сфері розвитку громадянського суспільства його доцільно подати у більш ширшому розумінні.

Та повернімося до аналізу положень Стратегії. Основними проблемами громадянського суспільства визначено:

- збереження тенденції до непрозорості, закритості та забюрократизованості в діяльності органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування замість налагодження ефективного діалогу з суспільством;
- недосконалість чинного законодавства створює штучні бар'єри для утворення та діяльності інститутів громадянського суспільства;
- механізми участі громадськості у формуванні та здійсненні державної політики належним чином не реалізуються;
- податкове навантаження не стимулює діяльність і розвиток інститутів громадянського суспільства та їх підтримку вітчизняними благодійними організаціями;
- більшість інститутів громадянського суспільства не має доступу до державної фінансової підтримки та вітчизняної благодійної підтримки;

- потенціал інститутів громадянського суспільства щодо надання соціальних послуг населенню не використовується [6].

Зазначений вище перелік, наведений у Стратегії, є неповним, оскільки у ньому не висвітлено всіх проблем громадянського суспільства. Зокрема, відомо, що в Україні активно розпочав свою діяльність такий інститут громадянського суспільства, як громадські ради. Проте немає механізму реалізації рішень цих громадських рад. Навіть ради, створені на найвищому державному рівні при Президентові України, такі, як Громадська гуманітарна рада і Координаційна рада з питань розвитку громадянського суспільства, мають усього лише статус дорадчого органу, а їхні рішення не мають прямої дії. Говорити про значний вплив і статус рад при органах виконавчої влади і місцевих обласних державних адміністраціях не доводиться.

Останні дослідження роботи громадських рад призводять до таких висновків: більшість положень громадських рад дублюють Типове положення про громадську раду при міністерстві, іншому центральному органі виконавчої влади, Раді міністрів Автономної Республіки Крим, обласній, Київській та Севастопольській міській, районній, районній у містах Києві та Севастополі державній адміністрації, затверджене постановою Кабінету Міністрів України від 3 листопада 2010 р. № 996. Зважаючи на це, в їх пунктах збережено всі недоліки зріцевого документа, зокрема: недостатньо визначено процедури набуття членства у громадській раді, ведення діловодства та взаємодії з установами та організаціями. Усе це потребує значної деталізації [9; 53].

Понад 40 % громадських рад при міністерствах було сформовано лише у 2009 році, натомість громадські ради при обласних державних адміністраціях існують переважно з 2006 року. Державні службовці є членами громадських рад у кожному третьому випадку на рівні міністерств та в кожному шостому випадку на рівні обласних державних адміністрацій. Загальна частка державних службовців у громадських радах на рівні міністерств становить 15 % та в громадських радах на рівні ОДА – 3 %. За наданої органами виконавчої влади

інформації оцінити ефективність роботи громадських рад неможливо [9; 54–55].

З наведеного вище випливає, що громадські ради хоч і є важливим інструментом забезпечення участі громадськості у формуванні державної політики, все ж таки не виконують своєї функції у зв'язку зі своїм несприятливим законодавчим статусом.

Авторами Стратегії у розділі 4. «Завдання державної політики сприяння розвитку громадянського суспільства в Україні та шляхи їх реалізації» запропоновано ряд заходів щодо розвитку громадянського суспільства. До них належать:

- спрощення процедур та скорочення строків реєстрації інститутів громадянського суспільства (громадські, благодійні організації, органи самоорганізації населення тощо);
- забезпечення права іноземців та осіб без громадянства, юридичних осіб приватного права на свободу об'єднання та заснування і участі в організаціях за професійною ознакою;
- надання інститутам громадянського суспільства права здійснювати свою діяльність на всій території України;
- запровадження європейських механізмів контролю органів виконавчої влади за діяльністю інститутів громадянського суспільства;
- унормування питання щодо безпосереднього здійснення інститутами громадянського суспільства господарської діяльності з метою виконання статутних завдань;
- удосконалення процедур проведення місцевих референдумів, мирних зібрань, загальних зборів (конференцій), громадських слухань членів територіальної громади за місцем проживання;
- удосконалення правового статусу органів самоорганізації населення, встановлення гарантій їх діяльності;
- адаптація законодавства України у сфері забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків до законодавства Європейського Союзу;

- створення належних умов для участі молодих громадян через молодіжні громадські організації та об'єднання у розробленні і реалізації державної молодіжної політики та програм, що стосуються молоді [6].

Механізм реалізації наведених вище заходів та Стратегії у цілому визначений у розділі 5. «Механізм реалізації Стратегії». За результатами аналізу зазначеного розділу можна зробити висновки, що у авторів Стратегії абсолютно відсутнє розуміння механізму її реалізації. Так, у розділі вказано, що заходи щодо реалізації Стратегії, органи, відповідальні за їх виконання, та строки виконання цих заходів визначаються у Плані першочергових заходів щодо реалізації Стратегії державної політики сприяння розвитку громадянського суспільства в Україні (далі – План першочергових заходів), а також у щорічних планах із реалізації Стратегії (далі – щорічні плани), які затверджує Президент України за поданням Координаційної ради з питань розвитку громадянського суспільства. Реалізація положень Стратегії, виконання Плану першочергових заходів, щорічних планів, моніторинг та оцінка стану їх виконання здійснюються органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування на підставі, у межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України. Органи виконавчої влади під час розроблення та реалізації нормативно-правових актів, програм, планів та окремих заходів керуються Стратегією [6]. Ми бачимо, що механізм реалізації Стратегії є суто декларативним і не може здійснити відповідні перетворення у суспільстві.

Не містить конкретного механізму реалізації Стратегії і План першочергових заходів, затверджений уже згадуваним Указом Президента України від 24 березня 2012 р. № 212/2012. Проте деякі аспекти Плану першочергових заходів є доволі позитивними. До них належить пропозиція підготовки та подання в установленому порядку проекту Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про органи самоорганізації населення», в якому пропонується передбачити, зокрема, вдосконалення правового регулювання процедур проведення зборів (конференцій) жителів

територіальної громади за місцем проживання та встановлення додаткових гарантій діяльності органів самоорганізації населення [6]. Дана пропозиція доцільна, оскільки розширення повноваження органів самоорганізації населення сприятиме активізації громадської активності, що у свою чергу є позитивним моментом для розвитку громадянського суспільства.

Передбачені пп. 3 п. 1 Плану першочергових заходів підготовка та подання в установленому порядку проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення правового регулювання процедур консультацій з громадськістю в процесі підготовки нормативно-правових актів» [6] має створити реальні можливості для впливу громадян на здійснення законотворчості. При розробці зазначеного проекту Закону України варто обов'язково передбачити надання рішенням громадських рад статусу норми прямої дії та обов'язковості у виконанні. Таке законодавче впровадження дозволить громадянам безпосередньо брати участь у формуванні державної політики.

Отже, можна говорити, що до основних недоліків Стратегії державної політики сприяння розвитку громадянського суспільства належать:

- відсутність розуміння поняття «громадянське суспільство» у більш широкому сенсі;
- неповний перелік проблемних питань формування громадянського суспільства;
- відсутність чіткого механізму реалізації Стратегії.

Спробуємо надати пропозиції щодо можливих шляхів виправлення згаданих недоліків. Почнемо із понятійного апарату, а саме поняття «громадянське суспільство». Для надання відповідного визначення дамо характеристику цьому поняттю. Структуру громадянського суспільства становлять сукупність суб'єктів, які представляють недержавну сферу життєдіяльності.

У юристів немає єдиного підходу щодо структури громадянського суспільства. Так, одні науковці до структури громадянського суспільства

ПИТАННЯ ЮРИДИЧНОЇ ТЕОРІЇ І ПРАКТИКИ

відносять: громадянина, об'єднання громадян, підприємців та інших недержавних економічних структур, політичні партії, не залучені до процесу державного управління, органи самоорганізації населення, релігійні організації, недержавні освітні і культурні установи, наукові асоціації, спортивні організації та засоби масової інформації.

Хижняк І.А. розрізняє декілька видів складових структури громадянського суспільства:

- економічного профілю – які залучені до процесу виробництва, комерційні асоціації, установи, що забезпечують їх паблік рілейшнз;
- культурного профілю – релігійні, етнічні, громадські установи, які репрезентують і захищають колективні права та цінності;
- інформаційного та освітнього профілю – діяльність яких спрямована на розповсюдження суспільних знань, ідей, інформації;
- за інтересами – створюють сприятливі умови для реалізації інтересів представників різноманітних соціальних груп – робітників, членів професійних організацій, пенсіонерів тощо;
- за галузевим розвитком – об'єднують фінансові та інші ресурси індивіда з метою поліпшення інфраструктури, інституцій, а також якості життя у спільнотах, де вони проживають;
- за дотриманням громадських прав – метою яких є пошук шляхів демократизації політичної системи через проведення моніторингу дотримання прав людини, проведення опитування громадської думки, антикорупційні заходи [7, с. 54].

На нашу думку, до структури громадянського суспільства слід віднести перш за все такі інституції, як об'єднання громадян та органи самоорганізації населення.

Свої завдання і функції громадянське суспільство може реалізувати лише шляхом взаємодії із державою. Аналіз історії становлення концепції громадянського суспільства, проведений нами вище, вказує на той факт, що, попри антагоністичний характер взаємовідносин, який так чи інакше

супроводжує процес комунікації між владою та недержавним сектором, саме громадянське суспільство також не може сформуватися поза існуванням держави. Адже саме влада вкупі зі своєю директивністю та трансцендентним бажанням тотально контролювати кожен ділянку суспільного життя й виступає тим подразником, що цілком природно викликає адекватний спротив у громадському середовищі.

Метою та результатом існування громадянського суспільства, безумовно, є перетворення держави на правову, вихідним принципом якої є пріоритет особистості та визнання її найвищої цінності. Реалізація цього принципу можлива за умови забезпечення верховенства права та закону, недоторканості прав і свобод громадянина.

Підсумовуючи все наведене вище, можна дійти висновку, що громадянське суспільство – це такий політико-правовий і економічний стан суспільства, який гарантує рівноправність громадян, забезпечення і захист їхніх прав і свобод, а також має незалежність від держави, проте співпрацює з нею заради суспільного блага. Дане визначення доцільно закріпити у розділі 1. «Загальні положення» Стратегії.

Наступним недоліком є неповний перелік проблемних питань формування громадянського суспільства. Як ми вже зазначали, однією з основних проблем формування громадянського суспільства є відсутність у такого його найважливішого елемента, як громадська рада, можливості приймати рішення, які матимуть норми прямої дії і будуть обов'язковими до виконання усіма органами виконавчої влади. Тому до переліку комплексу проблем, що є актуальними як для суспільства, так і для держави, який міститься у розділі 1. «Загальні положення» Стратегії, доцільно включити і таку проблему, як відсутність у громадських рад при органах влади реального механізму впливу на формування державної політики і реалізації своїх рішень.

Щодо відсутності чіткого механізму реалізації Стратегії, то, на нашу думку, варто звернутися до досвіду іноземних держав, насамперед Сполучених Штатів Америки, у філософії якої значне місце посів правовий прагматизм.

Проаналізуймо, на яких саме принципах базується філософсько-правова концепція правого прагматизму і чим вона може бути корисною для української філософсько-правової думки.

Протягом усієї історії існування США вплив американської творчої конструктивної думки сприяв прогресу знання в усьому світі. Цей вплив особливо помітний у розвитку прикладних наук, де американцям належить безліч інноваційних досягнень. У сфері інтелектуальних роздумів, зокрема у філософії, внесок американської науки обмежується однією, але надзвичайно продуктивною, ідеєю. В американській науковій літературі вона характеризується як «ідея про ідеї» і зветься «прагматизм». Прагматизм, який властивий виключно американській школі філософської думки, виник тільки наприкінці ХІХ сторіччя. Однак джерела його концепцій ідуть углиб історії американської філософії.

Історично особливість американського філософського світогляду проявляється у тому, що з самого початку свого виникнення американське суспільство розвивалося у рамках твердої релігійної ідеології, яка насаджувала культуру повчального характеру і правил, вимагаючи беззастережного підпорядкування. Інтелектуальний і духовний розвиток раннього періоду американської історії був прямим продовженням соціальних протиріч, які змусили групу релігійних дисидентів покинути Старий Світ. Їхні погляди формувалися під знаком ілюзорної утопічної мрії втілити на новому місці ідеї громадського порядку в тому вигляді, як вони представлені в текстах Старого і Нового Завіту. В умовах практичних труднощів філософські рефлексії поза контекстом цих джерел не були домінуючим заняттям переселенців у процесі адаптації й соціокультурного становлення. Інтелектуальні пошуки у період ранньої американської історії концентрувалися на спробах втілити біблійне подання про праведне життя і принципи організації соціальних відносин у реаліях незнайомої дійсності. Створені системи керування і світогляду ґрунтувалися на уніфікації та стандартизації життєвого укладу, догматизації ідеології та духовних прагнень. Разом з тим неухильне слідування біблійним

догматам не запобігало появі інакомислення й неортодоксального тлумачення біблійного канону, тим більше суперечливих його положень, що спочатку американські колонії не були однорідним, об'єднаним суспільством. Роз'єднаність і суперництво стали причиною багатьох, як прогресивних, так і негативних, навіть ганебних подій у соціальних відносинах раннього американського суспільства (полювання за відьмами в Сейлемі, наприклад). Американські інтелектуальні діячі, наставляючи парафіян відповідно до букви Святого Письма, міркували про принципи устрою церкви і її об'єднуючої суспільної ролі. Вони засновували свої філософські теорії, рухи, школи і традиції на переконаності в сакраментальному змісті історичної місії переселенців, нерідко розвиваючи свої теорії в різних напрямках. Загальною вихідною філософською позицією було переконання у тому, що їм призначено виконати особливу місію, для виконання якої серед всіх інших Господь обрав саме їх. Однак розбіжність і протиріччя при тлумаченні Святого Письма і методів здійснення його канонів часто викликали запеклі суперечки між представниками конкуруючих конфесіональних груп. Такий процес формування філософських поглядів відбився і на формуванні американського законодавства.

Як ми бачимо, основна суть правового аспекту американського прагматизму полягає у застосуванні практичного досвіду під здійснення правотворчої діяльності, іншими словами надання судовій практиці переваги над іншими джерелами права. Варто зауважити, що для української правової філософської думки застосування судової практики не є чимось незнайомим. Так, український філософ Памфіл Юркевич у своїй праці «Історія філософії права» зазначає: «Прокурор тягне справу на юридичний ґрунт, а захисник – на ґрунт моралі, розуму. І з цього огляду, хто добре ознайомлений із системою морального світу, той завжди зуміє зв'язати ідею права з мораллю, так що перехід відбувається природно, і захист стає надійним. Навіть якби ми були скептиками, то й у такому випадку не могли б заперечувати важливість для практики вивчення моральної філософії, адже вона дає зрозуміти, на яких

засадах тримається або спирається певний факт права» [8, с. 254]. Із суті процитованого тексту випливає, що важливе значення має моральна сторона права, яка може відрізнятись у тому чи іншому випадку. Тому судова практика допомагає нам зрозуміти, як узгоджуються норми законодавства із дійсністю, дає характеристику правильності того чи іншого закону, а також ефективності його практичної реалізації.

Таким чином, враховуючи основні постулати концепції правового прагматизму, можна з упевненістю говорити, що механізм реалізації Стратегії має базуватись на удосконаленні нині діючого і прийнятті нового законодавства. При цьому, при розробці нового законодавства обов'язково доцільно проводити експертну оцінку можливості практичного застосування його норм.

Доволі актуальним у цьому контексті є внесення змін до Закону України «Про всеукраїнський та місцеві референдуми». Так, у 2000 році в Україні було проведено Всеукраїнський референдум за народною ініціативою, на який було винесено питання щодо скасування депутатської недоторканості, зменшення кількості депутатів Верховної Ради України та формування двопалатного парламенту. Результати зазначеного референдуму не втілено у життя до цього часу, а вже минуло 12 років. Таким чином, ми бачимо, що положення згаданого Закону України про механізм впровадження результатів всеукраїнського і місцевого референдумів не діють, а отже, відповідно до запропонованої нами концепції правого прагматизму, мають бути змінені. Зокрема, потребують значної зміни положення глави VI «Дорадче опитування громадян України». Доцільно термін «дорадче опитування» замінити терміном «опитування». Також передбачити норму такого змісту: «Результати опитування громадян, проведені під час всеукраїнського або місцевого референдуму, є нормами прямої дії та мають бути реалізовані шляхом прийняття відповідного нормативно-правового акта Президентом України, Верховною Радою України, Кабінетом Міністрів України, місцевими органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування».

Отже, Стратегія державної політики сприяння розвитку громадянського суспільства потребує значного доопрацювання із врахуванням українського досвіду практичного застосування законодавства.

Список використаних джерел

1. Конституція України // Відомості Верховної Ради України від 23 липня 1996 р. – 1996 р. – № 30. – Ст. 141.
2. Закон України від 3 липня 1991 р. № 1286-ХІІ «Про всеукраїнський та місцеві референдуми» // Відомості Верховної Ради УРСР від 13 серпня 1991 р. – 1991 р., № 33, Ст. 443.
3. Закон України від 16 липня 1992 р. № 2460-ХІІ «Про об'єднання громадян» // Відомості Верховної Ради України від 25 серпня 1992р. – 1992 р., № 34, Ст. 504.
4. Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2365-ІІІ «Про політичні партії в Україні» // Відомості Верховної Ради України від 8 червня 2001 р. – 2001 р., № 23, Ст. 118.
5. Указ Президента України від 25 січня 2012 р. № 32/2012 «Питання сприяння розвитку громадянського суспільства в Україні» // Урядовий кур'єр від 1 лютого 2012 р. № 19.
6. Указ Президента України від 24 березня 2012 р. № 212/2012 «Про Стратегію державної політики сприяння розвитку громадянського суспільства в Україні та першочергові заходи щодо її реалізації» // Урядовий кур'єр від 10 квітня 2012 р. № 65.
7. Хижняк І.А. Теоретичні проблеми громадянського суспільства у країнах Заходу періоду постіндустріальних трансформацій // Наукові праці МАУП. – К., 2003. – Вип. 5 : Актуальні питання політології. – 200 с.
8. Юркевич Памфіл Історія філософії права; Філософія права; Філософський щоденник. – К. : Ред. журн. «Український Світ», 1999. – 400 с.
9. Як організувати державну політику сприяння розвитку громадянського суспільства // Укр. незалеж. центр політ. дослідж. – К. : 2011. – 224 с.

Кравченко С.С., Горленко В.В. Стратегія державної політики сприяння розвитку громадянського суспільства: недоліки і прагматичні аспекти її реалізації

У статті здійснюється аналіз положень Стратегії державної політики сприяння розвитку громадянського суспільства в Україні, затвердженої Указом Президента України від 24 березня 2012 р. № 212/2012, на предмет наявності у ній недоліків та відповідності реаліям сучасного стану громадянського суспільства. Авторами надано пропозиції щодо вдосконалення механізму реалізації Стратегії у контексті теорії правового прагматизму. Зокрема, запропоновано внести зміни до Закону України «Про всеукраїнський та місцеві референдуми» щодо впровадження результатів всеукраїнського і місцевого референдумів.

Ключові слова: громадська рада, громадянське суспільство, державна політика, об'єднання громадян, правовий прагматизм, референдум.

Кравченко С.С., Горленко В.В. Стратегия государственной политики содействия развития гражданского общества: недостатки и прагматические аспекты ее реализации

В статье осуществляется анализ положений Стратегии государственной политики содействия развитию гражданского общества в Украине, утвержденной Указом Президента Украины от 24 марта 2012 г. № 212/2012, на предмет наличия в ней недостатков и соответствия реалиям современного состояния гражданского общества. Авторами предоставлено предложения относительно усовершенствования механизма реализации Стратегии в контексте теории правового прагматизма. В частности, предложено внести изменения в Закон Украины «О всеукраинском и местных референдумах» относительно внедрения результатов всеукраинского и местного референдумов.

Ключевые слова: общественный совет, гражданское общество, государственная политика, объединение граждан, правовой прагматизм, референдум.

Kravchenko S.S., Gorlenko V.V. State policy strategy of civil society development: failings and pragmatic aspects of realization

In article analysis position State policy strategy of civil society development in Ukraine was approved Decree of the President of Ukraine from 24th May 2012 № 212/2012. Research subject are defects and conformity to modern status civil society. Authors give propositions about improvement mechanism Strategy realization in context of legal pragmatism. Specifically, propose introduction of changes to Law of Ukraine «On All-Ukrainian and local referendums».

Key's words: civil council, civil society, civil organizations, legal pragmatism, referendum, state policy.

Рецензія*
на статтю (у співавторстві)
к.ю.н., доцента Кравченка Сергія Сергійовича,
аспіранта Національного педагогічного університету
ім. М.П. Драгоманова
Горленка Віктора Вікторовича:
«Стратегія державної політики сприяння розвитку громадянського
суспільства: недоліки і прагматичні аспекти її реалізації»

Актуальність теми, яка досліджується обумовлена тим, що державна політика України спрямована на формування громадянського суспільства. Так, Указом Президента України від 24 березня 2012 року № 212/2012 затверджено Стратегію державної політики сприяння розвитку громадянського суспільства в Україні, яка має стати основоположним документом у сфері формування громадянського суспільства.

Автори роботи дають загальну характеристику зазначеної Стратегії, наводять основні проблемні питання які погребують доопрацювання. У дослідженні подано пропозиції стосовно удосконалення наданого акта та інших актів законодавства. Зокрема, авторами запропоновано внести зміни до Закону України „Про всеукраїнський та місцеві референдуми» стосовно реалізації результатів всеукраїнського і місцевого референдумів.

Висновок: стаття Кравченка С.С., Горленка В.В. «Стратегія державної політики сприяння розвитку громадянського суспільства: недоліки і прагматичні аспекти її реалізації» є самостійним, завершеним дослідженням і може бути допущене до друку.

Рецензент:

к.ю.н., доцент

Київського університету права

НАН України

Похиленко І.С.

* Збережено стиль і граматику оригіналу.

Над випуском працювали:

Науковий редактор:
Олександр Гончаренко

Відповідальний секретар:
Лариса Бардаченко

Літературний редактор:
Ольга Таращук

Комп'ютерна верстка:
Ігор Краснощок
Максим Кругліков

Дизайн обкладинки:
Ігор Краснощок,
Тарас Шевченко

Обробка фотографій:
Максим Кругліков

***ЕЛЕКТРОННИЙ ПРИМІРНИК РОЗРОБЛЕНО ВІДДІЛОМ
ОРГТЕХНІКИ ТА КОМП'ЮТЕРИЗАЦІЇ УПРАВЛІННЯ
СПРАВАМИ СЕКРЕТАРІАТУ ВИЩОЇ РАДИ ЮСТИЦІЇ
ЗГІДНО З НАКАЗОМ ГОЛОВИ ВИЩОЇ РАДИ ЮСТИЦІЇ «ПРО
ЗАПРОВАДЖЕННЯ ЕЛЕКТРОННОГО ПЕРІОДИЧНОГО
ВИДАННЯ «ВІСНИК ВИЩОЇ РАДИ ЮСТИЦІЇ»
№ 142/0/1—09 ВІД 29.12.2009 р.***

ФОРМАТ ФАЙЛУ: PDF

***ЕЛЕКТРОННУ ВЕРСІЮ ВІСНИКА ОПРИЛЮДНЕНО НА
ОФІЦІЙНОМУ САЙТІ ВИЩОЇ РАДИ ЮСТИЦІЇ
WWW.VRU.GOV.UA***