



№ 4 (12) 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 ūsticії)

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 № 4 (12) 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, радник ректора 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 Порфиринович, заступник Генерального прокурора України, доктор юридичних наук, професор, Заслужений юрист України, державний радник юстиції 1 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 № 4 (12) 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

Деякі процедурні аспекти притягнення суддів до кримінальної відповідальності. *Овчаренко Олена Миколаївна, кандидат юридичних наук, асистент кафедри організації судових і правоохоронних органів Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»..... 7*

Щодо віднесення виконання ухвал суду про забезпечення позову шляхом накладення арешту на нерухоме майно до компетенції нотаріусів. *Лисенко Любов Сергіївна, асистент кафедри нотаріального та виконавчого процесу і адвокатури Київського національного університету імені Тараса Шевченка. . 22*

ЦИВІЛЬНЕ ТА ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО

Окремі проблеми правового регулювання утворення об'єднань співвласників багатоквартирних будинків у новобудовах. *Гончаренко Олександр Володимирович, кандидат юридичних наук, керівник служби Голови Вищої ради юстиції 32*

Податковий кодекс України як елемент системи правового регулювання діяльності держави у сфері уникнення подвійного оподаткування. *Вдовічена Лідія Іванівна, кандидат юридичних наук, асистент кафедри конституційного, адміністративного і фінансового права Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича 42*

Поняття та ознаки відповідальності некомерційних суб'єктів господарювання. *Машковська Людмила Володимирівна, викладач кафедри*

соціально-гуманітарних і правових дисциплін Уманського національного університету садівництва. 52

Деякі проблеми правового режиму свердловин на воду. *Марусенко Роман Ігорович, кандидат юридичних наук, доцент кафедри земельного та аграрного права юридичного факультету Київського національного університету, адвокат..... 64*

Зобов'язальне право найму (оренди) та інше використання чужих земельних ділянок від імені володільця у зобов'язальних відносинах. *Мірошниченко Анатолій Миколайович, доктор юридичних наук, завідувач кафедри земельного та аграрного права юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка; Попов Юрій Юрійович, головний експерт із правознавства Центру комерційного права. 78*

Зміст арбітражної угоди. *Лис Ганна Ігорівна, провідний спеціаліст Вищої ради юстиції 90*

ПИТАННЯ ЮРИДИЧНОЇ ТЕОРІЇ І ПРАКТИКИ

Структура конституційно-правового статусу Кабінету Міністрів України: теоретико-методологічні аспекти. *Совгіря Ольга Володимирівна, кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри конституційного права юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка 105*

Вибірчі спори: до визначення онтології видової характеристики. *Леценко Ольга Дмитрівна, аспірантка економіко-правового факультету Одеського національного університету імені І.І. Мечникова, помічник судді Приморського районного суду м. Одеси 116*

Обмеження щодо членства у професійних спілках в рамках тенденції стирання розбіжностей правового статусу різних категорій працівників. *Щотова Юлія Миколаївна, кандидат юридичних наук, декан юридичного*

факультету, доцент кафедри цивільно-правових дисциплін Академії праці і соціальних відносин Федерації професійних спілок України 136

ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Формування корпусу суддів за судовою реформою 1864 року. Обрусна Світлана Юріївна, доктор юридичних наук, професор кафедри фундаментальних юридичних дисциплін Харківського національного університету внутрішніх справ..... 148

Судочинство по добрій совісті (iudicia bonae fidei) та нові інститути цивільного процесу у Стародавньому Римі: інтерпретація та рецепція. Гайдулін Олександр Олександрович, кандидат філософських наук, кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри міжнародного та європейського права Київського національного економічного університету імені Вадима Гетьмана 160

Внесок об'єднань полісів Стародавньої Греції у розвиток ідеї колективної безпеки у міжнародному праві. Ржевська Валентина Сергіївна, кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри міжнародного права Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка 167

ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД

Субъекты функции защиты в уголовном процессе по Уголовно-процессуальному закону Азербайджанской Республики. Аббасова Лала Зейнал кызы, диссертант кафедри криміналістики і судової експертизи Бакинського державного університету 180



Деякі процедурні аспекти притягнення суддів до кримінальної відповідальності

*Овчаренко Олена Миколаївна,
кандидат юридичних наук, асистент кафедри організації
судових і правоохоронних органів Національного
університету «Юридична академія України імені Ярослава
Мудрого»*

Актуальність питань, пов'язаних із притягненням суддів до кримінальної відповідальності, зумовлена рядом суспільно-політичних та правових чинників. Так, останнім часом досить часто набувають широкого суспільного розголосу випадки зловживань з боку суддів, як-то хабарництво, вчинення дій, що несумісні з високим званням судді. Такі прецеденти викривають проблеми у судовій системі, засвідчують, що не завжди на високі посади суддів призначають або обирають осіб з високими моральними якостями і бездоганною репутацією.

Одночасно недосконалість чинного кримінального, кримінально-процесуального і судоустрійного законодавства призводить до того, що деякі випадки безвідповідальної, неправової поведінки суддів залишаються поза увагою відповідних органів держави. Це свідчить про потребу удосконалення правового механізму притягнення суддів до відповідальності, зокрема кримінальної, і потребує комплексного дослідження означеної проблеми.

У вітчизняній науковій юридичній літературі проблему притягнення суддів до відповідальності досліджували Л.Є. Виноградова [1], С.В. Подкопаєв [13], Р.О. Куйбіда [9], О.В. Капліна, В.І. Тютюгін, І.А. Тітко [4]. Незважаючи на це, залишається невирішеною низка процедурних питань притягнення суддів до кримінальної відповідальності. Це пов'язано насамперед із набуттям чинності Законом України «Про судоустрій і статус суддів» від 7 липня 2010 р. [19] і ухваленням нового Кримінального процесуального кодексу України від 13 квітня 2012 р. [7]

Конституція України закріплює принцип недоторканності суддів, який служить гарантією їхньої незалежності. Згідно з частиною третьою ст. 126 Конституції України судді обіймають посади безстроково, крім суддів Конституційного Суду України та суддів, які призначаються на посаду судді вперше. Незалежність і недоторканність суддів гарантуються Конституцією і законами України. Суддя не може бути без згоди Верховної Ради України затриманий чи заарештований до винесення обвинувального вироку судом (частина перша ст. 3 Конституції України) [6].

Положення щодо недоторканності суддів розвинені в чинному законодавстві про судоустрій. Встановлення додаткових, порівняно з недоторканністю пересічної особи, гарантій недоторканності для суддів має на меті створення належних умов для виконання покладених на них державою обов'язків та захист від незаконного втручання у їх діяльність. Відповідно до правової позиції Конституційного Суду України «недоторканність суддів – один із елементів їхнього статусу. Вона не є особистим привілеєм, а має публічно-правове призначення – забезпечити здійснення правосуддя неупередженим, безстороннім і справедливим судом» [21]. Тому статтею 48 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 7 липня 2010 р. передбачені гарантії недоторканності судді, які проявляються в особливому порядку затримання судді, притягнення його до відповідальності.

Відповідно до міжнародно-правових актів судовий розгляд справ по обвинуваченню суддів має відповідати вимогам належного і справедливого правосуддя. Так, пунктами 17, 18 Основних принципів незалежності суддів встановлено, що «звинувачення або скарга, що надійшли на суддю в ході виконання ним своїх судових і професійних обов'язків, повинні бути невідкладно і безсторонньо розглянуті згідно з відповідною процедурою; суддя має право на відповідь і справедливий розгляд; на початковому етапі розгляд скарги має проводитись конфіденційно, якщо суддя не звернеться з проханням про інше; судді можуть бути тимчасово усунуті від посади або звільнені тільки з причин їх нездатності виконувати свої обов'язки чи поведінки, невідповідної до посади, яку

вони займають» [12, с. 169]. У Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи «Щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки» від 18 листопада 2010 р. № (2012) 12 зауважується, що коли суддя не виконує суддівські функції, він може бути притягнутий до відповідальності згідно з цивільним, кримінальним або адміністративним правом, як і всі інші громадяни [26]. Водночас у всіх міжнародно-правових актах, що стосуються статусу суддів, забороняється чинити незаконний тиск на суддів під час ухвалення ними рішення і притягувати їх до відповідальності за правову позицію, висловлену ними по справі [10, с. 28–34].

Досвід країн Європи свідчить про те, що принцип недоторканності суддів реалізований у законодавстві цих країн у меншій мірі, ніж в Україні. Як відзначив відомий європейський експерт у галузі судоустрою Дж. Оберто, «у західній традиції немає таких гарантій, і міжнародні документи їх також не передбачають. Так, наприклад, в Італії, Франції, Іспанії та Німеччині судді несуть відповідальність за свої вчинки відповідно до кримінального та цивільного законодавства так само, як й інші громадяни». Додаткові гарантії недоторканності суддів більш притаманні східноєвропейським країнам. Так, за ст. 181 Конституції Польщі суддя не може бути притягнутий до кримінальної відповідальності або позбавлений волі без попередньої згоди визначеного законом суду; суддя не може бути затриманий або арештований, за винятком випадку, коли він затриманий на місці скоєння злочину [5, с. 250]. Водночас, враховуючи українські реалії, Дж. Оберто констатує необхідність подібних норм, оскільки «у суспільствах, де повага до суддів та їхньої незалежності ще не так глибоко укорінена, є доцільним такий додатковий захист представників судової гілки влади» [2]. Тому, коментуючи новий Закон України «Про судоустрій і статус суддів», експерти Венеціанської комісії відзначили, що «немає потреби в тому, щоби кримінальне провадження щодо судді започатковувалося лише Генеральним прокурором. Імунітет з судді має знімати не Парламент, а Вища рада юстиції» [23, п. 27].

Оцінюючи положення Закону України «Про судоустрій і статус суддів» щодо недоторканності суддів, варто відзначити, що Законом вирішено низку проблем.

По-перше, створено новий порядок відсторонення від посади суддів, проти яких порушено кримінальне переслідування. Згідно з п. 4 ст. 48 Закону відсторонення судді від посади у зв'язку з притягненням до кримінальної відповідальності здійснюється Вищою кваліфікаційною комісією суддів України на підставі вмотивованої постанови Генерального прокурора України. У частині третій ст. 154 нового КПК України ця норма відтворена. Це означає, що відсторонений суддя на час проведення досудового розслідування чи судового розгляду не вправі виконувати свої обов'язки з відправлення правосуддя. Водночас він не втрачає свого статусу судді. Загальний строк відсторонення від посади не може перевищувати 2-х місяців, але може бути продовжений у випадках, передбачених Кодексом (ст. 154, 158 КПК України). В разі, якщо у застосуванні вказаного заходу відпаде необхідність, питання про його скасування вирішуватиметься у порядку, передбаченому для відсторонення від посади (частина третя ст. 158 КПК України) [7].

Донедавна застосування ст. 147 КПК 1960 р. про відсторонення обвинуваченого від посади було проблематичним з огляду насамперед на конституційне положення про те, що суддя звільняється органом, що його обрав або призначив (частина п'ята ст. 126 Конституції України) [6]. Окрім того, ст. 147 КПК 1960 р. закріплювала, що питання відсторонення від посади осіб, що призначаються Президентом України, вирішується Главою держави на підставі мотивованої постанови Генерального прокурора України [8]. Надалі ця норма могла бути застосована лише щодо суддів, призначених Президентом України на посаду вперше в межах п'ятирічного терміну. Механізму відсторонення суддів, обраних Верховною Радою України безстроково (до досягнення ними віку 65-ти років), взагалі не було.

Варто зауважити, що, по-перше, цим Законом передбачений не механізм зупинення повноважень судді, а лише підстави і порядок його звільнення з

посади. Отже, щодо судді, стосовно якого порушено кримінальну справу, можна застосувати лише п. 4 ст. 48 вказаного Закону про відсторонення судді з посади. А після винесення обвинувального вироку щодо судді і набрання ним законної сили Вища кваліфікаційна комісія суддів України повідомляє про це Вищу раду юстиції, яка вносить подання про звільнення судді з посади. Суддя, щодо якого обвинувальний вирок суду набрав законної сили, не може продовжувати здійснювати свої повноваження і втрачає передбачені законом гарантії незалежності і недоторканності судді, право на грошове та інше забезпечення (пункти 2, 3 ст. 106 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 7 липня 2010 р.).

По-друге, частиною третьою ст. 48 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» встановлено особливий порядок порушення кримінальної справи щодо судді, – а саме лише Генеральним прокурором України або його заступником. Це положення спрямовано на зміцнення гарантій незалежності суддів. Згідно зі ст. 98 КПК 1960 р. кримінальна справа відносно судді загальної юрисдикції могла бути порушена за наявності передбачених законом законних приводів і підстав будь-якою посадовою особою чи органом, зазначеними у КПК. Як справедливо відзначалося у науковій літературі, за цих умов процедура допиту судді, висунення проти нього обвинувачення у вчиненні злочину, у тому числі й в ухваленні свідомо незаконного рішення, можна використати (і використовували) для впливу на його службову діяльність [24, с. 102].

Варто зауважити, що новим КПК України дещо звужена зазначена вище гарантія недоторканності суддів. Так, Кодексом скасовано сам інститут порушення кримінальної справи, тому за новими правилами Генеральний прокурор або його заступник здійснюватиме письмове повідомлення про підозру судді Конституційного Суду України, професійному судді, присяжному та народному засідателю на час здійснення ними правосуддя (пп. 3 п. 1 ст. 481 КПК України). Сам інститут письмового повідомлення про підозру подібний до визнання особи підозрюваною за КПК 1960 р. (ст. 43⁻¹). Відмінним є те, що у письмовому повідомленні про підозру викладається правова кваліфікація

кримінального правопорушення, у вчиненні якого підозрюється особа, із зазначенням статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність і стислий виклад фактичних обставин кримінального правопорушення, у вчиненні якого підозрюється особа, у тому числі зазначається час, місце його вчинення, а також інші суттєві обставини, відомі на момент повідомлення про підозру (п. 1 ст. 277 КПК України). Письмове повідомлення про підозру затриманій особі вручається не пізніше двадцяти чотирьох годин з моменту її затримання. Дата та час повідомлення про підозру, правова кваліфікація кримінального правопорушення, у вчиненні якого підозрюється особа, із зазначенням статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність невідкладно вносяться слідчим, прокурором до Єдиного реєстру досудових розслідувань (ст. 278 КПК України). За змістом Кодексу вищезначені дії органу досудового розслідування є його початком. За КПК 1960 р. відправним моментом провадження по справі за загальним правилом було винесення постанови про порушення кримінальної справи, яку можна було оскаржити як прокурору, так і в судовому порядку (ст. 98, 99¹). Новий КПК України не передбачає можливості оскарження ані письмового повідомлення про підозру, ані внесення відомостей про кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань. А отже, нове кримінально-процесуальне законодавство дещо звужує гарантії недоторканності суддів на початкових етапах провадження по справі.

По-третє, Законом України «Про судоустрій і статус суддів» передбачено, що суддя, затриманий за підозрою у вчиненні діяння, за яке встановлена кримінальна чи адміністративна відповідальність, повинен бути негайно звільнений після з'ясування його особи. Суддя не може бути підданий приводу чи примусово доставлений до будь-якого органу чи установи, крім суду (частина третя ст. 48). Стаття 482 КПК України, відтворюючи положення частини третьої ст. 126 Конституції України, вказує, що затримання судді або обрання стосовно нього запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою чи домашнього арешту до ухвалення обвинувального вироку судом не може бути здійснено без згоди

Верховної Ради України. Вказане правило служить вагомою гарантією безпідставного, незаконного притягнення суддів до кримінальної відповідальності. Варто зауважити, що в новітній історії України випадки надання парламентом дозволу на притягнення суддів до кримінальної відповідальності не є поодинокими і відбуваються у разі скоєння цими посадовцями злочинів, відповідальність за які передбачена кримінальним законом. Водночас Конституційний Суд України обґрунтовано вважає, що скасування такої гарантії правосуддя, як недоторканність суддів, опосередковано може призвести до обмеження права на судовий захист, гарантованого ст. 55 Конституції України, і спрямоване на обмеження прав і свобод людини. На цьому Суд наголосив у липні 2012 р., визнавши неконституційними норми законопроекту про внесення змін до Основного Закону України (реєстр. № 10530), які були спрямовані на скасування інституту недоторканності суддів судів загальної юрисдикції та Конституційного Суду України. При цьому Конституційний Суд підкреслив, що держава і суспільство, висуваючи до суддів та їх професійної діяльності високі вимоги, повинні, в свою чергу, забезпечити їм відповідні додаткові гарантії належного здійснення правосуддя [3].

По-четверте, згідно з п. 5 ст. 48 Закону України «Про судоустрій і статус судів» проникнення в житло або інше володіння судді чи його службове приміщення, особистий чи службовий транспорт, проведення там огляду, обшуку чи виїмки, прослуховування його телефонних розмов, особистий обшук судді, а так само огляд, виїмка його кореспонденції, речей і документів можуть провадитися лише за судовим рішенням. У новому КПК України збережено цю гарантію недоторканності суддів, адже переважна більшість заходів забезпечення кримінального провадження, у тому числі всі запобіжні заходи, обираються слідчим суддею в порядку, встановленому Розділом II Кодексу.

По-п'яте, судовий розгляд справ відносно суддів за чинним законодавством має ряд особливостей. Так, до судової реформи 2010 р. кримінальну справу щодо судді Конституційного Суду України та будь-якого суду загальної юрисдикції розглядав у першій інстанції апеляційний суд (частини п'ята, шоста Закону

України «Про статус суддів» від 15 грудня 1992 р.). Згідно з п. 6 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 7 липня 2010 р. підсудність справи щодо обвинувачення судді у вчиненні злочину визначається Головою Верховного Суду України. Справу не може розглядати той суд, у якому обвинувачений обіймає чи обіймав посаду судді.

Враховуючи особливості інстанційного розгляду справ за ст. 33 КПК 1960 р., справу щодо обвинувачення судді мав розглядати районний (міський) загальний суд, уповноважений розглядати по суті всі кримінальні справи. Наприклад, 2 вересня 2010 р. Голова Верховного Суду України на підставі частини шостої ст. 48 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 7 липня 2010 р. визначив підсудність кримінальної справи за обвинуваченням колишнього судді І. Зварича. Справу за обвинуваченням колишнього голови Львівського апеляційного адміністративного суду І. Зварича у вчиненні ним злочинів, передбачених частинами другою та третьою ст. 368, частиною другою ст. 376, частиною другою ст. 383 Кримінального кодексу України та судді цього суду В. Любашевського за частиною п'ятою ст. 27, частиною другою ст. 368 Кримінального кодексу України розглядатиме Оболонський районний суд м. Києва. Таке рішення прийнято з метою унеможливити сумніви щодо упередженості та забезпечити об'єктивний, повний і всебічний розгляд зазначеної кримінальної справи [23].

У КПК 2012 р. також зазначено, що справи по обвинуваченню суддів має розглядати місцевий загальний суд (частина перша ст. 33 КПК). Відповідно до частини другої ст. 32 КПК кримінальне провадження щодо обвинувачення судді у вчиненні кримінального правопорушення не може здійснюватися тим судом, у якому обвинувачений обіймає чи обіймав посаду судді. Якщо згідно з частиною першою цієї статті кримінальне провадження стосовно судді має здійснюватися тим судом, у якому обвинувачений обіймає чи обіймав посаду судді, кримінальне провадження здійснює суд, найбільш територіально наближений до суду, в якому обвинувачений обіймає чи обіймав посаду судді, іншої адміністративно-

територіальної одиниці (Автономної Республіки Крим, області, міста Києва чи Севастополя).

Варто відзначити, що логіка законодавця дещо незрозуміла, оскільки КПК 2012 р. встановлює особливий порядок судового розгляду справ по обвинуваченню державних службовців. Так, згідно з частиною дев'ятою ст. 31 кримінальне провадження стосовно службових осіб, які займають особливо відповідальне становище відповідно до частини першої ст. 9 Закону України «Про державну службу» від 16 грудня 1993 р., та осіб, посади яких віднесено до першої категорії посад державних службовців, здійснюється:

(1) в суді першої інстанції – колегіально судом у складі трьох професійних суддів, які мають стаж роботи на посаді судді не менше п'яти років, а у разі здійснення кримінального провадження щодо злочинів, за вчинення яких передбачено довічне позбавлення волі, за клопотанням обвинуваченого – судом присяжних у складі двох професійних суддів, які мають стаж роботи на посаді судді не менше п'яти років, та трьох присяжних;

(2) в апеляційному порядку – колегіально судом у складі п'яти професійних суддів, які мають стаж роботи на посаді судді не менше семи років;

(3) в касаційному порядку – колегіально судом у складі семи професійних суддів, які мають стаж роботи на посаді судді не менше десяти років.

Згідно з чинним законодавством про державну службу судді не належать до державних службовців (частина перша ст. 9 Закону України «Про державну службу» від 16 грудня 1993 р.)¹ і, відповідно, ці правила на них не поширюються. Однак судді за природою своїх повноважень і тих функцій, які вони виконують у державі, в даному випадку мають прирівнюватися до державних службовців. Кримінальні справи по обвинуваченню суддів мають вирішуватися зазначеним вище складом суду.

Аналізуючи процедуру притягнення суддів до відповідальності, не можна не відзначити роль прокурора в реагуванні на незаконні судові рішення. Так, виходячи

¹ Згідно з пп. 5 п. 2 ст. 2 Закону України «Про державну службу» від 17 листопада 2011 р. № 4050-VI судді також не належать до державних службовців [16].

зі змісту п. 12.5 наказу Генерального прокурора «Про організацію представництва прокурором в суді інтересів громадянина або держави та їх захисту при виконанні судових рішень» від 29 листопада 2006 р. № 6гн, можна дійти висновку про існування специфічного прокурорського нагляду за судовимим рішеннями. Наприклад, Генеральний прокурор рекомендує своїм підлеглим:

(а) принципово реагувати на виявлені під час здійснення представницької діяльності факти постановлення суддями незаконних судових рішень. У разі встановлення даних про навмисний характер допущених суддею порушень, несумлінність та упередженість судді, а також даних про настання внаслідок прийняття незаконних судових рішень істотних негативних наслідків або інших обставин, з якими законодавство пов'язує можливість притягнення суддів до дисциплінарної відповідальності, ініціювати питання про їх дисциплінарну відповідальність;

(б) у разі виявлення фактів порушення суддею присяги судді ініціювати перед членами Вищої ради юстиції питання про звільнення судді з посади шляхом направлення клопотання про внесення до Вищої ради юстиції пропозиції про прийняття подання щодо звільнення судді з посади;

(в) у клопотанні наводити правовий аналіз судового рішення, прийняття якого, на думку прокурора, здійснено з грубим порушенням законодавства, з долученням копій судових рішень та інших документів, що підтверджують факти порушення суддею присяги при здійсненні правосуддя;

(г) за наявності достатніх даних, які вказують на винесення завідомо неправосудного рішення у цивільній, господарській або адміністративній справі для вирішення питання про порушення кримінальної справи надсилати матеріали перевірки до Головного управління представництва в суді, захисту інтересів громадян та держави при виконанні судових рішень Генеральної прокуратури України; у разі виявлення вказаних вище фактів постановлення суддями незаконних судових рішень у справах, пов'язаних із земельними відносинами, відповідні матеріали надсилати до відділу захисту інтересів громадян і держави у сфері земельних відносин Головного управління

представництва в суді, захисту інтересів громадян та держави при виконанні судових рішень Генеральної прокуратури України [17].

Відповідно до частини третьої ст. 36-1 Закону України «Про прокуратуру» однією із форм представництва прокуратурою інтересів громадянина або держави в суді є внесення апеляційної, касаційної скарги на судові рішення або заяви про їх перегляд за нововиявленими обставинами, заяви про перегляд Верховним Судом України судового рішення. Однак така форма прокурорського реагування відповідно до процесуального законодавства передбачена у тих випадках, коли прокурор брав участь у судовому розгляді справи. Приміром, згідно з частиною другою ст. 292 ЦПК України сторони та інші особи, які беруть участь у справі, а також особи, які не брали участі у справі, якщо суд вирішив питання про їх права та обов'язки, мають право оскаржити в апеляційному порядку рішення суду першої інстанції повністю або частково.

Всупереч цьому ст. 37 Закону України «Про прокуратуру» говорить, що право внесення апеляційної, касаційної скарги на вироки, рішення, ухвали і постанови судів надається прокурору і заступнику прокурора в межах їх компетенції, незалежно від їх участі в розгляді справи в суді першої інстанції. Помічники прокурора, прокурори управлінь і відділів можуть вносити апеляційні, касаційні і окремі подання тільки у справах, в розгляді яких вони брали участь [18]. Отже, керуючись законодавством про прокуратуру і відомчими наказами, прокуратура розширила свої процесуальні права і де-факто наділила себе повноваженнями із нагляду за законністю судових рішень. Це суперечить принципам законності, верховенства права і незалежності суддів.

З метою усунення цього негативного явища 5 червня 2012 р. Верховна Рада ухвалила Закон «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо посилення гарантій незалежності суддів)». Ним передбачається, що в разі участі прокурора у розгляді судової справи органи прокуратури вправі звертатися до Вищої кваліфікаційної комісії суддів України або Вищої ради юстиції зі скаргою

щодо неналежної поведінки судді лише у разі, якщо така судова справа не перебуває у провадженні суду будь-якої інстанції або якщо встановлений процесуальним законом термін подачі апеляційної, касаційної скарги закінчився. Ця норма має припинити практику, коли прокурори, які залишалися незадоволені рішенням суду першої інстанції, не тільки подавали апеляційні скарги, але й, не очікуючи розгляду в судах вищих інстанцій, одночасно зверталися з пропозиціями до Вищої ради юстиції про звільнення судді з посади за порушення присяги або – до Вищої кваліфікаційної комісії суддів України – про притягнення до дисциплінарної відповідальності. Вказані дії прокурорів, на думку радника Президента України А. Портнова, підривали основи незалежності суддів і унеможливлювали безсторонній і справедливий розгляд справ [14, с. 20].

Отже, чинне законодавство встановлює додаткові заходи по охороні особистості судді, що цілком узгоджується із вітчизняними реаліями і світовою практикою забезпечення недоторканності суддів. Механізм притягнення судді до кримінальної відповідальності є однією з форм контролю за діяльністю носіїв судової влади. Його завданням має бути досягнення розумного балансу між такими важливими засадами, як незалежність та недоторканність суддів і відповідальністю суддів за власні рішення, дії або бездіяльність як у службовій, так і в позаслужбовій діяльності.

Список використаних джерел

1. Виноградова Л.Є. Юридична відповідальність суддів загальних судів України: дис. на здоб. наук. ступ. канд. юрид. наук: 12.00.10 [Текст] / Л.Є. Виноградова. – Одеса, 2004. – 204 с.

2. Висновок експерта Ради Європи Дж. Оберто щодо Концепції удосконалення судового устрою та забезпечення справедливого судочинства в Україні відповідно до європейських стандартів. [Електрон. ресурс]. – Режим доступу: <http://ukradv.org/up/docs/obs220306.pdf>. – Заголовок з екрана.

3. Висновок Конституційного Суду України у справі про внесення змін до статей 80, 105, 126, 149 Конституції України від 10 липня 2012 р. № 1-в/2012 [Текст] // Офіційний вісник України. – 2012. – № 55. – Ст. 2214.

4. Капліна О.В., Тютюгін В.І., Тітко І.А. Постановлення суддею завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови : окремі аспекти застосування Кримінального Кодексу України / О.В. Капліна, В. І. Тютюгін, І.А. Тітко [Текст] // Вісник Верховного Суду України. – 2012. – № 2 (138). – С. 42–48.

5. Конституція Республіки Польща [Текст] : від 17 жовтня 1992 р. // Конституції нових держав Європи та Азії / упоряд. С. Головатий. – К., 1996. – С. 233–264.

6. Конституція України від 28 червня 1996 р. [Текст] // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

7. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI [Текст] // Голос України. – 2012. – від 19 травня – № 90–91.

8. Кримінально-процесуальний кодекс України від 28 грудня 1960 р. [Текст] // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1961. – № 2. – Ст. 15.

9. Куйбіда Р.О. Реформування правосуддя в Україні : стан і перспективи : монографія [Текст] / Р.О. Куйбіда. – К.: Атіка, 2004. – 288 с.

10. Міжнародні стандарти незалежності суддів : збірник документів: [Текст]. – К. : Поліграф-Експрес, 2008. – 184 с.

11. Москвич Л.М., Подкопаєв С.В., Прилуцький С.В. Статус судд і: питання теорії та практики : монографія [Текст] / Л.М. Москвич, С.В. Подкопаєв, С.В. Прилуцький. – Х. : Видавничий дім «ІНЖЕК», 2004. – 360 с.

12. Основные принципы независимости судебных органов : приняты резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН от 29 ноября 1985 г. и 13 декабря 1985 р. [Текст] // Международные акты о правах человека: Сборник документов. – М.: Б.и., 2000. – С. 168 – 170.

13. Подкопаєв С.В. Про підставу дисциплінарної відповідальності суддів [Текст] / С.В. Подкопаєв // Юридичний вісник – 2005. – № 12. – С. 119–121.

14. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо посилення гарантій незалежності суддів) : Закон України від від 5 червня 2012 р. № 4874-VI [Текст] // Голос України. – 2012. – № 119. – Від 4 липня 2012 р.

15. Про державну службу : Закон України № 3723-XII від 16 грудня 1993 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1993 р. – № 52. – Ст. 490.

16. Про державну службу : Закон України № 4050-VI від 17 листопада 2011 р. // Офіційний вісник України. – 2012. – № 4. – Ст. 115.

17. Про організацію представництва прокурором в суді інтересів громадянина або держави та їх захисту при виконанні судових рішень : наказ Генерального прокурора від 29 листопада 2006 р. № 6-гн [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.nau.ua/doc/?uid=1041.20881.0>. – Заголовок з екрана.

18. Про прокуратуру : Закон України від 5 листопада 1991 р. № 1789-XII // Відомості Верхов. Ради України. – 1991. – № 53. – Ст. 793.

19. Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 7 липня 2010 р., № 2453-VI // Офіційний вісник України. – 2010 р.– № 55/1/. – Ст. 1900.

20. Рада прийняла закон Президента про посилення гарантій незалежності суддів [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.rbc.ua/ukr/newslines/show/rada-prinyala-zakon-prezidenta-ob-usilenii-garantiy-nezavisimosti-05062012163000/>. – Заголовок з екрана.

21. Рішення Конституційного Суду України у справі про незалежність суддів як складову їхнього статусу від 1 грудня 2004 р. [Текст] // Офіційний вісник України. – 2004. – № 49. – Ст. 3220.

22. Спільний експертний висновок щодо проекту Закону України «Про судоустрій і статус суддів» : ухвалено Венеціанською комісією на 82-ому пленарному засіданні, 12–13 березня 2010 р. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.judges.org.ua/about.htm>. – Заголовок з екрана.

23. Судді-коляднику Ігорю Зваричу оголошено вирок [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ntn.ua/uk/video/news/2011/09/21/5001>. – Заголовок з екрану.

24. Толочко О. Деякі шляхи удосконалення гарантій незалежності суддів [Текст] // Юридичний журнал. – 2005. – № 10. – С. 100 листопада–103. – С. 102.

25. Цивільний процесуальний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 40–41, 42. – Ст. 492.

26. Щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки : рекомендації Комітету міністрів Ради Європи від 17 листопада 1994 р., № R (94)12 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=994_a38. – Заголовок з екрану.

Овчаренко О.М. Деякі процедурні аспекти притягнення суддів до кримінальної відповідальності

Стаття присвячена аналізу процедури притягнення суддів, які порушили закон, до кримінальної відповідальності, за новим кримінально-процесуальним законодавством. Вивчаються шляхи удосконалення гарантій недоторканності суддів в контексті судово-правової реформи.

Ключові слова: недоторканність суддів, відсторонення судді від посади, процедура затримання судді.

Овчаренко Е.Н. Некоторые процедурные аспекты привлечения судей к уголовной ответственности

Статья посвящена анализу процедуры привлечения судей, нарушивших закон, к уголовной ответственности в соответствии с новым уголовно-процессуальным законодательством. Изучаются пути усовершенствования гарантий неприкосновенности судей в контексте судебной реформы.

Ключевые слова: неприкосновенность судей, отстранение судьи от должности, процедура задержания судьи.

Ovcharenko O.M. Criminal Responsibility of Judges: Procedural Aspects

The article presents analysis of procedural aspects of bringing in the judges to criminal responsibility in accordance with the new Criminal Procedural Code of Ukraine. The ways of improvement of judicial inviolability guarantees are studied.

Key words: inviolability of judges, removal of a judge from office, procedure of detention of a judge.



Щодо віднесення виконання ухвал суду про забезпечення позову шляхом накладення арешту на нерухоме майно до компетенції нотаріусів

*Лисенко Любов Сергіївна,
асистент кафедри нотаріального та виконавчого процесу
і адвокатури Київського національного університету імені
Тараса Шевченка*

Одним із основних завдань при дослідженні інституту судових ухвал є встановлення порядку їх виконання. Зокрема, у світлі внесених змін у законодавство щодо запровадження ведення Державного реєстру речових прав на нерухоме майно та покладення на нотаріусів функції державного реєстратора неабиякий інтерес становить питання, хто здійснюватиме державну реєстрацію обтяжень нерухомого майна на підставі ухвал щодо забезпечення позову шляхом накладення арешту на нерухоме майно.

Так, 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» [1], а саме запропонована в ньому редакція частини восьмої ст. 16 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» визначає, що державна реєстрація обтяжень проводиться на підставі заяви органу або посадової особи, якою встановлюється заборона на розпорядження нерухомим майном, або особи, в інтересах якої встановлюється обтяження, уповноваженої ними особи. Конкретизовані ці особи у частині другій ст. 19 акта, що зазнає змін [2], серед яких особи, в інтересах яких встановлюється обтяження, не згадані, однак окремо треба звернути увагу на зміст пунктів 2, 3 вказаного Закону, а саме: державна реєстрація обтяжень здійснюється на підставі рішень судів, що набрали законної сили, та постанови державного виконавця про накладення арешту на нерухоме майно. Мабуть позицію законодавця щодо співвідношення частини восьмої ст. 16 та частини другої ст. 19 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» необхідно трактувати так, що рішення судів, які набрали

законної сили, є підставою для направлення заяви, яка у свою чергу є підставою для державної реєстрації заборони розпорядження нерухомим майном. Виходячи із зазначених положень законодавства, ухвалу можна віднести до рішень судів, оскільки ст. 208 Цивільного процесуального кодексу України [3] визначає ухвали формою рішення, хоча ця тавтологія не є виправданою, що є окремою проблемою. Проте найголовніше, що безпосередньо Цивільний процесуальний кодекс України передбачає, що ухвали про забезпечення позову виконуються в порядку, встановленому для виконання судових рішень.

Про те, що виконання ухвал щодо забезпечення позову покладається на державних виконавців, свідчать і наступні положення Закону України «Про виконавче провадження» [4]. Так, у частині четвертій ст. 25 йдеться про те, що у разі відкриття виконавчого провадження за виконавчим документом про забезпечення позовних вимог, строк для самостійного виконання не надається, а у частині другій ст. 28 вказано, що виконавчий збір не стягується за виконавчими документами про накладення арешту на майно для забезпечення позовних вимог. Тобто на сьогодні ухвала як виконавчий документ за ст. 17 Закону України «Про виконавче провадження» є підставою для відкриття виконавчого провадження і державний виконавець, керуючись Положенням про Єдиний реєстр заборон відчуження об'єктів нерухомого майна [5], просто має переправляти її до державного підприємства «Інформаційний центр» Міністерства юстиції України. А точніше органи державної виконавчої служби подають заяви про реєстрацію обтяження об'єкта нерухомого майна в електронній формі, тобто фактично у такій заяві державні виконавці мають дублювати резолютивну частину ухвали. Однак вже в п. 2.1.2 цього Положення повноваження державного виконавця щодо подання заяв про реєстрацію обтяження об'єкта нерухомого майна поширюється виключно на випадки накладення арешту лише самими державними виконавцями, а для накладення арештів на підставі судових ухвал заяви мають надсилатися все ж таки судами. Тобто на законодавчому рівні існує певна невідповідність стосовно того, на кого покладається виконання ухвал щодо забезпечення позову шляхом накладення арешту на нерухоме майно.

Аналіз судової практики також підтверджує неоднозначне вирішення самими суддями питання про виконання ухвал щодо забезпечення позову шляхом накладення арешту на нерухоме майно або взагалі його ігнорування.

Для прикладу, суддя Шевченківського районного суду м. Києва 15 грудня 2011 р. у справі № 2-12696/11 задовольнив заяву представника позивача ОСОБА_1 про забезпечення позову в цивільній справі за позовом ОСОБА_2 до ОСОБА_3 про стягнення коштів і наклав арешт на нерухоме майно, а саме житловий будинок, який знаходиться за адресою: АДРЕСА_1. Виконання ухвали суд поклав на Першу Київську обласну державну нотаріальну контору (адреса: 03170, м. Київ, вул. Мельниченка, 1). При цьому ще окремо зазначив, що ухвала про забезпечення позову підлягає негайному виконанню в порядку, встановленому для виконання судових рішень [6]. Таке викладення резолютивної частини взагалі не підлягає логічному аналізу.

У резолютивній частині наступної ухвали, постановленої у справі № 2-3524/11 29 вересня 2011 р., суддя Оболонського районного суду м. Києва, змінивши спосіб забезпечення позову та скасувавши арешт з квартири АДРЕСА_1, що належить ОСОБА_3, при цьому, наклавши арешт на будівлю виробничого цеху з виготовлення продовольчих товарів та будівлю складу виробничого цеху, які знаходяться за адресою АДРЕСА_3, що належать ОСОБА_3, який мешкає АДРЕСА_2 на праві власності, вказав направити копію ухвали для виконання до 11 Київської державної нотаріальної контори та БТІ м. Києва [7].

Однак багато суддів не ускладнюють собі завдання і просто в більшості випадків вказують, що ухвала про забезпечення позову підлягає негайному виконанню в порядку, встановленому для виконання судових рішень, як це, наприклад, зробив суддя Печерського районного суду м. Києва 13 червня 2012 р. у справі № 2-1864/12, задовольнивши заяву про забезпечення позову частково та наклавши арешт на квартири [8].

Наступна ухвала є проявом саме того, що судді взагалі не вказують, кому необхідно її направляти для виконання. Так, 13 січня 2012 р. суддя Згурівського районного суду Київської області у справі № 2-1/12 заяву ОСОБА_1 про

забезпечення позову задовольнив повністю і наклав арешт на нерухоме майно, що належить на праві власності ОСОБА_2 та знаходиться за адресою: АДРЕСА_1. З приводу виконання цієї ухвали суд лише вказав, що вона **підлягає негайному виконанню**[9], про те, яким чином це здійснюється, він упустив.

Крім того, варто наголосити, що державна реєстрація в Єдиному реєстрі заборон відчуження об'єктів нерухомого майна здійснюється до 1 січня 2013 року. А з зазначеного періоду відомості про обтяження нерухомого майна повинні відображатися лише в Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно. У принципі зміст доповненої частини другої ст. 28-2 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень», в якій вказано, що державний виконавець під час примусового виконання рішень відповідно до закону подає до органу державної реєстрації прав заяву про державну реєстрацію прав та їх обтяжень у паперовій або електронній формі, узгоджується з положеннями частини дев'ятої ст. 153 Цивільного процесуального кодексу України про те, що ухвала про забезпечення позову виконується негайно в порядку, встановленому для виконання судових рішень. Однак як бути з частиною другою ст. 19 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень», про яку ми вже згадували, де йдеться про те, що державна реєстрація обтяжень здійснюється на підставі рішень судів, що набрали законної сили, та постанови державного виконавця про накладення арешту на нерухоме майно. Тобто фактично відображається зміст раніше наведених законодавчих норм стосовно того, що для накладення арештів на підставі судових ухвал заяви мають надсилатися самими судами. Більше того, на законодавчому рівні так чітко і не вказано, хто має вносити записи про обтяження нерухомого майна до Державного реєстру речових прав на нерухоме майно на підставі ухвали щодо забезпечення позову шляхом накладення арешту на нерухоме майно.

З огляду на встановлену невизначеність відповідальних осіб за виконання досліджуваних судових актів як у нормах закону, так і на практиці, нині назріла необхідність у проведенні уніфікації законодавства щодо визначення компетенції відповідних органів виконувати ухвали про забезпечення позову

шляхом накладення арешту на нерухоме майно. З урахуванням наданих повноважень нотаріусам у сфері державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень, внесення в реєстр запису про накладення арешту на нерухоме майно на підставі судових ухвал варто віднести до відання державних нотаріальних контор, оскільки відповідно до частини першої п. 50 ст. 4 Декрету Кабінету Міністрів України «Про державне мито» [10] органи державної влади (посадові особи) звільняються від сплати державного мита за державну реєстрацію обтяження права на нерухоме майно. Про те, до якої саме державної нотаріальної контори треба направляти для виконання ухвали, а точніше заяву з викладенням її положень, суддя має визначати в резолютивній частині ухвали. При цьому суттєву роль відіграватиме пропозиція, внесена до Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення та спрощення процедури державної реєстрації земельних ділянок та речових прав на нерухоме майно», що державна реєстрація обтяжень речових прав проводиться незалежно від місця розташування об'єкта нерухомого майна. Відповідні зміни необхідно буде внести і до Цивільного процесуального кодексу України. На наше переконання, такий порядок виконання ухвал щодо забезпечення позову шляхом накладення арешту на нерухоме майно зможе швидко забезпечити права заявника та дійсно вчасно слугуватиме гарантією виконання майбутнього судового рішення по справі, на відміну від виконання цієї ухвали через державного виконавця. Бо у випадку направлення судом заяви про державну реєстрацію обтяжень відразу до державного реєстратора, а саме до нотаріуса як спеціального суб'єкта, прийняття рішення про таку реєстрацію проводиться в день надходження заяви та документів, необхідних для державної реєстрації обтяжень, і час не марнуватиметься на пересилання її з суду до державного виконавця, а потім від останнього до державного реєстратора. Державний виконавець здійснює лише посередницьку роль між судом і державним реєстратором, і такий механізм затягує момент реєстрації обтяження на майно та не є дієвим, навіть у силу того, що таке майно може бути і продане ще до надходження заяви до державного реєстратора. Між іншим, у попередній редакції Закону України

«Про виконавче провадження», а саме в частині другій ст. 55 передбачалася можливість надсилання державним виконавцем його постанови про накладення арешту до органів, що здійснюють реєстрацію майна або ведуть реєстр заборони на його відчуження, в тому числі й до органів нотаріату.

Крім того, як ми вже зазначали, відповідно до нової редакції частини восьмої ст. 16 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень», заяву про державну реєстрацію обтяжень на розпорядження нерухомим майном можуть подавати й особи, в інтересах яких встановлюється обтяження, або уповноважені ними особи. Проте варто враховувати, що ці особи не звільняються від сплати державного мита за проведення реєстрації. І в цьому випадку заявник разом із заявою про державну реєстрацію подає до органу державної реєстрації прав необхідні для такої реєстрації документи, їх копії, документ, що підтверджує внесення плати за надання витягу з Державного реєстру прав на нерухоме майно, та документ про сплату державного мита. Заява про державну реєстрацію прав та їх обтяжень не приймається у разі відсутності документа, що підтверджує оплату послуг з державної реєстрації прав та їх обтяжень. З урахуванням цього підвідомчість щодо внесення запису про накладення арешту на нерухоме майно не повинна обмежуватися лише державними нотаріусами, а й має розповсюджуватися й на приватних нотаріусів. Однак питання полягає у тому, в якому разі заява на внесення запису про обтяження нерухомого майна буде подаватися судом, а в якому – самою особою, в інтересах якої встановлюється обтяження. Скоріше за все, виходячи із наведених нюансів щодо оплати здійснення цих дій, особи, які клопотали перед судом про постановлення ухвали щодо забезпечення позову шляхом накладення арешту на нерухоме майно, не будуть зацікавлені в самостійному зверненні цих ухвал до виконання. Відповідно розглянутий варіант здається малоімовірним. Тому краще, щоб такі заяви подавалися безпосередньо судом до державних нотаріальних контор і до того ж в електронній формі для прискорення реєстрації обтяжень нерухомого майна.

Висновок стосовно того, що нотаріуси зможуть реєструвати обтяження нерухомого майна не тільки під час вчинення нотаріальних дій з нерухомим

майном, а й на виконання ухвал суду про забезпечення позову, можна зробити з аналізу наступних чинних положень Закону України «Про нотаріат» [11] і Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України [12]. Так, у ст. 73 Закону України «Про нотаріат» та п. 2 Глави 15 Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України після перерахованих підстав накладення заборони відчуження майна зазначено, що це можливо й у всіх інших випадках, передбачених законом, куди можна віднести і ухвали про забезпечення позову шляхом накладення арешту на нерухоме майно. А згідно з підпунктами 4.1, 4.2 Глави 15 Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України накладання заборони щодо відчуження майна реєструється нотаріусами в реєстрі для реєстрації нотаріальних дій та реєстрі для реєстрації заборон відчуження нерухомого та рухомого майна, арештів, накладених на майно судами, слідчими органами, і реєстрації зняття таких заборон та арештів. Про накладені заборони щодо відчуження робиться запис в Алфавітній книзі обліку реєстрації заборон відчуження нерухомого та рухомого майна, а також арештів, накладених на таке майно судами, слідчими органами, і реєстрації зняття таких заборон та арештів. Накладені заборони щодо відчуження житлового будинку, квартири, дачі, садового будинку, гаража, земельної ділянки, іншого нерухомого майна та майнових прав на нерухомість підлягають обов'язковій реєстрації в Єдиному реєстрі заборон відчуження об'єктів нерухомого майна. Не вбачається перешкод, щоб ці ж самі дії органи нотаріату могли виконувати і при запровадженні ведення Державного реєстра речових прав на нерухоме майно.

Список використаних джерел

1. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення та спрощення процедури державної реєстрації земельних ділянок та речових прав на нерухоме майно : Закон України від 4 липня 2012 р. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/5037-17>.

2. Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень : Закон України від 1 липня 2004 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2004, № 51. – ст. 553. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1952-15>.

3. Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2004, № 40–42. – Ст. 492. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>.

4. Про виконавче провадження : Закон України від 21 квітня 1999 р. (із змінами і доповненнями) // Відомості Верховної Ради України. – 1999, № 24. – Ст. 207. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=606-14>.

5. Наказ Міністерства юстиції України «Про внесення змін і доповнень до нормативно-правових актів Міністерства та про затвердження Положення про Єдиний реєстр заборон відчуження об'єктів нерухомого майна» від 9 червня 1999 р. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0364-99>.

6. Цивільна справа № 2-12696/11 // Архів Шевченківського районного суду м. Києва.

7. Цивільна справа № 2-3524/11 // Архів Оболонського районного суду м. Києва.

8. Цивільна справа № 2-1864/12 // Архів Печерського районного суду м. Києва.

9. Цивільна справа № 2-1/12 // Архів Згурівського районного суду Київської області.

10. Декрет Кабінету Міністрів України «Про державне мито» від 21 січня 1993 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1993, № 39. – ст. 383. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/7-93/page>.

11. Про нотаріат : Закон України від 2 вересня 1993 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1993, № 13. – ст. 113. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3425-12>.

12. Наказ Міністерства юстиції України «Про затвердження Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України» від 22 лютого 2012 р. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0282-12/page>.

Лисенко Л.С. Щодо віднесення виконання ухвал суду про забезпечення позову шляхом накладення арешту на нерухоме майно до компетенції нотаріусів

У статті встановлена колізія у законодавстві щодо порядку виконання ухвал про забезпечення позову шляхом накладення арешту на нерухоме майно, що підтверджено прикладами з судової практики. У зв'язку з чим, з урахуванням наданих повноважень нотаріусам у сфері державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень, внесення в реєстр запису про накладення арешту на нерухоме майно на підставі судових ухвал запропоновано віднести до відання державних нотаріальних контор.

Ключові слова: ухвала про забезпечення позову, накладення арешту на нерухоме майно, суд, державний виконавець, нотаріус, державні нотаріальні контори.

Лысенко Л.С. Касательно отнесения исполнения определений об обеспечении иска путем наложения ареста на недвижимое имущество к компетенции нотариусов

В статье установлена коллизия в законодательстве относительно порядка исполнения определений об обеспечении иска путем наложения ареста на недвижимое имущество, что подтверждено примерами из судебной практики. В связи с чем, с учетом предоставленных полномочий нотариусам в сфере государственной регистрации прав на недвижимое имущество и их обтяжений, внесение в реестр записи о наложении ареста на недвижимое имущество на основании судебных определений предложено отнести к компетенции государственных нотариальных контор.

Ключевые слова: определение об обеспечении иска, наложение ареста на недвижимое имущество, суд, государственный исполнитель, нотариус, государственные нотариальные конторы.

Lysenko L.S. Regarding attribution the execution of orders on security the claim by seizing the fixed property to the competence of notaries

The article determines a conflict in legislation regarding the order of execution the court decisions on security the claim by seizing the fixed property, which is confirmed by examples from the case-law. Considering the granted powers to notaries in the state registration of rights to fixed property and encumbrances, adding to the registry entry of the seizure of fixed property under court orders is suggested to attribute to the jurisdiction of state notaries.

Key words: **order on security the claim, seizing the fixed property, court, state executor, notary, state notaries..**

Рецензія*

на наукову статтю «Щодо віднесення виконання ухвал суду про забезпечення позову шляхом накладення арешту на нерухоме майно до компетенції нотаріусів» асистента кафедри нотаріального та виконавчого процесу і адвокатури Лисенко Любові Сергіївни

У статті Л.С. Лисенко піднята проблема неузгодженості законодавчих норм різного рівня щодо питання порядку виконання ухвал суду про забезпечення позову шляхом накладення арешту на нерухоме майно. Виявлення колізій у законодавстві та вироблення способів їх подолання не може не сприйматися позитивно, чим і підтверджується актуальність даного дослідження.

Позиція законодавця стосовно визначення конкретного органу, до компетенції якого належало б виконання ухвал щодо забезпечення позову шляхом накладення арешту на нерухоме майно, непослідовна. Тому заслуговує на увагу запропоноване Л.С. Лисенко вирішення висвітленої у статті проблематики, що полягає у пропозиції віднести до компетенції нотаріусів здійснення державної реєстрації обтяжень нерухомого майна на підставі ухвали суду про забезпечення позову шляхом накладення арешту на нерухоме майно та її обґрунтування з урахуванням наданих повноважень нотаріусам у сфері державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень.

У контексті розгляду цього питання автор уміло оперує матеріалами практики і правильно їх оцінює для підтвердження власних міркувань.

Стаття є самостійним і завершеним науковим дослідженням, результати якого є логічними й аргументованими.

Усе вищезазначене дає підстави для висновку про те, що наукова стаття Л.С. Лисенко «Щодо віднесення виконання ухвал суду про забезпечення позову шляхом накладення арешту на нерухоме майно до компетенції нотаріусів» відповідає встановленим вимогам та може бути рекомендована до друку у фаховому виданні.

Рецензент:

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

Фурса С.Я.

* Збережено стиль і граматику оригіналу.



Окремі проблеми правового регулювання утворення об'єднань співвласників багатоквартирних будинків у новобудовах

*Гончаренко Олександр Володимирович,
кандидат юридичних наук,
керівник служби Голови Вищої ради юстиції*

Питання статусу і діяльності об'єднань співвласників багатоквартирних будинків (далі – ОСББ) неодноразово досліджувалося правниками в окремих наукових статтях або розділах дисертаційних робіт.

Окремим питанням функціонування ОСББ присвячені дисертації Демченко О.В. [1], Чеховської І.В. [2], відповідні розділи в підручниках з цивільного та житлового права. На жаль, прискіплива увага приділялась правовому регулюванню питань створення ОСББ, скликання і проведення установчих зборів у багатоквартирних будинках, які введені в експлуатацію 15-20 років тому і більшість яких заселені мешканцями. Питання ж утворення ОСББ у нових будинках, в яких ще не оформлено право власності на квартири, як правило, залишалися поза увагою дослідників.

Наразі у засобах масової інформації все частіше лунають виступи та точаться дискусії про порушення прав мешканців власників квартир у новозбудованих будинках при утворенні ОСББ. Найбільш відомі для громадськості проблеми утворення і діяльності ОСББ у м. Києві та у м. Одесі, де декілька власників, які перші набули право власності на квартири, реєструють ОСББ, а потім, всупереч волі значної частини інших мешканців будинку, вирішують питання управління співвласністю. При розгляді проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо об'єднань співвласників багатоквартирного будинку» (законопроект № 7484) народний депутат України Майборода С.Ф. ініціював поправку № 36 до законопроекту щодо того, що установчі збори ОСББ у новозбудованих багатоквартирних будинках мають скликатися лише після того, як більшість

власників квартир отримують свої правовстановлюючі документи. Проте, як відомо, поправку підтримано не було і на практиці дедалі частіше трапляються випадки порушення прав громадян.

Необхідність визначення особливостей утворення ОСББ в новозбудованих багатоквартирних будинках обумовлює актуальність предмета дослідження.

Загальні положення утворення ОСББ визначені у статті 6 «Про об'єднання співвласників багатоквартирного будинку» (далі – Закон) [3]. Так, об'єднання може бути створене в будинку будь-якої форми власності з числа тих, хто приватизував або придбав квартиру, а також власника будинку або його уповноваженої особи, власників жилих приміщень, а також власників нежилих приміщень.

Для створення об'єднання скликаються установчі збори. Скликання установчих зборів здійснюється власником будинку або ініціативною групою, яка складається не менш як з трьох власників квартир або нежилих приміщень.

Повідомлення про проведення установчих зборів направляється власником будинку або ініціативною групою не менше ніж за 14 днів до дати проведення установчих зборів в письмовій формі і вручається кожному власнику під розписку або шляхом поштового відправлення (рекомендованим листом). У голосуванні беруть участь власники (їх уповноважені особи), які присутні на установчих зборах. Кожний власник на установчих зборах має один голос, незалежно від площі та кількості квартир або приміщень, що перебувають у його власності. Рішення приймається шляхом поіменного голосування і вважається прийнятим, якщо за нього проголосувало не менше двох третин присутніх осіб, які мають право голосу.

Установчі збори правомочні, якщо на них присутні більше п'ятдесяти відсотків власників. Установчі збори приймають рішення про створення об'єднання і затверджують його статут.

Державна реєстрація об'єднання (асоціації) проводиться у порядку, встановленому законом для державної реєстрації юридичних осіб. Об'єднання (асоціація) вважається утвореним з дня його державної реєстрації.

Закон окремо не регулює питання утворення ОСББ у багатоквартирних будовах. Лише в частині четвертій статті 11 визначено, що у разі якщо у новозбудованому будинку власники квартир, приміщень протягом двох місяців після підписання акта державної приймальної комісії не створюють об'єднання і не приймають на баланс основні фонди, сільська, селищна, міська рада може своїм рішенням призначити балансоутримувача.

У більшості сучасних будинків, зданих в експлуатацію, право власності або не оформлено взагалі або відбувається процедура реєстрації. Більшість таких власників мають статус інвестора, то чи можуть вони утворювати ОСББ або брати участь у таких зборах? Особливої актуальності набуває питання у випадку реєстрації в багатоквартирному будинку кількох власників квартир – більше трьох, водночас як інші власники-інвестори проходять реєстраційну процедуру.

Аналіз положень статті 7 Закону України «Про інвестиційну діяльність» [4] дає можливість сформулювати висновок, що інвестором є особа-власник об'єкта інвестицій. Інвестор має право володіти, користуватися і розпоряджатися об'єктами та результатами інвестицій. Майно інвестора може бути використано ним для забезпечення його зобов'язань. За рішенням інвестора права володіння, користування і розпорядження інвестиціями, а також результатами їх здійснення можуть бути передані іншим громадянам та юридичним особам.

Найбільш поширеним способом інвестування в новозбудоване житло є участь у Фондах фінансування будівництва. Як правило, форми участі у фондах фінансування будівництва визначаються в договорі, яким передбачається, коли і яку саме квартиру інвестор має одержати від забудовника: адреса, площа, кількість кімнат, поверх тощо.

У частинах другій та третій статті 331 Цивільного кодексу України [5] визначено, що право власності на новостворене нерухоме майно (житлові будинки, будівлі, споруди тощо) виникає з моменту завершення будівництва (створення майна). Якщо договором або законом передбачено прийняття нерухомого майна до експлуатації, право власності виникає з моменту його

прийняття до експлуатації. Якщо право власності на нерухоме майно відповідно до закону підлягає державній реєстрації, право власності виникає з моменту державної реєстрації.

Водночас до завершення будівництва (створення майна) особа вважається власником матеріалів, обладнання тощо, які були використані в процесі цього будівництва (створення майна).

Згідно зі статтею 182 Цивільного кодексу України право власності та інші речові права на нерухомі речі, обмеження цих прав, їх виникнення, перехід і припинення підлягають державній реєстрації.

Відповідно до статті 2 Закону України «Про державну реєстрацію прав на нерухоме майно та їх обмежень» державна реєстрація речових прав на нерухоме майно (далі – державна реєстрація прав) – офіційне визнання і підтвердження державою фактів виникнення, переходу або припинення прав на нерухоме майно, обтяження таких прав шляхом внесення відповідного запису до Державного реєстру речових прав на нерухоме майно.

Отже, закон розрізняє державну реєстрацію права власності на майно як процедуру офіційного визнання факту набуття права власності і сам факт набуття права власності на майно.

До того ж у абзаці другому частини третьої статті 331 Цивільного кодексу України передбачено, що можна укласти договір щодо об'єкта незавершеного будівництва, право власності на який реєструється органом, що здійснює державну реєстрацію прав на нерухоме майно, на підставі документів, що підтверджують право власності або користування земельною ділянкою для створення об'єкта нерухомого майна, проектно-кошторисної документації, а також документів, що містять опис об'єкта незавершеного будівництва.

Системний аналіз наведених положень законів дозволяє сформулювати висновок, що фізична особа, яка в повному обсязі здійснила інвестицію в будівництво багатоквартирного будинку, за своїм статусом є власником майна; у випадку незавершення будівництва – власником частини майна в незавершеному об'єкті будівництва (або власником матеріалів, обладнання тощо, які були використані у процесі цього будівництва); у випадку завершення

будівництва, але до проведення державної реєстрації – стає власником конкретної квартири, у разі проведення державної реєстрації – офіційно визнається державою як власник майна.

На нашу думку, Законом про ОСББ у новозбудованому багатоквартирному будинку, який введено в експлуатацію, не проведено чіткої межі між статусом власника, який зареєстрував своє право власності на квартиру, і власником – інвестором.

Такої ж позиції дотримується і Конституційний Суд України. Зокрема, у пункті 4.3 Рішення Конституційного Суду України № 4-рп/2004 від 2 березня 2004 р. (справа про права співвласників на допоміжні приміщення багатоквартирних будинків) [6] містяться такі посилання: відповідно до Конституції України всі суб'єкти права власності рівні перед законом. У багатоквартирних будинках, де не всі квартири приватизовані чи приватизовані повністю, власник (власники) неприватизованих квартир (їх правонаступники) і власники приватизованих квартир багатоквартирного будинку є рівноправними співвласниками допоміжних приміщень. Вони є рівними у праві володіти, користуватися і розпоряджатися допоміжними приміщеннями. Ніхто з власників квартир не має пріоритетного права користуватися та розпоряджатися цими приміщеннями.

Отже, Конституційний Суд України в контексті розгляду питання власності майна мешканців багатоквартирних будинків зробив акцент не на формальному статусі особи як власника квартири, а на його праві володіти і користуватися як власником відповідною неприватизованою квартирою.

Згідно з пунктом 3 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України від 9 листопада 2011 р. № 14-рп/2011[7] на допоміжні приміщення багатоквартирного будинку поширюється правовий режим як спільної сумісної, так і спільної часткової власності, який передбачає особливий порядок здійснення правомочностей власника щодо володіння, користування і розпорядження. При цьому в законодавчому порядку не виокремлюються суб'єкти права спільної власності залежно від підстав набуття права власності на квартиру.

Відповідно до статті 385 Цивільного кодексу України власники квартир для забезпечення експлуатації багатоквартирного житлового будинку, користування квартирами та спільним майном житлового будинку можуть створювати об'єднання власників квартир (житла). Об'єднання власників квартир, житлових будинків є юридичною особою, яка створюється та діє відповідно до статуту та закону.

Статтею 1 Закону визначено, що ОСББ – це юридична особа, створена власниками для сприяння використанню їхнього власного майна та управління, утримання і використання неподільного та загального майна.

Житловий комплекс – це єдиний комплекс нерухомого майна, утворений земельною ділянкою в установлених межах, з розміщеними на ній жилим багатоквартирним будинком або його частиною разом із спорудами та інженерними мережами, які утворюють цілісний майновий комплекс.

Відповідно до статті 4 Закону ОСББ створюється для забезпечення і захисту прав його членів та дотримання їхніх обов'язків, належного утримання та використання неподільного і загального майна, забезпечення своєчасного надходження коштів для сплати всіх платежів, передбачених законодавством та статутними документами.

Майно ОСББ утворюється з: майна, переданого йому членами об'єднання у власність; одержаних доходів; іншого майна, набутого на підставах, не заборонених законом.

Згідно зі статтею 6 Закону, ОСББ може бути створено в будинку будь-якої форми власності з числа тих, хто приватизував або придбав квартиру, а також власника будинку або його уповноваженої особи, власників жилих приміщень, а також власників нежилих приміщень.

Частиною другою статті 382 Цивільного кодексу України визначено, що власникам квартири у дво- або багатоквартирному житловому будинку належить на праві спільної сумісної власності приміщення загального користування, опорні конструкції будинку, механічне, електричне, сантехнічне та інше обладнання за межами або всередині квартир, яке обслуговує більше однієї квартири, а також споруди, будівлі, які призначені для забезпечення

потреб усіх власників квартир, та власників нежитлових приміщень, які розташовані у житловому будинку.

У пункті 4 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України від 9 листопада 2011 р. № 14-рп/2011 вказано, що правовим регулюванням відносин спільної сумісної власності в Україні визначаються особливості здійснення прав власників, виходячи з її правового режиму. Ці особливості полягають у різних формах реалізації відповідного права: при спільній сумісній власності – шляхом взаємного волевиявлення усіх співвласників, при спільній частковій власності – лише за волею власника відповідної частки, виділеної в натурі з майна, що є у спільній сумісній власності. За законодавством України допоміжне приміщення у дво- або багатоквартирному будинку, гуртожитку має своє функціональне призначення, яке полягає у забезпеченні експлуатації будинку та побутового обслуговування його мешканців. Під поняттям «мешканці» треба розуміти власників, співвласників, наймачів, орендарів окремих житлових і нежитлових приміщень будинку, які проживають у будинку і становлять визначене коло суб'єктів, які реалізують право спільної власності на окремий її об'єкт – допоміжні приміщення.

Згідно з частиною першою ст. 6 Закону України «Про об'єднання співвласників багатоквартирного будинку» об'єднання може бути створене в будинку будь-якої форми власності з числа тих, хто приватизував або придбав квартиру, а також власника будинку або його уповноваженої особи, власників жилих приміщень, а також власників нежилих приміщень.

Відповідно до ст. 316 Цивільного кодексу України правом власності є право особи на річ (майно), яке вона здійснює відповідно до закону за своєю волею, незалежно від волі інших осіб.

Майно, що є у власності двох або більше осіб (співвласників), належить їм на праві спільної власності (спільне майно). Майно може належати особам на праві спільної часткової або на праві спільної сумісної власності (ст. 355 Цивільного кодексу України).

Згідно зі ст. 19 Закону України «Про об'єднання співвласників багатоквартирного будинку» спільне майно співвласників багатоквартирного будинку складається з неподільного та загального майна. Неподільне майно перебуває у їхній спільній сумісній власності і не підлягає відчуженню, загальне майно – у спільній частковій власності.

Відповідно до ст. 358 Цивільного кодексу України право спільної часткової власності здійснюється співвласниками за їхньою згодою. Співвласники можуть домовитись про порядок володіння та користування майном, що є їхньою спільною власністю. Співвласники майна, що є у спільній сумісній власності, володіють і користуються ним спільно, якщо інше не встановлено домовленістю між ними. Розпорядження майном, що є у спільній сумісній власності, здійснюється за згодою всіх співвласників (ст. 369 Цивільного кодексу України).

Згідно зі ст. 87 Цивільного кодексу України для створення юридичної особи її учасники (засновники) розробляють установчі документи, які складаються письмово і підписуються всіма учасниками (засновниками).

Підсумовуючи викладене, зазначимо, що створити юридичну особу – ОСББ і затвердити її статут можна тільки за наявності власників більшості приміщень багатоквартирного будинку. Якщо більшість осіб у багатоквартирному будинку не оформили своє право власності, то створення ОСББ як юридичної особи, яка представляє їхні інтереси, або взагалі не вбачається можливим, або при утворенні ОСББ повинні бути присутні з правом голосу інші мешканці новобудови, крім офіційно оформлених власників квартир, а саме інвестори, які не оформили право власності, власники неприватизованих квартир та ін. З урахуванням їх кількості повинен визначатися кворум і прийматися рішення на зборах членів ОСББ.

До того ж, відповідно до частини третьої ст. 7 Закону України «Про інвестиційну діяльність» лише за рішенням інвестора права володіння, користування і розпорядження інвестиціями, а також результатами їх здійснення можуть бути передані іншим громадянам та юридичним особам.

Взаємовідносини при такій передачі прав вони регулюють самостійно на основі договорів.

Озвучена проблема створення ОСББ кількома фізичними та юридичними особами в новозбудованих багатоквартирних будинках без врахування волі більшості мешканців будинку може бути вирішена або шляхом внесення відповідних змін до Закону про ОСББ і введення імперативної норми про правомочність установчих зборів ОСББ лише за наявності отримання правовстановлюючих документів більшістю власників квартир, або відповідною судовою практикою із правозастосування наведених положень чинного законодавства з метою захисту інтересів інвесторів – власників квартир у новобудовах, яка тільки починає формуватися в судах різних інстанцій.

Список використаних джерел

1. Демченко Ольга Володимирівна. Правовий режим майна в багатоквартирному житловому будинку : автореферат дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / О. В. Демченко ; Н.-д. ін-т приват. права і підприємництва Нац. акад. прав. наук України. – К., 2011. – 20 с.
2. Чеховська Ірина Василівна. Адміністративно-правовий режим детінізації відносин у сфері виробництва та реалізації житлово-комунальних послуг : автореф. дис... канд. юрид. наук : 12.00.07 / І.В. Чеховська; Київ. нац. екон. ун-т ім. В.Гетьмана. – К., 2006. – 21 с.
3. Про об'єднання співвласників багатоквартирного будинку : Закон України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/2866-14>
4. Про інвестиційну діяльність : Закон України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/1560-12>
5. Цивільний кодекс України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/435-15>

6. Рішення Конституційного Суду України № 4-рп/2004 від 2 березня 2004 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/rada/show/v004p710-04>
7. Рішення Конституційного Суду України від 9 листопада 2011 р. № 14-рп/2011 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/v014p710-11>

Гончаренко О.В. Окремі проблеми правового регулювання утворення об'єднань співвласників багатоквартирних будинків у новобудовах

Стаття присвячена аналізу законодавства, яке регулює діяльність об'єднань співвласників багатоквартирних будинків. Окремо досліджуються проблемні питання утворення об'єднань співвласників багатоквартирних будинків у новобудовах, правовий статус мешканців, які не оформили право власності на квартири, способи захисту ними своїх прав. Автором запропоновано вирішення проблеми утворення об'єднань співвласників багатоквартирних будинків у новобудовах декількома особами без урахування волі інших співвласників.

Ключові слова: об'єднання співвласників багатоквартирних будинків, збори співвласників багатоквартирних будинків, інвестор, спільна власність, співвласник.

Гончаренко О.В. Отдельные проблемы правового регулирования образования объединений совладельцев многоквартирных домов в новостройках

Статья посвящена анализу законодательства, регулирующего деятельность объединений совладельцев многоквартирных домов. Отдельно исследуются проблемные вопросы образования объединений совладельцев многоквартирных домов в новостройках, правовой статус жителей, не оформивших право собственности на квартиры, способы защиты ими своих прав. Автором предложено решение проблемы образования объединений совладельцев многоквартирных домов в новостройках несколькими лицами без учета воли других совладельцев.

Ключевые слова: объединение совладельцев многоквартирных домов, собрание совладельцев многоквартирных домов, инвестор, общая собственность, совладелец.

Honcharenko O.V. Some issues on legal regulation for creation of unions of newly built apartments' block co-owners.

The article analyses legislation, which regulates activity of unions of newly built apartments' block co-owners. Problems of creation of unions of newly built apartments' block co-owners, legal status of residents, who haven't legalized ownership for a flat, ways of their rights protection, are being studied in the article separately. The Author proposes to solve the problem of creation of unions of newly built apartments' block co-owners by several persons without consideration of others co-owners will.

Key words: unions of newly built apartments' block co-owners, meeting of the co-owners of apartments' blocks, investor, joint property, co-owner.



Податковий кодекс України як елемент системи правового регулювання діяльності держави у сфері уникнення подвійного оподаткування

*Вдовічена Лідія Іванівна,
кандидат юридичних наук, асистент кафедри
конституційного, адміністративного і фінансового права
Чернівецького національного університету імені Юрія
Федьковича*

УДК 347.73

Постановка проблеми. Прийняття Податкового кодексу України (далі – ПК України) стало важливим кроком на шляху адаптації податкового законодавства України до права Європейського Союзу. Податковий кодекс спрямований на створення в Україні стабільної податкової системи з метою запобігання випадкам подвійного оподаткування, справедливий підхід до оподаткування всіх категорій платників податків, упорядкування стягнення податків та посилення відповідальності за ухилення від сплати та їх несвоєчасну сплату, підтримку пріоритетних галузей економіки, заохочення розвитку вітчизняного виробництва, стимулювання інвестиційних процесів, зниження податкового навантаження, дотримання міжнародних угод щодо оподаткування, забезпечення прав платників податків, створення дієвого механізму контролю з боку податкових органів, обмеження можливостей ухилення від оподаткування.

Ретельна розробка всього комплексу національних правил і норм у сфері податкового регулювання міжнародної діяльності необхідна для укладення податкових угод, оскільки саме на основі національних норм кожна країна формує свої вихідні позиції при узгодженні взаємоприйнятих компромісів по окремих статтях і режимах, що включаються до податкової угоди. Для держав, що виступають як сторони при укладенні податкових угод, їхнє значення виходить за межі лише вибору більш зручних адміністративних процедур:

насправді вони поділяють між собою реальні кошти (податкові надходження) і кожна зі сторін може як виграти, так і програти від такого поділу.

Ступінь наукової розробки. Проблема подвійного оподаткування неодноразово була предметом дослідження у сфері фінансового права. Однак якщо говорити про визначення системи правового регулювання уникнення даного явища, а тим більше про детальний аналіз та дослідження норм Податкового кодексу України в частині регулювання діяльності держави у сфері уникнення подвійного оподаткування, то, на жаль, цій галузі присвячені лише поодинокі наукові праці, зокрема дослідження М.П. Кучерявенка [1], В.А. Кашіна [2], Ю. Гладуна [3], Т. Єфименко [4].

Метою статті є проведення аналізу та дослідження основних положень Податкового кодексу України, які регулюють питання діяльності держави у сфері уникнення подвійного оподаткування.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до ст. 9 Конституції України чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України [5, ст. 141]. У цьому випадку вони розглядаються вже як внутрішній складовий елемент національного податкового законодавства, поряд з актами Верховної Ради України, Президента України, Кабінету Міністрів України. Таким чином, коли держава з певних причин виділяє норму міжнародного договору, то вона забезпечує її гарантіями до виконання так само, як і свої національні нормативно-правові акти. Інакше кажучи, держава виступає як суб'єкт примусу, і норма міжнародного договору стає елементом національного законодавства [6, с. 520].

Варто підкреслити, що міжнародні податкові угоди не створюють нових податкових законів, вони лише забезпечують, якщо це можливо, «м'яке» і надійне стикування двох податкових юрисдикцій, двох національних податкових законодавств. Тому основне правило міжнародних податкових угод полягає в тому, що вони не можуть дати кожній країні більше прав і переваг, аніж це передбачено її національним законодавством [2, с. 12]. Тому є досить очевидним значення для кожної країни у розробці і суворому дотриманні

відповідних правил і норм на рівні національного податкового законодавства. При правильному підході до цього питання значну, якщо не всю, частину необхідного регулювання (і при цьому з досить високим рівнем захисту національних інтересів) цілком можна забезпечити тільки за рахунок односторонніх, національних заходів, не вдаючись до допомоги податкових угод. Однак слід зазначити, що список цих односторонніх заходів, так само як і механізм їхнього застосування, у значній мірі був складнений під впливом податкових угод.

Норми ПК України, що регулюють діяльність держави у сфері уникнення подвійного оподаткування залежно від характеру регулювання даних відносин, умовно можна поділити на дві групи. Перша – **правовстановлюючі норми**, основним призначенням яких є встановлення фактів та визначення конкретних обставин, що впливають на статус платника податків: визначення податкового законодавства України та сфера дії Податкового кодексу України (ст. 1 та ст. 3 ПК України); визнання подвійного оподаткування як негативного явища, яке потребує усунення (ст. 13 ПК України); правила встановлення резидентства для платників податків (ст. 14.1.123 ПК України) [7, ст. 112]. Друга – **правозастосовні норми**, основним функціональним навантаженням яких є регулювання виконання обов'язку зі сплати податків резидентами і нерезидентами, що пов'язано із використанням як норм міжнародних угод про уникнення подвійного оподаткування, так і норм ПК України: застосування правил міжнародних договорів про уникнення подвійного оподаткування (ст. 3 та ст. 103 ПК України [7, ст. 112]); метод усунення подвійного оподаткування (ст. 13 ПК України); зарахування сплачених податків за митним кордоном України в частині податку на прибуток підприємств (ст. 161.4-161.7 ПК України); оподаткування іноземних доходів фізичних осіб-резидентів, а також оподаткування нерезидентів-фізичних осіб (170.10-170.11 ПК України [7, ст. 112]). Тому вважаємо за доцільне проаналізувати регулятивну дію норм ПК України на відносини у сфері уникнення подвійного оподаткування.

ПК України є основним законодавчим актом, який регулює відносини оподаткування, податкову систему в цілому, її основи, елементи правового

механізму податку. У цьому акті поєднані матеріальні й процесуальні аспекти регулювання податкової системи, всі аспекти справляння податків та зборів, тобто визначено всі принципові положення регулювання податкових відносин. Але як не дивно, досить специфічна ситуація склалася у сфері формування та закріплення правових принципів, які лежать в основі правового регулювання відносин між державами з приводу оподаткування власних резидентів, чия діяльність виходить за межі національної держави, або ж оподаткування нерезидентів, що здійснюють діяльність на території даної держави: ні в Конституції України, ні в ПК України, де визначаються принципи побудови та призначення системи оподаткування, не згадується про принцип одноразовості оподаткування чи принцип уникнення подвійного оподаткування. Так, М.П. Кучерявенко зауважує, що практика побудови податкових систем та їх функціонування у країнах Західної Європи дає змогу до традиційних принципів, пов'язаних з ідеями Адама Сміта, додати і кілька вузьких специфічних принципів, зокрема «...використання податкових механізмів повинне бути справедливим, *виключати, перш за все, можливість подвійного оподаткування*» (виділено нами – В.Л.) [1, с. 50]. Розвиваючи свою думку, він зазначає, що серед принципів організації та функціонування системи оподаткування можна і необхідно виділити окрему підсистему принципів податку. Принципи податку реалізуються через конкретні прояви, які характеризують особливості цього специфічного механізму: однократність обкладання означає, що один і той самий об'єкт може обкладатися податком одного виду тільки один раз за визначений період (податковий період) [1, с. 53]. Тому ми вважаємо, ст. 4 ПК України потребує доповнення, оскільки вона визначає принципи правового регулювання податкових відносин («Основні засади податкового законодавства України»), але не враховує такого основного етапу в реалізації податкового механізму, як одноразовість оподаткування. Зважаючи на викладене вище, пропонуємо ст. 4 ПК України «Основні засади податкового законодавства» доповнити принципом «одноразовість оподаткування – один і той же об'єкт або суб'єкт може обкладатися податком одного виду тільки один раз за визначений період (податковий період)».

Особливої уваги заслуговує також частина третя ст. 5 ПК України – «інші терміни, що застосовуються у цьому Кодексі і не визначаються ним, використовуються у значенні, встановленому іншими законами» [7, ст. 112]. Повернімося до проблеми подвійного оподаткування – законодавець чітко встановив правила усунення подвійного оподаткування у ст. 13 «Усунення подвійного оподаткування», і водночас не визначив, що ж таке «подвійне оподаткування» і для чого його усувати. Звертаючи знову увагу на частину третю ст. 5, з метою пошуку дефініції подвійного оподаткування нам необхідно звернутися до «іншого» (як зазначено в ПК України) законодавства, однак на національному рівні немає визначення даного явища. Тому в першу чергу до Податкового кодексу України необхідно включити визначення подвійного оподаткування, оскільки виникає ситуація, за якої визначається процес врегулювання (а точніше процедура усунення чи запобігання) негативного явища подвійного оподаткування, хоча саме явище не визначається. Тому ми пропонуємо до ст. 14 «Визначення понять» ПК України включити наступне визначення подвійного оподаткування: *«подвійне оподаткування – це неодноразове (подвійне) обкладання об'єкта оподаткування (податкової бази) в/або конкретного платника одним і тим же самим податком (чи подібним) за певний (однаковий) податковий період, яке виникає внаслідок неузгодженості правового регулювання діяльності держави у сфері оподаткування»*. Тобто таким чином ми визначимо передумову для закріплення та реалізації ст. 13 ПК України «Усунення подвійного оподаткування» та ст. 103 «Порядок застосування міжнародного договору України про уникнення подвійного оподаткування стосовно повного або часткового звільнення від оподаткування доходів нерезидентів із джерелом їх походження з України» [7, ст. 112].

ПК України чітко визначає та розмежовує дві сторони при регулюванні уникнення подвійного оподаткування. Зокрема, встановлюється правовий механізм оподаткування резидентів України, які мають джерела доходів за межами України – з однієї сторони, а з іншої – визначається правовий механізм оподаткування нерезидентів України, які отримують доходи із джерелом їх походження з України.

Так, ст. 13 ПК України «Усунення подвійного оподаткування» визначає процедурні моменти оподаткування доходів резидентів України, які отримані із джерел за межами України. Зокрема, доходи, отримані резидентом України (крім фізичних осіб) з джерел за межами України, враховуються під час визначення його об'єкта та/або бази оподаткування у повному обсязі. При визначенні об'єкта та/або бази оподаткування витрати, здійснені резидентом України (крім фізичних осіб) у зв'язку з отриманням доходів з джерел походження за межами України, враховуються у порядку і розмірах, встановлених Податковим кодексом України.

Доходи, отримані фізичною особою-резидентом з джерел походження за межами України, включаються до складу загального річного оподаткованого доходу, крім доходів, що не підлягають оподаткуванню в Україні відповідно до положень ПК України чи міжнародного договору, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України. Суми податків та зборів, сплачені за межами України, зараховуються під час розрахунку податків та зборів в Україні за правилами, встановленими Податковим кодексом України [7, ст. 112].

Для отримання права на зарахування податків та зборів, сплачених за межами України, платник зобов'язаний отримати від державного органу країни, де отримується такий дохід (прибуток), уповноваженого справляти такий податок, довідку про суму сплаченого податку та збору, а також про базу та/або об'єкт оподаткування. Зазначена довідка підлягає легалізації у відповідній країні, відповідній закордонній дипломатичній установі України, якщо інше не передбачено чинними міжнародними договорами України [7, ст. 112].

Водночас ст. 103 ПК України «Порядок застосування міжнародного договору України про уникнення подвійного оподаткування стосовно повного або часткового звільнення від оподаткування доходів нерезидентів із джерелом їх походження з України» встановлює, що застосування правил міжнародного договору України здійснюється шляхом звільнення від оподаткування доходів із джерелом їх походження з України, зменшення ставки податку або шляхом повернення різниці між сплаченою сумою податку і сумою, яку нерезиденту необхідно сплатити відповідно до міжнародного договору України.

Особа (податковий агент) має право самостійно застосувати звільнення від оподаткування або зменшену ставку податку, передбачену відповідним міжнародним договором України на час виплати доходу нерезиденту, якщо такий нерезидент є бенефіціарним (фактичним) отримувачем (власником) доходу і є резидентом країни, з якою укладено міжнародний договір України [7, ст. 112].

Отже, Податковий кодекс України спрямований на усунення неузгодженості податкового законодавства з нормами законодавства інших галузей права, забезпечення їх гармонізації та взаємодії, створення умов для подальшого інтегрування України до світової спільноти. Тому ст. 5 ПК України визначає основні правила співвідношення податкового законодавства з іншими законодавчими актами, а саме: «Поняття, правила та положення, установлені цим Кодексом та законами з питань митної справи, застосовуються виключно для регулювання відносин, передбачених ст. 1 цього Кодексу. У разі, якщо поняття, терміни, правила та положення інших актів суперечать поняттям, термінам, правилам та положенням цього Кодексу, для регулювання відносин оподаткування застосовуються поняття, терміни, правила та положення цього Кодексу» [7, ст. 112]. Тобто цією статтею встановлюється межа впливу норм податкового законодавства та співвідношення їх із положеннями законодавчих актів, які не відносяться до податкового законодавства України згідно зі ст. 3 цього Кодексу. Ця стаття застосовується при вирішенні питання щодо відповідності нормативно-правових актів, які регулюють відносини оподаткування з іншими джерелами податкового права, з іншим законодавством, закладає підстави співвідношення актів за юридичною силою. Визнання нормативно-правового акта таким, що не відповідає ПК України, вирішується в судовому порядку. Треба мати на увазі, що фактично йдеться про два варіанти співвідношення норм податкового законодавства з іншими нормами. *По-перше, податкове та митне законодавство.* Цілий ряд статей цього Кодексу акцентує увагу на існуванні такої межі та використанні митного законодавства до відносин оподаткування. Цьому є дві підстави: а) включення до сукупності податків та зборів мита – спеціального обов'язкового платежу,

який входить до податкової системи України, справляється при перетинанні митного кордону України та регулюється митним законодавством;

б) справляння податку на додану вартість та акцизного податку при перетині митного кордону України, яке регулюється, в тому числі, і митним законодавством. У цих відносинах податкове законодавство регулює справляння таких платежів на межі фінансового та адміністративного законодавств. *По-друге, податкове та бюджетне законодавство.* Сплачені податки та збори зараховуються до відповідних бюджетів. Але це вже не є предметом регулювання податковим законодавством. Зарахування ж податків та зборів до відповідних бюджетів регулюється Бюджетним кодексом України (далі – БК України) [8, ст. 527]. Саме в цій ситуації виникає певна межа в реалізації податкових та бюджетних норм. Податкове законодавство стосовно цих відносин застосовується лише до того моменту, коли йдеться про регулювання виконання податкового обов'язку, і закінчується сплатою податків і зборів. Стосовно цих відносин бюджетне законодавство не застосовується [9, с. 34–35]. Розподіл податків по бюджетах, фондах здійснюється відповідно до бюджетної класифікації й може відбуватися за двома основними напрямками: закріплення податку за певним бюджетом або розподіл коштів від сплати податку між бюджетами. При цьому треба враховувати відповідні норми БК України, згідно з якими власне і розподіляються надходження від сплати податків між бюджетами.

Аналізуючи цю проблему та з'ясовуючи співвідношення бюджетного та податкового законодавства при регулюванні таких відносин (у сфері уникнення подвійного оподаткування), треба чітко визначити момент виконання обов'язку зі сплати податку чи збору і встановити розмежування між податковим та бюджетним регулюванням діяльності держави у сфері уникнення подвійного оподаткування і застосування норм Податкового та Бюджетного кодексів України – до моменту перерахування коштів платниками-резидентами та платниками-нерезидентами йдеться про регулювання податкових відносин, а з моменту зарахування коштів від сплати податку та збору на відповідний казначейський рахунок застосовуються норми бюджетного законодавства.

Висновок. Податковий кодекс України є невід’ємним елементом системи правового регулювання діяльності держави у сфері уникнення подвійного оподаткування. Залежно від характеру регулювання даних відносин умовно можна виділити правовстановлюючі норми ПК України, основним призначенням яких є встановлення фактів та визначення конкретних обставин, що впливають на статус платника податків, та правозастосовні норми ПК України, основним функціональним навантаженням яких є регулювання виконання обов’язку зі сплати податків резидентами і нерезидентами, що пов’язано із використанням як норм міжнародних угод про уникнення подвійного оподаткування, так і норм Податкового кодексу України та інших актів спеціального податкового законодавства.

Список використаних джерел

1. Кучерявенко Н.П. Курс налогового права. В 6 томах. / Н.П. Кучерявенко. – Т. III: Учение о налоге. – Х.: Легас; Право, 2005. – 600 с.
2. Кашин В.А. Налоговые соглашения России. Международное налоговое планирование для предприятий / В.А. Кашин – М. : Финансы, ЮНИТИ, 1998. – 383 с.
3. Гладун Ю. Податкова система України розвивається за світовими стандартами / Ю. Гладун // Вісник податкової служби України. – 2012. – № 2. – С. 5–7.
4. Єфименко Т. Податковий кодекс України : питання ефективності та суспільної злагоди / Т. Єфименко // Фінанси України. – 2007. – № 5. – С. 3–11.
5. Конституція України: прийнята на п’ятій сесії Верховної Ради України Законом України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 23 липня 1996 р. – 1996 р. – № 30. – Ст. 141.
6. Кучерявенко Н.П. Курс налогового права. В 6 томах / Н.П. Кучерявенко. – Т. II: Введение в теорию налогового права. – Х.: Легас; Право, 2004. – 600 с.
7. Податковий кодекс України від 2 грудня 2010 р. № 2755-VI // Відомості Верховної Ради України від 8 квітня 2011 р. – № 13, / № 13–14,

№ 15–16, № 17. – Стор. 556. – Ст. 112

8. Бюджетний кодекс України від 8 липня 2010 р. № 2456-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 50. – Стор. 1778. – Ст. 572.

9. Науково-практичний коментар до Податкового кодексу України: в 3 т. / Кол. авторів [заг. редакція М.Я Азарова]. – К. : Міністерство фінансів України, Національний університет ДПС України, 2010. – 2389 с.

Вдовічена Л.І. Податковий кодекс України як елемент системи правового регулювання діяльності держави у сфері уникнення подвійного оподаткування

У статті проведено аналіз та досліджено основні положення Податкового кодексу України, які регулюють питання діяльності держави у сфері уникнення подвійного оподаткування. Проведено умовний поділ норм Податкового кодексу України, що регулюють відносини в даній сфері, на дві групи: правостановлюючі норми та правозастосовні норми.

Ключові слова: подвійне оподаткування, Податковий кодекс України, правостановлюючі норми, правозастосовні норми, резидент, нерезидент.

Вдовичена Л.И. Налоговый кодекс Украины как элемент системы правового регулирования деятельности государства в сфере избежания двойного налогообложения

В статье проведен анализ и исследованы основные положения Налогового кодекса Украины, регулирующие вопросы деятельности государства в сфере избежания двойного налогообложения. Проведено условное разделение норм Налогового кодекса Украины, регулирующих отношения в данной сфере, на две группы: правоустанавливающие нормы и правоприменительные нормы.

Ключевые слова: двойное налогообложение, Налоговый кодекс Украины, правоустанавливающие нормы, правоприменительные нормы, резидент, нерезидент.

Vdovichena L.I. Tax Code of Ukraine as an element of the legal regulation of the state activities in the field of avoidance of double taxation

In the article the major provisions of the Tax Code of Ukraine, which regulate the activity of the state in the field of avoidance of double taxation are analyzed and studied. A conditional division of Tax Code of Ukraine regulating relations in this sphere into two groups: the law-setting norms and law-enforcement norms.

Key words: double taxation, the Tax Code of Ukraine, law-setting norms, law-enforcement norms, resident, non-resident.



Поняття та ознаки відповідальності некомерційних суб'єктів господарювання

*Машковська Людмила Володимирівна,
викладач кафедри соціально-гуманітарних і правових
дисциплін Уманського національного університету
садівництва*

Одна з найвагоміших гарантій забезпечення можливості реалізації прав та інтересів суб'єктів господарювання, у тому числі некомерційних, – юридична відповідальність. Це різновид соціальної відповідальності, що є виразом сутності та мети діяльності некомерційних суб'єктів господарювання. Загальноприйняті двохаспектне розуміння юридичної відповідальності (позитивний, тобто заохочувальний, і негативний, або охоронний аспекти) та класифікація юридичної відповідальності за галузевою ознакою. Таким чином, виділяється господарсько-правова відповідальність, яку несуть усі некомерційні суб'єкти господарювання.

Особливості правової природи, поняття та ознаки відповідальності некомерційних суб'єктів досліджували і досліджують такі вчені-правознавці, як В.К. Мамутов, В.С. Щербина, О.М. Вінник, Д.В. Задихайло, Н.О. Саніахметова, О.П. Подцерковний, В.В. Гончаренко, Е.Ф. Демський, С.О. Теньков та інші, але в роботах українських правознавців зазначена проблема не знайшла достатньо повного висвітлення.

Метою цієї статті є дослідження особливостей порядку застосування, видів та правових аспектів відповідальності некомерційних суб'єктів господарської діяльності з урахуванням їх діяльності.

Значення юридичної відповідальності, як і господарсько-правової, наразі істотно зростає у зв'язку з підвищенням ролі правових засобів у виконанні завдань регламентації господарського обігу. Відповідальність має розглядатися як один із дієвих важелів механізму господарювання, що справляє значний вплив на прискорення економічного розвитку нашого суспільства. Деякі вчені вважають за необхідне формування єдиного виду юридичної відповідальності підприємців за порушення встановленого державою порядку здійснення

підприємницької діяльності – підприємницької відповідальності. Такий рід юридичної відповідальності об'єктивно необхідний і фактично існує у вітчизняному законодавстві за назвою економічних або господарських санкцій [1, с. 4]. К.Р. Добкіна зазначає, що за своїм змістом юридична відповідальність проявляється або у вигляді покладення на винну особу штрафних, каральних санкцій, або в обов'язку поновити незаконно порушене право та раніше існуючі суспільні відносини. Незалежно від видів, така відповідальність повинна реалізовуватись відповідно до встановлених у межах тієї чи іншої правової системи принципів. Серед них загально визнаними є принципи законності, обґрунтованості, справедливості, невідворотності, доцільності та недопустимості повторної чи подвійної відповідальності [2, с. 23].

Термін «підприємницька відповідальність» вважається спірним. Більш прийнятним є вживання терміна «відповідальність у сфері підприємництва», що сприймається як сукупність заходів державного примусу, які передбачені нормами права та спричиняють негативні наслідки для підприємця у вигляді позбавлення прав унаслідок порушення ним правопорядку або законних прав та інтересів інших осіб у ході підприємницької діяльності [3, с. 118].

Найбільш точним вважається позначення такої відповідальності як господарсько-правової.

У літературі зазначається, що в Господарському кодексі України є багато новел, принципово нових підходів у правовому регулюванні господарських відносин. Це повною мірою стосується і правового регулювання відповідальності [4, с. 128–133].

Варто оцінити як позитивний той факт, що в Господарському кодексі України (далі – ГК України) передбачено положення про відповідальність [5]. Відсутність подібних положень у єдиному кодифікованому акті, наприклад у Російській Федерації, викликає справедливую критику в юридичній літературі. Так, на думку російського вченого С.Н. Шишкіна, для того щоб упорядкувати й уніфікувати використання мір і інститутів відповідальності в горизонтальних та в усіх вертикальних підприємницьких відносинах у Росії, необхідні відповідні законодавчі рішення, серед яких найбільш ефективним є прийняття Господарського (Підприємницького) кодексу [6, с. 130].

Разом з тим, немає єдиного визначення поняття «господарсько-правова відповідальність».

Так, на думку Г.В. Пронської, господарсько-правова відповідальність – це економічні за змістом і юридичні за формою методи впливу на економічні інтереси суб'єкта господарювання – правопорушника [7, с. 412]. Д.Х. Липницький і А.Д. Болотова вважають, що господарсько-правова відповідальність являє собою певний механізм перекладання несприятливих наслідків з одного учасника господарських відносин на іншого [8, с. 130]. Господарською відповідальністю вважають настання несприятливих майнових наслідків (стягнення збитків, штрафу тощо) при порушенні правил функціонування господарського механізму, які встановлюють державні органи в інтересах держави або сторони в договорі. При цьому зазначається, що господарсько-правова відповідальність відрізняється від інших видів відповідальності тим, що поєднує елементи майнового та примусового (організаційного) характеру [9, с. 8]. Таким чином, господарсько-правова відповідальність визначається і як метод впливу на економічні інтереси, і як механізм перекладання несприятливих наслідків, і як настання цих наслідків, що не можна вважати найбільш повними та точними характеристиками цього виду юридичної відповідальності.

Здебільшого на позначення господарсько-правової відповідальності використовують поняття «господарські санкції». Господарсько-правова відповідальність, на погляд В.К. Мамутова, це перетерплювання (або несення) господарським органом несприятливих економічних наслідків безпосередньо в результаті застосування до нього передбачених законом санкцій (мір відповідальності) економічного характеру [10, с. 177]. В.С. Щербина вважає, що відповідальність у господарському праві (господарсько-правова відповідальність) – це комплексний правовий інститут, який має свій особливий предмет регулювання – господарські правопорушення. Відповідальністю є застосування до правопорушника встановлених законом або договором санкцій, унаслідок чого він зазнає майнових втрат. Отже, поняття господарсько-правової відповідальності включає в себе і майнові наслідки застосування санкцій [11, с. 223]. Цю точку зору підтримує законодавець.

Однак сучасні підручники з господарського права одноставні у визнанні самотійності господарсько-правової відповідальності стосовно інших видів відповідальності. Так, колектив авторів під господарсько-правовою відповідальністю визнає несення суб'єктами господарювання несприятливих економічних та (або) правових наслідків у результаті застосування до них передбачених законодавством санкцій за господарські правопорушення [7]. На нашу думку, зазначене положення в повній мірі стосується некомерційних суб'єктів господарювання.

Згідно зі ст. 216 ГК України учасники господарських відносин, а також і некомерційні суб'єкти господарювання несуть господарсько-правову відповідальність за правопорушення у сфері господарювання шляхом застосування до правопорушників господарських санкцій на підставах і в порядку, передбачених цим кодексом, іншими законами та договором. Так, ст. 25 Закону України «Про благодійництво та благодійні організації» визначає, що особи, винні у порушенні законодавства про благодійництво та благодійні організації, несуть відповідальність відповідно до законів України [12]. Стаття 31 Закону України «Про громадські об'єднання» містить положення, що посадові особи легалізуючих органів об'єднань громадян та громадяни за порушення законодавства про громадські об'єднання несуть відповідальність у порядку, встановленому законом [13]. Стаття 31 Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації» містить положення, що службові особи і громадяни, винні в порушенні законодавства про свободу совісті та релігійні організації, несуть відповідальність, установлену законодавством України [14].

Об'єднання громадян несуть відповідальність, передбачену цим Законом та іншими законодавчими актами України.

Таким чином, поняття господарсько-правової відповідальності визначається в частині першій ст. 216 ГК України через поняття господарських санкцій. При цьому вказується, що застосування господарських санкцій має гарантувати захист прав і законних інтересів громадян, організацій і держави, а також відшкодування збитків учасникам господарських відносин, завданих унаслідок правопорушення, та забезпечувати правопорядок у сфері господарювання (частина друга ст. 216 ГК України).

При цьому в найменуванні ст. 217 ГК України господарські санкції названі правовим засобом відповідальності у сфері господарювання.

Однак це не означає ототожнення господарсько-правової відповідальності і господарських санкцій, оскільки господарсько-правова відповідальність полягає в реалізації санкцій як мір відповідальності. Санкція не є власне відповідальністю, оскільки являє собою примусовий захід. Тому має слушність А.Я. Курбатов, який зазначає, що в охоронних правовідносинах, які складаються на підставі охоронних норм, перетерплювання правопорушником застосовуваних до нього заходів державно-примусового впливу (санкцій) розглядається як певного роду обов'язок [15, с. 90].

Легальне визначення господарських санкцій містить ст. 217 ГК України, згідно з якою господарськими санкціями визнаються заходи впливу на правопорушника у сфері господарювання, у результаті застосування яких для нього настають несприятливі економічні та (або) правові наслідки [16, с. 190].

У науково-практичному коментарі ГК України вказується, що поняття господарських санкцій та їх виділення в окрему самостійну групу є новелою в законодавстві й охоплює широке коло заходів, перелік та порядок здійснення яких встановлено іншими статтями розділу V Кодексу і спеціальними законами [17, с. 345].

Як зазначається в літературі, господарсько-правова санкція становить визначену безпосередньо законом або договором міру (масштаб, величину) відповідальності правопорушника. Це гранична величина майново-примусового впливу на правопорушника, який може застосувати до нього кредитор або відповідний орган (суд). Господарсько-правові санкції за своєю сутністю є економічно-юридичними. Тому в законодавстві визначення «економічні» і «майнові» можуть вживатися як тотожні. Термін «економічні» означає, що за змістом господарсько-правова відповідальність є економічною. Це негативний економічний вплив на правопорушника, щоб стимулювати його виконати зобов'язання.

Серед видів господарських санкцій ГК України виділяє відшкодування збитків, штрафні, оперативно-господарські та адміністративно-господарські санкції. Всі вони притаманні некомерційним суб'єктам господарювання.

Під збитками розуміють витрати, здійснені управненою стороною, втрату або пошкодження її майна, а також не одержані нею доходи, які управнена сторона одержала б у разі належного виконання зобов'язання або додержання правил здійснення господарської діяльності іншою стороною. Відшкодування збитків є універсальним видом відповідальності і застосовується в будь-якому випадку незалежно від того, чи зазначено про це в договорі або законодавстві. Цей вид відповідальності має передусім компенсаційну функцію [18, с. 100]. Так, наприклад, відшкодування збитків може бути застосоване, якщо товарна біржа допускає правопорушення як організатор торгів. Відомі випадки, коли до участі в біржових торгах допускаються фізичні особи – громадяни, які не мають статусу члена товарної біржі, товарні біржі здійснюють комерційне посередництво між продавцями і покупцями, реєструють фіктивні контракти тощо [19, с. 167]. Відшкодування збитків сприймається як найбільш реальний та доступний засіб захисту прав, порушених товарною біржею. Проте доказування, що саме неналежне виконання біржею обов'язків щодо організації торгівлі призвело до виникнення збитків, може стати складною справою. Наприклад, постановою Вищого господарського суду України від 27 лютого 2007 р. у справі № 10/81 [20] було відмовлено в задоволенні позову про стягнення збитків, завданих унаслідок позбавлення права власності на майно, придбане на прилюдних торгах, що проводились відділом державної виконавчої служби (далі – ВДВС) через товарну біржу. Заявлені вимоги становили плату на придбане на торгах майно, упущену вигоду внаслідок неодержання орендної плати за укладеним договором та інфляційні витрати на ці суми. Іншим судовим рішенням у спорі між тими ж сторонами було встановлено, що торги проведено ВДВС з порушенням норм чинного законодавства, тому суд визнав їх недійсними. Вищий господарський суд України встановив факт спричинення збитків. Оскільки вину товарної біржі не було доведено, їх відшкодування покладалося на ВДВС як організатора торгів (тому що власник майна не мав права ним розпоряджатися через процедуру примусового стягнення). Однак ліквідація ВДВС стала причиною того, що збитки не були відшкодовані.

Стаття 23 Закону України «Про об'єднання співвласників багатоквартирного будинку» визначає, що власник, який заподіяв збитки майну, що перебуває у спільній власності або власності інших членів об'єднання, зобов'язаний відшкодувати заподіяні збитки в повному обсязі. Власник несе відповідальність за збитки, заподіяні особою, яка проживає спільно з ним, а також будь-якою іншою особою, яка проживає у квартирі згідно з договором оренди або з відома власника, якщо інше не передбачено договором оренди або іншим договором між власником і цією особою. Відшкодування збитків може здійснюватися у грошовій чи в іншій формі за згодою сторін або за рішенням суду [21].

Штрафними санкціями відповідно до частини першої ст. 230 ГК України є господарські санкції у вигляді грошової суми (неустойка, штраф, пеня), які виконують каральну функцію. Сплата штрафних санкцій не звільняє боржника від виконання зобов'язання в натурі. Так, штрафні санкції в некомерційній діяльності можуть накладатися за порушення договору. Але оскільки відносини між товарною біржею і її членом зазвичай не оформлюються договором, то застосовувати такі санкції до біржі проблематично. Неврегульованим у цьому контексті бачиться право товарної біржі встановлювати та стягувати зі своїх членів штрафи та інші санкції за порушення статуту та правил біржової торгівлі (ст. 3 Закону України «Про товарну біржу» [22]).

Адміністративно-господарський штраф є одним із видів адміністративно-господарських санкцій, які найчастіше застосовуються.

Адміністративно-господарські штрафи іноді називають «економічними санкціями». Йдеться про застосування до юридичних осіб негативних наслідків, пов'язаних із неналежним виконанням будь-яких правових норм, якщо це правопорушення спричинено господарською діяльністю юридичної особи [23, с. 36].

Розмір і порядок стягнення адміністративно-господарських штрафів, а також перелік порушень, за які з суб'єкта господарювання стягується штраф, передбачені багатьма спеціальними законами, що регулюють окремі сфери господарської діяльності, зокрема і некомерційну.

Згідно зі ст. 22 Закону України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» [24] до суб'єктів господарювання за провадження господарської діяльності без ліцензії застосовуються фінансові санкції у вигляді штрафів у розмірах, установлених законом. Зазначені штрафи надходять до Державного бюджету України. Адміністративно-господарськими санкціями вважаються заходи організаційно-правового або майнового характеру, що застосовуються органами державної влади або місцевого самоврядування (тобто у вертикальних відносинах) та спрямовані на припинення правопорушення і ліквідацію його наслідків. Такими санкціями можуть бути: вилучення прибутку; адміністративно-господарський штраф; стягнення зборів; зупинення операцій за рахунками; індивідуальний режим ліцензування; зупинення дії або анулювання ліцензії; обмеження або зупинення діяльності суб'єкта господарювання; скасування державної реєстрації та ліквідація суб'єкта тощо.

На підставі зазначеного вище можливо зробити наступні висновки:

- відповідальність, яка застосовується у некомерційній сфері господарювання, вважається різновидом соціальної відповідальності, яка є виразом сутності та мети створення і діяльності некомерційних суб'єктів господарювання;

- господарсько-правовою відповідальністю, яка застосовується у тому числі й до некомерційних суб'єктів господарювання, можна вважати і спеціальні методи впливу на економічні інтереси, і механізм перекладання несприятливих наслідків, і настання цих наслідків при певних обставинах з урахуванням норм чинного законодавства;

- значення юридичної відповідальності, зокрема і господарсько-правової, які застосовуються до некомерційних суб'єктів господарювання, наразі істотно зростає у зв'язку з підвищенням ролі правових засобів у виконанні завдань регламентації господарського обігу, саме тому відповідальність має розглядатися як один із дієвих важелів механізму господарювання, що справляє значний вплив на прискорення економічного, а відтак і господарського розвитку нашого суспільства;

- практично всі нормативно-правові акти, які регулюють діяльність некомерційних суб'єктів, містять положення щодо відповідальності зазначених суб'єктів і доречним є визначення субсидіарної відповідальності членів та учасників некомерційних суб'єктів, підстави, розмір та порядок застосування якої встановлюються установчими документами;

- застосування адміністративно-господарських санкцій до некомерційних суб'єктів можливе лише в тих сферах господарювання, що детально врегульовані з боку держави (біржова діяльність, діяльність кредитних спілок тощо).

Список використаних джерел

1. Задихайло Д.В. Проблеми кодифікації підприємницького законодавства / Д.В. Задихайло // Підприємництво, господарство і право. – 1998. – № 5. – С. 3–6.
2. Добкіна К.Р. Особливості припинення діяльності Торгово-промислових палат як непідприємницьких товариств / К.Р. Добкіна // Підприємництво, господарство і право. – 2012. – № 3. – С. 22–25.
3. Предпринимательское право Российской Федерации / под ред. Е.П. Губина, П.Г. Лахно. – М. : Юрист, 2001. – 416 с.
4. Липницький Д.Х. Основные нововведения в правовом регулировании ответственности в Хозяйственном кодексе Украины / Д.Х. Липницький, А.Д. Болотова // Экономика и право. – 2002. – № 1. – С. 128–133.
5. Господарський кодекс України у редакції від 16 грудня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 18, 19–20, 21–22. – Ст. 144.
6. Шишкин С.Н. Вопросы ответственности в предпринимательских отношениях / С.Н. Шишкин // Развитие хозяйственного законодательства на современном этапе : материалы Международной научной конференции 29 апреля 2004 года. – М. : ТК Велби ; Проспект, 2004. – С. 127–131.
7. Господарське право : підруч. / О.П. Подцерковний, О.О. Квасніцька, А.В. Смітюх та ін. ; за заг. ред. О.П. Подцерковного. – 2-ге вид., доп. і перероб. – Х. : Одісей, 2011. – 640 с.

8. Липницький Д.Х. Основные нововведения в правовом регулировании ответственности в Хозяйственном кодексе Украины / Д.Х. Липницький, А.Д. Болотова // Экономика и право. – 2002. – № 1. – С. 128–133.
9. Шпомер А. Господарська відповідальність як метод державного регулювання економіки / А. Шпомер // Підприємництво, господарство і право. – 2002. – № 7. – С. 7–8.
10. Мамутов В.К. Предприятие и материальная ответственность / В.К. Мамутов, В.В. Овсиенко, В.Я. Юдин. – К. : Наук. думка, 1971. – 190 с.
11. Щербина В.С. Господарське право України : навч. посіб. / В.С. Щербина. – 2-е вид., перероб. і доп. – К. : Юрінком Інтер, 2001. – 384 с.
12. Про благодійництво та благодійні організації : Закон України від 16 вересня 1997 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1997. – № 46. – Ст. 292.
13. Про громадські об'єднання: Закон України від 22 березня 2012 р. // Голос України від 18 квітня 2012 р. № 70.
14. Про свободу совісті та релігійні організації: Закон України від 23 квітня 1991 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 25. – Ст. 283.
15. Курбатов А.Я. Обеспечение баланса частных и публичных интересов – основная задача права на современном этапе / А.Я. Курбатов // Хозяйство и право. – 2001. – № 6. – С. 88–97.
16. Господарське право : практикум / за заг. ред. В.С. Щербини. – К. : Юрінком Інтер, 2001. – 320 с.
17. Науково-практичний коментар Господарського кодексу України / за заг. ред. В.К. Мамутова. – К. : Юрінком Інтер, 2004. – 688 с.
18. Мороз Л.Я. Господарсько-правова відповідальність товарних бірж / Л.Я. Мороз // Вісник господарського судочинства. – 2008. – № 4. – С. 105–113.
19. Бобкова А.Г. Біржове право : навч. посібник / А.Г. Бобкова, Ю.О. Моїсеєв. – К. : Центр навчальної літератури, 2005. – 200 с.
20. Постанова Вищого господарського суду України від 27 лютого 2007 р. у справі № 10/81 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v6_47700-07

21. Про об'єднання співвласників багатоквартирного будинку : Закон України від 29 листопада 2001 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 10. – Ст. 78.
22. Про товарну біржу : Закон України від 10 грудня 1991 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 10. – Ст. 139.
23. Босий О.Д. Поняття податкової відповідальності / О.Д. Босий // Українське адміністративне право : актуальні проблеми реформування : зб. наук. праць. – Суми : СумДУ, 2000. – С. 35–40.
24. Про ліцензування певних видів господарської діяльності : Закон України від 1 червня 2000 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2000. – № 36. – Ст. 299.

Машковська Л.В. Поняття та ознаки відповідальності некомерційних суб'єктів господарювання

Стаття присвячена розкриттю поняття, ознак, порядку та умов застосування певних видів відповідальності до некомерційних суб'єктів господарювання як одних із видів суб'єктів господарського права, яка направлена на законність їх діяльності та є обов'язковим їх чинником.

Ключові слова: некомерційні суб'єкти господарювання, господарсько-правова відповідальність, соціальний характер, господарські санкції.

Машковская Л.В. Понятие и признаки ответственности некоммерческих субъектов хозяйствования

Статья посвящена раскрытию понятия, признаков, порядка и условий применения определенных видов ответственности к некоммерческим субъектам хозяйствования как одних из видов субъектов хозяйственного права, которая направлена на законность их деятельности и является обязательным их признаком.

Ключевые слова: некоммерческие субъекты хозяйствования, хозяйственно-правовая ответственность, социальный характер, хозяйственные санкции.

Mashkovska L.V. Concept and signs of responsibility of noncommercial subjects of menage

The authors elucidate the concepts, features, procedures and conditions for the use of certain types of liability to non-profit entities as one of the types of subjects of commercial law, and directed to the legality of their activities and their binding factor

Key words: non-profit entities, economic and legal responsibility, social nature, economic sanctions.

Рецензія* на статтю викладача кафедри
соціально-гуманітарних і правових дисциплін
Уманського національного університету
садівництва Машковської Л.В. на тему:
«Поняття та ознаки відповідальності некомерційних суб'єктів
господарювання»

У статті Л.В.Машковської досліджуються положення щодо відповідальності некомерційних суб'єктів господарювання, які є специфічними суб'єктами і діють відповідно до норм чинного законодавства України. Важливе значення для забезпечення належного здійснення некомерційної діяльності в сучасних умовах має установлення відповідальності учасників зазначеної діяльності. Це служить необхідною передумовою функціонування механізму забезпечення законності і правового господарського порядку в Україні. Останнім часом дослідження проблеми юридичної відповідальності і санкцій за правопорушення у сфері некомерційного господарювання набуває нових тенденцій в зв'язку із закріпленням основних положень щодо них у розділі V Господарського кодексу України.

У статті послідовно авторка розкриває значення юридичної відповідальності, а саме її виду – господарсько-правової та визначає ряд нормативно – правових актів, які містять її підстави й умови застосування. Авторка виділяє господарські санкції, які є найбільш поширеними та які визначають ефективність господарського законодавства в цілому й адміністративно-господарський штраф який є одним із видів адміністративно-господарських санкцій.

Заслуговують на увагу висновки авторки щодо зазначеної тематики, які є обґрунтованими, доречними й актуальними.

К.ю.н., доцент кафедри
господарського права і процесу
Національного університету
«Одеська юридична академія»

В.В. Добровольська

* Збережено стиль і граматику оригіналу.



Деякі проблеми правового режиму свердловин на воду

*Марусенко Роман Ігорович,
кандидат юридичних наук, доцент кафедри земельного та
аграрного права юридичного факультету Київського
національного університету, адвокат*

Правовий режим використання різних видів природних ресурсів наразі широко досліджують і обговорюють у спеціальній літературі науковці, а також вивчають практики. Законодавець, здійснюючи реформування системи органів та функцій управління у сфері використання та охорони природних ресурсів, намагається врегулювати їх і ліквідувати спірні моменти.

Серед особливостей використання різних видів природних ресурсів одним з актуальних питань є режим використання підземних вод. У даному контексті вважаємо за необхідне звернути увагу на такий вид природних ресурсів, як прісні підземні води, які залягають під поверхнею землі і для видобування яких необхідне улаштування свердловин (на противагу підземним водам, які мають вихід на поверхню у вигляді ключів, джерел тощо, а також мінеральним підземним водам).

Видобування підземних вод може здійснюватись за допомогою спорудження колодязів, буріння та обладнання свердловин, обладнання місць виходу підземних вод на поверхню для акумулювання останніх тощо.

Вилучення, а за термінологією ст. 23 та ін. Кодексу України про надра (далі – КУпН) – видобування підземних вод за допомогою улаштування свердловин потребує дотримання норм земельного, водного та законодавства про надра, оскільки передбачає заходи по комплексному користуванню земельними, водними та ресурсами надр. Використання підземних вод з урахуванням їх специфіки як природного ресурсу вимагає додержання правових режимів використання власне вод (оскільки підземні води є різновидом водних ресурсів) [2, ст. 1], надр, корисних копалин (до останніх

також віднесено підземні води) [16], земельних ресурсів (користування якими необхідне для видобування підземних вод і розміщення необхідного устаткування). Крім того, не останнім за значимістю є питання режиму використання споруд свердловин як майна. Дослідженню окремих особливостей застосування викладених масивів законодавства (водного, земельного, цивільного та про надра), а також їх співвідношенню при видобуванні підземних вод і присвячена дана стаття. У викладеній частині потребують додаткового дослідження співвідношення норм чинного законодавства, а так само особливості практики його застосування.

Незважаючи на те, що водне та гірниче законодавство вже тривалий час передбачає можливість видобування підземних вод, питання несуперечливого та прозорого врегулювання порядку їх видобування, на жаль, лишається поки що справою майбутнього.

Вивченням проблеми видобування, використання та охорони водних ресурсів, а з-поміж них і підземних вод, займалися такі дослідники, як В.О. Джуган [4], Н.В. Локтева [9], О.Ю. Макаренко [10], В.М. Присяжний [22], К.А. Рябець [29] та інші. Разом із тим, у частині використання підземних вод не до кінця дослідженим лишається співвідношення водного та законодавства про надра; варто звернути увагу і на новації гірничого законодавства, які вирішили одні питання і привнесли нові; неоднозначною є й практика застосування законодавства в частині використання споруд, за допомогою яких здійснюється видобування підземних вод. Автор ставить за мету проаналізувати викладені аспекти проблеми і сформулювати на основі такого дослідження власні висновки та рекомендації.

Підземні води як природний ресурс, як зазначалося вище, мають подвійний правовий режим, оскільки віднесені як до водних ресурсів, так і до корисних копалин. Відтак їх використання має відбуватись із дотриманням як водного, так і законодавства про надра.

Відповідно до норм водного законодавства водокористування може бути загальним або спеціальним (ст. 46 Водного кодексу України, далі – ВК України).

Використання підземних вод за допомогою свердловин підпадає під критерії спеціального, оскільки для того, аби вважатися спеціальним, водокористування повинно здійснюватися із застосуванням *«споруд або технічних пристроїв»* (частина перша ст. 48 ВК України). Свердловина на воду включає циліндричну гірничу виробку, створену бурами або іншими буровими інструментами (ст. 1 Гірничого закону України [3]), а так само обладнання для підйому води на поверхню (обсадні труби, фітінги, запірну арматуру, насоси, обладнання гирла свердловини тощо). Відповідно до Державного класифікатора будівель і споруд ДК 018-2000, затвердженого Наказом Держстандарту України від 17 серпня 2000 р. № 507, водяні свердловини віднесені до інженерних споруд.

У частині третій ст. 48 ВК України вказується, що до спеціального водокористування не належить *«вилучення води з надр разом з видобуванням корисних копалин»*, а також *«видобування корисних копалин і водних рослин»*. Системне тлумачення наведеної норми разом із положеннями законодавства про надра, які надають підземним водам режиму корисних копалин, може спровокувати до висновку, що це і є виняток з правила – видобування підземних вод. Водночас таке тлумачення є не зовсім коректним.

Враховуючи зміст норм ст. 49 ВК України та інших норм законодавства [17], на нашу думку, більш коректним буде висновок про те, що у ст. 48 ВК України йдеться про інші корисні копалини, для яких вода використовується як носій, рідина для розчинення або вилуджування корисних копалин для подальшого видобування тощо. В разі ж наявності мети використання самих підземних вод за умов, визначених у частині першій ст. 48 ВК України, їх використання буде вважатись спеціальним.

Вважаємо, що такий висновок є очевидним, що, на жаль, не завжди підтверджується судовою практикою, про що буде сказано нижче.

Що стосується законодавства про надра, то воно визначає пільговий, на нашу думку, режим використання підземних вод у разі, якщо дотримуються умови, визначені ст. 23 Кодексу України про надра (далі – КУпН): видобування вод у межах наданої у власність чи користування земельної ділянки, використання вод для власних господарських і побутових потреб, господарсько-питного водопостачання (крім виробництва фасованої води), з продуктивністю водозабору не більше 300 м. куб. на добу. Вказане положення внесене до кодексу Законом від 22 грудня 2010 р. № 2849-VI. До внесення зазначених змін землевласникам та землекористувачам дозволялося видобування підземних вод для власних побутових і господарських потреб глибиною розробки до 20 метрів без обмеження продуктивності водозабору.

Очевидним видається факт, що оскільки видобування вод здійснюється лише особами, які мають право власності чи користування земельними ділянками та лише в територіальних межах таких ділянок, то розглянутий вид надрокористування є спеціальним, а не загальним. Разом із тим, даною нормою, на нашу думку, законодавець прагнув максимально спростити режим використання підземних вод для великої частини власників та користувачів земельних ділянок. Як вказувалося в пояснювальній записці до законопроекту, яким після набуття ним статусу Закону [6] були внесені зміни до ст. 23 КУпН, *«цей Закон відкриває можливість домогосподарствам видобувати прісні підземні води з глибини більше 20 метрів без придбання спеціального дозволу, але за тієї умови, що продуктивність водозабору підземних вод не перевищуватиме 300 кубічних метрів на добу»*.

На жаль, добрі наміри законодавця втілились у не зовсім однозначну практику застосування нових положень ст. 23 КУпН.

Наразі «Порядок державного обліку артезіанських свердловин, забезпечення їх засобами виміру обсягів видобутих підземних вод та державного контролю за дотриманням законодавства у цій сфері» вже затверджено [12]. Варто відзначити, що паспорти свердловин на воду, які підтверджують серед іншого продуктивність свердловин, до сьогодні фактично

розроблялися в довільній формі на відміну від, наприклад, паспортів на нафтові та газові свердловини [11]. Зазначеним вище порядком лише на майбутнє передбачається розробка уніфікованої форми паспорта артезіанської свердловини.

Поряд із відсутністю актів, прийняття яких відбулося несвоєчасно, маємо більш серйозну проблему – неоднозначне розуміння новоприйнятого положення ст. 23 КУпН у практиці правозастосування.

Так, на запитання на офіційному сайті Мінприроди щодо тлумачення змісту ст. 23 КУпН, яке ілюструє численні запити практиків, було надано відповідь, що Державна служба геології та надр України у зв'язку з численними зверненнями підготувала звернення до Міністерства юстиції України щодо надання роз'яснення визначень термінів, які використовуються у зазначеній статті, а саме: «власні господарсько-побутові потреби», «господарсько-питне водопостачання», «продуктивність водозаборів підземних вод» (також уточнення того, що мається на увазі: фактична чи проектна продуктивність водозаборів підземних вод) [30]. Тобто наразі констатується відсутність відповіді на поставлене запитання.

Відсутність чіткого розуміння таких термінів та неоднозначну практику їх тлумачення підтверджує і конституційне поданням Валківської районної ради Харківської області з даного питання [25].

Зокрема, йдеться про роз'яснення Державної служби геології та надр України ст. 23 КУпН, розміщене на сайті даної служби. Позиція Державної служби геології та надр України базується на тому, що законодавець продуктивністю водозабору вважає фактичне видобування підземних вод згідно з показами засобів виміру, якими обладнаний відповідний водозабір (водозабірні споруди). Очевидно, що до прийняття у жовтні поточного року Постанови КМУ «Про затвердження Порядку державного обліку артезіанських свердловин, забезпечення їх засобами виміру обсягів видобутих підземних вод та державного контролю за дотриманням законодавства у цій сфері» таке

тлумачення не сприяло регулюванню відносин щодо використання підземних вод.

Важливим для вказаного вище роз'яснення є також твердження про те, що *«оскільки видобування підземних вод як корисної копалини загальнодержавного значення... здійснюється з ділянок надр, межі яких визначаються координатами родовища або його ділянки, то продуктивність водозабору до 300 кубічних метрів на добу стосується фактичного видобування підземних вод з однієї ділянки надр незалежно від кількості земельних ділянок, на яких розташований єдиний водозабір, а також кількості свердловин єдиного водозабору»* [25].

Таким чином, за викладеного підходу навіть прилади обліку видобутої води не здатні захистити надрокористувача від порушення ст. 23 КУпН, оскільки ліміт видобування підземних вод, на думку Держгеонадра України, стосується усіх суб'єктів, які користуються даним родовищем, у сукупності.

Вважаємо, що офіційна позиція органів управління з викладеного питання повинна чітко відповідати змісту норми, у якій про додаткові критерії та можливість розповсюдження ліміту водозабору на всіх водокористувачів певного родовища у сукупності не йдеться.

Очевидно, що визначення вичерпного кола таких суб'єктів потребує проведення робіт, необхідність виконання яких виходить за межі ст. 23 КУпН. Крім того, наразі відсутній порядок визначення і повідомлення суб'єктові надрокористування обсягів видобування підземних вод з того самого родовища іншими користувачами. На нашу думку, без ускладнення процедури цього досягти неможливо.

На практиці нерідко притягують до відповідальності за порушення, визначене шляхом наведеного тлумачення, тому дана ситуація потребує якнайшвидшого розв'язання з урахуванням чітких і однозначних положень закону, а не віддаленої перспективи прийняття нових норм.

Осторонь стоїть питання про те, чи підлягають застосуванню при використанні підземних вод норми законодавства лише про один вид

природних ресурсів і чи не виключає це можливості подвійного регулювання відповідних відносин як водним, так і гірничим законодавством.

Свого часу наказом Мінприроди «Про затвердження Інструкції про порядок видачі дозволів на видобування підземних вод» від 28 липня 1994 р. № 79 було передбачено, що дозвіл на видобування підземних вод видається на проектування водозаборів підземних вод, буріння експлуатаційних свердловин з видобування підземних вод тощо (п. 1.2 Інструкції). Через таке формулювання складалося враження, що дозвіл на спеціальне водокористування є єдиним необхідним документом, і звернення до норм КУпН буде зайвим.

Існує усталена практика обґрунтування застосування до відносин з використання підземних вод виключно водного законодавства і незастосування законодавства про надра в частині необхідності додержання дозвільного режиму використання надр. Така практика ґрунтується на тлумаченні Постанови Верховної Ради України «Про введення в дію Водного кодексу України», відповідно до п. 2 якої до приведення законодавства України у відповідність із Водним кодексом України законодавчі та інші нормативні акти застосовуються в частині, що не суперечить цьому кодексу [18; 19; 26]. Таким способом обґрунтовувалась неможливість застосування дозвільного режиму використання корисних копалин до підземних вод. На наше переконання, така практика хоча й бажана для відповідних суб'єктів у ситуації, що складається, проте не враховує наявного подвійного правового режиму підземних вод як корисних копалин і водного ресурсу. Викладена позиція так само знаходить відображення у практиці правозастосування, про що вказувалося вище.

Здебільшого суди у своїй практиці виходять з висновку про те, що використання підземних вод є не лише водокористуванням, а й надрокористуванням, і у разі необхідності отримання дозволу на надрокористування відповідно до законодавства про надра такий дозвіл має бути отриманий незалежно і додатково до дозволу на використання підземних вод як водного ресурсу [14]. Норми водного законодавства та законодавства

про надра відносно єдиного об'єкта права не виключають, а доповнюють одна одну. Відтак правові режими використання надр і вод збігаються.

На нашу думку, чинне законодавство, передбачаючи саме таку модель регулювання відносин щодо використання підземних вод, містить надмірно складну та багатоступеневу процедуру отримання відповідного права.

Позиція щодо необхідності отримання дозволів на користування не лише водами, а й надрами при видобуванні підземних вод з дотриманням ст. 23 КУпН зустрічається і у практиці розгляду кримінальних справ, що значно загострює проблему, яка розглядається, незважаючи на здебільшого виправдальні вироки та звільнення від кримінальної відповідальності винних осіб на підставі ст. 48 КК України [15; 20]. Подекуди різниця між дозволом на спеціальне водокористування та дозволом на надрокористування стосовно підземних вод не проводиться, ці поняття ототожнюються [1], що ще раз вказує на неоднозначність застосування норм, які розглядаються.

Наступним проблемним питанням у сфері видобування підземних вод є питання про правовий режим свердловин, за допомогою яких таке видобування здійснюється.

У зв'язку із наведеним вище фактом віднесення свердловин до інженерних споруд постає питання щодо правового режиму даного майна та документа, яким має посвідчуватись право власності на свердловину. Як відомо, водні ресурси, так само як і надра, є власністю Українського народу і у приватну власність не передаються [8, ст. 13; 7, ст. 4; 2, ст. 6]. Разом із цим, власником свердловини в розумінні споруди або створеного працею людини майна відповідно до ст. 331 ЦК України є особа, яка її створила з власних матеріалів.

Враховуючи положення ст. 181 ЦК України, свердловину можна віднести до нерухомого майна, адже вона розташована на земельній ділянці, і її переміщення неможливе без знецінення та зміни призначення. Відповідно до ст. 182 ЦК України виникнення права власності на нерухомі речі підлягає

державній реєстрації, а відмова, ухилення від реєстрації можуть бути оскаржені до суду.

Порядок державної реєстрації прав на нерухомість визначається Законом України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» [5].

Наявна судова практика свідчить про неоднозначність підходів до питання реєстрації права власності на свердловину на воду – нерідко Бюро технічної інвентаризації (БТІ) відмовляли у цьому, змушуючи зацікавлених осіб звертатись до суду з позовами про визнання права власності і зобов'язання БТІ вчинити дії по його реєстрації [27; 31]. В інших випадках суд задовольняв позов про визнання права власності на свердловину, отриману при розпаюванні майна сільськогосподарського виробничого кооперативу, посилаючись на акти приймання-передачі майна, накладні та показання свідка [28].

Водночас поширеною є практика купівлі-продажу свердловин як майна на підставі договорів, укладених у простій письмовій формі. Здебільшого наступна реєстрація права власності відбувається шляхом подання позову до суду про визнання договору дійсним, визнання права власності та спонукання БТІ до державної реєстрації з посиланням на ухилення з боку однієї сторони договору від його нотаріального посвідчення (ст. 220 ЦК України) [23; 24].

Підтвердженням права власності на свердловину нерідко є паспорт свердловини – документ, який видається суб'єктом, що здійснює буріння та облаштування свердловини. У паспорті серед іншого зазначаються координати свердловини, глибина, рівні води, дебіт. Останній є необхідною характеристикою для визначення можливості застосування до конкретної свердловини ст. 23 КУпН.

Трапляються випадки, коли для підтвердження права на свердловину використовують землевпорядну документацію (план земельної ділянки), договори оренди землі, акти прийому-передачі земельної ділянки, на якій розташована свердловина тощо [27].

Варто зауважити, що у будь-якому разі реєстрація чи визнання судом права власності на свердловину як на споруду не дає права на користування підземними водами, для видобування яких призначена.

Важливим і неоднозначним питанням є також порядок використання земельної ділянки, на якій розташована свердловина.

У частині використання земельних ресурсів при експлуатації свердловин на воду важливо врахувати не лише факт наявності права власності чи користування земельною ділянкою, на якій така свердловина знаходиться. Слід зважати на положення ст. 113 Земельного Кодексу України та Постанови Кабінету Міністрів України від 18 грудня 1998 р. № 2024 «Про правовий режим зон санітарної охорони водних об'єктів». Вказаними нормами передбачається необхідність створення трьох зон санітарної охорони з обмеженим режимом господарської діяльності. Причому, якщо у Постанові від 18 грудня 1998 р. № 2024 йдеться лише про встановлення таких зон навколо джерел централізованого водопостачання, то норма ЗКУ такого обмеження не містить, а відтак може сприйматись як обов'язок визначення зон санітарної охорони для будь-яких свердловин. Спори у судовій практиці у зв'язку з неоднозначним розумінням вказаних норм наявні [13; 21].

Підсумовуючи викладене, слід зазначити, що наразі видобування підземних вод за допомогою проектування та експлуатації свердловин на воду повністю не врегульоване законодавством. Відсутність однозначного тлумачення окремих викладених норм закону призводить нерідко до протилежних підходів у правозастосовчій та правоохоронній практиці. За таких умов саме споживач виявляється тим суб'єктом, який страждає від невизначеності у регулюванні даних відносин.

Вважаємо, що режим використання підземних вод відповідно до ст. 23 КУпН має бути якнайшвидше деталізований нормами, які б унеможливили неоднозначне тлумачення та необґрунтоване притягнення до відповідальності суб'єктів, які діють в умовах суперечливого законодавства, не маючи на меті порушення його норм.

На наше переконання, врегулювання питання видобування підземних вод для господарських та побутових потреб у спрощеному порядку потребує якнайшвидшого вирішення, в тому числі з урахуванням неоднозначних моментів, проаналізованих у даній публікації.

Список використаних джерел

1. Вирок Полонського районного суду Хмельницької області по справі № 2213/458/2012 від 15 травня 2012 р. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: reyestr.court.gov.ua/review/2421433
2. Водний кодекс України від 6 червня 1995 р. № 123/95-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1995. – № 24. – Ст. 189.
3. Гірничий закон України від 6 жовтня 1999 р. № 1127-XIV // Голос України від 11 листопада 1999 р.
4. Джуган В.О. Правове регулювання використання та охорони вод в Україні : автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.06 / Вікторія Олегівна Джуган; Національний ун-т біоресурсів і природокористування України. – К., 2009. – 19 с.
5. Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень : Закон України від 1 липня 2004 р. № 1952-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 51. – Ст. 55.
6. Про внесення змін до статті 23 Кодексу України про надра щодо видобування підземних вод : Закон України від 22 грудня 2010 р. № 2849-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – №27. – Ст. 232.
7. Кодекс України про надра від 27 липня 1994 р. № 132/94-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 36. – Ст. 340
8. Конституція України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
9. Локтева Наталія Валентинівна. Правове регулювання комплексного використання водних ресурсів Дніпровського басейну : дис... канд. юрид. наук: 12.00.06 / Одеська національна юридична академія. – О., 2007. – 216 с.

10. Макаренко О.Ю. Застосування відповідальності за порушення законодавства про використання та охорону надр // Актуальні проблеми держави і права. Зб. наук. праць. – Вип. 37. – Ст. 221–224.

11. Наказ Державного комітету природних ресурсів України «Про затвердження Порядку ведення обліку нафтових і газових свердловин» від 20 квітня 2005 р. № 76 // Офіційний вісник України. – 2005. – № 41. – Стор. 114.

12. Офіційний Вісник України від 2 листопада 2012 р. – 2012. – № 81. – Ст. 3257.

13. Постанова Господарського суду Сумської області по справі № АС17/3-08 від 22 квітня 2008 р. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: reyestr.court.gov.ua/review/1653074

14. Постанова Закарпатського окружного адміністративного суду по справі № 2а-2095/09/0770 від 26 серпня 2010 р. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: reyestr.court.gov.ua/review/11081407

15. Постанова Іршавського районного суду Закарпатської області по справі № 1-60/12 від 10 січня 2012 р. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: reyestr.court.gov.ua/review/20709429

16. Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження переліків корисних копалин загальнодержавного та місцевого значення» від 12 грудня 1994 р. № 827 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: Rada.gov.ua.

17. Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку погодження та видачі дозволів на спеціальне водокористування та внесення змін до постанови Кабінету Міністрів України від 10 серпня 1992 р. № 459» від 13 березня 2002 р. № 321 // Офіційний вісник України. – 2002. – № 12. – С. 88.

18. Постанова Окружного адміністративного суду АРК по справі № 2а-8232/09/6/0170 від 1 березня 2012 р. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: reyestr.court.gov.ua/review/22082480

19. Постанова Окружного адміністративного суду м. Києва по справі № 2а-11040/09/2670 від 22 жовтня 2009 р. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: reyestr.court.gov.ua/review/6856435.

20. Постанова Солом'янського районного суду м. Києва по справі № 1-2609/686/12 від 13 червня 2012 р. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: reyestr.court.gov.ua/review/24661669.

21. Постанова Херсонського Окружного адміністративного суду по справі № 2-а-4254/11/2170 від 12 грудня 2011 р. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: reyestr.court.gov.ua/review/20253008.

22. Присяжний В.М. Кримінальна відповідальність за забруднення, засмічення та виснаження водних об'єктів : Наукова монографія / В.М. Присяжний. – К. : ВНЗ «НАУ», 2004. – 229 с.

23. Рішення Господарського суду АРК по справі № 5002-6/6110-2010 від 18 січня 2011 р. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: reyestr.court.gov.ua/review/13669957

24. Рішення Білгород-Дністровського міськрайонного суду Одеської області по справі №2-3468/11 від 20 червня 2011 р. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: reyestr.court.gov.ua/review/17359377.

25. Рішення Валківської районної ради «Про конституційне подання Валківської районної ради Харківської області до Конституційного Суду України щодо офіційного тлумачення Закону України «Про внесення зміни до статті 23 Кодексу України про надра щодо видобування підземних вод» // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.valki.kharkov.ua/advsitem.php?id=643>, що перебуває на розгляді у Конституційному Суді України (Див.: www.ccu.gov.ua/uk/publisj/article/183207).

26. Рішення Господарського суду м. Києва по справі №32/42122.10.10 від 8 грудня 2010 р. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: reyestr.court.gov.ua/review/12782343

27. Рішення господарського суду Херсонської області по справі № 8/428-ПН-08 від 4 вересня 2008 р. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: reyestr.court.gov.ua/review/2003351

28. Рішення Снігурівського районного суду Миколаївської області по справі № 2-36/2008 від 17 січня 2008 р. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: reyestr.court.gov.ua/review/1482454

29. Рябець К.А. Деякі проблеми правового регулювання водокористування // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2008. – № 12. – С. 92–96.

30. Сайт Міністерства екології та природних ресурсів України // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.menr.gov.ua/question?page=4>

31. Ухвала Севастопольського апеляційного адміністративного суду по справі № 22-а-17777/08 від 9 лютого 2009 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: eyestr.court.gov.ua/review/3191929

Марусенко Р.І. Деякі проблеми правового режиму свердловин на воду

У статті розкривається бачення автором співвідношення правових режимів використання водних, земельних ресурсів та надр при видобуванні підземних вод за допомогою свердловин на воду. Наводяться та аналізуються виявлені проблеми правового регулювання та практики застосування законодавства у цій сфері.

Ключові слова: свердловина на воду, правовий режим підземних вод, видобування підземних вод, дозвіл.

Марусенко Р.И. Некоторые проблемы правового режима скважин

В статье раскрывается видение автором соотношения правовых режимов использования водных, земельных ресурсов и недр при добыче подземных вод посредством скважин на воду. Приводятся и анализируются выявленные проблемы правового регулирования и практики применения законодательства в данной сфере.

Ключевые слова: скважина на воду, правовой режим подземных вод, добыча подземных вод, разрешение.

Marusenko R.I. Some problems of legal regulation for water well

The author's vision of ratio between legal regimes of water, land and mineral resources in the extraction of ground water through water wells is disclosed in the article. Current problems of legal regulation and legal practice in specified field are analyzed.

Key words: water well, legal regime of groundwater, extraction of groundwater, license.



Зобов'язальне право найму (оренди) та інше використання чужих земельних ділянок від імені володільця у зобов'язальних відносинах

*Мірошніченко Анатолій Миколайович,
доктор юридичних наук, завідувач кафедри земельного та аграрного права юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка;
Попов Юрій Юрійович,
головний експерт із правознавства Центру комерційного права*

Серед випадків, коли є потреба у використанні землі у зобов'язальних відносинах, насамперед можна виділити два види: перший – коли одна сторона використовує чужу землю на власну користь (тобто для використання корисних властивостей землі для одержання для себе певного блага), другий – коли таке використання здійснюється не на власну користь.

До першого виду (коли одна сторона використовує чужу землю на власну користь у зобов'язальних відносинах) відносяться, насамперед, випадки найму земельних ділянок (їх частин). Так, дуже поширеними є договори, за якими власник земельної ділянки здає її або цілком, або деяку частину в найм, наприклад, під стоянку автомобіля, під город, для розміщення рекламних щитів тощо. Влітку поширеними є договори, за якими власник присадибної земельної ділянки здає її частини у найм туристам для розміщення наметів, зберігання транспортних засобів, приготування їжі, відпочинку тощо. За усталеною практикою такі договори здебільшого укладаються усно.

Відповідність таких договорів закону та виникнення прав і обов'язків сторін може викликати серйозні сумніви, адже відповідно до Закону України «Про оренду землі» договір оренди землі набирає чинності після його державної реєстрації (ст. 18), право оренди земельної ділянки виникає з дня

державної реєстрації цього права відповідно до закону, що регулює державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень (ст. 20), відповідно до Земельного кодексу України (далі – ЗКУ) право оренди земельної ділянки виникає з моменту державної реєстрації цього права (ст. 125), право оренди земельної ділянки посвідчується договором оренди землі, зареєстрованим відповідно до закону, або договором оренди землі та договором відчуження права оренди землі, зареєстрованими відповідно до закону (частина п'ята ст. 126). Втім потрібно розуміти, що описані вище відносини все одно існували, існують і існуватимуть у подальшому – без цього нормальне функціонування суспільства неможливе. Закон, який оголошує незаконними договори, що широко використовуються на практиці (а відтак і позбавляє сторін таких договорів належного правового захисту), не сприйматиметься суспільством як правовий. Тому слід принаймні подбати про розумне тлумачення законодавства, наскільки це є можливим.

Так, якщо договором передбачене надання у найм частини земельної ділянки, можна виходити з того, що зазначені правила на такий договір взагалі не поширюються, бо у цих нормах йдеться про оренду земельної ділянки цілком (зокрема, відповідно до ст. 3 Закону України «Про оренду землі» об'єктами оренди є саме земельні ділянки, а не їх частини).

Втім, такий підхід проблеми не вирішує, бо договором може бути передбачене надання у найм земельної ділянки цілком. Відтак можна запропонувати розмежовувати поняття найму (оренди) земельної ділянки у розумінні глави 58 Цивільного кодексу України (далі – ЦКУ), зокрема, ст. 792 ЦКУ, з одного боку, та оренди землі (земельної ділянки) у розумінні Закону України «Про оренду землі» та ЗКУ, з іншого.

При такому підході слід виходити з того, що наймач за договором найму (оренди) земельної ділянки не набуває речового (абсолютного) права оренди землі (земельної ділянки), яке підлягає реєстрації, але набуває відносне право найму (оренди) земельної ділянки – право вимоги. Таке право реєстрації не потребує. Дійсно, «Реєстрація прав необхідна тоді, коли мова йде про речове

право – це право є абсолютним, суб'єкту права протистоїть невизначене коло зобов'язаних суб'єктів, яких слід повідомити про існуюче право шляхом його реєстрації» [1, с. 109]. Отже, відносини, про які йдеться, регулюються нормами ЦКУ про найм (оренду), а не нормами Закону України «Про оренду землі» та ЗКУ про оренду землі (земельної ділянки).

Відносне право входить до змісту зобов'язання, тобто наймач набуває вимогу до наймодавця. Ця вимога може бути висунута лише проти наймодавця, але не проти третіх осіб. Зміст цієї вимоги полягає у тому, що наймач може вимагати від наймодавця забезпечення йому можливості користування земельною ділянкою протягом усього строку, на який земельна ділянка надана в найм; якщо така можливість відсутня або втрачена протягом строку, на який земельна ділянка надана в найм, то це означає порушення зобов'язання з боку наймодавця. Так, якщо причиною є, наприклад, захоплення земельної ділянки третьою особою, то наймач не має вимоги до третьої особи, але наймодавець повинен подбати про усунення перешкод у користуванні земельною ділянкою.

Чинне законодавство також містить окремі вказівки на можливість користування земельними ділянками без надання відповідного титулу, на основі дозволу на використання ділянки (по суті – зобов'язального характеру). І, що цікаво, в більшості своїй ці положення «перекочували» до чинних актів із законодавства ще радянських часів. Це, зокрема, положення про використання земельних ділянок для проведення розвідувальних робіт «на підставі угоди з власником землі або за погодженням із землекористувачем» (частина перша ст. 97 ЗКУ). Положення ст. 97 ЗКУ, у яких йдеться про можливість особи, що не має речового титулу на земельну ділянку, використовувати її на підставі зобов'язального титулу, не є єдиним подібним прикладом. Інший приклад – користування земельними ділянками лісогосподарського призначення тимчасових лісокористувачів (довгострокове та короткострокове), яке здійснюється «без вилучення земельних ділянок» на підставі спеціального дозволу або договору (див. частини чотири–шість ст. 18 Лісового кодексу України). Ще одним прикладом є користування земельними ділянками

мисливських угідь (ділянок «суші та водного простору, на яких перебувають мисливські тварини і які можуть бути використані для ведення мисливського господарства» – ст. 1 ЗУ «Про мисливське господарство та полювання»). У більшості випадків користувач угідь не є власником або користувачем земельної ділянки. Згідно з частиною шостою ст. 21 Закону «[в]ідносини між власниками або користувачами земельних ділянок і користувачами мисливських угідь регулюються відповідними договорами». Частина п'ята ст. 21 Закону передбачає, що «[д]ля потреб мисливського господарства користувачі мисливських угідь мають право у встановленому порядку, за згодою власників або користувачів земельних ділянок, будувати на мисливських угіддях необхідні будівлі та біотехнічні споруди, вирощувати кормові культури, створювати захисні насадження, проводити штучне обводнення, здійснювати інші заходи, пов'язані з веденням мисливського господарства...»

До першого виду використання землі у зобов'язальних відносинах належать і випадки надання земельних ділянок (їх частин) у безоплатне користування. Не вбачається політико-правових причин забороняти таке власникам. Наприклад, власник може бажати надати земельну ділянку (її частину) у безоплатне користування дітям, онукам, іншим родичам чи просто знайомим. Мотиви такого надання можуть бути різними і зовсім не обов'язково альтруїстичними: власник, який з якихось причин не може чи не хоче ані обробляти землю, ані здавати в найм, може бути зацікавленим у тому, щоб хтось безоплатно користувався землею, аби вона була принаймні оброблена, а не заростала бур'яном. На жаль, розвитку таких відносин заважає правило про те, що використання землі в Україні є платним (частина перша ст. 206 ЗКУ). Це правило, до речі, крім очевидної шкоди для обороту, містить і помилку: плата ніколи не справляється за користування майном, вона справляється за надане благо у вигляді можливості користуватися майном, незалежно від того, чи користувалася особа майном, чи ні [2]. Складається враження, що це правило не відповідає уявленням суспільства про розумне і справедливе регулювання.

Втім частина перша ст. 206 ЗКУ у будь-якому разі не може заборонити власникові розпорядитися його земельною ділянкою шляхом її передачі у безоплатне користування – адже така заборона суперечила б акту вищої юридичної сили, обмежуючи право власності всупереч положенням частин першої, четвертої ст. 41 Конституції України. До того ж така заборона суперечить і § 1 ст. 1 Протоколу 1 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, правила якого підлягають переважному застосуванню відповідно до частини другої ст. 10 ЦКУ. Звичайно, частину першу ст. 206 ЗКУ доцільно взагалі вилучити.

Не слід вважати, що зобов'язальне право є «гіршим» за абсолютне для правомочної сторони, просто різні життєві ситуації потребують опосередкування різними правовідносинами. І правовідношення, змістом якого є вимога, і правовідношення, змістом якого є абсолютне право, мають свої переваги. Так, сторона договору, яка отримує право вимоги щодо користування земельною ділянкою, не має вимоги до третіх осіб, але не несе тягара її реалізації (зокрема шляхом участі у судових процесах, які можуть бути дуже обтяжливими), такий тягар повністю покладається на іншу сторону. Крім того, обидві сторони договору, яким встановлюється зобов'язальне право (і кореспондуючий обов'язок), не несуть тягара реєстрації права у Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно, що також є привабливою рисою.

Ще у Стародавньому Римі юристи «различали *possessio suo nomine* (владение на свое имя) и *essere in possessione nomine alieno* (пребывание во владении от чужого имени) [3, с. 364]». В останньому випадку вважалося, що особа, яка тримає річ («тілесно володіє», здійснює господарське панування над нею), робить це для іншої особи, яка і є володільцем. Прикладами є тримання речі прокуратором, особою, яка веде чужі справи тощо; при цьому виникає ефект представництва. Із запровадженням реєстрації прав «володіння земельними ділянками підтверджується саме записами у публічних реєстрах» [4] (так зване «книжне володіння» – *Buchbesitz* [5, с. 117]). Отож особа, яка здійснює господарське панування над земельною ділянкою (здебільшого таке

панування здійснюється шляхом користування) чи то з дозволу власника, чи то в силу закону, не може вважатися володільцем, якщо її право не зареєстроване (зокрема, не підлягає реєстрації). Дії такої особи ототожнюються з діями власника, який забезпечив цій особі можливість користування, або якщо така особа уповноважена вчиняти ці дії в силу закону (прикладами можуть бути дії законного представника власника, зокрема, державного виконавця [6], арбітражного керуючого). Дійсно, адже треті особи і не повинні, і часто не мають змоги з'ясувати подробиці відносин між особою, яка користується земельною ділянкою, і її власником. Відповідно треті особи, які вважають, що користування порушує їх права (наприклад, внаслідок порушення правил про добросусідство), можуть звернутися з позовом не до наймача, а до власника земельної ділянки.

До другого виду використання землі у зобов'язальних відносинах (коли одна сторона використовує чужу землю, але не на власну користь) належать випадки, коли сторона договору використовує землю на користь власника з метою виконати свій обов'язок. Прикладами можуть бути будівництво будинків, споруд, доріг, їх ремонт тощо, обробка землі власника та збір урожаю на його замовлення. У всіх цих випадках сторона договору, яка використовує землю, звичайно, не зобов'язана сплачувати власникові плату за користування земельною ділянкою (її частиною), навпаки, як правило, власник зобов'язаний сплатити плату цій стороні чи надати інше благо (хоча, звичайно, не за користування земельною ділянкою).

Умови, на яких сторона отримує можливість використовувати земельну ділянку іншої сторони, можуть бути встановлені законодавством або договором, впливати із суті зобов'язання або звичаїв ділового обороту. Наприклад, це можуть бути умови про використання земельної ділянки тільки вночі (скажімо, у випадку ремонту дороги), або тільки вдень (скажімо, у випадку будівництва, пов'язаного з шумом) тощо. Хоча такі умови і передбачають можливість однієї сторони використовувати земельну ділянку іншої сторони певним чином, однак перша сторона не має права вимоги щодо

використання земельної ділянки не тільки до третіх осіб, а й до другої сторони. Такого висновку можна дійти, оскільки зобов'язанням є правовідношення, в якому одна сторона (боржник) зобов'язана вчинити *на користь другої сторони* (кредитора) певну дію (передати майно, виконати роботу, надати послугу, сплатити гроші тощо) або утриматися від певної дії, а кредитор *має право вимагати від боржника виконання його обов'язку* (частина перша ст. 509 ЦКУ); у нашому ж випадку друга сторона має надати першій можливість використання земельної ділянки не на користь першої сторони, а тому такому обов'язку другої сторони не кореспондує вимога першої. Якщо ж друга не надає першій такої можливості, то, на нашу думку, такі дії чи бездіяльність слід розглядати як прострочення кредитора (ст. 613 ЦКУ).

Звичайно, і в цьому випадку дії особи, яка використовує землю на користь іншої особи – власника, ототожнюються з діями самого власника. Знову ж таки користування здійснюється на чуже ім'я, тобто від імені власника. Такий самий висновок можна зробити і у випадку, коли особа використовує землю не на користь власника, а на користь іншої особи, яка володіє речовим правом (емфітевзис, суперфіцій тощо).

Підсумовуючи все викладене вище, можна зробити висновок, що **використання чужої землі у зобов'язальних відносинах завжди здійснюється від імені особи, яка володіє речовим правом.**

Звичайно, трапляються випадки, коли необхідно поєднати обидва види використання землі у зобов'язальних відносинах, та випадки, коли навіть важко напевне сказати, на користь якої сторони використовується земельна ділянка. Насамперед таке трапляється у публічно-приватному партнерстві (public-private partnership), яке під впливом Закону України «Про державно-приватне партнерство» зазвичай позначається терміном «державно-приватне партнерство»¹ (далі – ДПП). Наприклад, за договором концесії концесіонер може бути зобов'язаний здійснити певні поліпшення земельної ділянки,

¹ Договір про здійснення державно-приватного партнерства не є поіменованим договором, а відповідні відносини можуть опосередковуватись різними договорами – див. ст. 5 згаданого Закону.

зокрема збудувати певний об'єкт нерухомості на землі концесієдавця, право власності на який отримує останній, і експлуатувати його протягом певного часу на певних умовах. Немає сумнівів, що на етапі поліпшення, будівництва концесіонер використовує земельну ділянку на користь власника – концесієдавця. Водночас на етапі експлуатації можливі варіанти. Так, якщо концесіонер вправі використовувати земельну ділянку, на якій, скажімо, він влаштував парковку, для власних потреб, то тут має місце використання земельної ділянки концесіонером на власну користь. Якщо ж концесіонер використовує парковку і для власних потреб, і як управитель парковки концесієдавця, то, мабуть, використання земельної ділянки здійснюється на користь їх обох.

Водночас саме для ДПП чинне законодавство не повною мірою враховує потреби учасників відповідних відносин. На даний час законодавство передбачає «роздільне» укладення «основного» договору, що укладається в рамках партнерства, та договору про надання земельної ділянки, що необхідна для здійснення партнерства (див., зокрема, ст. 8 Закону України «Про ДПП») – таким договором зазвичай є договір оренди. Така ситуація не просто ускладнює здійснення партнерства, вона здатна повністю його унеможливити, як це сталося, наприклад, із будівництвом автомобільної дороги Львів-Краковець [7]. Адже жодних гарантій, що після укладення договору в рамках ДПП буде укладений ще і договір оренди, немає, незважаючи на те, що умови надання земельної ділянки проголошено для деяких видів таких договорів істотними (див., зокрема, частину першу ст. 10 Закону України «Про концесії», частину другу ст. 8 Закону України (далі – ЗУ) «Про угоди про розподіл продукції»). Більше того, укладення двох договорів – про здійснення ДПП та оренди земельної ділянки – не відповідає суті відносин. До такого висновку легко дійти, помітивши, що існування одного з цих договорів за відсутності іншого позбавлене сенсу. Дійсно, якщо укладено договір про здійснення ДПП, але не укладено договір оренди земельної ділянки (або якщо він є нікчемним, його визнано недійсним), то виконання першого договору виявляється неможливим.

Якщо ж, навпаки, перший з цих договорів не укладено (або якщо він є нікчемним, його визнано недійсним), а другий є дійсним, то приватний партнер буде змушений сплачувати орендну плату, не отримуючи жодної вигоди, бо земельна ділянка орендована ним для здійснення ДПП.

На вирішення цієї проблеми (серед низки інших) був спрямований проект закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо державно-приватного партнерства) від 20 березня 2012 р. (реєстраційний номер 10228) [8]). Проект передбачав, зокрема, правило, за яким приватний партнер отримує можливість використовувати земельну ділянку безпосередньо на підставі договору, що укладається в рамках ДПП. Для цього змінами до частини першої ст. 8 ЗУ «Про ДПП» пропонувалося встановити, що укладений в рамках ДПП договір передбачає можливість приватного партнера використовувати земельну ділянку «від імені державного партнера». До актів земельного законодавства також пропонувалося внести зміни – вилучити згадку про необхідність або можливість використання земельної ділянки при ДПП та його окремих формах на підставі самостійних договорів, а також положення про «надання» земельної ділянки для здійснення ДПП тощо.

Верховна Рада України під час розгляду в першому читанні 22 травня 2012 р. без будь-якого обговорення вирішила повернути проект № 10228 на доопрацювання. Можливо, однією з підстав для прийняття такого рішення були міркування, викладені у Висновку Головного науково-експертного управління [9]. Зокрема, заперечуючи проти закріплення правила про використання приватним партнером земельної ділянки державного партнера згідно з договором від його імені (пропоновані зміни до ст. 8 Закону України «Про ДПП»), фахівці Головного управління вказали, що «право однієї сторони договору діяти від імені іншої передбачено лише окремими видами цивільних договорів, зокрема, договором доручення, договором простого товариства тощо, застосування яких для використання земельних ділянок досить проблематичне без додаткового спеціального правового регулювання, яке у проекті відсутнє». Наведене зауваження у змінній формі кілька разів було

відтворене у Висновку управління стосовно інших положень проекту¹. Фахівці Головного науково-експертного управління Верховної Ради України – одні з найбільш підготовлених і кваліфікованих юристів у нашій державі, і їх пропозиція не писати «прямим текстом» у законі «від імені» є слушною з точки зору юридичної техніки, зокрема з огляду на необхідність забезпечення достатнього рівня абстрактності норм та дотримання принципу законодавчої економії [10, 64]. Ми не схильні тлумачити дане зауваження у тому сенсі, що фахівці управління заперечують у принципі проти конструкції використання земельних ділянок у зобов'язальних відносинах. Адже у побуті кожен із нас досить часто стикається із використанням чужого майна від імені власника – саме це стається, наприклад, щоразу, коли ми пускаємо до себе у квартиру будівельників чи сантехніка. Вони використовують наше майно, причому від нашого імені, проте договору доручення ми з ними не укладаємо. Навряд чи можна вважати, що юристи такого високого рівня, як фахівці Головного науково-експертного управління, не знайомі з такими явищами та не можуть дати йому правильної юридичної кваліфікації. Втім, прикро те, що зауваження управління багатьма було сприйняте саме як заперечення можливості користуватися чужою земельною ділянкою від імені власника у зобов'язальних правовідносинах.

Хочеться сподіватися, що у правовій доктрині все ж таки усталиться коректне розуміння суті використання чужих земельних ділянок у зобов'язальних відносинах, що дозволить уникнути величезної кількості проблем – не тільки при спробах удосконалення чинного законодавства, а й (у першу чергу) при його застосуванні.

¹ Наприклад, Головне управління не підтримало пропозицію щодо вилучення зі ст. 8 Закону України «Про ДПП» «положень, які регулюють порядок виготовлення документації з землеустрою» – автори Висновку не врахували, що при використанні існуючої земельної ділянки на підставі зобов'язального права документація із землеустрою тощо непотрібна взагалі.

Список використаних джерел

1. Мірошніченко А.М. Напрями вдосконалення системи прав на земельні ділянки // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2010. – № 1(99). – С. 102–112.
2. Попов Ю. Правовая природа так называемых «процентов годовых» // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://porov-yuyu.narod.ru/8_procenty_god.htm
3. Дождев Д.В. Римское частное право. Учебник для вузов / под ред. В.С. Нерсесянца. – М.: Издательство НОРМА. – 2000. – 784 с.
4. Мірошніченко А.М., Попов Ю.Ю., Ріпенко А.І. Земельні ділянки: віндикація, реституція, кондикція, визнання прав (співвідношення та деякі проблемні питання) // Часопис Академії адвокатури України. – 2012. – № 3 (готується до публікації) // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://nbuv.gov.ua/e-journals/Chaaui/index.html>
5. Шапп Я. Система германского гражданского права : учебник. – М. : Междунар. отношения, 2006. – 360 с.
6. Попов Ю. Правовая природа полномочий государственного исполнителя // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://porov-yuyu.narod.ru/11_polnomochiya_gosispoln.htm
7. Бахуринська М.М. Деякі проблеми правового регулювання процедури виникнення права на землю в концесійних правовідносинах за законодавством України // Земельні відносини і просторовий розвиток в Україні: матеріали Міжнар. наук. конф. – У двох частинах (Київ, 13–14 квітня 2006 р.) / НАН України, Рада по вивченню продуктивних сил України. Редкол.: Данилишин Б.М. (відпов. ред.), Бистряков І.К., Новоторов О.С., Ніколаєнко Т.С., Кучер О.О., Осипенко В.М. – Київ : РПВС України, НАН України, 2006. – Ч. I. – С. 188–189.
8. Проект закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо державно-приватного партнерства) від 20 березня 2012 р.

(реєстраційний номер 10228) // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=42891

9. Висновок Головного науково-експертного управління на проект закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо державно-приватного партнерства) від 20 березня 2012 р. (реєстраційний номер 10228) // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України // [Електронний ресурс].

– Режим доступу: <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=42891&pf35401=21896>

8

10. Иеринг Р. Юридическая техника. – СПб., 1905. – 106 с.

Мірошниченко А.М., Попов Ю.Ю. Зобов'язальне право найму (оренди) та інше використання чужих земельних ділянок від імені володільця у зобов'язальних відносинах

У статті розглядаються випадки використання чужих земельних ділянок у зобов'язальних правовідносинах, даються рекомендації щодо тлумачення та вдосконалення чинного законодавства, яке встановлює режим такого користування.

Ключові слова: земельні ділянки, землекористування, зобов'язальні правовідносини, публічно-приватне партнерство.

Мірошниченко А.М., Попов Ю.Ю. Обязательственное право найма (аренды) и иное использование чужих земельных участков от имени владельца в обязательственных отношениях

В статье рассматриваются случаи использования чужих земельных участков в обязательственных правоотношениях, даются рекомендации относительно толкования и совершенствования действующего законодательства, которое определяет режим такого использования.

Ключевые слова: земельные участки, землепользование, обязательственные правоотношения, публично-частное партнерство.

Miroshnychenko A.M., Popov Yu.Yu. Contractual right for hire (rent) and other use of strange plot of land on behalf of owner in binding relations

The article is devoted to the phenomena of using land plots on the grounds of obligations, as opposed to rights in rem. The recommendations are given regarding the interpretation of the relevant legislation and necessary amendments.

Key words: land parcels, land use, obligations in legal relations, public-private partnership.



Зміст арбітражної угоди

Лис Ганна Ігорівна,
провідний спеціаліст Вищої ради юстиції

УДК 341.63:347.769

Перефразовуючи Й.О. Покровського, вважаємо, що «арбітражна угода за самим своїм призначенням є способом регулювання відносин між приватними особами відповідно до їх індивідуальних інтересів і потреб» (*переклад наш – Г.І. Лис*) [24, с. 43]. Арбітражна угода за своєю правовою природою має дуалістичний характер: будучи цивільно-правовим договором, зумовлює настання процесуально-правових наслідків. Цивільно-правовий аспект арбітражної угоди свідчить про те, що до неї можуть застосовуватися положення норм цивільного законодавства щодо регулювання договірних зобов'язань.

Зміст арбітражної угоди складають умови, які стосуються різних аспектів розгляду спорів міжнародним комерційним арбітражем. Чітке юридичне формулювання умов арбітражної угоди дає змогу: а) точно встановити наявність волевиявлення сторін на розгляд спору в міжнародному комерційному арбітражі; б) визначити арбітражний орган, компетентний розглядати спір; в) уникнути оспорювання компетенції арбітражу; г) усунути труднощі при виконанні арбітражного рішення.

Відповідно до норм частини першої ст. 638 Цивільного кодексу України [3], які поширюються й на арбітражну угоду внаслідок її цивільно-правового характеру, договір є укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору. Істотними умовами договору є умови про предмет договору, умови, визначені законом як істотні або необхідні для

договору даного виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї зі сторін має бути досягнуто згоди.

Умови арбітражної угоди, виходячи з доктрини договірних зобов'язань, більшість дослідників [20, с. 38; 12, с. 133; 31, с. 20–21] поділяють на істотні (суттєві) та звичайні (додаткові). А втім, варто нагадати, що легальну назву та юридичне значення має тільки перша група умов. Погоджуючись із М.І. Брагінським та поширюючи його думку про звичайні та випадкові умови договору на арбітражну угоду, можна з впевненістю стверджувати, що виділення звичайних і випадкових умов арбітражної угоди має виключно доктринальний характер, що є однією з причин відсутності єдності визначення, у чому полягають кваліфікаційні ознаки зазначених умов і які правові наслідки з цього виникають [10, с. 295–296]. Однак із цією позицією не погоджується Г.А. Котельніков, який зауважує, що існування звичайних умов відображає важливу роль права місця арбітражу в заповненні прогалин арбітражної угоди, у той час як включення до арбітражної угоди випадкових умов відображає право сторін на встановлення в угоді правил вирішення спору, обмежене тільки імперативними нормами застосовуваного права [17, с. 9].

Арбітражна угода, як будь-яка домовленість, повинна містити істотні умови, щодо яких сторони дійшли взаємної згоди, для того щоб визнаватися укладеною і згодом зумовити настання тих соціально значимих наслідків, які були бажаними для сторін при її укладенні [13, с. 179–180; 9, с. 53–54; 10, с. 296–307]. Дотримуючись погляду О.С. Іоффе на істотні умови договору, вважаємо за доцільне визначати їх як «умови, які необхідні та достатні для укладення договору. Це означає, що за відсутності хоча б однієї із них договір не визнається укладеним, а якщо всі істотні умови наявні, він вступає в дію, навіть якщо й не містить ніяких інших умов» (*переклад наш – Г.І. Лис*) [16, с. 76–77]. Звичайні умови арбітражної угоди – це умови, які сторонам немає необхідності узгоджувати, оскільки вони визначаються на основі права, якому підпорядковано арбітражну угоду. Випадкові умови змінюють або доповнюють

звичайні умови арбітражної угоди, їх включають до неї залежно від розсуду сторін [17, с. 21].

О.Т. Волощук та Г.А. Цірат до суттєвих умов арбітражної угоди відносять: 1) виведення певних спорів із-під юрисдикції державних судів та домовленість про передачу цих спорів на вирішення арбітражу; 2) визначення кола правовідносин, спір із яких передається на вирішення арбітражу; 3) вид арбітражу. Окрім зазначених суттєвих умов, арбітражна угода може містити звичайні (додаткові) умови, а саме: 1) кількість арбітрів, які розглядатимуть спір; 2) визначення процедури призначення та обрання арбітрів; 3) визначення місця проведення арбітражу та мови, якою спір має розглядатися; 4) матеріальне право певної держави, яке повинно застосовуватися для визначення прав і обов'язків сторін спірних правовідносин [12, с. 133–134; 31, с. 20–21].

Іншу позицію щодо змісту арбітражної угоди займає М.О. Рожкова. Істотними умовами арбітражної угоди, на її думку, є: 1) конкретний арбітраж, якому будуть передані на розгляд комерційні спори, які виникли чи тільки виникнуть у майбутньому, 2) формулювання обсягу арбітражної угоди та 3) право, яке застосовується до суті спору. До звичайних умов арбітражної угоди потрібно зараховувати умови, які рекомендовані сторонам типовими арбітражними застереженнями, а саме: 1) кількість арбітрів, 2) місце арбітражу та 3) мова арбітражу. Окрім істотних і звичайних умов арбітражної угоди, сторони можуть також передбачити випадкові умови, наприклад, такі як: 1) питання щодо кваліфікації та професії арбітрів; 2) неможливість оскарження арбітражного рішення; 3) підвищену конфіденційність арбітражу [27, с. 166–169; 28, с. 267].

Так, М.О. Алексєєв та С.В. Ніколюкін вважають, що до істотних умов арбітражної угоди належать: 1) арбітражний порядок розгляду спорів; 2) конкретний арбітражний орган, компетентний розглядати спір; 3) коло спорів, яке підлягає розгляду в арбітражі; 4) застосовуване право. До звичайних умов арбітражної угоди можна віднести: 1) місце проведення арбітражу; 2)

умову про вибір мови арбітражного розгляду; 3) кількість арбітрів; 4) процедуру арбітражного розгляду; 5) вказівку на допустимість чи недопустимість оскарження арбітражного рішення [8, с. 30; 21, с. 108, 116; 20, с. 38].

Деякі науковці [11, 104–105; 19, с. 650–651; 25, с. 267; 26, с. 78; 14, с. 188, 192] не здійснюють чіткого теоретичного поділу умов арбітражної угоди на істотні та звичайні, а просто надають типовий перелік умов арбітражної угоди через відповіді на основоположні питання щодо її змісту. До таких умов належать: 1) тип арбітражу; 2) види спорів, які підлягають розгляду в арбітражі; 3) місце проведення арбітражу; 4) мова арбітражного розгляду; 5) застосовуване право; 6) кількість арбітрів; 7) порядок арбітражного розгляду, у тому числі порядок формування складу арбітражу, а також порядок заповнення вакансій у ньому. Однак надалі кожен із них зазначає, що «сторони можуть визначити й інші умови арбітражної угоди». На підставі цього твердження можна зробити висновок, що під словосполученням «типовий перелік умов арбітражної угоди» насправді потрібно розуміти «істотні умови» арбітражної угоди, без досягнення сторонами спільної згоди щодо яких арбітражна угода вважається неукладеною, не набуває значення договору про арбітраж, не існує як юридичний факт та не породжує юридичних наслідків.

Дослідивши підходи науковців щодо визначення істотних умов арбітражної угоди, визнаємо, що до таких умов необхідно віднести: 1) виведення певних спорів із-під юрисдикції державних судів та домовленість про передачу цих спорів на вирішення арбітражу (домовленість про арбітражний розгляд); 2) визначення кола правовідносин, спір із яких передається на вирішення арбітражу (обсяг арбітражної угоди); 3) вид арбітражу; 4) право, що застосовується для вирішення спору по суті. Усі інші умови арбітражної угоди потрібно розглядати як додаткові, тобто такі, які можуть бути включені до арбітражної угоди за домовленістю сторін, однак їхня відсутність не позбавляє арбітражну угоду юридичної сили.

Не викликає жодного сумніву той факт, що предмет є істотною умовою арбітражної угоди. На сьогодні в теорії міжнародного комерційного арбітражу немає єдиного підходу до визначення предмета арбітражної угоди, а тому зосередимо увагу на дослідженні існуючих підходів до розуміння предмета арбітражної угоди.

Так, С.В. Ніколюкін визначає предмет арбітражної угоди як активні дії сторін, пов'язані з передачею спору в міжнародний комерційний арбітраж [20, с. 8]. Як дії сторін розглядає предмет арбітражної угоди також О.П. Вершинін. Він зауважує, що предмет арбітражної угоди «складається із дій, пов'язаних із розглядом і вирішенням спорів учасників цивільних правовідносин міжнародним комерційним арбітражем» [29, с. 298].

Предметом арбітражної угоди, на думку Г.А. Цірат, є домовленість сторін про виключення конкретного кола спірних правовідносин, які виникли або можуть виникнути між сторонами арбітражної угоди, із підсудності державним судам та про передачу таких спорів на вирішення арбітражу. Суттєвим, із позиції вченого, є те, що коло правовідносин, спори з яких будуть передаватися на розгляд міжнародному комерційному арбітражу, має бути чітко визначено в арбітражній угоді. Спорі, на які поширює свою дію арбітражна угода, повинні бути визначені в цій угоді як шляхом прямого посилання на певний спір, так і шляхом визначення кола правовідносин (договірних і недоговірних), спори з яких повинні передаватися на вирішення міжнародному комерційному арбітражу на підставі цієї арбітражної угоди. Невизначеність кола таких спірних правовідносин в арбітражній угоді є підставою для визнання її недійсною [31, с. 20].

Аналогічну позицію щодо предмета арбітражної угоди підтримує Т.Г. Захарченко. Вона зазначає, що за своєю суттю предмет арбітражної угоди складається із двох основних елементів. Першим основним елементом є вибір сторонами арбітражу як способу розгляду спору, інакше кажучи вибір сторонами конкретної арбітражної установи для розгляду їхнього спору по суті. Другим із них є визначення сторонами в арбітражній угоді видів (категорій)

спорів, які можуть бути передані на розгляд в арбітраж. На думку науковця, спори, які можуть бути передані на розгляд до міжнародного комерційного арбітражу, виходячи з положень Нью-Йоркської конвенції про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень, Типового закону ЮНСІТРАЛ про міжнародний торговий арбітраж та Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», повинні відповідати таким вимогам: 1) має правовий характер, тобто бути заснованими на конкретних договірних або інших правовідносинах; 2) на розгляд в арбітраж можуть передаватися всі або окремі спори, котрі випливають із договірних або інших правовідносин; 3) зазначені спори на момент укладення арбітражної угоди вже виникли або можуть виникнути між сторонами в майбутньому; 4) об'єкт спору повинен бути арбітрабельним [15, с. 42–43]. Двохелементний підхід до предмета арбітражної угоди знаходимо також у О.Т. Волощук [12, с. 132].

А.Г. Котельніков зазначає, що єдиною істотною умовою арбітражної угоди є умова про її предмет, який має складну структуру і включає в себе: 1) обов'язок сторін передати на розгляд міжнародного комерційного арбітражу певні спори; 2) вказівку на конкретний арбітраж (арбітражна установа чи арбітраж ad hoc); 3) визначення конкретного правовідношення, у зв'язку з яким можуть виникнути спори. Перший із вказаних елементів предмета арбітражної угоди є основним, а два наступні виконують конкретизуючу функцію [17, с. 21].

Розглянувши підходи до предмета арбітражної угоди та проаналізувавши визначення арбітражної угоди, закріплені в частині першій ст. 7 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» [4], п. 1 ст. II Нью-Йоркської конвенції про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень [1], ст. 7 (варіант 1 і 2) Типового закону ЮНСІТРАЛ про міжнародний торговий арбітраж [2, с. 4–5], вважаємо, що предмет арбітражної угоди має складну структуру і включає в себе: 1) зобов'язання сторін передати на розгляд міжнародному комерційному арбітражу певні спори, які: а) мають міжнародний комерційний (торговий) характер, б) уже виникли чи тільки виникнуть у

майбутньому між ними, а також 2) визначення конкретного правовідношення, у зв'язку з яким можуть виникнути спори. Так, перший із вказаних елементів є основним, а другий виконує деталізуючу та факультативну функції.

Під час укладання арбітражної угоди сторонам необхідно звернути увагу на такі умови з метою найефективнішого врегулювання майбутнього арбітражного розгляду справи, а саме на [29, с. 129–132; 22, с. 16–17; 26; 30, с. 441–443]:

1. Коло спорів, які передаються на розгляд міжнародному комерційному арбітражу (обсяг арбітражної угоди) [18, с. 375; 23, с. 671]. Сторони можуть узгодити між собою умову про те, що вони передадуть усі або тільки деякі спори, які вже виникли чи тільки можуть виникнути між ними у зв'язку з яким-небудь конкретним правовідношенням, незалежно від того, чи має воно договірний характер. Також варто зауважити, що на розгляд міжнародного комерційного арбітражу можуть передаватися виключно ті спори, котрі мають правовий характер.

2. Компетентний міжнародний комерційний арбітраж. Сторони в арбітражній угоді повинні чітко визначити арбітраж, на розгляд якого вони передають спір. Це може бути постійно діючий міжнародний комерційний арбітраж (інституційний) чи міжнародний комерційний арбітраж, який створюється для розгляду конкретної справи по суті (арбітраж *ad hoc*). До цих двох видів можна додати ще один особливий механізм, так званий, адміністрований арбітраж [23, с. 640], який дозволяє сторонам користуватися підтримкою інституційного арбітражу, зберігаючи при цьому повний контроль над ходом арбітражного процесу. По суті цей останній різновид являє собою не що інше, як арбітраж *ad hoc*, що користується певною підтримкою будь-якого інституційного арбітражу щодо призначення арбітрів та в інших адміністративних питаннях. Прикладом існування адміністрованого арбітражу може слугувати положення частини другої ст. 4 Арбітражного регламенту Європейської економічної комісії ООН [6, с. 236] про те, що компетентний орган призначає одноособового арбітра або арбітражну установу, якій буде

доручено вирішити спір по суті згідно з її регламентом, якщо сторони в письмовій формі підтвердять свою згоду на це.

3. Право, що застосовується до суті спору. Як один із аспектів принципу автономії арбітражної угоди, дає змогу сторонам арбітражної угоди обрати право, яке буде застосовуватися міжнародним комерційним арбітражем при розгляді спору по суті.

4. Місце арбітражного розгляду.

5. Порядок формування складу міжнародного комерційного арбітражу. У інституційному арбітражі формування складу арбітражу здійснюється в порядку, установленому його правилами, а в арбітражі *ad hoc* – у порядку, узгодженому сторонами арбітражної угоди. При погодженні цієї умови може бути визначено кількість арбітрів, способи і строки їхнього призначення чи обрання, способи призначення арбітра при ухиленні відповідача від його призначення, додаткові вимоги до особи і до кваліфікації арбітрів, порядок відводу арбітрів.

6. Визначення правил арбітражного розгляду. При розгляді спору по суті арбітраж здійснює арбітражний розгляд згідно з правилами, погодженими сторонами. Під час розробки правил потрібно пам'ятати, що вони не повинні суперечити імперативним вимогам законодавства про міжнародний комерційний арбітраж. Узгодження умови про правила арбітражного розгляду може здійснюватися через відсилання до регламенту постійно діючого міжнародного комерційного арбітражу, типового регламенту або через вказівку на порядок визначення правил у майбутньому.

Інституційний міжнародний комерційний арбітраж здійснює третейський розгляд відповідно до затверджених правил, якщо сторони не домовилися про застосування інших правил арбітражного розгляду. Якщо сторони не домовилися про інше, то при передачі спору в постійно діючий міжнародний комерційний арбітраж правила цього арбітражу розглядаються в якості невід'ємної частини арбітражної угоди.

7. Мову арбітражного розгляду. Визначити мову арбітражного провадження бажано з мотивів зручності та економії процесуальних засобів. Визначення сторонами мови розгляду може вплинути на вибір арбітрів, письмові докази та необхідність їхнього перекладу, обмін процесуальними документами, необхідність надання послуг перекладача тощо. Якщо сторони не обрали мову арбітражного розгляду, то вирішення цього питання здійснюється арбітрами на власний розсуд. Найчастіше арбітри визначають мовою арбітражного провадження мову документів, які містять арбітражну угоду (наприклад, ст. 14 Регламенту міжнародного арбітражу Американської арбітражної асоціації [7, с. 577], п. 17.1 ст. 17 Регламенту Лондонського міжнародного третейського суду [5]).

8. Можливість оспорювання рішення міжнародного комерційного арбітражу. В арбітражній угоді рекомендується вказувати: чи буде арбітражне рішення для сторін остаточним, чи його можна оскаржити в майбутньому.

9. Порядок розподілу арбітражних витрат та зборів. За загальним правилом розподіл витрат, пов'язаних із арбітражним розглядом спору, між сторонами здійснюється міжнародним комерційним арбітражем відповідно до угоди сторін. У цілому, сторони можуть домовитися про те, що кожна сторона несе власні витрати.

10. Інші питання, які сторони вважають за необхідне включити до арбітражної угоди.

Отже, зміст арбітражної угоди є одним із найважливіших питань міжнародного комерційного арбітражу з огляду, перш за все, на те, що саме арбітражна угода є необхідною передумовою розгляду спору в арбітражному порядку, а її зміст визначає практично всі аспекти формування арбітражу та процедури конкретного розгляду арбітражного спору, починаючи з етапу можливого звернення однієї зі сторін спору до державних судів при запереченні компетенції третейського суду; при розгляді справи про скасування арбітражного рішення; а також на етапі визнання й виконання арбітражного

рішення. У цілому зміст арбітражної угоди безпосередньо залежить від волі сторін та вимог законодавства, яке застосовується до неї.

На сьогодні в теорії міжнародного комерційного арбітражу існують різні підходи до визначення умов арбітражної угоди, але найпоширенішим є поділ умов арбітражної угоди на істотні (суттєві) та звичайні (додаткові). Істотні умови арбітражної угоди доцільно визначати як умови, необхідні та достатні для укладення договору. Це означає, що за відсутності хоча б однієї із них договір не визнається укладеним, а якщо всі істотні умови наявні, він вступає в дію, навіть якщо й не містить ніяких інших умов. До них, на нашу думку, необхідно відносити наступні: 1) виведення певних спорів із-під юрисдикції державних судів та домовленість про передачу цих спорів на вирішення арбітражу (домовленість про арбітражний розгляд); 2) визначення кола правовідносин, спір із яких передається на вирішення арбітражу (обсяг арбітражної угоди); 3) вид арбітражу; 4) право, що застосовується для вирішення спору по суті. Усі інші умови арбітражної угоди потрібно розглядати як додаткові, тобто такі, які можуть бути включені до арбітражної угоди за домовленістю сторін, однак їхня відсутність не позбавляє арбітражну угоду юридичної сили.

Неоднозначним і остаточно не визначеним залишається питання щодо предмета арбітражної угоди. Розглянувши погляди науковців на предмет арбітражної угоди та визначення арбітражної угоди, закріплені в частині першій ст. 7 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», п. 1 ст. II Нью-Йоркської конвенції про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень, ст. 7 (варіант 1 і 2) Типового закону ЮНСІТРАЛ про міжнародний торговий арбітраж, пропонуємо розглядати предмет арбітражної угоди як складне явище, що має бінарну структуру. Так, предмет арбітражної угоди являє собою: 1) зобов'язання сторін передати на розгляд міжнародному комерційному арбітражу певні спори, які: а) мають міжнародний комерційний (торговий) характер, б) уже виникли чи тільки виникнуть у майбутньому між ними, а також 2) визначення конкретного правовідношення, у зв'язку із яким

можуть виникнути спори. Так, перший із вказаних елементів є основним, а другий виконує деталізуючу та факультативну функції.

Вважаємо, що з метою усунення існуючої доктринальної дискусії щодо того, які істотні умови повинна містити арбітражна угода, необхідно закріпити на рівні Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» положення про істотні умови арбітражної угоди. Пропонуємо внести зміни до ст. 7 цього Закону, доповнивши її частинами третьою та четвертою такого змісту:

«Арбітражна угода вважається укладеною з моменту, коли сторонами досягнуто згоди щодо всіх її істотних умов: предмета, виду компетентного арбітражу та права, яке застосовується для вирішення спору по суті.

Умова про предмет арбітражної угоди повинна розкривати зобов'язання сторін передати на розгляд міжнародному комерційному арбітражу певні спори, які мають міжнародний комерційний (торговий) характер, уже виникли чи тільки виникнуть у майбутньому між ними, а також визначати конкретне правовідношення, у зв'язку із яким можуть виникнути спори».

В арбітражній угоді немає більш чи менш важливих питань, усі вони необхідні для якісного арбітражного провадження, а тому під час укладення арбітражної угоди краще витратити трохи більше часу на детальне узгодження усіх її умов, аніж усувати неузгодженості та прогалини в договірному регулюванні тоді, коли конфлікт між сторонами вже виник.

Список використаних джерел

1. Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений от 10 июня 1958 г. // Офіційний вісник України. – 2004. – № 45 (26.11.2004). – Стор. 329. – Ст. 3004.
2. Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже 1985 год, с изменениями, принятыми в 2006 году. Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли. – Вена : Организация Объединенных Наций, 2008. – С. 1–22.
3. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40–44. – Ст. 356.

4. Про міжнародний комерційний арбітраж: Закон України від 24 лютого 1994 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 25. – Ст. 198.
5. LCIA Arbitration Rules of 1 January 1998 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу:
www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA_Arbitration_Rules.aspx.
6. Арбитражный регламент Европейской экономической комиссии ООН // Цірат Г.А. Міжнародний комерційний арбітраж : Навч. посіб. / Г.А. Цірат. – К. : Істина, 2002. – С. 235–246.
7. Регламент международного арбитража Американской арбитражной ассоциации // Ануфриева Л.П. Международное частное право : В 3-х т. Том 3. Трансграничные банкротства. Международный коммерческий арбитраж. Международный гражданский процесс : Учебник / Л.П. Ануфриева. – М. : Издательство БЕК, 2001. – С. 572–586.
8. Алексеев М.А. Трансформация роли правовых основ компетенции международного коммерческого арбитражного суда в современной экономической действительности: автореф. дис. на соискание ученой степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» / М.А. Алексеев. – Волгоград, 2012. – 34 с.
9. Боднар Т.В. Договірні зобов'язання в цивільному праві : (Заг. положення) : Навч. посіб. / Т.В. Боднар. – К. : Юстиніан, 2007. – 280 с. – Бібліогр.: С. 270–277.
10. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения : Издание 2-е, завод 6-й (стереотипный) / М.И. Брагинский, В.В. Витрянский. – М. : «Статут», 2003. – 848 с.
11. Брунцева Е.В. Международный коммерческий арбитраж / Учебное пособие для высших юридических учебных заведений / Е.В. Брунцева. – СПб : Издательский дом «Сентябрь», 2001. – 368 с.

12. Волощук О.Т. Арбітражна угода в міжнародному комерційному арбітражі / О.Т. Волощук // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2010. – № 10. – С. 126–137.
13. Договірне право України. Загальна частина : навч. посіб. / Т.В. Боднар, О.В. Дзера, Н.С. Кузнєцова та ін.; за ред. О.В. Дзери. – К. Юрінком Інтер, 2008. – 896 с.
14. Житнигор Б.С., Павлов В.В., Дробот Е.А. Международный коммерческий арбитраж : Проблемы глобальной унификации правил отправления правосудия и легализации вердиктов / Борис Житнигор, Валентин Павлов, Елена Дробот; Укр. Акад. наук, World Information Distributed University (WIDU); Акад. Современного Искусства УАН. – Tighina: S. n., 2009 (Полиграфист). – 592 р. – (Серия научно-публицистических изданий Академии современного искусства).
15. Захарченко Т.Г. Арбітражна угода як правова основа передачі спору на розгляд у міжнародний комерційний арбітраж / Т.Г. Захарченко // Міжнародний комерційний арбітраж в Україні: теорія та законодавство / Торг.-пром. палата України; Під заг. ред І.Г. Побірченка. – К.: Вид. Дім «Ін Юре», 2007. – С. 30–45.
16. Иоффе О.С. Избранные труды: в 4 т. Т. III. Обязательственное право / О.С. Иоффе. – СПб. : Издательство «Юридический центр Пресс», 2004. – 837 с.
17. Котельников Г.А. Правовая природа арбитражного соглашения и последствия его заключения : автореф. дис. на соискание ученой степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.15. «Гражданский процесс; арбитражный процесс» / Г.А. Котельников. – Екатеринбург, 2008. – 29 с.
18. Лебедев С.Н. Международный коммерческий арбитраж : компетенция арбитров и соглашение сторон / С.Н. Лебедев // Лебедев С.Н. Избранные труды по международному коммерческому арбитражу, праву международной торговли, международному частному праву, частному

- морському праву / МГИМО (У) МИД России. Кафедра междунар. частн. и гражд. права; Сост. А.И. Муранов. – М. : Статут, 2009. – С. 287–390.
19. Международное частное право : Учебник / Л.П. Ануфриева, К.А. Бекашев, Г.К. Дмитриева и др.; Отв. Ред. Г.К. Дмитриева. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : ТК Велби, Изд-во Проспект, 2004. – 688 с.
20. Николукин С.В. Арбитражное соглашение и компетенция международного коммерческого арбитража. Проблемы теории и практики / С.В. Николукин. – М. : Юриспруденция, 2009. – 144 с.
21. Николукин С.В. Международный коммерческий арбитраж / С.В. Николукин. – М. : Юристинформ, 2009. – 216 с.
22. Нортон А.Т. Справочник по международным коммерческим контрактам / Перевод с англ. – М. : Мир, право, информация, 2001. – 400 с.
23. Очерки международного частного права / Под ред. проф. А. Довгерта. – Х. : ООО «Одиссей», 2007. – 816 с.
24. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. 5-е изд., стереотип / И.А. Покровский. – М. : Статут, 2009. – 351 с. (Классика российской цивилистики.)
25. Притика Ю.Д. Теоретичні проблеми захисту прав учасників цивільних правовідносин в третейському суді: дис. на здобуття наукового ступеня док. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Ю.Д. Притика. – К., 2006. – 632 с.
26. Притика Ю.Д., Куфтирєв П.В. Зміст арбітражної угоди / Ю.Д. Притика, П.В. Куфтирєв // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права. – 2002. – № 4. – С. 76–81.
27. Рожкова М.А. Средства и способы правовой защиты сторон коммерческого спора / М.А. Рожкова. – М. : Волтерс Клувер, 2006. – 416 с.
28. Рожкова М.А. Юридические факты гражданского и процессуального права : соглашения о защите прав и процессуальные соглашения / М.А. Рожкова / Иссл. центр частного права. М. : Статут, 2009. – 332 с.

29. Третьеисковое разбирательство в Российской Федерации : учебное пособие / [Куручкин С.А. и др.]; под ред. О.Ю. Скворцова. – М. : Волтерс Клувер, 2010. – 400 с.
30. Фолсом Р.Х., Гордон М.У., Спаногл Дж.А. Международные сделки : Краткий курс / Пер. с англ. – М. : Издательская корпорация «Логос», 1996. – 528 с.
31. Цірат Г.А. Міжнародний комерційний арбітраж : Навч. посіб. / Г.А. Цірат. – К. : Істина, 2002. – Бібліогр.: 304 с.

Лис Г.І. Зміст арбітражної угоди

Проблематика статті присвячена аналізу існуючих наукових підходів до визначення змісту арбітражної угоди, зокрема поділу умов арбітражної угоди на істотні та звичайні. У статті також досліджується поняття предмета арбітражної угоди.

Ключові слова: умови арбітражної угоди, предмет арбітражної угоди.

Лыс А.И. Содержание арбитражного соглашения

Проблематика статьи посвящена анализу существующих научных подходов к определению содержания арбитражного соглашения, в частности разделения условий арбитражного соглашения на существенные и обычные. В статье также исследуется понятие предмета арбитражного соглашения.

Ключевые слова: условия арбитражного соглашения, предмет арбитражного соглашения.

Lys G.I. The Content of the Arbitration Agreement

This article analyzes existing scientific approaches to determining the content of the arbitration agreement, in particular division of conditions of the arbitration agreement on the essential and regular; explores the subject of the arbitration agreement.

Key words: conditions of the arbitration agreement, subject of the arbitration agreement.



Структура конституційно-правового статусу Кабінету Міністрів України: теоретико-методологічні аспекти

*Совгіря Ольга Володимирівна,
кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри
конституційного права юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса
Шевченка*

Правовий статус Уряду в цілому, як і статус окремих його членів, має комплексний характер. Основу статусу зазначеного суб'єкта утворюють конституційно-правова та адміністративно-правова складові, що у практичній площині перебувають у нерозривній єдності.

Адміністративно-правова складова статусу Кабінету Міністрів України є одним із головних питань, які досліджує наука адміністративного права.

А от конституційно-правова складова статусу Уряду неналежно досліджена у сучасній науці конституційного права. Це обумовлено низкою чинників, серед яких основними є: суттєва зміна статусу цього органу у зв'язку із проголошенням незалежності України, зміна в Україні протягом невеликого проміжку часу форм правління (з президентсько-парламентської на парламентсько-президентську (2004 р.) і знов на президентсько-парламентську (2010 р.), відсутність до 2006 р. спеціального (статусного, компетенційного) закону про Кабінет Міністрів України. Тобто у цілому нестабільність правового регулювання та реального політичного статусу вищого органу виконавчої влади призвела до того, що до сьогодні в Україні відсутні комплексні дослідження статусу цього суб'єкта в конституційно-правовому аспекті.

Характеристика конституційно-правового статусу Уряду передбачає необхідність відмежування зазначеного поняття від суміжних категорій: «статус суб'єкта права», «правовий статус», «конституційний статус», «конституційно-правовий статус», «правове положення», «правове становище».

Не вдаючись до аналізу позицій науковців щодо змісту кожного із зазначених понять (оскільки це питання не є предметом даного дослідження*), відмітимо, що, з нашої точки зору, наповнення понять «правовий статус», «правове положення» та «правове становище» різним змістом є штучним, частково обумовленим різними перекладами слова «статус» (з лат. status – становище, положення, статус), і, що найголовніше, не має практичного застосування у вигляді правового закріплення розмежування таких понять або доцільності, обумовленої практичними потребами.

Елемент правового статусу уряду – його конституційно-правовий статус, що, у свою чергу, є багатоеlementною категорією, яка включає конституційний статус, тобто статус, визначений тільки нормами Основного Закону, а також елементи правового статусу уряду, визначені нормами інших джерел конституційного права.

Правовий статус уряду слід характеризувати як правовий статус державного органу у сфері публічного права, що є похідним від повноважень держави в цілому та має комплексний характер, тобто встановлений нормами кількох галузей права.

Категорія «конституційно-правовий статус уряду» слугує способом, узагальнення та систематизації правових норм про нього і дозволяє сформувати конструкцію (модель), що включає правові норми, практику їх реалізації та положення доктрини стосовно зазначеного суб'єкта.

Дослідження конституційно-правового статусу Уряду України передбачає з'ясування структури даного поняття та визначення змісту елементів, що її утворюють. Слід зазначити, що це питання рідко є предметом безпосереднього наукового аналізу. Однак кожен автор, який вивчає організацію та діяльність уряду, висловлює своє розуміння зазначеної проблеми через той перелік аспектів, які він аналізує при характеристиці даного питання.

* Про розмежування зазначених понять див. детально Совгира О. Конституційно-правовий статус уряду: межі та понятійний апарат дослідження проблеми / О. Совгира // Підприємництво, господарство і право. – 2011. – № 2. – С. 3–6.

У літературі з теорії права поширеною є позиція, згідно з якою юридична конструкція правового статусу суб'єкта права включає правосуб'єктність, яка характеризується єдністю певних складових (правоздатність, дієздатність); систему прав, обов'язків та законних інтересів; систему гарантій прав і обов'язків суб'єктів права; юридичну відповідальність [1, с. 3–4, 9].

Базовим елементом конституційно-правового статусу суб'єкта є його правосуб'єктність.

Послуговуючись існуючими з цього питання теоретичними положеннями, вважатимемо, що правосуб'єктність Уряду України слід розглядати з двох точок зору: 1) правосуб'єктність Уряду як органу державної влади (загальна правосуб'єктність). Вона обумовлена прийняттям нормативно-правових актів, що регулюють діяльність зазначеного органу в Україні; 2) правосуб'єктність конкретного складу Уряду України, що виникає з моменту його призначення. Правосуб'єктність Уряду України виникає за наявності двох чинних Указів Президента України: про призначення Прем'єр-міністра України та про призначення членів Кабінету Міністрів України у кількості, необхідній для виконання ним своїх повноважень.

Безспірним щодо структури конституційно-правового статусу будь-якого суб'єкта є твердження про те, що його основу складають права та обов'язки. Причому значна частина авторів у процесі дослідження питання структури правового статусу обмежується аналізом тільки основних прав та обов'язків суб'єкта права, зазначаючи одночасно про другорядний характер інших елементів правового статусу. Однак будь-яка теоретична конструкція у правовій науці повинна у першу чергу бути основою для розробки відповідного законодавства. З огляду хоча б на це, складно уявити, щоб відповідний закон, який регулює статус певного суб'єкта, визначав би лише його права та обов'язки. Отже, права та обов'язки суб'єкта владних відносин, тобто його повноваження, будучи базисом його правового статусу, є, як відомо, складовою його компетенції.

Існуючі точки зору на співвідношення прав та обов'язків органу державної влади можна об'єднати у три групи [2, с. 26].

Перша – відповідно до якої ці поняття є тотожними (така позиція відображена у роботах Волкова Н.А., Коваля Л.В., Серьогіної С.Г., Тихомирова Ю.А., Ямпольської Ц.А. [3, с. 233]). Згідно з позицією другої групи, орган наділений правом розсуду: коли і як використовувати те чи інше право. Аналіз ситуації, її оцінка, вибір способів реалізації права віднесені до відання органу (хоча у низці випадків законодавство точно визначає, коли і які дії органу належить виконати). Такої думки дотримуються Марцеляк О.В. [3, с. 46], Рижов В.А. [4, с. 15]. А представники третьої групи в законодавстві спеціально роблять акцент на правах органу, оскільки їх обсяг рухомий, а обов'язки, що витікають із разових завдань, не є елементом компетенції (крім делегування) [2, с. 26].

Хоча висловлюється й альтернативна до наведених трьох точка зору на зазначене питання. Так, Чикурлій С.О. відзначає, що в результаті аналізу даного співвідношення права і обов'язки органа виконавчої влади необхідно визнати доктринальним елементом його компетенції, а повноваження – нормативним [5, с. 86].

Однак, з нашої точки зору, така позиція є спірною, оскільки окремі повноваження Уряду, правовий статус якого ми аналізуємо, можуть мати виражений характер права або обов'язку. Так, наприклад, згідно з частиною першою ст. 93 Конституції України, частиною першою ст. 27 Закону України «Про Кабінет Міністрів України» від 7 жовтня 2010 р., зі змінами, *право* законодавчої ініціативи у Верховній Раді України належить, зокрема, Кабінету Міністрів України. Відповідно до частини першої ст. 22 зазначеного Закону Кабінет Міністрів України *має право* одержувати від Ради міністрів Автономної Республіки Крим інформацію з питань її діяльності, а відповідно до частини п'ятої цієї ж статті у разі неналежного виконання Головою Ради міністрів Автономної Республіки Крим покладених на нього повноважень Кабінет Міністрів України *має право* звернутися до Президента України та до

Верховної Ради Автономної Республіки Крим з поданням про звільнення його з посади. А відповідно до частини першої ст. 33 Закону України «Про Кабінет Міністрів України» Кабінет Міністрів України або члени Кабінету Міністрів України, яким надійшли звернення чи запит народного депутата України, *зобов'язані* надати відповідь у встановленому законом порядку *(курсив наш. – О. С.)*.

Як справедливо зазначив Марцеляк О., конституційно-правове закріплення прав і обов'язків суб'єктів правовідносин не гарантує їх автоматичного виконання, дотримання, повинні мати місце також гарантії забезпечення цих прав і обов'язків. Саме вони сприяють належній та повній реалізації органами влади, місцевого самоврядування, об'єднаннями громадян та іншими соціальними інституціями своїх прав та обов'язків, поєднують воєдино правове і фактичне становище суб'єкта в державі і суспільстві. Роль гарантій у забезпеченні прав та обов'язків суб'єктів правовідносин дуже важлива, тому вважаємо, що вони виступають також основним елементом конституційно-правового статусу суб'єкта правовідносин. Хоча в літературі з цього приводу існують дві взаємопротилежні точки зору. Одні науковці, зокрема, Миронов О.О., Богданова Н.О., Хаманєва Н.Ю., Дмитрієв Ю.А. та деякі інші вважають, що правові гарантії слід розглядати як елемент статусу суб'єкта правовідносин [3, с. 44]. Інші, як наприклад, Лукашева О.О., відстоюють позицію, що гарантії виступають категоріями, які виходять далеко за межі правового статусу [3, с. 44]. Підтримуючи точку зору Марцеляка О.В., вважаємо, що така позиція є дискусійною, оскільки реалізація будь-яким суб'єктом своїх прав і обов'язків можлива повною мірою при наявності ефективних гарантій. Більше того, права та гарантії дуже взаємопов'язані і нерідко певне право суб'єкта може водночас виступати гарантією реалізації іншого [3, с. 44].

Усвідомлюючи даний факт, багато провідних учених визнали гарантії важливим елементом конституційно-правового статусу суб'єкта. Напевно, найбільш ваговою гарантією конституційно-правового статусу органу

виконавчої влади України, яка, у свою чергу, обумовлює існування інших гарантій, ми можемо визнати конституційно-правову систему стримувань і противаг [5, с. 92].

Однак, наприклад, Дахова І.І. відзначає, що гарантії діяльності уряду не слід відносити до елементів статусу уряду. Оскільки, на думку цієї дослідниці, саме на уряд у багатьох випадках покладається відповідальність за поточний стан справ у державі, а тому заради уникнення гострих політичних криз у державі, глава держави (або парламент) наділяється, як правило, безумовним правом відправляти уряд у відставку. Тобто повноваження уряду можуть бути припинені в будь-який момент. А отже, якщо і можна говорити про гарантії діяльності уряду, то вони мають переважно організаційно-правовий та матеріально-технічний характер і суттєвим чином не впливають на стабільність функціонування цього органу [6, с. 37–38].

З нашої точки зору, така позиція є неоднозначною, оскільки йдеться не про гарантії діяльності конкретного складу Уряду України, а про систему заходів забезпечення організації діяльності Кабінету Міністрів України як суб'єкта політико-правових відносин.

Вважаємо, гарантіями як елементом конституційно-правового статусу Уряду України слід вважати сукупність умов, засобів та способів, які фактично забезпечують реалізацію його компетенції та спрямовані на охорону і захист конституційно-правового статусу зазначеного суб'єкта.

Авакьян С.А., Сирота А.І. та Гадильшина З.І. відносять до елементів правового статусу форми (порядок) реалізації найважливіших прав і обов'язків [5, с. 93]. Фрицький Ю.О. наголошує на існуванні правової форми, за допомогою якої органи виконавчої влади здійснюють свої функції та компетенцію [7, с. 263]. На думку Чикурлія С.О., важливим елементом структури конституційно-правового статусу органу виконавчої влади України є форми його діяльності [5, с. 86].

З нашої точки зору, характеризуючи конституційно-правовий статус суб'єкта, слід говорити про конституційно-процесуальні форми його діяльності.

Під процесуальною формою вчинюваних суб'єктом процесуальних дій розуміють їх чіткий порядок, умови, послідовність, строки вчинення, порядок видання та реалізації передбачених процесуальних актів [8, с. 112]; порядок та процедури, передбачені конституційним правом України та регламентовані конституційно-процесуальним законодавством [9, с. 13]. Цінність процесуальної форми у конституційному праві полягає в тому, що вона виступає основним гарантом дотримання законності в конституційно-правовій сфері. Діяльність, здійснювана поза процесуальною формою – нікчемна. Процесуальна форма – це своєрідний нормативний прототип конкретного правовідношення, його єдина комплексна модель [10, с. 139]. Процесуальна форма реалізації прав і обов'язків розглядається також як юридична гарантія реалізації прав і обов'язків суб'єкта права [1, с. 13], а відставання процесуально-процедурних норм від матеріальних визнається однією з причин конфлікту в конституційно-правовій сфері. Водночас надмірне захоплення процесуально-процедурним аспектом врегулювання діяльності вищих органів влади на конституційному рівні може призвести і призводить до поступового витіснення політики як сфери, де діє розсуд та вибір форм і методів прийняття рішень, із діяльності вищих посадовців [11, с. 65]. Однак слід погодитися, що чітке законодавче визначення процесуальної форми функціонування органів виконавчої влади дуже важливе для України [12, с. 116].

Отже, вважаємо, що конституційно-процесуальна форма діяльності Уряду є невід'ємною складовою його конституційно-правового статусу.

Сирота А.І. серед елементів структури правового статусу державного органу виділяє державні символи, якими користується орган, його офіційну назву. Хоча, здається, надто деталізувати структуру конституційно-правового статусу органу виконавчої влади недоцільно, проте очевидний істотний вплив, наприклад, офіційної назви органу виконавчої влади на саму природу і характер конституційно-правового статусу даного органу важко заперечити. Так, офіційна назва органу виконавчої влади в багатьох випадках виражає цільове направлення даного органу, мотиви його створення, існування та

функціонування, характер владно-державних повноважень, якими він наділений та/або може бути наділений. Відповідно офіційна назва органу виконавчої влади відображає його положення в системі суспільних відносин і суб'єктів права [5, с. 93].

З нашої точки зору, наведене твердження є слухним щодо центральних органів виконавчої влади, стосовно ж Уряду України включення до структури його конституційно-правового статусу державних символів, якими орган користується, та офіційної назви є не доцільним. А от у зарубіжних країнах, де розрізняють широкий та вузький склади урядів, включення офіційної назви до структури конституційно-правового статусу зазначеного суб'єкта може бути виправданим.

Неоднозначним також є питання щодо включення до структури конституційно-правового статусу уряду як суб'єкта публічного права категорії «законний інтерес», під якою розуміють правовий феномен, який: а) є структурним елементом правового статусу суб'єкта права; б) виходить за межі змісту суб'єктивного права та є самостійним об'єктом судового захисту та інших засобів правової охорони; в) має на меті задоволення усвідомлених індивідуальних і колективних потреб суб'єктів права; г) не може суперечити законодавству, суспільним інтересам, загальновизнаним принципам права; д) означає прагнення (не юридичну можливість) до користування у межах правового регулювання конкретним матеріальним та/або нематеріальним благом; є) розглядається як простий легітимний дозвіл, тобто такий, що не заборонений законом. Отже, законний інтерес суб'єкта права – це необхідність задоволення своїх індивідуальних або колективних потреб, що не суперечать законодавству, суспільним інтересам та загальновизнаним принципам права [1, с. 12–13].

Відповідно до частини першої ст. 19 чинного Закону України «Про Кабінет Міністрів України» діяльність Кабінету Міністрів України спрямовується на забезпечення *інтересів* Українського народу (*курсив наш. – О.С.*). Тобто, вступаючи у суспільні відносини, Уряд, будучи елементом

системи представницького народовладдя, має на меті задоволення не власних інтересів, а інтересів суб'єкта, якого він, як орган державної влади, представляє, тобто інтересів Українського народу.

Однак аналіз змісту зазначеного Закону дає можливість зробити висновок про наявність інших інтересів Уряду. Так, Кабінет Міністрів України приймає рішення щодо забезпечення представництва своїх інтересів під час розгляду справ у Конституційному Суді України (пункт 6 частини першої ст. 20 Закону). А інтереси Кабінету Міністрів України у судах загальної юрисдикції представляє Міністерство юстиції України, якщо інше не передбачено законами України або актами Кабінету Міністрів України (частина друга ст. 37 Закону). У частині четвертій ст. 45 Закону України «Про Кабінет Міністрів України» йдеться про поняття «інтерес члена Кабінету Міністрів України».

При цьому впадає у вічі та обставина, що в тексті присяги народних депутатів України (ст. 79 Конституції України), Президента України (ст. 104 Основного Закону), державних службовців (частина перша ст. 18 Закону України «Про державну службу» від 17 листопада 2011 р.) йдеться про спрямованість їх діяльності на забезпечення інтересів громадян (у Законі України «Про державну службу», на відміну від Конституції України, закріплено, що йдеться саме про законні, а не про будь-які інтереси, які можуть бути й незаконними).

Вважаємо, що, оскільки відповідно до частини другої ст. 3 Конституції України утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави, слід доповнити Закон України «Про Кабінет Міністрів України» положенням про те, що діяльність Кабінету Міністрів України спрямовується на забезпечення законних інтересів людини і громадянина.

Підсумовуючи написане, слід зазначити, що сучасне конституційно-правове дослідження статусу Уряду в Україні має базуватися не на «статусному» підході, оскільки набір елементів, що утворюють конституційно-правовий статус Уряду, в цілому не є дискусійним. Більше того, саме «статусний» підхід покладений в основу структури чинного Закону України

«Про Кабінет Міністрів України». Дослідження ж потребує саме механізм та проблеми реалізації норм, що закріплюють складові конституційно-правового статусу Уряду України, а також взаємодія вищого органу виконавчої влади з іншими елементами конституційної системи, які найбільш суттєво впливають на діяльність Уряду та щодо яких зазначений орган здійснює вплив. Дослідження сукупності вказаних обставин дозволяє сформулювати реальне уявлення про конституційно-правовий статус Кабінету Міністрів України та його місце у вітчизняній конституційній системі.

Список використаних джерел

1. Окунев І.С. Загально-теоретичні засади правового статусу суб'єкта права : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень» / І.С. Окунев – Київ, 2010.
2. Исполнительная власть в Российской Федерации / Под редакцией А.Ф. Ноздрачева, Ю.А. Тихомирова. – М. : Издательство БЕК, 1996.
3. Марцеляк О.В. Інститут омбудсмана: теорія і практика : [монографія] / О.В. Марцеляк. – Харків : Вид-во Нац. ун-ту внутр. справ, 2004.
4. Рыжов В.А. Конституционное право как отрасль права в зарубежных странах / Рыжов В.А. // Конституционное (государственное) право зарубежных стран: В 4 т. / Отв. ред. проф. Б.А. Страшун. – М. : Изд-во БЕК, 2000. – Т. 1–2. Часть общая: учебник.
5. Чикурлій С.О. Конституційно-правовий статус органів виконавчої влади України : дис. ... кандидата юрид. наук : 12.00.02 / Чикурлій Сергій Олександрович. – К., 2008.
6. Дахова І.І. Конституційно-правовий статус уряду в зарубіжних країнах: порівняльно-правовий аспект: дис. ... кандидата юрид. наук : 12.00.02 / Дахова Ірина Іванівна. – Х., 2006.

7. Фрицький Ю.О. Державна влада в Україні: становлення, організація, функціонування : [монографія] / Юрій Олегович Фрицький. – Д.: Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ; Ліра ЛТД, 2006.
8. Лукьянова Е.Г. Теория процессуального права / Е.Г. Лукьянова. – М. : Изд-во НОРМА, 2003.
9. Приходько Х. Предмет конституційного процесуального права України : до питання визначеності / Х. Приходько // Юридична Україна. – 2008. – № 8.
10. Євсєєв О. Проблеми процесуальної форми в конституційному праві України / О. Євсєєв // Підприємництво, господарство і право. – 2007. – № 10.
11. Барабаш Ю.Г. Державно-правові конфлікти в теорії та практиці конституційного права: [монографія] / Ю.Г. Барабаш. – Х. : Право, 2008.
12. Лисенко О. Кабінет Міністрів України : становлення і функціонування (1990-1995) / О. Лисенко // Політичний менеджмент. – 2005. – № 5.

Совгиря О.В. Структура конституційно-правового статусу Кабінету Міністрів України: теоретико-методологічні аспекти

У статті досліджено проблемні аспекти структури конституційно-правового статусу вищого органу виконавчої влади України. Проаналізовано позиції дослідників щодо зазначеного питання, а також чинне законодавство та подальші перспективи дослідження елементів конституційно-правового статусу Кабінету Міністрів України.

Ключові слова: конституційно-правовий статус, Кабінет Міністрів України, Уряд України.

Совгиря О.В. Структура конституционно-правового статуса Кабинета Министров Украины: теоретико-методологические аспекты

В статье исследуются проблемные вопросы структуры конституционно-правового статуса высшего органа исполнительной власти Украины. Анализируются позиции исследователей относительно указанного вопроса, а также действующее законодательство и дальнейшие перспективы исследования элементов конституционно-правового статуса Кабинета Министров Украины.

Ключевые слова: конституционно-правовой статус, Кабинет Министров Украины, Правительство Украины.

Sovhyria O.V. Structure of constitutional-legal status of the Cabinet of Ministers of Ukraine: theoretic-methodological aspects

This article analyzes the problematic aspects of the structure of constitutional legal status of the highest executive authority of Ukraine. The author elaborates upon the doctrinal approaches to the abovementioned issue and current legislation, as well as upon directions for further research of elements of constitutional legal status of the Cabinet of Ministers of Ukraine.

Key words: constitutional legal status, the Cabinet of Ministers of Ukraine, Government of Ukraine.



Виборчі спори: до визначення онтології видової характеристики

*Лещенко Ольга Дмитрівна,
аспірантка економіко-правового факультету Одеського
національного університету імені І.І. Мечникова, помічник
судді Приморського районного суду м. Одеси*

Вибори в сучасній демократичній державі є оптимальним інструментом періодичної зміни владних інститутів, що формуються шляхом виборчих процедур. Саме завдяки ним, а точніше, завдяки їх неналежному дотриманню, виникають виборчі спори.

Необхідно зазначити, що проблематика виборчих спорів – вельми багатогранна та є предметом дослідження як фахівців з конституційного права, так і фахівців з адміністративного права, дослідників судової системи та системи правоохоронних органів, міжнародного публічного права. Серед зазначених фахівців слід відмітити роботи зарубіжних вчених – Князева С.Д., Іщенко Е.П., Іщенко А.Е., Кисельової Л.А., Треушнікова М.К., Хрустальова Е.Н., Постникова А.Е., Попової Ю.А. та вітчизняних дослідників – Жушмана М.В., Панченка О. Але у своїх дослідженнях вказані фахівці торкаються переважно загальних проблем виникнення, попередження та вирішення виборчих спорів або особливостей їх судового розгляду. Дана стаття має за мету визначення онтологічних підходів до видової характеристики виборчих спорів, що виникають у процесі різного виду виборів, що здійснюються в Україні, та на різних стадіях виборчого процесу.

Слід зазначити, що виборчі спори є дуже різноманітними, проте це зовсім не означає, що їх неможливо згрупувати шляхом визначення їх видової характеристики, незважаючи на той факт, що деякі з них не володіють загальними ознаками сукупності. Виділення різних видів виборчих спорів є досить продуктивною дією, бо володіє не тільки доктринальним потенціалом,

тобто дозволяє виявити їх загальні ознаки, більш детально уявити собі та зрозуміти це правове явище, глибше пізнати його сутність, складові компоненти системи виборчих відносин, що мають характер охорони та зберігання, як частини правозахисного правовстановлюючого механізму виборчого права, а й суттєвим прагматичним наповненням – дає законодавцю можливість моделювати різні конфліктні ситуації, характеризувати та типізувати ознаки останніх, внаслідок чого є можливість здійснити дієву допомогу в керуванні електоральними юридичними конфліктами шляхом корегування відповідних норм виборчого законодавства.

Актуальність зазначеній проблематиці надає й той факт, що у національних наукових джерелах єдиної класифікації виборчих спорів за певними критеріальними ознаками ще немає. А тому існують окремі погляди та доктринальні позиції з цього питання.

Так, російським вченим Князевим С.Д. обґрунтована класифікація виборчих спорів, яка базується на їх призначенні в механізмі правового регулювання виборчих відносин. За цією ознакою спори систематизують у зв'язку з: призначенням виборів; реєстрацією (обліком) виборців; утворенням виборчих округів та виборчих дільниць; формуванням виборчих комісій; висуванням та реєстрацією кандидатів; проведенням передвиборної агітації; фінансуванням виборів та виборчих кампаній кандидатів; організацією голосування; визначенням результатів виборів [1].

Практично аналогічну класифікацію пропонує й дослідник Іщенко Є.П., однак підстави для класифікації він іменує в якості предмета спору (конфлікту). Предметом конфлікту, на його думку, можуть бути наступні обставини: призначення виборів; утворення виборчих округів та дільниць; складання списків виборців; формування та склад виборчих комісій; право політичних партій на участь у виборах в якості виборчих об'єднань; висування кандидатів у депутати та на виборні посади, надання ними відомостей; збір підписів на підтримку кандидатів та списків кандидатів. Внесення застави; відмова у реєстрації; зловживання можливостями засобів масової інформації (ЗМІ);

неправомірне використання службового приміщення; застосування «брудних» виборчих технологій; порушення правил ведення передвиборної агітації; порушення порядку фінансування виборів; відміна рішення про реєстрацію кандидата; безальтернативні вибори; перенесення дня голосування; порушення порядку та процедури голосування (в тому числі дострокового); порушення порядку фінансування виборів; порушення правил підрахунку голосів; встановлення результатів виборів; опублікування результатів виборів [2].

Представник науки конституційного права Кисельова Л.А. в якості критеріального чинника обрала суб'єктний підхід. Вона класифікує виборчі спори таким чином:

1. Про захист активного виборчого права (невключення до списку виборців, виключення зі списку виборців, помилки, пов'язані з прізвищем, ім'ям та по батькові).

2. Про захист пасивного виборчого права (право бути обраним). Остання група, у свою чергу, поділяється залежно від суб'єктного складу спірних правовідносин на спори про захист:

а) певного суб'єкта (громадяни, громадські об'єднання). Наприклад, про визнання відмови в реєстрації кандидата на виборчу посаду недійсною; про відмову у визнанні депутатських повноважень та видачі депутатського посвідчення, про визнання незаконними дій виборчої комісії, яка відмовила у прийнятті документів для реєстрації кандидатів на виборчу посаду;

б) необмеженого кола осіб. У цій групі об'єднуються два різновиди вимог про захист виборчих прав, спрямованих на захист як пасивного, так й активного виборчого права.

Слід зазначити, що два різновиди вимог про захист виборчих прав необмеженого кола осіб виникають у зв'язку з порушеннями в ході реалізації пасивного виборчого права кандидата на відповідну виборчу посаду через порушення в ході проведення передвиборної агітації, про визнання виборів недійсними. При цьому зауважуємо, що хоча ці вимоги спрямовані конкретними особами, які порушують пасивне виборче право, але по суті їхня

мета – захист активного виборчого права великої кількості громадян (необмеженого кола осіб) [3].

У свою чергу, Треушніков М.К. вважає за можливе класифікувати виборчі спори залежно від стадії розвитку виборчого процесу: при формуванні виборчих округів; при перевірці правильності у списках виборців; при визнанні та реєстрації кандидата у депутати; при проведенні передвиборної агітації; при проведенні голосування та підрахунку голосів; у процесі закріплення результатів голосування [4]. Вважаємо, що така класифікація виборчих спорів, безумовно, заслуговує на увагу, але вона не може вважатися вичерпною через різноманітність виборчих спорів як за суб'єктом захисту, так і за об'єктом спору.

Самостійний та своєрідний внесок у класифікацію виборчих спорів зробили вчені-процесуалісти з цивільного права. Так, в якості головних критеріїв класифікації таких спорів вітчизняний дослідник М.В. Жушман називає такі: 1) *рівень спору*, який виник залежно від рівня виборів – вибори до місцевих представницьких органів (*органів місцевого самоврядування* – авт.) або до загальнодержавних; 2) *предмет спору* – призначення виборів, неналежне формування виборчих округів та дільниць, неправильне включення або невключення до списків виборців; 3) *сторона, яка заявляє спір*, – виборчі комісії, виборці; кандидати на виборчу посаду, інші учасники виборчого процесу; 4) *порядок вирішення* – адміністративно-судовий; 5) *причина виникнення спорів* – порушення виборчого законодавства з боку державних органів та органів місцевого самоврядування, виборців, виборчих комісій та їх членів, кандидатів на виборчі посади [5].

Необхідно зазначити, що розробники вказаних вище класифікаційних ознак не торкаються та не включають до зазначеного вище кола ті ознаки, які в більшості своїй традиційно вважають дослідженими вченими-процесуалістами з конституційного права, про що вже йшлося раніше. Здається, що такі кваліфікаційні ознаки, як сторона, яка заявляє спір (у процесі – позивач), порядок вирішення спору, причини виникнення спору, – навряд чи можуть

розглядатися як підстави для класифікації виборчих спорів, що мають значення для судочинства. Радше їх використовують при проведенні узагальнення за результатами розгляду виборчих спорів.

Стосовно судочинства може бути використана така класифікаційна ознака, як предмет виборчого спору. Предмет виборчого спору, який підлягає вирішенню в суді, – це завжди спірні правовідносини, які регулюються нормами виборчого законодавства. Предмет спору визначається в позовній заяві, яку подає позивач, звертаючись до суду, в якій він конкретизує, з приводу якого саме порушення виборчого права він просить розглянути його вимогу.

Поряд із наведеними точками зору з приводу класифікації виборчих спорів існує доктринальна позиція Попової Ю.А., яка пропонує класифікувати всі виборчі спори за предметом спору і виділяє:

- спори, які виникають з виборчих правовідносин у зв'язку з порушенням організаційно-процедурних правил організації та проведення виборів та референдумів;

- спори про порушення нормативно-правового регулювання виборів та проведення референдуму.

Предметом захисту останніх, на думку Попової Ю.А., в усіх випадках будуть політичні права обирати та бути обраними, брати участь у проведенні референдуму громадян України [6].

Залежно від рівня виборів, що проводяться, виборчі спори можна поділити на спори, що виникають:

1. При проведенні загальнонаціональних (загальнодержавних) виборів.

На даному рівні виборчі спори можливі у зв'язку з проведенням виборів до Верховної Ради України; заміщення шляхом виборів посади Президента України. Взагалі особливості виборчих спорів на цьому рівні обумовлені спеціальним правовим регулюванням виборів, що проводяться. Тут необхідно звернути увагу на те, що це виключно загальнодержавне правове регулювання. Організація та порядок проведення загальнонаціональних виборів регулюються Законом України «Про вибори Президента України»

[7] та Законом України «Про вибори народних депутатів України» [8].

Територією проведення національних виборів є вся територія України. Як наслідок – виборчі спори у вказаних виборчих компаніях можуть виникнути в територіальній одиниці України, а також дипломатичних та консульських установах, розташованих за кордоном, що організують та проводять такі вибори. Масштабність виборів не може не здійснювати вплив на виборчі спори, що виникають у процесі їх проведення. Більш того, прагнення багатьох політиків та політичних партій оволодіти загальнодержавною владою здебільшого не має розумних меж, що, у свою чергу, спричиняє виникнення великої кількості конфліктних ситуацій та, як наслідок, виборчих спорів.

Отже, велика територія України, відокремленість багатьох районів від центру, наявність великої кількості сільських районів, де мешканці далекі від політики та не володіють необхідною інформацією про належний порядок реалізації та захист своїх виборчих прав – все це в багатьох випадках слугує благодатним підґрунтям для зловживання у сфері виборчого права.

Особливостями національних виборів також є й те, що відповідно до статей 18 та 19 Закону України «Про Центральну виборчу комісію» від 30 червня 2004 р. (із змінами та доповненнями) [9] зазначена комісія організує та проводить вибори Президента України і народних депутатів України. Рішення та дії (бездіяльність) Центральної виборчої комісії на виборах Президента України та народних депутатів України можуть бути безпосередньо оскаржені з боку інших суб'єктів виборчого процесу. Крім того, комісія володіє особливим правом на виборах Президента України щодо звернення до Вищого адміністративного суду України з позовом про скасування реєстрації кандидата на пост Президента України з підстав, встановлених законом (п. 13 ст. 18 Закону «Про Центральну виборчу комісію»).

Особливість правового регулювання виборчих відносин з боку суб'єктів виборчого процесу переважно відрізняється визначеною

самобутністю, насамперед, за предметом спору. Однак на своєрідність даного виду виборчих спорів робить вплив не тільки стан законодавства, але й так звані регіональні особливості суб'єкта, серед яких варто назвати географічні, демографічні, національно-культурні та інші умови, хоча вони не мають визначального значення.

Важливим необхідно визначити те, що судова та адміністративна практика розгляду виборчих спорів, що склалась у конкретному регіоні, на жаль, може суттєво відрізнятись, що, в свою чергу, дозволяє говорити про особливості виборчих спорів з точки зору прийняття рішень за ними стосовно окремо взятих суб'єктів. Це дійсно є дуже серйозною проблемою, що стосується багатьох регіонів.

Крім того, при вирішенні виборчих спорів слід урахувувати динамічність виборчого законодавства, часте внесення законодавчих змін та доповнень напередодні або вже під час виборчого процесу, прийняття рішень Конституційним Судом України щодо визнання окремих положень законів України конституційними чи неконституційними, що потребує оперативного та всебічного опанування змістом нормативних новел.

Необхідність єдиного застосування виборчого законодавства юрисдикційними органами, що розглядають виборчі спори, виходить з принципу рівності усіх перед законом та судом, що встановлено у ст. 24 Конституції України [10]. Однак, як вбачається із Довідки про результати вивчення та узагальнення судової практики апеляційного перегляду Вищим адміністративним судом країни судових рішень у справах, пов'язаних із виборчим процесом у 2006 році, судова практика по виборчим спорам має досить суперечливий характер при вирішенні аналогічних по змісту спорів та застосуванню чинного законодавства [11].

У процесі організації та розгляду судових справ, пов'язаних з виборами Президента України, 17 січня (перший тур) та 7 лютого (другий тур) 2010 р., адміністративними судами України було забезпечено законний розгляд справ під час виборчого процесу, в тому числі щодо надання громадянам України

можливості скористатися своїми виборчими правами. Крім того, організація роботи цих судів була здійснена на належному рівні, про що свідчить Остаточний звіт Місії ОБСЄ/БДПЛ з спостереження за виборами Президента України в 2010 р. [12].

Те ж саме можна сказати й про адміністративну практику розгляду виборчих спорів у виборчих комісіях різними суб'єктами. Оскільки основу правового режиму розгляду виборчих спорів як у судовому, так і в адміністративному порядку утворюють норми виборчого законодавства, то «різноманіття» стосовно процедури та критеріїв вирішення виборчих спорів є абсолютно неприпустимим.

II. При проведенні місцевих виборів виникають місцеві (їх також називають локальними, комунальними, адміністративними) спори. Це спори, що виникають при проведенні виборів до представницьких органів місцевого самоврядування (сільських, селищних, міських, районних у містах, районних, обласних рад та сільських, селищних, міських голів). Правову основу щодо організації та проведення виборів суб'єктів органів місцевого самоврядування складає Закон України «Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів» від 10 липня 2010 р. із змінами та доповненнями [13].

На специфіку місцевих виборчих спорів впливає не тільки їх спеціальне правове регулювання, але й особливості територіальної громади, на території якої проводяться вибори: рівень політичної та загально-правової культури населення; географічно-територіальні особливості. При цьому велике значення має те, чи то є територіальна громада міста, чи села, чи селища відповідної області, оскільки в останніх рівень політичної активності населення є значно нижчим і їхні члени не схильні брати участь у виборчих спорах.

При проведенні класифікації виборчих спорів залежно від рівня проведених виборів, необхідно відмітити, що до неї не входять спори, що мають місце при проведенні сумісних виборів, а також такі, що виникають

при проведенні виборів у міжвиборчий період, оскільки такі спори або охоплюють різні рівні виборів, або безпосередньо не є детермінованими якою-небудь виборчою компанією.

Класифікація залежно від об'єкта спору. Передусім необхідно звернути увагу, що ця класифікація має достатньо узагальнений характер, який не вичерпує та не охоплює усі виборчі спори, насамперед, у силу того, що будь-яке явище об'єктивної дійсності, яким і є виборчий спір, зовні має безліч проявів. Тому тут виникає завдання щодо виділення найбільш поширених та типових видів виборчих спорів залежно від їх об'єкта. Ця класифікація, на наш погляд, дає можливість проаналізувати закономірність ініціювання виборчих спорів саме за конфліктною складовою, підставами їх виникнення, виявити можливі конфліктні ситуації у виборчому процесі, акцентувати увагу на найбільш характерних із них.

Оскільки своєрідним комплексним об'єктом усіх виборчих спорів є порушення виборчих прав громадян, виділення різних видів виборчих спорів залежно від конкретних об'єктів передбачає облік та врахування конкретних різновидів порушень виборчих прав громадян. За цим критерієм виборчі спори доцільно поділити на наступні основні групи: а) спори, пов'язані з порушеннями в ході підготовчо-організаційних дій до проведення виборів; б) спори, пов'язані з реалізацією пасивного виборчого права кандидатами (в тому числі в складі списку кандидатів); в) спори, пов'язані з процедурою голосування та підбиття результатів виборів; г) спори, пов'язані з поствиборчими подіями.

До першої підгрупи виборчих спорів належать спори, що мають місце при призначенні виборів; при формуванні виборчих округів та дільниць; при включенні (невключенні) громадян до списків виборців; при формуванні виборчих комісій, а також спори, пов'язані з перенесенням дня голосування. Варто зауважити, що перераховані види виборчих спорів об'єднує те, що їх предметом є порушення, які перешкоджають нормальному та законному процесу проведення виборів.

До числа виборчих спорів, пов'язаних з реалізацією пасивного виборчого права, можна віднести спори, що мають місце: у зв'язку з різними порушеннями при висуванні кандидатів; у зв'язку з порушеннями порядку збору підписів на підтримання кандидатів; у зв'язку з відмовою в реєстрації кандидата, списку кандидатів (причому сама така відмова – це засіб відповідальності за виборчим правом, а її оспорування в юрисдикційному органі – це виборчий спір); у зв'язку з порушеннями правил ведення передвиборної агітації; у зв'язку з неправомірним використанням службового становища; у зв'язку з порушенням встановленого порядку фінансування виборів; у зв'язку зі скасуванням рішення про реєстрацію кандидата. Порушення виборчих прав у наведених випадках можуть бути обумовлені діями (бездіяльністю) як з боку самих кандидатів, так і з боку виборчих комісій, органів державної влади та їх посадових осіб.

Серед виборчих спорів, пов'язаних з процедурою голосування та підбиття результатів виборів, можна згадати спори з приводу порядку та процедур голосування, з приводу порушення порядку підрахунку голосів, а також з приводу встановлення результатів голосування та визначення результатів виборів. Вказані виборчі спори стосуються важливих та відповідних стадій виборчого процесу, в ході яких проходить безпосереднє визначення тих суб'єктів, які в подальшому будуть здійснювати державну чи місцеву владу. З цієї причини виборчі спори, пов'язані своїм предметом з таким об'єктом виборчого процесу, є дуже поширеними і часто мають вирішальний і констатуючий для всієї виборчої компанії характер. Інакше кажучи, від результату їх вирішення залежить те, чи будуть вибори вважатися такими, що відбулися, чи процес обрання виборних осіб буде продовжений.

Виборчі спори, пов'язані з поствиборчими подіями, мають місце в разі визнання виборів недійсними чи такими, що не відбулись. Від вирішення цих спорів у більшій мірі, ніж у попередньому виді спорів, залежить подальша доля проведення виборів.

Законодавство України, що регулює виборчий процес, передбачає проведення повторного голосування. Тому спори, пов'язані з проведенням повторного голосування та повторних виборів, на перший погляд стоять дещо відособлено в даній класифікації. При цьому, як справедливо зауважує Є.М. Хрустальов, якщо повторне голосування є продовженням ще не закінченого процесу виборів, то повторні вибори, по суті, є новими виборами: їх проводять за одними і тими самими загальними виборчими правилами. При цьому законодавство для повторних виборів може передбачати, зокрема, скорочені строки проведення окремих виборчих дій. Як наслідок – при проведенні повторних виборів можливі різні за своїм об'єктом виборчі спори, які охоплюють всі стадії виборчого процесу, при цьому яка-небудь специфіка об'єкта спору в порівнянні з загальними (основними) виборами тут не простежується [14].

Що стосується проведення повторного голосування, то виборчі спори, пов'язані з цим процесом, своїм об'єктом можуть мати ті самі порушення виборчих прав, що і при проведенні первинного голосування, підрахунку голосів та встановлення результатів виборів.

Класифікація виборчих спорів залежно від порядку їх розгляду та вирішення передбачає поділ виборчих спорів за підвідомчістю. Відповідно до чинного виборчого законодавства можна визначити дві групи виборчих спорів: судові виборчі спори та адміністративно-судові виборчі спори.

До першої групи виборчих спорів належать ті з них, вирішення яких здійснюється виключно в судовому порядку. Такі види правових спорів можуть бути розглянуті тільки в суді, і тільки суд вправі вирішити спір та прийняти остаточне рішення, закінчивши тим самим правову протидію сторін у рамках конкретного юридичного конфлікту.

Відповідно до Конституції України [15] права та свободи людини визначають зміст та спрямованість діяльності держави (ст. 3 Конституції України). В контексті цього однією з головних і беззаперечних ознак демократичної держави є наявність розвинутого виборчого законодавства,

яке забезпечує практичну можливість кожного громадянина реалізувати свої виборчі права, права інших учасників виборчого процесу та наявність ефективного судового захисту цих прав.

Оскільки сфера правосуддя у справах визначається об'єктом судового захисту, а чинна Конституція України закріпила необмеженість судової юрисдикції, передбачивши, що юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі (частина друга ст. 124 Конституції України), надзвичайно актуальною стає проблема реалізації права на судовий захист стосовно таких фундаментальних прав, якими є виборчі права громадян, а також права інших учасників виборчого процесу.

Слід зазначити, що з набранням чинності Кодексу адміністративного судочинства України [16] (далі – КАСУ) процедура вирішення справ, які виникають під час виборчого процесу, регламентується виключно зазначеним законодавчим актом. Через те наявність у виборчих законах процесуальних положень, що стосуються оскарження в судовому порядку рішень, дій та бездіяльності суб'єктів виборчих процесів, вносить певний дисбаланс у механізм захисту прав та інтересів учасників публічно-правових відносин, що міститься у КАСУ.

До числа судових виборчих спорів КАСУ відносить наступні спори, що виникають у процесі виборів чи референдуму: оскарження рішень, дій чи бездіяльності виборчих комісій (комісій з референдуму), членів цих комісій (ст. 172 КАСУ); уточнення списку виборців (ст. 173 КАСУ України); оскарження рішень, дій чи бездіяльності органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування, ЗМІ та їх власників, підприємств, установ, організацій, їхніх посадових та службових осіб, творчих працівників ЗМІ, які порушують законодавство про вибори та референдум (ст. 174 КАСУ); оскарження дій або бездіяльності кандидатів, їхніх довірених осіб, партій (блоку місцевих організацій партій) їхніх посадових осіб та уповноважених осіб, ініціативних груп референдуму, інших суб'єктів ініціювання референдуму, офіційних спостерігачів від суб'єктів виборчого процесу (ст.

175 КАСУ); скасування реєстрації кандидата на пост Президента України (ст. 176 КАСУ).

Крім того, слід зазначити, що для звернення до суду немає необхідності подавати скаргу до виборчої комісії. У зв'язку з чим А.Є. Постников зазначає, що звернення до виборчих комісій, а не до суду, в більшості випадків втрачає для заявників сенс [17]. Частіше заявники, незадоволені вирішенням спору в адміністративному порядку, звертаються до суду. Це дозволяє зробити висновок, що, незважаючи на можливість та важливість адміністративного і судового порядку вирішення виборчих спорів, судовий порядок є більше ефективним способом правового захисту.

До другої групи виборчих спорів відносяться такі, які можуть бути розглянуті як у судовому, так і в адміністративному порядку.

Система виборчих комісій побудована на основі територіальної організації виборів. Для загальнонаціональних виборів в Україні ця система традиційно має три рівні: перший (вищий) – *Центральна виборча комісія* (далі – ЦВК), другий (проміжний) – *територіальні виборчі комісії* (виборча комісія Автономної Республіки Крим, обласні виборчі комісії, районні виборчі комісії (у тому числі міст Києва та Севастополя); районні у містах виборчі комісії (у містах, де утворені районні у місті ради); селищні, сільські виборчі комісії, третій (нижній) – *дільничні виборчі комісії*. Функціонування такої системи забезпечується спеціальним характером адміністративного управління різних рівнів виборчих комісій, який обумовлений порядком їх формування, організації діяльності, повноваженнями тощо.

Проміжну ланку виборчих комісій, які діють у межах територіального виборчого округу, прийнято називати *окружними* (ст. 24 Закону України «Про вибори народних депутатів України») або *територіальними* (ст. 21 Закону України «Про вибори Президента України» 2004 р. та ст. 19 Закону України «Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів»).

Систематичний аналіз зазначених норм законів дає змогу

стверджувати, що заявник у перерахованих випадках на свій розсуд вправі звернутися для вирішення виборчого спору до вищестоящої виборчої комісії, яка розглядатиме та вирішуватиме виборчий спір в адміністративному порядку. Водночас, заявник має можливість, яка встановлена законом, у будь-який час надіслати аналогічну скаргу до суду чи звернутися до нього відразу, не звертаючись до адміністративного порядку вирішення виборчих спорів.

Виходячи з викладеного, для найменування групи виборчих спорів, що розглядаються, можна використовувати термін адміністративно-судові, який відображає саму сутність та специфіку цього виду виборчих спорів, коли заявник самостійно визначає адміністративний чи судовий спосіб для їх розгляду. При цьому важливо підкреслити, що не всі дії (бездіяльність) та рішення виборчих комісій, що порушують виборчі права громадян, можуть бути предметом розгляду в адміністративному порядку.

Передусім в адміністративному порядку не можуть бути розглянуті скарги на дії (бездіяльність) та рішення ЦВК та її посадових осіб. Це обумовлено тим, що для ЦВК України немає безпосередньої вищестоящої виборчої комісії, внаслідок чого застосовується виключно судовий порядок вирішення виборчих спорів.

Частину спорів щодо правовідносин, пов'язаних з виборчим процесом чи процесом референдуму, так само можна віднести до категорії спорів із суб'єктом владних повноважень щодо оскарження його рішень, дій чи бездіяльності. Адже у них здебільшого йдеться про оскарження рішень, дій чи бездіяльності виборчої комісії чи комісії з референдуму, які мають владні повноваження. Якась частина виборчих спорів, саме та, що розглядається за зверненням виборчої комісії, охоплюється категорією спорів за зверненням суб'єкта владних повноважень. Однак є низка виборчих спорів, де суб'єкта владних повноважень може й не бути, – тут йдеться про спори між кандидатами на виборну посаду, партіями (блоками) тощо. Тому виникає нагальна потреба окремо виділити спори щодо правовідносин, які пов'язані з

виборчим процесом чи референдумом.

На наш погляд, у сучасному розвитку суспільних відносин, що виникають під час та навколо виборів, конфліктні ситуації є настільки різними, що дуже важко або практично неможливо визначити усі підстави для їх виникнення. Тому на основі викладеного вище, включаючи й системне тлумачення положень виборчих законів України, пропонуємо наступну класифікація виборчих спорів, здійснювану за різними ознаками, які безпосередньо пов'язані з сутністю самих спорів.

I. За об'єктом захисту: справи про захист активного виборчого права; справи про захист пасивного виборчого права.

II. За предметом виборчого спору: спори, пов'язані з помилками в списках виборців; спори, пов'язані з порядком утворення виборчих комісій відповідних рівнів; спори, пов'язані з порушенням в ході проведення передвиборної агітації; спори, пов'язані з порушеннями при проведенні процедури голосування по виборах депутатів до органів місцевого самоврядування та Верховної Ради Автономної Республіки Крим, виборів народних депутатів України, виборів Президента України, спори, пов'язані з встановленням результатів виборів та референдуму.

III. За суб'єктом виборчого спору: спори за участю суб'єктів, які реалізують виборче право (виборці, кандидати на виборчі посади); спори за участю суб'єктів, які наділені владними, в тому числі розпорядчими, повноваженнями (виборчі комісії різних рівнів, органи влади та органи місцевого самоврядування, посадові та службові особи цих органів); спори за участю суб'єктів, які сприяють реалізації виборчих прав (довірені особи кандидатів, ЗМІ, виборчі блоки та об'єднання, громадські організації, ініціативні групи виборців).

IV. Залежно від предмета спору: про призначення виборів; про формування виборчих округів та ділянок; про складання списків виборців; про формування виборчих комісій; про висунення кандидатів, списків кандидатів; про відмову у реєстрації кандидата; про неправомірне

використання можливостей ЗМІ; про неправомірне використання службового положення; про порушення проведення правил ведення передвиборчої агітації; про порушення порядку фінансування виборів; про скасування рішення про реєстрацію кандидата, списку кандидатів.

V. У зв'язку з порушенням порядку та процедури голосування: про порушення правил підрахунку голосів; про визнання виборів недійсними чи такими, що не відбулись; з питання повторного голосування, повторних виборів.

VI. Залежно від стадії виборчого процесу, в рамках якої виникає спір: про призначення виборів; про відмову в реєстрації; про скасування реєстрації кандидата, списку кандидатів; про оскарження висновків голосування, результатів виборів.

В онтологічному та гносеологічному аспектах найбільш характерними, типовими причинами виникнення виборчих спорів в Україні є: недосконалість виборчого законодавства; неоптимальне застосування виборчого законодавства виборчими комісіями різних рівнів; порушення виборчого законодавства виборцями та іншими суб'єктами виборчого процесу; порушення вимог виборчого законодавства ЗМІ та їх працівниками; порушення вимог виборчого законодавства кандидатами на виборчі посади, їх представниками, уповноваженими особами, спостерігачами та членами виборчих комісій; неоднозначне застосування норм виборчого законодавства судовими органами.

Слід вказати, що з праксеологічної точки зору вказані причини виборчих спорів виявляються на всіх стадіях виборчого процесу, однак з урахуванням особливостей правовідносин, що виникають на кожній стадії.

Резюмуючи, можна дійти таких основних висновків:

- необхідно розмежувати поняття виборчого конфлікту та виборчого спору, оскільки перше є більш широким та ємким, бо включає в себе всі електоральні конфліктні ситуації, причому як юридичного, так і не юридичного характеру. При цьому для юридичної науки найбільш цікавим є дослідження виборчих спорів як різновидів юридичних конфліктів;

- такі поняття, як виборчо-правовий спір, спір про виборчі права та

ПИТАННЯ ЮРИДИЧНОЇ ТЕОРІЇ І ПРАКТИКИ

виборчий спір, необхідно розглядати в якості тотожних, бо вони означають одне й те саме правове явище;

- виборчі спори мають самостійне значення в юридичному механізмі захисту виборчих прав громадян, внаслідок чого їх необхідно відрізнити від інших видів такого захисту;

- основною причиною виникнення виборчих спорів є, з одного боку, недостатньо високий рівень правової культури виборців – прямих учасників виборчого процесу, відсутність у них глибоких пізнань та навиків застосування сучасного виборчого законодавства, а з другого, – недосконалість останнього, наявність у ньому прогалин, суперечностей, колізій;

- в електоральній практиці причини виникнення виборчих спорів є досить різноманітними, однак основними з них є порушення виборчих прав громадян. Водночас, оскільки в Конституції України є відсутніми спеціальні «виборчі» норми, що стосуються нівелювання причин виникнення та запобігання виборчих спорів, а також порядку їх вирішення, такі норми профільного характеру містяться у виборчих законах України, що регулюють вибори різних рівнів, але вони не є вельми ефективними з погляду наявності в них прогалин;

- викладене свідчить про необхідність єдиного та однакового застосування виборчого законодавства юрисдикційними органами, які розглядають виборчі спори, що витікає із принципу рівності усіх перед законом та судом, який закріплено у ст. 33 Конституції України;

- негативних наслідків у сфері електоральної демократії не уникнути, допоки законодавець не забезпечить належного правового регулювання встановлення та порядку вирішення спорів у виборчому процесі та не поєднає шляхом зведення виборчого законодавства в єдиний акт, тобто виконання кодифікаційних робіт у сфері виборчого законодавства, всі види виборчих спорів.

Список використаних джерел

1. Князев С.Д. Избирательные споры / С. Д. Князев // Известия ВУЗов.

– 2001. – № 3. – С. 53–69.

2. Ищенко Е.П., Ищенко А.Е. Избирательные споры : возникновение, разрешение, предупреждение/ Е.П. Ищенко, А.Е. Ищенко. – М. : РЦОИТ, 2002. – С. 53–68.

3. Киселева Л.А. Судебная защита избирательных прав граждан Российской Федерации / Л.А. Киселева : дис. канд. юр. наук: 12.00.03/ Московская государственная юридическая академия. – М., 1999. – С. 164.

4. Треушников М.К. Судебная защита избирательных прав в России/ М.К. Треушников // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. – 2000. – № 1. – С. 14.

5. Жушман М.В. Судовий розгляд справ, що виникають з законодавства про вибори / М.В. Жушман : дис. канд. юр. наук : 12.00.03 // Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. – Х, 2004. – С. 56.

6. Избирательное право и избирательный процесс в Российской Федерации : Учебник для вузов / Отв. ред. А.А. Вешняков. – М. : Норма, 2003. – С. 490–517.

7. Про вибори Президента України : Закон України № 474-XIV від 5 березня 1999 р. з подальшими змінами // [Електронний ресурс. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/474-14/page>]

8. Про вибори народних депутатів України: Закон України № 4061-17 від 17 листопада 2011 р. з подальшими змінами // [Електронний ресурс. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/4061-17/page>]

9. Про Центральну виборчу комісію: Закон України від 30 червня 2004 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 36. – Ст. 448.

10. Конституція України від 28 червня 1996 року // Відомості Верховної ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

11. Адміністративна юстиція України : проблеми теорії і практики. Настільна книга судді / За заг. ред. О.М. Пасенюка. – К. : Істина, 2007. – С. 460–479.

12. Панченко О. Деякі питання організації роботи адміністративних судів України із забезпечення розгляду справ, пов'язаних з виборчим

процесом з чергових виборів Президента України у 2010 році / О. Панченко // Вісник Вищого адміністративного суду України. – 2010. – № 2. – С. 35–40.

13. Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів: Закон України від 10 липня 2010 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 35–36. – Ст. 491.

14. Хрусталеv Е.Н. Избирательный процесс в России: понятие и стадии / Е. Н. Хрусталеv // Правоведение. – 1998. – № 2. – С. 34.

15. Конституція України 1996 р.// Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 31. – Ст. 140.

16. Кодекс адміністративного судочинства України від 6 липня 2005 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 35–36, № 37. – Ст. 446.

17. Постников А.Е. Избирательное законодательство: необходимо четкое разделение полномочий между различными уровнями власти при проведении выборов / А. Е. Постников // Журнал российского права. – 2002. – № 5. – С. 16.

Лещенко О.Д. Выборчі спори: до визначення онтології видової характеристики

Стаття присвячена дослідженню онтологічних підходів до видової характеристики виборчих спорів в Україні, надається їх авторська класифікація.

Ключові слова: виборчі спори, видова характеристика, класифікація.

Лещенко А.Д. Избирательные споры: к определению онтологии видовой характеристики

Статья посвящена исследованию онтологических подходов к видовой характеристике избирательных споров в Украине, предоставляется их авторская классификация.

Ключевые слова: избирательные споры, видовая характеристика, классификация.

Leshchenko O.D. Electoral disputes: on determination of ontology of aspectual characteristics

The article studies ontological approaches for aspectual characteristics of electoral disputes in Ukraine. Authors' classification is being presented.

Key words: electoral disputes, aspectual characteristics, classification.

Рецензія*

на статтю аспірантки економіко-правового факультету
Одеського національного університету ім.І.І.Мечнікова,
помічника судді Приморського районного суду міста Одеси

Лещенко Ольги Дмитрівни

на тему:

«Виборчі спори: до визначення онтології видової характеристики»

Зазначена тема присвячена актуальній проблемі щодо класифікації виборчих спорів, яка базується на їх призначенні в механізмі правового регулювання виборчих відносин.

Актуальність ідей, що запропонована в рецензованому рукопису полягає в тому, що дана стаття має за мету визначення онтологічних підходів до видової характеристики виборчих спорів, що виникають у процесі різного виду виборів, що здійснюються в Україні та на різних стадіях виборчого процесу.

Незважаючи на те, що у національних наукових джерелах єдина класифікація виборчих спорів за певними критеріями не напрацьована, тому існують окремі погляди та доктринальні позиції з цього питання. Авторка в статті здійснила докладний аналіз класифікацій виборчих спорів та зробила висновки, щодо усунення деяких негативних явищ у виборчих правовідносинах.

Джерела, які цитуються в статті, на яку надається рецензія містять думку вітчизняних дослідників, а також зарубіжних вчених, що свідчить про теоретичну та практичну цінність рукопису.

Положення статті щодо виборчих спорів у сфері правосуддя заслуговує особливої уваги, оскільки надзвичайно актуальною стає проблема реалізації права на судовий захист стосовно таких фундаментальних прав, якими є виборчі права громадян, а також права інших учасників виборчого процесу.

Вважаю, що стаття на яку надається рецензія містить нові наукові результати та заслуговує публікації в науковому виданні, що включений в Перелік ВАК України.

Заступник голови Приморського
районного суду міста Одеси
член-кореспондент Національної
академії правових наук України
д.ю.н., професор

С.О.Погрібний

* Збережено стиль і граматику оригіналу.



Обмеження щодо членства у професійних спілках в рамках тенденції стирання розбіжностей правового статусу різних категорій працівників

*Щотова Юлія Миколаївна,
кандидат юридичних наук, декан юридичного факультету,
доцент кафедри цивільно-правових дисциплін
Академії праці і соціальних відносин
Федерації професійних спілок України*

УДК 331.152: 329

Одним з трудових прав, правове регулювання якого на сьогодні характеризується диференціацією відносно працівників різних сфер праці, є право на об'єднання. З одного боку, згідно з частиною першою ст. 13 Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» від 15 вересня 1999 р. № 1045-XIV держава повинна забезпечувати реалізацію права громадян на об'єднання у професійні спілки та додержання прав та інтересів профспілок. При цьому принцип заборони державного втручання, здатного обмежити права на свободу об'єднання чи перешкоджати його законному здійсненню, на думку Г.І. Чанишевої, віднесено до основних міжнародних принципів, що розкривають зміст права на свободу об'єднання [2, с. 93–94]. З іншого боку, на сьогодні право на об'єднання у професійні спілки відповідно до норм чинного законодавства України врегульоване так, що норми національного законодавства України містять вказівку на ряд категорій працівників, які обмежені щодо членства у цих організаціях.

Таким чином, у рамках національної системи законодавства України констатуємо наявність норм-винятків щодо права на об'єднання у професійні спілки. Це означає, що практичне впровадження в Україні тенденції стирання розбіжностей у правовому статусі різних категорій працівників утруднюється

через втручання держави у реалізацію цього права – встановлення обмежень. Ось чому виникла необхідність дослідження цього актуального питання.

Метою даної статті є визначення підстав та доцільності обмежень щодо членства у професійних спілках деяких категорій працівників відповідно до норм законодавства України. Задля цього необхідно розглянути міжнародні стандарти правового регулювання права на об'єднання, встановити підстави обмеження права на об'єднання в рамках законодавства України, з'ясувати доцільність встановлених обмежень. За основу дослідження взято праці таких науковців як І.В. Кудрявцев, Г.В. Осовий, С.Д. Порощук, О.Л. Тупиця, Г.І. Чанишева, Т.В. Штих та інших.

У міжнародному вимірі право на об'єднання, як вказує І.Я. Кисельов, визнається одним із найважливіших у цивілізованому суспільстві, а його реалізація визначається показником існування в ньому демократії [3, с. 59]. Світова історія свідчить, що в результаті кількавікового протистояння між працею та капіталом наймані працівники вибороли спочатку право на об'єднання у професійні спілки з метою захисту своїх інтересів, а згодом – на колективні переговори з власниками і право на страйк як крайній засіб захисту своїх прав та інтересів. Таким чином, на початку ХХ ст. утворилася своєрідна «тріада» профспілкових прав: на об'єднання (асоціації); на колективні переговори (договори); на страйки, вказує Г.В. Осовий [4, с. 13]. У законодавстві окремих країн допускається реалізація цього права, якщо неможливо позбавити певні категорії громадян, навіть з мотивів забезпечення національної безпеки та громадського порядку, охорони здоров'я населення або захисту прав і свобод інших людей. На це звертають увагу і експерти МОП при здійсненні огляду доповідей країн-членів МОП, які ратифікували конвенції № 87 та № 98, про виконання цих конвенцій, виділяючи три умови вільної реалізації права трудящих і підприємців створювати організації та вступати до них: відсутність будь-яких обмежень кола осіб, котрі мають право на об'єднання; відсутність попереднього дозволу на створення організацій; свобода вибору організацій для осіб, які бажають вступити до них [5, с. 89].

Враховуючи викладене, цілком обґрунтованим є висновок Т.В. Штих щодо права на об'єднання стосовно суддів: «відповідно до міжнародних стандартів за судьями визначається право на організацію, реалізація якого здійснюється в межах, визначених національним законодавством. Це право належить до переліку загальних трудових прав суддів як працівників держави і його реалізація має бути гарантована державою» [6, с. 129]. Такий висновок цілком справедливий для всіх працівників без виключення.

Та чи відповідає правове регулювання права на об'єднання в національному законодавстві України міжнародним стандартам? Розпочнемо з того, що закріплення права на об'єднання у розділі II Конституції України «Основні права і свободи людини і громадянина» означає, що за основу взято правове регулювання таких принципів, як рівність усіх людей у правах (ст. 21); гарантування та неможливість скасування конституційних прав, недопущення звуження змісту та обсягу закріплених конституційних прав і свобод (ст. 22). Тому цілком логічно класифікувати права на об'єднання як «основні права людини» [7, с. 33] за їх основними, «початковими» показниками, «дозами», які мають бути рівними, однаковими в усіх людей задля визначення таких правовими (від слів «правильний», «справедливий», «праведний» тощо), вказує П.М. Рабінович [8, с. 9].

Водночас у ст. 64 Конституції України [1] передбачено: «конституційні права і свободи людини і громадянина не можуть бути обмежені, крім випадків, передбачених Конституцією України». Відповідно у ст. 36 чітко встановлено обмеження членства у професійних спілках. Так трактувати питання дещо «застаріло» з огляду на міжнародні стандарти права на об'єднання. Прийняті раніше міжнародні та регіональні нормативно-правові акти, що включають норми з приводу права на об'єднання (наприклад, ст. 11 Європейської Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р.), містять положення щодо можливості обмеження цього права в законодавстві окремих країн. У прийнятих пізніше документах (ст. 14 Хартії Співтовариства про основні соціальні права трудящих від 9 грудня 1989 р.) йдеться про встановлення особливостей реалізації права на об'єднання у

професійні спілки як основного права, що належить кожному працівникові та кожному роботодавцеві без винятку.

Невідповідність правового регулювання права на об'єднання у професійні спілки в нормах національного законодавства України міжнародним стандартам простежується і в інших актах національного законодавства України, що включають норми стосовно права на об'єднання. Так, відповідно до частини першої ст. 7 Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» «членами профспілок можуть бути особи, які працюють на підприємстві, в установі або організації *незалежно від форм власності і видів господарювання... (виділення моє – прим. автора)*». Водночас частиною другою ст. 3 цього ж Закону передбачена можливість встановлення особливостей застосування Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» у Збройних Силах України (для військовослужбовців), органах внутрішніх справ, Державній кримінально-виконавчій службі України, Службі безпеки України, Службі зовнішньої розвідки України. І такі положення цілком відповідали б міжнародним стандартам правового регулювання права на об'єднання у професійні спілки, якби не декілька «але».

Особливості застосування Закону дійсно передбачені щодо співробітників органів внутрішніх справ України, Державної кримінально-виконавчої служби України. А тому цілком обґрунтованій діяльності громадських структур, зокрема професійних спілок працівників органів внутрішніх справ, С.Д. Порошук надає принципове значення для посилення гарантій соціально-правового захисту співробітників міліції. Науковець вказує, що для її здійснення існують юридичні передумови на рівні закону для діяльності профспілок: Закон України «Про міліцію», Положення про службу в органах внутрішніх справ, в яких закріплено можливість заснування профспілок в органах внутрішніх справ. С.Д. Порошук констатує, що в окремих регіонах створені професійні спілки з числа співробітників міліції. Водночас перешкодою для створення таких структур є відсутність нормативно-юридичного акта, який конкретизував би законодавчі положення, установлені процедури їх реалізації. Певною мірою не сприяє вирішенню цієї проблеми

позиція керівників органів внутрішніх справ, які не зацікавлені у створенні органу, який за своїм призначенням здійснюватиме контроль за правомірністю їх рішень з різних кадрових питань і питань матеріально-побутового влаштування співробітників цих органів [10, с. 94].

Щодо осіб рядового і начальницького складу та працівників кримінально-виконавчої служби, то відповідно до частини другої ст. 15 Закону України «Про Державну кримінально-виконавчу службу України» від 23 червня 2005 р. № 2713-IV [11] такі можуть бути членами громадських організацій, статутні положення яких не суперечать засадам діяльності Державної кримінально-виконавчої служби України, і можуть брати участь у їх роботі у вільний від виконання службових обов'язків час.

Водночас працівники інших категорій, перерахованих у рамках частини другої ст. 3 Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності», обмежені у праві на об'єднання у професійні спілки. Так, відповідно до частини першої ст. 17 Закону України «Про Збройні Сили України» від 6 грудня 1991 р. № 1934-XII [12] військовослужбовці зупиняють членство у політичних партіях та професійних спілках на період військової служби. Відповідно до ст. 5 Закону України «Про Службу безпеки України» від 25 березня 1992 р. № 2229-XII [13] на період служби чи роботи за трудовим договором членство співробітників Служби безпеки України у таких об'єднаннях зупиняється. Як виняток дозволяється членство працівників, які уклали трудовий договір із Службою безпеки України, у професійних спілках.

У частині другій ст. 8 Закону України «Про розвідувальні органи України» від 22 березня 2001 р. № 2331-III [14] передбачено, що у розвідувальних органах України забороняється створення і діяльність організаційних структур політичних партій та інших об'єднань громадян, що мають політичні цілі. Членство та участь співробітників розвідувальних органів України у діяльності політичних партій та інших об'єднань громадян, що мають політичні цілі, не допускається. При цьому відповідно до частини третьої цієї ж статті як виняток дозволяється членство працівників, які уклали трудовий договір з розвідувальними органами України, у професійних спілках.

Крім того, варто зауважити, що, незважаючи на відсутність вказівки на відповідну можливість у рамках Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» згідно зі ст. 127 Конституції України [15] і частиною третьою ст. 53 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 7 липня 2010 р. № 2453-VI [189], суддя не може бути членом профспілки. Відповідно до ст. 16 Закону України «Про Конституційний Суд України» [16] його судді не можуть бути членами профспілки.

Таким чином, обмеження щодо права на об'єднання у професійні спілки передбачені у нормах чинного законодавства України стосовно військовослужбовців Збройних сил України, співробітників Служби безпеки України, співробітників розвідувальних органів України, суддів, включаючи суддів Конституційного Суду України.

Аналізуючи даний перелік категорій працівників, обмеження членства у професійних спілках щодо яких встановлені на сьогодні, вважаємо причиною даної проблеми (зокрема встановлення обмежень, а не особливостей реалізації, як це передбачено міжнародними стандартами правового регулювання права на об'єднання у професійні спілки) недосконалість законодавства у сфері державної служби.

Одразу зауважимо, що сфера дії Закону України «Про державну службу» від 17 листопада 2011 р. № 4050-VI [17] визначена таким чином, що судді, військовослужбовці Збройних сил України та інших військових формувань, утворених відповідно до закону, особи рядового і начальницького складу органів внутрішніх справ та інших органів, яким присвоюються спеціальні звання, виключені зі сфери дії вказаного закону, що може трактуватися як позбавлення цих категорій працівників органів держави статусу державних службовців і ставити під сумнів виділену нами як загальну об'єднуючу особливість правового статусу для тих категорій працівників, щодо яких на сьогодні встановлено обмеження права на об'єднання у професійні спілки. Тому одразу пояснимо, що виключення зі сфери дії закону не обов'язково позбавляє суб'єктів статусу державних службовців. Тим більше, що про це зазначають експерти Головного науково-експертного управління, коли

стверджують про невизначеність мети, яка переслідується у проекті: «підкреслити, що за характером діяльності органів, обсягом компетенції на конкретній посаді, специфікою виконуваної функції вказані особи перебувають на державній службі, але при цьому на вказаних осіб поширюється дія спеціальних законів (як це має місце на даний час), чи однозначно вивести визначених осіб з категорії державних службовців, з чим не можна беззастережно погодитись» [18].

Отже, приналежність усіх працівників, перерахованих у рамках частини другої ст. 3 Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності», до числа державних службовців в широкому розумінні категорії як загальної властивості суб'єктів, щодо яких на сьогодні встановлено обмеження права на об'єднання у професійні спілки, візьмемо за відправну точку визначення тих особливостей, які доцільно закріпити у національному законодавстві стосовно реалізації права на об'єднання у професійні спілки як передумову включення цих категорій працівників, на сьогодні позбавлених можливості членства у професійних спілках, хоч би то і на певний період, до суб'єктів права на об'єднання у професійні спілки. Лише у такому разі буде дотримано принцип свободи об'єднання і членами профспілок зможуть бути всі особи, які працюють на підприємстві, в установі або організації, незалежно від форм власності і видів.

Погодимось з І.В. Кудрявцевим з приводу того, що необхідно включити право на об'єднання для охорони своїх професійних, службово-трудова, соціально-економічних прав та інтересів до переліку основних службово-трудова прав державних службовців до Закону України «Про державну службу». Водночас зауважимо, що у спеціальних законах, які визначають особливості правового становища державних службовців окремих систем державних органів (прокуратури, судів, дипломатичної служби, митного контролю, служби безпеки, внутрішніх справ та інших) слід визначити не обмеження або заборони щодо реалізації такого права [19, с. 474], а особливості реалізації. Як їх визначити? Для цього вважаємо за доцільне визначити ті базові

характеристики правового статусу державного службовця в Україні, реалізація права на об'єднання які нібито може порушити.

На сьогодні правовий статус державного службовця відповідно до норм Закону України «Про державну службу» [17], як було зазначено раніше, не містить загального обмеження права на об'єднання. Такі передбачені у спеціальних законах. При цьому у спеціальних законах обмеження права на об'єднання, як правило, міститься в рамках обмежень права на об'єднання у політичні партії. А саме ст. 17 Закону України «Про Збройні Сили України» [12], де зазначається про обмеження членства у професійних спілках військовослужбовців на період служби, називається «Обмеження політичної діяльності у Збройних Силах України». Ст. 15 Закону України «Про Державну кримінально-виконавчу службу України» [11] називається «Обмеження політичної діяльності в Державній кримінально-виконавчій службі України», чим обмеження права на об'єднання у професійні спілки пов'язується з необхідністю обмеження політичної діяльності. Аналогічний зв'язок простежується і в рамках ст. 8 «Про розвідувальні органи України», назвою якої взагалі є «Позапартійність розвідувальних органів України» [14].

Чому ж існує такий зв'язок? Однією з причин є те, що в СРСР відносини комуністичної політичної партії з професійними спілками не можна було позначити інакше, як підпорядкування. А тому права на об'єднання у політичні партії і професійні спілки були пов'язані. Втім сьогодні немає підстав стверджувати про такі принципи взаємовідносин політичних партій і профспілкових організацій. В.Г. Осовий вказує, що трансформація українських профспілок за добу незалежності і формування їх нового типу має загальні риси. Серед таких рис науковець називає «проголошення «нейтральності» професійних спілок щодо політичних партій, рухів, громадських об'єднань і організацій та співробітництва з ними лише з конкретних питань соціально-економічного захисту інтересів людини праці або блокування з ними на період виборних кампаній, при формуванні депутатських фракцій» [4, с. 25].

«Загалом, – вказує О.Л. Тупиця, – політичне представництво за допомогою профспілок можна умовно розподілити на три напрями:

1) включення лідерів профспілок у виборчі списки політичних партій;
2) утворення самостійних політичних сил – суб'єктів виборчого процесу;
3) класичний лобізм». При цьому науковець пояснює, що основними інструментами діяльності профспілок у межах третього напрямку, класичного лобіювання, виступають укладення галузевих трудових угод з роботодавцями та масові публічні акції [20, с. 140]. Виходячи з означених форм взаємодії професійних спілок і політичних партій, цілком обґрунтовано, на наш погляд, сьогодні встановлені особливості діяльності профспілок співробітників працівників ОВС України як обмеження таких об'єднуватись з будь-якими іншими профспілковими асоціаціями. За визначенням С.Д. Порощука, у поєднанні з загальновизнаною заборонаю співробітникам ОВС створювати або вступати до політичних партій, все це, по-перше, визначає певну «замкненість» у діяльності, організації та структурі профспілок, а, по-друге, зумовлює особливості цієї діяльності, спричинені специфікою чинників процесу формування цих професійних об'єднань [10, с. 94].

Беручи за основу виділені форми взаємодії професійних спілок і політичних партій, задля можливості закріплення такого права за всіма працівниками і тим самим втілення міжнародних стандартів права на об'єднання у професійні спілки в законодавстві України, вважаємо, доцільно закріпити дане право за всіма без винятку працівниками, включаючи державних службовців як професійних працівників усіх органів держави. Для цього в рамках Закону України «Про державну службу» слід прямо закріпити відповідне право за службовцями всіх органів держави, передбачивши на сьогодні для окремих з них, але за умови втілення в законодавстві у сфері державної служби принципу позапартійності державних службовців і політичної активності службовців виключно на політичних посадах, для всіх державних службовців наступні особливості діяльності професійних спілок як гарантію політичної нейтральності: 1) професійні спілки державних службовців повинні бути позбавлені права створення політичних партій, 2) професійні спілки державних службовців не повинні мати можливості бути колективними членами політичних партій, як і лідери та члени професійних спілок окремо

повинні бути позбавлені можливості членства у політичних партіях, 3) професійні спілки державних службовців повинні бути позбавлені можливості фінансувати політичні партії з власних політичних фондів, 4) професійні спілки державних службовців не повинні мати можливості об'єднуватися з політичними партіями та іншими профспілками, профспілковими об'єднаннями, окрім інших профспілок державних службовців та їх об'єднань; 5) професійні спілки державних службовців повинні здійснювати політичне представництво за напрямом лобювання інтересів працівників цієї сфери тільки у формі укладання колективних договорів і угод різного рівня, не маючи можливості вдаватися до масових публічних акцій, включаючи страйки.

Список використаних джерел

1. Конституція України від 28 червня 1996 року : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.president.gov.ua/content/constitution.html>
2. Чанишева Г. Право на об'єднання як колективне трудове право / Г.І. Чанишева // Юридический вестник. – 2000. – № 3. – С. 89–95.
3. Киселев И.Я. Трудовое право в условиях рыночной экономики: опыт стран запада / И.Я. Киселев // – М. : «Статус ЛТД +», 1992. – 329 с.
4. Осовий Г.В. Профспілковий рух в Україні : нова соціальна роль, стан та перспективи / Г.В. Осовий // Профспілки України. – № 1. – 2001 – С. 3–25.
5. О свободе объединений и коллективных переговорах // Человек и труд. – 1995. – № 7. – С. 89–90.
6. Штих Т.В. Право на страйк та його обмеження відносно суддів / Т.В. Штих // Південноукраїнський правничий часопис. – 2010. – № 1. – С. 129–131.
7. Чанишева Г.І. Теоретичні проблеми правового регулювання колективних трудових відносин в сучасних умовах/ Г.І. Чанишева // Право України. – 2000. – № 8. – С. 31–34, 37.

8. Рабінович П.М. Основи загальної теорії права та держави. Видання 5-те, зі змінами / П.М. Рабінович // Навчальний посібник. – К. : Атіка. – 2001. – 176 с.
9. Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності : Закон України від 15 вересня 1999 р. № 1045-XIV // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 1999. – № 45.
10. Порощук С.Д. Загальні основи теорії соціально-правового захисту співробітників міліції : Монографія / С.Д. Порощук. – Запоріжжя: Юр. і-т МВС України. – 2001. – 134 с.
11. Про Державну кримінально-виконавчу службу України : Закон України від 23 червня 2005 р. № 2713-IV : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2713-15/print1331625753728888>
12. Про Збройні Сили України : Закон України від 6 грудня 1991 р. № 1934-XII : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1934-12>
13. Про Службу безпеки України : Закон України від 25 березня 1992 р. № 2229-XII: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2229-12>
14. Про розвідувальні органи України : Закон України від 22 березня 2001 р. № 2331-III: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2331-14/print1331625753728888>
15. Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 7 липня 2010 р. № 2453-VI: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2453-17>
16. Про Конституційний Суд України : Закон України від 16 жовтня 1996 р. № 422/96-ВР: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/422/96-вр>
17. Про державну службу : Закон України від 17 листопада 2011 р. № 4050-VI: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4050-17/print1330851930859049>

18. Висновок Головного науково-експертного управління 4 квітня 2011 р. на проект Закону України «Про державну службу» (реєстр. № 8306 від 25 березня 2011 р.): [Електронний ресурс] – Режим доступу – http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?pf3511=39999

19. Кудрявцев І.В. Державні службовці як суб'єкти трудового права та їх членство у профспілках / І.В. Кудрявцев // Форум права. – 2011. – № 2. – С. 472–477 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.nbu.gov.ua/e-journals/FP/2011-2/11kivcup.pdf>

20. Тупиця О.Л. Профспілки в політичній системі сучасної України: груповий вимір представництва політичних інтересів / О.Л. Тупиця // Грані. – 2007. – № 1(5). – С. 139–141.

Щотова Ю.М. Обмеження щодо членства у професійних спілках у рамках тенденції стирання розбіжностей правового статусу різних категорій працівників

Статтю присвячено визначенню обґрунтованості і доцільності встановлених на сьогодні в рамках законодавства України обмежень щодо членства у професійних спілках в умовах світової тенденції стирання розбіжностей правового статусу різних категорій працівників.

Ключові слова: обмеження членства у професійних спілках, право на об'єднання, свобода об'єднання, взаємодія професійних спілок і політичних партій.

Щотова Ю.Н. Ограничения относительно членства в профессиональных союзах в рамках тенденции стирання различий правового статуса различных категорий работников

Статья посвящена определению обоснованности и целесообразности установленных на сегодня в рамках законодательства Украины ограничений относительно членства в профессиональных союзах в условиях мировой тенденции стирання различий правового статуса различных категорий работников.

Ключевые слова: ограничение членства в профессиональных союзах, право на объединение, свобода объединения, взаимодействие профсоюзов и политических партий.

Shchotova Yu.M. Restriction on membership in trade unions within the trend of differences fading of legal status of different employee categories

The article is devoted to the validity and feasibility set for today in the legislation of Ukraine restrictions on membership in trade unions in the global trends erase differences of legal status of various categories of workers.

Key words: limit membership in trade unions, the right of association, freedom of association, the interaction of trade unions and political parties.



Формування корпусу суддів за судовою реформою 1864 року

*Обрусна Світлана Юріївна,
доктор юридичних наук, професор кафедри
фундаментальних юридичних дисциплін Харківського
національного університету внутрішніх справ*

УДК 34.08.001.73: 34 (09) (470+571) «1864»

Пошук ефективної моделі формування суддівського корпусу в період судово-правової реформи здійснюється як у напрямі розвитку законодавства, так і поглиблення правової думки. Тому вагоме значення для вироблення його нових законодавчих положень, напрацювання теоретичних основ може мати повна та достовірна реконструкція вітчизняного історичного досвіду перетворень у сфері судоустрою та судочинства. Ось чому особливої уваги заслуговує вивчення історії проведення судової реформи 1864 року, яку не безпідставно вважають найрадикальнішою, новаторською і технічно найуспішнішою з усіх «великих реформ» 60-70-х рр. XIX ст. та реформ вітчизняного судоустрою. У процесі її реалізації значну увагу було приділено питанням формування судових органів та корпусу суддів, проблематиці їх правового статусу тощо. Адже автори реформи значною мірою усвідомлювали, що захистити права, свободи і законні інтереси всіх суб'єктів правовідносин, повноцінно виконувати роль суспільного арбітра при розв'язанні конфліктів може тільки високопрофесійний і високоморальний суддівський кадровий склад. І незважаючи на всі особливості суспільно-політичного, соціально-економічного розвитку вказаної доби, прагнули втілити цю ідею в життя.

Аналіз наукових видань останніх років свідчить, що історію судової реформи 1864 року досліджено досить різноаспектно. Разом з тим проблема формування суддівського корпусу в ході реформи 1864 року залишається детально не розробленою. До неї зверталися або в руслі дослідження

реформування окремих судових інститутів, або вивчення вітчизняної історії формування суддівського корпусу взагалі. Тому метою даної публікації є визначення змісту механізму формування корпусу суддів у ході реформи 1864 року та вивчення можливостей запозичення історичного досвіду. Цінність останнього полягає у тому, що в ході його аналізу враховуються не тільки позитивні чи негативні якості певного явища, а й простежується можливість використання в сучасних умовах. До того ж варто зауважити, що тогочасне життя суспільства, його правові інститути мають суттєві відмінності у порівнянні з сучасними, тому предмет нашого розгляду вирізнятиметься самотністю та оригінальністю і враховуватиме особливості епохи. А отже, досліджуючи сутність механізму формування суддівського корпусу в період реформи 1864 року, можна проводити лише певні паралелі, простежувати певні тенденції, вилучаючи з них раціональне зерно та проектуючи можливість запозичення історичного досвіду для сучасності.

В ході розкриття проблеми автор використав такі сучасні терміни, як «суддівський корпус», «формування суддівського корпусу», але їх зміст розкрито з урахуванням історичної епохи. Так, загальне поняття «корпус» визначається як сукупність осіб якогось одного фаху, службового становища тощо. Отже, вказане поняття також можна застосувати до сукупності осіб, що здійснюють правосуддя. Деякі науковці вважають, що не варто зміст поняття «суддівський корпус» визначати лише як професійні судді, адже у встановлених законом випадках цю діяльність можуть здійснювати і непрофесійні судді, наприклад, присяжні. Тому, на наш погляд, зміст вказаного поняття варто розкрити таким чином: суддівський корпус у період реформи 1864 року складали особи, що здійснювали правосуддя, – професійні судді та у визначених випадках присяжні засідателі. Відповідно до ст. 1 «Установлення судових установ» судова влада належала: мировим суддям, з'їздам мирових суддів, судовим палатам і «правительствующему сенату» [1]. Виходячи з цього, суддівський корпус складали дільничні мирові судді, почесні мирові судді,

голови, товариші (заступники) та члени окружного суду, голови і судді судових палат та сенатори.

Під сучасним поняттям «формування суддівського корпусу» розуміють упорядкований процес кадрового забезпечення судової влади, що включає правові механізми набуття та припинення суддями повноважень [2]. Незважаючи на всі особливості епохи ХІХ ст., формування суддівського корпусу в ході реформи 1864 року також варто розглядати як певний упорядкований процес, що спирався на низку правових положень, які перш за все визначали порядок набуття і припинення суддівських повноважень як елементів правового статусу суддів. У даному випадку ми говоримо про це поняття у вузькому значенні. Разом з тим формування якісно нового суддівського корпусу було одним із першочергових завдань судової реформи 1864 року, тому це поняття можна розглядати дещо ширше, а саме як поетапний процес, у якому простежуються стадії механізму адміністративно-правового регулювання: регламентація суспільних відносин, виникнення суб'єктивних прав та юридичних обов'язків, їх фактична реалізація. У межах даної публікації формування суддівського корпусу розглядатиметься у більш вузькому значенні.

Перш ніж перейти до аналізу законодавчих положень, що визначали порядок формування суддівського корпусу, варто проаналізувати основні напрями тодішньої суспільно-політичної та наукової думки щодо вказаної проблеми. Так, у ході підготовки реформи 1864 року значну увагу було приділено формуванню суддівського корпусу, зокрема способам вступу на посаду, визначенню правового статусу судді, умов його перебування на посаді, системі гарантій суддівської діяльності тощо. Зокрема, один із сучасників реформи В. Случевський визначав чотири способи вступу на посаду судді: 1) обрання особи суспільством або його представниками; 2) обрання особи судовою установою, у якій з'явилась судова вакансія; 3) призначення урядом; 4) призначення шляхом жеребу з числа осіб, які відповідають законним вимогам, – та наголошував на тому, що всі інші системи складаються з

комбінацій цих варіантів. При цьому відзначав, що за умови призначення суддів шляхом виборів їм не може бути надано право незмінюваності як істотної умови незалежного службового становища [3, с. 127].

Дві форми вступу на судову службу – шляхом виборів та шляхом призначення – також визначав І. Фойницький. Досліджуючи виборне начало при формуванні корпусу суддів, він зазначав, що вибори проводяться на певний, зазвичай нетривалий строк, що слугує прекрасним засобом громадського контролю та забезпечує заміщення посад особами, які користуються громадською довірою. На користь цього положення свідчили й підстави теоретичного, практичного та історичного характеру. Зокрема у теоретичних положеннях стверджувалось, що виборний порядок забезпечує довіру суспільства до суду. З практичної точки зору його рекомендували тому, що так полегшувалось складне завдання уряду підбирати на всі судові вакансії осіб, які усвідомлюють своє високе покликання, оскільки місцеві жителі знають обранців всебічно і набагато краще за начальника, якому представляють кандидатів. З історичної точки зору захисники виборного начала посилались на закони цариці Катерини II, маніфести царів Олександра I (5 березня 1801 року, 2 квітня 1801 року) і Миколи I (6 грудня 1831 року) про дворянські збори, громадську службу і вибори на неї [4, с. 210].

Однак виборний порядок у такому широкому обсязі не був прийнятий судовими статутами як загальне правило для всіх видів судової служби, виходячи із наступних міркувань. По-перше, для забезпечення внутрішньої незалежності суддів статuti зупинились на інституті незмінюваності судової служби як головній опорі суддівської самостійності. Між тим незмінюваність не поєднувалась з виборним порядком, сила і значення якого забезпечувалась правом місцевих жителів контролювати діяльність своїх обранців періодичними виборами. По-друге, було звернуто увагу й на слабкість історичної аргументації захисників виборного начала, оскільки правові акти, на яких воно ґрунтувалось, мали на увазі тільки станові вибори й станову громадську службу.

Домінуючою на той час у світі системою заміщення судових посад було призначення суддів. Цей порядок забезпечував дотримання високих інтересів у питанні заміщення судових посад, тому що монарх відповідно до свого статусу мав у розпорядженні всі юридичні сили країни і своїм актом наділяв особу, що призначалась, достатнім авторитетом. Але представник верховної влади не міг знати особисто всіх кандидатів на судові посади, тому, на думку І. Фойницького, його завдання при заміщенні судових посад могло бути полегшене наявністю адміністративного подання, подання органів громадського самоврядування чи подання судових органів [4, с. 212].

На думку С. Вікторського, найкращим помічником верховної влади в питаннях добору та призначення суддів могли бути саме судові органи. При відкритті вакансії, в тому чи іншому суді, члени цієї судової колегії повинні самі обирати і рекомендувати кандидата [5, с. 104].

Проте у ст. 212 Статуту установа судів (1864 року) зазначалося, що голови, товариші голів і члени окружних судів, а також старші голови, голови департаментів і члени судових палат призначаються царською владою шляхом представлення міністром юстиції. Так зміцнювався інститут призначення суддів, при цьому призначення на суддівські посади здійснював монарх як джерело верховної влади в державі, а органом, що рекомендував кандидатів, було міністерство юстиції. У ст. 243 Статуту установа судів був закріплений принцип незмінюваності суддів, де зазначалось, що голови, товариші голів і члени судових місць не можуть бути звільнені без їх власної заяви, крім визначених випадків, а також не можуть бути переведені з однієї місцевості в іншу без власної згоди. Але, звичайно, незмінюваність суддів не розглядалась як абсолютна гарантія від будь-яких звільнень чи переведень. Даний інститут був розрахований, насамперед, на захист суддів від довільних зміщень та переведень, що могло бути результатом, наприклад, неправомірного впливу адміністративної влади [1].

Статут установа судів (1864 року) визначав вичерпні підстави, на які інститут незмінюваності не поширювався, і суддя міг цілком

законно бути звільнений з посади, якщо: 1) протягом місяця після призначення на посаду не з'являвся без поважних причин на місце служби (ст. 228); 2) протягом одного року не міг з'явитись на службу внаслідок тяжкої хвороби (ст. 229); 3) піддавався якому-небудь стягненню чи покаранню за злочин або проступок, що не стосується служби (ст. 295); 4) піддавався особистому затриманню за борги чи був оголошений у встановленому порядку неспроможним боржником (ст. 296) [1].

До того ж, у Проекті нової редакції Статуту установа судів (1900 року), окрім зазначених вище підстав, додатково передбачалася можливість звільнення судді, якщо він: 1) вчинив чи допустив такі службові порушення, що хоча і не тягнуть його усунення від судової посади, але за своїм значенням чи чисельністю свідчать про невідповідність такого судді займаній посаді; 2) дозволив собі поза службою аморальні чи нерозсудливі вчинки, несумісні із гідністю суддівського звання, 3) своїми вчинками на місці служби поставив себе у становище, що дає підстави сумніватись у спокійному й неупередженому виконанні ним обов'язків, при цьому відмовився від запропонованого переведення в іншу місцевість на рівну посаду; 4) за віком та тяжкими й постійними хворобами втратив здатність до правильного виконання покладених на нього обов'язків тощо [6, с. 89–90].

Відповідно до Судових статутів судовою інстанцією, яка могла б розглядати дрібні кримінальні та цивільні справи і відповідати таким критеріям, як доступність, швидкість розгляду справи, можливість примирення сторін, визначався мировий суд. Система мирових судів складалася із двох ланок: 1) дільничного мирового судді (зазвичай у повіті було декілька дільниць мирового суду, кожна з яких об'єднувала кілька волостей), почесного мирового судді (не мав окремої дільниці, але користувався всіма правами мирового судді); 2) повітового з'їзду мирових суддів – апеляційної інстанції для справ, що розглядалися дільничними мировими суддями. Загальною судовою касаційною інстанцією, юрисдикція якої поширювалася на мирові суди, визначався Сенат.

Центральною особою новоствореного інституту був мировий суддя. Як відзначав Р. Уортманом, реформа «породила новый тип уважаемого и щепетильного судьи – дворянина, который строго соблюдал беспристрастие и справедливость в своих постановлениях...» [7, с. 445]. Цьому сприяла низка об'єктивних та суб'єктивних факторів. До перших варто віднести юридичне закріплення правового статусу мирового судді на законодавчому рівні. Аналіз положень «Установлення судових установ» дозволяє простежити структурні елементи його правового статусу: права, свободи, обов'язки; виборчі цензи, процедуру виборності; процесуальну діяльність; окремо виписаний правовий статус почесних мирових суддів та дільничних мирових суддів.

Вагомим здобутком реформи стала виборність мирових суддів, які обиралися всіма тодішніми суспільними станами на повітових земських зборах або на засіданнях міських дум терміном на три роки з подальшим затвердженням Сенатом. На жаль, у період контрреформи саме цей демократичний принцип було скасовано. Для кандидата на посаду мирового судді визначалися такі виборчі цензи: осілості (кандидатами мали бути місцеві жителі), віковий – не менше 25-ти років, освітній – середня або вища освіта, або стаж роботи в судових установах, майновий – володіння майном не менше як на суму 15 тис. крб., в містах – 6 тис. крб. (для столиці), 3 тис. крб. [7].

Передбачалися умови, за яких особа не могла бути вибраною мировим суддею: судимість, перебування під слідством; звільнення зі служби в судовому відомстві, виключення із духовного середовища, дворянських зібрань; банкрутство; належність до духовного сану; знаходження під опікою за марнотратство [1].

Права та обов'язки мирового судді було виписано в окремому розділі «Установлення судових установ», що мав назву «Про відносини, права і відповідальність мирових суддів». Аналіз вказаного розділу дає можливість простежити певні групи прав та обов'язків: 1) організаційно-функціонального характеру, 2) процесуального характеру, 3) судді як службової особи. До першої групи належали такі: повноваження мирового судді поширювались у

межах визначеної ділянки, судді зобов'язувались складати звіти про рух справ за рік та передавати їх на розгляд з'їздів мирових суддів, мали право здійснення відносин з іншими державними органами безпосередньо. Другу групу становили наступні: рівність мирових суддів у ході здійснення правосуддя, право застосовувати стягнення до осіб, що порушують порядок судочинства. Третя група визначала права і обов'язки судді як службової особи: мирові судді урівнювались у правах з окружними судьями та судьями судових палат; могли притягуватись до дисциплінарної і кримінальної відповідальності, мали право місячної відпустки, що надавалась з'їздом мирових суддів, а на більший термін – першим департаментом Сенату, не могли бути звільнені з посади (за деякими винятками) до завершення виборчого строку. Мирові суди розглядали дрібні кримінальні (проступки проти громадського порядку, образа і побиття людини, шахрайство тощо) та цивільні справи. Виходячи з цього, мирові судді мали право оголошувати зауваження, догану, накладати грошове стягнення не більше 300 рублів, карати арештом до 3 місяців та тюремним ув'язненням до 1 року [1].

За свідченнями сучасників, мирові суди та мирові судді з перших днів роботи отримали підтримку і авторитет у широких верств населення завдяки доступності, швидкому розгляду справ, рівноправності учасників судового процесу. Досить промовисто характеризував роботу перших мирових суддів А. Коні: «У мирового в действительности совершался суд скорый, а личные действия первых судей служили ручательством, что он не только скорый, но и правый в пределах человеческого разума и вместе с тем милостивый...» [8, с. 192].

Систему загальних судових органів складали окружні суди та судові палати. Окружні суди створювались у складі призначуваних голови, його товариша (заступника) і членів суду, які мали відповідати вимогам щодо освіти, стажу роботи, наявності майна, моральності. Всі судді призначалися імператором за поданням міністра юстиції на невизначений термін. У першій інстанції вони розглядали основну масу цивільних і кримінальних справ.

В залежності від складності конкретних справ могли формуватися різні комісії, які складалися тільки із професійних суддів або ж із професійних суддів та представників певних станів, або професійних суддів та присяжних засідателів.

У розділі 2 «Установлення судових установ» «Про присяжних засідателів» було детально вписано порядок організації роботи суду присяжних, який включав: вимоги до кандидата в присяжні, формування списків присяжних, їх проходження, затвердження тощо. Зокрема, станова приналежність особи-кандидата у присяжні засідателі не визначалася. Обов'язковими ж вимогами були: російське підданство, вік не менше 25-ти і не більше 70-ти років, ценз осілості (не менше двох років в одному повіті). Вказувалися умови, за якими особа не могла бути кандидатом у присяжні: перебування під слідством, наявність судимості, звільнення зі служби із судового відомства, незнання мови тощо. Для вибрання присяжних формувалися загальні, чергові та запасні списки, складання кожного з яких мало свою процедуру. Так, чітко визначалися категорії осіб, які могли бути внесені до загальних списків (службовці п'ятого і нижчих класів за винятком осіб, які перебували на службі в судових установах, правоохоронних органах, обрані селяни, інші категорії населення, що відповідали майновим цензам), та особи, які не могли бути присяжними (священнослужителі, військовослужбовці, вчителі народних шкіл) [1]. Усі ж процесуальні процедури, пов'язані з діяльністю суду присяжних, визначалися «Статутом кримінального судочинства».

Позитивно, що нові суди починали діяти поступово, після визначення порядку закриття справ у старих судових установах і їх передачі новим судам. Як свідчить аналіз публіцистики та періодики 60-х років XIX ст., ставлення суспільства до введення нової судової інституції було досить позитивним. Так, М. Катков відзначав: «...суд присяжних – лучшая гарантия личностной свободы...» [9, с. 234]. Разом з тим суд присяжних з початку свого функціонування зіткнувся з низкою проблем. Так, після замаху на Олександра II кримінальні справи про державні злочини було вилучено з його

розгляду. В урядових колах незадоволення судом присяжних час від часу посилювалось через прийняття рішень, які не відповідали інтересам адміністрації. Крім того, діяльність суду загострила дискусії в тогочасному суспільстві з приводу введення майнового цензу для кандидатів, складання списків, самої процедури судочинства.

З приводу складання списків присяжних сучасники виділяли як проблеми в підходах до цієї процедури, так і проблеми суто практичного характеру. Так, у першому випадку звертав на себе увагу той факт, що автори Статутів розглядали участь у суді присяжних не як право, а як особливий суспільний обов'язок кожного. Виходячи з цього, визначалась і сама система виборів, в якій простежувалась недовіра до суспільства. Діяльність з приводу складання списків досить часто була формальною, виконувалась з порушенням строків, без дотримання визначених вимог. Позитивно, що уряд реагував на вказані зауваження прийняттям протягом 1871–1873 рр. низки указів, що змінювали порядок складання списків присяжних, передбачали включення певних посадових осіб, зменшення суми штрафів за неявки присяжних на засідання з поважних причин тощо. Разом з тим, аналіз публіцистики, періодики, наукових праць вказаного періоду та подальших років свідчить, що, незважаючи на неоднозначне, інколи цілком полярне ставлення, на прийняття низки нормативно-правових актів, які обмежували його компетенцію, суд присяжних утвердився як інституція, здатна успішно здійснювати свої функції. Це підтверджує і той факт, що в ході так званої контрреформи 80-90-х років XIX ст. більшість членів комісії з перегляду судових статутів 1864 року проголосували за його збереження.

Як бачимо, формування суддівського корпусу в період реформи 1864 року можна розглядати як у широкому, так і вузькому значенні. У вузькому значенні – це упорядкований процес кадрового забезпечення судової влади, що включав правові механізми набуття та припинення суддями повноважень. У широкому значенні – тривалий поетапний процес, пов'язаний з аналізом ситуації щодо формування суддівського корпусу у дореформений період,

усвідомленням необхідності змін як урядовими, так і широкими суспільними колами, розробкою проектів та теоретичних положень, їх обговоренням, виробленням нормативних положень, що знайшли своє відображення у Судових статутах 1864 року, та подальшим моніторингом щодо їх впровадження в життя. Тому й сьогодні важливо усвідомити, що формування суддівського корпусу має відповідати потребам часу, відбуватися паралельно з реформуванням усіх сфер суспільно-політичного і соціально-економічного життя. На нашу думку, проблема формування суддівського корпусу і нині залишається актуальною як для юридичної науки, так і практики. Її вирішенню сприятиме глибоке вивчення історичного досвіду, теоретичне обґрунтування, вдумлива і серйозна робота у сфері розробки законодавства.

Список використаних джерел

1. Учреждение судебных установлений / Судебные уставы 20 ноября 1864 г., с изложением рассуждений, на коих они основаны [Электронный ресурс] // Режим доступа: www.hrono.ru
2. Прилуцький С.В. Формування корпусу професійних суддів України: дис. кандидата юридичних наук: 12.00.10./ С.В.Прилуцький – К., 2003.
3. Случевский В. Учебник русского уголовного процесса. Судоустройство – Судопроизводство / В. Случевский. – СПб. : Тип. М.М. Стасюлевича, 1913. – 686 с.
4. Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. Т. 1 / И.Я. Фойницкий. – СПб. : Альфа, 1996. – 552 с.
5. Викторский С.И. Русский уголовный процесс : учеб. пособие / С.И. Викторский. – М. : Городец, 1997. – 448 с.
6. Проект новой редакции учреждения судебных установлений // Российское законодательство X–XX веков : в 9 т. Т. 8. – М. : Юрид. лит., 1984. – С. 89–90.
7. Уортман Р.С. Властители и судьи: развитие правового создания в имперской России / Р.С. Уортман. – М. : Новое лит. обозрение, 2004. – 520 с.

8. Кони А. Ф. Отцы и дети судебной реформы / А.Ф. Кони. – М. : Изд-во И.Д. Сытина, 1914. – 295 с.

9. Катков М.Н. Собрание передовых статей «Московских ведомостей». 1874 год. Издание С.П. Катковой. Москва, 1897 [Электронный ресурс] // Режим доступа: chort.square7.ch/Buch/Katk.pdf

Обрусна С.Ю. Формування корпусу суддів за судовою реформою 1864 року

У статті порушено проблему формування суддівського корпусу в період судової реформи 1864 року. На основі аналізу низки правових положень формування суддівського корпусу розглянуто як упорядкований процес, що спирався на нормативно-правові акти, які перш за все визначали порядок набуття і припинення суддівських повноважень як елементів правового статусу суддів.

Ключові слова: судья, суддівський корпус, формування суддівського корпусу, судова реформа 1864 року.

Обрусна С.Ю. Формирование корпуса судей за судебной реформой 1864 года

В статье затронуто проблему формирования судейского корпуса в период судебной реформы 1864 года. На основе анализа ряда правовых положений формирование судейского корпуса рассмотрено как упорядоченный процесс, который опирался на нормативно-правовые акты, определяющие прежде всего порядок приобретения и прекращения судейских полномочий как элементов правового статуса судей.

Ключевые слова: судья, судейский корпус, формирование судейского корпуса, судебная реформа 1864 года.

Obrusna S.Yu. Forming of corps of judges is after judicial reform of 1864

In the article the problem of forming of judge corps is broken in the period of judicial reform of 1864. On the basis of analysis of row of legal positions of forming of judge corps it is considered as a well-organized process, that leaned against normatively-legal acts that foremost determined the order of acquisition and stopping of judge plenary powers as elements of legal status of judges.

Keywords: judge, judge corps, forming of judge corps, judicial reform of 1864.



Судочинство по добрій совісті (*iudicia bonae fidei*) та нові інститути цивільного процесу у Стародавньому Римі: інтерпретація та рецепція

Гайдулін Олександр Олександрович,
кандидат філософських наук, кандидат юридичних наук,
доцент, доцент кафедри міжнародного та європейського
права Київського національного економічного
університету імені Вадима Гетьмана

УДК 34(091)+347.44.

У сучасних умовах, коли вітчизняна економіка і фактично, і формально визнається ринковою [1] і спостерігається стрімке поживлення товарно-грошових відносин, неминучими є й певні негативні явища. До таких «хвороб зростання» належать масова активізація зловживань правом, коли учасники комерційних відносин завдають іншим особам певну матеріальну шкоду без порушення жодної чинної норми законодавства.

Загальновизнано, що римсько-правовий інститут судочинства по добрій совісті (*iudicia bonae fidei*), який міцно пов'язаний із принципом добросовісності (*bona fides*), і виник задля подолання подібних випадків зловживання правом.

Про особливу необхідність звернення до історичного досвіду римських суддів свідчать принаймні два фактори. Перший належить до сфери внутрішньодержавного права – це важлива новела, яка міститься в частині шостій ст. 3 Цивільного кодексу України від 16 січня 2003 р., де добросовісність визначається однією з загальних засад цивільного законодавства України. Другий фактор знаходиться у сфері міжнародного комерційного арбітражу – це недостатньо досліджений вид третейського судочинства – *ex aequo et bono*, передбачений регламентами переважної більшості постійнодіючих міжнародних арбітражів.

Однак, якщо принцип добросовісності, який виник і сформувався в Стародавньому Римі, певною мірою потрапляє в поле зору вітчизняних романістів-цивілістів, до яких належать С.Д. Гринько, О.А. Підпригора, С.О. Погрібний, Є.О. Харитонов, І.М. Шаркова, то інститут судочинства по добрій совісті (*iudicia bonae fidei*) ще не отримав належного висвітлення в доктрині цивільного права.

Тому метою даної публікації є виявлення історичної значущості судочинства по добрій совісті (*iudicia bonae fidei*) для розвитку цивільного процесу та арбітражу, що матиме позитивний вплив на формування пізнавального інтересу представників суддівського корпусу України в їх професійному самовдосконаленні.

Виникненню *iudicia bonae fidei* значною мірою сприяло те, що, по-перше, для стародавніх римлян була притаманна дуже важлива риса – «врожене почуття справедливості» (*aequitas naturalis*) [2, с. 26–27], і, по-друге, сама матеріальна справедливість (*aequitas*) поставала реальністю для римських громадян тільки через реалізацію процесуальної справедливості (*iustitia*). Давні римляни правосуддя (*iustitia*) вважали особливим видом волевиявлення – незмінним і постійним (*constans et perpetua voluntas*) (Ulp. D.1.1.10) [3, с. 86–87]. Особливої уваги заслуговує інтенція Помпонія, наведена в Дігестах: «Зазвичай буває, що тлумачення потребує авторитету мудреців, і після видання зазначених законів стає необхідним обговорення їх на форумі (на суді)» (Pomp. D.1.2 2.5) [3, с. 90–91].

Ці особливості правового менталітету римлян і обумовили те, що згодом у Стародавньому Римі стало можливим ухвалення відповідного судового рішення з посиланням не на позитивну норму законодавства чи звичай, а на справедливість та добросовісність, причому іноді всупереч букві закону (*contra legem*). Саме це і складало суть судочинства по добрій совісті (*iudicia bonae fidei*) [4, с. 96–116].

Історія римського права свідчить, що *iudicia bonae fidei* справила значний вплив на формування різних інститутів цивільного процесу.

Таким інститутом, приміром, треба визнати представництво в судовому процесі. Преторська практика потребувала від того, хто вимагав, дати позов від чужого імені, захищати цей позов з точки зору порядної людини (*virī boni arbitratu*) і з цих же позицій гарантувати, що «той, кого стосується ця справа, схвалює це» (Ulp. D.3.3.33.3) [3, с. 342–343]. Цей припис походить від обов'язкової умови будь-якої тяжби доброї совісті (*in bonae fidei iudiciis*), яка полягала в тому, що позиція довіреної особи стосовно довірителя має розглядатися в якості судження добропорядного мужа (*pro boni viri arbitrio*) (Ulp. D.50. 7.22) [5, с. 529–527].

У рамках судочинства доброї совісті були закладені основи сучасного поняття форс-мажору. Так, давньоримський суддя брав до уваги вибачну помилку. Тому той, хто посилався на свою помилку, мав довести, що за даних обставин вона була неминучою, навіть при існуванні необхідної хазяйновитості (*diligens et studiosus pater familias* – хазяйновитий господар)¹.

У провадженні судочинства в Стародавньому Римі важливу роль відігравало поняття *bona fide absunt* (добросовісної відсутності) або відсутності з поважних і вірогідних причин. Наслідки *bona fide absunt* були зазначені у такій максимі Гая: «Не порушуються права тих, хто відсутній з поважних причин» – *Eorum qui bona fide absunt, ius non corrumpitur* (Gai D. 9. 4. 30) [2, с. 378].

Ідея *bona fides* певним чином вплинула і на формування важливого правила, згідно з яким з приводу претензії, яка вже була предметом судового розгляду, не можна законно розпочати нову справу. *Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur* (Gai D.50.17.57) [2, с. 383].

Поступово вимоги добросовісності набували не тільки матеріально-правового, а й процесуального змісту. Так, згодом вимога дотримуватися доброї совісті стала означати, що відносини між сторонами процесу мають визначатися суддею з позицій доброї совісті (*ex fide bona*) [6, с. 354]. Ця вимога поширювалася не лише на стосунки між сторонами процесу, а й на особу судді,

¹ *Culpa lata* – відсутність необхідної хазяйновитості (рос. *рачительности*) [0, с. 518].

який мав діяти, керуючись міркуванням добросовісності (*ex fide bona*) [6, с. 354].

Для того щоб примусити сутяжників-позивачів припинити умисне або легковажне зловживання своїм правом на позов, були передбачені відповідні штрафні санкції, а також присяги про те, що позивач діє добросовісно. Особливі наслідки мало відхилення позову про образу – виправданий відповідач міг змусити обвинувача (навіть якщо той був добросовісним) сплатити десяту частину того, що вимагалось з нього першочергово (*Gai. I. 4.177–180*) [7, с. 150].

За недобросовісне обвинувачення обвинувач (*accusator*) підлягав відповідним покаранням, а за успішно проведений процес він одержував іноді спеціальні нагороди [8, с. 170].

Інститут *intestabilitas*¹ передбачав як нездатність певної особи бути свідком, так і неспроможність закликати на судовий процес свідків. Підставою для визнання *intestabilitas* був факт недобросовісності цих осіб. Фактично вони були вилучені з комерційного обороту, тому що всі найбільш значущі юридичні дії ще здійснювалися в урочистій формі, яка вимагала присутності свідків [10, с. 40].

Нарешті, була запроваджена відповідальність судді, який зловживав своїм становищем під час судового процесу. Так, суддя міг бути сам притягнутий до суду за своє власне судове рішення, якщо він припустився якоїсь помилки. Вважалося, що він притягається до відповідальності з квазіделікту «за позовом, що впливає з факту (скоєного) і перетерпить покарання залежно від того, наскільки добросовісно, як з'ясується, суддя судив у тій справі» (*Gai. D.50.13.6*) [5, с. 442–443].

Судова практика *actiones bonae fidei* стала своєрідним важелем у процесі розробки механізму «відшкодування шкоди», викликаного невиконанням, та запровадження пені – спеціальних відсотків за прострочення (*usurae*

¹ *Intestabilitas* – одне з численних морально-правових понять Стародавнього Риму, яке позначало ганебність, низькість, огидність, негідність свідчити або заповідати. [9, с. 419].

moratoriae) за розміром, пропорційним тривалості затримки. Право доби Юстиніана поширило це правило за межі *iudicia bonae fidei* [10, с. 232].

Тільки в межах *iudicia bonae fidei* виникає інститут оберненості правочину (раніше в *ius civile* контракт визнавався або дійсним, або недійсним) [10, с. 80–81]. Спірний договір міг зазнати «оздоровлення» (*convalescentia*) тільки через судову процедуру *ex bonae fidei*.

Судочинством по добрій совісті вперше запроваджено інститут мирової угоди (*transactio*), якого не було в архаїчному цивільному праві. Цей інститут значно спрощував розв'язання майнових спорів.

Отже, *iudicia bonae fidei* зумовило значне вдосконалення процесу судочинства, про що свідчить виникнення на основі *bona fides* не тільки значної кількості окремих нових понять і норм, а й цілісних інститутів цивільно-процесуального права. Тому саме судочинство доброї совісті має бути визнане складним римсько-правовим інститутом, повноцінна рецепція якого в сучасний цивільний процес ще попереду.

Для протидії недобросовісності з боку учасників судового процесу в римському праві було розроблено спеціальні інститути визнання морально-правової нездатності осіб: *святотатство* (*sacer*), *безчестя* (*infamia*), *неспроможність до свідчення* (*intestabilitas*). Особливе значення мала така специфічна категорія позовів доброї совісті – «знеславлюючі позови» (*actiones famosae*), які поряд з суто юридичними передбачали також моральні санкції.

Підсумовуючи викладене вище, можна зробити такі висновки стосовно можливості застосування історичного досвіду *iudicia bonae fidei* в сучасному цивільному процесі:

Сучасним суддям явно бракує досвіду застосовування аналогії права, зокрема принципу добросовісності, який у судовому процесі доброї совісті стародавні римляни використовували переважно для подолання прогалин у матеріальному та процесуальному праві. Цьому сприяло те, що матеріальні та процесуальні норми-принципи були доктринально оформлені та мали високий авторитет не лише серед юристів, а й у всьому суспільстві.

Заслуговує на увагу те, що у процесі здійснення правосуддя моральні приписи мали перевагу над буквою закону. Це має значення для розвитку сучасного інституту суддівського розсуду (*discretio*). Особливого вивчення потребує досвід застосування до недобросовісних учасників процесу поряд із суто юридичними також моральних санкцій, що особливо доречно в контексті вдосконалення механізму відшкодування моральної шкоди в сучасному праві.

Оскільки застосування правосуддя доброї совісті виявилось продуктивним передусім при вирішенні справ, пов'язаних зі зловживанням правом, у сучасних умовах, коли правовий механізм протидії зловживанню правом тільки формується, вивченню досвіду *iudicia bonae fidei* необхідно приділити першочергову увагу.

Список використаних джерел

1. Україні надано статус країни з ринковою економікою [Електронний ресурс] // Урядовий портал. – Режим доступу: http://www.kmu.gov.ua/control/publish/article?art_id=29340565
2. Бартошек М. Римское право : Понятия, термины, определения / Милан Бартошек : спец. науч. ред., авт. предисл. и комментария З.М. Черниловский ; сверка лат. текста Н.А. Федорова ; пер. с чеш. Ю.В. Преснякова. – М. : Юрид. лит., 1989. – 448 с.
3. Дигесты Юстиниана / Пер. з лат. Відп. ред. Л.Л. Кофанов. – М. : Статут, 2002. – Т. I. – 584 с.
4. Грось А.А. Защита гражданских прав : Сравнительный анализ институтов римского частного права и действующего гражданского и гражданского процессуального права / Алена Алексеевна Грось // Правоведение. – 1999. – № 4. – С. 96–116.
5. Дигесты Юстиниана : [в 7 т.] / Перевод с латинского ; Отв. ред. Л.Л. Кофанов. – М. : Статут. – Т. VII.П. – 2005. – 546 с.
6. Муромцев С.А. Гражданское право Древнего Рима / Сергей Андреевич Муромцев / Науч. ред. В.С. Ем / Отв. ред. А.Д. Рудоквас ; Московский

государственный университет им. М.В. Ломоносова. Кафедра гражданского права юридического факультета. – М. : Статут, 2003. – 684 с. – (Классика российской цивилистики).

7. Памятники римского права: Законы 12 таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана / – М. : Зерцало, 1997. – 609 с.

8. Покровский И.А. История римского права / Иосиф Алексеевич Покровский. – Мн. : Харвест, 2002. – 528 с.

9. Дворецкий И.Х. Латинско-русский словарь / Иосиф Хананович Дворецкий. – 3-е изд., испр. – М. : Русский язык, 1986. – 846 с.

10. Санфилиппо Ч. Курс римского частного права : учебник / Чезаре Санфилиппо ; под ред. Д.В. Дождева. – М. : БЕК, 2002. – 400 с.

Гайдулін О.О. Судочинство по добрій совісті (*iudicia bonae fidei*) та нові інститути цивільного процесу у Стародавньому Римі: інтерпретація та рецепція

У статті розглядається правова природа принципу добросовісності та судочинства по добрій совісті, а також нові інститути процесуального права Стародавнього Риму. Для більш глибокого з'ясування проблеми здійснено аналіз інституту *iudicia bonae fidei* в римському приватному праві.

Ключові слова: добросовісність, судочинство, *iudicia bonae fidei*, тлумачення, римське приватне право.

Гайдулин А.А. Судопроизводство по доброй совести (*iudicia bonae fidei*) и новые институты гражданского процесса в Древнем Риме: интерпретация и рецепция

В статье рассматривается правовая природа принципа добросовестности и судопроизводства по доброй совести, а также новые институты процессуального права в Древнем Риме. Для более глубокого уяснения проблемы осуществлен анализ института *iudicia bonae fidei* в римском частном праве.

Ключевые слова: добросовестность, судопроизводство, *iudicia bonae fidei*, толкование, римское частное право.

Gaidulin O. O. Good Faith's Procedure (*iudicia bonae fidei*) and New Institutions of Civil Process in Ancient Rome: Interpretation and Reception

The article considers the legal nature of the principle and procedure of good faith, New Institutions of Civil Process in Ancient Rome. For a better understanding of the problem, the institute of *iudicia bonae fidei* in Roman private law was analyzed.

Key words: good faith, procedure, *iudicia bonae fidei*, interpretation, Roman private law.



Внесок об'єднань полісів Стародавньої Греції у розвиток ідеї колективної безпеки у міжнародному праві

*Ржевська Валентина Сергіївна,
кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри
міжнародного права Інституту міжнародних відносин
Київського національного університету імені Тараса
Шевченка*

УДК 341.312.5 : 341.232.1 : 341.322.6

Основою сучасної системи міжнародно-правових гарантій підтримання та відновлення міжнародного миру та безпеки є ідея колективної безпеки. Вона остаточно була сформована у ХХ столітті, проте перед тим пройшла довгий історичний розвиток (її початки знаходять у міжнародно-правовій практиці різних епох, а її теоретичне осмислення у зв'язку з так званими проектами постійного, або «вічного» миру здійснювалося видатними мислителями багатьох часів та народів тривалий час). Тому наукові дослідження історичного становлення елементів ідеї колективної безпеки у попередні епохи, особливо – міжнародно-правової практики у цій сфері, вкрай важливі для визначення й вивчення проблем функціонування сучасної системи міжнародно-правових гарантій міжнародного миру та безпеки.

Практика полісів (міст-держав) Стародавньої Греції з утворення об'єднань, спрямованих, у тому числі, на захист безпеки своїх членів або захист їх спільних цінностей, є важливою сторінкою в історії становлення ідеї та практики колективної безпеки.

У науці міжнародного права практика Стародавньої Греції з утворення об'єднань держав-полісів узагальнена в роботах, зокрема, Ю.Я. Баскіна та Д.І. Фельдмана, а також О.В. Буткевич. Як правило, дослідження цієї практики робиться з погляду історичного становлення «предків» сучасних міжнародних організацій, і меншою мірою – з погляду поступового історичного становлення ідеї колективної безпеки та практики її реалізації.

Мета цієї статті – дослідження структури, діяльності з підтримання миру та історичного розвитку об'єднань полісів Стародавньої Греції (амфіктіоній, симахій та епімахій) з метою визначення внеску цих об'єднань у історичне становлення ідеї колективної безпеки у міжнародному праві.

Найбільше значення для уявлень наступних поколінь європейців про можливості міждержавного співробітництва з метою підтримання спільної безпеки мали об'єднання грецьких полісів, відомі нам з епохи класичної Греції (V–IV ст. до н.е.) – амфіктіонії та симахії. Іншим різновидом об'єднань полісів були епімахії – оборонні союзи.

Слово «амфіктіони» означає – «ті, що живуть довкола» [1, с. 36] (давньогр. ἀμφί(ς) – «з обох боків», ἀμφί – «поблизу», «біля») [2, с. 571]. Відтак амфіктіоніями називали релігійні союзи, що створювалися навколо святилища шанованого бога. До завдань амфіктіоній входив захист храму та його скарбниці, а також покарання порушників-святотатців.

Найдавнішою та найбільш впливовою з грецьких амфіктіоній вважається Дельфійсько-Фермопільська, яка утворилася внаслідок об'єднання амфіктіоній при храмі Аполлона у Дельфах та при храмі Деметри у Фермопілах. До неї входило 12 племен, кожне з яких мало по 2 голоси у загальних зборах. Збори склалися з 24 представників-ієромнемонів, які збиралися у Фермопілах та у Дельфах двічі на рік – навесні та восени. До обов'язків ієромнемонів входив нагляд за додержанням миру, що проголошувався під час релігійних свят. У V–IV ст.ст. з'явилась також колегія пілагорів – політичних представників держав-учасниць.

Всі члени амфіктіоній мали брати участь у священній війні проти того, хто заподіяв шкоду храму Аполлона. При цьому присяга зобов'язувала їх не руйнувати жодного міста, що належить амфіктіонії, ані під час війни, ані під час миру не перешкоджати водопостачанню, виступати спільними силами проти будь-якого порушника присяги і розоряти його місто. Будь-хто, хто насмілився б посягнути на майно бога, мав бути покараний усіма засобами, наявними у розпорядженні амфіктіонів. Дельфійські жреці затверджували договори і вирішували спори грецьких полісів. Оскільки неоднозначні відповіді оракулу на поставлені запитання не завжди могли задовольнити вимогу

розумного вирішення спору, це сприяло розвитку світських арбітражів, однак і від використання релігійного ритуалу при цьому ніколи повністю не відмовились – він використовувався, щоб підкреслити чесність арбітражу [3, с. 83].

Про історію Дельфійської амфіктіонії відомо, зокрема, що у VI ст. до н.е. через контроль над Дельфійським святилищем виник збройний конфлікт – так звана «Перша священна війна», у якій взяли участь різні грецькі міста-держави. На той час Дельфійське святилище знаходилося під контролем Фокідського племінного союзу, і фокідці вирішили стягувати мито з паломників, що прибували у Крісу, дельфійську гавань. Інші грецькі племена протестували проти цього. Внаслідок війни Фокідський союз втратив Дельфи, гавань Кріса, де, за легендою, Аполлон закликав до служіння собі найперших дельфійських жреців – колишніх матросів, була зруйнована, а більшість голосів у раді амфіктіонії перейшла до фессалійців та їх підвладних, яким належала роль лідера у війні з Фокідою [4, с. 124–125]. У V–IV ст.ст. до н.е. грецькі поліси вели боротьбу за вплив і голоси у Дельфійській амфіктіонії. Фокіда намагалася повернути Дельфи під свій контроль, стаючи заради цього союзницею то Афін, то Спарти. Друга священна війна (449–448 р. до н.е.) постала внаслідок того, що у 449 р. до н.е. фокідці захопили Дельфи, і дельфійські жреці звернулися за допомогою до Спарти. Спарта звільнила Дельфи, але Афіни повернули їх до Фокідського союзу. Всі ці події свідчать як про те, що захист Дельфійського оракула був дійсною підставою для застосування сили у Стародавній Греції, так і про важливість контролю над Дельфами.

Слово «сіммахос» (σύμμαχος) означає «союзник», «помічник» [2, с. 598]. Найбільш значними з-поміж воєнно-політичних союзів стародавніх греків – симахій – були Лакедемонська та Афінська (або Делоська). Лакедемонська симахія утворилася у VI ст. до н.е. як спілка полісів Пелопоннесу під домінуванням (гегемонією) Спарти.

Формування Пелопоннеського союзу розпочалося у другій половині VI ст. до н.е., а в середині V ст. до н.е. до нього входили всі міста-держави Пелопоннесу, за винятком Аргосу, який був ворогом Спарти, та декількох міст Середньої Греції. Відомо, що спартанська держава тримала своїх громадян у

стані постійної воєнної готовності і засобами воєнного терору забезпечувала своє панування над залежним населенням. Таким чином, потреба у допомозі при придушенні повстань ілотів була ще одним стимулом для утворення союзу з іншими полісами. Ті, зі свого боку, були зацікавлені у дружніх відносинах з міцною у воєнному відношенні Спартою [4, с. 121]. Єдиного союзницького договору тут не існувало: Спарта оформляла свої відносини із союзниками шляхом двосторонніх договорів [5, с. 143]. Порівняно слабку централізацію в рамках цього союзу пояснюють різним рівнем економічного розвитку держав-учасниць: серед них були розвинені торговельно-ремісничі центри, але переважна більшість, включаючи саму Спарту, була аграрною.

Союзницькі зобов'язання членів Пелопоннеського союзу полягали в узгодженні зовнішньої політики та спільних воєнних діях. Кожен учасник мав надавати для них воїнський контингент із власними командирами та матеріальним забезпеченням. Аграрні поліси створювали військо гоплітів, а торгово-ремісничі – створювали флот та надсилали гроші. Спільне військо очолювали спартанські царі, а спартанські флотоводці – «неархи» командували спільним флотом.

Раз на рік Спарта скликала збори, де всі держави-учасниці, незалежно від розміру кожної з них, мали по одному голосу, і питання вирішувалися більшістю голосів. Головували на зборах спартанські ефори – «наглядачі», посадові особи, що здійснювали у спартанській державі функції контролю (у тому числі у період найбільшого розвитку інституту ефорату вони контролювали зовнішні зносини) [6]. Рішення зборів мали затверджуватися спартанськими народними зборами – апеллою.

Внески на користь союзу не були регулярними, не було спільних фінансів та союзної адміністрації. Нині немає відомостей про санкції союзу до учасників, які захотіли б його залишити, і тому можна твердити, що вийти з союзу було легко. Відомо, що з нього виходили, наприклад, Корінф, Мегари (Мегара), Фіви та деякі ахейські міста. Учасникам Пелопоннеського союзу навіть не заборонялося воювати між собою. Проіснував він досить довго – близько 200 р. [7, с. 183–184].

Делоська, або Афінська симахія (або Делоська ліга, або Перший Афінський морський союз), була утворена під час греко-перських воєн. Учасники сплачували до скарбниці на Делосі внесок під назвою «форос» та перебували у порівняно більшій залежності від Афін, ніж учасники Лакедемонської симахії – від Спарти. Їх залежність від Афін дедалі зростала, тому врешті-решт на основі цього об'єднання утворилася «афінська імперія». Протистояння двох симахій у другій половині V ст. до н.е. призвело до Пелопоннеської війни [1, с. 37], у якій Спарта перемогла Афіни.

Відомостей про утворення, внутрішню організацію та діяльність Делоської симахії недостатньо, вони суперечливі, тому немає змоги ані здійснити глибокий критичний аналіз джерел, ані написати повну детальну історію, але загальне уявлення можна скласти. Античні автори пов'язують заснування Делоської симахії з битвою проти персів при Платеях у 479 р. до н.е., коли греки-союзники, що брали участь у цій битві, запряглися захищати незалежність Платей, у відповідь на що Платеї мають піклуватися про могили загиблих у битві. Античні джерела переповідають декілька варіантів цієї присяги, але точний і достовірний зміст її встановити неможливо – зокрема, широко відоме зобов'язання греків не відновлювати зруйновані персами храми і залишити їх у руїнах як пам'ятку війни, вірогідно, є тільки легендою. Але ми можемо стверджувати, що угода про створення союзу була укладена у формі надання присяги. Як інший, більш ймовірний привід для створення союзу, називають таку подію: у 479 р. до н.е. іонійці (одне з основних давньогрецьких племен, яке частково мешкало на островах) звернулись до загального грецького флоту з проханням звільнити їх від персів. Після битви під Мікале на раді на острові Самос мешканці Пелопоннесу висловилися за те, щоб переселити іонійців з островів до материкової Греції і надати їм землі, яких були позбавлені ті, хто надав підтримку персам, – оскільки інакше надавати іонійцям на островах тривалий захист було б неможливо. Але Афіни виступили проти, і тоді острови Самос, Хіос, Лесбос та інші були прийняті до загальної коаліції. Згодом, у 478 р. до н.е. один зі спартанських командувачів грецької коаліції Павсаній дискредитував себе в очах союзників і був відкликаний. Після цього

грецьку коаліцію – за різними джерелами чи то за союзницькою, чи то за своєю ініціативою – очолили Афіни. Спарта не заперечувала проти цього.

Цю симахію описують як оборонний та наступальний союз, що створювався на постійній основі – він мав тривати, доки спеціально кинуті у море на знак його укладення шмати металу залишатимуться на морському дні. Учасники зобов'язувалися мати спільних ворогів та спільних друзів. Приводом для створення союзу проголошувалася помста за страждання греків, які вони перетерпіли від персів, яка мала здійснюватися шляхом спустошення земель перського царя. Сучасні дослідники схильні вважати, що справжньою метою альянсу було як подальше звільнення греків від персів, так і – особливо – запобігання поверненню персів до Греції. Відтак основною функцією симахії був превентивний захист.

Назву «Делоської» симахія дістала тому, що її скарбниця, куди держави-учасниці сплачували внески, спочатку перебувала на Делосі, і там мали скликатися загальні збори союзу. (Острів Делос, як відомо, вважається батьківщиною бога Аполлона, і там знаходилося найважливіше іонійське святилище). Ймовірно, коли збори скликалися раз на рік, схвалювався і черговий річний план кампанії, – адже союз постійно вів війну. Згодом десь у 454/3 р. до н.е. скарбницю перемістили до Афін, можливо, через побоювання, що її захоплять перси. А зі зростанням значення Афін та подальшою централізацією їх влади у союзі загальні збори, певно, й зовсім припинили скликати, і рішення, які стосувалися безпосередньо учасників союзу, тепер схвалювали афінські народні збори. Від початку Афіни дістали посаду скарбничого союзу, який мав визначати суму внеску-форосу. Афіни також визначали, хто з учасників союзу мусить сплачувати на загальну користь гроші, а хто – надавати кораблі. Відомо, що сума першого внеску була визначена як 460 талантів, однак досі не встановлено, яким чином вона була розподілена і у який спосіб визначали, хто з міст-учасників мав сплачувати гроші, а хто – надавати кораблі. Щодо голосів та початкової процедури прийняття рішень, то сучасні нам дослідники розглядають два варіанти: або існував голос Афін і спільний голос ради інших учасників, так щоб голос Афін «важив» стільки, скільки голос усіх інших учасників разом, або існувала єдина рада, де кожен

учасник, включаючи Афіни, мав по одному голосу. У такому випадку, можливо, Афіни як учасник, що надавав командувача та найбільшу кількість кораблів, володіли фактично правом вето та вирішального голосу, але спочатку й інші союзники могли відмовитися від участі у військовій кампанії, яку вони не схвалювали.

Щодо діяльності симахії, за тими джерелами, які дійшли до нас, ми можемо судити, що вона як діяла за своїм основним призначенням – боротьби із Персією, – так і використовувалася заради зміцнення впливу Афін та обмеження самостійності інших учасників. П.Дж. Родес у Кембріджській «Давній історії» так підсумовує основні здобутки союзу, відомі нам з головного джерела – «Історії» Фукідіда: «Ті, хто приєднався до Ліги як до антиперської організації, не могли скаржитися, що Афіни не переслідували цілей Ліги. Втім, відповідно до його мети, епізоди, які обрав Фукідід для включення до свого каталогу, можна розглядати як ілюстрації зростання могутності Афін. Ейон став афінською колонією і надав Афінам доступ до району, де з часом мав бути заснований Амфіполь; Скірос став афінською колонією. Каріст був змушений вступити до Ліги проти своєї волі. Еврімедонт був славною перемогою для Ліги, але особливо для Афін. Афіни боролися проти Тасосу та підкорили його, щоб одержати від нього територію, якої Афіни прагнули» [8, с. 47]. Разом з тим не можна стверджувати, що справжня первісна ціль утворення союзу – боротьба з персами – була примарною: вона, дійсно, відповідала інтересам учасників, була викликана справжньою загрозою для їхньої безпеки і реалізовувалася у діяльності союзу. Афіни просто використали для власного зміцнення ті можливості, які союз їм надавав.

Більш широкий антиперський союз греків, створений у 481 р. до н.е. продовжував діяти і після утворення Делоської симахії приблизно до кінця 460-х років до н.е. і розпався тоді, коли формально припинилися союзницькі відносини Афін зі Спартою. Це відбулося внаслідок так званої третьої Мессенської війни (464–458 чи 455 до н. е.): ілоти у підкореній Спартою Мессенії скористалися землетрусом 464 р. до н.е. і підняли повстання. Спарта попросила допомоги проти них у своїх союзників, у тому числі в Афін, але коли воєнна допомога – чотири тисячі гоплітів – врешті прибула, Спарта

відмовилася її прийняти, побоюючись, що афіняни візьмуть бік повсталих. Тоді Афіни вийшли з союзу зі Спартою і натомість уклали союз з її ворогами – Аргосом та Фессалією.

Мешканці завойованих союзом Ейону та Скіросу – не греки – були перетворені на рабів, а їхнє місце заступили афінські поселенці. Важлива перемога була одержана союзом у битві на ріці Еврімедонт (469 р. до н.е.), коли був знищений перський флот у гирлі ріки, а також розграбований перський табір. Надаючи допомогу Єгипту проти Персії, союз мав тяжку поразку. Незважаючи на спроби, до союзу не вдалося приєднати Кіпр. Для перемог союзу – зокрема, при Еврімедонті – мала велике значення діяльність стратега Кімона, визначного діяча історії стародавніх Афін, що симпатизував Спарті.

Важливою стороною діяльності Делоського союзу (точніше Афін – його лідера) був збройний примус тих учасників, які відмовлялися виконувати свої зобов'язання та повставали. Відомо про повстання Наксосу й Тасосу (Фасосу), обидва вони були придушені. Наксос за висловом Фуکیدіда був «повернений у рабство», що означало обмеження його свободи всупереч угоді. Війна – чи то пак «примусова операція» – проти Тасосу тривала три роки. Внаслідок поразки він мав повалити міські стіни, віддати свої воєнні кораблі, сплатити данину готівкою і відмовитися від своїх володінь на материку. Фуکیدід повідомляє, що причиною повстання Тасосу був спір із Афінами, що виник, зокрема, з приводу контролю над рудником срібла, який знаходився на материку.

Поступово все більше учасників союзу вважали за краще відкупитися внеском, аніж брати участь у воєнних операціях – що сприяло утвердженню Афін у ролі лідера: флот Афін зростав коштом союзників, і у випадках, коли Афіни застосовували проти союзників силу, ті не були достатньо навчені чи обладнані, щоб чинити Афінам спротив. Непокірність союзників стала для Афін іще одним приводом зміцнити свою владу та обмежити їх свободу. Починаючи від кінця 450-х років до н.е., реагуючи на повстання союзників, Афіни вже визначали їх внутрішній лад, надсилали тимчасових наглядачів та постійний гарнізон, встановлювали межі для незалежності судів союзників, але силу деяких судових рішень поширювали на весь союз. Висувалася також вимога пожертв союзників на афінські свята Панафіней.

Після того, як скарбниця союзу була переведена до Афін, було встановлено, що одна шістнадцята форосу має йти на пожертву богині Афіні. У правових актах поряд із присягою на вірність «Афінам та союзникам» стали згадувати присягу за іншою формулою: лише Афінам та «містам, якими правлять Афіни». Всі ці чинники свідчать про поступове перетворення союзу на державу на чолі з Афінами – так звану афінську «архе», або «афінську імперію». Це мало наслідком прагнення союзників використовувати послаблення Афін заради відновлення своєї незалежності, що стало однією з причин поразки Афін у Пелопоннеській війні.

У 378 р. до н.е. з метою протистояння Спарті був організований Другий Афінський морський союз, або Друга Афінська Ліга. Це був уже суто оборонний союз, де Афіни не могли наполягати на ролі необмеженого лідера. Втім, хоча Другий Афінський морський союз мав би розглядатися як приклад епімахії (з давньогр. *ἐπί* – «на», «проти» [2, с. 581], *μάχη* – битва [2, с. 588]), чіткої межі між цими двома видами союзів на практиці не було [5, с. 162]. У Афінах мала постійно засідати рада союзників. Афінські народні збори мали вирішальний голос, але не могли примушувати союзників діяти всупереч їх волі. Тепер Афіни обіцяли поважати свободу та автономію союзників і не вдаватися до різноманітних дій, які вони вчиняли під час існування Делоської симахії. В тому числі скасовувався форос. Афіни збирали внески-синтаксії, але невеликого розміру, і тепер не могли визначати їх обсяг, збирати та витратити їх абсолютно на свій розсуд.

Важливе значення мав також союз міст Беотії (так званий Беотійський союз) на чолі із Фівами, що із перервами проіснував від часів Троянської війни до підкорення Греції римлянами. Відомо про існування в Беотії амфіктіонії для захисту спільних святилищ, що зосереджувалися спочатку навколо храму Посейдона, а згодом – навколо храму Афіни Ітонії. Під час зустрічей на релігійних святах відбувалися, в тому числі, ярмарки та вирішення спорів про кордони між беотійськими містами. Амфіктіонія могла застосовувати заходи відповідальності до членів, які захоплювали територію храму, порушували безпеку священнодійства і разом з тим – свободу торгівлі, або до членів, які не підкорялися рішенням її ради [4, с. 127–128].

У V ст. до н.е. Беотійський союз підтримував Спарту в Пелопоннеській війні, але у IV ст. до н.е. воював проти Спарти та ініціював створення антиспартанської коаліції. У 70–60-ті рр. IV ст. до н.е. спартанська гегемонія у стародавній Греції змінилася фіванською. Беотійський союз намагався чинити спротив пануванню Македонії, що врешті-решт, закінчилося для нього трагічною поразкою. У 335 р. до н.е., коли у Греції поширилася чутка про смерть Олександра Македонського, Беотійський союз підняв невдале повстання, після якого місто Фіви було зруйноване і його мешканці, що вцілили, масово продані у рабство.

Організація Беотійського союзу в період його розквіту була такою. Головним органом були народні збори – «беотійці» або «збори беотійців» (чи «збори ліванців»), які скликалися у Фівах, і право брати участь у яких мали громадяни усіх міст, що входили до союзу. Збори, як видно, не мали права законодавчої ініціативи (на відміну від афінських), але затверджували всі закони. Точні дані про періодичність скликання зборів у джерелах відсутні. Збори затверджували договори, обговорювали питання війни й миру, надавали проксенії та обирали посадових осіб.

Рада Беотійського союзу спочатку поєднувала законодавчі та виконавчі функції. Але після перевороту 379 р. до н.е. законодавчі функції перейшли до народних зборів. Рада здійснювала, як видно, переважно судочинство. Посадові особи – беотархи здійснювали нагляд за чеканкою спільної монети союзу, забезпечували його зовнішню і внутрішню безпеку та провадили зовнішню політику. Загальносоюзний архонт – ця посада з'явилася також після перевороту 379 р. до н.е. – відав храмами загальносоюзного значення, організацією загальносоюзних свят (як-от щорічних Панбеотійських ігор). Посадові особи союзу обиралися терміном на рік. Міста-учасники союзу мали свої народні збори, архонтів та інших посадових осіб, однак найважливіші питання вирішувалися загальносоюзними зборами та посадовцями. Спільне беотійське військо формувалося тільки з громадян, найманці не використовувалися. Особливе значення у війську мали кіннота та так званий «священний загін» з 300 воїнів, який під командуванням одного з беотархів бився на вирішальній ділянці. Своїм воєнним успіхам Беотійський союз

великою мірою завдячує діяльності видатного полководця, беотарха Епаменонда, чий внесок у розвиток воєнного мистецтва відчувається і сьогодні [9, с. 48–54].

Інспірований Фівами конфлікт між Фокідою з одного боку та Дельфами з іншого переріс у так звану Третю священну війну (355–346 р. до н.е.). Приводом до неї слугувало використане обвинувачення у Дельфійській амфіктіонії, що начебто фокідці розпахують землю, яка належала Дельфійському храму. У випадку несплати штрафу храму Аполлона мала бути передана земля фокідців. Аналогічним чином за ухвалою амфіктіонії мали вчинити з іншими містами, чії громадяни були засуджені до сплати священного штрафу, а серед таких міст була і Спарта. Конфлікт переріс у загальногрецьку війну, що значно ослабила всю Грецію і створила умови для її підкорення Філіпом Македонським і навіть надала йому формальний привід: Філіпп виступив проти Фокіди як захисник поруганої святині [4, с. 430–431].

Як висновок дослідження потрібно зазначити, що:

- досвід Стародавньої Греції надає багато прикладів різних форм утворення союзів держав-полісів, у тому числі – у сфері безпеки;
- при створенні союзу могли взаємодіяти зобов'язання релігійного та воєнно-політичного характеру;
- характер організації союзу, включаючи зобов'язання учасників, залежав від внутрішньої політичної організації його членів, що яскраво видно з порівняння Лакедемонської та Делоської (Афінської) симахій;
- історія Делоської симахії показує, що союзницькі відносини могли бути використані для обмеження чи повної втрати незалежності союзників та збільшення власної держави. У такому випадку зобов'язання з членства ставали засобом обмеження чи поглинення незалежності союзників. Це важливо як ще одне свідчення, що при діяльності та еволюції різноманітних форм колективної безпеки відіграє суттєву роль інтерпретація правових зобов'язань, що становлять основу цієї організації співробітництва, залежно від політичних цілей лідерів об'єднання;
- у Стародавній Греції розуміли важливість союзів у сфері безпеки як засобу впровадження зовнішньої політики лідерів таких союзів.

Список використаних джерел

1. Сергеев В.С. Дипломатия Древней Греции / [Бахрушин С.В., Ефимов А.В., Косминский Е.А., Нарочницкий А.Л.], под ред. В.П. Потемкина. – История дипломатии. – Москва : ОГИЗ. Государственное социально-экономическое издательство, 1941. – Т. 1. – 566 с.
2. Славятинская М.Н. Учебник древнегреческого языка / Славятинская М.Н. – Москва : Филоматис, 2003. – 620 с.
3. Bederman D.J. Internationa law in antiquity/ Bederman D.J. – Cambridge : Cambridge University Press, 2004. – 322 P.
4. Паневин К.В. История Древней Греции / Паневин К.В. – Санкт-Петербург : Издательство Полигон, 1999. – 638 с.
5. Печатнова Л.Г. История Спарты (период архаики и классики)/ Печатнова Л.Г. – Санкт-Петербург : Гуманитарная Академия, 2001. – 510 с.
6. Энциклопедический словарь Ф.А. Брокгауза и И.А. Ефрона. – С.-Пб. : Брокгауз-Ефрон 1890–1907. [Электронный ресурс] // Энциклопедия Брокгауза и Ефрона. Режим доступа: <http://enc-dic.com/brokgause/Jefor-46295.html>
7. История Древней Греции / [Андреев Ю.В., Кошеленко Г.А., Кузицин В.И., Маринович Л.П.] – Москва : Высшая школа, 1986. – 382 с.
8. Rhodes P.J. The Delian League to 449 B.C. / [Asheri D., Davies J.K., Lewis D.M., Pollitt J.J., Rhodes P.J. etc]; edited by D.M. Lewis, J. Boardman, J.K. Davies, Ostwald M. – The Cambridge ancient history. – Cambridge : Cambridge University Press, 2008. – V. 5. – P. 34–61.
9. Кутергин В.Ф. Беотийский союз в 379 – 335 гг. до н. э. / Кутергин В.Ф. – Саранск : Издательство Мордовского университета, 1991. – 184 с.

Ржевська В.С. Внесок об'єднань полісів Стародавньої Греції у розвиток ідеї колективної безпеки у міжнародному праві

Досліджено структуру, діяльність з підтримання миру та історичний розвиток об'єднань полісів Стародавньої Греції як форм колективної безпеки у Стародавньому світі. Встановлено, як при створенні союзу взаємодіяли зобов'язання релігійного і воєнно-політичного характеру. Виявлено залежність характеру організації союзу від внутрішньої політичної організації його членів. Показано, як союзницькі відносини могли бути використані для обмеження чи повної втрати незалежності союзників, що є важливим свідченням того, яку важливу роль при розвитку різних форм колективної безпеки відіграє інтерпретація юридичних зобов'язань, що лежать в основі даного об'єднання, залежно від конкретних політичних цілей.

Ключові слова: міжнародні організації, історія міжнародного права, колективна безпека.

Ржевская В.С. Вклад объединений полисов Древней Греции в развитие идеи коллективной безопасности в международном праве

Исследованы структура, деятельность по поддержанию мира и историческое развитие объединений полисов Древней Греции как форм коллективной безопасности в Древнем мире. Установлено, как при создании союза взаимодействовали обязательства религиозного и военно-политического характера. Выявлена зависимость характера организации союза от внутренней политической организации его членов. Показано, как союзнические отношения могли быть использованы для ограничения или полной утраты независимости союзников, что является важным свидетельством того, какую важную роль при развитии разных форм коллективной безопасности играет интерпретация юридических обязательств, лежащих в основе данного объединения, в зависимости от конкретных политических целей.

Ключевые слова: международные организации, история международного права, коллективная безопасность.

Rzhevskaya V.S. The contribution of the units of state-cities in Ancient Greece to the development of the idea of collective security in international law

The article presents the study of the structure, peace-maintaining activities and historical developments of the unions of state-cities in Ancient Greece as collective security forms in Antiquity. Namely, the mutual interaction of religious, military and political commitments is stated and the definition of the union's character by the internal political organization of its members is shown. Also the article reveals how the union could be used to restrict or absorb the independence of its members. This is an important proof that interpretation of the legal undertakings defined by the particular political aims has a great share in developing various forms of collective security.

Key words: international organizations, history of international law, collective security.



Субъекты функции защиты в уголовном процессе по Уголовно-процессуальному закону Азербайджанской Республики

*Аббасова Лала Зейнал кызы,
диссертант кафедры криминалистики и судебной
экспертизы Бакинского государственного университета*

УДК 343.1

По сравнению с последним Уголовно-процессуальным кодексом 1961 года советского периода, новый Уголовно-процессуальный закон Азербайджанской Республики 2001 года содержит в значительной степени совершенно иные формулировки самого понятия защитника, его полномочий, его роли по отношению к обвинителю, некоторых его обязанностей и т.д. Между тем, анализ ряда положений УПК 2001 г., предусматривающих право обвиняемого на защиту, свидетельствует, что регламентация этих норм нуждается в дальнейшей детализации, чтобы конституционный принцип на право каждого на защиту от уголовного преследования в виде представления специальным лицом – защитником, мог быть и реализован каждым в полной мере [1].

Так ст. 92 УПК АР определяет процессуальное положение защитника в уголовном судопроизводстве [1]. Согласно рассматриваемой норме в качестве защитника в уголовном процессе может участвовать только адвокат, обладающий правом на осуществление адвокатской деятельности на территории Азербайджанской Республики.

В то же время современный Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации (УПК РФ принят в 2001 году), сменив ранее действовавший УПК РСФСР, основной текст которого составлялся в 1960 году. Статья 49 предусматривает, что по определению или постановлению суда в качестве защитника могут быть допущены наряду с адвокатом один из близких родственников обвиняемого или иное лицо, о допуске которого ходатайствует обвиняемый. При производстве у мирового судьи указанное лицо допускается и вместо адвоката [2].

Таким образом, в УПК РФ законодатель существенно расширил участие в качестве защитника иных лиц, нежели в УПК АР. Данная проблема весьма существенна, так как непосредственно связана с правом обвиняемого на защиту. Рассмотрим эти вопросы подробнее.

«Основы уголовного судопроизводства Союза ССР и союзных республик» в ст. 22 (редакция от 12.06.90), а вслед за ними и Уголовно-процессуальный кодекс Аз.ССР 1961 года более широко подходил к вопросу участия иных лиц (*не адвоката* – курсив А.Б.) в качестве защитника [1]. Так ст. 57 УПК Аз.ССР предусматривала допуск адвоката – представителя профессиональных союзов и других общественных организаций. По определению суда или постановлению судьи в качестве защитника мог быть допущен супруг, близкие родственники и законные представители обвиняемого, а также другие лица. В силу того, что данное положение было предусмотрено основами уголовного судопроизводства [1] Союза ССР, оно распространялась по существу на УПК всех союзных республик, в том числе и на УПК РФ ст. 46, которая предусматривала аналогичное положение [2].

В зависимости от того, кто выступал в уголовном процессе в качестве субъекта функции защиты, авторы книги «Обвинение и защита по уголовным делам» различали 3 основные вида защиты [3].

Сюда, прежде всего, относилась защита, осуществляемая самим обвиняемым по делу.

Как второй вид защиты они рассматривали защиту, производимую самими органами предварительного расследования и прокуратуры [3]. Такая позиция, по нашему мнению, недостаточно обоснованна, поскольку действия и отношения органов предварительного расследования и прокуратуры нельзя расценивать как осуществление защиты, в качестве задачи советского уголовного судопроизводства рассматривали быстрое и полное раскрытие преступлений, изобличение виновных и обеспечение правильного применения закона с тем, чтобы каждый, совершивший преступление, был подвергнут справедливому наказанию и ни один невиновный не был привлечен к уголовной ответственности и осужден.

Советский закон того времени предусматривал, что суд, прокурор, следователь и лицо, производящее дознание, обязаны принять все предусмотренные законом меры для того, чтобы «обеспечить обвиняемому возможность защищаться установленными законом средствами и способами от предъявленного ему обвинения и обеспечить охрану его личных преимущественных прав», принять меру попечения о детях и охраны имущества обвиняемого, заключенного под стражу, изменить обвинение на более мягкое при наличии к тому оснований, прекратить дело в соответствующей части, если обвинение оказалось несостоятельным и т.д. [2, ст. 19–20, 58, 98, 154, 211, 214–215]. Прокурор уполномочен был пресекать любые незаконные ограничения обвиняемого в правах; отменять решения органа предварительного расследования, ущемляющие права и законные интересы обвиняемого; отстранять следователя или лицо, производящее дознание, от ведения дела в случае проявления им обвинительного уклона; своим постановлением допустить защитника к участию в предварительном расследовании с момента предъявления обвинения «по любому делу; отказаться от поддержания обвинения в суде и изложить суду мотивы такого отказа; опротестовать обвинительный приговор суда ввиду его необоснованности или необходимости улучшения положения осужденного и т. д. [2, ст. 47, 211, 248, 325, 371]. По нашему мнению, процессуальные действия и отношения, предпринимаемые органами предварительного расследования и прокуратуры в соответствии с цитируемыми нормами закона, не могли рассматриваться как участие в осуществлении функции защиты по уголовному делу. Перечисленные процессуальные обязанности скорее всего были направлены на обеспечение требований уголовно-процессуального законодательства при производстве по делу.

В качестве третьего вида защиты они *рассматривают* защиту, осуществляемую специально привлеченными или допущенными для этого лицами, именуемыми защитниками [3]. Круг лиц, допускаемых или привлекаемых по делу в качестве защитников, а равно пределы их полномочий в уголовном процессе были предусмотрены ст. 22 «Основы Уголовного

Судопроизводства Союза ССР и Союзных Республик» [4] и статьи 47, 49, 51, 250 УПК РСФСР [2].

Субъектами защиты, осуществляемой специально приглашенными или допущенными для этого лицами, могли быть:

- адвокаты, действующие по ордеру соответствующей юридической консультации, но от своего имени;
- представители профессиональных союзов или других общественных организаций, выделяемые по просьбе обвиняемого, его членов семьи или законных представителей. Они допускаются в уголовный процесс по предъявлению выписки из решения профсоюзной или иной общественной организации о выделении их защитником того или иного обвиняемого и действуют в деле от своего имени;
- близкие родственники обвиняемого, его законные представители или другие лица, которым обвиняемый доверяет защиту своих прав и интересов. Эти лица допускались в качестве защитника по постановлению судьи или определению суда при наличии соответствующего ходатайства обвиняемого и его личного согласия. Законные представители и близкие родственники должны были предъявить документ, подтверждающий факт их родства с обвиняемым, или выписку из решения органов опеки и попечительства. В отношении «других» лиц судьи могли выяснять причину, побудившую обвиняемого *избрать* их своим защитником;

– общественные защитники, выделяемые общественными организациями или коллективами трудящихся и действующие полностью от их имени. Они допускались в дело по предъявлению документа, удостоверяющего их полномочия, и с позицией и волей обвиняемого никоим образом не связаны [4].

Моментом принятия перечисленными выше лицами на себя защиты считалось предъявление ими соответствующего ордера или иного документа, удостоверяющего их полномочия органами предварительного следствия или суда. Если же требовалось по закону вынесение органами следствия и суда (судьями) специального постановления или определения о допуске данного лица в качестве защитника по делу, то принятие защиты на себя. В соответствии с действующим УПК РФ ст. 49 предусматривает, что по

определению или постановлению суда в качестве защитника могут быть допущены наряду с адвокатом один из близких родственников обвиняемого или иное лицо, о допуске которого ходатайствует обвиняемый [2]. При производстве у мирового судьи указанное лицо допускается и вместо адвоката. Таким образом, по смыслу закона при производстве у мирового судьи участие адвоката не является обязательным, а квалифицированная юридическая помощь может быть оказана иным лицом по ходатайству заинтересованного участника.

В чем состоит важность и необходимость такого статуса защитника, предусмотренного законом?

Как отмечает автор статьи «Участие защитника в уголовном производстве: проблемы правоприменения» Романова Л., общественный защитник, во-первых, как правило, обладает особым доверием со стороны подзащитного в силу расчета подзащитного не на его квалификацию, а на его добросовестность. Особенно важным участие такого защитника становится в условиях участия адвоката по назначению (бесплатно, за счет государства), то есть в таких условиях, когда обвиняемый или члены его семьи, другие заинтересованные в его судьбе лица не могли оплатить услуг адвоката по найму. Как правило, согласие на роль общественного защитника исходило от лица, обладающего высокой гражданской активностью, обостренным чувством социальной справедливости. Кроме того, участие в уголовном деле общественного защитника являлось своеобразной формой общественного контроля за законностью именно в сфере уголовного судопроизводства [5].

Действующие международные стандарты предусматривают право подозреваемого, обвиняемого осуществлять право на защиту, исходя из выборности субъекта защиты.

Такое понимание права на защиту согласуется с принятыми в этой области основными международными актами, в частности ст. 13 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод; ст. 13 Итогового документа Венской встречи государств – участников СБСЕ (Вена, 15 января 1989 г.) [6]; Конференции по человеческому измерению СБСЕ (Копенгаген, 29 июня 1990 г (пункты 11.1, 11.2 ст. 11) [7]; Резолюцией Комиссии ООН по правам человека «О целостности судебной системы», принятой Комиссией

ООН по правам человека на 58-ой сессии 19 апреля 2002 г. [8]; Восьмым Конгрессом ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями в сентябре 1990 г., предполагает возможность обвиняемого обратиться к любому юристу (в том числе к лицам, выполняющим функции юристов) за помощью для отстаивания и защиты своих прав на всех стадиях уголовного разбирательства [9].

В Рекомендации NR (93) 1 «Об эффективном доступе к закону и правосудию для беднейших слоев населения», принятой Комитетом министров Совета Европы 8 января 1993 г., сказано: «Следует содействовать эффективному доступу беднейших слоев населения к внесудебным методам разрешения конфликтов путем расширения участия неправительственных организаций или добровольных организаций, оказывающих помощь беднейшим слоям населения, в таких квазисудебных формах разрешения конфликтов, как посредничество и примирение» [10, п. «а» ст. 2].

Из названных международных документов следует, что каждый вправе защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом, лично, а также через выбранного им самим защитника. С этой целью каждый человек вправе обращаться за юридической помощью как к адвокатам, так и к другим лицам, чья помощь, по его мнению, будет для него эффективной.

Расширенный перечень лиц, которые могут принимать участие в уголовном судопроизводстве в качестве защитников, содержится в Модельном УПК для стран – участников СНГ [11]. Такими лицами могут быть:

- 1) адвокат;
- 2) другое лицо, имеющее высшее юридическое образование;
- 3) иностранный адвокат;
- 4) гражданин, уполномоченный на то, с согласия подозреваемого или обвиняемого общественным объединением или его руководящим органом;
- 5) родственник подозреваемого или обвиняемого, получивший на то их согласие [1, часть вторая ст. 99].

Поскольку данный акт является рекомендательным для всех государств, входящих в СНГ, полагаем, что его положения должны быть учтены и в Азербайджанском законодательстве.

Таким образом, решение вопроса о расширении круга лиц, допускаемых к участию в уголовном процессе в качестве защитников, требует немедленного внесения дополнения в ст. 92 УПК АР [1]. Это будет способствовать как усилению охраны прав и законных интересов обвиняемого (подозреваемого) на выбор защитника по собственному усмотрению, так и повышению эффективности защиты по уголовным делам в целом.

Список использованных источников

1. Уголовно-процессуальный закон Азербайджанской Республики. – Баку, 2001 г.
2. Уголовно-процессуальный закон Азербайджанской ССР. – Баку, 1961 г.
3. Уголовно-процессуальный Кодекс Российской Федерации. – Москва, 2001 г.
4. Обвинение и защита по уголовным делам. Учебное пособие / Аврах Я.С., Зиннатуллин З.З., Фаткуллин Ф.Н. – Казань: Изд-во Казан. ун-та, 1976. – 168 с.
5. Основы уголовного судопроизводства Союза ССР и союзных республик. Ст. 2 (в ред. – Указов Президиума ВС СССР от 06.03.63 № 1237-VI, от 31.08.70 № 169, от 08.02.77 № 5203-IX, от 13.08.81 № 5447-X, от 11.01.84 № 1064-X; Законов СССР от 28.11.89 № 843, от 02.04.90 № 1405-1, от 10.04.90 № 1423-1, от 12.06.90 № 1556-1). – Москва, 1987.
6. Участие защитника в уголовном производстве: проблемы правоприменения [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.zagr.org/1105.html>. 09-12-2011
7. Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод; Итоговый документ Венской встречи государств – участников СБСЕ (Вена, 15 января 1989 г.)
8. Конференции по человеческому измерению СБСЕ (Копенгаген, 29 июня 1990 г.)
9. Резолюция Комиссии ООН по правам человека «О целостности судебной системы», принятая Комиссией ООН по правам человека на 58-ой сессии 19 апреля 2002 г.
10. VIII Конгресс ООН по предупреждению преступности и

обращению с правонарушителями. Сентябрь, 1990 г.

11. Об эффективном доступе к закону и правосудию для беднейших слоев населения. Рекомендация NR (93) 1. Комитет Министров Совета Европы, 8 января 1993 г.

12. Исаева Н.П. Участие лица, не имеющего статуса адвоката, в качестве защитника по уголовным делам // Социальная сущность насилия отражение норм международного права в решениях суда по уголовным делам. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.blog.servitutis.ru/?p=864>

Аббасова Л.З. Суб'єкти функції захисту в кримінальному процесі за Кримінально-процесуальним законом Азербайджанської Республіки

У даній роботі на основі аналізу кримінально-процесуального законодавства зарубіжних країн та міжнародних документів досліджено, які норми кримінально-процесуального закону Азербайджанської республіки потребують подальшої деталізації, щоб конституційний принцип на право кожного на захист від кримінального переслідування у вигляді подання спеціальною особою – захисником, міг бути реалізований повною мірою.

Ключові слова: захисник, родич, інша особа, адвокат, кримінально-процесуальне законодавство, основи кримінального судочинства, обвинувачуваний, підозрюваний.

Аббасова Л.З. Субъекты функции защиты в уголовном процессе по Уголовно-процессуальному закону Азербайджанской Республики

В данной работе на основе анализа уголовно-процессуального законодательства зарубежных стран и международных документов исследовано, какие нормы уголовно-процессуального закона Азербайджанской республики нуждаются в дальнейшей детализации, чтобы конституционный принцип на право каждого на защиту от уголовного преследования в виде представления специальным лицом – защитником, мог быть реализован в полной мере.

Ключевые слова: защитник, родственник, иное лицо, адвокат, уголовно-процессуальное законодательство, основы уголовного судопроизводства, обвиняемый, подозреваемый.

Abbasova L.Z. Subjects of the defense in criminal proceeding according to Criminal-Procedural Law of Azerbaijan Republic.

According to the results of analysis of foreign criminal-procedural legislation and international documents, this article examined and determined norms of criminal-procedural law of Azerbaijan Republic, which are to be specified for the complete implementation of Constitutional right on protection against criminal persecution as a submission forwarded by special person – defender.

Key words: defender, relatives, alius, lawyer, criminal-procedural legislation, foundation of criminal proceeding, accused, suspected.

Отзыв*

**на статью «Субъекты функции защиты в уголовном процессе по
Уголовно-процессуальному закону Азербайджанской Республики»
диссертанта Бакинского Государственного Университета
Аббасовой Лалы Зейнал кызы**

Проблемы повышения эффективности защитительной деятельности в системе уголовного судопроизводства является одним из важнейших задач в сфере защиты прав и законных интересов граждан. В этом направлении требуется постоянный контроль за соблюдение реализации права подозреваемого, обвиняемого на защиту, выявления законодательных пробелов в действующем законодательстве и т.д.

Автор в представленном на отзыв статье провел доскональный анализ проблем, которые препятствуют всесторонней реализации права обвиняемого на защиту. Так по мнению автора УПК 1961 года советского периода, по сравнению с новым уголовно-процессуальным законом Азербайджанской Республики 2001 года содержит, в значительной степени, совершенно иные формулировки самого понятия защитника, его полномочий, его роли по отношению к обвинителю, некоторых его обязанностей и т.д. Между тем анализ проведенный автором ряда положений УПК 2001 г предусматривающих право обвиняемого на защиту свидетельствует, что регламентация этих норм нуждаются в дальнейшей детализации, чтобы конституционный принцип на право каждого на защиту от уголовного преследования в виде представления специальным лицом - защитником, мог быть и реализован каждым в полной мере. На основании анализа УПК зарубежных стран, а также международных стандартов в области защиты прав обвиняемого автором обосновывается предложения по внесению дополнений в статью 92 УПК

* Збережено стиль і граматику оригіналу.

АР предусматривающей расширенный перечень лиц, могущих принимать участие в уголовном судопроизводстве в качестве защитников. Такими лицами могут быть:

- 1) адвокат;
- 2) другое лицо, имеющее высшее юридическое образование;
- 3) иностранный адвокат;
- 4) гражданин, уполномоченный на то, с согласия подозреваемого или обвиняемого общественным объединением или его руководящим органом;
- 5) родственник подозреваемого или обвиняемого, получивший на то их согласие.

Представляется, что позиция автора имеет большой научный и практический и научный интерес, а потому представленная на отзыв статья «Субъекты функции защиты в уголовном процессе по Уголовно-процессуальному закону Азербайджанской Республики» может быть рекомендована на публикацию.

**Старший научный сотрудник Института
Философии, Социологии и Права НАНА,
Доктор философии по праву, доцент**

Б.А. Алиев

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***