№ 2 (14) 2013

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 (Vìsnik Viŝoï radi ûsticiï)
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: Таращук О.С.
Комп'ютерна верстка: 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 № 2 (14) 2013

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, член 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 віце-президент, 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 верховенства права та 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 відділу взаємодії із засобами масової інформації Вищої ради юстиції *(секретар Редакційної колегії).***
9. **ПОРТНОВ Андрій Володимирович, член Вищої ради юстиції, Радник Президента України, доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри конституційного права Київського національного університету ім. Тараса Шевченка, Заслужений юрист України.**
10. **РЯБЧЕНКО Олена Петрівна, професор кафедри управління, адміністративного права і процесу та адміністративної діяльності Національного університету Державної податкової служби України, доктор юридичних наук, професор.**
11. **СЕРЕДА Григорій Порфирович, заступник Генерального прокурора України, доктор юридичних наук, 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, доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Національної академії наук України, Заслужений юрист України.**

ВІСНИК ВИЩОЇ РАДИ ЮСТИЦІЇ № 2 (14) 2013
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

НОВИНИ ВИЩОЇ РАДИ ЮСТИЦІЇ

Олександр Лавринович: «Я докладатиму всі зусилля, щоб Вища рада юстиції користувалася повагою не лише серед суддів, а й у всьому суспільстві» 8

Олександр Удовиченко: «Питання вдосконалення діяльності органів судової влади потребують комплексного вирішення як на законодавчому рівні, так і шляхом впровадження новітніх організаційних технологій, спрямованих на покращення роботи судових інституцій» 9

СУДОВА ВЛАДА

Особливості взаємодії судів загальної юрисдикції з Конституційним Судом України. *Вільгушинський Михайло Йосипович, суддя Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ, кандидат юридичних наук, заслужений юрист України* 14

Особливості організації судової влади в Російській Федерації. *Мяловицька Ніна Анатоліївна, професор кафедри конституційного права юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка, доктор юридичних наук* 26

Особливості функціонального призначення судових органів у давніх державах. *Капустинський Віктор Анатолійович, керівник апарату Вищого*

спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ, кандидат юридичних наук 36

Питання порядку формування Вищої ради юстиції. *Марчук Олег Леонідович, аспірант кафедри конституційного права юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка* . 47

ПИТАННЯ ПРОЦЕСУ ТА СУДОВОЇ ПРАКТИКИ

Понятійний апарат процесу судового доказування цивільного судочинства (історико-правовий підхід). *Андрійцьо Василь Дмитрович, голова Закарпатського окружного адміністративного суду, кандидат юридичних наук* 60

Правові підстави представництва професійною спілкою інтересів працівників при реалізації ними права на звернення за захистом. *Щотова Юлія Миколаївна, декан юридичного факультету, доцент кафедри цивільно-правових дисциплін Академії праці і соціальних відносин Федерації професійних спілок України, кандидат юридичних наук* 70

Проблеми надмірності та недостатності «зворотного зв'язку» між положеннями Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України. *Задоя Костянтин Петрович, доцент кафедри кримінального права та кримінології Київського національного університету імені Тараса Шевченка, кандидат юридичних наук* 79

ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО

Договірні відносини державно-приватного партнерства: проблеми правового регулювання. *Вінник Оксана Мар'янівна, професор кафедри господарського права юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка, доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України* 90

Види посередницької діяльності на фондовому ринку. *Рєзнікова Вікторія Вікторівна, доцент кафедри господарського права Київського національного університету імені Тараса Шевченка, доктор юридичних наук, доцент; Кологойда Олександра Вячеславівна, доцент кафедри господарського права Київського національного університету імені Тараса Шевченка, кандидат юридичних наук, доцент* 108

Еволюція мети договірного права крізь призму економічного підходу: (історія та сучасні тенденції). *Воловик Оксана Анатоліївна, кандидат юридичних наук, доцент, докторант кафедри господарського права Східноукраїнського національного університету імені Володимира Даля, м. Луганськ* 125

Правова модель фінансового консультування. *Слободян Олександр Анатолійович, директор ТОВ «Юридична Консалтингова Компанія «САЛЕКС»* 139

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО

Надання права на шлюб особам, що не досягли шлюбного віку: окремі проблеми. *Менджул Марія Василівна, доцент кафедри цивільно-правових дисциплін Закарпатського державного університету, кандидат юридичних наук* 149

Правові наслідки невиконання нареченими обов'язку пройти медичне обстеження і повідомити один одного про стан свого здоров'я. *Тонієвич Євгенія Дмитрівна, асистент кафедри цивільного права Юридичного інституту Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника* 158

До питання співвідношення понять містобудівного зонування та цільового призначення земель. *Правдюк Віталій Михайлович, асистент кафедри земельного та аграрного права юридичного факультету Київського*

національного університету імені Тараса Шевченка, кандидат юридичних наук 173

КРІМІНАЛЬНЕ ПРАВО

Заходи кримінально-правового характеру щодо юридичної особи: аналіз нового законопроекту. *Нерсесян Армен Сабірович, науковий співробітник Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, кандидат юридичних наук, адвокат* 181

ПИТАННЯ ЮРИДИЧНОЇ ТЕОРІЇ

Сутність та перспективи правового регулювання контролю: підходи в публічному праві. *Хамходера Олег Петрович, аспірант кафедри адміністративного і фінансового права Національного університету «Одеська юридична академія»* 193

Деякі аспекти співвідношення індивідуальних та колективних прав. *Ковалко Наталія Миколаївна, заступник начальника управління державної виконавчої служби Головного управління юстиції у м. Києві, доцент кафедри конституційного права юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка, кандидат юридичних наук*..... 209

Олександр Лавринович: «Я докладатиму всі зусилля, щоб Вища рада юстиції користувалася повагою не лише серед суддів, а й у всьому суспільстві»

4 липня 2013 року під час засідання члени Вищої ради юстиції таємним голосуванням обрали Олександра Лавриновича новим Головою цього конституційного органу. Нагадаємо, що О. Лавриновича, В. Колесниченка та В. Кузьмишина призначили до складу ВРЮ 2 липня 2013 року за квотою Верховної Ради України. Із 24 грудня 2012 року Олександр Лавринович входив до складу ВРЮ за посадою, як Міністр юстиції України. 4 липня його звільнено з посади Міністра юстиції України Указом Президента України, а Вища рада юстиції припинила його повноваження як члена ВРЮ за посадою.

Коментуючи своє призначення представникам ЗМІ, Олександр Лавринович зауважив, що невдовзі буде внесено зміни до Конституції України щодо судової влади. «Роль і функції ВРЮ дещо зміняться. Я думаю, ви побачите підвищене значення її роботи. Я докладатиму всі зусилля, щоб Вища рада юстиції користувалася повагою не лише серед суддів, а й у всьому суспільстві», – наголосив Голова Вищої ради юстиції.

Фото з офіційного сайту Президента України

5 липня Олександр Лавринович зустрівся з Президентом України Віктором Януковичем. Під час зустрічі обговорено процес реформування судової системи в контексті внесення відповідних змін до Конституції України. Основне завдання Вищої ради юстиції Президент України вбачає

в побудові судової системи з висококваліфікованими суддями, які прийматимуть рішення на підставі закону та керуючись верховенством права, зауважив після зустрічі з Главою держави Голова Вищої ради юстиції.

«Зараз найвідповідальніший етап – внесення змін до Конституції України», – зазначив О. Лавринович, наголосивши, що зміни до Конституції вкрай необхідні, оскільки впродовж останніх років в Україні накопичилося багато питань до судової системи та суддів. Голова Вищої ради юстиції нагадав, що у Верховній Раді України вже зареєстровано відповідний президентський законопроект: «Найголовніше те, що після внесення змін до Основного закону у нас суттєво змінюються функції Вищої ради юстиції, щоб з їх допомогою здійснити формування якісного суддівського корпусу й налагодити роботу судової системи».

Олександр Удовиченко: «Питання вдосконалення діяльності органів судової влади потребують комплексного вирішення як на законодавчому рівні, так і шляхом впровадження новітніх організаційних технологій, спрямованих на покращення роботи судових інституцій»

18 червня 2013 року у м. Києві відбулася конференція, присвячена початку роботи Проекту «Посилення незалежності, ефективності та професіоналізму судової влади в Україні».

Проект, дія якого триватиме до кінця 2014 року, фінансуватиметься Урядом Швеції і впроваджуватиметься Департаментом правосуддя та правового співробітництва Генерального Директорату прав

людини та верховенства права Ради Європи у рамках Плану дій Ради Європи для України на 2011–2014 роки. Національними партнерами проекту є Адміністрація Президента України, Конституційна Асамблея, Верховний Суд України, Вища рада юстиції, Вища кваліфікаційна комісія суддів України, Національна школа суддів, органи суддівського самоврядування та Національна асоціація адвокатів України.

Загальною метою Проекту є сприяння інституційним і законодавчим реформам з метою вивчення, усвідомлення та впровадження європейських стандартів правосуддя в Україні. Дія Проекту спрямовуватиметься на три напрями: посилення суддівського самоврядування, підвищення рівня професіоналізму та підзвітності судової влади. Планується, що на час дії Проект стане дискусійним майданчиком для обміну досвідом у рамках експертних зустрічей із ключовими фахівцями у сфері права та формування політики модернізації судової системи країни, розробки змін до чинних законів і підзаконних актів.

Відкриваючи конференцію, голова Департаменту правосуддя та правового співробітництва Ради Європи Ханне Юнкер відзначила високу підтримку проектів РЄ в Україні. Вона також зауважила, що Рада Європи має досвід реформування системи судочинства у 47 країнах, а отже черговий Проект може стати керівним інструментом у зміцненні судової влади в Україні.

«*Для нас велика честь надавати підтримку проекту, спрямованому на продовження європейської інтеграції України*», – відзначив Посол Швеції в Україні Стефан Гуллгрен. Він також наголосив на тому, що питання незалежної та ефективної судової влади є ключовим для належного функціонування інституцій будь-якої країни. «*В останні роки ми спостерігаємо законодавчі зміни в Україні: прийнято*

закони про судову владу, про адвокатуру, Кримінальний процесуальний кодекс. Сподіваємося, що цього року буде удосконалено законодавчу базу щодо діяльності прокуратури. Із власного досвіду знаємо, що доказом успіху є впровадження цих реформ», – резюмував Стефан Гуллгрен.

Під час конференції учасники мали змогу обмінятися думками з приводу ключових завдань та цілей Проекту. «*Незалежна судова влада не є привілеєм самих суддів. Це, насамперед, можливість реалізації громадянами права на справедливий суд*», – переконаний Голова Верховного Суду України, член Вищої ради юстиції за посадою Ярослав Романюк. Він також звернув увагу учасників заходу на необхідність вирішення проблеми відсторонення політикуму від процедури обрання, призначення суддів на посади, а у цьому контексті – зміни способу формування складу Вищої ради юстиції. «*Хочу заперечити, що судова система України працює неефективно*», – сказав Я. Романюк, аргументувавши свою тезу тим, що в Україні за рік, так само як і в Китаї, розглядається 8 млн. справ, водночас як у нас працює 8,5 тис. суддів, а в Китаї – 180 тис. «*Європейська комісія з питань ефективності правосуддя відзначила Україну як країну, де найменший термін розгляду цивільної справи – 17 днів, у Франції – 270, Швеції – 180, Німеччині – 170*», – сказав він. Також Я. Романюк наголосив на необхідності пошуку шляхів вирішення більш нагальних проблем, на які прямо чи опосередковано вказується у рішеннях Європейського суду з прав людини. Серед них перевантаженість вітчизняної судової системи, неоднозначне застосування судами норм матеріального та процесуального права, наявність спорів щодо судової юрисдикції та відсутність механізму і компетентного органу щодо їх остаточного вирішення, посилення ролі та повноважень Верховного Суду України та ін.

Про важливість вирішення проблеми прогнозування та планування діяльності судової влади, відсутності єдиного органу, що координував би наукові дослідження у цій сфері та проводив зовнішній аналіз практики діяльності судів, зазначив заступник Голови Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ Павло Гвоздик.

Актуальність напрямів діяльності Проекту для подальшого розвитку судової системи України загалом та для Вищої ради юстиції зокрема відзначив і заступник Голови Вищої ради юстиції Олександр Удовиченко. Питання щодо формування складу Вищої ради юстиції, коригування принципів її діяльності згідно з європейськими стандартами, за висновками європейських і вітчизняних фахівців, вимагає відповідних конституційних змін.

«*Зауважу, що ці питання широко обговорювалися вітчизняними фахівцями. Остаточні висновки щодо національної моделі вдосконалення конституційного регулювання судової системи визначені Президентом України у щорічному Посланні Глави Держави до Верховної Ради України*», – відзначив О. Удовиченко. Пропонується, щоб 12 з 20 членів майбутньої Вищої ради юстиції складали судді, обрані З'їздом суддів України. До складу Вищої ради юстиції за посадою пропонують включити голів Конституційного Суду України, Верховного Суду України та Ради суддів України. Крім того, пропонується усунути Верховну Раду України від участі в обранні суддів на посади та звільненні з цих посад. «*Приємно констатувати, що зазначені конституційні зміни підтримані експертами Венеціанської комісії на останній сесії, що відбулась 14 червня цього року*», – сказав О.Удовиченко.

Важливим для Проекту стане вироблення можливих шляхів удосконалення інституту відповідальності суддів. «*Точність та передбачуваність підстав відповідальності є необхідними для забезпечення принципу правової визначеності та гарантування незалежності суддів*», – наголосив О. Удовиченко.

За словами заступника Голови ВРЮ, питання реформування судової влади в Україні та вдосконалення діяльності Вищої ради юстиції потребують

комплексного й узгодженого вирішення як на законодавчому рівні, передусім через внесення змін до Конституції України, так і шляхом впровадження новітніх організаційних технологій, спрямованих на покращення роботи судових інституцій.

Планується, що Проект розпочнеться із експертної оцінки проведеної судової реформи в Україні, круглого столу щодо обговорення досягнутих результатів і планування подальших кроків. Одна з робочих груп Проекту працюватиме над переглядом тренінгових програм для судової влади, зокрема для суддів та кандидатів у судді, відповідно до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та практики її застосування, а також над розробкою та проведенням спільної програми тренінгів для суддів і адвокатів. Практичні семінари Проекту будуть присвячені питанням стратегічного і фінансового планування, стратегії комунікації для представників судової влади. Робоча група з дисциплінарних питань та етики зосередиться на проведенні й обговоренні порівняльного дослідження процедур дисциплінарного провадження, призначення і звільнення суддів, організації розробки рекомендацій щодо змін законодавства стосовно суддівської відповідальності.

Особливості взаємодії судів загальної юрисдикції з Конституційним Судом України

Вільгушинський Михайло Йосипович,
суддя Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ, кандидат юридичних наук, заслужений юрист України

УДК 342.56(477)

Розглядаючи питання взаємодії судів загальної юрисдикції з Конституційним Судом України, можна зазначити, що на перший погляд відсутня будь-яка проблематика з цього приводу. Механізм визначення судової юрисдикції виглядає просто: якщо законом безпосередньо не передбачено певного виду судової юрисдикції, то вона визначається, зважаючи на характер спірних правовідносин та їх суб'єктний склад.

Однак, у дійсності у судовій практиці інколи виникають ситуації, які називають «конкуренцією юрисдикцій», коли одна і та сама справа за певними ознаками може бути віднесена до різних видів судової юрисдикції. Саме такі справи й породжують проблеми юрисдикції у судовій системі. Ускладнюється подібна конкуренція до того ж і постійними змінами, і доповненнями до чинного законодавства [1, с. 198, 200; 2, с. 175–184; 3, с. 333–342].

Створення умов правильного, однозначного та єдиного застосування судами загальної юрисдикції усіх інстанцій норм матеріального і процесуального законодавства під час здійснення ними правосуддя, з огляду на наявність існуючої системи судів загальної юрисдикції і судових процедур − видається наразі надзвичайно нагальним питанням. До того ж у судовій практиці постійно виникають проблеми, пов'язані з розмежуванням юрисдикції цивільних, господарських, іноді кримінальних, і адміністративних судів, застосуванням відповідних положень Цивільного процесуального кодексу України, Господарського процесуального кодексу України, Кримінального

процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України.

Варто зазначити, що взаємодія судів загальної та конституційної юрисдикцій здійснюється, насамперед, з урахуванням специфічної юридичної природи суду конституційної юрисдикції – Конституційного Суду України, завдання (повноваження) якого вичерпно передбачені Конституцією України, Законом України «Про Конституційний Суд України», Регламентом Конституційного Суду України [4; 5; 6].

Зокрема, як закріплено у ст. 150 Конституції України, пунктах 1, 4 ст. 13, ст. 39, ст. 41 Закону України «Про Конституційний Суд України», правом на конституційне подання для отримання висновків Конституційного Суду України про відповідність Конституції України (конституційність) законів та інших правових актів Верховної Ради України, актів Кабінету Міністрів України, правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, офіційного тлумачення Конституції та законів України − наділений Верховний Суд України [4; 5].

Отже, в сучасних умовах української державності, з огляду на положення чинного конституційного, адміністративного, процесуального законодавства, взаємодія судів загальної юрисдикції з Конституційним Судом України здійснюється задля створення умов правильного, однозначного та єдиного застосування судами загальної юрисдикції усіх інстанцій норм матеріального і процесуального законодавства під час здійснення ними правосуддя. З огляду на приписи національного законодавства (ст. 360-7 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», ст. 360-7 Цивільного процесуального кодексу України, ст. 111^{28} Господарського процесуального кодексу України, ст. 244-2 Кодексу адміністративного судочинства України) [7; 8; 9; 10] створення таких умов, налагодження досконалої взаємодії судів загальної юрисдикції з Конституційним Судом України – дієвий спосіб реалізації завдань і повноважень, насамперед, Верховного Суду України, вищих спеціалізованих судів України.

Підтвердженням обґрунтованості висновку про нагальність створення умов правильного, однозначного та єдиного застосування судами загальної юрисдикції усіх інстанцій норм матеріального і процесуального законодавства може слугувати Рішення Конституційного Суду України у справі щодо офіційного тлумачення положень частини першої статті 143 Конституції України, пунктів «а», «б», «в», «г» статті 12 Земельного кодексу України, пункту 1 частини першої статті 17 Кодексу адміністративного судочинства України.

По-перше, до ініціювання, обговорення та безпосередньо ухвалення цього Рішення долучилися Вищий адміністративний суд України, Конституційний Суд України, Верховна Рада України, Верховний Суд України, Вищий господарський суд України.

Крім того, свої позиції щодо предмета конституційного подання висловили Президент України, Голова Верховної Ради України, Комітет Верховної Ради України з питань державного будівництва та місцевого самоврядування, Міністерство юстиції України, Фонд сприяння місцевому самоврядуванню України, Верховний Суд України, Вищий господарський суд України, Дніпропетровський апеляційний адміністративний суд, Харківський апеляційний адміністративний суд, Вінницький окружний адміністративний суд, Сумський окружний адміністративний суд, Центр політико-правових реформ, Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва Академії правових наук України, Донецький національний університет, Академія суддів України, Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого, Одеська національна юридична академія (п. 2 Рішення Конституційного Суду України у справі щодо офіційного тлумачення положень частини першої статті 143 Конституції України, пунктів «а», «б», «в», «г» статті 12 Земельного кодексу України, пункту 1 частини першої статті 17 Кодексу адміністративного судочинства України) [11].

По-друге, як зауважив Конституційний Суд України, практичну необхідність в офіційному тлумаченні вказаних положень суб'єкт права на конституційне подання пояснює потребою визначити на основі законодавства компетенцію адміністративних судів щодо судового захисту прав, свобод та законних інтересів фізичних осіб, прав та законних інтересів юридичних осіб у сфері публічно-правових відносин від порушень з боку органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб, інших суб'єктів при здійсненні ними владних управлінських функцій. Така потреба виникла у зв'язку з тим, що, на думку автора клопотання, «Верховний Суд України у своїх рішеннях висловлював протилежні по суті правові позиції щодо аналогічних спірних питань» (п. 1 Рішення Конституційного Суду України у справі щодо офіційного тлумачення положень частини першої статті 143 Конституції України, пунктів «а», «б», «в», «г» статті 12 Земельного кодексу України, пункту 1 частини першої статті 17 КАС України) [12].

Як засвідчив аналіз 251 рішення, ухваленого Конституційним Судом України упродовж 1997–2013 років, за конституційними поданнями щодо офіційного тлумачення Конституції та законів України, крім Верховного Суду України, право на конституційне подання з питань прийняття рішень Конституційним Судом України реалізують також й інші суди загальної юрисдикції, зокрема, вищі спеціалізовані − Вищий господарський суд України, Вищий спеціалізований суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ, Вищий адміністративний суд України. Однак, показово, що така взаємодія відповідних вищих спеціалізованих судів України з Конституційним Судом України має симптоматичний (поодинокий) характер й не може бути визнана як постійна практика взаємодії судів загальної та конституційної юрисдикції. Проведене дослідження також засвідчило цілковиту відсутність взаємодії судів загальної юрисдикції першої й апеляційної інстанцій із судом конституційної юрисдикції.

Так, Конституційним Судом України 2010 року ухвалено рішення у справі за конституційними поданнями Вищого господарського суду України

щодо офіційного тлумачення положень частини першої ст. 130 Конституції України (справа про фінансове забезпечення діяльності судів), 2011 року – рішення за конституційним поданням Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ щодо офіційного тлумачення положень статей 97, 110, 234, 236 Кримінально-процесуального кодексу України, статей 3, 4, 17 Кодексу адміністративного судочинства України в аспекті статті 55 Конституції України (справа про оскарження бездіяльності суб'єктів владних повноважень щодо заяв про злочини) [12; 13].

Публічно-правові відносини взаємодії судів загальної та конституційної юрисдикції, судячи із практики здійснення такої взаємодії, приписів адміністративного законодавства можуть бути двох підвидів:

1) безпосередні публічно-правові відносини – виникають й розвиваються безпосередньо між судами загальної юрисдикції (відповідним вищим спеціалізованим судом, Верховним Судом України) й Конституційним Судом України;

2) опосередковані публічно-правові відносини – формуються, по-перше, за участю вищого спеціалізованого суду й Верховного Суду України та, по-друге, Конституційного Суду України. Так, пленум вищого спеціалізованого суду (п. 4 частини другої ст. 36 Закону України «Про судоустрій і статус суддів») приймає рішення про звернення до Верховного Суду України про направлення конституційного подання щодо конституційності законів та інших правових актів Верховної Ради України, актів Президента України, актів Кабінету Міністрів України, правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим та щодо офіційного тлумачення Конституції та законів України [7].

Крім того, взаємодія судів загальної юрисдикції із Конституційним Судом України, з огляду на здійснене дослідження норм Конституції, Закону України «Про Конституційний Суд України» і судової практики, вказують на те, що публічно-правові відносини між цими судами мають двояку природу: 1) конституційно-правову й 2) адміністративно-правову.

Саме відносини, пов'язані із внесенням до Конституційного Суду України конституційного подання, здійсненням у зв'язку із ним конституційного провадження, і є конституційно-правовими. Натомість діяльність судів загальної юрисдикції, котра передує внесенню такого подання – не є нічим іншим як реалізацією адміністративних повноважень цими судами, котра обумовлює формування публічно-правових відносин адміністративної якості.

Цей висновок має прикладне значення, котре полягає у тому, що його слід враховувати при визначенні судами загальної юрисдикції правової природи, якості спірних відносин. Отже, визнання публічно-правових відносин взаємодії судів загальної юрисдикції із Конституційним Судом України − конституційно-правовими та адміністративно-правовими, водночас, має стати одним із критеріїв правильного визначення (ідентифікації) й відмежування юрисдикцій судів загальної юрисдикції.

Також цілком зрозумілою нам видається перспектива вдосконалення відповідного національного законодавства. Оскільки вид взаємодії судів загальної юрисдикції, котрий досліджується, за своєю природою є конституційно-правовим, законодавець має ретельно проаналізувати насамперед норми Основного Закону України й Закону України «Про Конституційний Суд України». Натомість, невиправданим й безпідставним вважаємо врегулювання процедур взаємодії між судами загальної юрисдикції й Конституційним Судом України Адміністративним процедурним кодексом України.

Також не можемо визнати самодостатньою взаємодію судів загальної юрисдикції з Конституційним Судом України, засновану на положеннях ст. 150 Конституції України, пунктів 1, 4 ст. 13, ст. 39, ст. 41 Закону України «Про Конституційний Суд України», у випадку незалучення до неї інших суб'єктів владних повноважень, юридичних осіб публічного права (наприклад, Верховна Рада України, її Голова та комітети; центральні органи виконавчої влади;

громадські об'єднання; наукові, науково-дослідні установи; вищі навчальні заклади).

На відміну від взаємодії судів загальної юрисдикції з іншими суб'єктами владних повноважень, взаємодія цих судів із Конституційним Судом України щодо офіційного тлумачення Конституції та законів України має винятково односторонній характер, оскільки відповідні публічно-правові відносини взаємодії виникають лише за ініціативи судів загальної юрисдикції.

Досліджуючи взаємодію судів загальної юрисдикції й Конституційного Суду України, варто не лише пам'ятати про їхню судову функцію (здійснення правосуддя), але й дати їм належну оцінку як повноцінним суб'єктам владних повноважень, котрі виконують також і приписи адміністративного законодавства. Саме ці об'єктивні обставини – владне «єство» судів загальної юрисдикції й Конституційного Суду України, зобов'язаних керуватися нормами адміністративного права, й обумовлюють утворення між цими судами публічно-правових відносин, заснованих і врегульованих саме такими нормами.

Намагаючись збагнути всі можливі адміністративно-правові види та форми взаємодії судів загальної юрисдикції й Конституційного Суду України, слід виходити з потреби забезпечення суб'єктивних прав, свобод, інтересів, об'єктивно існуючих адміністративно-правових відносин за участю суб'єктів владних повноважень, масиву міжнародного й національного адміністративного законодавства.

Насправді, констатуючи, що держава є носієм публічних прав, теорія її юридичної природи не може не зважати на ту обставину, що в дійсності «права держави» здійснюються численними посадовими особами й установами (зокрема, органами державної (судової) влади) різної компетенції. Між цими установами встановлюються різного роду взаємовідносини. Однак, установа – це не більше ніж апарат держави, через яку вона здійснює свою владу [14, с. 164, 165, 176].

Крім того, головне призначення сучасного реформування адміністративного права полягає у відмові від старої і одночасному формуванні

нової адміністративно-правової доктрини. Тож, зрештою, у результаті трансформації адміністративного права на засадах людиноцентриської ідеології ця галузь має стати основним засобом гармонізації відносин між публічною владою і людиною; значна актуалізація завдання масштабного реформування національного адміністративного права відбувається з огляду на потреби належного функціонування судів загальної юрисдикції, система яких в Україні оновлена [15, с. 148; 16].

Отже, вважаючи суди загальної та конституційної юрисдикції спеціальними суб'єктами держави, уповноваженими на реалізацію її влади, та з огляду на існування між ними правовідносин публічного змісту, необхідно визнати, що ці відносини виникають щодо публічної служби суддів й працівників апаратів судів, узгодженого надання публічної інформації, організації взаємодії між судами загальної та конституційної юрисдикцій, організації й проведення наукових та науково-дослідницьких робіт, правовиховної, просвітницької роботи. Врегулювання таких відносин здійснюється на основі положень Законів України «Про судоустрій і статус суддів», «Про державну службу», «Про інформацію», «Про доступ до публічної інформації».

Зазначаючи про спільну правовиховну, просвітницьку роботу судів загальної та конституційної юрисдикцій, погоджуємося із думкою, що сучасний стан правової науки істотно відрізняється від попередніх десятиліть швидким розвитком, що обумовлено підготовкою значної кількості дисертаційних досліджень, підвищенням попиту на юридичну літературу, оскільки істотна частина вищих навчальних закладів розпочали підготовку фахівців за спеціальністю правознавство. Разом із тим, настав час оцінити здобутки й недоліки, які притаманні вітчизняній правовій науці, визначити перспективні завдання юридичної науки й практики. Надто нагальним налагодження взаємодії судів загальної та конституційної юрисдикції щодо здійснення правовиховної й просвітницької роботи видається у зв'язку із запізненням розробки наукових концепцій розвитку правової системи й одночасним

стрімким устремлінням, розвитком європейського й національного законодавства [17, с. 8–18]. Тому в контексті налагодження взаємодії судів загальної й конституційної юрисдикції та ухвалення й розвитку відповідного законодавства пріоритетним, на нашу думку, має стати піднесення авторитету й матеріально-технічного, фінансового забезпечення діяльності науково-консультативних рад цих судів, запровадження постійної практики проведення ними спільних науково-дослідницьких робіт. Така форма взаємодії є вдалим способом перенесення знань із університетів до національного судочинства і, навпаки, з судів – до академічного світу.

Отже, на відміну від публічно-правових відносин між судами загальної юрисдикції й Конституційним Судом України, врегульованих конституційними нормами, саме відносини публічної служби, відносини щодо надання публічної інформації, відносини стосовно організації взаємодії між вказаними судами, відносини щодо організації й проведення наукових та науково-дослідницьких робіт, правовиховної, просвітницької роботи, з метою упорядкування таких правовідносин й відповідного національного законодавства мають бути задекларовані й вичерпно описані у Адміністративному процедурному кодексі України.

Список використаних джерел

1. Проблеми теорії та практики цивільного судочинства : Монографія / Комаров В.В., Тертишніков В.І., Баранкова В.В. та ін. ; за заг. ред. професора В.В. Комарова. – Х. : Харків юридичний, 2008. – 928 с.

2. Гусаров К.В. Новелізація повноважень суду апеляційної інстанції у Законі України «Про судоустрій і статус суддів» / Гусаров К.В. // Цивілістична процесуальна думка : збірник наукових статей; за заг. ред. Фурси С.Я. – К. : Паливода А.В., 2012.

3. Ковалишин О.Р. Окремі питання розмежування підвідомчості корпоративних спорів / Ковалишин О.Р. // Цивілістична процесуальна думка : збірник наукових статей; за заг. ред. Фурси С.Я. – К. : Паливода А.В., 2012.

4. Конституція України від 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. − 1996. − № 30. − Ст. 141.

5. Про Конституційний Суд України : Закон України від 16 жовтня 1996 року № 422/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. − 1996. − № 49. − Ст. 272.

6. Регламент Конституційного Суду України : Затверджений Рішенням Конституційного Суду України від 5 березня 1997 р. (у новій редакції згідно з Рішенням Конституційного Суду України від 14 жовтня 2008 р. № 34-р/2008) // Офіційний вісник України. – 1997. − № 20. − Ст. 87.

7. Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 7 липня 2010 р. № 2453-VI // Відомості Верховної Ради України. − 2010. − № 41−42, № 43, № 44−45. − Ст. 529.

8. Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 р. № 1618-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2004. − № 40−41, 42. − Ст. 492.

9. Господарський процесуальний кодекс України від 6 листопада 1991 р. № 1798-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1992. − № 6. − Ст. 56.

10. Кодекс адміністративного судочинства України від 6 липня 2005 р. № 2747-IV // Відомості Верховної Ради України. − 2005. − № 35−36, № 37. − Ст. 446.

11. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Вищого адміністративного суду України щодо офіційного тлумачення положень частини першої статті 143 Конституції України, пунктів «а», «б», «в», «г» статті 12 Земельного кодексу України, пункту 1 частини першої статті 17 Кодексу адміністративного судочинства України від 1 квітня 2010 року № 10-рп/2010 // Офіційний вісник України. – 2010. − № 27. − Ст. 31.

12. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями Вищого господарського суду України щодо офіційного тлумачення положень частини першої статті 130 Конституції

України (справа про фінансове забезпечення діяльності судів) від 11 березня 2010 року № 7-рп/2010 // Офіційний вісник України. – 2010. − № 21. − Ст. 28.

13. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Осетрова Сергія Володимировича щодо офіційного тлумачення положень частини другої статті 55 Конституції України, частини другої статті 2, пункту 2 частини третьої статті 17 Кодексу адміністративного судочинства України, частини третьої статті 110, частини другої статті 236 Кримінально-процесуального кодексу України та конституційним поданням Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ щодо офіційного тлумачення положень статей 97, 110, 234, 236 Кримінально-процесуального кодексу України, статей 3, 4, 17 Кодексу адміністративного судочинства України в аспекті статті 55 Конституції України (справа про оскарження бездіяльності суб'єктів владних повноважень щодо заяв про злочини) від 14 грудня 2011 року № 19-рп/2011 // Офіційний вісник України. – 2011. − № 101. − Ст. 72.

14. Елистратов А.И. Основные начала административного права / Вступительное слово д.ю.н. В.В. Коноплева / Елистратов А.И. − Симферополь : из-во «Оригинал М», Крымский юридический институт Харьковского национального университета внутренних дел, 2007. − 512 с. − (сер. «Классика конституционного и административного права»).

15. Демократичні засади державного управління та адміністративне право: Монографія / [Шемшученко Ю.С., Авер'янов В.Б., Андрійко О.Ф., Кресіна І.О. та ін.]; за заг. ред. д.ю.н. В.Б. Авер'янова. − К. : Видавництво «Юридична думка», 2010. − 496 с.

16. Пухтецька А.А. Європейські принципи адміністративного права: Монографія / Пухтецька А.А. / За заг. ред. д.ю.н., проф. В.Б. Авер'янова. – К. : Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2012. – 237 с.

17. Фурса С.Я. Новий погляд на традиційне сприйняття правової науки і підготовку фахівців в галузі права / Фурса С.Я. // Цивілістична процесуальна

думка : збірник наукових статей; за заг. ред. Фурси С.Я. – К. : Паливода А.В., 2012.

Вільгушинський М.Й. Особливості взаємодії судів загальної юрисдикції з Конституційним Судом України

У статті розглядаються проблемні питання організації та особливості взаємодії судів загальної юрисдикції з Конституційним Судом України. Пропонуються шляхи вдосконалення процедури взаємодії між вказаними судами двох юрисдикцій (загальної та конституційної) та зміни до законодавства стосовно розглядуваного питання.

Ключові слова: взаємодія, суди загальної юрисдикції, Конституційний Суд України, «конкуренція юрисдикцій».

Вильгушинский М.И. Особенности взаимодействия судов общей юрисдикции с Конституционным Судом Украины

В статье рассматриваются проблемные вопросы организации и особенности взаимодействия судов общей юрисдикции с Конституционным Судом Украины. Предлагаются пути усовершенствования процедуры взаимодействия между указанными судами двух юрисдикций (общей и конституционной) и изменения к законодательству касательно расматриваемого вопроса.

Ключевые слова: взаимодействие, суды общей юрисдикции, Конституционный Суд Украины, «конкуренция юрисдикций».

Vilgushinsky M.J. Features of cooperation between courts of general jurisdiction of the Constitutional Court of Ukraine

The article deals with the problematic issues of organization and interaction between the courts of general jurisdiction of the Constitutional Court of Ukraine.The ways of improvement of the procedure of interaction between these two courts of jurisdiction (general and constitutional) and changes to the law regarding the issue are risen.

Key words: interaction, the courts of general jurisdiction, the Constitutional Court of Ukraine, «competition jurisdictions».

Особливості організації судової влади в Російській Федерації

Мяловицька Ніна Анатоліївна,
професор кафедри конституційного права юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка, доктор юридичних наук

УДК 342.2:342.55(4)

У сучасних демократичних державах забезпечення незалежності суду розглядається як першочергова задача нормального функціонування як судової влади, так і всієї системи органів державної влади в цілому. Відповідно до резолюції Генеральної Асамблеї ООН від 13 грудня 1985 р. «Основні принципи незалежності судових органів» незалежність суддів і судових органів має бути проголошена, закріплена в конституційному та поточному законодавстві, а також забезпечена державою, при цьому держава зобов'язана надавати судовим органам відповідні засоби, які дозволяють їм належним чином виконувати їхні функції [1]. Конституційне та поточне законодавство більшості сучасних держав поряд із принципом незалежності суду закріплюють ще ряд основоположних принципів організації і діяльності судових органів: доступність судового захисту для фізичних та юридичних осіб, здійснення правосуддя тільки законними судами, заборона утворення надзвичайних судів, публічність судових слухань, здійснення належної процедури, умотивованість судових дій, які включають судові рішення.

Світовий і європейський досвід свідчить, що у демократичних державах діяльність суду має забезпечувати верховенство права, в тому числі і по відношенню до держави. Як зазначає відомий російський вчений Чиркін В.Є., положення гілки судової влади у визначеній мірі є суперечливим. З одного боку, це дуже сильна влада, оскільки тільки вона може здійснювати такі заходи, які не вправі робити ні законодавча, ні виконавча влади. З іншого боку, це порівняно слабка влада, тому що вона не спирається на безпосередню

підтримку виборців, як влада законодавча, хоча у деяких країнах судді нижчих судів, народні засідателі можуть обиратися громадянами. Судова влада не має силових механізмів, як виконавча. Сила цієї влади полягає у неухильному виконанні закону, у повазі судового рішення, його незаперечності [2, с. 294].

У зв'язку з цим великий інтерес викликає досвід європейських держав, зокрема Російської Федерації (далі – РФ) щодо особливостей організації і функціонування судової влади.

Метою статті є узагальнення досвіду особливостей конституційно-правового статусу органів судової влади РФ на федеральному рівні та судової системи суб'єктів федерації. Ця проблема висвітлювалась у працях А. Автономова, М. Баглая, Б. Габрічідзе, Д. Златопольського, О. Кутафіна, А. Портнова, В. Ріяки, А. Селіванова, Б. Страшуна, Ю. Тихомирова, Н. Чепурнової, В. Чиркіна, В. Шаповала, Ю. Шемшученка та ін., але деякі аспекти цієї теми досліджені недостатньо, без урахування останніх подій, що характеризують конституційний розвиток РФ.

Конституція РФ 1993 р. закріплює як одну з непорушних засад федеративного устрою принцип єдності державної влади, який є логічним наслідком того, що єдиним джерелом влади у РФ є багатонаціональний народ.

В основу організації державної влади в РФ закладена модель республіки президентського типу. Конституція РФ ознаменувала новий етап у розвитку державних інститутів від повновладдя Рад народних депутатів до утворення системи державної влади на засадах принципу розподілу влади на законодавчу, виконавчу та судову (ст. 10 Конституції) [3].

Судова влада в РФ здійснюється шляхом конституційного, цивільного, адміністративного та кримінального судочинства (п. 2 ст. 118 Конституції РФ). Ці названі форми здійснення судовою владою своїх функцій є рівними за своїм правовим статусом і значенням.

Судову систему РФ складають федеральні суди, конституційні (статутні) суди та мирові суди суб'єктів РФ.

До федеральних судів належать:

а) Конституційний Суд РФ;

б) Верховний Суд РФ, верховні суди республік, крайові та обласні суди, суди міст федерального значення, суди автономної області та автономних округів, районні суди, військові та спеціалізовані суди, які входять до системи федеральних судів загальної юрисдикції;

в) Вищий Арбітражний Суд, федеральні арбітражні суди округів (арбітражні касаційні суди), арбітражні апеляційні суди, арбітражні суди суб'єктів РФ, які входять до системи федеральних арбітражних судів.

До судів суб'єктів РФ належать: конституційні (статутні) суди суб'єктів РФ, мирові судді, які є суддями загальної юрисдикції суб'єктів РФ.

Конституційний Суд займає особливе становище в системі органів державної влади РФ, у тому числі і органів судової влади. Він належить до органів, що мають забезпечувати конституційне правосуддя і законність як основні засади конституційного ладу.

Правові основи статусу Конституційного Суду визначені Конституцією РФ та Конституційним законом «Про Конституційний Суд Російської Федерації» від 21 липня 1994 р. [4], зміни до якого були внесені Законами від 8 лютого та 15 грудня 2001 р.

До складу Конституційного Суду (далі – КС) входять 19 суддів. Суддею КС може бути громадянин РФ, якому на день обрання виповнилося не менш як 40 років і який може виконувати свої повноваження до 70-річного віку. Високі вимоги пред'являються і до фахового рівня суддів КС. Ними можуть бути особи з вищою юридичною освітою та стажем роботи за фахом не менше 15 років. Кандидатури на посади суддів КС обговорюються за особливою процедурою судовими інстанціями, науковою громадськістю і вносяться Президентом РФ, який остаточно вносить їх на затвердження до Ради Федерації.

Відповідно до Закону «Про Конституційний Суд Російської Федерації» суддя КС обирається строком на 12 років без права повторного переобрання.

Конституційний Суд РФ складається з двох палат, які є рівноправними. Справи розглядаються палатами по черзі. Найважливіші питання (тлумачення Конституції РФ та конституцій республік і статутів інших суб'єктів федерації тощо) розглядаються на пленарних засіданнях у повному складі суддів КС.

Компетенція Конституційного Суду визначена безпосередньо Конституцією у ст. 125. Конституційний Суд вирішує справи про відповідність Конституції Російської Федерації:

а) федеральних законів, нормативних актів Президента РФ, Ради Федерації, Державної Думи, Уряду РФ;

б) конституцій республік, статутів, а також законів та інших нормативних актів суб'єктів РФ, ухвалених з питань, що належать до відання органів державної влади РФ та спільного відання органів державної влади суб'єктів РФ;

в) договорів між органами центральної державної влади та органами державної влади суб'єктів РФ;

г) міжнародних договорів, що не набули чинності.

До функціональної діяльності Конституційного Суду РФ входить також перевірка скарг про порушення конституційних прав і свобод громадян та запитів судів щодо конституційності закону, який застосовується чи має бути застосований у конкретній справі.

Конституційному Суду належить право законодавчої ініціативи з питань свого відання. Рішення КС остаточні і оскарженню не підлягають.

Характеризуючи правову природу Конституційного Суду РФ як судового органу конституційного контролю, можна дійти висновку про правомірність точки зору Б.С. Ебзєєва щодо наявності у його статусі рис, властивих двом інститутам державної влади [5, с. 22]. З одного боку, Конституційний Суд є органом правосуддя, складовою частиною судової влади, а з іншого – є федеральним органом державної влади і в цьому статусі стоїть в одному ряду з іншими конституційними органами держави – Президентом, Федеральними Зборами, Урядом РФ. І тому, відповідно до своєї компетенції, може суттєво

впливати на діяльність глави держави, органів законодавчої та виконавчої влади РФ та її суб'єктів, на встановлення обсягу її повноважень, меж її компетенції тощо.

Відповідно до Конституції РФ судовий устрій (а отже, і судова система) віднесено до виключного відання федеральної влади. Це означає, що можливість утворення судових органів суб'єктами Федерації має бути обумовлена у федеральному конституційному законі про судову систему. Висновок про можливість утворення судів суб'єктів Федерації можна зробити, опосередковано спираючись на норму п. «е» ст. 83 Конституції РФ, якою передбачено, що Президент РФ має право призначати лише суддів федеральних судів. Однак зміст поняття «федеральні суди» законодавством чітко не розкривається. Що стосується судів суб'єктів РФ, то до них належать мирові судді, які є суддями загальної юрисдикції, та конституційні (статутні) суди суб'єктів РФ. У роки радянської влади в Росії, як і загалом у СРСР, мирових судів не існувало [6, с. 628].

Впровадження їх у РФ відбулося після прийняття Федерального конституційного закону «Про судову систему Російської Федерації» від 31 грудня 1996 р. [7]. Відповідно до ст. 28 цього закону передбачалося, що мировий суддя у межах своєї компетенції розглядає цивільні, адміністративні та кримінальні справи як суд першої інстанції. Повноваження та порядок діяльності мирового судді мали встановлюватися федеральним законом та законом суб'єкта РФ. Такий закон був прийнятий у грудні 1998 р. з наступними поправками та доповненнями [8].

У статті 4 цього закону передбачається, що мирові судді здійснюють свою діяльність у межах судових дільниць, які утворюються з урахуванням чисельності населення: від 15 до 30 тис. осіб на одній дільниці.

Мирові судді призначаються (обираються) на посаду законодавчим (представницьким) органом державної влади суб'єкта РФ або обираються на посаду населенням відповідної судової дільниці. Як свідчить практика, питання призначення мирових суддів суб'єктів РФ вирішуються по-різному, нерідко за

ускладненою процедурою. Наприклад, у Республіці Бурятія мирові судді призначаються на посаду Народним Хуралом (парламентом) за поданням Президента республіки. Йому ж кандидатуру на цю посаду вносить голова Верховного суду Республіки Бурятія на підставі рішення кваліфікаційної колегії суддів республіки. В окремих суб'єктах РФ мирові судді призначаються законодавчими зборами суб'єктів за поданням голови верховного (крайового, обласного) суду на підставі рішення кваліфікаційної колегії суддів даного суб'єкта. А в Республіці Комі мирові судді призначаються на посаду Державною радою Республіки Комі з урахуванням думки Глави республіки та думки виборної або іншої посадової особи місцевого самоврядування, передбаченої статутом відповідного муніципального утворення, за поданням Голови Верховного суду республіки [9, с. 263–264].

Заснування у 1996 р. конституційних (статутних) судів суб'єктів РФ мало відіграти важливу роль у процесі подальшої демократизації федеративних відносин, формування «правового федералізму» і єдиного конституційного простору. Ця мета законодавця обґрунтована, насамперед, параметрами правового регулювання. Адже у загальному масиві законів Російської Федерації – 60% (близько 600 тисяч) становлять акти суб'єктів федерації [10, с. 270].

Відповідно до ст. 27 Федерального конституційного закону від 31 грудня 1996 р. «Про судову систему Російської Федерації» [7] конституційний (статутний) суд суб'єкта РФ може утворюватись суб'єктом РФ для розгляду питань відповідності Конституції РФ законів, нормативних правових актів органів державної влади та органів місцевого самоврядування суб'єкта РФ, а також для тлумачення конституції (статуту) суб'єкта РФ.

Конституційний (статутний) суд суб'єкта РФ розглядає питання, віднесені до його компетенції, в порядку, встановленому законом суб'єкта РФ. Його рішення, прийняті у межах повноважень, не можуть бути переглянуті іншим судом. Склад конституційних судів та порядок їх призначення у республіках РФ встановлюється республіканськими конституціями, в інших

суб'єктах Федерації ці питання регулюються відповідними федеральними законами.

Однак слід відзначити, що процес становлення конституційного судочинства у суб'єктах Федерації не набув поширення. Нині з 83 суб'єктів РФ конституційні (статутні) суди діють усього в 15 суб'єктах, з них лише 3 – у суб'єктах РФ, які не є республіками. А в Республіці Мордовія цей суд був ліквідований у 1994 р. [11, с. 265–269]. Водночас, як зауважує А.Д. Улимжієв, федеральний центр явно не прагне приділити потрібної уваги створенню судів конституційної юрисдикції в усіх регіонах, що, на його думку, значною мірою обумовлено домінуючими нині централістськими тенденціями [10, с. 271]. Оскільки такий стан істотно порушує баланс регіональної системи стримувань і противаг, у літературі висловлюються пропозиції про закріплення на федеральному рівні юридичної норми, яка в імперативному порядку пропонувала б усім суб'єктам у встановлений строк сформувати власні органи конституційної юстиції [12, с. 47]. Йдеться також про необхідність детальнішої регламентації на федеральному рівні інших елементів правового статусу конституційних (статутних) судів суб'єктів РФ. Прихильники даної позиції вважають, що формування конституційних (статутних) судів РФ має відбуватися під контролем рамкового федерального закону, на основі якого суб'єкти РФ з урахуванням національних, культурних та інших особливостей розроблятимуть власне законодавство про органи конституційної (статутної) юстиції [13, с. 119–135]. Існують і більш зважені пропозиції: рамковий закон має здійснювати регулювання лише найбільш загальних, організаційних питань [14, с. 128–132].

На нашу думку, зобов'язувати суб'єкти РФ створювати конституційні (статутні) суди є недоцільним. Як свідчить зарубіжний досвід, зокрема законодавство ФРН і Швейцарії, регламентація органів конституційної юрисдикції в суб'єктах федерації є предметом їх самостійного правового регулювання. Крім того, прийняття такого федерального закону суперечитиме принципам федералізму та нормам Конституції РФ.

Список використаних джерел

1. Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН от 13 декабря 1985 г. «Основные принципы независимости судебных органов». [Электронний ресурс] – Режим доступу : //zakon.kuban.ru/private/nso.htm

2. Чиркин В.Е. Конституционное право зарубежных стран / В.Е. Чиркин. – М. : Юристъ, 1997. – 568 с.

3. Комментарий к Конституции Российской Федерации. – М. : Фонд «Правовая культура», 1996. – 552 с.

4. О Конституционном Суде Российской Федерации : Федеральный Конституционный закон от 21 июля 1994 г. (с изменениями от 8 февраля 2001 г.) / Собрание законодательства Российской Федерации. – 1994. – № 13. – Ст. 1447.

5. Федеральный конституционный закон «О Конституционном Суде Российской Федерации». Комментарий. / отв. ред. Н.В. Витрук, Л.В. Лазарев, Б.С. Эбзеев. – М. : Юрид. лит., 1996. – 560 с.

6. Чехович В.А. Мировий суд / В.А. Чехович // Юридична енциклопедія : в 6 т. / редкол. : Ю.С. Шемшученко (відп. ред.) [та ін.]). – К. : Вид-во «Українська енциклопедія» імені М.П. Бажана, 1998–2004.– Т. 3 : К–М. – 2001. – 792 с.

7. О судебной системе Российской Федерации : Федеральный конституционный закон от 31 декабря 1996 г. / Собрание законодательства Российской Федерации . – 1997. – № 1. – Ст. 1 ; 2001. – № 5. – Ст. 4825 ; 2003. – № 27 (ч. 1) – Ст. 2698.

8. О мировых судьях в Российской Федерации : Федеральный закон от 17.12.1998 г. : Федеральный закон от 11 декабря 2004 г. / Собрание законодательства Российской Федерации. – 1998. – № 51. – Ст. 6270 ; 2004. – № 25. – Ст. 2481 ; 2004. – № 35. – Ст. 3607 ; 2004. – № 49. – Ст. 4841 ; 2004. – № 49. – Ст. 4843 ; 2005. – № 8. – Ст. 604.

9. Будаев К.А. О взаимоотношениях органов законодательной и исполнительной властей с судебными органами в субъектах Российской Федерации. / Централизм, демократия, децентрализация в современном государстве: конституционно-правовые вопросы / К.А. Будаев : материалы Междунар. науч. конф. (Москва, 7–9 апреля 2005 г.); [под ред. С.А. Авакьяна]. – М. : ТК Велби, 2006. – С. 262–264.

10. Улымжиев А.Д. К вопросу о современном состоянии и перспективах развития конституционного правосудия в субъектах Российской Федерации / Централизм, демократия, децентрализация в современном государстве: конституционно-правовые вопросы / А.Д. Улымжиев : материалы Междунар. науч. конф. (Москва, 7–9 апреля 2005 г.) ; [под ред. С.А. Авакьяна]. – М. : ТК Велби, 2006. – С. 270–273.

11. Ливеровский А.А. О некоторых вопросах совершенствования законодательства, регулирующего деятельность конституционных (уставных) судов субъектов российской Федерации / Централизм, демократия, децентрализация в современном государстве : конституционно-правовые вопросы / А.А. Ливеровский, Г.Г. Бернацкий : материалы Междунар. науч. конф. (Москва, 7–9 апреля 2005 г.) : [под ред. С.А. Авакьяна]. – М. : ТК Велби, 2005. – С. 265–269.

12. Чепурнова Н.М. Судебная власть в Российской Федерации : проблемы теории и государственно-правовой практики : автореф. дисс. на соиск. науч. степени докт. юрид. наук / Н.М. Чепурнова. – Саратов, 1999. – 48 с.

13. Боброва В.К. Правовой акт о статусе Уставного суда субъекта Российской Федерации / В.К. Боброва // Журнал российского права. – 2000. – № 1. – С. 119–135.

14. Жилин Н.А. Место конституционных (уставных) судов субъектов Российской Федерации в судебной системе страны / Н.А. Жилин // Вестник Уставного суда Свердловской области. – 2000. – № 1 (2). – Ст. 128–132.

Мяловицька Н.А. Особливості організації судової влади в Російській Федерації

У статті досліджуються особливості конституційно-правового статусу органів судової влади Російської Федерації. Розглядається система судової влади на федеральному рівні, а також судова система суб'єктів Російської Федерації.

Ключові слова: конституція, федерація, суб'єкт федерації, суди, мирові судді.

Мяловицкая Н.А. Особенности организации судебной власти в Российской Федерации

В статье исследуются особенности конституционно-правового статуса органов судебной власти Российской Федерации. Рассматривается система судебной власти на федеральном уровне, а также судебная система субъектов Российской Федерации.

Ключевые слова: конституция, федерация, субъект федерации, суды, мировые судьи.

Myalovitskaya N.A. Features of the organization of the judiciary in the Russian Federation

The article investigates the features of the constitutional and legal status of the judicial authorities of the Russian Federation. A system of judicial power at the federal level, and the judicial system of the Russian Federation.

Key words: constitution, the federation, the subject of the federation, the courts, justices of the peace.

Особливості функціонального призначення судових органів у давніх державах

Капустинський Віктор Анатолійович,
керівник апарату Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ, кандидат юридичних наук

Для досягнення мети нашого дослідження ми розуміємо призначення функцій судових органів як основну зовнішню характеристику ролі та призначення судочинства на різних етапах розвитку держав. Тому для дослідження ґенези додаткових функцій судової влади ми звернулися до наявних наукових напрацювань у частині становлення та функціонального призначення судової влади як первинної категорії для поняття функцій судових органів, в яких міститься аналіз цих питань у контексті загальносвітової історії.

Переважна більшість вітчизняних науковців наголошують на тому, що виокремлення судової влади з переліку інших видів (родів) державної влади, а отже їх функціонального призначення, відбулося ще у Стародавній Греції [13, с. 228; 1, с. 29; 11, с. 37; 14, с. 58; 5, с. 4].

Однак єдиного підходу до вирішення цього питання немає. Деякі науковці вважають, що судова влада у якості інституту правосуддя була чи не найпершим атрибутом влади у стародавньому світі [5, с. 4]. Зокрема, видатний представник дореволюційної юридичної науки у Російській імперії М.М. Коркунов зазначав, що стародавні царі були в першу чергу суддями, а відправною точкою прояву державного владарювання було саме судове рішення [9, с. 18]. Підтвердження цієї позиції ми віднайшли й у працях видатних істориків М.М. Карамзіна, В.О. Ключевського, М.І. Костомарова, С.М. Соловйова. Таким чином, коріння історичного досвіду функціонування судових органів сягає найдавніших державних утворень.

Разом із тим ми вбачаємо і суттєві недоліки у положеннях зазначеної концепції. Прибічники більш загального підходу до дослідження історичного

розвитку судових органів та їх функцій розглядають їх систему як загальне поняття – інститут правосуддя, що мав різні форми на різних етапах історичного розвитку держав та не відповідав усім ознакам судової влади у сучасному розумінні її концепції.

Прихильники інших поглядів вважають, що практичне розмежування функцій гілок та органів влади відбулося у значно пізніший історичний період Нового часу [11, с. 37–38]. Зокрема, В.С. Нерсесянц зазначив, що внаслідок відсутності абстракції влади політичної держави у стародавній час про її розподіл слід вести мову лише у період Нового часу [12, с. 99]. Тобто дослідження ґенези судової влади та її функцій слід обмежити періодом Нового часу.

Водночас є простір для дискусій і в цьому підході, адже «Метод легкого вивчення історії» Жана Бодена, що дозволив виокремити Новий період всесвітньої історії, який розпочався після середньовіччя та традиційно обчислюється з XV століття, не можна застосовувати як однозначно визначену точку відліку часу оформлення судової влади для юридичної науки.

У цьому контексті нам імпонує підхід, згідно з яким ідеї поділу влади та функціонування судової влади видатних стародавніх мислителів (Арістотель, Платон, Полібій, Эпікур) були частково реалізовані в судовій практиці Античного світу [15, с. 7]. Тобто дослідження судової влади та її функцій у історичних межах необхідно розпочинати від початку відображення судової практики у відповідних наукових концепціях та її обґрунтування як однієї з гілок влади у державі. При цьому судову владу ми розуміємо як поняття, яке в межах доктрини поділу влади позначає одну з гілок державної влади, основне завдання якої – здійснення правосуддя [1, с. 23].

Як відомо, ще до оформлення концепції судової влади, у додержавний період, функція здійснення правосуддя виконувалась шляхом волевиявлення усіх дорослих членів роду на відповідних зібраннях. Родовими общинами в той час управляли старійшини – найбільш поважні і досвідчені їх члени. Ця влада не була відділена від усієї родової общини, була суспільною, уособлювала

господарську, військову і наглядову (за виконанням звичаїв) функції. У разі порушення звичаїв суспільний примус застосовувався у вигляді лайки, фізичного покарання, вигнання з роду. Міра покарання визначалася старійшинами і виконувалася ними чи сородичами [6].

Наведене дає підстави стверджувати, що у додержавний період слід вести мову про функцію здійснення правосуддя (без її оформлення у самодостатню судову владу), яка перебувала у нерозривній єдності з іншими управлінськими та організаційними функціями. Тобто первинно функціональність суду була ширшою завдяки її єдності з іншими видами влади у первісному суспільстві.

Крім того, допоміжною функцією у процесі здійснення правосуддя у додержавний період однозначно можна вважати виховну функцію, оскільки влада старійшин базувалась на особистому авторитеті, інтелектуальних та емоційних чеснотах, добровільному (або внаслідок переконання) виконанні рішень старійшин іншими членами роду.

Частково ця тенденція зберігається і в період формування перших держав. Наприклад, головою судової влади, як і всього державного апарату, у Стародавньому Єгипті був фараон. Вищою судовою установою держави з часів Стародавнього царства були шість палат, головою яких був візир. У надзвичайних ситуаціях фараони призначали особливі судові колегії.

У період Нового царства судова влада здійснюється вже спеціальними колегіями – кенбетами: центральною, що складалась із 30 членів, окружними, міськими. Однак, крім державних судових установ, протягом усього періоду існування Стародавнього Єгипту діяли храмові суди, а суддя будь-якої судової інстанції вважався жерцем богині Істини.

Таким чином, у період утворення перших держав відбулося закріплення відповідних судових механізмів, за допомогою яких здійснювалось судочинство. Характерною особливістю цього періоду було переплетіння функції здійснення правосуддя із призначенням та функціями релігійної влади у державі та суспільстві.

У Стародавньому Вавилоні правосуддя також довгий період здійснювали

релігійні служителі – жерці. Однак у період царювання Хаммурапі було реорганізовано судову систему, обмежено роль жерців та релігії.

У результаті реформ Хаммурапі судова система Стародавнього Вавилону отримала наступний вигляд: кожна община мала власний общинний суд (колегію) під головуванням общинного старости, що призначався царем. А в усі великі міста додатково призначалися «царські судді», які вирішували справи, що стосувалися людей. Вони служили царю або мали повинності перед ним. Разом із тим на практиці зазначені судові інстанції подекуди об'єднувались: общинний суд міг очолювати «царський суддя» і тоді він одночасно виконував роль царського суду або общинний суд об'єднували з храмовим в одну колегію.

Шляхом реформ роль «храмових суддів» було обмежено приведенням учасників процесу до присяги шляхом примусу або клятви. Але їх вплив на судову систему залишався вагомим протягом усього існування Стародавнього Вавилону. Зокрема, у законах Хаммурапі було закріплено значення достовірності матеріалів, поданих позивачем та відповідачем, і якщо письмові документи у справі відсутні, сторони повинні були давати клятву перед божеством у храмі в присутності свідків. Крім того, для з'ясування істини у Стародавньому Вавилоні протягом усього періоду практикували «божий суд» – «ордалії». Якщо звинуваченого кидали в річку і він тонув, його провина вважалась доведеною. Функції храмових суддів були обмежені ордалією (випробуванням водою).

Підтвердженням релігійного впливу на судову систему Стародавнього Вавилону є і те, що будь-який судовий процес починався з того, що його учасники йшли до храму, де перед божествами давали клятву говорити правду і дотримуватись законів.

Цар був верховним суддею, вищою інстанцією, що є традиційним для усіх ранніх держав. За скаргою засуджених або осіб, які опротестовували вироки місцевих суддів за цивільними спорами, цар міг сам винести рішення чи доручити розгляд справи своїм чиновникам. У законах Хаммурапі є стаття, яка відносить розв'язання питання виключно до царської волі. Вона стосується долі

коханця невірної дружини: якщо чоловік не втопить дружину – перелюбницю, «то й цар може помилувати свого раба» (§ 129) [3]. В інших випадках цар міг направляти справи в той чи інший суд із зазначенням норми, яку слід застосувати.

У законах Хаммурапі також закріплено жорсткі обмеження для чиновників, які здійснювали судочинство, зокрема у § 5 зазначено, що у випадку, коли суддя дослідив справу, виніс вирок і виготовив документ з печаткою, а потім змінив своє рішення, його слід звинуватити у зміні постановленого рішення, а суму позову, що мала місце у цій справі, він повинен сплатити у 12-кратному розмірі з подальшим відстороненням від суддівства [3].

Фактично, у зазначеній нормі йдеться про зміну рішення, яке набрало законної сили. Зміст зазначеної норми закріплено й у римському праві у вигляді формули: «по одній справі двічі не приймається рішення». Цар Хаммурапі заохочував подання йому скарг на рішення суддів, очевидно, вбачаючи в цьому форму контролю за їх діяльністю та дотриманням законності. Він міг оголосити амністію, помилувати або віддати на смерть будь-якого підданого.

Отже, судова система Стародавнього Вавилону була централізованою, майже незалежною від жерців, а головною підставою судових рішень стали перші писані норми права. Крім традиційних функцій здійснення правосуддя, судові органи виконували допоміжні функції: контролю, коли вища судова інстанція (цар) здійснювала постійний нагляд за діяльністю інших органів судової влади, та законодавчу, коли вища судова інстанція (цар) ініціювала та приймала норми права, якими керувалися судові органи під час здійснення судочинства.

Що ж стосується функцій судової системи Стародавньої Індії, то вони мали певні незначні відмінності, зумовлені адміністративно-територіальним та суспільно-політичним устроєм.

Судові органи у своїй діяльності керувалися нормами права, зокрема Законами Ману. У VIII Главі цього збірника настанов визначено, що

судочинство здійснює цар особисто (ст. 1). Якщо цар не розглядав справу особисто, то він призначав вченого брахмана і трьох суддів, які розглядали справи у «високому суді» від імені царя (ст. 9–10). Такому розгляду підлягали лише 18 категорій справ, визначених у статтях 4–7. Зрозуміло, що у переважній більшості випадків розгляд справ здійснювався брахманами, а місце, де вони «сидять», і становило собою «суд Брахми» (ст. 11) [4].

Однак у законах Ману настільки органічно було переплетено релігійні та моральні норми, що це дозволило суттєво вдосконалити механізми реалізації допоміжної функції контролю у судовій системі, що була характерна для ранніх держав. Дхарму (від санскриту «дхар» – підтримувати) у судовому праві Стародавньої Індії слід розуміти як сукупність встановлених та санкціонованих державою норм і правил, спрямованих на підтримання моральних устоїв, релігійних законів, універсальної рівноваги буття та істини. Термін «адхарма» є антонімом до зазначеного, має протилежний зміст і в перекладі із санскриту означає «несправедливість», «беззаконня». У ст. 15 законів Ману встановлено загальну норму про те, що дхарма, яку порушено, – нищить; дхарма, яку збережено, – охороняє, тому її не можна порушувати, щоб не бути покараним. Таке розуміння норм права як органічної частини релігії дозволило чи не вперше у регулюванні суду у стародавніх державах «розповсюдити» їх і на царя як на вищу посадову особу в судовій системі (та водночас судову інстанцію у державі). Зокрема, у ст. 18 законів Ману закріплено формулу про те, що чверть провини від вчинення адхарми лягає на винного, чверть – на неправдивого свідка, чверть – на суддів, чверть – на царя. До речі, рішення суду, винесене за законом і дхармою, не могло бути скасоване (навіть царем). Разом з тим, незаконне рішення суду цар повинен скасувати, оштрафувати суддю чи радника і прийняти справу до свого розгляду. Ймовірно, таким шляхом забезпечувалось право на апеляцію.

Крім того, до розгляду справи в суді учасникам процесу не дозволялося мати приватні аудієнції в суддів з метою уникнення підкупу. Чесність, непідкупність суддів перевірялася агентами-провокаторами. Суддя,

підозрюваний у хабарництві, зловживаннях, корисливому розв'язанні справи піддавався суворому покаранню – вигнанню з конфіскацією майна, навіть якщо був брахманом.

Разом із тим, у законах Ману зафіксовано велику кількість виховних та повчальних норм права, що спрямовані на регулювання правосуддя. Зокрема, у ст. 12 закріплено, що коли адхарма проникає в суд і судді не карають за злочини, то самі піддаються адхармі; у ст. 13 – що людина, яка говорить неправду в суді, є грішником; у ст. 14 – що, де на очах у суддів дхарма потерпає від адхарми, а правда від брехні, там гинуть самі судді. Статтею 19 встановлено, що цар і судді звільняються від гріха, коли покарано того, хто заслуговує на покарання. У статті 127 наголошено, що накладення несправедливого покарання призводить до гибелі честі і рушить славу серед людей, а в іншому світі позбавляє неба [4].

Тож завдяки симбіозу релігійних, моральних та правових норм у Стародавній Індії було розроблено дієві механізми реалізації допоміжної функції суду у формі виховання громадян, закріплено високі моральні вимоги до «реалізаторів» судочинства.

У Стародавньому Китаї суд також не був відділений від адміністрації: цар (імператор) зберігав статус найвищої судової інстанції протягом правління усіх чотирьох династій, а судові функції виконували численні представники державного апарату, як це було притаманно всім раннім державам світу. На місцях функцію здійснення правосуддя виконували представники місцевої адміністрації. Тож якісно відмінних особливостей у призначенні, функціях та формі судової системи Стародавнього Китаю порівняно з іншими давніми державами не спостерігається.

Інша річ – судові органи Стародавньої Греції. Зокрема, Стародавні Афіни відрізнялися від усіх давніх держав формою державного правління і були демократичною республікою. Це обумовило нові алгоритми у формуванні судових органів, їх призначення та функцій у суспільстві та державі.

Судовий розгляд у Стародавніх Афінах вже поділявся на стадії:

попереднє розслідування, власне судовий розгляд і винесення рішення чи вироку. Учасникам процесу надавалась можливість висловити свою думку щодо міри покарання. Крім того, під час попереднього розслідування свідчення потерпілого, обвинуваченого, свідків, а також речові докази запечатували у спеціальну посудину і в такому вигляді направляли до суду.

Систему судових органів у Афінах становили декілька колегій, які розглядали певні справи: ареопаг, чотири колегії ефетів, колегія сорока.

Під керівництвом колегії архонтів діяв вищий судовий орган – геліея, який, крім функції здійснення правосуддя, виконував ще і функції контролю за іншими органами державної влади та законотворення. Вважаємо, що зазначені додаткові функції вищого судового органу Стародавніх Афін обумовлені, крім іншого, входженням до його складу в середині V ст. до н. е. згідно з реформою Ефіальта іншого державного органу, який мав широкі повноваження як контролюючий орган та повноваження судового органу з окремих категорій справ – ареопага. А за часів правління Перикла, як зазначають енциклопедичні джерела, було введено платню членам геліеї – геліїстам [2]. Тобто професія судді отримала постійний оплачуваний характер.

У віданні колегії архонтів знаходились релігійні, сімейні і справи, що стосувались моралі. Дев’ять архонтів і секретар обирались за жеребом – по одному від кожної територіальної одиниці (філи). Геліея складалася з 6000 чоловіків, яких щороку обирали шляхом жеребкування архонти із числа повноправних громадян не молодших 30-ти років. Склад суду поділявся на десять рівних частин, по 500 чоловік у кожній. 1000 суддів виконували роль запасних. Суд діяв відкрито і гласно.

Разом із тим під час винесення рішень і вироків суд не завжди керувався законом. Він міг керуватися звичаями своєї країни і фактично сам створював норми права. Рішення суду приймалось таємним голосуванням більшістю голосів і оскарженню не підлягало.

У Стародавніх Афінах було розроблено досить дієву систему запобігання корупції: лише в день слухання справи визначалося, яке саме відділення буде її

розглядати.

Разом із тим, геліея здійснювала також функцію контролю за діяльністю посадових осіб і остаточно затверджувала постанови народних зборів.

У Стародавніх Афінах застосовувались і деякі обмеження до учасників процесу: розпочинати судові справи могли тільки повноправні афінські громадяни. Інтереси неповнолітніх і жінок у суді представляв глава сім'ї, метека (вихідця з інших міст, що не мав громадянських і політичних прав) – його простат (громадянин Афін, що представляв інтереси метека у державних органах), за раба в суді відповідав його господар. Жінок і неповнолітніх до суду в якості свідків не залучали, рабів при допитах катували.

Таким чином, у Стародавніх Афінах уже було запроваджено колегіальні судові органи на постійній платній основі, що виконували широкий спектр функцій у державі і суспільстві. Серед них основною функцією залишалось здійснення правосуддя, а серед допоміжних можна виокремити законодавчу та функцію контролю.

Отже, у згаданих у цій статті давніх державах судові органи не були обмежені лише здійсненням правосуддя, а виконували й інші функції – законодавчі, виховні, контрольні тощо. Водночас за своєю природою функції судових органів (крім здійснення правосуддя) не завжди були допоміжними, тобто не походили з основної – здійснення правосуддя (як у сьогоденні). В історії існують приклади, коли домінантною функцією органів, які здійснювали судочинство у давніх державах, був контроль за іншими державними органами, наприклад ареопаг у Стародавніх Афінах. Вважаємо, що характер допоміжних ці функції набули значно пізніше, із остаточним оформленням судових органів у самостійну систему – складову державної влади, судову гілку.

Список використаних джерел

1. Бігун В.С. Філософія правосуддя : ідея та здійснення : монографія. – К., 2011. – 330 с.

2. Большая советская энциклопедия : в 30 т. / Гл. ред. А.М. Прохоров. Издание 3-е – М. : «Советская энциклопедия», 1969–1978. – Т. 6.

3. Законы вавилонского царя Хаммурапи. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.hist.msu.ru/ER/Etext/hammurap.htm

4. Законы Ману, Перевод С.Д. Эльмановича, проверенный и исправленный Г.Ф. Ильиным. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.ezospirit.com.ua/publ/drevnie_teksty/zakony_manu/22-1-0-356

5. Зубачова І. Історія становлення судової влади та її роль у системі поділу державної влади / Ірина Зубачова // Юридична Україна. – 2009. – № 9. – С. 4–9.

6. Історія держави і права зарубіжних країн (конспект лекцій) – Мудрак І.Д. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://ukrkniga.org.ua/ukrkniga-text/671/

7. Карамзин Н.М. История государства Российского – М. : Эксмо, 2007. –1024 с.

8. Ключевский В.О. Русская история. – М. : Эксмо, 2009. – 912 с.

9. Коркунов Н.М. Русское государственное право / Н.М. Коркунов. – СПб., 1909. – Т. 1. – 630 с.

10. Костомаров Н.И. Русская история в жизнеописаниях ее главнейших деятелей. – М. : Эксмо, 2009. – 360 с.

11. Крижанівський В. Генезис незалежної судової влади / В. Крижанівський // Юриспруденція: теорія і практика. – 2010. – № 83. – С. 37–41.

12. Нерсесянц В.С. Гегелевская философия права: история и современность. – М., 2009. – С. 99.

13. Нечипорук С. Щодо питання про місце судової гілки влади в системі поділу влади / С. Нечипорук // Право України. – 2009. – № 12. – С. 228–234.

14. Притика Д.М., Кондратова І.Д. Правові засади становлення судової влади в Україні / Д.М. Притика, І Д. Кондратова // Вісник господарського судочинства. – 2011. – № 3. – С. 57–72.

15. Рекецька І.Р. Судова влада в контексті демократичної трансформації українського суспільства: автореф. дис. канд. політ. наук: 23.00.02 / Рекецька Ірина Ростиславівна ; Одес. націон. юрид. акад. – О., 2003. – 24 с.

16. Соловьев С.М. История России с древнейших времен. – М. : Эксмо, 2010. – 1024 с.

Капустинський В.А. Особливості функціонального призначення судових органів у давніх державах

У статті досліджено основні завдання та призначення судочинства, проаналізовано розвиток та особливості функцій судових органів у давніх державах. Наведено приклади їх трансформації та удосконалення.

Ключові слова: судовий орган, функція суду, правосуддя.

Капустинский В.А. Особенности функционального назначения судебных органов в древних государствах

В статье исследованы основные задачи и назначение судопроизводства, проанализировано развитие и особенности функций судебных органов в древних государствах. Приведены примеры их трансформации и усовершенствования.

Ключевые слова: судебный орган, функция суда, правосудия.

Kapustynskyi V.A. Peculiarities of functional appointment of judicial bodies in ancient states

This article researches basic tasks and purpose of judicial proceedings as well as analyses development and peculiarities of functions of judicial bodies in ancient countries. Besides, there are given examples of their transformation and perfection.

Key words: judicial body, function of court, justice.

Питання порядку формування Вищої ради юстиції

Марчук Олег Леонідович,
аспірант кафедри конституційного права юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка

УДК 351.87.075.1:347.99.08](477)

Згідно із законодавством, Вища рада юстиції є колегіальним, незалежним органом, відповідальним за формування високопрофесійного суддівського корпусу, здатного кваліфіковано, сумлінно та неупереджено здійснювати правосуддя на професійній основі, а також за прийняття рішень стосовно порушень суддями і прокурорами вимог щодо несумісності та у межах своєї компетенції про їх дисциплінарну відповідальність [1].

У контексті докорінного реформування судової системи та безпосередньо пов’язаного з ним процесу добору суддівських кадрів, у зв’язку із системним вивченням конституційно-правових проблем організації та функціонування Вищої ради юстиції питання вдосконалення визначення її статусу є надзвичайно актуальним і потребує ґрунтовного вирішення.

Зважаючи на особливий правовий статус цього конституційного органу, важливе значення для його ефективного функціонування має порядок формування Вищої ради юстиції. Він визначений законодавчо, однак у процесі реалізації на практиці виникають деякі запитання, які потребують правового дослідження та подальшого вирішення.

Порядок формування Вищої ради юстиції досліджували такі науковці, як І.В. Назаров, С.О. Халюк, А.О. Селіванов, Н.І. Сухова, С.В. Ківалов, В.М. Колесниченко, В.М. Шаповал та інші.

Метою даної статті є виявлення проблемних питань, пов'язаних із порядком формування Вищої ради юстиції, здійснення їх правового аналізу та окреслення можливих шляхів вирішення.

Відповідно до вимог Конституції України Вища рада юстиції складається з 20 членів. Верховна Рада України, Президент України, з'їзд суддів України, з'їзд адвокатів України, з'їзд представників юридичних вищих навчальних закладів та наукових установ призначають до Вищої ради юстиції по три члени, всеукраїнська конференція працівників прокуратури – двох членів Вищої ради юстиції. Слід зауважити, що до складу Вищої ради юстиції входять за посадою Голова Верховного Суду України, Міністр юстиції України, Генеральний прокурор України.

Отже, формування Вищої ради юстиції відбувається за участю Глави Держави, законодавчого органу, системи органів прокуратури, а також трьох важливих інститутів громадянського суспільства в Україні. Вказане, як вважають деякі автори, і я цілком погоджуюся з такою думкою, унеможливлює залежність Вищої ради юстиції від будь-якого органу держави і відповідного впливу на неї.

Крім того, при визначенні порядку формування Вищої ради юстиції враховано правовий досвід інших країн: Франції, Італії, Німеччини, Іспанії, в яких до складу аналогічного органу обов'язково входять представники різних гілок влади та суспільства. Головою Вищої ради магістратури Франції є Президент Республіки, Міністр юстиції – заступником голови (ст. 65 Конституції Французької Республіки). Вища рада магістратури Італії формується на третину парламентом із професорів юридичних університетів та з адвокатів з 15-річним досвідом, а інша – на конкурсній основі (ст. 104 Конституції Італійської Республіки). В Іспанії членів Генеральної ради судової влади призначає король за поданням органів законодавчої влади (Сенату і Палати депутатів) з адвокатів та юристів – 8 членів, а з числа магістратів і судів – 12 членів (ст. 122.3 Конституції Іспанії) [2].

Стаття 6 Закону України «Про Вищу раду юстиції» встановлює вимоги до членів Вищої ради юстиції, а саме: на посаду члена Вищої ради юстиції може бути рекомендований громадянин України, не молодший тридцяти п'яти років і не старший шістдесяти п'яти років, який проживає в Україні не менш як десять останніх років, володіє державною мовою, має вищу юридичну освіту та стаж роботи в галузі права не менше десяти років.

Варто звернути увагу на один цікавий момент.

Встановлений у законі порядок призначення членів Вищої ради юстиції передбачає, що два із трьох членів Вищої ради юстиції, що призначаються Верховною Радою України і Президентом України, мають бути суддями.

З'їзд адвокатів України і з'їзд представників юридичних вищих навчальних закладів та наукових установ призначають по три члени Вищої ради юстиції, один з яких призначається з числа суддів. А всеукраїнська конференція працівників прокуратури – двох членів Вищої ради юстиції, один з яких призначається з числа суддів.

Кандидатури на посади членів Вищої ради юстиції, які призначаються з'їздом суддів України, визначаються ним із числа суддів.

Отже, десять з двадцяти членів Вищої ради юстиції повинні бути призначені з числа тих юристів, які обіймають посаду судді.

Так, разом із Головою Верховного Суду України, який, як ми вже знаємо, входить до складу Вищої ради юстиції за посадою, остання має у своєму складі 11 членів, які є суддями.

Отже, слід розуміти, що це обов'язкова вимога закону, яка у такий спосіб встановлює граничну мінімальну кількість членів Вищої ради юстиції, які належать до судової гілки влади.

Однак Закон України «Про Вищу раду юстиції» не встановлює будь-яких обмежень (крім, наведених вище, що передбачені ст. 6 Закону) щодо інших членів Ради, які призначаються як суб'єктами її формування взагалі, так і в частині їх професійної діяльності.

Статті 8 і 9 Закону України «Про Вищу раду юстиції» передбачають, що два із трьох членів Вищої ради юстиції, які призначаються Верховною Радою України і Президентом України, мають бути суддями. Якщо буквально трактувати ці положення закону, то така вимога є обов'язковою, тому що призначені ними члени *мають* бути суддями. Щодо третього кандидата від Верховної Ради України і Президента України, то хоч він і *не повинен*, але цілком *може бути* суддею, адже законодавчої заборони відносно цього немає.

Якщо аналізувати вказані статті закону, то можна дійти висновку, що Верховна Рада України і Президент України мають право призначити всіх з трьох можливих членів Вищої ради юстиції – суддів.

Тобто, призначаючи членів Вищої ради юстиції, з'їзд адвокатів України, з'їзд представників юридичних вищих навчальних закладів та наукових установ і всеукраїнська конференція працівників прокуратури, на відміну від Верховної Ради України і Президента України, не можуть у певній мірі на власний розсуд визначатись із кандидатами, оскільки обмежені вимогами закону щодо обов'язковості призначення одного члена з числа суддів.

Виходячи з цього, на думку автора, зміст статей 11, 12 і 13 слід розуміти так: решта членів, які призначаються вказаними у даних нормах закону суб'єктами формування Вищої ради юстиції, обов'язково не повинні бути суддями.

Варто розібратися, що це – недосконалість законодавчої техніки чи свідоме регулювання порядку призначення членів Вищої ради юстиції, спрямоване на забезпечення належного представництва судової гілки влади в конституційному органі, який відповідає за формування суддівського корпусу.

З приводу кількісного представництва суддів у Вищий раді юстиції та взагалі правильності такого підходу, коли судді самі ж вирішують питання обрання, призначення, переведення, звільнення і притягнення до відповідальності своїх колег, уже давно тривають суперечки.

Як це зазвичай буває, фахівці дотримуються двох точок зору. Одні вважають, що кількісне представництво суддівського корпусу у Вищій раді

юстиції має бути помірним, задля запобігання утворення так званого духу певного корпоративізму. Натомість інші – що судді повинні мати кількісну більшість у складі Вищої ради юстиції.

Актуальність даного питання також була озвучена на пленарному засіданні Конституційної Асамблеї, яке відбулося 6 грудня 2012 р. у Київському національному університеті імені Тараса Шевченка [3].

Беручи участь у вказаному заході, Голова Вищої ради юстиції Володимир Колесниченко підтримав загальну ідею, що більшість у Вищій раді юстиції мають складати судді, обрані самими суддями. Керівник Ради запропонував наступне: «Право обрати п'ять суддів доцільно було б віддати конференції суддів цивільно-кримінальної спеціалізації, по три – конференції суддів адміністративної та господарської спеціалізації, одного суддю має делегувати Пленум Верховного Суду України». Таким чином, у складі Вищої ради юстиції буде 12 суддів, обраних самими суддями з урахуванням принципу інстанційності (тобто слід передбачити представництво суддів першої, апеляційної та касаційної інстанцій і пропорційне представництво від судів різних спеціалізацій) [3].

За посадою до Вищої ради юстиції, на думку В. Колесниченка, слід зарахувати Голову Верховного Суду України, Генерального прокурора України та Ректора Національної школи суддів. Право обрати трьох представників від науки він пропонує делегувати з'їзду юридичних вищих навчальних закладів та наукових установ, два представники юридичної громадськості має призначати Президент України з урахуванням загальних вимог до членів Вищої ради юстиції.

В. Колесниченко наголосив, що допускається участь у складі вищих рад юстиції науковців, визначних юристів і навіть видатних громадян, людей, досвідчених у неюридичних питаннях (управлінні, фінансах, інформаційних технологіях, соціальних науках), що є додатковою гарантією уникнення утворення кола відстоювання суддівських інтересів.

Із такою позицією важко не погодитись і з огляду на те, що Вища рада юстиції насамперед є органом, відповідальним за формування високопрофесійного суддівського корпусу, автор статті цілком дотримується і поділяє таку думку, оскільки, при всій повазі до інших правничих професій, хто як не судді, в силу своїх знань і досвіду, здатні сформувати високопрофесійний суддівський корпус.

При цьому, згідно із законом, у разі, якщо на посаду члена Вищої ради юстиції має бути призначений суддя, він призначається з числа суддів, обраних на посаду судді безстроково. На нашу думку, вказане певною мірою відображає те, що суддя, якого призначено безстроково, вже має достатній досвід роботи на цій посаді та володіє багатьма необхідними, так би мовити, «тонкощами» цієї професії.

До того ж проголошена Монреальською універсальною конвенцією ООН про незалежність правосуддя 1983 року участь виконавчих і законодавчих органів у призначенні суддів на посаду повністю відповідає принципу незалежності правосуддя за умови, що такі призначення здійснюються за консультаціями з членами суддівського корпусу. Як ми знаємо, рішення Вищої ради юстиції з основних напрямів її діяльності, а саме: внесення подань про призначення на посаду судді вперше, частково внесення подань про звільнення суддів з посад, призначення суддів на адміністративні посади та звільнення їх з цих посад, майже повністю засновані та є похідними від позиції таких суддівських органів, як Вища кваліфікаційна комісія суддів України і ради суддів спеціалізованих судів.

Оскільки Вища рада юстиції не розглядає питання, пов’язані з призначенням і звільненням прокурорів, а лише розглядає питання порушення ними вимог щодо несумісності та у межах своєї компетенції про їх дисциплінарну відповідальність, не є дивним той факт, що представництво прокурорів у ній незначне. Зокрема, в діючому складі Вищої ради юстиції станом на лютий 2013 року перебуває три прокурори (один із них за посадою).

Зважаючи на те, що член Вищої ради юстиції С.Ф. Сафулько вважає, що Конституція України, передбачивши у складі Вищої ради юстиції трьох адвокатів, оптимально вирішує цю проблему, забезпечуючи у такий спосіб додатковий важіль професійного контролю за формуванням суддівського корпусу і дотриманням суддями присяги [4], можна вважати, що обговорюваний вище підхід до формування ради, так би мовити, за «вузько спеціалізованим» напрямом, є об'єктивно прийнятним і доцільним із точки зору його застосування.

Також під час обговорення на пленарному засіданні Конституційної Асамблеї була підтримана ідея змішаного складу Вищої ради юстиції. Так, професор Гельсінського університету Карло Туорі зауважив, що участь у складі Вищої ради юстиції незалежних представників, несуддів, досить важлива, оскільки, на його думку, є ризик, що коли це будуть тільки судді, вони призначатимуть суддями один одного або тих, хто їм подобається [3].

Тож, якщо рухатися у напрямі збільшення кількості суддів серед членів Вищої ради юстиції, то безумовно необхідно запроваджувати і закріплювати такі положення законодавчо, збільшуючи число членів, які мають бути призначені з числа суддів.

При цьому проблемними, за словами Віце-президента Венеціанської Комісії, посла Польщі у Ватикані Ханни Сухоцької, яка також виступала на згаданому пленарному засіданні Конституційної Асамблеї, залишаються пропозиції робочої групи з формування складу Вищої ради юстиції, а саме щодо участі у ньому представників прокуратури. Утім більшість експертів зійшлися на думці, що це питання залежить від вирішення проблеми місця прокуратури у системі правоохоронних органів країни [3].

Крім того, загальні вимоги до членів Вищої ради юстиції, які встановлено частинами першою і другою статті шостої закону, не поширюються на осіб, які входять до складу Вищої ради юстиції за посадою.

На перший погляд, це зрозуміло, адже якби були встановлені певні вимоги і до них, при тому, що вони входять до складу за посадою, могли б

виникнути проблемні питання щодо здійснення ними своїх повноважень у складі Ради.

Разом з цим, апріорі, особи, які обіймають посади Голови Верховного Суду України, Міністра юстиції України і Генерального прокурора України, повністю відповідають таким вимогам.

Стаття 7 Закону встановлює так звані загальні обмеження стосовно членства у Вищій раді юстиції, передбачені для всіх видів посад в органах держави. Не можуть бути її членами особи, визнані судом недієздатними або обмежено дієздатними, а також особи з незнятою чи непогашеною судимістю.

Законом установлюються загальні вимоги до порядку призначення членів Вищої ради юстиції суб'єктами формування складу.

Президент України призначає трьох членів Ради юстиції через видання указу. Закон надає йому право вибирати їх із будь-яких осіб за власним розсудом за умови їх відповідності загальним вимогам, що ставляться до членів Вищої ради юстиції.

Верховна Рада України призначає членів Вищої ради юстиції таємним голосуванням шляхом подачі бюлетенів. Кандидатів на цю посаду пропонують депутатські групи і фракції. Для цього свої голоси за них повинна віддати більшість від конституційного складу Верховної Ради України.

Кандидатури на посади членів Вищої ради юстиції визначаються з числа суддів з'їздом суддів України за пропозицією делегатів з'їзду відкритим голосуванням більшістю голосів присутніх делегатів з'їзду і включаються в бюлетень для прийняття рішення з'їздом суддів України шляхом таємного голосування по кожній кандидатурі.

Призначеним на посаду члена Вищої ради юстиції вважається кандидат, який за результатами таємного голосування отримав більшість голосів від числа обраних делегатів з'їзду суддів України. Якщо голосування проводиться по кандидатурах, кількість яких перевищує квоту для призначення на посади членів Вищої ради юстиції, призначеними вважаються кандидати, які набрали більшість голосів щодо інших кандидатів.

За результатами голосування головуючий і секретар з'їзду підписують рішення про призначення членів Вищої ради юстиції.

Порядок скликання з'їзду суддів України визначає Закон України «Про судоустрій і статус суддів».

Висування кандидатів і призначення членів Вищої ради юстиції з'їздом адвокатів України і з'їздом представників юридичних вищих навчальних закладів та наукових установ здійснюються у порядку, передбаченому частинами першою – третьою ст. 10 Закону України «Про Вищу раду юстиції», крім вимог до кандидатів на посаду члена Вищої ради юстиції, встановлених частиною першою ст. 11 Закону.

Порядок скликання і проведення з'їзду адвокатів України визначаються Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність».

Делегатів на з'їзд представників юридичних вищих навчальних закладів та наукових установ обирають на республіканській (Автономної Республіки Крим), обласних, міських (міст Києва й Севастополя) конференціях їхні працівники. Причому від вищих навчальних юридичних закладів, факультетів і наукових установ Автономної Республіки Крим, областей, міста Києва й Севастополя обирається на з'їзд по п'ять делегатів.

Порядок призначення членів Вищої ради юстиції всеукраїнською конференцією працівників прокуратури регулюється ст. 13 Закону і є аналогічним тому, що визначений для з'їздів, які беруть участь у формуванні Ради.

При цьому слід зауважити, що Закон України «Про прокуратуру» взагалі не передбачає такої форми роботи органів прокуратури України, як конференція, а тому потребує відповідних змін у цій частині.

Досить поверховим і не конкретним у законі залишається також і питання форм (видів), у яких приймають рішення суб'єкти утворення Вищої ради юстиції при її формуванні.

І якщо Закон чітко передбачає, що Президент України видає указ про призначення членів Вищої ради юстиції, а з'їзд суддів України – відповідне

рішення, то інші суб'єкти, які призначають членів Вищої ради юстиції, будь-яких приписів щодо цього не мають. Мабуть, у даному випадку слід керуватися положеннями спеціального законодавства, що встановлює конкретні види рішень, які правомочні приймати зазначені суб'єкти.

Так, наприклад Верховна Рада України за результатами призначення членів Вищої ради юстиції приймає відповідну постанову про це [5].

Тому, оскільки закон вказує, у формі яких рішень призначають членів Вищої ради юстиції Президент України і з'їзд суддів України, мабуть, було б логічно прописати і форму рішень Верховної Ради України, з'їзду адвокатів України, з'їзду представників юридичних вищих навчальних закладів та наукових установ і всеукраїнської конференції працівників прокуратури з цього питання.

Завершенням процедури утворення Вищої ради юстиції є момент набуття повноважень членом Вищої ради юстиції та набуття чинності її нового складу.

Для набуття повноважень член Вищої ради юстиції після його призначення, перед вступом на посаду має скласти присягу члена Вищої ради юстиції. Відмова від складання присяги має наслідком втрату членства у Вищій раді юстиції (ст. 17 Закону).

Вища рада юстиції є органом колегіальним, тому кожен її член стає правомочним тільки після набуття чинності Радою в цілому [6].

Досліджуючи вказане питання, Назаров І.В. слушно зауважив, що існує певна неузгодженість частин першої і другої ст. 16 Закону, оскільки Вища рада юстиції є повноважною за умови призначення на посаду не менш як трьох четвертих від її конституційного складу та складання ними присяги (з урахуванням тих осіб, які входять до складу за посадою), однак, при цьому Рада не може збиратися на засідання, тому що перше її засідання скликається через тиждень після складення присяги всіма її членами.

Отже, факт прийняття присяги членом Вищої ради юстиції має дуже важливе правове і практичне значення, так як може виникнути ситуація, коли Рада буде повноважною, а скликати перше засідання певний час не зможе.

На переконання автора статті, це насамперед пов'язано із тим, що Закон України «Про Вищу раду юстиції» не передбачає строк, у який член Вищої ради юстиції повинен (зобов'язаний) прийняти присягу. Закон просто не містить такого застереження, обмежуючись простим формулюванням: «Член Вищої ради юстиції перед вступом на посаду складає присягу».

Зокрема, дана проблема виникла при формуванні другого складу Вищої ради юстиції. Два члени Ради, призначені Президентом України, більше п'яти місяців не складали присяги, у зв'язку з чим Вища рада юстиції навіть розглядала питання про необхідність звернутися до суб'єкта призначення про доцільність перебування цих осіб у складі Ради [7].

Глава Держави вирішив ситуацію. Він спочатку своїм Указом від 22 вересня 2004 р. № 1112/2004 скасував призначення цих осіб, а потім Указом від 25 вересня 2004 р. № 1138/2004 знову призначив їх членами Вищої ради юстиції, чим надав останнім можливість скласти присягу.

Для усунення зазначеного недоліку Назаров І.В. у своїй дисертації пропонує викласти частину першу ст. 16 Закону в такій редакції: «Перше засідання Вищою радою юстиції скликається через тиждень після складання присяги не менше трьох четвертих від її конституційного складу», що, з огляду на покращення ефективності її роботи, є цілком прийнятним.

При цьому все ж таки, з метою усунення такої невизначеності в подальшому, яка в свою чергу тягне за собою низку процедурних недоліків, пов'язаних з повноважністю Вищої ради юстиції, на нашу думку, варто законодавчо встановити певний строк, протягом якого новопризначений член Ради має прийняти присягу. Наприклад, це може бути один місяць із дня прийняття суб'єктом призначення відповідного рішення. Такого строку, ми вважаємо, цілком достатнього задля того, щоб скласти присягу і набути повноважень члена Вищої ради юстиції. Якщо особа з тих чи інших причин цього не зробила – членство в Раді втратила.

У такому разі Вища рада юстиції вирішує питання про виключення такого члена зі свого складу та своїм рішенням пропонує суб'єкту формування

призначити до її складу іншу особу. Це може бути будь-яка особа, можливо і та сама, яка через певні обставини не склала присягу.

Підсумовуючи написане, слід зазначити, що порядок формування Вищої ради юстиції має важливе значення у її роботі, яка, у свою чергу, залежить від детального визначення процедури призначення її членів та складання ними присяги.

Таким чином, порядок формування Вищої ради юстиції у повній мірі відображає професійне представництво у її складі майже всього спектра юридичних професій і фактично унеможливлює вплив на неї з боку законодавчої, виконавчої та судової влади. Однак норми Закону України «Про Вищу раду юстиції» потребують нагальних змін, а можливо, зважаючи на ґрунтовну зміну законодавства, що стосується судової системи України, і прийняття його нової редакції, в якому б були усунуті всі наявні питання що порядку утворення цього конституційного органу.

Список використаних джерел

1. Про Вищу раду юстиції : Закон України від 15 січня 1998 р. № 22/98-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1998. – № 25. – Ст. 146.

2. Гончаренко О. Вища рада юстиції: питання статусу і повноважень // Право України. – 2006. – № 2. – С. 17–20.

3. Вища рада юстиції. Офіційний сайт. Новини та повідомлення. Обговорено принципи формування, статус та повноваження Вищої ради юстиції у контексті конституційної реформи. Пленарне засідання Конституційної Асамблеї від 6 грудня 2012 р. [Електронний ресурс] / режим доступу до публікації: http://www.vru.gov.ua/news/363.

4. Сафулько С.Ф. Представництво адвокатів у Вищих радах юстиції (магістратурах) : порівняльно-правовий аналіз // Вісник Вищої ради юстиції. – № 1. – 2010. – С. 49–59.

5. Постанова Верховної Ради України від 22 березня 2007 р. № 828-V «Про призначення Бондика В.А. членом Вищої ради юстиції» // Відомості Верховної Ради України. – 2007. – № 18–19. – С. 276.

6. Назаров І.В. Правовий статус Вищої ради юстиції : дис. … кандидата юрид. наук : 12.00.10 / Назаров Іван Володимирович. – Х., 2005. – 200 с.

7. Высший совет юстиции снял выговоры с двух судей // Закон и бизнес. – 2004. – № 39. – С. 4.

Марчук О.Л. Питання порядку формування Вищої ради юстиції

У статті акцентується увага на питаннях, що пов'язані з формуванням такого конституційного органу, як Вища рада юстиції. Автор окреслив проблемні аспекти практичного застосування Закону України «Про Вищу раду юстиції» в частині визначеного порядку призначення членів Вищої ради юстиції та набуття ними повноважень. Здійснив аналіз складу Вищої ради юстиції. Запропонував можливі шляхи подальшого законодавчого вдосконалення врегулювання питання формування Вищої ради юстиції.

Ключові слова: порядок формування, склад Вищої ради юстиції, член Вищої ради юстиції, повноваження.

Марчук О.Л. Вопросы порядка формирования Высшего совета юстиции

В статье акцентируется внимание на вопросах, связанных с формированием такого конституционного органа как Высший совет юстиции. Автор обозначил проблемные аспекты практического применения Закона Украины «О Высшем совете юстиции» в части определенного порядка назначения членов Высшего совета юстиции и приобретения ими полномочий. Осуществил анализ состава Высшего совета юстиции. Предложил возможные пути дальнейшего законодательного совершенствования урегулирования вопроса формирования Высшего совета юстиции.

Ключевые слова: порядок формирования, состав Высшего совета юстиции, член Высшего совета юстиции, полномочия.

Marchuk O.L. Question order of formation of the High Council of Justice

The article focuses on issues related to the formation of such constitutional authority as the High Council of Justice. The author outlines the problematic aspects of the practical application of the Law of Ukraine "On the High Council of Justice" in part defined the procedure for appointing members of the High Council of Justice and gaining their powers. The analysis of the High Council of Justice. Some possible ways of further improving the legal settlement of the formation of the High Council of Justice.

Key words: the formation, composition of the High Council of Justice, a member of the High Council of Justice, powers.

Понятійний апарат процесу судового доказування цивільного судочинства (історико-правовий підхід)

Андрійцьо Василь Дмитрович,
голова Закарпатського окружного адміністративного суду, кандидат юридичних наук

УДК 347.91

Постановка проблеми у загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями. Щоби понятійно позначити процес підтвердження наявності чи відсутності обставин цивільної справи чинний Цивільний процесуальний кодекс України (далі – ЦПК України) використовує різноманітну термінологію. Зокрема, у частині першій ст. 57 ЦПК України зазначається, що «суд встановлює… обставини…»; частині третій ст. 60 ЦПК України – «…сторона зобов'язана довести ті обставини справи…»; частині третій ст. 60 ЦПК України – «доказуванню підлягають обставини…». На перший погляд, зміст вказаних термінів є тотожним і покликаний тільки проілюструвати одне поняття – процес підтвердження за допомогою засобів доказування тих чи інших обставин цивільної справи, на які посилаються сторони чи інші особи, які беруть участь у розгляді цивільної справи, у якості обґрунтування своїх вимог чи заперечень проти них. Проте у доктрині цивільного процесу вказані термінологічні відмінності, які покликані показати одне й те ж правове явище, окремими науковцями сприймаються як підстава для проведення змістовного розмежування між цими поняттями. Так, С.Я. Фурса та Т.В. Цюра вважають за необхідне розширити термінологічну базу процесу доказування, шляхом розмежування понять «доказування» та «доведення» [1, с. 14]. Під «доказуванням», продовжують вчені, слід розуміти регламентовану в певний порядок процесуальну діяльність зі збирання, витребування (для адвокатів і прокурорів) і надання суду доказів суб'єктам, що

за цивільним процесуальним законодавством вправі надавати докази в конкретній справі на різних стадіях її розгляду. Водночас як «доведення» буде складатися із процесу доказування та розумової і процесуальної діяльності, спрямованої на формування у судді переконання в достовірності юридичних обставин справи, і на цій підставі обґрунтованості вимог сторони [1, с. 21]. Таким чином, за підходами вказаних учених доведення є ширшим поняттям, яке включає у себе доказування, де останнє охоплює собою збирання, витребування та надання до суду доказів, а всі інші дії, «спрямовані на забезпечення сприятливого для сторони рішення суду, слід вважати «доведенням» [1, с. 14]. Деякою мірою вказана позиція збігається з позицією А.Ф. Клейнмана, який ще у далекому 1967 році стверджував, що до поняття «судового доказування» не варто включати дослідження, перевірку та оцінку доказів судом, оскільки воно охоплює собою виключно процесуальну діяльність тільки сторін [2, с. 47].

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питаннями понятійного апарату процесу судового доказування в цивільному судочинстві займалися такі учені як О.В. Баулін, С.Я. Фурса, Т.В. Цюра та ін. Але мало хто із науковців займався даним питанням в історико-правовому аспекті, обґрунтовуючи доцільність у використанні того чи іншого терміна, виходячи із закономірності розвитку доказового права на українських землях.

Формулювання цілей статті (постановка завдання). Метою даної статті є визначення понятійного апарату процесу судового доказування в цивільному судочинстві в історико-правовому аспекті.

Виклад основного матеріалу дослідження з новим обґрунтуванням отриманих наукових результатів. На нашу думку, для того щоби дати правильну відповідь на поставлене питання щодо того, який термін слід використовувати до процесу встановлення обставин цивільної справи, варто звернутися до історії використання понятійного апарату стосовно вказаного процесу. З одного боку, це буде показувати історичну закономірність використання того чи іншого правового поняття, а з іншого, дасть відповідні

теоретичні положення для аргументації авторських висновків стосовно вибору конкретного терміна для позначення процесу встановлення обставин цивільної справи. Крім того, не слід забувати, що сучасний стан понятійного апарату в доказову праві у цивільному судочинстві є наслідком попереднього розвитку доказового права.

Слід зазначити, що в історико-правовому плані спочатку з'явилося узагальнююче значення доказів, а потім і процесу, який пов'язаний із їх використанням.

Норми Руської Правди узагальнюючого значення доказів не містять, а називають тільки окремі засоби доказування, за допомогою яких встановлювали обставини судової справи «послух», «видок», «след», «рота» и т.д. [3] Ось чому узагальнюючого поняття процесу встановлення обставин справи бути об'єктивно не могло.

Але вже в польсько-литовський період знаходимо в нормативних пам'ятках того часу узагальнююче поняття доказів. Зокрема, у ряді статей Судебника Казимира Ягеловича 1468 року, які більше були присвячені кримінальним справам, ніж цивільним, знаходимо по відношенню до доказів термін «довод». Так, у ст. 7 згаданої правової пам'ятки вказано: «А коли чий человек у злодейство упадеть, а будет осподар его тое ведал, а любо и с ним удел имел, а будеть на то довод; и тот так терпи, как который злодей». Даючи переклад вказаної норми, С.Г. Ковальова зазначала: «А коли чиясь людина злодійство вчинить, і господар його [про] те відав або [сам] із ним участь брав, і якщо буде на те доказ, то той [господар] так терпи, як злодій» [4, с. 44, 49]. Як видно, у даній статті докази не конкретизовані певними засобами доказування, а ними, виходячи з аналізу інших норм Судебника Казимира Ягеловича, могли бути власне зізнання (ст. 18) (але отримано без тортур, так як мова у даній статті йшла про господаря, тобто феодала), речові докази (ст. 1, 5) та покази свідків (ст. 17). У статті 18 говориться про «вагомі докази» («знатникы»): «А коли тать дасться на муку, а зелие знаа, а знатникы будуть добри на него, сок усочить, а будеть первей того крадывал, а любо мучиван, а и сьведомо то

будеть околици: ино того зелейника хотя не домучаться, ино его одесити». Українською мовою стаття перекладається так: «А якщо татя піддадуть мукам, а [він] зілля знає, і докази будуть проти нього добрі: сочіння сока, або перед тим бував крав, або був мучуваний, і про те відала околиця, то того зілейника, хоча і не зізнається під мукою, повісити» [4, с. 46, 51]. Незважаючи на існування узагальнюючого поняття засобів доказування – «довод», узагальнюючого поняття процесу встановлення обставин судової справи у даному кодексі не існувало. Швидше за все, це було пов'язано із відсутністю детально розробленої процедури судового процесу. Існування правових норм, які описують окремі процесуальні дії, не змінювало цієї ситуації, оскільки їх опис мав більше хаотичний ніж упорядкований характер, підпорядкований одномоментним практичним потребам. А тому не було потреби у визначенні місця процесу встановлення обставин цивільної справи в межах всього процесу судового розгляду такої справи.

Наступні правові пам'ятки польсько-литовського періоду, зокрема три редакції Литовських статутів, містять уже узагальнююче поняття засобів доказування та процесу встановлення обставин судової справи. Як і у попередні роки узагальнюючим поняттям для засобів доказування був термін «довод» (ст. 9 Розділу 6 Литовського статуту 1529 року). Стосовно процесу встановлення обставин судової справи, то використовувався термін «доводити». Так ст. 23 Розділу 6 Литовського статуту 1529 року, яка описує ситуацію, коли запрошені стороною свідки почнуть свідчити проти того, хто їх запросив зазначає: «И естли тые светки будуть шляхта, тогды они мають себе подперети и доводити слушным доводом, иж справедливе светчили» [5, с. 116]. Тобто, якщо ці свідки будуть шляхтичами, то вони мусять доказати вагомими доказами, що свідчили правильно. Поява окремого терміна «доводити», який позначав процес встановлення обставин судової справи, обумовлена високим рівнем юридичної техніки того часу. У структурі Литовського статуту почали виділяти окремий розділ, присвячений судовому процесу («О судьях»). У Литовському статуті 1566 року розділ вже називається «О судьях и о судех»,

який ще більш багатший на доказовий матеріал (даний розділ найбільш чисельніший (70 статей) та об'ємніший за всі інші розділи Статуту – *Авт.*). Зокрема, у ньому є окрема стаття, де перераховуються побудовані за ієрархічною системою, яка відповідає теорії формальних доказів, засоби доказування, що могли бути використані в судовій справі: письмові документи та покази свідків («наипевнейшые и наигрунтовнейшые доводы»), присяга, якщо не має письмових документів та свідків; знаки (речові докази – *Авт.*) [6, с. 90, 115–116]. Тут же міститься термін «доводити», застосовуваний щодо процесу встановлення обставин цивільної справи. Те, що дана стаття виступає загальною стосовно всіх інших доказів, пояснюється окремою фразою: «…яко о кождом доводе таковом засобна есть нижей описано» (як про кожний з доказів таких окремо є нижче написано – *Авт.*) [6, с. 116, 319]. Отже, можна констатувати, що у першій половині XVI ст. Литовський статут 1529 року вперше зафіксував на українських землях узагальнюючий термін щодо процесу встановлення обставин судової справи «доводити».

У середині XVIII ст. на українських землях був розроблений і виданий правовий кодекс «Права, за якими судиться малоросійський народ» 1743 року, що в дію офіційно не був уведений. Але рівень юридичної техніки у ньому був настільки високий, а нормативний матеріал, присвячений процесуальному праву, настільки обширний, що він тематично поділявся на декілька глав. Доказам та доказуванню була присвячена глава 8, у якій визначалися загальні норми процесуального права, у тому числі й ті, що були присвячені доказам та доказуванню. По відношенню до різноманітних засобів доказування використовувалися два узагальнюючі терміни: «доводи» та «доказатєлства». «Причому назва ст. 13 даної глави починалася так: «О доказатєлствахъ…», де пункт 1 зазначає – «Доводи и доказатєлства к обвинєнію или оправданію чиєму пятма образи бивають…» (далі іде перелік п'ятьох засобів доказування – *Авт.*) [7, с. 129]. Рівнозначне використання термінів «довод» та «доказатєлства» ілюструється на прикладах багатьох статей. Зокрема, ст. 14 глави 8 називається «О письмєномъ доказатєлствѣ», де перелік письмових документів, що можуть

бути використані в суді, починається фразою «Письмєнонніє доказатєлства и доводи…» [7, с. 130].

Аналогічно щодо процесу встановлення обставин цивільної чи кримінальної справи використовувалися рівнозначні та тотожні за змістом терміни: «доказивать» та «доводить» (п. 6, 8 ст. 12 глава 8 «Права, за якими судиться малоросійський народ») [7, с. 126, 128].

Використання рівнозначних термінів для пояснення одного і того ж поняття, швидше за все, було обумовлено впливом російського законодавства. Зокрема, царським указом «Про форму суду» 1723 року затверджувалася змагальна форма судочинства у цивільних справах, де в п. 6 говориться про «доказательства» як узагальнюючий термін щодо всіх засобів доказування [8]. Невипадково комісія, що 15 років розробляла кодекс 1743 року, складалася із великої чисельності російських урядовців, яка час від часу мінялася та мала завдання через кодифікацію зблизити правову систему Росії та України, щоби ліквідувати відмінності у правовому статусі земель [9, с. 233–234].

У XIX ст. відбулася широкомасштабна кодифікація процесуального права Російської імперії, де чітко було розподілено цивільний та кримінальний процес. Статутом цивільного судочинства 1864 року широко використовується термін «доказательства» та «доказывать» (див. главу 5 «О доказательствахъ» – *Авт.*) [10]. У доктрині цивільного процесу того часу починає все більше набувати популярності термін «доказувати». Так, у відомому підручнику з цивільного процесу такого авторитетного науковця XIX ст., як Є.В. Васьковський вказується: *доказування* (курсив наш – *Авт.*) у процесуальному значенні являє собою встановлення істинності стверджень сторін перед компетентним судом у передбаченій законом формі [11, с. 238].

У ранніх радянських нормативних актах у сфері цивільного процесуального права вказаний підхід отримав авторитетне визнання. Зокрема, ЦПК УСРР 1924 року в Главі XIII «Про докази» ст. 118 вказує: «Кожна сторона повинна доказати ті обставини справи, на які вона посилається, як на підставу своїх вимог і заперечень. Докази подаються сторонами, а також можуть

збиратися за ініціативою суду» [12, с. 130]. Щоправда, ЦПК УСРР 1929 року по відношенню до процесу встановлення обставин цивільної справи використовує термін «доводити», а не «доказувати» (ст. 138). Хоча щодо засобів доказування узагальнюючий термін «докази» залишився [13, с. 42–43]. ЦПК УРСР 1963 року щодо засобів доказування та процесу встановлення обставин цивільної справи використовує терміни, для яких притаманний спільний корінь «доказ» [14].

Таким чином, ми бачимо, що історично термін «докази» та похідний від нього термін «доказувати» вживалися нарівні із терміном «довод» та «доводити». Ось чому в одинадцятитомному тлумачному словнику української мови терміни «доказувати» та «доводити» вживаються як рівнозначні синоніми з метою уникнення повторів. Так, доказувати та доводити пояснюється однаково: «Підтверджувати істинність, правильність чого-небудь фактами, незаперечними доказами (доводами); доказувати (доводити)» [15]. Підсумовуючи результати багаточислених наукових дискусій щодо використання терміна «доказувати» чи «доводити», О.В. Баулін зазначає, що невиправданим у процесуальній науці є формулювання додаткових термінів із різноманітним змістом для позначення однорідної діяльності. Так, доказові дії позивача та відповідача мають істотні відмінності, обумовлені різноманітними функціями у судочинстві, але ніхто не пропонує їх визначити різноманітними поняттями [16, с. 17].

Висновки з даного дослідження і перспективи подальших розвідок у даному напрямку. Отже, по відношенню до процесу встановлення обставин цивільної справи виправдано вживати терміни «доказувати» та «доводити» як рівнозначні за змістом синоніми, які дають можливість уникати повторів. Наповнювати новим змістом дані терміни, які би охоплювали собою не всі етапи процесу судового доказування, навряд чи виправдано з точки зору усталеної законодавчої традиції та практики застосування даних термінів.

Список використаних джерел

1. Фурса С.Я. Докази і доказування у цивільному процесі : Науково-практичний посібник. (Серія : Процесуальні науки) / Фурса С.Я., Цюра Т.В. – К. : Видавець Фурса С.Я., КНТ, 2005. – 256 с.

2. Клейнман А.Ф. Новейшие течения в советской науке процессуального права / Клейнман А.Ф. – М. : Изд-во Моск. ун-та, 1967. – 119 с.

3. Правда Русская. Учебное пособие ; отв. ред. Б.Д. Греков. – М.-Л. : Изд-во АН СССР, 1940. – 112 с.

4. Ковальова С.Г. Судебник Великого князя Казимира Ягайловича 1468 року : Монографія / Ковальова С.Г. – Миколаїв : ЧДУ, 2009. – 199 с.

5. Статути Великого князівства Литовського : у 3 т. / За ред. С. Ківалова, П. Музиченка, А. Панькова. – Одеса. Юридична література, 2002.

а. Том I: Статут Великого князівства Литовського 1529 року. – 2002. – 464 с., 2 арк. кольор. іл.

6. Статути Великого князівства Литовського : у 3 т. / За ред. С. Ківалова, П. Музиченка, А. Панькова. – Одеса. Юридична література, 2002.

а. Том II: Статут Великого князівства Литовського 1566 року. – 2003. – 560 с., 2 арк. кольор. іл.

7. Права, за якими судиться малоросійський народ. 1743 / К.А. Віслобоков (упоряд.); Ю.С. Шемшученко (відпов. ред. та автор передм.). – К. : [б.в.], 1997. – 547 с.

8. Указ «О форме суда» 1723 г. – [Електронний документ]. – Режим доступу: http://constitutions.ru/archives/5053

9. Історія держави і права України. Частина 1 : Підруч. для юрид. вищих навч. закладів і фак. : у 2 ч. / [А.Й. Рогожин, М.М. Страхов, В.Д. Гончаренко та ін.] ; за ред. акад. Академії правових наук України А.Й. Рогожина. – К. : Ін. Юре. – 1996. – 368 с.

10. Уставъ гражданскаго судопроизводства 20 ноября 1864 года [Електронний ресурс] // Судебные уставы. Съ изложеніемъ разсужденій, на

коихъ они основаны. Часть первая. – Санктпетербургъ: Въ Типографіи Втораго Отдѣленія Собственной Е. И. В. Канцеляріи, 1866. – Режим доступу: http://civil.consultant.ru/reprint/books/115/

11. Васьковский Е.В. Учебник гражданского процесса / Васьковський Е.В. ; под редакцией и с предисловием В.А. Томсинова. – М. : Издательство «Зерцало», 2003. – 464 с. – (Серия «Русское юридическое наследие»).

12. Гражданский Процессуальный Кодекс. Текст и практический комментарий. Практика Верховных Судов УССР и РСФСР и литература по Гр. Процессу по 1 ноября 1925 г. / [Сост. Ф. Шостя] ; ред. и пред. А.И. Строева. – [изд. 2-е доп. и перераб.]. – Х. : Юридическое издательство НКЮ УССР, 1925. – 367 с.

13. Цивільний процесуальний кодекс УСРР. – [в редакції 11 вересня 1929 року]. – Харків : Юридичне видавництво НКЮ УСРР, 1930. – 149 с.

14. Цивільно-процесуальний кодекс Української РСР : від 18 лип. 1963 р. [Електронний ресурс] // Відомості Верховної Ради України – 1963. – № 30. – Ст. 464. – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=1501-06&p=1310276326381899

15. Словник української мови тт. 1–11. – К. : «Наукова думка», 1970–1980. [онлайн-версія ; Інститут мовознавства ім. О.О. Потебні Національної академії наук України]. – Режим доступу: http://www.inmo.org.ua/sum.html

16. Баулин О.В. Бремя доказывания при разбирательстве гражданских дел / Баулин О.В. – М. : ОАО «Издательский дом «Городец»», 2004. – 272 с.

Андрійцьо В.Д. Понятійний апарат процесу судового доказування цивільного судочинства (історико-правовий підхід)

У даній статті досліджується еволюція поняття, що позначає процес встановлення обставин цивільної справи. Автор приходить до висновку щодо недоцільності розмежовувати такі терміни як «доводити» та «доказувати», оскільки історично вони вживалися у якості синонімів для позначення одного й того ж правового явища.

Ключові слова: цивільне судочинство, процес судового доказування, доказувати, доводити.

Андрийцё В.Д. Понятийный аппарат процесса судебного доказывания гражданского судопроизводства (историко-правовой подход)

В данной статье исследуется эволюция понятия, которое определяет процесс установления обстоятельств гражданского дела. Автор приходит к выводу относительно нецелесообразности разграничения таких понятий как «доводить» и «доказывать», поскольку исторически они употреблялись в качестве синонимов для обозначения одного и того же правового явления.

Ключевые слова: гражданское судопроизводство, процесс судебного доказывания, доказывать, доводить.

Andriycio V.D. Conceptual Apparatus Of The Process Of Judicial Proof In Civil Proceedings (historical-legal approach)

In this article the author investigates the evolution of the concept that denotes the process of establishing the circumstances of the civil case. The author concludes that it is inappropriate distinguish terms such as «to demonstrate» and «to prove» because historically they were used as synonyms to refer to the same legal phenomenon.

Key words: civil proceedings, the process of judicial proof, to prove, to demonstrate.

Правові підстави представництва професійною спілкою інтересів працівників при реалізації ними права на звернення за захистом

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

Такі факти, як виникнення в Україні нових форм господарювання, а відтак і нових роботодавців як суб'єктів трудових правовідносин, прийняття Конституції України, ще раз підтвердили соціальну цінність та актуальність загальної проблеми захисту трудових прав громадян [1, с. 83]. Професійні спілки у процесі захисту трудових прав працівників беруть активну участь, зокрема реалізують свою захисну функцію у певних формах.

Однією з форм реалізації професійними спілками захисної функції є представництво професійною спілкою інтересів працівників при реалізації ними права на звернення за захистом своїх прав. Так, відповідно до частини четвертої ст. 19 Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» [2] профспілки, їхні об'єднання мають право представляти інтереси своїх членів при реалізації ними конституційного права на звернення за захистом своїх прав до судових органів, Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини, а також міжнародних судових установ. До того ж відповідно до частини першої ст. 26 цього ж Закону профспілки, їхні об'єднання мають право представляти інтереси працівників в органах, що розглядають індивідуальні трудові спори.

У чому ж суть представництва інтересів працівників професійною спілкою? Якими є підстави здійснення такого представництва? На ці запитання в законі конкретної відповіді немає. Однак без їх вирішення формування цілісної концепції функціонування профспілок у незалежній Україні, на необхідності чого наголошує ряд науковців, є неможливим. Наприклад,

Г.В. Осовий з цього приводу вказує, що, «незважаючи на майже 15-річний стаж діяльності за умов функціонування абсолютно іншої, ніж за радянських часів політичної, економічної та соціальної систем, науковцям поки що не вдалося розробити модель профспілкового руху, яка б відповідала новим умовам, а практикам забезпечити належну їм захисну роль… Профспілковою елітою має бути сформована й сприйнята широким загалом трудящих відповідна сучасним умовам програма захисної діяльності профспілок, якою було б чітко визначені об'єкти, предмет захисту, зміст, напрями і завдання, форми і методи їх досягнення… Адже відомо, що ціль захисту прав та інтересів людини декларують, окрім профспілок, політичні партії, різноманітні об'єднання громадян, інші інститути громадянського суспільства, й кожний з них займає певну нішу в загальній системі захисту людини, а тому має своїх прибічників» [215, с. 11].

Г.О. Добровольська вказує, що за умов демократичної держави та ринкової економіки в Україні роль профспілок як захисників прав та інтересів громадян у сфері трудових відносин набуває особливого значення. Проте питання функціонування профспілок в Україні на сучасному етапі, їх участі у соціально-економічному та соціально-політичному житті держави, попри значну кількість літератури про профспілки, малодосліджене. «На жаль, профспілками України не вироблена узгоджена тактика діяльності по захисту людини праці» [3, с. 99; 4, с. 39].

У рамках даної статті метою дослідження є встановлення підстав представництва професійною спілкою інтересів працівників при реалізації такими права на звернення за захистом. Задля її досягнення визначимо суть досліджуваного поняття, проаналізуємо види представництва, встановимо підстави представництва професійною спілкою інтересів працівників при реалізації такими права на звернення за захистом. Основу дослідження становлять праці таких науковців, як С.В. Васильєв, Г.О. Добровольська, В.І. Смолярчук, О. Стоян, Г.В. Осовий, А.М. Юшко та інших.

Зауважимо, що представництво професійною спілкою інтересів працівників при реалізації останніми права на звернення за захистом, на наш погляд, доцільно визначати як процесуальні дії професійних спілок на захист інтересів працівника від імені й у межах прав останнього у зв'язку з розглядом і вирішенням індивідуального трудового спору. Представлення інтересів працівників професійною спілкою при реалізації ними права на звернення за захистом є добровільним, адже здійснюється за дорученням працівників [6, с. 8].

Якщо брати класифікацію видів представництва, запропоновану в цивільному праві, то найбільше відповідає суті профспілкового представництва інтересів працівників при зверненні за захистом прав останніх так зване «громадське представництво». Цей різновид представництва, за визначенням, наприклад, С.В. Васильєва, є представництвом, що здійснюється уповноваженими громадських організацій у справах членів своїх організацій, а також інших громадян, права та інтереси яких захищають ці організації. Підставою виникнення представництва є факт вступу (прийому) у громадську організацію, що у силу закону і відповідно до свого статуту зобов'язана надавати юридичну допомогу своїм членам [7, с. 88].

Як бачимо, С.В. Васильєв підставою громадського представництва визначає склад фактів. По-перше, до таких науковець включає факт вступу (прийому) до громадської організації. Зауважимо, що професійних спілок дане визначення стосується лише частково. Адже вже сьогодні у ст. 26 передбачено, що в органах, які розглядають трудові спори, професійні спілки мають право представляти інтереси працівників, а не тільки членів професійних спілок. Уже тому поняття громадського представництва не повністю відповідає особливому процесуальному режиму, що характеризує підстави та порядок представлення професійними спілками прав працівників при реалізації останніми права на звернення за захистом прав.

По-друге, С.В. Васильєв підставою для виникнення громадського представництва визначає положення закону. Адже у цивільному законодавстві визначається, що представництво виникає на підставі договору, закону, акта

органу юридичної особи та з інших підстав, встановлених актами цивільного законодавства [8, с. 346]. Відповідно видами представництва у цивільному праві І.В. Венедіктова визначає: 1) представництво за законом, за яким батьки (усиновлювачі) є законними представниками своїх малолітніх і неповнолітніх дітей, а опікун − законним представником малолітньої особи та фізичної особи, визнаної недієздатною; законним представником у випадках, встановлених законом, може бути інша особа; 2) комерційне представництво, за яким комерційним представником є особа, яка постійно та самостійно виступає представником підприємців при укладенні ними договорів у сфері підприємницької діяльності; 3) представництво за довіреністю − представництво, яке ґрунтується на договорі, може здійснюватися за довіреністю; довіреністю є письмовий документ, що видається однією особою іншій особі для представництва перед третіми особами [9, с. 158].

Та чи доцільно застосувати дану класифікацію до трудових відносин? Є підстави вважати, що нераціонально, адже конструкція «представництво на підставі закону» не може бути застосована до представництва інтересів працівників при реалізації ними права на звернення за захистом своїх прав профспілковим представником.

Для підтвердження даної гіпотези доречно проаналізувати ст. 246 Кодексу законів про працю України, де визначаються поняття та порядок здійснення повноважень первинними профспілковими організаціями на підприємствах, в установах та організаціях. У частині другій вказаної статті передбачено, що «первинні профспілкові організації здійснюють свої повноваження через утворені відповідно до статуту (положення) виборні органи, а в організаціях, де виборні органи не утворюються, − через профспілкового представника, уповноваженого згідно із статутом на представництво інтересів членів професійної спілки, який діє в межах прав, наданих Законом України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» та статутом професійної спілки» [2]. Як бачимо, чіткої вказівки щодо підстав представництва інтересів членів професійної спілки первинною

профспілковою організацією через утворені виборні органи в рамках досліджуваного положення Кодексу немає. Лише аналіз інших положень Кодексу дає можливість визначити підставою участі представників працівників у судових процесах саме закон. Зокрема, у п. 8 частини першої ст. 247 Кодексу законів про працю України визначено, що Виборний орган первинної профспілкової організації на підприємстві, в установі, організації представляє інтереси працівників за їх дорученням під час розгляду індивідуальних трудових спорів та у колективному трудовому спорі, сприяє його вирішенню. В.І. Смолярчук із цього приводу уточнює, що уповноважені професійних спілок беруть участь у судових засіданнях у справах працівників на підставі довіреності [10, с. 59].

А щодо профспілкового представника в законі конкретно вказується підстава уповноваження на представництво – статут професійної спілки. При цьому робиться зауваження, що уповноважений згідно зі статутом представник має діяти в межах прав, визначених конкретним законом, – Законом України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності». Аналогічні положення містяться у статтях 38, 39 Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності».

Зрозуміло, що описана постановка питання обумовлена статусом виборного органу первинної профспілкової організації відповідно до чинного законодавства як суб’єкта трудового права, повноваження якого визначені в законі – в Кодексі законів про працю України, Законі України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності». Вже неодноразово акцентуючи увагу на доцільності змін правового регулювання статусу виборного органу первинної профспілкової організації, все ж таки ми вимушені констатувати, що в чинному законодавстві виборний орган згідно із законом має право на представлення інтересів членів професійної спілки, через який остання здійснює свої повноваження. А ось профспілковий представник такого статусу вже не має, його повноваження законом не визначаються, а встановлюються у Статуті тієї професійної спілки, де виборні органи не створюються. У рамках даного

дослідження такий висновок має принципове значення, адже вказує, що до класифікації різновидів представництва, здійсненої представниками науки цивільного права, профспілкове не цілком укладається.

І тут доцільною для врахування є пропозиція профспілкових активістів введення інституту громадської адвокатури у профспілках, на яку варто покласти функції представництва інтересів членів профспілок у судах та інших органах під час вирішення трудових спорів [11, с. 11]. Така пропозиція стане актуальною за умови перегляду статусу виборного органу первинної профспілкової організації й усунення з законів тих положень, якими регулюються повноваження цього органу, з віднесенням вирішення цього питання до внутрішньої компетенції професійних спілок і встановлення таких повноважень у статутах.

Отже, підтримуючи пропозицію щодо необхідності виділення й окремого врегулювання представництва професійною спілкою інтересів працівників під час розгляду та вирішення трудових спорів, зауважимо, що назва «громадська адвокатура», на наш погляд, не зовсім вдала для закріплення. Адже таке поняття, виходячи з назви, поєднує ознаки адвокатури (відповідно до ст. 1 Закону України «Про адвокатуру», це добровільне професійне громадське об’єднання, покликане згідно з Конституцією України сприяти захисту прав, свобод та представляти законні інтереси громадян України, іноземних громадян, осіб без громадянства, юридичних осіб, надавати їм іншу юридичну допомогу) та громадського представництва.

З одного боку, ані перше, ані друге поняття не окреслює специфіку представництва професійною спілкою інтересів працівників при реалізації останніми права на звернення за захистом. З другого, – поєднання двох різновидів добровільного представництва (договірне та громадське) в одному понятті не тільки не вдосконалить, а, на наш погляд, лише ускладнить проблему усвідомлення суті й особливостей представництва професійною спілкою інтересів працівників при реалізації останніми права на звернення за захистом. Тим більше, що лише окремі ознаки вказаних видів представництва

притаманні профспілковому. А тому не вважаємо за доцільне визначати термін для позначення досліджуваного правового явища. На наш погляд, цілком логічно використати при правовій регламентації цього різновиду представництва конструкцію «представництво професійною спілкою інтересів працівників при реалізації останніми права на звернення за захистом».

Враховуючи викладене, робимо висновок, що представництво професійною спілкою інтересів працівників при реалізації права на звернення за захистом своїх прав (трудових і соціально-економічних) становить окремий різновид серед видів процесуального представництва, виділених репрезентами науки цивільного права.

Особливості процесуального порядку представництва професійною спілкою інтересів працівників при зверненні такими за захистом своїх прав не дозволяють віднести цей різновид представництва до жодного виду добровільного представництва, виділеного у науці цивільного права (договірне, громадське). Зокрема, можливість професійної спілки представляти під час вирішення трудових спорів інтереси працівників, що не є членами цих організацій, а також уповноваження на представлення інтересів працівників профспілковим представником згідно зі статутом, не відповідають ознакам громадського представництва як різновиду договірного процесуального представництва.

Доцільним є врегулювання даного різновиду представництва з особливим процесуальним режимом у рамках Трудового процесуального кодексу, прийняття якого вважаємо логічним продовженням процесу виокремлення трудового процесуального права як самостійної галузі.

Пропонуємо представництво професійною спілкою інтересів працівників при зверненні такими за захистом своїх прав (профспілкове процесуальне представництво) визначати як процесуальні дії професійних спілок на захист інтересів працівника від імені й у межах прав останнього у зв’язку з розглядом і вирішенням індивідуального трудового спору.

Список використаних джерел

1. Юшко А.М. Гарантії при переведеннях працівників за погодженням між керівниками підприємств, установ та організацій / А.М. Юшко // Проблеми законності. Вип. 51. – Х. : Нац. юрид. акад. України, 2001. – С. 83−90.

2. Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності : Закон України від 15 вересня 1999 р. № 1045-XIV // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 1999. – № 45.

3. Осовий Г.В. Майбутнє профспілок залежить не тільки від їх волевиявлення / Г.В. Осовий // Вісник Академії праці і соціальних відносин Федерації профспілок України. – 2006. − № 1. – С. 5–17.

4. Добровольська Г.О. Основні проблеми функціонування профспілок України на сучасному етапі / Г.О. Добровольська // Вісник Академії праці і соціальних відносин Федерації профспілок. – 2006. − № 1. – С. 99–102.

5. Добровольська Г.О. Особливості діяльності профспілок за умов утвердження незалежності України / Г.О. Добровольська // Вісник Академії праці і соціальних відносин Федерації профспілок. – 2006. − № 1. – С. 37–41.

6. Підсумки роботи профкому профспілкової організації викладачів та співробітників Східноукраїнського національного університету імені Володимира Даля. – Луганськ : Видавництво Східноукраїнського національного університету імені Володимира Даля. – 2005. – 26 с.

7. Васильєв С.В. Цивільний процес : Навчальний посібник / С.В. Васильєв. − Х. : ТОВ «Одіссей», 2008. − 480 с.

8. Словник законодавчих і нормативних термінів : Термін. Словник / Укладачі доктор юрид. наук, проф. Іншин М.І., канд. юрид. наук Шопіна І.М., Якимов Г.О. – К. : Всеукраїнська асоціація видавців «Правова єдність», 2008. – 487 с.

9. Венедіктова І.В. Сучасний словник цивільно-правових термінів / І.В. Венедіктова // Серія «Юридичний радник». – Х. : «Страйд», 2005. – 224 с.

10. Смолярчук В.И. Права профсоюзов в регулировании трудовых отношений рабочих и служащих / В.И. Смолярчук. – М. : Профиздат. – 1973 г. – 176 с.

11. Стоян О. Профспілковий рух в умовах утвердження незалежності України / О. Стоян // Профспілки України. – 2002. – № 5. – С. 10–17.

Щотова Ю.М. Правові підстави представництва професійною спілкою інтересів працівників при реалізації ними права на звернення за захистом

У статті визначено підстави представництва професійною спілкою інтересів працівників при реалізації ними права на звернення за захистом та можливість зарахування такого різновиду до одного з видів процесуального представництва, виділених репрезентантами науки цивільного права.

Ключові слова: профспілкове процесуальне представництво, право профспілок представництва інтересів працівників при зверненні за захистом, захист трудових прав.

Щотова Ю.Н. Правовые основания представительства профсоюзом интересов работников при реализации ими права на обращение за защитой

В статье установлено основания представительства профсоюзом интересов работников при реализации ими права на обращение за защитой и определяется возможность его зачисления к одному из видов процессуального представительства, выделенных представителями науки гражданского права.

Ключевые слова: профсоюзное процессуальное представительство, право профсоюзов представительства интересов работников при обращении за защитой, защита трудовых прав.

Shchotova Y.M. Legal grounds for representation by labor union of employees' interests to exercise their right to apply for protection

In this paper, the base of union representation of interests of workers in the implementation of such rights to seek protection and determines the classification of this type of representation to one of the types of procedural representation, selected representatives of science civil law.

Key words: trade union procedure representation, the right to union representation of workers' interests in seeking protection, the protection of labor rights.

Проблеми надмірності та недостатності «зворотного зв'язку» між положеннями Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України

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

УДК: 343.2

Набрання чинності Кримінальним процесуальним кодексом України (далі – КПК) 2012 року, безумовно, стало важливим етапом розвитку вітчизняної правової системи. Осмислення змісту та значення положень цього нормативно-правового акта, очевидно, триватиме ще не один рік. Про це свідчить хоча б гостра дискусія між науковцями та юристами-практиками, що розгорнулась на шпальтах друкованих та електронних видань, відносно змісту та практики застосування окремих норм-новел КПК [1–6].

Однак, на наш погляд, не менш важливим є питання про те, яким чином положення (норми) новоприйнятого КПК «взаємодіють» із положеннями (нормами) Кримінального кодексу України (далі – КК) та чи завжди така «взаємодія» є вдалою. Вітчизняні криміналісти розглядали окремі аспекти вказаного питання, однак переважно у зв'язку з особливостями кримінального провадження на підставі угод [7–10]. У даній публікації ми спробуємо дослідити його повністю, а головне – виділити проблемні складові.

Відзначимо, що, на наш погляд, взаємодія між положеннями (нормами) КК та КПК має щонайменше два рівні: а) техніко-юридичний; б) спеціально-юридичний (змістовний). Перший рівень зводиться переважно до узгодженості термінології КК і КПК та до бланкетних зв'язків між положеннями цих кодексів.

Ст. 2 КПК проголошує, що одним із завдань кримінального провадження є забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування і судового розгляду з тим, щоб кожен, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до відповідальності в міру своєї вини. У свою чергу, частина друга ст. 1 КК вказує, що цей Кодекс визначає, які суспільно небезпечні діяння є злочинами та які покарання застосовують до осіб, що їх вчинили. Таким чином, можна дійти висновку, що «взаємодія» між вказаними нормативно-правовими актами на спеціально-юридичному рівні полягає у тому, що положення (норми) КПК забезпечують (або принаймні повинні забезпечувати) належний процесуальний порядок застосування положень (норм) КК. Однак в Особливій частині КК (насамперед у її розділі XVIII) міститься цілий ряд норм, що передбачають кримінальну відповідальність за злочини, вчинені учасниками кримінального провадження або щодо них. Тобто, беручи під кримінально-правову охорону суспільні відносини, правовою формою яких є кримінальне провадження, положення (норми) КК тим самим забезпечують (повинні забезпечувати) належний порядок реалізації (застосування) положень (норм) КПК. Отже, можна говорити, що положення (норми) КК та КПК утворюють нормативну систему[1], в межах якої норми одного нормативно-правового акта забезпечують належну реалізацію (застосування) норм іншого нормативно-правового акта.

Подібна кругова взаємодія між окремими елементами системи називається у кібернетиці «зворотним зв'язком (feedback)» [12, с. 83]. Нормальними проявами «зворотного зв'язку» між положеннями КК та КПК є, наприклад: а) «взаємодія» між положеннями ст. 91 КК, що передбачають підстави для зняття судимості, та положеннями статей 538 та 539 КПК, які визначають процесуальний порядок такого заходу; б) частина перша ст. 36 та частина п'ята ст. 40 КПК закріплюють заборону втручання у діяльність прокурора та слідчого, а ст. 343 КК встановлює кримінальну відповідальність

[1] У кібернетиці системою у найбільш спрощеному вигляді вважають комплекс компонентів, що взаємодіють [11, с. 29, 61].

за порушення такої заборони. Однак, на жаль, у ряді випадків «зворотний зв'язок» між нормами КК та КПК може набувати некоректного, – надмірного чи недостатнього, – характеру.

Недостатність «зворотного зв'язку» між положеннями КК та КПК як наслідок недосконалості норм КПК. Подібні випадки мають місце тоді, коли положення кримінального процесуального закону не забезпечують належного процесуального порядку реалізації (застосування) відповідних положень КК. Наприклад, згідно з частиною п'ятою ст. 74 КК особа може бути за вироком суду звільнена від покарання на підставах, передбачених ст. 49 цього Кодексу. Водночас ст. 374 КПК, яка врегульовує зміст вироку, не містить жодного орієнтиру, який би свідчив про врахування наведеного вище положення КК. У п. 2 частини четвертої ст. 374 КПК міститься згадка про «звільнення від відбування покарання», але, з огляду на кримінально-правовий зміст даного формулювання, поширювати його на випадки, передбачені частиною п'ятою ст. 74 КК, очевидно, некоректно.

Уваги заслуговує також і ситуація із процесуальним порядком реалізації дискреційних повноважень суду, передбачених у нормах частини другої ст. 66 та частини другої ст. 67 КК. Перше із цих положень передбачає, що «при призначенні покарання суд може визнати такими, що його пом'якшують, і інші обставини, не зазначені в частині першій цієї статті»; а друге, – що «суд має право, залежно від характеру вчиненого злочину, не визнати будь-яку із зазначених у частині першій цієї статті обставин, за винятком обставин, зазначених у пунктах 2, 6, 7, 9, 10, 12 такою, що обтяжує покарання, навівши мотиви свого рішення у вироку». Таким чином, у другому випадку прямо обумовлений обов'язок суду мотивувати рішення про визнання певної обставини такою, що не обтяжує покарання, та, очевидно, що про подібний обов'язок контекстуально вказується й у першому випадку. Однак п. 2 частини третьої ст. 374 КПК прямо не відображає жодного із цих двох обов'язків суду, абстрактно говорячи про необхідність зазначати у мотивувальній частині вироку «обставини, які пом'якшують або обтяжують покарання».

Продовжуючи, відзначимо, що положення КПК недостатньо коректно вирішують питання про фіксацію у вироці суду міри покарання: а) п. 2 частини четвертої ст. 374 КПК передбачає, що вказівка на міру покарання є обов'язковою у випадку визнання особи винуватою, але принаймні частина третя ст. 88 КК не виключає можливості засудження особи без призначення їй покарання; б) відповідно до ст. 54 та частини другої ст. 55 КК окремі види додаткових покарань можуть бути призначені особі у випадках, не передбачених положеннями Особливої частини КК, що, очевидно, потребує спеціальних застережень в обвинувальному вироці суду. На жаль, у ст. 374 КПК подібні застереження не згадуються[2].

Ще одним прикладом недостатності «зворотного зв'язку» є те, що в КПК прямо та чітко не вказано, яким правозастосовчим актом вирішується питання про заміну призначеного покарання більш м'яким у порядку частини четвертої ст. 83 КК. Очевидно, у даному разі слід або розширено тлумачити п. 4 частини першої ст. 537 КПК, в якому йдеться про «звільнення від відбування покарання...», або орієнтуватись на п. 14 частини першої ст. 537 КПК, в якому вказано, що суд вирішує інші питання про всякого роду сумніви і протиріччя, які виникають при виконанні вироку.

Нарешті звернімо увагу на ситуацію із процесуальним порядком звільнення неповнолітнього від покарання із застосуванням до нього примусових заходів виховного характеру. Ст. 105 КК припускає можливість застосування до неповнолітнього примусових заходів виховного характеру й у випадку звільнення його від покарання. З огляду на те, що відповідно до частини першої даної статті КК питання про звільнення неповнолітнього від покарання із застосуванням примусових заходів виховного характеру повинно вирішуватись на «момент постановлення вироку», правозастосовчим актом, в якому «фіксується» рішення суду про доцільність застосування до особи примусових заходів виховного характеру, у даному разі повинен бути

[2] Зауважимо, що в частині четвертій ст. 335 Кримінального-процесуального кодексу України 1960 року це питання було вирішено хоча б відносно до ст. 54 КК.

обвинувальний вирок суду. Однак п. 2 частини четвертої ст. 374 КПК, який формулює вимоги щодо юридичного змісту резолютивної частини таких правозастосовчих актів, взагалі не містить згадки про можливість застосування ст. 105 КК.

Недостатність «зворотного зв'язку» між положеннями КК та КПК як наслідок недосконалості норм КК. У даному разі йтиметься про ситуації, які є результатом того, що положення кримінального закону не забезпечують належного порядку реалізації відповідних положень КПК. Наприклад, відповідно до частини другої ст. 385 КК не підлягає кримінальній відповідальності особа за відмову давати показання під час провадження досудового розслідування або в суді щодо себе, а також членів її сім'ї чи близьких родичів, коло яких визначається законом. Водночас у п. 3 частини першої ст. 66 КПК передбачено, що свідок має право відмовитися давати показання щодо себе, близьких родичів та членів своєї сім'ї, що можуть стати підставою для підозри, обвинувачення у вчиненні ним, близькими родичами чи членами його сім'ї кримінального правопорушення, а також показання щодо відомостей, які згідно з положеннями ст. 65 цього Кодексу не підлягають розголошенню.

Очевидно, що положення частини другої ст. 385 КК повинно вирішувати питання про кримінально-правові наслідки відмови свідка давати показання у певних ситуаціях, але, на жаль, у цій частині кримінальний закон передбачає вкрай невдалу «реакцію» на відповідні положення КПК.

По-перше, п. 3 частини першої ст. 66 КПК передбачає право особи відмовитись давати показання щодо відомостей, які згідно з положеннями ст. 65 цього Кодексу не підлягають розголошенню. У частині другій ст. 65 КПК перераховано ряд категорій осіб, що не можуть бути допитані з приводу певних обставин (адвокати, нотаріуси, медичні працівники та ін.), а частина третя цієї ж статті передбачає, що окремі категорії осіб можуть бути звільнені від обов'язку зберігати професійну таємницю. На жаль, не дуже зрозуміло, чи стосується п. 3 частини першої ст. 66 КПК усіх осіб, вказаних у частині другій

ст. 65 КПК, чи лише тих із них, які звільнені від обов'язку зберігати професійну таємницю. Однак у будь-якому разі положення частини другої ст. 385 КК не повною мірою враховує зміст п. 3 частини першої ст. 66 КПК.

По-друге, частина друга ст. 385 КК не враховує також і те, що відповідно до частини четвертої ст. 65 КПК особи, які мають право дипломатичної недоторканості, а також працівники дипломатичних представництв, можуть відмовитись давати показання.

Таким чином, частина друга ст. 385 КК не виключає кримінальної відповідальності окремих категорій осіб, які відповідно до положень КПК мають право відмовитись від давання показань як свідки (не можуть бути допитані як свідки).

Надмірність «зворотного зв'язку» між положеннями КК та КПК, що виражається у нормах КПК. Ознайомлення з положеннями КПК свідчить, що окремі з його положень: а) необґрунтовано ускладнюють процесуальний порядок застосування деяких норм КК; б) за своєю юридичною природою взагалі є кримінально-правовими.

Прикладом першої ситуації можуть бути частини друга, третя ст. 285 КПК, які встановлюють, що звільнення від кримінальної відповідальності можливе лише за наявності згоди підозрюваного, обвинуваченого. З цього приводу О.О. Дудоров зазначив, що «законодавче положення про відсутність відповідного заперечення з боку обвинуваченого (підсудного) – це фактично невідома КК додаткова умова звільнення від кримінальної відповідальності, закріплення якої у КПК (у даному випадку О.О. Дудоров має на увазі Кримінально-процесуальний кодекс 1960 року – К.З.) породжує запитання, чи не втрутився тут кримінально-процесуальний закон у предмет регулювання кримінального закону» [13, с. 734]. На нашу думку, згода підозрюваного, обвинуваченого на звільнення від кримінальної відповідальності все ж має кримінально-процесуальну, а не кримінально-правову природу. Однак з О.О. Дудоровим однозначно слід погодитись у тому, що в КК немає жодного

«натяку» на необхідність включення у процесуальний порядок звільнення від кримінальної відповідальності зазначеної вище особливості.

Прикладом ситуації другого типу може бути частина п'ята ст. 598 КПК, яка передбачає, що у випадку кримінального провадження у порядку перейняття покарання, яке призначається судом, не повинно бути суворішим від покарання, передбаченого законом запитуючої держави за таке ж кримінальне правопорушення. Дане положення за своєю природою є безумовним кримінально-правовим орієнтиром, що має враховувати суд при призначенні покарання засудженому поряд із відповідними нормами КК.

Так само кримінально-правовим за своєю суттю є положення про дострокове звільнення особи від примусового заходу виховного характеру, передбачене частиною першою ст. 502 КПК. Питання про дострокове припинення застосування будь-якого заходу кримінально-правового впливу є насамперед питанням кримінального права, оскільки його вирішення безпосередньо впливає на динаміку та зміст кримінально-правових відносин. На рівні ж кримінального процесуального закону має бути передбачений лише процесуальний порядок вирішення відповідного питання. Відзначимо, що ст. 105 КК не передбачає можливості дострокового звільнення від будь-якого із примусових заходів виховного характеру.

Надмірність «зворотного зв'язку» між положеннями КК та КПК, що виражається у нормах КК. Положення КК, у свою чергу, можуть: а) не повною мірою гарантувати реалізацію положень КПК; б) мати кримінально-процесуальний характер.

Вище ми вже наголошували на неузгодженостях частини другої ст. 385 КК з положеннями КПК. На жаль, цей перелік слід продовжити. На рівні п. 3 частини першої ст. 66 КПК відмова свідка давати показання допускається у випадках, коли такі показання «можуть стати підставою для підозри, обвинувачення у вчиненні ним, близькими родичами чи членами його сім'ї кримінального правопорушення». Однак частина друга ст. 385 КК не передбачає як окрему умову виключення кримінальної відповідальності

здатність показань особи бути підставою для підозри щодо неї самої, її близького родича чи члена сім'ї. Вважаємо, що в даному випадку йдеться не просто про техніко-юридичні розбіжності, а про ситуації з різним правовим змістом. Положення частини другої ст. 385 КК, якщо тлумачити його буквально, поширюється на всі випадки, коли особа відмовляється давати будь-які показання як свідок щодо себе, близького родича чи члена сім'ї. Таким чином, на сьогодні частина друга ст. 385 КК виключає кримінальну відповідальність особи в окремих випадках, коли вона відповідно до положень КПК не має права відмовитись від давання показань як свідок у кримінальному провадженні. Очевидно, це не можна вважати належною гарантією реалізації завдань кримінального провадження, визначених у ст. 2 КПК.

Насамкінець відзначимо, що, на наш погляд, суто кримінально-процесуальний характер мають положення щодо порядку продовження, зміни чи припинення застосування примусових заходів медичного характеру, зафіксовані у другому–п'ятому реченнях частини другої ст. 95 КК. Підтвердженням нашого висновку може бути те, що у частині третій ст. 514 КПК вказано, що розгляд питання про продовження, зміну чи припинення застосування примусових заходів медичного характеру здійснюється за поданням представника медичного закладу (лікаря-психіатра), де тримається дана особа, у передбаченому ст. 95 КК та ст. 512 КПК порядку. Тобто у частині третій ст. 514 КПК прямо вказується на те, що у ст. 95 КК вирішується питання, по суті, кримінально-процесуального характеру.

З огляду на все сказане вище, доводиться констатувати, що «зворотний зв'язок» між положеннями КК та КПК характеризується цілим рядом проблемних аспектів, які виявляються у його надмірному чи недостатньому характері.

Один із творців теорії систем Н. Вінер свого часу відзначав, що: «Механізми зворотного зв'язку в основному сприяють одноманітній дії системи незалежно від навантаження. Суворо кажучи, це вимагає суттєвого застереження. Якщо навантаження виявиться надмірним або зворотний зв'язок,

що вимагається навантаженням, буде надмірним, то механізм зворотного зв'язку буде, швидше, дестабілізувати дію системи, аніж стабілізувати її» (перекладено мною – К.З.) [14, с. 127].

На жаль, це твердження абсолютно актуальне і щодо нормативної системи, яку складають КК та КПК. Надмірність та недостатність «зворотного зв'язку» між положеннями цих кодексів «перевантажує» утворювану ними систему, утруднюючи її функціонування (реалізацію, застосування). Конкретними аспектами цього явища є: а) різного роду юридичні колізії (неузгодженості чи суперечності), – зокрема змістовні та темпоральні; б) «відмирання» окремих норм; в) відсутність уніфікованої практики реалізації (застосування) положень кримінального та кримінально-процесуального законів. Зрозуміло, що кожен із цих аспектів потребує окремого наукового дослідження.

Список використаних джерел

1. Банчук О. 7 міфів про новий КПК / О. Банчук [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.pravda.com.ua/articles/2013/01/10/6980670/. – Назва з екрана.

2. Банчук О. КПК і європейські цінності : опозиція хоче назад до СРСР? / О. Банчук [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.pravda.com.ua/columns/2013/04/9/6986406/. – Назва з екрана.

3. Баганець О. Таємна мета нового КПК / О. Баганець [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.pravda.com.ua/articles/2013/05/12/6989372/. – Назва з екрана.

4. Хавронюк М. Зміни потрібно вносити не до КПК, а в голови тих людей, котрі за ним працюють / М. Хавронюк [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zib.com.ua/ua/14721-zmini_potribno_vnositi_ne_do_kpk_a_v_golovi_tih_lyudey_kotri.html. – Назва з екрана.

5. Власенко С. «Читав і засуджую». Протестовано на собі / С. Власенко [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://gazeta.dt.ua/LAW/chitav-i-zasudzhuyu-protestovano-na-sobi-kilka-sliv-pro-noviy-kpk-_.html. – Назва з екрана.

6. Портнов А. «Не читав, але засуджую...» / А. Портнов [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://gazeta.dt.ua/LAW/ne-chitav-ale-zasudzhuyu-pro-plyusi-novogo-kpk-ta-minusi-yogo-zastosuvannya-_.html. – Назва з екрана.

7. Марін О.К. Кримінально-правові проблеми нового КПК України / О.К. Марін // Кримінальний кодекс України : проблеми застосування і практики удосконалення : тези доповідей та повідомлень учасників міжнародного симпозіуму, 21–22 вересня 2012 р. – Львів : Львівський державний університет внутрішніх справ, 2012. – С. 140–144.

8. Бурдін В.М. Вплив нового Кримінального процесуального кодексу України на інститути матеріального кримінального права / В.М. Бурдін // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. – 2012. – № 4. – С. 255–263.

9. Міщенко М. Принцип індивідуалізації покарання при укладенні угод про примирення та визнання винуватості / М. Міщенко // Основні напрями розвитку кримінального права та шляхи вдосконалення законодавства України про кримінальну відповідальність : матеріали міжнародної науково-практичної конференції, 11–12 жовтня 2012 р. – Х. : Право, 2012. – С. 214–217.

10. Тютюгин В.И. Некоторые вопросы назначения наказания по соглашению сторон в связи с принятием нового Уголовного процессуального кодекса Украины / В.И. Тютюгин // Основні напрями розвитку кримінального права та шляхи вдосконалення законодавства України про кримінальну відповідальність : матеріали міжнародної науково-практичної конференції, 11–12 жовтня 2012 р. – Х. : Право, 2012. – С. 81–86.

11. Берталанфи Л. фон. Общая теория систем – критический обзор / Л. фон Берталанфи; пер. с англ. Э.Г. Юдина // Исследования по общей теории

систем : сборник переводов / общ. ред. и вст. ст. В.Н. Садовского и Э.Г. Юдина. – М. : Прогресс, 1969. – С. 23–82.

12. Эшби У.Р. Введение в кибернетику / У. Росс Эшби ; пер. с англ. Д.Г. Лахути ; под ред. В.А. Успенского ; с предисл. А.Н. Колмогорова. – М. : Изд-во иностр. лит., 1959. – 432 с.

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

14. Винер Н. Индивидуальный и общественный гомеостазис / Н. Винер; пер. с англ. М.Н. Грачева // Общественные науки и современность. – 1994. – № 6. – С. 127–130.

Задоя К.П. Проблеми надмірності та недостатності «зворотного зв'язку» між положеннями Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України

Автор аналізує проблеми «зворотного зв'язку» між положеннями Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України. Наводить приклади, коли «зворотний зв'язок» має некоректний характер.

Ключові слова: «зворотний зв'язок», Кримінальний кодекс України, Кримінальний процесуальний кодекс України.

Задоя К.П. Проблемы избыточности и недостаточности «обратной связи» между положениями Уголовного и Уголовного процессуального кодексов Украины

Автор анализирует проблемы «обратной связи» между положениями Уголовного и Уголовно-процессуального кодексов Украины. Приводит примеры, когда «обратная связь» имеет некорректный характер.

Ключевые слова: «обратная связь», Уголовный кодекс Украины, Уголовный процессуальный кодекс Украины.

Zadoya K.P. The problems of redundancy and lack of «feedback» between the provisions of the Criminal Code and the Criminal Procedure Code of Ukraine

The author analyzes the problems of «feedback» between the provisions of the Criminal Code and the Criminal Procedure Code of Ukraine. The examples of incorrect «feedback» are given.

Key words: «feedback», Criminal Code of Ukraine, Criminal Procedure Code of Ukraine.

Договірні відносини державно-приватного партнерства: проблеми правового регулювання

Вінник Оксана Мар'янівна,
професор кафедри господарського права юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка, доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України

УДК 346.3:347.7

Договір як основна правова форма опосередкування зв'язків між суб'єктами господарювання (між ними та іншими учасниками господарського життя) відіграє значну роль і при встановленні відносин державно-приватного партнерства (далі – ДПП) між особами, що виконують функції державного партнера (держави, Автономної Республіки Крим/АРК в особі уповноважених органів чи органу місцевого самоврядування) та приватного партнера (суб'єкт чи суб'єкти підприємництва).

Започатковане в 2010 році на рівні спеціального закону правове регулювання відносин ДПП закріплює договірну форму такого партнерства та відкритий перелік договорів [1, статті 5, 6], які можуть укладатися в рамках ДПП: договір концесії, договір про спільну діяльність, державні контракти/договори про державні закупівлі та ін., за винятком (з листопада 2012 р.) угод про розподіл продукції [1, частина четверта ст. 5], які мають укладатися згідно із відповідним законом [2].

Разом з тим законодавець проігнорував положення про ґрунтовні вимоги до угоди ДПП щодо змісту та форми, обмежившись загальними фразами про укладення таких договорів відповідно до вимог, встановлених законами України (загальним – про ДПП та спеціальними – про концесії, державні закупівлі та ін.).

Прогалини Закону про ДПП щодо угоди ДПП певним чином компенсуються підзаконними актами, що регулюють деякі види відносин ДПП

(щодо конкурсних засад визначення приватного партнера, подання інформації про виконання угод ДПП та ін..). Проте визначення істотних умов угоди ДПП на підзаконному рівні суперечить Закону про ДПП [1], абзац 6 частини першої ст. 5 якого передбачає, що істотні умови договорів, що укладаються в рамках здійснення державно-приватного партнерства, мають відповідати вимогам, встановленим законами України.

Порядок проведення конкурсу з визначення приватного партнера для здійснення державно-приватного партнерства щодо об'єктів державної, комунальної власності та об'єктів, які належать Автономній Республіці Крим, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 11 квітня 2011 р. № 384 [3], визначає механізм підготовки та проведення зазначеного конкурсу, що має відбуватися на засадах прозорості, об'єктивності та недискримінаційності визначення переможця конкурсу та *укладення відповідних договорів у рамках здійснення ДПП, передбачених частиною першою ст. 5 Закону про ДПП, якщо законами, що регулюють відносини, які виникають у процесі укладення зазначених договорів, не встановлено інший порядок проведення конкурсу* (зокрема, це стосується таких моделей ДПП, як концесійна, державних закупівель). Так, згідно з п. 7 зазначеного Порядку істотними умовами угоди ДПП є: найменування ДПП та об'єкта ДПП; зобов'язання сторін, у тому числі обсяг і форма фінансової участі державного та приватного партнерів у здійсненні ДПП; перелік, обсяги і строки виконання передбачених договором робіт; вимоги до якості товарів, робіт послуг, що виконуються згідно з договором; розподіл ризиків, виявлених за результатами проведення аналізу ефективності здійснення ДПП між партнерами та форми управління такими ризиками; порядок та умови отримання переможцем конкурсу права на користування земельною ділянкою для здійснення ДПП (у разі необхідності); умови, розмір і порядок внесення платежів, якщо такі передбачено умовами здійснення зазначеного партнерства; порядок та умови розподілу між сторонами договору про ДПП доходу та/або продукції, якщо такий розподіл передбачено умовами здійснення ДПП; вимоги щодо

повернення після припинення дії договору про партнерство об'єкта ДПП та земельних ділянок, що надані для потреб, пов'язаних із здійсненням ДПП; зобов'язання щодо відшкодування витрат на проведення аналізу ефективності здійснення ДПП та/або екологічної експертизи; умови внесення змін до договору про ДПП; відповідальність сторін за його невиконання; порядок розгляду спорів; строк дії договору про ДПП; дата, місце підписання та порядок набрання ним чинності.

Отже, істотні умови договору ДПП відповідно до згаданого вище Порядку є досить численними, якщо їх порівнювати із загальними вимогами до мінімальної кількості таких умов господарського договору (предмет, ціна, строк дії, умови, визнані істотними за законом чи необхідні для договорів даного виду, а також умови, щодо яких на вимогу однієї зі сторін повинна бути досягнута згода, – частина друга ст. 180 ГК [4]) і цивільного договору (умови про предмет, умови, визначені законом як істотні або необхідні, а також ті, щодо яких за заявою хоча б однієї зі сторін має бути досягнуто згоди, – абзац 2 частини першої ст. 638 ЦК [5]). Це означає, що в даному випадку має місце «перевищення повноважень» органом, що видав зазначений Порядок: вимоги до договорів ДПП мають встановлюватися на рівні закону (в нашому випадку – Закону про ДПП). Про це свідчить і зарубіжний досвід. Так, Законом Словенії «Про публічно-приватне партнерство» [6] встановлюються:

- вимоги до договору з приватним партнером/інвестором (ст. 120–127) щодо змісту: обов'язкове зазначення форми/типу та моделі ДПП, його сторін та терміну дії договору, актів законодавства, що регулюють відповідний тип ДПП (концесійне, про державні закупівлі, щодо надання комунальних послуг тощо), розміру приватних інвестицій та способу реалізації права на отримання прибутку від їх вкладення, порядку розірвання договору та його наслідків для сторін, інших умов відповідно до вимог законодавства; щодо *договору корпоративного/пайового ДПП* (передбачає забезпечення реалізації проектів ДПП спільним підприємством/СП за участю сторін ДПП): мета такого ДПП; розмір статутного капіталу СП; розмір і форма інвестицій партнерів;

правовий режим інвестованого державного майна/активів і способу його/їх повернення; графік внесення державних активів та метод контролю належного їх використання; строки та способи внесення будь-яких інвестицій та виконання інших зобов'язань; моделі власності на об'єкти, що використовуються та створюються у процесі функціонування ДПП; умови винагороди бізнес-субпідрядника; зміни в капіталі партнерства, які повинні отримати згоду державного партнера; штрафні санкції за невиконання/неналежне виконання договірних зобов'язань; підстави для зміни, анулювання та розірвання договору корпоративного/пайового ДПП, права та обов'язки сторін у таких випадках; порядок участі у капіталі корпоративного/пайового ДПП; порядок виходу із такого партнерства.

Латвійський закон, що регулює відносини ДПП [7], встановлює більш ґрунтовні ***вимоги до угоди ДПП***, зокрема щодо***:***

- ***строку*** – від 5 до 30 років (з можливістю подовження якщо це необхідно для цілей угоди і досягнення певних результатів, підтверджених фінансовими та економічними розрахунками (ст. 60);
- ***договірних сторін*** (ст. 61): державний партнер (партнери) та визначений в установленому порядку приватний партнер (партнери);
- ***змісту*** (ст. 62): предмет договору, включаючи обсяг, зміст, якість і спосіб виконання будівельних робіт або надання послуг; фінансові умови угоди; комплекс прав, який передається державним партнером приватному партнеру; державні ресурси державних партнерів, що передаються приватному партнеру та порядок їх передачі; майнові права сторін стосовно створеного протягом терміну дії угоди майна, а також нематеріальних активів, пов'язаних із ними ліцензій, дозволів, інших документів; термін дії договору; умови для виконання будівельно-монтажних робіт або надання послуг та умови їх перегляду; умови повернення (передання) державному партнеру ресурсів, що надавалися приватному партнеру для виконання угоди ДПП, а також створених у процесі ДПП об'єктів для подальшого їх використання, у разі дострокового припинення угоди ДПП; обмеження або умови стосовно змін в акціонерному

капіталі приватного партнера або комерційних компаній, щодо яких приватний партнер має вирішальний вплив; ризики кожного державних трансфертів приватному партнеру; взаємні платежі сторін угоди ДПП та умови їх перегляду (якщо такі передбачено); право приватного партнера (якщо це необхідно) для збору платежів від кінцевих користувачів за будь-які послуги, а також сума таких платежів, що має бути отримана протягом строку дії договору, та умови для її перегляду; обов'язки приватного партнера (якщо необхідно) щодо забезпечення безперервного доступу третім особам до об'єкта ДПП та можливості отримання послуг, що надаються протягом терміну дії угоди ДПП; право договірних сторін передавати свої права та обов'язки в рамках угоди третім особам та умови, що обмежують таке право; обов'язки приватного партнера щодо страхування певних ризиків за угодою ДПП з визначенням їх переліку; обов'язки приватного партнера щодо охорони навколишнього середовища та охорони культурної спадщини (якщо це необхідно); обов'язки договірних сторін щодо забезпечення, передачі або купівлі нерухомості, обладнання та іншого майна, необхідного для виконання договору, сплати мита (якщо це передбачено); порядок перевірки державним партнером (партнерами) виконання угоди; обставини непереборної сили та дії сторін у разі їх виникнення (настання); випадки та порядок дострокового розірвання договору, порядок визначення розміру компенсацій у таких випадках; порядок зміни умов угоди ДПП; наявність пов'язаних з угодою ДПП раніше укладених договорів; умови, при настанні яких державний партнер або кредитор може взяти на себе виконання будь-яких обов'язків приватного партнера з метою забезпечення ефективного та безперебійного виконання будівельно-монтажних робіт або надання послуг, передбачених в угоді ДПП; сертифікат про право представника державного партнера на отримання інформації від кредитора приватного партнера щодо його фінансового становища і відповідності умовам необхідного фінансування; порядок подовження угоди ДПП у разі припинення діяльності юридичної особи з боку державного партнера у передбачених законом випадках; порядок врегулювання спорів, а також інші положення, що

випливають із Закону про державні закупівлі або Закону про ДПП, або які включаються до угоди за погодженням сторін у міру необхідності і які не суперечать нормативним актам.

Досвід правового регулювання відносин ДПП у Російській Федерації (в основному регіональний, оскільки на федеральному рівні подано лише відповідні законопроекти [8; 9]) також свідчить про необхідність включення до ключового акта законодавства про ДПП вимог до угоди ДПП.

Так, згідно із Законом Санкт-Петербурга від 20 грудня 2006 р. «Про участь Санкт-Петербурга у державно-приватних партнерствах» [10]:

- угода ДПП – угода, що укладається Санкт-Петербургом в особі уповноваженого Урядом Санкт-Петербурга виконавчого органу державної влади міста з російською чи іноземною юридичною чи фізичною особою або об'єднанням юридичних осіб, що діють на підставі договору простого товариства (договору про спільну діяльність), а в передбачених зазначеним законом та нормативними актами міста випадках, і з юридичною особою, власником 100 відсотків акцій (100 відсотків часток статутного капіталу, 100 відсотків майна) якого є Санкт-Петербург, спрямовані на забезпечення діяльності в межах ДПП у формах, передбачених зазначеним Законом або нормативно-правовими актами Санкт-Петербурга;
- сторони ДПП (пункти 3 і 4 ст. 4): 1) партнер – (а) російська або іноземна юридична чи фізична особа або (б) об'єднання юридичних осіб, які діють на підставі договору простого товариства (договору про спільну діяльність), що здійснюють діяльність на підставі угоди ДПП; 2) Санкт-Петербург в особі уповноваженого Урядом Санкт-Петербурга виконавчого органу влади міста, юридична особа, власником 100 відсотків акцій (100 відсотків часток статутного капіталу, 100 відсотків майна) якого є Санкт-Петербург (в передбачених нормативно-правовими актами міста випадках);
- об'єкт угоди (п. 5 ст. 4) – майно, що створюється (в тому числі шляхом будівництва), реконструюється або експлуатується відповідно до угоди ДПП;

- ***умови угоди ДПП*** (ст. 7): ***істотні:*** 1) об'єкт угоди; 2) строк дії угоди та/або порядок його визначення; 3) порядок створення/реконструкції та/або експлуатації об'єкта угоди; 4) порядок розрахунків між сторонами; 5) розподіл ризиків між сторонами; ***інші умови,*** що можуть включатися до угоди ДПП за умови відсутності протиріч чинному законодавству: 1) забезпечення партнером надання споживачам товарів (робіт, послуг) згідно з угодою ДПП; 2) *погодження* з Санкт-Петербургом припинення (призупинення) експлуатації партнером об'єкта угоди, за винятком випадків, якщо це викликано дією обставин непереборної сили, а також інших випадків, передбачених чинним законодавством міста та угодою ДПП, якщо інше не встановлено федеральним законодавством; 3) *порядок та строки передачі об'єкта* угоди Санкт-Петербургу, включно з вимогами щодо його якості, якщо об'єкт угоди має бути переданий у власність Санкт-Петербурга; 4) *порядок передачі інформації, майна та прав,* в тому числі прав інтелектуальної власності, з метою наступною експлуатації об'єкта угоди Санкт-Петербургом, у разі, якщо об'єкт угоди має бути переданий у власність Санкт-Петербурга; 5) порядок експлуатації об'єкта угоди протягом строку, необхідного Санкт-Петербургу для переходу до експлуатації об'єкта угоди містом у повному обсязі, якщо зазначений об'єкт має бути переданий у власність Санкт-Петербурга; 6) *строк виконання робіт* по створенню та/або реконструкції об'єкта угоди, введення його в експлуатацію, а також порядок подовження цього строку; 7) *умови та строки переходу тягаря утримання майна*, що передається за угодою, а також ризиків випадкової загибелі або пошкодження зазначеного майна; 8) *обсяг участі*, у тому числі фінансування, надання майна, майнових або немайнових прав кожною зі сторін угоди, необхідний для створення (реконструкції) та/або експлуатації об'єкта угоди, або порядок його визначення; 9) *плата* за використання об'єкта угоди, що є власністю Санкт-Петербурга; 10) *техніко-економічні показники* та характеристики, котрі необхідно отримати (досягти) в результаті створення (реконструкції) та/або експлуатації об'єкта угоди ДПП; 11) *обсяг виробництва* товарів, виконання

робіт, надання послуг під час експлуатації об'єкта угоди ДПП; 12) порядок здійснення Санкт-Петербургом *контролю* за виконанням угоди ДПП; 13) *способи забезпечення виконання зобов'язань* сторін угоди ДПП; 14) можливість передачі партнером об'єкта угоди в заставу, на інших зобов'язальних правах або продажу за відкладальною умовою, а також можливість уступки прав, у тому числі в рамках договору фінансування під уступку грошової вимоги, зокрема, у разі настання певних обставин без необхідності укладення додаткової угоди; 15) *порядок надання згоди партнерові* на передачу прав і обов'язків за угодою, в том числі в порядку уступки права вимоги та/або переведення боргу, а також передачі об'єкта угоди у заставу або за іншим правом з метою забезпечення виконання зобов'язання за угодою; 16) виплати відповідно до ст. 8 зазначеного Закону (щодо фінансування створення/реконструкції та/або експлуатації об'єкта за рахунок коштів бюджету Санкт-Петербурга); 17) *компенсаційні та гарантійні зобов'язання* партнера та інших осіб, які беруть участь в угоді на стороні партнера; 18) *страхування* щодо виконання угоди; 19) *джерела доходів партнера* у зв'язку зі здійсненням ним діяльності, передбаченої угодою ДПП, зокрема: а) отримання партнером платежів від споживачів товарів (робіт, послуг), що виробляються (виконуються, надаються) з використанням об'єкта угоди ДПП; б) виплати Санкт-Петербурга щодо фінансування об'єкта ДПП (створення, реконструкції, експлуатації) в розмірі, що визначається угодою ДПП залежно від таких факторів, як: обсяг та строки виконання партнером зобов'язань щодо виробництва товарів, виконання робіт, надання послуг; якість об'єкта угоди або товарів (робіт, послуг), що виробляються (виконуються, надаються) з його використанням; інші фактори або їх комплекс; в) платежі інших осіб, а також платежі за договорами, укладеними відповідно до угоди; 20) права та обов'язки інших осіб, що беруть участь в угоді, зокрема, щодо здійснення контролю за виконання сторонами умов угоди, надання згоди (погодження) на виконання певних дій, збирання та розподіл грошових коштів в рамках угоди, здійснення платежів в обсязі та в порядку, визначених угодою,

а також виконання інших прав та обов'язків за угодою; 21) *погодження* з Санкт-Петербургом організації, що залучається партнером для здійснення експлуатації об'єкта угоди, та істотних умов договору з нею, якщо інше не передбачено федеральним законодавством; 22) *погодження* з Санкт-Петербургом *підрядника* (генерального підрядника), який залучається партнером для здійснення будівництва (реконструкції) об'єкта, та істотних умов договору з ним, за винятком угод, що укладаються згідно з пп. 5 п. 1 ст. 5 цього Закону (передбачає надання містом партнеру визначених угодою виключних прав або майна як об'єкта угоди з метою надання партнером відповідно до умов угоди товарів, робіт або послуг споживачам з використанням об'єкта угоди); 23) *право* Санкт-Петербурга на *усунення партнера* чи інших осіб від експлуатації об'єкта угоди та здійснення його експлуатації Санкт-Петербургом на умовах, визначених угодою, у випадку істотного порушення партнером умов угоди або у разі настання інших обставин, зазначених в угоді, зокрема, для попередження зниження або усунення ризику чи наслідків надзвичайних ситуацій, забезпечення здоров'я, безпеки та збереження майна фізичних та юридичних осіб, охорони довкілля; 24) *право* Санкт-Петербурга *на припинення угоди* у разі відмови кредитної організації, яка надала кошти, від подальшого кредитування партнера (кредитування з метою виконання партнером зобов'язань за угодою); 25) можливість укладення між кредитною організацією, Санкт-Петербургом та/або партнером угод, що визначають зміст та порядок реалізації права, зазначеного в попередньому (24-му) пункті; 26) виключні *випадки односторонньої зміни умов угоди* та/або *односторонньої відмови від її виконання*; 27) *арбітражне застереження*, що передбачає можливість розв'язання спорів за угодою третейським судом або міжнародним комерційним арбітражем; 28) інші умови, що не суперечать чинному законодавству;

- ***примірні угоди та методичні рекомендації щодо їх укладення (ст. 10):*** розробляються та затверджуються Урядом Санкт-Петербурга щодо

певних форм інвестування та/або щодо певних сфер реалізації угод; мають рекомендаційний характер; їх відсутність не є підставою для укладення угод ДПП.

Згідно з проектами Федерального закону «Про заходи щодо розвитку державно-приватного партнерства в суб'єктах Російської Федерації та про внесення змін до окремих актів законодавства Російської Федерації» [8; 9]:

- ДПП здійснюється на підставі угоди про ДПП, що укладається між публічним партнером (суб'єкт РФ в особі уповноваженого органу та/або орган місцевого самоврядування), з однієї сторони, та приватним партнером (індивідуальний підприємець, юридична особа або двоє чи більше таких осіб, що діють на підставі договору простого товариства/договору про спільну діяльність), з іншої сторони, та регулює відносини щодо реалізації проекту ДПП, встановлюючи необхідні для цього права та обов'язки публічного та приватного партнерів;
- об'єктом угоди ДПП є будь-яке майно, необхідне для реалізації повноважень суб'єктів РФ та муніципальних утворень, крім майна, яке відповідно до федерального законодавства може перебувати лише в державній та муніципальній власності, а також такого, що належить до об'єктів: 1) комунальної інфраструктури та інших об'єктів комунального господарства; 2) енергозбереження; 3) оборони та безпеки; 4) цивільних прав, обіг яких відповідно до федеральних законів не допускається (об'єкти, вилучені з обігу);
- укладення та виконання угод ДПП у порядку та на умовах, визначених законами РФ, в яких має бути передбачено: (1) порядок інформування громадян та інвесторів ДПП; (2) порядок та умови взаємодії з інститутами громадянського суспільства за проектами ДПП, а також організації суспільного контролю за такими проектами; (3) порядок (процедури) і форма проведення торгів; (4) ***істотні умови угоди***; (5) строк реалізації угоди; (6) зобов'язання сторін за угодою, в тому числі розподілу фінансових та майнових обов'язків сторін; (7) вимоги про цільове використання об'єкта угоди та відповідальності за порушення таких вимог; (8) порядок передачі об'єкта

угоди; (9) вимоги щодо визначення діяльності (переліку робіт), що здійснюється з використанням об'єкта угоди; (10) механізми, що забезпечують гарантоване виконання сторонами зобов'язань за угодою; (11) порядок припинення угоди, в тому числі дострокового, а також в односторонньому порядку, та наслідки такого припинення; (12) інші умови, пов'язані з підготовкою, укладенням, виконанням та припиненням угоди.

Згадані законопроекти передбачають також *обов'язкове включення* до угоди ДПП низки умов, а саме таких: права та обов'язки сторін; строк дії угоди; умови та порядок розрахунків між сторонами угоди, в тому числі умови та порядок відшкодування витрат та здійснення платежів у випадку дострокового розірвання угоди; опис, у тому числі техніко-економічні показники, об'єкта угоди, а також вимоги до його якості; зобов'язання сторін у зв'язку з наданням приватному партнерові земельної ділянки та іншого майна, призначеного для провадження діяльності, передбаченої угодою на умовах і в порядку, визначених законодавством; порядок розподілу прав на об'єкт угоди та інше створене у процесі виконання угоди майно після припинення угоди; мета та строк використання (експлуатації) об'єкта угоди, за винятком випадків виключно технічного обслуговування; наслідки невиконання та неналежного виконання сторонами своїх зобов'язань за угодою; порядок внесення змін в угоду. Крім того, угода може включати й інші умови, що не суперечать законодавству РФ, її суб'єктів та нормативним актам органів місцевого самоврядування.

Про численність умов угоди ДПП свідчать і поширені у країнах ринкових відносин акти рекомендаційного характеру щодо встановлення відносин ДПП [11; 12; 13], в яких акцентується увага на ***загальних для всіх угод ДПП умовах*** (визначення використаних у ній термінів; мета і предмет угоди, строк дії угоди та інші значимі/проміжні строки; розподіл ризиків між сторонами; фінансуванням і рефінансуванням; майнові права, в тому числі право власності, сторін і порядок їх реалізації; гарантії і страхування ризиків; платежі сторін; випадки і порядок компенсацій; право державного партнера з нагляду за

виконанням угоди ДПП; порядок оцінки та відшкодування збитків та інші наслідки у разі невиконання/неналежного виконання договірних зобов'язань; порядок розірвання договору і засоби попередження такого розірвання; форс-мажорні обставини; захист прав інтелектуальної власності, комерційної таємниці та конфіденційності персональних даних; порядок і умови приєднання інфраструктури, якщо угода ДПП передбачає будівництво; процедури вирішення спорів між сторонами; інші права, обов'язки та відповідальність сторін; роль уповноваженого органу з питань ДПП у відносинах ДПП) та ***спеціальних***, які є обов'язковими для певних видів угод ДПП (концесійних, державних закупівель та ін.). Крім того, угода ДПП може містити й інші положення, що вільно узгоджуються сторонами відповідно до законодавства, яке регулює зобов'язальні відносини.

Отже, зарубіжний досвід підтверджує необхідність визначення основних засад встановлення договірних відносин ДПП на рівні спеціального закону [1], в якому мають бути визначені основні вимоги до угоди ДТП як специфічного договору, що може мати водночас і (1) характеристики інших поіменованих договорів (договору про спільну діяльність, концесійного, про спорудження/будівництво об'єкта суспільного значення тощо), і (2) особливі, притаманні для відносин ДПП, ознаки, що зумовлюють спеціальне регулювання таких договірних відносин.

Подібне співвідношення загального та спеціального регулювання законодавець застосував щодо договорів про трансфер технологій, закріпивши положення, відповідно до якого під час передачі (трансферу) технологій укладаються договори, визначені Цивільним кодексом України, щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності з урахуванням вимог спеціального закону щодо договорів про трансфер технологій [14, статті 19–21].

Таким чином, вітчизняний Закон про ДПП доцільно доповнити як загальними вимогами до змісту угоди ДПП, так і спеціальними, що віддзеркалюють певний вид такого договору і відповідно – модель ДПП

(корпоративну, концесійну, державних закупівель, щодо будівництва об'єктів/їх комплексів тощо). При цьому має бути врахований і зарубіжний досвід, і вітчизняний – підзаконного регулювання [3]. Так, до загальних вимог слід віднести вимоги, що є необхідними для будь-якої угоди ДПП, оскільки вони віддзеркалюють специфіку відносин ДПП: найменування ДПП, його вид, форма та модель; сторони, мета і предмет угоди; договірні строки: загальний та проміжні; вимоги до робіт (кількісні та якісні); розподіл між сторонами ризиків, виявлених за результатами проведення аналізу ефективності здійснення ДПП; зобов'язання сторін за угодою, зокрема щодо розподілу фінансових та майнових обов'язків сторін, страхування ризиків; опис об'єкта угоди ДПП (кількісні, якісні, технічні та інші його характеристики); вимоги щодо цільового використання та порядку передачі об'єкта угоди ДПП; права сторін щодо майна/об'єктів, створених у процесі здійснення ДПП; правові механізми забезпечення належного виконання сторонами зобов'язань за угодою; порядок здійснення контролю за виконанням договірних зобов'язань; відповідальність за невиконання/неналежне виконання сторонами зобов'язань за угодою; порядок припинення угоди, включно з достроковим (у тому числі на вимогу однієї зі сторін із визначенням переліку підстав); наслідки для сторін у разі дострокового припинення угоди; форс-мажорні обставини; правові механізми захисту прав на об'єкти інтелектуальної власності; порядок вирішення спорів між сторонами; інші умови, пов'язані з підготовкою, укладенням, виконанням та припиненням угоди.

Спеціальні вимоги до угод ДПП певних видів, форм та моделей (концесійної, корпоративної, державних закупівель та ін.) мають визначатися на рівні законів, що регулюють відповідний вид договірних відносин (концесійних [15; 16; 17], державних закупівель [18] та ін.), або в Законі про ДПП (щодо корпоративного/інституційного партнерства [19, с. 192–197]).

На теоретичному рівні можна визначити характерні ознаки угоди ДПП як такі, що зумовлюють специфіку правового регулювання:

- *договір організаційно-майнового характеру,* спрямований на організацію та забезпечення виконання проектів пріоритетного публічного значення, реалізація яких вимагає об'єднання коштів, інших ресурсів носіїв публічних інтересів відповідного рівня (держави, АРК – в особі уповноважених органів, територіальної громади/органу місцевого самоврядування), та носіїв приватних бізнесових інтересів;

- *спеціальний суб'єктний склад* із відповідними функціями в договірних відносинах (сторони угоди ДПП): *державний партнер* (представник зазначених вище носіїв публічних інтересів) та *приватний партнер* (суб'єкт/суб'єкти підприємництва), який визначається на конкурсних засадах (відповідно до встановленого порядку [3]);

- *довгостроковість* – від 5 до 50 років [1, ст. 1];

- *об'єкти*, щодо яких реалізуються проекти ДПП та відповідно – встановлюються зобов'язання сторін: об'єкти публічних форм власності (державної або комунальної – залежно від особи державного партнера) [1, ст. 7];

- *сфери* – визначені законом як такі, в яких реалізуються проекти ДПП (пріоритетні для залучення інвестицій на загальнодержавному та/або регіональному рівнях);

- *предмет* – реалізація проекту/проектів ДПП значного публічного (загальнодержавного та/або регіонального) значення, у зв'язку з чим рішення про встановлення відносин ДПП приймається за результатами аналізу ефективності здійснення ДПП та обґрунтування соціально-економічних та екологічних наслідків здійснення ДПП [1, статті 11–13], а приватний партнер визначається на конкурсних засадах [1, статті 14–17], що має забезпечити вибір найбільш ефективної для державного партнера сторони-виконавця за угодою ДПП;

- *стимулювання* приватного партнера щодо належного виконання договірних зобов'язань з метою реалізації суспільно значущих проектів ДПП шляхом надання йому державним партнером низки гарантій та іншого

сприяння, в тому числі права користування об'єктами публічних форм власності (у разі потреби в цьому при реалізації зазначених проектів) [1, статті 8, 18, 20];

- *пріоритетна роль уповноважених органів з боку державного партнера* щодо визначення параметрів угоди ДПП, її виду, визначення приватного партнера, контролю за виконанням проектів ДПП [1, частина друга ст. 5, статті 11–14, 21], що свідчить про спільні риси такої угоди та державного контракту (*порушення принципу рівності сторін* та *обмеження договірної свободи* на етапі встановлення договірного зв'язку);

- на етапі виконання договірних зобов'язань: *рівність сторін щодо виконання ними зобов'язань за договором та справедливий розподіл між ними ризиків* [1, ст. 3];

- *опосередкована присутність у договірних відносинах* третьої особи – уповноваженого органу з питань ДПП [1, ст. 22] – Міністерства економічного розвитку і торгівлі України (Мінекономрозвитку), наділеного низкою повноважень з питань ДПП [20];

- угода ДПП з огляду на її довгостроковість та наявність значної кількості організаційних елементів зазвичай є або (1) рамковою, відповідно до якої укладаються договори на реалізацію окремих етапів проекту/проектів ДПП, або (2) подібною до генпідрядного договору, що надає право виконавцю-підряднику (в нашому випадку – приватному партнерові) укладати договори з субпідрядниками, і лише в окремих випадках – (3) договором, що передбачає виконання усіх необхідних для реалізації проекту ДПП дій сторонами угоди ДПП без залучення інших осіб.

Список використаних джерел

1. Про державно-приватне партнерство : Закон України від 1 липня 2010 р. // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2010. – № 40. – Ст. 524.

2. Про угоди про розподіл продукції : Закон України від 14 вересня 1999 р. // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1999. – № 44. – Ст. 391.

3. Порядок проведення конкурсу з визначення приватного партнера для здійснення державно-приватного партнерства щодо об'єктів державної, комунальної власності та об'єктів, які належать Автономній Республіці Крим, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 11 квітня 2011 р. № 384 // Офіційний вісник України від 22.04.2011 - 2011 р. – № 28. – Стор. 74. – Ст. 1168 // Урядовий кур'єр. – 2011. – № 80.

4. Господарський кодекс України // Відомості Верховної Ради України від 2 травня 2003 р. – № 18. – Ст. 144.

5. Цивільний кодекс України // Відомості Верховної Ради України від 3 жовтня 2003 р. – № 40. – Ст. 356.

6. Про публічно-приватне партнерство : Закон Республіки Словенія від 23 листопада 2006 р. (PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP ACT (ZJZP) [Electronic resource] — Way of access : // www.mf.gov.si/slov/javnar/53646-ZJZP_EN.pdf.

7. Про публічно-приватне партнерство : Закон Латвії від 9 липня 2009 р. / Public–Private Partnerships Law, 9 July 2009 [Electronic resource] — Way of access : // http://www.ppp.lv/fetch_6625.html.

8. О государственно-частном партнерстве : Проект Федерального закона от 25 июня 2012 г. (разработчик проекта акта: Минэкономразвития России) [Electronic resource] — Way of access : // www.consultant.ru : www.consultant.ru/law/hotdocs/19294.html/

9. Разработан законопроект, устанавливающий порядок реализации конкретных проектов в различных социально-экономических сферах путем объединения государственных и частных ресурсов и компетенций [Electronic

resource] — Way of access : // http://www.consultant.ru/law/hotdocs/19294.html.

10. Об участии Санкт-Петербурга в государственно-частных партнерствах : Закон Санкт-Петербурга (с изменениями на 6 декабря 2010 г.) [Electronic resource] — Way of access : // http://gov.spb.ru/law?d&nd=8442332&prevDoc=891808830.

11. PPP Models - Assam PPP [Electronic resource] — Way of access : // assamppp.gov.in/pppmodels.pdf.

12. Draft of a PPP contract [Electronic resource] — Way of access : // www.ajpp.hr/media/30975/ppp%20contract.pdf.

13. A Model Concession Contracts in the Roads Sector. Background [Electronic resource] — Way of access : // www.unescap.org/ttdw/ppp/files/contract_overview.pdf.

14. Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій : Закон України від 14 вересня 2006 р. (в редакції Закону від 2 жовтня 2012 р. № 5407-VI) // Офіційний вісник України від 16.11.2012 р. – № 85. – Стор. 60. – Ст. 3431.

15. Про концесії : Закон України від 16 липня 1999 р. // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1999. – № 41. – Ст. 372

16. Про концесії на будівництво та експлуатацію автомобільних доріг : Закон України від 14 грудня 1999 р. (в ред. Закону від 15 січня 2009 р. № 891-VI) // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2009. – № 25. – Ст. 312.

17. Про особливості оренди чи концесії об’єктів паливно-енергетичного комплексу, що перебувають у державній власності : Закон України від 8 липня 2011 р. // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2012. – № 18. – Ст. 157.

18. Про здійснення державних закупівель : Закон України від 1 липня 2010 р. // Відомості Верховної Ради України (ВВР) – 2010. – № 33. – Ст. 471.

19. Вінник О.М. Корпоративна форма державно-приватного партнерства: проблеми правового забезпечення на тлі зарубіжного досвіду : Монографія. – Суми : МакДен, 2012. – 204 с.

20. Положення Про Міністерство економічного розвитку і торгівлі України, затверджене Указом Президента України від 31 травня 2011 р. № 634/2011 // Офіційний вісник України від 10 червня 2011 р. –№ 41. – Стор. 20. – Ст. 1666. – Код акта 6862/2011.

Вінник О.М. Договірні відносини державно-приватного партнерства: проблеми правового регулювання

Стаття присвячена проблемам правового регулювання договірних відносин державно-приватного партнерства. Аналізується вітчизняний/український і зарубіжний досвід такого регулювання, визначаються характерні ознаки угоди ДПП та пропонується закріпити істотні умови угоди ДПП на рівні закону.

Ключові слова: державно-приватне партнерство (ДПП); угода ДПП; істотні умови угоди ДПП.

Винник О.М. Договорные отношения государственно-частного партнерства: проблемы правового регулирования

Статья посвящена проблемам правового регулирования договорных отношений государственно-частного партнерства. Анализируется отечественный/украинский и зарубежный опыт такого регулирования, определяются характерные черты соглашения ГЧП и предлагается закрепить существенные условия соглашения ГЧП на уровне закона.

Ключевые слова: государственно-частное партнерство (ГЧП); соглашение ГЧП; существенные условия соглашения ГЧП.

Vinnyk O.M. Contractual relations of public-private partnerships: problems of legal regulation

The article is devoted to the problems of regulation of public-private partnerships contractual relations. It is analyzed national/Ukrainian and foreign experience of such regulation, determined characteristics of PPP contracts and proposed to determine essential terms of the PPP contract by law.

Key words: public-private partnerships (PPP), contract of PPP/PPP contract, essential terms of the PPP contract.

Види посередницької діяльності на фондовому ринку

Рєзнікова Вікторія Вікторівна,
доцент кафедри господарського права Київського національного університету імені Тараса Шевченка, доктор юридичних наук, доцент;

Кологойда Олександра Вячеславівна,
доцент кафедри господарського права Київського національного університету імені Тараса Шевченка, кандидат юридичних наук, доцент

УДК [347.732+ 336.76](346)

Правове регулювання господарської посередницької діяльності на фондовому ринку України як невід'ємної складової ефективної економіки і фінансового ринку потребує вдосконалення. Це обумовлено тим, що поняття «посередництво» в чинному законодавстві України вживається в різних значеннях, а його співвідношення з поняттям «представництво» в науці дискусійне. Розвиток іпотечного ринку обумовив появу нових видів посередницької діяльності на фондовому ринку – діяльності з управління іпотечним покриттям та діяльності з управління майном, залученим для фінансування об'єктів будівництва та/або здійснення операцій із нерухомістю.

Питання правового регулювання професійної діяльності фінансових посередників на фондовому ринку розглядали в своїх роботах А.В. Габов, А.В. Калина, О.В. Кологойда, З.Я. Лапішко, Р.А. Майданик, І.Р. Назарчук, І.В. Павлов, Л.В. Панова, В.І. Полюхович, А.В. Попова, А.В. Семенов, Є.Б. Фіолетов та інші; посередництву присвячені роботи В.А. Васильєвої, Р.В. Колосова, Н.С. Кузнєцової, В.В. Луця, В.В. Рєзнікової, Г.І. Сальникова та ін. У зазначених дослідженнях розглянуто поняття та ознаки посередництва,

поняття та критерії професійної діяльності на фондовому ринку, запропоновано класифікацію її видів і професійних учасників фондового ринку. Однак основну увагу дослідники зосередили на торгівлі цінними паперами та управлінні активами інституційних інвесторів. Поза межами наукових досліджень залишилися такі види посередницької діяльності, як управління активами недержавних пенсійних фондів, управління іпотечним покриттям та управління майном, залученим для фінансування об'єктів будівництва та/або здійснення операцій із нерухомістю.

Завдання і мета дослідження: здійснити класифікацію господарської посередницької діяльності на фондовому ринку (фондового посередництва) й дослідити правові засади організації та здійснення окремих видів фондового посередництва. Наукова новизна полягає у впровадженні в науковий обіг та законодавство України терміна «фондове посередництво»; виділенні двох основних видів посередницької діяльності на фондовому ринку: діяльності з торгівлі цінними паперами та діяльності з управління активами, що включає діяльність з управління активами інституційних інвесторів, діяльність з управління активами недержавного пенсійного фонду, діяльність з управління іпотечним покриттям та діяльність із залучення коштів установників управління майном для фінансування об'єктів будівництва та/або здійснення операцій з нерухомістю; пропозиціях щодо вдосконалення законодавства України, що визначає поняття, види та регулює порядок здійснення посередницької діяльності на фондовому ринку.

Професійною діяльністю на фондовому ринку вважається діяльність акціонерних товариств і товариств з обмеженою відповідальністю з надання фінансових та інших послуг у сфері розміщення та обігу цінних паперів, обліку прав за цінними паперами, управління активами інституційних інвесторів, що відповідає вимогам, установленим до такої діяльності чинним законодавством (частина перша ст. 16 Закону України від 23 лютого 2006 р. «Про цінні папери та фондовий ринок» [1]).

Згідно з частиною другою ст. 16 Закону «Про цінні папери та фондовий ринок» на фондовому ринку можуть здійснюватися такі *види професійної діяльності*: а) діяльність з торгівлі цінними паперами (здійснюють торговці цінними паперами або банки); б) діяльність з управління активами інституційних інвесторів (здійснюють компанії з управління активами (далі − КУА), професійні адміністратори недержавних пенсійних фондів (далі – ПАНПФ, а також недержавні пенсійні фонди – НПФ), фінансові установи, які здійснюють управління іпотечним покриттям, управителі майном); в) депозитарна діяльність (її провадять Національний банк України (далі − НБУ), професійні учасники депозитарної системи України); г) діяльність з організації торгівлі на фондовому ринку (таку торгівлю організовують фондові біржі); ґ) кліринг [2] (здійснюють клірингові установи та Розрахунковий центр з обслуговування договорів на фінансових ринках). У спеціальній юридичній літературі виділяють також види діяльності на фондовому ринку, що мають ознаки професійної діяльності, але не визнаються такою за законом: діяльність спеціалізованих депозитаріїв, діяльність фінансового консультанта та інші види консультування, діяльність трансфер-агента, опікуна рахунку депо, діяльність емітента з ведення власного реєстру власників іменних цінних паперів [3, с. 876].

Господарський кодекс України [4] (далі – ГК) вживає терміни «посередництво», «посередницька діяльність» у трьох значеннях: частина третя ст. 263 ГК вказує на комерційне посередництво у здійсненні торговельної діяльності як на один із різновидів господарсько-торговельної діяльності; глава 31 ГК містить загальні положення про комерційне посередництво (агентські відносини) у сфері господарювання; § 3 глави 35 ГК «Посередництво у здійсненні операцій з цінними паперами. Фондова біржа» регулює відносини щодо здійснення посередництва торговцями цінних паперів.

Посередницькою діяльністю у сфері випуску та обігу цінних паперів є підприємницька діяльність суб’єктів господарювання (торговців цінними паперами), для яких операції з цінними паперами становлять виключний вид їх

діяльності або яким така діяльність дозволена законом (частина перша ст. 356 ГК).

Основні види посередницької діяльності на фондовому ринку України – торгівля цінними паперами та управління активами. Таку позицію поділяє переважна більшість вітчизняних дослідників фондового ринку [5, с. 28–30; 6, с. 65; 7, с. 34; 8, с. 207; 9, с. 172: 10, с. 213].

Відповідно до ст. 17 Закону «Про цінні папери та фондовий ринок» професійна *діяльність з торгівлі цінними паперами* включає:

1) *брокерську діяльність* – укладення торговцем цінними паперами цивільно-правових договорів (зокрема на підставі договорів комісії, доручення) щодо цінних паперів та інших фінансових інструментів від свого імені (від імені іншої особи), за дорученням і за рахунок іншої особи. За надані брокерські послуги торговець отримує винагороду. Торговець цінними паперами, який провадить брокерську діяльність може: а) виступати поручителем або гарантом виконання зобов'язань перед третіми особами за договорами, що укладаються від імені клієнта такого торговця, отримуючи за це винагороду, що визначається договором торговця цінними паперами з клієнтом; б) надавати своїм клієнтам консультації щодо купівлі-продажу цінних паперів та інших фінансових інструментів;

2) *дилерську діяльність* – укладення торговцем цінними паперами цивільно-правових договорів щодо цінних паперів та інших фінансових інструментів від свого імені та за свій рахунок з метою перепродажу, крім випадків, передбачених законом;

3) *діяльність з управління цінними паперами* – діяльність, яку здійснює торговець цінними паперами від свого імені за винагороду протягом визначеного строку на підставі договору про управління переданими йому цінними паперами, іншими фінансовими інструментами та грошовими коштами, призначеними для інвестування в цінні папери та інші фінансові інструменти, а також отриманими у процесі управління цінними паперами,

іншими фінансовими інструментами і грошовими коштами в інтересах установника управління або визначених ним третіх осіб;

4) *андеррайтинг* – укладення торговцем цінними паперами договорів щодо відчуження цінних паперів та/або здійснення дій чи надання послуг, пов'язаних із таким відчуженням, у процесі емісії цих цінних паперів за дорученням, від імені та за рахунок емітента на підставі відповідного договору з емітентом. Андеррайтинг може бути таких видів: а) *повністю гарантований* – торговець цінними паперами, який розміщує емісію, гарантує емітенту повний викуп емісії або тієї її частини, що залишиться нерозміщеною; б) *частково гарантований* – гарантія викупу поширюється тільки на частину емісії, іншу ж частину торговець розміщує на відкритому ринку; в) *без гарантій* – гарантій торговця цінними паперами немає, але він зобов'язується докласти максимальних зусиль для того, щоб розмістити емісію; г) *«все або нічого»* – така форма розміщення передбачає відкликання випуску, якщо його не буде розміщено в повному обсязі.

Андеррайтер відповідно до договору андеррайтингу з емітентом може здійснювати: а) купівлю цінних паперів у емітента з подальшим їх перепродажем інвесторам; б) гарантування повного або часткового продажу цінних паперів емітента інвесторам, повний чи частковий їх викуп за фіксованою ціною з подальшим перепродажем; в) продаж якомога більшої кількості цінних паперів, без зобов'язання придбати будь-які цінні папери, що не були продані, а також може надавати консультації емітенту щодо розміщення цінних паперів цього емітента.

Більшість дослідників професійну діяльність з торгівлі цінними паперами вважають фінансовим посередництвом на фондовому ринку. Такий підхід є, беззаперечно, правильним, з огляду на формальний зміст та економічну сутність такої діяльності. Однак не кожен вид торгівлі цінними паперами є посередництвом у правовому розумінні. Підхід, закріплений сьогодні в ГК, за яким усі види торгівлі цінними паперами є посередництвом на ринку цінних паперів, виправданий лише з економічної точки зору і необґрунтовано

розширений з огляду на правову природу посередництва (посередництвом у цьому сенсі є передусім діяльність з управління цінними паперами та брокерська діяльність).

У цьому аспекті при безпосередньому здійсненні прав на цінні папери складно буває відмежувати довірче управління від брокерської діяльності, заснованої на комісійних засадах. Цим видам професійної діяльності властивий ряд спільних ознак: а) торговець за договором комісії і довірчий управитель діють від власного імені, але в інтересах довірителя; б) суб'єктами брокерської діяльності й довірчого управління цінними паперами є спеціалізовані особи – торговці цінними паперами, які здійснюють її як виключний вид господарської діяльності; в) як і будь-яка професійна діяльність на ринку цінних паперів, брокерська діяльність і довірче управління цінними паперами є ліцензованими. Водночас наявність спільних ознак не означає, що довірче управління є особливим різновидом брокерської діяльності, оскільки між ними є і суттєві відмінності (кожному з цих видів діяльності притаманні свої специфічні ознаки, які дають змогу їх розмежувати). Основні відмінності полягають у наступному: 1) всі доходи при довірчому управлінні належать довірителю (установнику управління), крім обумовленої в договорі винагороди, а при здійсненні брокерської діяльності – торговцеві; 2) цінні папери при довірчому управлінні залишаються у власності установника управління і мають бути йому повернуті при розірванні договору; 3) довірче управління дозволяє акумулювати значні пакети і впливати на управління емітентом (при управлінні акціями), що вигідно дрібним (міноритарним) акціонерам. На відміну від брокерської діяльності, яка полягає у виконанні разових замовлень клієнта з конкретними цінними паперами або наданні послуг на підставі договору брокерського обслуговування, довірче управління передбачає здійснення управителем комплексу послуг та операцій, необхідних для підтримання фіксованої дохідності (максимальної чи мінімальної) або становлення певного «коридору» з одночасним підтриманням структури портфеля цінних паперів. Саме тому довірчий управитель здійснює свої обов'язки як інвестиційну політику, яка

включає в себе акумулювання цінних паперів, їх вкладення у відповідні об'єкти інвестування, отримання доходів, облік результатів управління на користь вигодонабувача. У зв'язку з цим у договорах довірчого управління цінними паперами має бути передбачене право довірчого управителя діяти на власний розсуд (зокрема виконувати певну операцію негайно чи відкласти її до виникнення більш сприятливої кон'юнктури на фондовому ринку). Зрозуміло, що в деяких випадках і брокери можуть діяти із застереженням у біржовому наказі – «діяти на власний розсуд».

На відміну від брокерської діяльності, для довірчого управління цінними паперами не характерне видання засновником довірчому управителю наказів на придбання чи відчуження цінних паперів, загальноприйнятих у відносинах між клієнтом і брокером.

Брокери – це посередники, діяльність яких полягає у наданні послуг щодо укладання угод із цінними паперами за рахунок клієнтів. На ринку цінних паперів вони завжди діють, виражаючи волю й інтереси своїх клієнтів. За виконання доручених дій отримують комісійну винагороду. Брокери можуть здійснювати свої функції як на біржовому, так і на позабіржовому ринках. Вони відкривають і ведуть рахунки своїх клієнтів у депозитаріях та клірингових установах. Характерним для брокерської діяльності є те, що брокер вступає в посередницькі відносини з клієнтом тільки на період виконання його замовлення (після виконання доручення клієнта відносини між ними припиняються).

Найбільш складно розмежовувати довірче управління та брокерську діяльність із правом використання грошових коштів клієнта. Ліцензовані брокери, не називаючи операції довірчими, по суті здійснюють їх у рамках брокерського обслуговування. При цьому виді брокерської діяльності клієнт бере на себе обов'язок щодо зберігання грошових коштів (призначених для інвестування в цінні папери чи отриманих у результаті їх продажу), але на позабалансових рахунках брокера. Зберігання грошових коштів на позабалансових рахунках брокера передбачає процедуру відкриття клієнтом

окремого рахунка на брокера, ведення останнім обліку грошових коштів клієнта на позабалансових рахунках або ж надання брокеру права й покладення на нього обов'язку зі зберігання грошових коштів клієнта, тоді як за умовами договору комісії брокер був би зобов'язаний передати клієнту все отримане за наслідками виконання. Отже, поки законодавець прямо не заборонив зарахування грошових коштів клієнта на поточний рахунок брокера (як це встановлено для довірчого управління), право вибору способу ведення операцій залишається за учасниками цих правовідносин.

Правову природу використання грошових коштів клієнта в літературі пояснено по-різному [11, с. 25–29]. Ряд авторів вважає їх договором комісії з елементами позики. Поряд з оцінкою цих відносин як комплексу договорів комісії і позики запропоновано також варіант конструювання особливого виду договору комісії, що передбачає «розщеплення» права власності на грошові кошти і їх результати. Прибічники цього варіанту не визнають довірчим управлінням комісійні відносини з правом використання грошових коштів клієнта. Разом з тим, економічна та юридична природа цих відносин є не що інше, як довірче управління, оскільки володіння і користування брокером грошовими коштами через окремий рахунок виходить за межі здійснення угод на комісійних засадах, що трансформує комісійні відносини з цього моменту у відносини довірчого управління. Нерозробленість юридичних механізмів контролю за добропорядністю комісіонера є важелем ризику для клієнта. Тому недоцільно здійснювати оформлення брокерського інвестиційного рахунку договором комісії.

З погляду економіки всі торговці цінними паперами є, безперечно, посередниками на ринку цінних паперів. Однак з правової точки зору, зважаючи на специфічні ознаки посередництва як виду господарської діяльності, дилерство за своєю природою є комерційною (торговельною) діяльністю, а андеррайтинг – комерційним представництвом щодо розміщення цінних паперів з елементами посередництва (в частині умов договору андеррайтингу про купівлю цінних паперів у емітента з подальшим їх

перепродажем інвесторам; гарантування повного або часткового продажу цінних паперів емітента інвесторам, повний чи частковий їх викуп за фіксованою ціною з подальшим перепродажем). Підставами для такого висновку є те, що: а) дилери на ринку цінних паперів не надають ніяких послуг – вони здійснюють комерційну діяльність щодо придбання та подальшого перепродажу визначених цінних паперів від свого імені та за власний рахунок (джерелом доходу дилера є позитивна різниця між цінами продажу певного цінного паперу та його придбання); б) андеррайтери надають комерційно-представницькі за своєю природою послуги щодо розміщення торговцем цінних паперів за дорученням, від імені та за рахунок емітента. Саме останні три ознаки («за дорученням, від імені та за рахунок емітента») й дають підстави співвідносити андеррайтинг з комерційним представництвом, а не посередництвом. Цей вид господарської діяльності має свої особливості, оскільки андеррайтерські послуги надаються щодо цінних паперів, які випускаються у вільний обіг. Оплату послуг андеррайтерів здійснює емітент, як правило, за рахунок різниці між емісійною ціною та номінальною вартістю цінних паперів. У випадках, передбачених угодою про розміщення цінних паперів, торговець зобов'язаний придбати ту частину випущених цінних паперів, які йому не вдалося розмістити (власне у цьому і полягає комерційний ризик).

Отже, якщо брокер – це «чистий» посередник на ринку цінних паперів, то дилера можна зарахувати до числа посередників лише з огляду на економічну сутність його діяльності. Так звані «дилерські послуги» – не що інше, як систематична торговельна діяльність, головним змістом якої є купівля-продаж цінних паперів за власний рахунок. Дилери діють на ринку цінних паперів від свого імені, виражаючи власну волю та власні інтереси. При придбанні дилером цінних паперів до нього переходить право власності на них (під час їх продажу дилер, відповідно, поступається правом власності). Він відкриває і веде свої власні рахунки в депозитарії, розрахунково-клірингових установах. Натомість брокерські послуги передбачають вчинення дій, головним змістом яких є

укладання угод із цінними паперами за рахунок клієнтів та в їхніх інтересах. Джерелом доходу брокера є комісійна оплата його послуг (як правило, певний відсоток від суми укладеної угоди). Брокери виражають бажання та інтереси своїх клієнтів. При придбанні ними цінних паперів право власності переходить не до них, а до клієнтів. Це саме стосується і права власності на грошові кошти, власниками яких залишаються клієнти. Відносини між брокерами та клієнтами виникають на підставі угод, в яких визначається перелік послуг, що їх надає брокер, порядок повідомлення ним свого клієнта про результати виконання (невиконання або відстрочення виконання) замовлення, вартість послуг, порядок оплати тощо. Вони відкривають та ведуть рахунки своїх клієнтів у депозитаріях, клірингово-розрахункових установах.

Таким чином, професійна діяльність з торгівлі цінними паперами за змістом може бути як посередництвом, так і комерційним представництвом або комерційною (торговельною) діяльністю.

Діяльність з управління активами інституційних інвесторів – професійна діяльність учасника фондового ринку – КУА, яку вона здійснює за винагороду від свого імені або на підставі відповідного договору про управління активами інституційних інвесторів (ст. 18 Закону «Про цінні папери та фондовий ринок»).

Ліцензію на провадження діяльності з управління активами інституційних інвесторів відповідно до Положення про особливості здійснення діяльності з управління активами інституційних інвесторів, затвердженого рішенням Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку (далі – ДКЦПФР) від 2 листопада 2006 р. № 1227 [12] та п. 4 р. 1 Ліцензійних умов провадження професійної діяльності на фондовому ринку – діяльності з управління активами інституційних інвесторів (діяльності з управління активами), затверджених Рішенням ДКЦПФР від 26 травня 2006 р. [13] можуть отримати КУА, ПАНПФ, юридична особа, що здійснює адміністрування НПФ відповідно до Закону України «Про недержавне пенсійне забезпечення» [14]; банк – щодо активів створеного ним корпоративного пенсійного фонду в разі, якщо він не виконує

функції зберігача цього фонду; НБУ – щодо активів створеного ним корпоративного пенсійного фонду.

Розвиток іпотечного ринку обумовив появу нових видів діяльності на фондовому ринку – діяльності з управління іпотечним покриттям та діяльності із залучення коштів установників управління майном для фінансування об'єктів будівництва та/або здійснення операцій з нерухомістю.

Діяльність з управління іпотечним покриттям − діяльність, яку провадить управитель іпотечного покриття від свого імені за винагороду протягом визначеного строку на підставі договору про управління іпотечним покриттям, і яка передбачає представництво інтересів власників іпотечних облігацій, здійснення контролю за додержанням умов заміни іпотечних активів чи включення нових іпотечних активів до складу іпотечного покриття, здійснення контролю за своєчасністю та повнотою здійснення емітентом платежів за звичайними іпотечними облігаціями, забезпечення відповідності іпотечного покриття вимогам законодавства, виконання інших функцій, визначених законодавством (п. 6 частини першої ст. 4 Закону України від 30 жовтня 1996 р. «Про державне регулювання ринку цінних паперів» [15]). Діяльності з управління іпотечним покриттям властиві всі зазначені вище ознаки посередницької господарської діяльності на фондовому ринку.

Закон України від 19 червня 2003 р. «Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати» [16] (далі – Закон «Про іпотечні сертифікати») визначає управління іпотечними активами як цивільно-правові відносини при здійсненні юридичних і фактичних дій щодо розпорядження платежами за іпотечними активами від свого імені, за рахунок та в інтересах установників управління майном (ст. 1).

Управління майном (фінансовими активами) − здійснення юридичних та фактичних дій щодо розпорядження майном (фінансовими активами) від свого імені за рахунок та в інтересах установників управління майном (п. 1.1 р. 1 Ліцензійних умов провадження діяльності із залучення коштів установників управління майном для фінансування об'єктів будівництва та/або здійснення

операцій з нерухомістю, затверджених розпорядженням Держфінпослуг від 24 червня 2004 р. № 1225 [17]).

Легального визначення діяльності із залучення коштів установників управління майном для фінансування об'єктів будівництва та/або здійснення операцій з нерухомістю в чинному законодавстві немає. Аналіз норм Закону України від 19 червня 2003 р. «Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю» [18] (далі – Закон «Про фінансово-кредитні механізми») дає підстави визначити ***діяльність із залучення коштів установників управління майном для фінансування об'єктів будівництва та/або здійснення операцій з нерухомістю*** як діяльність управителя від свого імені за винагороду та в інтересах установників управління майном щодо управління залученими коштами (переданим у довірчу власність майном) згідно із законодавством, Правилами фонду та на підставі договору про управління майном (договору про участь у фондах фінансування будівництва (далі – ФФБ) або договору про придбання сертифікатів фонду операцій з нерухомістю (далі – ФОН)). Наведене визначення пропонуємо закріпити у ст. 18 Закону «Про цінні папери та фондовий ринок», ст. 4 Закону «Про державне регулювання ринку цінних паперів» та ст. 1 Закону «Про фінансово-кредитні механізми».

Управителем є фінансова установа, яка діє від свого імені, здійснюючи управління іпотечними активами або залученими коштами в інтересах установника управління та має відповідну ліцензію (ст. 1 Закону «Про іпотечні сертифікати», частина друга ст. 15 Закону «Про іпотечні облігації», ст. 1 Закону «Про фінансово-кредитні механізми»). Діяльність з управління іпотечним покриттям може здійснювати КУА (п. 5 р. 1 Положення про особливості здійснення діяльності з управління активами інституційних інвесторів).

Іпотечне покриття відповідно до ст. 1 Закону України від 22 грудня 2005 р. «Про іпотечні облігації»[19] − це іпотечні активи, а також інші активи, які відповідно до Закону України «Про іпотечні облігації»,

проспекту емісії та реєстру іпотечного покриття забезпечують виконання зобов'язань емітента за іпотечними облігаціями.

Відповідно до статей 1, 6 Закону «Про фінансово-кредитні механізми» *об'єктами управління майном* у системі фінансово-кредитних механізмів є *ФФБ та ФОН*. ФОН – кошти, отримані управителем ФОН в управління, а також нерухомість та інше майно, майнові права та доходи, набуті від управління цими коштами, в тому числі майнові права та права вимоги, набуті за договорами про участь у ФФБ. ФОН не є юридичною особою. Для створення ФОН фінансова установа має розробити та затвердити: Правила ФОН, інвестиційну декларацію, проспект емісії сертифікатів ФОН; укласти договір із забудовником, здійснити емісію сертифікатів ФОН на суму, що не перевищує вартості об'єкта будівництва та організувати розміщення сертифікатів ФОН (ст. 25 Закону «Про фінансово-кредитні механізми»). ФФБ – кошти, передані управителю ФФБ в управління, які використані чи будуть використані управителем у майбутньому на умовах Правил фонду та договорів про участь у ФФБ. Оскільки управителем ФОН емітуються цінні папери – сертифікати ФОН – діяльність із залучення коштів установників управління майном є фондовим посередництвом.

Таким чином, діяльність з управління іпотечним покриттям та діяльність із залучення коштів установників управління майном також належать до діяльності з управління активами.

З урахуванням наведеного, пропонуємо внести зміни до ст. 16 Закону «Про цінні папери та фондовий ринок», визначивши видом професійної діяльності на фондовому ринку діяльність з управління активами. Видами діяльності з управління активами рекомендуємо визнати діяльність з управління активами інституційних інвесторів, діяльність з управління активами НПФ, діяльність з управління іпотечним покриттям та діяльність із залучення коштів установників управління майном для фінансування об'єктів будівництва та/або здійснення операцій з нерухомістю.

Визначення діяльності з управління активами інституційних інвесторів у ст. 18 Закону «Про цінні папери та фондовий ринок» варто уточнити з урахуванням зазначеного суб'єктно-об'єктного складу, як діяльності з управління активами, що провадиться КУА щодо активів інституційних інвесторів, ПАНПФ, банком, НБУ, щодо активів створеного ними недержавного пенсійного фонду, управителем іпотечним покриттям щодо іпотечного покриття або управителем майном щодо управління залученими коштами (переданим у довірчу власність майном) за винагороду від свого імені за рахунок та в інтересах установника управління на підставі договору про управління активами інституційних інвесторів, управління активами НПФ, управління іпотечним покриттям або управління майном (договору про участь у ФФБ або договору про придбання сертифікатів ФОН).

Перспективи подальших досліджень окресленої проблематики пов'язані з визначенням поняття та ознак фондового посередництва, ліцензійних вимог до фінансових посередників на фондовому ринку та особливостей господарських договорів, що укладаються у процесі здійснення посередницької діяльності на фондовому ринку.

Список використаних джерел

1. Про цінні папери та фондовий ринок : Закон України від 23 лютого 2006 р. / Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 31. – Ст. 268.

2. Ст. 16, 19^1 Закону України від 23 лютого 2006 р. «Про цінні папери та фондовий ринок» в редакції відповідно до Прикінцевих та перехідних положень Закону України від 6 липня 2012 р. «Про депозитарну систему України» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/5178-17.

3. Габов А.В. Ценные бумаги : Вопросы теории и правового регулирования рынка / А.В. Габов. – М. : Статут, 2011. – С. 876 [1104 с.]

4. Господарський кодекс України / Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 18. – Ст. 144.

5. Каширин А.А. Правовые проблемы регулирования профессиональной деятельности на рынке ценных бумаг : дисс… канд. юрид. наук : 12.00.03. / А.А. Каширин. – М., 2003. – С. 28–30 [171 с.].

6. Панова Л.В. Проблемы правового регулирования рынка ценных бумаг в Украине : дисс... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Л.В. Панова. – Х., 2002. – С. 65 [211 с.].

7. Попова А.В. Правове становище професійних учасників ринку цінних паперів в Україні : дис… канд. юрид. наук : 12.00.04 / А.В. Попова. – К., 2006. – С. 34 [219 с.].

8. Кологойда О.В. Правове регулювання фондового ринку України / О.В. Кологойда. – К. : Юрінком Інтер, 2008. – С. 207 [320 с.].

9. Семенов А.В. Правовой статус участников рынка ценных бумаг : проблемы регулирования : дисс… канд. юрид. наук : 12.00.03 / А.В. Семенов. – М., 2005. – С. 172 [228 с.].

10. Полюхович В.І. Державне регулювання фондового ринку України : господарсько-правовий механізм / В.І. Полюхович. – К. : НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2012. – С. 213 [336 с.].

11. Майданик Р.А. Довірче управління цінними паперами : поняття і проблеми правозастосування / Р.А. Майданик // Підприємництво, господарство і право. – 2001. – № 2. – С. 25–29.

12. Про затвердження Положення про особливості здійснення діяльності з управління активами інституційних інвесторів : рішення ДКЦПФР від 2 листопада 2006 р. № 1227 / Офіційний вісник України. – 2006. – № 49. – Ст. 3270.

13. Про затвердження Ліцензійних умов провадження професійної діяльності на фондовому ринку – діяльності з управління активами інституційних інвесторів (діяльності з управління активами) : рішення

ДКЦПФР від 26 травня 2006 р. / Офіційний вісник України. – 2006. – № 31. – Ст. 2258.

14. Про недержавне пенсійне забезпечення : Закон України від 9 липня 2003 р. / Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 47. – Ст. 372.

15. Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні : Закон України від 30 жовтня 1996 р. / Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 51. – Ст. 292.

16. Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати : Закон України від 19 червня 2003 р. / Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 1. – Ст. 1.

17. Про затвердження Ліцензійних умов провадження діяльності із залучення коштів установників управління майном для фінансування об'єктів будівництва та/або здійснення операцій з нерухомістю : розпорядження Держфінпослуг від 24 червня 2004 р. № 1225 / Офіційний вісник України. – 2004. – № 30. − Ст.2046.

18. Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю : Закон України від 19 червня 2003 р. / Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 52. – Ст. 337.

19. Про іпотечні облігації : Закон України від 22 грудня 2005 р. / Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 16. – Ст. 134.

Рєзнікова В.В., Кологойда О.В. Види посередницької діяльності на фондовому ринку

У статті визначено види господарської посередницької діяльності на фондовому ринку (фондового посередництва). Посередницькою діяльністю на фондовому ринку визнана торгівля цінними паперами та діяльність з управління активами, в тому числі активами інституційних інвесторів, недержавних пенсійних фондів, а також діяльність з управління іпотечним покриттям (іпотечними активами) та із залучення коштів установників управління майном для фінансування об'єктів будівництва та/або здійснення операцій з нерухомістю. Посередницька діяльність здійснюється професійними учасниками фондового ринку – фінансовими посередниками: торговцями цінними паперами, компаніями з управління активами, професійними адміністраторами недержавних пенсійних фондів, управляючими іпотечним покриттям, управляючими майном і довірчими товариствами.

Ключові слова: фондовий ринок, цінні папери, посередницька діяльність на фондовому ринку (фондове посередництво), фінансові посередники.

Резникова В.В., Кологойда А.В. Виды хозяйственной посреднической деятельности на фондовом рынке

В статье определены виды хозяйственной посреднической деятельности на фондовом рынке (фондового посредничества). Посреднической деятельностью на фондовом рынке признана торговля ценными бумагами и деятельность по управлению активами, в том числе активами институциональных инвесторов, негосударственных пенсионных фондов, а также деятельность по управлению ипотечным покрытием (ипотечными активами) и по привлечению средств учредителей управления имуществом для финансирования объектов строительства и/или осуществления операций с недвижимостью. Посредническая деятельность осуществляется профессиональными участниками фондового рынка – финансовыми посредниками: торговцами ценными бумагами, компаниями по управлению активами, профессиональными администраторами негосударственных пенсионных фондов, управляющими ипотечным покрытием, управляющими имуществом и доверительными обществами.

Ключевые слова: фондовый рынок, ценные бумаги, посредническая деятельность на фондовом рынке (фондовое посредничество), финансовые посредники.

Reznikova V.V., Kologoida A.V. The types of business mediation in the stock market

The types of business mediation in the stock market (stock mediation) are determined in this article. Business mediation in the stock market is considered securities trading and asset management services, including the assets of institutional investors, private pension funds, as well as activity on management of mortgage coverage (mortgage assets) and fundraising founders of property management to finance construction projects and/or implementation of real estate transactions. Business mediation is performed by professional participants of the stock market - the financial intermediaries: traders in securities, asset management companies, professional administrators of private pension funds, mortgage coverage managers, property managers and trust companies.

Key words: stock market, securities, business mediation in the stock market (stock mediation), financial intermediaries.

Еволюція мети договірного права крізь призму економічного підходу: (історія та сучасні тенденції)

Воловик Оксана Анатоліївна,
кандидат юридичних наук, доцент, докторант кафедри господарського права Східноукраїнського національного університету імені Володимира Даля, м. Луганськ

УДК 346.1

Договірне (контрактне) право є одним із ключових правових інститутів господарського права та цивілістики, дослідження якого входить до кола наукових інтересів багатьох правознавців. Серед ґрунтовних господарсько-правових теоретичних досліджень останніх років слід виділити роботи українських науковців О. Беляневич та В. Мілаш [1; 2], в яких порушуються актуальні питання сучасного договірного права (комерційного договору). Без перебільшення блискучою слід назвати видану у 2012 р. монографію російських авторів А. Карапетова та О. Савєльєва «Свобода договора и ее пределы» [3], в якій вперше у пострадянській правовій науці здійснено ґрунтовний аналіз феномену договірної свободи на стику поєднання правового та економічного аналізу. Розділяючи позицію про первинність застосування до договірного права саме економічного (неоінституціонального) аналізу (серед інших політико-правових підходів), слід визнати, що вітчизняні правові дослідження, незважаючи на повсюдне піднесення теми зв'язку права та економіки, ще тільки набирають обертів у цьому напрямі.

Обираючи ***об'єктом*** проблематику договірного права, розглянемо в якості ***предмета*** детермінанти змін правових уявлень про мету договірного права. ***Метою*** статті є визначення тенденцій переосмислення принципу свободи договору у вітчизняній правовій доктрині (науці та правовому регулюванні).

У методологічному аспекті аналіз у межах статті ґрунтується на застосуванні (нео)інституціонального підходу [4; 5, с. 103–104], який розробляється автором у площині економіко-правих досліджень та координати якого будуть розглянуто нижче.

Як зазначають дослідники, у розвинутих країнах осмислення ролі принципу свободи договору та підстав його обмеження все частіше будується на підставі ґрунтовного аналізу політико-правових (утилітарних, етичних та ін.) міркувань, що враховують цінності та цілі, яким має слідувати право як інструмент соціального контролю та інженерії, механізм втілення у життя домінуючих у суспільстві моральних настанов та каталізатор економічного прогресу. Незважаючи на визнання у позитивному праві договірної свободи, що, зокрема, у пострадянські часи було інструментом формування ринкової економіки, слід визнати, що реальне позитивно-правове наповнення принципу договірної свободи та його обмеження завжди знаходилися під значним впливом економічних, соціальних, етичних, культурних та навіть релігійних ідей та реалій, без розуміння яких юристу складно усвідомити справжні витоки розвитку цього правового явища та запропонувати адекватні шляхи для реформ. А той юрист, що вбачає конкретні зміни у законах та судовій практиці, але не аналізує їх широкого соціального, економічного, політичного та іншого контексту, подібний лікарю, який спостерігає за рухом хвороби, але не усвідомлює її причини та не цікавиться заходами для ефективного лікування [3, с. 33, 36–38].

Осмисленню базового цивільно-правового принципу свободи договору, який вважається філософсько-правовою категорією [6, с. 226], протягом сторіч розвитку цивілістичної думки та правової науки в цілому присвячено безліч праць – від римських юристів до сучасних правознавців та філософів. Тому більш цікавим уявляється з’ясування передумов для його переосмислення у новітній час (не плутати з обмеженням свободи договору, що завжди корелювало із власне свободою).

Корінне переосмислення принципу свободи договору у західній правовій доктрині прийнято пов'язувати, зокрема, з ідеєю *захисту слабкої сторони*, яка виникла із проблематики захисту прав споживачів, тобто вирівнювання диспропорцій, що є наслідком економічної влади.

Так, у 1970-і рр. на фоні активної інтеграції ринків європейських держав відбувається переосмислення структури ринків та принципів їх роботи, із зміщенням акцентів з економічних факторів регулювання ринків на позаекономічні складові, коли споживач уявляється вже не типовим homo oeconomicus, а людиною, чия ринкова поведінка виходить за межі чистого розрахунку, будучи обумовленою імпульсивними рішеннями, що приймаються на підставі звички. З цією метаморфозою пов'язаний т.з. інтервенційний етап, коли перед законодавцем постало завдання не лише забезпечення конкурентного середовища (що можливо не на всіх без виключення ринках), але також компенсації різнопланових позаринкових факторів («провалів ринку») у тій мірі, в якій вони могли б зашкодити споживачеві. У західній правовій науці цей підхід до захисту прав споживачів отримав назву «моделі противаги», необхідність в якій виникає у випадках розбалансування ринкового механізму – виникнення нерівності сторін відносин. Беручи до уваги цю нерівність, європейські держави почали активніше втручатися в роботу споживацьких ринків, споживачі – наділятися більшим обсягом прав, а до юриспруденції стала поступово запроваджуватися ідея захисту слабкої сторони [7, с. 223].

У «Попередній програмі Європейського Економічного Співтовариства щодо захисту прав споживачів та інформаційної політики» 1975 р., де було сформульовано п'ять основних прав споживачів на: (1) охорону здоров'я і безпеку товарів та послуг; 2) *захист економічних інтересів*; 3) відшкодування шкоди; 4) інформацію та споживацьку освіту; 5) представництво – право бути почутим), зокрема, прямо зазначалося, що сфера захисту прав споживачів більш не зводиться лише до купівлі товарів та послуг, а й поширюється на інші ринки, зокрема фінансові (цит. за [7, с. 223]). Як вбачається, після першого

(традиційного) права – на здоров'я та безпеку – йдеться про право на захист *економічних інтересів*, під яким європейцями розумілося, насамперед, усунення «дисбалансу можливостей учасників ринків».

Всебічний захист економічних інтересів споживачів потребував виходу за межі конкурентного законодавства, яке охоплює лише макрорівень (економічну «пропозицію» з боку виробників товарів/послуг), та залучення інших регуляторів приватно-правової природи (для підтримання «попиту» з боку споживачів). Тому невипадково, саме в інтервенційний етап, як зазначає Н. Райх, на користь споживачів були переосмислені такі цивільно-правові принципи, як свобода договору, покладання ризиків якості товару на покупця (якщо тільки продавець не надав гарантію якості, через що на покупця покладається обов'язок ретельної перевірки товару перед покупкою) та ін. (цит. за [7, с. 224]). Отже, оскільки принцип захисту слабкої сторони виступав винятком із принципу свободи договору, інститут захисту прав споживачів став виокремлюватися у самостійну галузь законодавства, яка поєднувала як публічно-правові, так і приватно-правові елементи [7, с. 224–225].

З 1980-х рр. почався т.з. постінтервенційний етап, що триває до сих пір, поєднуючи намагання його попередників щодо ліквідації інформаційної та договірної диспропорцій відносно споживача. У західній правовій науці виник симбіоз, коли ще вчора єдину парадигму договірного права (свободи договору) доповнила зовсім протилежна – захисту слабкої сторони. Остання спирається на те, що споживачів постіндустріального суспільства за ринковою силою не можна порівнювати з промисловими виробниками, бо споживачі не мають реальної можливості ані обирати, ані узгоджувати умови договорів (договірна диспропорція), а також не володіють у повній мірі інформацією стосовно договірних відносин [7, с. 226].

З позицій (нео)інституціонального підходу ідея захисту слабкої сторони (як правова концепція) тримається (в пояснювальному, парадигмальному аспекті) на концептуальному каркасі нової інституціональної економічної теорії (дослідницької програми), зокрема, такому її понятті як *інформаційна*

асиметрія. Остання характеризується як становище на ринку, коли одна сторона володіє приватною інформацією, що недоступна іншій стороні. І отримання або доведення такої інформації пов'язане із трансакційними витратами, які не кожна сторона в змозі нести [4, с. 79–81]. *Договірна асиметрія* може бути наслідком інформаційної та/або бути пов'язаною із недобросовісною поведінкою (щодо споживачів) виробників (продавців), ґрунтуючись на передумові опортунізму (опортуністичної поведінки) економічних агентів [4, с. 26–27, 88–89].

Рівень правової забезпеченості ідеї захисту слабкої сторони у європейському праві, як його оцінив Всесвітній банк, ще не можна вважати високим. Особливо це стосується ринків фінансових послуг – найактуальніша проблема в умовах сучасної фази т.з. фінансового капіталізму.

Так, європейська доктрина відносно захисту прав споживачів на ринках фінансових послуг характеризується низкою проблем, серед яких: неточність та асиметрія інформації щодо фінансових продуктів, неможливість перевірки їх «якості», конфлікт інтересів між власником коштів (споживачем фінансових послуг) та тим, хто ними розпоряджається (фінансовою компанією), та деякі інші.

Виходячи з цього, зокрема, у звіті Всесвітнього банку, що досліджував стан інституту захисту прав споживачів фінансових послуг у Чехії у 2007 р., зазначено про важливість законодавчого забезпечення на користь споживача трьох можливостей, актуальність чого не обмежується лише законодавством Чехії. Серед цих можливостей наступні, що передбачають подолання інформаційної («а») та договірної («б» – «в») диспропорцій: а) отримувати доступ до інформації, яка необхідна для прийняття рішень; б) *використовувати ефективні механізми компенсації за порушення договору професійним контрагентом*; в) брати участь у програмах фінансової освіти, які б сприяли кращому розумінню умов договорів з фінансовими організаціями та способів захисту прав споживачів [7, с. 227].

Важливим вектором розвитку європейського інституту захисту слабкої сторони договору є застосування *диверсифікованих засобів захисту* до учасників ринків. Визнаючи сильних та слабких суб'єктів, законодавство ЄС та країн-учасниць містить спеціальні захисні засоби для найслабкіших – «найбільш уразливих споживачів», серед яких безробітні, тяжко хворі, неповнолітні та недієздатні, члени певних етнічних груп тощо. При цьому право ЄС не містить єдиних критеріїв «уразливості» споживача – вони встановлюються судом для кожної окремої ситуації. Поряд із найбільшою розвиненістю цього інституту у праві Великобританії, концепція диверсифікованого захисту (слабких та найслабкіших) споживачів від диспропорцій поступово запроваджується у нормативно-правових актах ЄС, що спрямовані на гармонізацію законодавства його країн-учасниць [7, с. 228].

Для подолання договірних та інформаційних диспропорцій сучасна цивільно-правова доктрина використовує т.з. застереження про добросовісність, що закріплюється у нормативному контексті цивільного права більшості правопорядків шляхом покладання на учасників цивільних відносин обов'язку діяти добросовісно.

Так, у французькому Цивільному кодексі (ст. 1134) встановлено, що угоди повинні виконуватися добросовісно; у німецькому цивільному укладенні (§ 157) – договори належить тлумачити відповідно до вимог доброї совісті; у Цивільному кодексі Швейцарії (частина перша ст. 2) – при здійсненні прав та виконанні обов'язків кожен повинен поступати по добрій совісті; у Цивільному кодексі Італії (статті 1337, 1366, 1375) – сторони при підготовці та укладанні договору повинні вести себе по добрій совісті, а договір має тлумачитися та виконуватися по правилам доброї совісті; у Єдиному торговельному кодексі США (ст. 1-203) встановлено, що кожний договір та зобов'язання покладають обов'язок добросовісності при їх виконанні або доведенні до виконання. Обов'язок добросовісності відноситься до Європейських принципів договірного права (ст. 1.106): «Здійснюючи свої права та виконуючи обов'язки, кожна сторона повинна діяти добросовісно та відповідно до чесної ділової

практики. Сторони не можуть виключити або обмежити цей обов'язок» (цит. за [7, с. 264]).

Принцип свободи договору закріплено у частині третій ст. 3 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України). Частиною першою ст. 12 ЦК України встановлено, що особа здійснює свої цивільні права вільно, на власний розсуд, що є яскравим втіленням принципів автономії волі, диспозитивності. Водночас у частині п'ятій цієї ж статті міститься положення: «якщо законом встановлено правові наслідки недобросовісного або нерозумного здійснення особою свого права, вважається, що поведінка особи є добросовісною та розумною, якщо інше не встановлено судом». Відсутнє застереження про добросовісність і у ст. 14 ЦК України, яку присвячено регламентації виконання цивільних обов'язків.

Тобто, якщо добросовісність є обов'язком у європейській правовій доктрині, то у вітчизняному цивільному договірному праві, навпаки, вона скоріше є презумпцією, апріорі встановленим припущенням про добросовісність особи.

Водночас частиною третьою ст. 509 ЦК України (загальна норма про зобов'язання) встановлено, що «зобов'язання повинно ґрунтуватися на принципах добросовісності, розумності та справедливості».

Слід зазначити, що пряме застереження про добросовісність (як базовий принцип договірного права) відсутнє і у законодавстві Російської Федерації. Російські правознавці пов'язують це із намаганням законодавця запобігти свавіллю суддів при тлумаченні принципу добросовісності, з одного боку, та небажанням суддів брати відповідальність за контроль у відповідних сферах, з іншого. Зазначене становище обумовлює відсутність будь-якої практики щодо застосування судами правила про добросовісність, що сформульовані відносно окремих сфер професійної діяльності [7, с. 265].

Чинне законодавство, – зазначає О. Беляневич, – не надає судді право діяти на підставі внутрішніх уявлень про справедливість, добро, ігноруючи при

цьому несправедливу з його точки зору норму закону, хоча закон і уявлення про справедливість можуть конфліктувати між собою [1, с. 298].

Але, як зазначають сучасні дослідники, наявність принципів добросовісності, розумності та справедливості у західному праві дозволяє виносити судам (зокрема, тих країн, де суд зазвичай не творить право – Франція, Німеччина) навіть рішення contra legem (всупереч закону), якщо цього потребують суспільні інтереси (цінності).

Добросовісність є вимогою, яка може зіштовхнути (правомірні) економічні цілі однієї із сторін договору з іншою, які часто є протилежними. Саме це було причиною того, що майже до середини XX ст. англійське загальне право слідувало принципу невтручання (спираючись знову ж таки на принципи свободи договору та автономії волі сторін). Однак сьогодні, на погляд європейських правознавців, доктрина європейського договірного права рухається у напрямі до широкого визнання принципу «добросовісності» [7, с. 265], як у суб'єктивному, так і в об'єктивному розумінні.

Вимога дотримуватися правил суб'єктивної добросовісності означає, по суті, вимогу до більш професійно підготовленої сторони договору враховувати обмежену раціональність, меншу поінформованість іншої сторони договору. Якщо поведінка сторони у цьому сенсі є недобросовісною, хоча б і такою, що заснована на наявному праві, це розглядається як вихід за межі здійснення права, у захисті якого правопорядок відмовляє [7, с. 267].

Наведене положення (щодо суб'єктивної (не)добросовісності) цілком відповідає розумінню зловживання суб'єктивним правом (у т.ч. здійснення права з наміром причинити шкоду іншій особі) у вітчизняному праві (частина третя ст. 13 ЦК України), що знаходить поодиноке застосування у вітчизняній судовій практиці (зокрема, у корпоративних спорах).

Але не можна обійти увагою Рішення Конституційного Суду України від 10 листопада 2011 р. (справа про захист прав споживачів кредитних послуг) [8], в якому, беручи до уваги численні положення актів міжнародного права, суд дійшов, зокрема, наступних, майже революційних, висновків:

- незважаючи на те, що свобода договору є одним із фундаментальних принципів приватноправових відносин, разом з тим зазначена свобода є обмеженою – межі дії цього принципу визначаються критеріями справедливості, добросовісності, пропорційності, розумності;

- споживачу, як правило, об'єктивно бракує знань, необхідних для здійснення правильного вибору товарів (робіт, послуг) із запропонованих на ринку, а також для оцінки договорів щодо їх придбання, які нерідко мають вид формуляра або іншу стандартну форму; отже, для споживача існує ризик помилково чи навіть унаслідок уведення його в оману придбати не потрібні йому кредитні послуги;

- держава забезпечує особливий захист більш слабкого суб'єкта економічних відносин, а також фактичну, а не формальну рівність сторін у цивільно-правових відносинах, шляхом визначення особливостей договірних правовідносин у сфері споживчого кредитування та обмеження дії принципу свободи договору. Це здійснюється через встановлення особливого порядку укладення цивільних договорів споживчого кредиту, їх оспорювання, контролю за змістом та розподілу відповідальності між сторонами договору, чим самим держава одночасно убезпечує добросовісного продавця товарів (робіт, послуг) від можливих зловживань з боку споживачів.

Зазначене рішення, на наш погляд, уособлює запровадження у вітчизняному праві ідеї захисту слабкої сторони, але, зважаючи на предмет розгляду суду, обмежує його сферу кредитними відносинами (договорами споживчого кредиту). Водночас, як уже зазначалося, у сучасний період фінансового капіталізму або епоху фінансів, споживач, як слабкіша сторона, знаходиться у більш широкому колі фінансових відносин (фінансових послуг), що потребує розширення сфери застосування зазначених підходів – ідеї захисту слабкої сторони – також до відносин банківського вкладу, депозиту тощо.

Але існує і така тенденція переосмислення принципу свободи договору в європейській правовій доктрині, що відбувається з орієнтацією на нормативний критерій *суспільної корисності* (ефективності), який, як відомо, з середини

XX ст. став квінтесенцією правового аналізу та метою судових підходів у США. Ось як характеризує сучасний процес італієць А. Монті: «правопорядок все більш наполегливо потребує від приватних осіб, що беруть участь в обороті та використовують для цього договірні засоби, враховувати загальний результат економічної операції, тобто продукт спільних інтересів сторін договору… навіть всупереч можливому… індивідуальному зиску» (цит. за [7, с. 267]). Іншими словами, йдеться про обов'язок сторін щодо співробітництва, про обов'язок взаємного дбання про інтереси кожної із сторін.

Слід зазначити, що стосовно сфери господарювання – за участю професійних (рівних) контрагентів (де, за визначенням, нема слабкішої сторони) – відношення до недостатньої інформованості дещо інше – помилка, що її допущено внаслідок недостатньої поінформованості, недбалості, повинна розглядатися як частина т.з. підприємницького ризику та не може бути підставою для оспорювання договору [2, с. 320–322].

Ідея розподілу договірного ризику між сторонами заснована на одному з постулатів економічного аналізу права (теорема Коуза), коли держава повинна не компенсувати провали ринку (зокрема, за рахунок судового визнання недійсним договору), а створювати умови для їх подолання самим ринком [4, с. 108–113].

У числі останніх теоретичних розробок на пострадянському терені у цій площині слід відзначити дисертацію російського автора Д. Архипова «Правовой критерий распределения договорных рисков в гражданском праве» (2011), в якій автором запропоновано економічно ефективний правовий критерій розподілу договірних ризиків, до основи якого покладено критерій економічної ефективності: ризик повинен покладатися на ту сторону договору, яка може запобігти настанню несприятливих наслідків, у тому числі вжиттям заходів підвищеного ступеня дбайливості та обачливості. Якщо ж ризик не може бути усунуто, то його повинна нести сторона, яка здатна компенсувати несприятливі наслідки з найменшими витратами, у тому числі шляхом страхування відповідного ризику або створення резервного фонду при

здійсненні підприємницької діяльності [9, с. 10–11]. Зазначена робота є піонерною у галузі застосування методології економічного аналізу права у правових дослідженнях, але можна сподіватися, що вона є лише початком переформатування дослідницьких програм.

Повертаючись до європейського права, резюмуємо, що на порядок денний сучасної доктрини договірного права виходить обмеження свободи договору ідеєю співробітництва та досягнення (су)спільної мети. Одним із засобів реалізації цього виступає конструкція, що дозволяє правопорядку втручатися у відносини сторін ще на стадії формування договору та узгодження його умов (Р. Ієринг). Іншим засобом є конструкція «недобросовісної комерційної практики», що забороняє агресивне та близьке до цього нав'язування послуг, у т.ч. на фінансових ринках.

В англійському праві справедливості існує (обмежувальна) концепція «торговельної чесності», яка також спрямована на забезпечення співробітництва сторін обігу (договору) за рахунок посилань на «чесну ціну» або «чесну винагороду», що передбачає еквівалентність взаємних надань (обміну). Зазначена концепція втім не нівелює принципу англо-американського загального права щодо дійсності договору навіть при нееквівалентному взаємному обміні, хоча в англійській судовій практиці посилання на «чесні» умови є вельми розповсюдженими.

Забезпеченню паритету сторін за рахунок відповідних обмежень свободи та автономії волі слугують також штрафні санкції та інші подібні процедури, що надають слабкій стороні можливість захистити свої інтереси, які іноді не забезпечені суб'єктивним правом.

Німецька юридична думка традиційно характеризує зазначені тенденції розвитку європейського договірного права у руслі ідеї справедливості: «свободу договору у сучасній соціальній державі повинно бути замінено «договірною справедливістю»…; більш слабка сторона повинна бути сильніше захищена, обидві сторони належить зобов'язати у більшій мірі враховувати інтереси кожної з них, та поняття договору слід переформулювати як юридичні

відносини із зобов'язаннями щодо кооперації, солідарності та чесності» (Х. Кьотц) (цит. за [7, с. 271]). Але, на наш погляд, договірні відносини доречно розглядати саме у площині ефективності, а не справедливості, а економічний підхід та економічні критерії (з використанням інструментарію економічного аналізу права та нової інституціональної теорії) сьогодні здатні достовірно пояснювати сутність взаємовідносин між економічними агентами (слабкими або рівними) та зробити можливим розробку адекватних правових заходів для компетентного втручання права у сферу економічних (договірних) відносин.

Таким чином, якщо раніше у західній правовій доктрині основними цілями договірного права визнавалися свобода договору та автономія волі сторін, диспозитивність (рівність у правах), то у XX ст. цілі договірного права почали змінюватися, зокрема (але не тільки) відносно споживачів у руслі запровадження ідеї (концепції) захисту слабкої сторони договору. Судовий розвиток західного приватного права дедалі більше залежить не від стану розвитку законодавства, а від судових підходів щодо застосування принципів добросовісності, розумності та справедливості, інших етичних стандартів, що їх визнано на рівні вищих судових юрисдикцій країн. Судові підходи в Україні тільки починають орієнтуватися на світові тенденції, але фрагментарно та із суттєвим запізненням. Іншим напрямом перегляду мети договірного права є питання розподілу договірних ризиків між сторонами (зокрема, рівними (у т.ч. професійними) контрагентами), яке доцільно вирішувати із застосуванням критерію економічної ефективності.

Правовий аналіз і розвиток концепцій захисту слабкої сторони договору та розподілу договірних ризиків потребує привнесення економічного підходу, за рахунок залучення концептуального каркасу економічного аналізу права, нової інституціональної економічної теорії. Це здатне сприяти методологічному зближенню правової на економічної наук, а також підвищенню рівня достовірності та операціональності правових висновків.

Список використаних джерел

1. Беляневич О.А. Господарське договірне право України (теоретичні аспекти) : Монографія. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 592 с.

2. Мілаш В.С. Комерційний договір у контексті сучасних ринкових умов : Монографія. – Харків : Видавець ФО-П Вапнярчук Н.М., 2007. – 440 с.

3. Карапетов А.Г., Савельев А.И. Свобода договора и ее пределы. Т. 1 : Теоретические, исторические и политико-правовые основания принципа свободы договора и его ограничений. – М. : Статут, 2012. – 452 с.

4. Институциональная экономика : Новая институциональная экономическая теория : Учебник / Коллектив авторов / Под ред. А.А. Аузана. – 2-е изд. – М.: ИНФРА-М, 2011. – 447 с.

5. Шмаков А.В. Экономический анализ права: учеб. пособие / А.В. Шмаков. – М. : Магистр: ИНФРА-М, 2011. – 320 с.

6. Цалін С.Д. Принцип свободи волі в історії соціальної філософії та філософії права / С.Д. Цалін. – Х. : Основа, 1998. – 315 с.

7. Защита прав потребителей финансовых услуг / Ю.Б. Фогельсон, М.Д. Ефремова, В.С. Петрищев, С.А. Румянцев /отв. ред. Ю.Б. Фогельсон. – М. : Норма : ИНФРА-М, 2010. – 368 с.

8. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Степаненка Андрія Миколайовича щодо офіційного тлумачення положень пунктів 22, 23 статті 1, статті 11, частини восьмої статті 18, частини третьої статті 22 Закону України «Про захист прав споживачів» у взаємозв’язку з положеннями частини четвертої статті 42 Конституції України (справа про захист прав споживачів кредитних послуг) № 15-рп/2011 від 10 листопада 2011 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v015p710-11

9. Архипов Д.А. Правовой критерий распределения договорных рисков в гражданском праве: автореф. дисс. на соискание науч. степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательсткое право; семейное право; международное частное право» / Д.А. Архипов. – Москва, 2011. – 29 с.

Воловик О.А. Еволюція мети договірного права крізь призму економічного підходу (історія та сучасні тенденції)

Розглянуто тенденції та критерії перегляду принципу свободи договору у західному праві у порівняльному аспекті з вітчизняною правовою доктриною. Обґрунтовано привнесення до правового аналізу договірного права економічного підходу, заснованого на концептуальному каркасі економічного аналізу права та нової інституціональної економічної теорії.

Ключові слова: договірне право, свобода договору, захист слабкої сторони, договірний ризик, економічний аналіз права, інституціональна економіка.

Воловик О.А. Эволюция цели договорного права через призму экономического подхода (история и современные тенденции)

Рассмотрены тенденции и критерии пересмотра принципа свободы договора в западном праве в сравнительном аспекте с отчественной правовой доктриной. Обосновано привнесение в правовой анализ договорного права экономического подхода, основанного на концептуальном каркасе экономического анализа права и новой институциональной экономической теории.

Ключевые слова: договорное право, свобода договора, защита слабой стороны, договорной риск, экономический анализ права, институциональная экономика.

Volovyk O.A. Evolution purpose of contract law in the light of the economic approach (history and contemporary trends)

The tendencies and criteria for review of the principle of freedom of contract in Western law in a comparative perspective with the Letter of legal doctrine. Justified the introduction of the legal analysis of the law of treaties economic approach based on the conceptual framework of the economic analysis of law and the new institutional economics.

Key words: contract law, freedom of contract, the protection of the weaker party, contractual risk, economic analysis of law, institutional economics.

Правова модель фінансового консультування

Слободян Олександр Анатолійович,
директор ТОВ «Юридична Консалтингова Компанія «САЛЕКС»

УДК 336.763(477)

Постановка проблеми. Одним із головних чинників дієвості фінансового ринку є розвиток фінансових посередників. В Україні працює чимало компаній, сферою діяльності яких є фінансове консультування. Утім інститут фінансових консультантів перебуває у стадії становлення. Йому притаманна відсутність необхідних законодавчих умов діяльності, розвиненої у населення культури інвестування, державної підтримки, програм підготовки і навчання кваліфікованих фахівців та багатьох інших важливих речей. На розвиток фінансового посередництва впливає ціла низка різноманітних факторів. Серед істотних причин відсталого розвитку цього інституту слід виокремити такі, як:

1. Недовіра населення до фінансових посередників.

2. Відсутність державної підтримки та комплексної програми розвитку фінансового посередництва.

3. Відсутність правового підґрунтя, яке б чітко визначало правові та організаційні основи створення, діяльності та відповідальності фінансових посередників.

4. Нерівномірність розміщення ресурсного потенціалу та продуктивних сил, коли переважна частина фінансових посередників зосередилась у великих промислово-фінансових центрах країни.

5. Падіння росту доходів юридичних і фізичних осіб, пов’язане з несприятливою макроекономічною ситуацією.

6. Інші кризові явища, що впливають на розвиток економіки в цілому та фінансового ринку зокрема.

Незважаючи на це, нас оточує ціла армія фінансових консультантів, які вважають, що розуміються на тому, як громадянам інвестувати свої «кровно зароблені» – в золото, цінні папери, нерухомість чи інші об'єкти матеріального і духовного світу або як краще вести бізнес в тій чи іншій сфері економіки.

Огляд останніх досліджень і публікацій. Правове регулювання фінансового консультування висвітлювалось у роботах Н.В. Дрозової, О.Л. Кологойди, Н.С. Кузнєцової, Р.Ю. Ханик-Посполітак, Г.Ю. Шаркової та ін. Законодавчі зміни у сфері фінансового посередництва обумовлюють необхідність посилення уваги до питань відповідальності фінансових консультантів та визначення особливостей механізму їх легітимації.

Мета та завдання дослідження полягають в аналізі цивільно-правових аспектів фінансового консультування для вдосконалення законодавства, що регламентує надання послуг із фінансового консультування.

Основний матеріал. Український фінансовий ринок належить до тих, що перебувають у стадії становлення. В сучасному українському суспільстві назріла потреба врегулювання діяльності фінансових посередників. Так, в п. 17 частини першої ст. 1 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» від 12 липня 2001 р. № 2664-III поняття посередницьких послуг на ринках фінансових послуг було визначено як діяльність юридичних осіб чи фізичних осіб-підприємців, що включає консультування, експертно-інформаційні послуги, роботу з підготовки, укладення та виконання (супроводження) договорів про надання фінансових послуг, інші послуги, визначені законами з питань регулювання окремих ринків фінансових послуг [1].

В загальному вигляді посередницькі послуги класифікуються за ринками фінансових послуг, якими є сфера діяльності учасників ринків фінансових послуг із метою надання та споживання певних фінансових послуг. До ринків фінансових послуг належать професійні послуги на ринках банківських послуг,

страхових послуг, інвестиційних послуг, операцій з цінними паперами та інших видах ринків, що забезпечують обіг фінансових активів. Найбільш поширеними з них є банківські послуги, страхові послуги та інвестиційні послуги на ринку цінних паперів.

З інституційної точки зору на вітчизняному фінансовому ринку функціонують установи, котрі надають різноманітні професійні послуги (банки, страхові компанії, компанії з управління активами, торговці цінними паперами та ін.). Слід зазначити, що учасники фондового ринку вправі надавати консультування, експертно-інформаційні послуги та інші посередницькі послуги додатково до свого основного виду діяльності. Зокрема, компанія з управління активами під час здійснення нею діяльності з управління активами інституційних інвесторів вправі надавати консалтингові послуги з питань функціонування фондового ринку, інвестиційної діяльності та управління активами, але з урахуванням принципу виключності професійної діяльності на фондовому ринку.

Законом України «Про внесення змін до деяких законів України щодо регулювання ринків фінансових послуг» від 2 червня 2011 р. № 3462-VI передбачено, що фінансові послуги надаються фінансовими установами, а також, якщо це прямо передбачено законом, фізичними особами-підприємцями [2].

Свого часу Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р. № 436-IV у ст. 356 визначив, що «посередницькою діяльністю у сфері випуску та обігу цінних паперів є підприємницька діяльність суб’єктів господарювання (далі – торговці цінними паперами), для яких операції з цінними паперами становлять виключний вид їх діяльності або яким така діяльність дозволена законом» [3]. Торговцями цінними паперами є суб’єкти господарювання, яким така діяльність дозволена законом. Разом з тим торговців цінними паперами було визначено як суб’єктів господарювання, до яких відповідно до ст. 55 цього кодексу належать господарські організації, а також громадяни України, іноземці та особи без громадянства, зареєстровані як підприємці. Отже,

Господарський кодекс України передбачав можливість займатись посередницькою діяльністю у сфері випуску та обігу цінних паперів для юридичних, а також фізичних осіб, які є суб'єктами підприємницької діяльності.

На нашу думку, фізичні особи-підприємці, що займаються наданням посередницьких послуг на ринку цінних паперів, не можуть належати до професійних учасників фондового ринку. Законодавство встановлює організаційно-правову форму функціонування професійних учасників фондового ринку. Зокрема, відповідно до частини другої ст. 2 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» від 23 лютого 2006 р. № 3480-IV професійними учасниками фондового ринку можуть бути лише юридичні особи [4]. Крім того, згаданий вище закон закріплює принцип обов'язковості ліцензування професійної діяльності на фондовому ринку в частині третій ст. 16, відповідно до якої професійна діяльність на фондовому ринку здійснюється виключно на підставі ліцензії, що видається Національною комісією з цінних паперів та фондового ринку (НКЦПФР). Це дає підстави стверджувати, що посередницькі послуги на ринках фінансових послуг для фізичних осіб не вважаються професійною діяльністю на фондовому ринку, отже не потребують отримання ліцензії.

З іншого боку, фінансові посередники мають здійснювати свою діяльність на професійних засадах. Фінансове консультування вимагає професійних знань і навичок, якими, зазвичай, не володіють звичайні громадяни або штатні спеціалісти не спеціалізованих компаній.

Нововведення щодо можливості фізичних осіб-підприємців надавати посередницькі послуги на фінансовому ринку є важливим кроком на шляху формування вітчизняного фінансового консультування. У ході розвитку фінансових ринків постає важливе питання, яким має бути правовий статус окремих фінансових посередників.

Аналогічне питання турбує російського законодавця. Так, відповідно до розділу IV Стратегії розвитку фінансового ринку Російської Федерації на

період до 2020 року необхідно визначити умови й правові рамки для формування інституту інвестиційних консультантів (інвестиційних радників), які допоможуть інвесторам обрати найбільш доцільну для них інвестиційну стратегію. Створення інституту інвестиційного консультанта є одним із кращих способів просування фінансових послуг населенню, оскільки підвищує якість інвестиційних послуг і дає реальну можливість для здійснення такої діяльності невеликими регіональними компаніями, які в більшості випадків користуються довірою населення, що проживає в цьому регіоні. Наявність широкої мережі незалежних інвестиційних консультантів може істотно знизити витрати на підтримку мережі філій або мережі агентів фінансових інститутів, і, як наслідок, витрати кінцевих інвесторів – громадян, пов'язаних з операціями на фондовому ринку» [5].

Як слушно зауважується в економічній літературі, «ринок фінансового консалтингу в Україні розвивається і росте. Щорічно консалтингові компанії, що мають на ринку статус надійних і стабільних, збільшують свої портфелі замовлень і регулярно рапортують про вдало реалізовані проекти. Розширюється список наданих послуг: аудит і податковий консалтинг, консалтинг побудови систем фінансового управління, консалтинг оцінки активів, консалтинг залучення позикових коштів, IPO, консалтинг з управління структурою капіталу – і це далеко не повний перелік» [6].

Зростання різновидів консультаційних послуг призводить до необхідності формування механізму цивільно-правового регулювання відносин з надання послуг споживачам. Універсальним регулятором правовідносин із надання послуг фінансового консалтингу є цивільно-правовий договір, де головним критерієм розмежування цього договору від суміжних договорів є предмет – фінансово-консалтингова послуга. Українська цивілістика не дослідила правову природу цієї послуги, досі не визначено головні риси, завдяки яким її можна відмежувати від суміжних послуг.

Цілком очевидно, що для здійснення посередницьких та фінансових послуг на фінансових ринках необхідно отримати спеціальний дозвіл та (або)

бути внесеним до відповідного реєстру. Це цілком відповідає сучасним принципам державного регулювання ринків фінансових послуг, адже відповідно до ст. 7 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» особа набуває статусу фінансової установи після внесення про неї запису до відповідного державного реєстру фінансових установ. Державне регулювання діяльності з надання фінансових послуг здійснюватиметься шляхом ведення державних реєстрів фінансових установ і реєстрів осіб, які не є фінансовими установами, але мають право надавати окремі фінансові послуги.

Запровадження спеціальних реєстрів являтиме собою ще один етап легітимації фізичних осіб-підприємців, які не є фінансовими установами, але мають право надавати окремі фінансові послуги, – включення їх до відповідного реєстру. Наразі реєстрацію та ведення реєстрів осіб, які не є фінансовими установами, але мають право надавати окремі фінансові послуги, здійснює Уповноважений орган (спеціальний уповноважений орган виконавчої влади у сфері регулювання ринків фінансових послуг).

Разом з тим в Україні відсутній єдиний і ефективний механізм державного регулювання ринків фінансових послуг. Досить умовним є розмежування сфер впливу трьох регуляторів ринків – Національного банку України, Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку і Національної комісії з питань регулювання ринків фінансових послуг, що неоднозначно позначається на підконтрольності фінансових посередників відповідним регуляторам, особливо при багатоманітності напрямів діяльності фінансових посередників. Такою ж умовною є межа розмежування підконтрольності фінансових посередників державним регуляторам.

На нашу думку, важливим аспектом діяльності фінансових консультантів, в тому числі фізичних осіб-підприємців, що надають послуги, є встановлення особливого правового механізму відповідальності, адже діями або бездіяльністю фінансових консультантів може заподіюватись значна шкода інвесторам та іншим учасникам цивільних відносин.

Юридична відповідальність фінансових консультантів має являти собою елемент правового регулювання фінансового ринку, що вступає в дію при невиконанні або неналежному виконанні фінансовими консультантами своїх обов'язків, встановлених нормами права, звичаями ділового обороту, вчинення делікту та ін., тобто є наслідком, що має правовий характер. Головна задача відповідальності – не лише захист, а й охорона прав і законних інтересів інших учасників цивільного обороту.

Втім автор погоджується з Л.С. Мамутом, що «дослідження проблем відповідальності слід визнати заняттям дуже ризиковим. У деякому сенсі воно нагадує прохід мінним полем. Один необережний поступ (слово) – і вибух. Вибух обурень, спростувань, звинувачень тощо» [7, с. 19–20].

Наприклад, труднощі у відмежуванні деліктної та договірної відповідальності фінансових консультантів полягають у тому, що їхні дії чи бездіяльність можуть являти собою як делікт, так і порушення договору про надання послуг.

Відповідальність фінансових консультантів має передбачати відшкодування упущеної вигоди, яку контрагент (інвестор) отримав би, обравши інший фінансовий інструмент (банківський депозит, інвестування в нерухомість, дорогоцінні метали) або іншого консультанта тощо. Збитками вважаються втрати, яких особа зазнала у зв'язку зі знищенням або пошкодженням речі, а також витрати, які особа зробила або мусить зробити для відновлення свого порушеного права (реальні збитки) та доходи, які особа могла б реально одержати за звичайних обставин, якби її право не було порушене (упущена вигода) (частина друга ст. 22 Цивільного кодексу України від 16 січня 2003 р. № 435-IV) [8]. Обмовимось, що частина третя ст. 22 ЦК України вказує, що збитки відшкодовуються у повному обсязі, якщо договором або законом не передбачено відшкодування у меншому або більшому розмірі.

Принцип повного відшкодування збитків є домінуючим у цивільному праві. Адже лише керуючись ним «можна відновити становище, яке існувало на момент правопорушення; лише завдяки йому забезпечується повна охорона

тих, хто зазнає збитків від несправності своїх контрагентів; лише дотримуючись цього принципу збитки, що настали, вдається віднести на рахунок особи, яка їх завдала» [9, с. 103].

В окремих випадках законодавцю доцільно обмежити відповідальність фінансового консультанта перед споживачами його послуг через ризиковий характер таких послуг. Зокрема, заподіяння шкоди споживачам послуг може виникати внаслідок ризику, притаманного діяльності на фінансових ринках. У зв'язку з цим встановлення в повному розмірі відповідальності окремих категорій фінансових консультантів перед споживачами послуг може обтяжувати їх майнове становище.

З цивільно-правовою відповідальністю тісно пов'язана професійна відповідальність, адже фінансові консультанти мають здійснювати свою діяльність на професійних засадах. Для розкриття її сутності звернімося до законодавства, що визначає особливості професійної відповідальності в інших сферах. Цікавим у даному контексті є законодавче регулювання відповідальності приватних нотаріусів. Так, статті 21, 27 Закону України «Про нотаріат» від 2 вересня 1993 р. № 3425-XII встановлюють відповідальність приватного нотаріуса наступним чином: шкода, заподіяна особі внаслідок незаконних дій або недбалості приватного нотаріуса, відшкодовується в повному розмірі [10]. У свою чергу положення ст. 28 цього Закону зобов'язує приватного нотаріуса укласти договір страхування цивільно-правової відповідальності з метою забезпечення відшкодування заподіяної внаслідок вчиненої нотаріальної дії шкоди. Такий договір має бути укладений до початку зайняття приватною нотаріальною діяльністю.

З огляду на обтяжливість встановлення економічних нормативів діяльності фінансових консультантів страхування їх цивільно-правової відповідальності може виявитись цілком прийнятним засобом захисту прав та інтересів інших учасників цивільного обороту.

Висновки. Дане дослідження є лише фрагментарним аналізом правової моделі фінансового консультування. На сучасному етапі розвитку фінансового

консультування досить складним є проведення комплексної оцінки його розвитку ще й тому, що проблеми формування правової моделі фінансових консультантів в Україні лежать не лише у правовій, а й у позаправовій площинах. У свою чергу, правовий механізм регулювання відносин щодо надання послуг із фінансового консультування потребує вдосконалення, що ставить відповідні завдання перед вітчизняною юриспруденцією.

Список використаних джерел

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

2. Про внесення змін до деяких законів України щодо регулювання ринків фінансових послуг : Закон України від 2 червня 2011 р. № 3462-VI. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.rada.gov.ua. – Назва з екрану.

3. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р. № 436-IV. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.rada.gov.ua. – Назва з екрану.

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

5. Стратегія розвитку фінансового ринку Російської Федерації на період до 2020 року. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.ufin.com .ua/analit_mat/drn/052.htm. – Назва з екрану.

6. Левіщенко О.С. Аналіз ринку фінансового консалтингу. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.nbuv.gov.ua/portal/natural/vntu/2009_19 _1/pdf/68.pdf. – Назва з екрану.

7. Мамут Л.С. Проблема ответственности народа / Л.С. Мамут // Вопросы философии. – 1999. – № 8. – С. 19 – 28.

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

9. Иоффе О.С. Обязательственное право / О.С. Иоффе // М. : «Юрид. лит.». –1975. – 872 с.

10. Про нотаріат : Закон України від 2 вересня 1993 р. № 3425-XII. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.rada.gov.ua. – Назва з екрану.

Слободян О.А. Правова модель фінансового консультування

У статті розглядаються проблемні аспекти діяльності фінансових консультантів. Автор обґрунтовує необхідність вдосконалення законодавства, що регламентує діяльність фінансових консультантів. Особлива увага приділена питанням удосконалення правового механізму відповідальності фінансових консультантів.

Ключові слова: фінансові консультанти, фінансовий ринок, легітимація, цивільно-правова відповідальність, послуга, посередницькі послуги.

Слободян А.А. Правовая модель финансового консультирования

В статье рассматриваются проблемные аспекты деятельности финансовых консультантов. Автор обосновывает необходимость совершенствования законодательства, регламентирующего деятельность финансовых консультантов. Особое внимание уделено вопросам совершенствования правового механизма ответственности финансовых консультантов.

Ключевые слова: финансовые консультанты, финансовый рынок, легитимация, гражданско-правовая ответственность, услуга, посреднические услуги.

Slobodian O.A. Legal model of financial consulting

This article is about the problematic aspects of financial advisers. The author justifies the need for improvement of legislation that regulates financial advisers. Particular attention is paid to improving the legal mechanism responsible financial advisers.

Key words: financial advisers, financial market, legalization, civil liability, service mediation.

Надання права на шлюб особам, що не досягли шлюбного віку: окремі проблеми

Менджул Марія Василівна,
доцент кафедри цивільно-правових дисциплін Закарпатського державного університету, кандидат юридичних наук

Сім'я є первинним та основним осередком суспільства, запорукою належного виховання нового покоління, основою економічного та культурного розвитку кожної держави. Саме тому правове регулювання сімейних відносин в Україні здійснюється з метою зміцнення сім'ї як соціального інституту і як союзу конкретних осіб, утвердження почуття обов'язку перед батьками, дітьми та іншими членами сім'ї, побудови сімейних відносин на паритетних засадах, на почуттях взаємної любові та поваги, взаємодопомоги і підтримки.

Сучасні науковці, зокрема В.І. Борисова, І.В. Жилінкова [1], Н.О. Давидова [2], О.М. Калітенко [3], Б.К. Левківський [4], Л.В. Липець [5], М. Німак [6], Я.В. Новохатська [7], Л.А. Ольховик [8], З.В. Ромовська [9], С.І. Шимон [10] та інші, досліджують інститут шлюбу, особисті немайнові та майнові відносини подружжя, членів сім'ї, аналізують справи, що виникають із шлюбних правовідносин. Проте комплексного аналізу проблем надання права на шлюб не було зроблено, ось чому є актуальним дане дослідження.

Відповідно до частини четвертої ст. 3 Сімейного кодексу України (далі – СК України) сім'я створюється на підставі шлюбу, кровного споріднення, усиновлення, а також на інших підставах, не заборонених законом і таких, що не суперечать моральним засадам суспільства [11]. Таким чином, основною підставою створення сім'ї в Україні є реєстрація шлюбу.

Шлюбом є сімейний союз жінки та чоловіка, зареєстрований в органі державної реєстрації актів цивільного стану. Проживання однією сім'єю жінки та чоловіка без шлюбу не є підставою для виникнення у них прав та обов'язків подружжя.

На думку Липець Л.В., шлюб – це добровільний і рівноправний союз жінки та чоловіка, зареєстрований в органах реєстрації актів цивільного стану або консулами України, який укладається довічно, але з правом подружжя розірвати його в будь-який момент, окрім випадків, установлених законодавством. Шлюб символізує виникнення нової сім'ї та породжує в подружжя певний обсяг взаємних прав і обов'язків, встановлених СК України, іншими нормативно-правовими актами, а також шлюбним договором [5, с. 8–9].

Релігійний обряд шлюбу в Україні не є підставою для виникнення у жінки та чоловіка прав та обов'язків подружжя, крім випадків, коли релігійний обряд шлюбу відбувся до створення або відновлення органів державної реєстрації актів цивільного стану. Водночас в окремих країнах Європейського Союзу, в тому числі Словаччині, зареєстрований церквою шлюб офіційно визнається. Липець Л.В. пропонує поряд із державною реєстрацією шлюбу в Україні допустити реєстрацію шлюбних відносин іншими способами, зокрема в церкві. Як приклад науковець наводить норми Цивільного кодексу Латвійської Республіки як однієї з країн, де реєстрація шлюбу можлива як у цивільній формі, так і в церковній, а саме: ст. 53 Цивільного кодексу Латвійської Республіки: «Укладання шлюбу відбувається завідувачем відділу записів цивільного стану чи духовними особами конфесій, вказаних у ст. 51, за умови виконання правил укладання шлюбу» та ст. 58 ЦК Латвійської Республіки: «Про кожен укладений шлюб духовні особи повинні в чотирнадцятиденний строк направити необхідні для реєстру укладання шлюбу відомості в той відділ записів цивільного стану, на території якого відбулось укладення шлюбу. За невиконання цього обов'язку духовна особа може понести адміністративну відповідальність» [5, с. 9]. Ми підтримуємо дану пропозицію науковця і вважаємо, що в Україні теж варто дозволити офіційну реєстрацію шлюбу в церкві за умови наступного сповіщення священнослужителями відповідних органів реєстрації актів цивільного стану.

Незважаючи на тенденцію зменшення останніми роками співвідношення між кількістю розірваних шлюбів і зареєстрованих, Україна все ж продовжує лідирувати за кількістю розлучень серед країн Європи. На 1000 жителів України припадає 5,3 розлучення. Наступне місце посідає Росія з 5,0 розлученнями. Найменше розлучень у Боснії і Герцеговині, Македонії та Чорногорії, а також в Італії (0,90 розлучення на 1000 жителів). В Ірландії розлучення були дозволені лише в 1995 році, однак ця процедура не популярна: на 1000 ірландців припадає 0,80 розлучення [12].

Водночас згідно з офіційною заявою Міністра юстиції України протягом 2010 року в Україні зареєстровано рекордно низьку кількість розлучень. Загалом розірвання шлюбу зареєструвало 126 тисяч пар, що майже на 14 % менше, ніж у 2009 році, та майже на 25 % менше, ніж у 2008 році. Кількість шлюбів серед українців традиційно перевищує кількість розлучень у 2-4 рази. Зокрема, протягом 2010 року в Україні зареєстровано понад 300 тисяч шлюбів, що в середньому перевищило кількість зареєстрованих розлучень майже у 2,5 рази.

Найменше розірваних шлюбів було зафіксовано в Закарпатській області. Так, у 2010 році на кожне розлучення в регіоні припадало чотири шлюби. У 2010 році невелика кількість розірваних шлюбів також зафіксована у Рівненській, Волинській та Львівській областях, де на кожні 3,5 шлюби припадало одне розлучення, у Тернопільській та Івано-Франківській областях – на кожні 3 шлюби одне розлучення, у Чернівецькій області та м. Києві – на кожні 2,7 шлюби одне розлучення, в Одеській області – 2,5 шлюби на одне розлучення. У решті регіонів одне розлучення у 2010 році припадало в середньому на кожні 2 шлюби [13].

Загальна кількість зареєстрованих шлюбів в Україні у І півріччі 2012 року становить 100 372, що на 16% менше ніж за аналогічний період минулого року. Найбільша кількість шлюбів зареєстрована у Донецькій (9 232), Дніпропетровській (7 282) областях та м. Києві (7 860), найменша у м. Севастополі (1 129), Кіровоградській (1 829), Чернігівській (1 952) та

Херсонській (2 052) областях. Кількість складених актових записів про розірвання шлюбу зменшилась у порівняні з відповідним періодом минулого року на 7 028 і становила 23 485 актів.

Відповідно до ст. 23 СК України право на шлюб мають особи, які досягли шлюбного віку. Шлюбний вік для чоловіків та жінок – вісімнадцять років. До внесення змін до ст. 22 СК України у 2012 році шлюбний вік для жінки був сімнадцять, а для чоловіка – вісімнадцять років.

За заявою особи, яка досягла шістнадцяти років, за рішенням суду їй може бути надано право на шлюб, якщо буде встановлено, що це відповідає її інтересам. До внесення змін до ст. 23 СК України у 2012 році особа, яка досягла чотирнадцяти років, при потребі подавала заяву до суду про надання їй права на шлюб.

На практиці непоодинокими є випадки, коли необхідно надати особі право на шлюб, у зв'язку з вагітністю, до досягнення нею шістнадцятирічного віку. Так, 15 квітня 2011 р. Володимир-Волинський міський суд Волинської області виніс рішення по справі № 2-о/0301/26/11 за заявою особи_1 про надання права на шлюб з особою_2. Заява була обґрунтована тим, що особа_1 досягла чотирнадцяти років, є вагітною і одруження відповідає її інтересам. Заслухавши пояснення заявниці, особи, з якою вона бажає укласти шлюб, перевіривши матеріали справи, з'ясувавши думку заінтересованої особи, суд визнав, що позов підлягає задоволенню. Як свідчить свідоцтво про народження, заявниці виповнилось 14 років. Згідно з довідкою Володимир-Волинської центральної районної лікарні заявниця була вагітною. В судовому засіданні Особа_2 пояснив, що дійсно бажає зареєструвати шлюб із заявницею. Таким чином, надання заявниці права на шлюб відповідало її інтересам [14].

Заяву про надання особі права на шлюб повинна розглядатися судом в окремому провадженні (частина третя ст. 234 ЦПК) [15], оскільки в таких справах відсутній спір про право, нема сторін із протилежними інтересами. Німак Н. зауважує, що відсутність спору про право в даному випадку полягає в тому, що право на шлюб може належати кожній особі за умови наявності

передбачених законом підстав, а тому неможливо сперечатися щодо наявності чи відсутності цього права в тої чи іншої особи. Суд уповноважений встановити наявність чи відсутність необхідних умов (наприклад, фізіологічні можливості особи), на їх підставі ухвалити рішення про надання особі права на шлюб, тобто створити особі умови для можливості реалізації нею права на шлюб [6, с. 130].

Отже, реалізувати право на шлюб особа може або з моменту досягнення нею шлюбного віку, або з моменту набрання законної сили рішенням суду про надання особі права на шлюб.

Відповідно до частини другої ст. 4 Закону України «Про судовий збір» від 8 липня 2011 р. за розгляд заяви у справах окремого провадження судовий збір становить 0,1 розміру мінімальної заробітної плати. При цьому за позовні заяви про розірвання шлюбу судовий збір становить так само 0,1 розміру мінімальної заробітної плати. За розгляд заяви про розірвання шлюбу з особою, визнаною в установленому законом порядку безвісно відсутньою або недієздатною, або з особою, засудженою до позбавлення волі на строк не менш як три роки, а також заяви про надання неповнолітній особі повної цивільної дієздатності судовий збір не справляється [16].

На нашу думку, за розгляд справ окремого провадження про надання права на шлюб судовий збір, так само як і у справах про надання неповнолітній особі повної цивільної дієздатності, не повинен справлятися. Саме тому необхідно частину другу ст. 3 Закону України «Про судовий збір» доповнити новим пунктом: «15) заяви про надання права на шлюб».

До участі у справі про надання права на шлюб залучаються один або обоє батьків (усиновлювачів) неповнолітньої особи, піклувальник, особа, з якою передбачається реєстрація шлюбу, а також інші заінтересовані особи. Під час розгляду таких справ суд повинен перевірити, чи відповідатиме надання особі права на шлюб до досягнення шлюбного віку її інтересам, а також чи не призведе це до якихось негативних наслідків.

Заперечення батьків (піклувальників) щодо надання права на шлюб не є підставою для відмови в задоволенні заяви, оскільки головним критерієм для задоволення заяви про надання права на шлюб є встановлення судом факту про відповідність такого права інтересам заявника.

Резолютивна частина рішення повинна відповідати вимогам частини другої ст. 23 СК України, згідно з якою суд надає право на шлюб (а не знижує шлюбний вік), а також містити прізвище, ім'я та по батькові особи, право на шлюб з якою надається судом [17].

Суди здебільшого задовольняють заяви про надання права на шлюб (наприклад, рішення Липовецького районного суду Вінницької обл. у справі № 2-0-89/2008 р. від 18 липня 2008 р. [18], рішення Деражнянського районного суду Хмельницької області у справі № 2-о-48 від 7 квітня 2009 р. [19], рішення Шепетівського міськрайонного суду Хмельницької області у справі № 2-о-110/11/2229/ від 22 серпня 2011 р. [20], рішення Ужгородського міськрайонного суду Закарпатської області у справі № 712/15259/12 від 3 вересня 2012 р. [21] та ін.). У переважній більшості справ заяви про надання права на шлюб обґрунтовують вагітністю наречених. При цьому звертаються до суду із заявами про надання права на шлюб як жінки, так і чоловіки, що не досягли шлюбного віку.

Справа про надання права на шлюб не може бути передана на розгляд третейського суду і не може бути закрита у зв'язку з укладенням мирової угоди.

На основі зробленого аналізу можна дійти висновку, що Закон України «Про внесення змін до Сімейного кодексу України щодо підвищення шлюбного віку» від 15 березня 2012 р. необґрунтовано замінив у частині другій ст. 23 слово «чотирнадцяти» словом «шістнадцяти», дозволивши таким чином подавати до суду заяву про надання права на шлюб особі, яка досягла шістнадцяти років. На нашу думку, потрібно поновити попередню редакцію даної статті, а саме: «За заявою особи, яка досягла чотирнадцяти років, за рішенням суду їй може бути надано право на шлюб, якщо буде встановлено, що це відповідає її інтересам».

Список використаних джерел

1. Сімейне право : підручник / [Л.М. Баранова та ін.] ; за заг. ред. В.І. Борисової, І.В. Жилінкової ; Нац. ун-т «Юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого». – 4-те вид., переробл. і допов. – Х. : Право, 2012. – 320 с.

2. Давидова Н.О. Інстит шлюбу в американському праві / Н.О. Давидова // Форум права. – 2012. – № 1. – 228–233. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2012-1/12dnovap.pdf

3. Калітенко О.М. Особисті відносини подружжя та відносини подружжя стосовно їх майна : автореф. дис. канд. юрид. наук: 12.00.03 / О.М. Калітенко. – Х., 2001. – 20 с.

4. Левківський Б.К. Особисті немайнові права та обов'язки членів сім'ї : автореф. дис. канд. юрид. наук: 12.00.03 / Б.К. Левківський. – 20 с.

5. Липець Л.В. Врегулювання шлюбних та подібних відносин законом та договором : автореф. дис. канд. юрид. наук: 12.00.03 / Л.В. Липець. – К., 2009. – 20 с.

6. Німак М. Процесуально-правова природа справ, що виникають із шлюбних правовідносин / М. Німак // Вісник Львівського університету. Серія юрид. – 2009. – Вип. 49. – С. 130–137 / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.nbuv.gov.ua/portal/Soc_Gum/Vlnu_yu/2009_49/130civ49.pdf

7. Новохатська Я.В. Правове регулювання майнових відносин подружжя (порівняльно-правовий аспект) : автореф. дис. канд. юрид. наук: 12.00.03 / Я.В. Новохатська. – Х., 2006. – 20 с.

8. Ольховик Л.А. Особисті немайнові права дитини за цивільним законодавством України : монографія / Л.А. Ольховик. – О. : Видавець Букаєв В.В., 2009. – 174 с.

9. Ромовська З.В. Сімейний кодекс України: науково-практичний коментар / З.В. Ромовська – К. : Вид. дім «Ін Юре», 2003. – 532 с.

10. Шимон С.І. Сімейне право : навч. посіб. / Світлана Іванівна Шимон. – К. : НПУ ім. М. П. Драгоманова, 2011. – 260 с.

11. Сімейний кодекс України від 10 січня 2002 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 21 – 22. – Ст. 135.

12. Україна лідирує в Європі за кількістю розлучень // Кредо. Католицький часопис. – 05.05.2011. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.credo-ua.org/2011/05/44557

13. 2010 рік став рекордно низьким за кількістю розлучень в Україні / Новини Міністерства юстиції України. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.minjust.gov.ua/0/34049

14. Рішення Володимир-Волинського міського суду Волинської області по справі № 2-о/0301/26/11 від 15 квітня 2011 р. / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/14933973

15. Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 40–42. – Стор. 1530. – Ст. 492.

16. Про судовий збір : Закон України від 8 липня 2011 р. № 3674-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2012 р. – № 14. – Стор. 633. – Ст. 87.

17. Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про право на шлюб, розірвання шлюбу, визнання його недійсним та поділ спільного майна подружжя: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 21 грудня 2007 р. № 11 // Вісник Верховного суду України. – 2008. – № 1. – Ст. 5.

18. Рішення Липовецького районного суду Вінницької обл. у справі № 2-0-89/2008 р. від 18 липня 2008 р. / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/4574311

19. Рішення Деражнянського районного суду Хмельницької області у справі №2-о-48 від 7 квітня 2009 р. / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/9720111

20. Рішення Шепетівського міськрайонного суду Хмельницької області у справі № 2-о-110/11/2229/ від 22 серпня 2011 р. / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/18446206

21. Рішення Ужгородського міськрайонного суду Закарпатської області у справі № 712/15259/12 від 3 вересня 2012 р. / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/25937939

Менджул М.В. Надання права на шлюб особам, що не досягли шлюбного віку: окремі проблеми

Досліджено порядок розгляду судами справ про надання права на шлюб особам, що не досягли шлюбного віку, проаналізовано судову практику, запропоновано на основі зроблених висновків зміни до Сімейного кодексу України та Закону України «Про судовий збір».

Ключові слова: право на шлюб, шлюбний вік, окреме провадження, судовий збір.

Менджул М.В. Предоставление права на брак лицам, не достигшим брачного возраста: отдельные проблемы

Исследовано порядок рассмотрения судами дел о предоставлении права на брак лицам, не достигшим брачного возраста, проанализировано судебную практику, предложено на основе сделанных выводов изменения в Семейный кодекс Украины и Закон Украины «О судебном сборе».

Ключевые слова: право на брак, брачный возраст, отдельное производство, судебный сбор.

Mendzhul M.V. Entrusting the right for marriage to persons not being in the age of marriage: some problems

The court procedures for delivery of decisions in the cases of granting the right to get married to individuals below age of consent, judicial practice have been studied in the present paper. Amendments to the Family Code of Ukraine and the Law of Ukraine «About Court Fee» were recommended as based on the conclusions.

Key words: the right to get married, the age of consent, separate procedures, court fee.

Правові наслідки невиконання нареченими обов'язку пройти медичне обстеження і повідомити один одного про стан свого здоров'я

Тонієвич Євгенія Дмитрівна,
асистент кафедри цивільного права Юридичного інституту Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника

Постановка проблеми. Обов'язок наречених пройти медичне обстеження і повідомити один одного про стан свого здоров'я (закріплений частиною першою ст. 30 Сімейного кодексу України (далі – СК України) виникає ще до моменту вступу в шлюб. Сімейно-правові відносини теоретично ще не виникають і суб'єкти перебувають тільки на шляху їх виникнення (йдеться про подання заяви про реєстрацію шлюбу і про той часовий етап, який передує безпосередній реєстрації шлюбу), проте фактично такі відносини вже існують. Крім того, їх специфіка дозволяє вже на цьому етапі розмірковувати про правові наслідки порушення норм законодавства, незважаючи на те, що особи, які бажають вступити у шлюб, ще не є суб'єктами сімейного права, але СК України вже наділяє їх деякими обов'язками і встановлює правові наслідки невиконання останніх. Чи не єдиним таким обов'язком, невиконання чи неналежне виконання якого впливає на характер сімейних правовідносин, що складуться у майбутньому, є обов'язок наречених пройти медичне обстеження і повідомити один одного про стан свого здоров'я [1, с. 72]. Правовим наслідком невиконання такого обов'язку є законодавчо встановлена можливість суду застосувати санкцію у вигляді визнання шлюбу недійсним (частина п'ята ст. 30 СК України).

На сьогодні серед науковців немає єдності думок стосовно доцільності законодавчого закріплення та необхідності встановлення правових наслідків застосування санкції у вигляді визнання шлюбу недійсним за порушення

зазначеного вище обов'язку нареченими. Більше того, національне законодавство не містить чіткого механізму реалізації забезпечення його виконання, чим перетворює норму частини першої ст. 30 СК України в декларативний припис. Водночас судова практика розгляду цієї категорії справ повна суперечностей стосовно підстав неоднакового застосування вказаних норм. У зв'язку з цим загальнонаціональна ідея недопущення таких негативних проявів у суспільному житті, як припинення шлюбних відносин, не реалізовується.

Аналіз досліджень даної проблеми. Дослідження питання недійсності шлюбу з підстав невиконання нареченими обов'язку пройти медичне обстеження і повідомити один одного про стан свого здоров'я в юридичній науці не знайшло широкого обговорення з огляду на нещодавнє його закріплення серед положень СК України (22.12.2006 р.). Науковими дослідженнями, які присвячені недійсності шлюбу в цілому, є праці М.В. Антокольської, Ю.Ф. Беспалова, В.А. Ватраса, В.І. Даніліна, В.Ю. Євко, І.В. Жилінкової, О.М. Калітенко, Г.К. Матвєєва, О.В. Молдован, О.М. Нечаєвої, О.В. Пушкіна, Н.В. Рабінович, З.В. Ромовської, В.О. Рясенцева, С.Я. Фурси, Л.Є. Чичерової, Ю.С. Червоного, Я.М. Шевченко та інших.

Постановка мети. В межах даної статті автор ставить перед собою мету дослідити стан законодавчого закріплення механізму реалізації обов'язку наречених повідомити один одного про стан свого здоров'я, правових форм його виконання, доцільності застосування санкції у вигляді визнання шлюбу недійсним та пошуку нових механізмів недопущення і запобігання недійсності шлюбів у зв'язку з приховуванням нареченими відомостей про стан свого здоров'я.

Виклад основного матеріалу. За загальним правилом визнання шлюбу недійсним зводиться до анулювання шлюбу та всіх правових наслідків з моменту його реєстрації. На час розгляду справи і до ухвалення судом рішення про визнання шлюбу недійсним діє презумпція його дійсності [2, с. 71; 3, с. 118].

Інформація про стан здоров'я одного з наречених, яку законодавець зобов'язує надати іншому нареченому для повідомлення під страхом застосування до недобросовісного подружжя санкції у вигляді визнання шлюбу недійсним, є його особистою таємницею. Режим доступу до такої таємниці визначається самою особою, якої вона стосується, однак, якщо особа бажає вступити у шлюб, її прямим обов'язком стає розголошення такої таємниці другому нареченому. Саме таким чином наречені зобов'язуються повідомити один одного про стан свого здоров'я. Проте виникає питання, чи доцільним є покладення такого обов'язку на наречених і встановлення санкції за його невиконання? Законодавцем не передбачено правових механізмів впливу на особу, яка не виконує (неналежно виконує) чи ухиляється від виконання цього обов'язку. У цьому відношенні частина перша ст. 30 СК України тільки покладає на наречених спільні обов'язки повідомити один одного про стан свого здоров'я, а частина п'ята ст. 30 СК України передбачає можливе застосування судом санкції у вигляді визнання шлюбу недійсним, якщо наречені порушили цей обов'язок.

Водночас можливість добровільного виконання такого обов'язку закріплена в Постанові Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку здійснення добровільного медичного обстеження наречених» № 1740 від 16 листопада 2002 р. Цим Порядком передбачається, що орган державної реєстрації актів цивільного стану під час приймання заяви про реєстрацію шлюбу інформує осіб, які подають таку заяву, про можливість здійснення медичного обстеження та за їх бажанням видає направлення за зразком, затвердженим МОЗ України. Медичне обстеження осіб за направленнями органів державної реєстрації актів цивільного стану здійснюється в акредитованих лікувально-профілактичних закладах, які зобов'язані здійснити медичне обстеження наречених, протягом 20 днів після їх звернення до цих закладів. Відомості про результати медичного обстеження повідомляються лише особам, які пройшли обстеження, і заносяться до медичних карток [4].

Назва вищезазначеної Постанови вказує, що медичне обстеження здійснюють саме наречені. А відповідно до СК України особи набувають правового статусу наречених з моменту подання органу РАЦСу заяви про реєстрацію шлюбу і зберігають його до безпосередньої реєстрації шлюбу та внесення відповідного запису до Державного реєстру актів цивільного стану. Однак, дана Постанова не передбачає механізму реалізації забезпечення виконання цього обов'язку нареченими.

Взагалі природа шлюбно-сімейних правовідносин вимагає у першу чергу покладення обов'язку повідомити про перешкоди до укладення шлюбу на самих учасників. Державні органи тільки засвідчують юридичний факт і в межах наданих законом повноважень не повинні втручатися у сферу особистих відносин подружжя. Разом з тим, умисне невиконання такого обов'язку обумовлює звернення особи до компетентних державних органів за захистом своїх суб'єктивних сімейних прав та інтересів. Зокрема, орган державної реєстрації актів цивільного стану може на прохання заінтересованих осіб або зі своєї ініціативи провести необхідну перевірку, якщо є відомості про наявність перешкод для державної реєстрації шлюбу. Якщо відомості про такі перешкоди не дістануть підтвердження, то відповідно до Правил державної реєстрації актів громадянського стану в Україні, затверджених Наказом Міністерства юстиції України, державна реєстрація шлюбу проводиться на загальних підставах [13]. Однак, недоліком цього Наказу є те, що він не визначає в якості перешкоди для реєстрації шлюбу приховування стану здоров'я одного з наречених перед іншим.

Тому виникає запитання, про які перешкоди до реєстрації шлюбу йдеться в законодавстві? Адже ні в СК України, ні в Правилах державної реєстрації актів громадянського стану не закріплено в якості необхідної умови для реєстрації шлюбу обов'язку наречених пройти медичне обстеження та повідомити один одного про стан свого здоров'я. Не вказує про це навіть Закон України «Про державну реєстрацію актів цивільного стану». Крім того, виходячи з буквального тлумачення п. 9 розділу 2 Правил реєстрації актів

громадянського стану в Україні, невиконання нареченими обов'язку повідомити один одного про стан свого здоров'я не визнається в якості перешкоди для державної реєстрації шлюбу [13]. Як бачимо, обов'язок наречених пройти медичне обстеження і повідомити один одного про стан свого здоров'я законодавцем не відноситься ні до категорії умов, ні до категорії перешкод для державної реєстрації шлюбу.

На нашу думку, виконання такого обов'язку нареченими слід розглядати як умову для реєстрації шлюбу, недотримання якої повинно уповноважувати орган РАЦСу відмовити у реєстрації шлюбу у зв'язку з тим, що така державна реєстрація суперечить вимогам законодавства.

Дійсно, на органи РАЦСу законодавством не покладається прямого обов'язку змусити осіб пройти медичне обстеження, якщо вони цього не зробили добровільно. Відповідно до п. 3 ст. 14 Закону України «Про державну реєстрацію актів цивільного стану» орган РАЦСу, що прийняв заяву про реєстрацію шлюбу, зобов'язаний тільки ознайомити наречених з обов'язком повідомити один одному про стан свого здоров'я, і, окрім цього, попередити наречених про відповідальність за приховування відомостей про наявність перешкод для державної реєстрації шлюбу [14]. В якості такої відповідальності ми пропонуємо закріпити відмову органу РАЦСу від державної реєстрації шлюбу.

Сьогодні орган РАЦСу тільки з'ясовує, а не перевіряє факт взаємної поінформованості наречених про стан здоров'я один одного. Відмова наречених від такого направлення може означати бажання добровільно виконати цей обов'язок. Однак, у такому випадку ограни РАЦСу, керуючись інструктивними вказівками, перевірити його виконання не зобов'язані. Таким чином, необізнаність одного з наречених про стан здоров'я та питання про визнання такого шлюбу недійсним виключається. У зв'язку з цим особливо актуальним є вирішення цієї проблеми шляхом удосконалення сімейного законодавства.

По-перше, для досягнення закріпленої частиною першою ст. 27 СК України мети державної реєстрації шлюбу – забезпечення стабільності відносин між жінкою та чоловіком, охорони прав та інтересів подружжя, – проходження нареченими медичного обстеження і повідомлення один одного про стан свого здоров'я слід закріпити в якості необхідної умови реєстрації шлюбу у СК України, Законі «Про державну реєстрацію актів цивільного стану» та Правилах державної реєстрації актів громадянського стану в Україні. Таким чином доцільно зобов'язати органи РАЦСу перевіряти виконання зазначеного обов'язку шляхом запровадження та вимоги про пред'явлення єдиної за формою довідки проходження медичного огляду наречених чи витягів з бази даних осіб, які перебувають(-ли) на обліку в психоневрологічних, наркологічних диспансерах та/або інших лікувальних установах в межах встановленого законом місяця з дня подання нареченими заяви про державну реєстрацію шлюбу. Особи, для яких законом встановлена можливість реєстрації шлюбу в день подання відповідної заяви або у будь-який інший день, зобов'язані підтвердити непред'явлення в майбутньому вимоги про визнання шлюбу недійсним з підстав приховування відомостей про стан здоров'я одного з них. Це пояснюється в першу чергу тим, що скорочений термін державної реєстрації шлюбу викликаний саме медичними показаннями, що повинні підтверджуватися відповідними довідками медичних закладів, які і виключають необізнаність наречених про стан здоров'я один одного.

По-друге, у контексті частини п'ятої ст. 30 СК України слід уточнити нормативне визначення приховування яких саме відомостей можна розглядати як порушення зазначеного вище обов'язку? Будь-яких чи тільки тих, які стосуються такого стану здоров'я одного нареченого, який може завдати (або завдав) шкоди фізичному чи психічному здоров'ю другого нареченого. Як зазначають В.Ю. Євко і О.В. Молдован, при визначенні обсягу відомостей про стан здоров'я слід виходити з того, що це не тільки інформація про наявність у особи певних хвороб, які є небезпечними для іншого з подружжя або їх нащадків, але й медичні факти щодо її стану, дані про можливий ризик і

переваги пропонованих і альтернативних методів лікування, відомості про можливі наслідки відмови від лікування, інформацію про прогноз і план лікувальних заходів [15, с. 69]. Проте пропозиція вчених закріпити хоча б приблизний перелік захворювань, про наявність яких особи, що укладають шлюб, мають попередити один одного, на нашу думку, є неможливою, адже передбачити всі випадки означає обмежитись тільки ними.

У цьому відношенні також постає питання, чи можна відносити до таких відомостей приховувану вагітність від іншого чоловіка чи повідомлення про неіснуючу вагітність? Адже вагітність – це теж стан здоров'я. Розмірковуючи над цим питанням, І.А. Косарьова зазначає, що вагітність нареченої є поширеним мотивом вступу в шлюб. Але зазвичай це вагітність жінки від чоловіка, з яким вона бажає вступити в шлюб. Водночас вагітність жінки від іншого чоловіка не є самостійною підставою для визнання шлюбу недійсним і не може тлумачитись як приховування відомостей про стан її здоров'я. Чинне законодавство дає можливість тільки оспорити батьківство, а от реалізувати навіть право на розірвання шлюбу під час вагітності дружини і протягом року після народження дитини чоловік не може навіть у тому випадку, якщо дитина не є їх спільною (зокрема, в законі про це нічого не говориться). Виходить, законодавчо необхідним є розширення переліку підстав визнання шлюбу недійсним такою підставою, як приховування дружиною вагітності від іншого чоловіка [10].

Що стосується наукового підходу до цього питання, то ще в радянський період висловлювалися думки про неприпустимість визнання шлюбу недійсним з таких підстав. Це пояснювалося необхідністю застосування норм цивільного права до випадків укладення шлюбу під впливом обману, помилки, насильства чи погрози, що означало б підхід до шлюбу як до майново-правової угоди, а це суперечило б уявленням про радянську сім'ю і шлюб [5, с. 297]. Щодо даної умови «незаконності» шлюбу заслуговує на увагу позиція Н.В. Рабінович: «Посилання на обман, оману, погрозу чи інші несприятливі матеріальні умови не повинні впливати на укладення шлюбу і призводити до його недійсності,

оскільки це відкривало б широкий простір для припинення шлюбних відносин, не вдаючись до складної процедури його розірвання. Насправді ці моменти відносяться до мотивів вступу в шлюб. Мотиви ж, з точки зору закону, для дійсності шлюбу мати значення не можуть, хоча вони відіграють велику роль при громадській, моральній оцінці поведінки особи» [6, с. 195–196]. Тому науковцем робиться висновок про те, що більш справедливим по відношенню до добросовісної дружини (чоловіка) буде надання можливості оспорити такий шлюб як укладений під впливом обману. Разом з тим, О.М. Нечаєва відстоює позицію, що в таких випадках недоцільно говорити про відсутність взаємної волі і добровільності вступу в шлюб, і, в результаті, такий обман не може бути підставою для визнання шлюбу недійсним, проте зруйнувати останній може [7, с. 91]. Зустрічаються позиції вчених, які пропонують все-таки обман і оману розглядати як підставу для визнання шлюбу недійсним [8, с. 112; 9]. І.А. Косарьова вказує, що такий обман і омана стосуються самого факту укладення шлюбу, а не особистих якостей особи, яка бажає вступити в шлюб, її здоров'я, матеріального стану і тому можна ставити питання про недійсність шлюбу з таких підстав [10].

Саме виходячи з правових наслідків визнання шлюбу недійсним на відміну від розірвання шлюбу з вищевказаної підстави, ми підтримуємо позицію, що визнання шлюбу недійсним буде справедливим механізмом захисту прав та законних інтересів добросовісного чоловіка, ніж розірвання шлюбу. А визнання шлюбу недійсним для винного з подружжя носитиме санкційний характер.

Запропонована на сьогоднішній день законодавча модель можливості визнання шлюбу недійсним розглядає в якості підстави для застосування санкції факт приховування відомостей про стан здоров'я одним з наречених, наслідком чого може стати (стало) порушення фізичного або психічного здоров'я іншого нареченого чи їхніх нащадків. Як зазначається в літературі, факт приховування має місце, коли особі самій відомо про те, що стан її здоров'я може становити загрозу для іншого нареченого чи для їхніх нащадків.

Якщо особа володіє неповною інформацією про стан свого здоров'я, то не можна вважати, що нею інформація про стан свого здоров'я була прихована. Тому ми приєднуємося до думки, що під приховуванням інформації про стан свого здоров'я слід розуміти як неповідомлення іншому нареченому інформації про стан свого здоров'я, так і повідомлення недостовірної інформації [15, с. 70]. І як свідчить практика, достатнім є доведення одного тільки факту приховування відомостей про стан здоров'я в суді, незважаючи на настання чи можливе настання породжених такою поведінкою наслідків.

Так, у справі № 2-565/2007 від 4 червня 2007 р. про стягнення аліментів на утримання позивачки відповідач звернувся до суду із зустрічною позовною заявою, в якій просить визнати його шлюб з позивачкою недійсним у зв'язку з тим, що після реєстрації шлюбу йому стало відомо, що вона неодноразово лікувалась від психічного захворювання, перебуває на обліку у Верхньодніпровській психіатричній лікарні, своє захворювання під час реєстрації шлюбу вона приховала, що й стало причиною звернення до суду із зустрічним позовом. Про наявність у позивачки психіатричного захворювання відповідач дізнався лише після народження дитини, коли у неї загострилась психічна хвороба і вона знову потрапила до лікарні, тому він вважає свій шлюб із нею недійсним і відповідно не повинен сплачувати аліменти на її утримання. У матеріалах справи судом були досліджені довідки лікаря-психіатра Верхньодніпровської ЦРЛ про те, що позивачка перебуває на диспансерному обліку в психіатричному кабінеті з 1999 року. Лікувалась в 1999 році в психіатричному відділенні Верхньодніпровської ЦРЛ з діагнозом: гострий психоз, викликаний інтоксикацією наркотичними і токсикоматичними засобами, шизофренія, галюцінаторно-параноїдний синдром. В 1999 році лікувалась в обласній психіатричній лікарні з діагнозом гострий шизофреноїдний психоз, галюцінаторно-параноїдний синдром. В 2006 році лікувалась в обласній психіатричній лікарні з діагнозом: тяжкі психічні та поведінчасті розлади пов'язані з післяродовим періодом. На момент укладення шлюбу, який зареєстрований в 2006 році, позивачка знала про наявність у неї

цієї хвороби, проте не повідомила про неї відповідача. За таких умов суд визнав недійсним шлюб у зв'язку з прихованням позивачкою тяжкої психічної хвороби [11].

Як бачимо, для визнання шлюбу недійсним достатньо одного тільки факту приховування інформації про стан здоров'я. Однак такий стан речей і справді призведе до збільшення позовів про визнання шлюбу недійсним, оминаючи можливий варіант розірвання такого шлюбу, тим більше якщо в ньому народжені діти.

Тому пропонуємо після подачі заяви про реєстрацію шлюбу і до безпосередньо реєстрації шлюбу в органах РАЦС зобов'язати (що на сьогодні СК України тільки передбачено, однак механізму реалізації цього обов'язку не закладено в нормах законодавства (Законі, Правилах) наречених пройти медичне обстеження, а на державний орган реєстрації актів цивільного стану покласти функції з контролю за виконанням нареченими цього обов'язку. У випадку ухилення від проходження медичного обстеження, виходячи з п. 3 розділу 2 Правил реєстрації актів громадянського стану в Україні, пропонуємо закріпити обов'язок органів РАЦСу відмовляти у реєстрації шлюбу як такого, що суперечить вимогам законодавства. Крім того, пропонуємо внести зміни до п. 9 розділу 2 Правил реєстрації актів громадянського стану в Україні та викласти його у наступній редакції:

«Орган державної реєстрації актів цивільного стану під час прийняття заяви про державну реєстрацію шлюбу інформує наречених про необхідність здійснення медичного обстеження та за їх бажанням видає направлення за зразком, затвердженим Міністерством охорони здоров'я України. У випадку ухилення від проходження медичного обстеження попереджає про можливість відмови від державної реєстрації акту цивільного стану».

Підхід до виконання обов'язку повідомити один одного про стан свого здоров'я повинен віднайти саме таке нормативне закріплення і дієвий механізм його реалізації. Отримані результати повинні повідомлятися обом нареченим. Однак у цьому відношенні не слід забувати про цивільно-правовий аспект

реалізації права особи на таємницю про стан її здоров'я, закріплений ст. 286 ЦК України, а також ст. 39 Основ законодавства України про охорону здоров'я. Як зазначають В.Ю. Євко, О.В. Молдован, примусове медичне обстеження повністю дієздатної особи є обмеженням її прав на свободу та особисту недоторканість. З цією метою в законодавстві закріплена презумпція добровільного виконання обов'язку наречених. У зв'язку з цим ми підтримуємо пропозицію вчених внести зміни до ст. 285 ЦК України, включивши до кола осіб, які мають право на отримання інформації про стан здоров'я фізичної особи нареченого, а також іншого з подружжя. Цим самим пропонується надати чоловіку нарівні з дружиною право отримувати інформацію про стан її здоров'я та на засадах інформативної згоди вирішувати питання щодо можливого народження чи ненародження дитини в майбутньому [15, с. 68].

Винна і протиправна поведінка одного із наречених у вигляді приховування відомостей про стан здоров'я повинна розглядатися як підстава для притягнення до сімейно-правової відповідальності і застосування санкції у вигляді визнання шлюбу недійсним. А відмову органу РАЦСу від реєстрації шлюбу слід запровадити як превентивний механізм недопущення зловживань і порушень прав та інтересів наречених.

Тільки за таких умов можна стверджувати, що недійсність шлюбу в результаті порушення обов'язку наречених повідомити один одного про стан свого здоров'я є сімейно-правовою санкцією.

Висновки. Зважаючи на викладене, можна сформулювати декілька основних висновків:

1. З метою забезпечення укладення міцних і тривалих шлюбів, піклування держави про здоров'я її громадян та їх нащадків законодавство України встановлює обов'язок наречених повідомити один одного про стан свого здоров'я, однак чіткого механізму реалізації забезпечення його виконання не передбачає.

2. Виконання нареченими обов'язку пройти медичне обстеження та повідомити один одного про стан свого здоров'я пропонуємо розглядати як

необхідну умову для реєстрації шлюбу органами РАЦСу. Тому вважаємо за доцільне викласти п. 9 розділу 2 Правил державної реєстрації актів громадянського стану в Україні, затверджених Наказом Міністерства юстиції України № 52/5, у наступній редакції:

«Орган державної реєстрації актів цивільного стану під час прийняття заяви про державну реєстрацію шлюбу інформує наречених про необхідність здійснення медичного обстеження та за їх бажанням видає направлення за зразком, затвердженим Міністерством охорони здоров'я України. У випадку ухилення від проходження медичного обстеження попереджає про можливість відмови від державної реєстрації акту цивільного стану».

2. Законодавчо встановлена особиста (добровільна) форма виконання обов'язку наречених повідомити один одного про стан свого здоров'я. Умисне невиконання такого обов'язку зумовлює запровадження превентивного механізму забезпечення виконання нареченими обов'язку пройти медичне обстеження і повідомити один одного про стан свого здоров'я, а саме:

- запровадити систему організації медичних оглядів наречених (зобов'язати: органи РАЦС видавати направлення на медичний огляд наречених; а якщо вони бажають його здійснити самостійно – перевіряти документи, які його підтверджують; у межах нерозголошення інформації про стан здоров'я наречених з'ясовувати стан поінформованості наречених про стан здоров'я один одного);

- уповноважити органи РАЦСу відмовляти у державній реєстрації шлюбу, як такого, що суперечить вимогам законодавства України, за недотримання однієї з його умов – повідомлення нареченими про стан свого здоров'я.

3. Після подачі заяви про реєстрацію шлюбу і безпосередньо до реєстрації шлюбу в органах РАЦС доцільно зобов'язати наречених пройти медичне обстеження на предмет не тільки виявлення захворювань, що перешкоджають вступу в шлюб, але і в цілому повідомити один одного про стан свого здоров'я. При цьому обов'язок повідомити про стан здоров'я включає в себе стан вагітності жінки від іншого чоловіка.

Список використаних джерел

1. Чичерова Л.Е. Ответственность в семейном праве : вопросы теории и практики : дисс. … канд. юрид. наук : 12.00.03 / Людмила Евгеньевна Чичерина. – Рязань, 2004. – 212 с.

2. Рясенцев В.А. Семейное право / В.А. Рясенцев. – М. : Юрид. лит-ра, 1967. – 224 с.

3. Антокольская М.В. Семейное право : Учеб. 2-е изд., перераб. и доп. / М.В. Антокольская. – М. : Юристъ, 1999. – 336 с.

4. Про затвердження Порядку здійснення добровільного медичного обстеження наречених : Постанова Кабінету Міністрів України № 1740 від 16 листопада 2002 р. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1740-2002-%D0%BF

5. Советское гражданское право : Пособие для юридических вузов. Т. II. / Под ред. Красавчикова О.А. – М., Госюриздат. 1951. – 468 с.

6. Рабинович Н.В. Заключение брака и признание брака недействительным по советскому социалистическому праву // Вопросы советского государства и права. Ученые записки Ленинградского университета. – Л. : Изд-во Ленингр. ун-та. – 1955. – Вып. 6. – С. 171–196.

7. Нечаева А.М. Семейное право: Курс лекций / Александра Нечаева. / 2-е изд., перераб. и доп. / М. : Издательская группа «Юристъ», ИНФРА-М Изд. дом ООО, 2001. – 318 с.

8. Косова О.Ю. Семейное и наследственное право России : Учебное пособие / О.Ю. Косова. – М. : Статут, 2001. – 310 с.

9. Антокольская М.В. Семейное право : Учебник. 2-е изд., перераб. доп., учеб. – М. : Юристъ, 1999. – 334 с.

10. Условия заключения брака и основания его недействительности / Косарева И.А. // Российская юстиция, 2009. – № 12 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.juristlib.ru/book_4843.html

11. Архів Верхньодніпровського районного суду Дніпропетровської області – Справа № 2-565/2007 від 4 червня 2007 р. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/2328891

12. Сімейний кодекс України [Текст] : офіц. текст, прийнятий Верховною Радою України 10 січня 2002 р. / Міністерство юстиції України. – Офіц. вид. – К. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2002. – 176 с.

13. Наказ Міністерства юстиції України № 52/5 від 18 жовтня 2000 р. «Про затвердження Правил державної реєстрації актів громадянського стану в Україні» // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z0719-00/page2

14. Про державну реєстрацію актів цивільного стану : Закон України від 1 липня 2010 р. № 2398-VI // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2398-17

15. Євко В.Ю., Молдован О.В Проблеми виконання нареченими обов’язку повідомити один одного про стан свого здоров’я / В.Ю. Євко, О.В. Молдован // Право та управління. – 2011. – № 3. – С. 66–73.

Тонієвич Є.Д. Правові наслідки невиконання нареченими обов'язку пройти медичне обстеження і повідомити один одного про стан свого здоров'я

Стаття присвячена дослідженню питання законодавчого закріплення та механізму реалізації обов'язку наречених пройти медичне обстеження і повідомити один одного про стан свого здоров'я. Окремо звертається увага на те, що правовим наслідком невиконання такого обов'язку нареченими закон встановлює визнання шлюбу недійсним. Автор пропонує удосконалити законодавче регулювання цього питання та внести зміни до Сімейного кодексу України, Закону України «Про державну реєстрацію актів цивільного стану», Правил державної реєстрації актів громадянського стану в Україні з метою недопущення проявам недійсних шлюбів у зв'язку з приховуванням відомостей про стан здоров'я нареченими.

Ключові слова: умови для реєстрації шлюбу, обов'язок наречених пройти медичне обстеження, визнання шлюбу недійсним.

Тониевич Е.Д. Правовые последствия невыполнения брачующимися обязанности пройти медицинское обследование и сообщить друг другу о состоянии своего здоровья

Статья посвящена исследованию вопроса законодательного закрепления и механизма реализации обязанности брачующихся пройти медицинское обследование и сообщить друг другу о состоянии своего здоровья. Отдельно обращается внимание на то, что правовым последствием невыполнения этой обязанности брачующимися закон устанавливает признание брака недействительным. Автор предлагает усовершенствовать законодательное регулирование данного вопроса и внести изменения в Семейный кодекс Украины, Закон Украины «О государственной регистрации актов гражданского состояния», Правила государственной регистрации актов гражданского состояния в Украине с целью недопущения проявлений недействительных браков в связи с сокрытием сведений о состоянии здоровья брачующихся.

Ключевые слова: условия для регистрации брака, обязанность брачующихся пройти медицинское обследование, признание брака недействительным.

Toniyevych Y.D. Legal consequences of failure to comply brides undergo a medical review and inform each other about state of their health

To research the issue of legal consolidation and implementation mechanism obligation brides undergo a medical examination and inform each other about their health. Separately, attention is paid to fact that the legal effect of such failure of duty bride law imposes annulment that the author of this article proposes to improve. In addition, the author proposed amendments to Family Code of Ukraine, the Law of Ukraine "On state registration of acts of civil status" of state registration of acts of civil status in Ukraine to prevent manifestations of invalid marriages in connection with concealing information about the health brides.

Key words: conditions for marriage, brides the obligation to undergo a medical examination marriage invalidation.

До питання співвідношення понять містобудівного зонування та цільового призначення земель

Правдюк Віталій Михайлович,
асистент кафедри земельного та аграрного права юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка, кандидат юридичних наук

УДК 349.4.

Правові інститути містобудівного зонування та цільового призначення земель мають у своєму статусі значну кількість спільних рис, однак багато в чому різняться між собою. Якщо поняття містобудівного зонування увійшло в юридичний український лексикон кілька років тому, то інститут цільового призначення земель існує фактично стільки ж, скільки існує сучасна система земельного права України, тобто з прийняттям Земельного Кодексу УРСР 1970 року.

Незважаючи на такий різний вік, і «дідусь», і «онучок» мало досліджені. Протягом останніх двадцяти років інститут цільового призначення в науковій літературі сприймали як певну об’єктивну даність і фактично не піддавали критичному аналізу. Хоча й ті нечисленні розвідки, що з’явились останнім часом (праці Є. Карпова [5], П.Ф. Кулинича [6], А.М. Мірошниченка [7], В.Ю. Уркевича, О.М. Браніцького [13] та інших) висвітлили значне коло проблем у правовому регулюванні цільового призначення земель в Україні.

Зонування як нове правове явище викликає все більший інтерес з боку науковців, і тому останнім часом вийшло кілька нових змістовних досліджень (Є.А. Самойленко [10], А.І. Ріпенко [9] та ін.).

Однак надмірна, на думку автора, революційність та частота змін у містобудівному законодавстві, з одного боку, та певна заскорузлість застарілих догматів у земельному законодавстві, з другого, – призводять до появи дискусій

як про правову природу, так і про співвідношення понять «зонування» та «цільове призначення» земель.

Так, деякі автори зонування розглядають як певний субінститут цільового призначення земель [12, 6–7], «*спеціальне цільове призначення*» [11, 5-6], що має похідний від такого поділу характер, з чим автор не може погодитись.

Відповідно до Закону України «Про регулювання містобудівної документації» (далі – Містобудівний Закон) та стандарту ДСТУ-Н Б Б 1.1-12: 2011 «Настанова про склад та зміст плану зонування території (зонінг)», який набрав чинності з 1 червня 2012 р. зонування – встановлення територіальних зон у межах населеного пункту з визначенням відповідних видів використання території, об'єктів нерухомості та встановленням містобудівного регламенту [4].

Зазначений документ передбачає введення в ужиток поняття «вид використання території», тобто «*використання і забудова території, які поєднуються за подібністю відповідних ознак»* [4]. ДСТУ розрізняє переважний, супутній і допустимий вид використання[1].

Дозволений (бажаний і супутній) вид використання території – використання, яке відповідає переліку переважаючих і супутніх видів використання та містобудівної документації. На схемі зонування територія населеного пункту ділиться на територіальні зони, для кожної з яких встановлюється містобудівний регламент, визначений як «використання земельних ділянок, що встановлюється у межах відповідних територіальних зон і визначає переважні та супутні види використання земельних ділянок, граничні параметри дозволеного будівництва, реконструкції об'єктів будівництва і використовується у процесі проектування, забудови та наступної експлуатації об'єктів. ДСТУ-Н Б Б 1.1-12: 2011 визначає 11 основних типових видів функціональних зон[2].

[1] Відповідно до Закону України «Про стандартизацію» ДСТУ як стандарт є документом, дотримання якого є необов'язковим, але Мінрегіонбуд у практичній діяльності багато уваги приділяє цьому документу.

[2] Громадські Г; Житлові Ж; Рекреаційні Р; Курортні К; Зони транспортної інфраструктури ТР; Зони інженерної інфраструктури ІН; Комунально-складські КС; Виробничі В; Спеціальні С; Зони земель історико-культурного призначення ІК; Зона земель природно-заповідного фонду ПЗФ.

Поняття зонування використовується і в земельному законодавстві України. Відповідно до ст. 180 Земельного кодексу України (далі – ЗКУ), зонування земель здійснюється у межах населених пунктів. При зонуванні земель встановлюються вимоги щодо допустимих видів забудови та іншого використання земельних ділянок у межах окремих зон [1].

По суті формулювання зазначеної норми здається чужорідним щодо інших норм ЗКУ, оскільки ані поняття «*землі населених пунктів*», ані поняття *«зонування»* більше не використовуються в ЗКУ. При цьому жодними іншими актами земельного чи містобудівного законодавства не визначено співвідношення містобудівного зонування із поділом земель за цільовим призначенням.

Інакше кажучи, не зрозуміло, що є первісним: *«курка чи яйце»,* зонування чи цільове призначення? Чи зобов'язані розробники містобудівної документації враховувати вимоги, передбачені цільовим призначенням земельних ділянок, чи, навпаки, розробники землевпорядної документації зобов'язані враховувати закріплене в містобудівній документації зонування?

З одного боку, відповідно до частини четвертої ст. 24 Містобудівного Закону зміна цільового призначення земельної ділянки, яка не відповідає плану зонування території та/або детальному плану території, забороняється, а відповідно до ст. 2 того ж Закону метою планування та забудови територій є обґрунтування розподілу земель за цільовим призначенням.

З другого боку, відповідно до частини другої ст. 24 Містобудівного Закону забудова земельної ділянки здійснюється в межах її цільового призначення, встановленого відповідно до законодавства [2].

У будь-якому разі, незалежно від первісності містобудівного зонування чи поділу земель за цільовим призначенням, навряд чи є підстави вважати одне з цих понять складовою частиною іншого. Доказом останнього може бути розбіжність, а можливо й суперечливість двох систем за цілою низкою критеріїв.

Перш за все зазначені системи поділу не збігаються між собою за

предметом поділу. Так, предметом поділу земель на категорії за цільовим призначенням є вся територія України (частина друга ст. 19 ЗКУ). Натомість зонування згідно з положеннями чинного законодавства застосовується лише до територій населених пунктів (частина третя ст. 180 ЗКУ), план зонування розробляється на основі генерального плану населеного пункту та визначає функціональне призначення, вимоги до забудови окремих територій населеного пункту (ст. 18 Містобудівного Закону). Отже, предметом поділу при зонуванні є територія окремого населеного пункту.

Навряд чи можна визнати вдалим таке обмеження застосування цього інституту лише в рамках населеного пункту. Містобудівна діяльність у XXI столітті не обмежується кордонами населеного пункту. За їх межами ростуть численні логістичні комплекси, котеджні містечка, бізнес-парки. Але ж ведення будь-якої господарської діяльності сьогодні неможливе без облаштування об'єктів містобудування.

Якщо цільове призначення є способом, що встановлюється уповноваженим органом влади, відносно того, як саме повинна використовуватись та чи інша земельна ділянка, тобто імперативно встановленою або «призначеною» метою використання землі, то сутність зонування полягає насамперед в поділі території певного населеного пункту на функціональні зони, для кожної з яких встановлюються обмеження по використанню землі для забудови (граничні параметри дозволеного будівництва [4]).

Інакше кажучи, зонування визначає не обов'язковий спосіб використання землі, а заборонені способи використання, - як не можна використовувати земельну ділянку в межах певної зони.

Зонування та цільове призначення різняться між собою за **видом документа, яким встановлюються обмеження**. Якщо цільове призначення певного масиву земель (території) може існувати взагалі без документального оформлення, лише на основі з певних природних чи інших ознак,[1] а для

[1] Наприклад землі водного фонду, рекреаційного, оздоровчого, історико-культурного призначення.

індивідуальної земельної ділянки визначається на підставі документації із землеустрою (ст. 1 Закону України «Про землеустрій» [3]), то при зонуванні розмір та режим використання земель у межах функціональних зон встановлюється на підставі плану зонування, що є різновидом містобудівної документації.

Дві системи не враховують одна одну, а інколи взаємно конфліктують. Так, досить поширеним явищем стало надання земельних ділянок у межах населених пунктів громадянам для ведення особистого селянського господарства. Така мета використання земель несумісна з жодним із видів функціональних зон, наведених у ДСТУ-Н Б Б 1.1-12: 2011. До того ж зазначений стандарт містить відразу п'ять видів функціональних зон[1], що фактично охоплені однією категорією цільового призначення – землі промисловості, транспорту, зв'язку, енергетики, оборони та іншого призначення.

І нарешті, мабуть, найголовніше: існують наочні розбіжності між двома системами **в меті встановлення обмежень.**

Як визначено в частині першій ст. 18 Містобудівного Закону: «*план зонування… розробляється з метою створення сприятливих умов для життєдіяльності людини…*». Тобто зонування території населеного пункту має прямо виражену антропоохоронну спрямованість. Оскільки будь-який населений пункт є місцем концентрованого перебування значної кількості людей, то забезпечення їх надійного захисту та сталого розвитку населеного пункту є пріоритетною метою містобудівної діяльності в цілому.

Натомість сучасна система поділу земель за цільовим призначенням не містить у собі чітко вираженої в законодавстві мети взагалі. Як вже зазначав автор, з самого початку поділ земель на категорії за цільовим призначенням був здійсненим у СРСР державою як єдиним виключним власником усіх земель на

[1] Зони транспортної інфраструктури ТР, Зони інженерної інфраструктури ІН, Комунально-складські КС, Виробничі В, Спеціальні С.

території країни, тобто головна мета поділу земель була суто управлінська – ефективне управління державою своїм власним майном [8]. Із втратою землею статусу виключно державної власності існування поділу земель за цільовим призначенням втратило свою економічну доцільність.

Безумовно, на рівні теоретико-правових досліджень можна обґрунтувати в поділі земель за цільовим призначенням наявність мети, пов'язаної із раціональним використанням та охороною земель, природоохоронною чи будь-якою іншою метою, але навряд чи існування такої мети може бути доведено через існування прямих норм закону.

Підсумовуючи, автор хотів би зазначити, що, на його думку, містобудівне зонування та поділ земель за цільовим призначенням є двома різними інститутами двох окремих галузей законодавства: земельного (поділ земель за цільовим призначенням) та містобудівного (зонування), що різняться за метою створення, предметом та способами реалізації. Тому будь-яка спроба об'єднати чи ієрархічно упорядкувати ці два інститути виявиться неефективною.

Автор підтримує вже висловлену в науковій юридичній літературі позицію стосовно необхідності використання зонування для територій за межами населених пунктів із застосуванням принципу сталого розвитку територій [12, 79–83] за винятком позиції стосовно можливості одночасного існування зонування та поділу земель за цільовим призначенням. Містобудівне зонування за своєю спрямованістю, економічним та соціальним ефектом, на думку автора, більше відповідає вимогам сьогодення, тому поділ земель за цільовим призначенням повинен бути повністю скасований.

При цьому сфера застосування зонування має бути розширена таким чином, щоб забезпечити охоплення всіх існуючих і перспективних способів використання земель на території України.

Список використаних джерел

1. Земельний кодекс України. Закон України від 25 жовтня 2001 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 3-4. – Ст. 27.

2. Про регулювання містобудівної діяльності : Закон України від 17 лютого 2011 р. // Офіційний вісник України. – 2011. – № 18. – Ст. 735.

3. Про землеустрій : Закон України від 22 травня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 36 (05.09.2003). – Ст. 282.

4. ДСТУ-Н Б Б.1.1-12:2011. Настанова про склад та зміст плану зонування території (зонінг), затв. Наказом Міністерства регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України від 15 грудня 2011 р. № 345. Видання офіційне. – Київ, 2011.

5. Карпов Є. Цільове призначення земельної ділянки та види її використання // Юридичний журнал. – 2010. – № 8. – С. 38–41.

6. Кулинич П.Ф. Цільове призначення та цільове використання земель за новим земельним кодексом України // Юридичний журнал. – 2002. – № 3. – С. 41–46.

7. Мірошниченко А.М. Проблемні правові питання поділу земель на категорії // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2005. – № 12 (50). – С. 42–51.

8. Правдюк В.М. До історії теоретико-правових засад поділу земель за цільовим призначенням в 1918−1970 роках / В.М. Правдюк // Вісник Академії адвокатури України. – 2010. – № 1: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/Chaau/2010-1/10pvmpvr.pdf

9. Ріпенко А.І. Правове регулювання зонування земель (територій) в сучасних умовах / А.І. Ріпенко // Держава і право. – 2010. – Вип. 47. – С. 480–486.

10. Самойленко·Є.А. Юридична конструкція зонування земель в системі земельного та містобудівного законодавства [Текст] / Є.А.·Самойленко // Правовий вісник Української академії банківської справи. – 2010. – №·1. – С.·86–89.

11. Сіряченко І.І. Правове регулювання цільового використання земель в межах населених пунктів України/ [Текст]: Автореф. дис. к.ю.н.: 12.00.06/

Національний університет «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого». – Харків, 2013. –16 с.

12. Теоретичні засади зонування земель в Україні : монографія / О.С. Дорош, Н.В. Ісаченко, А.Г. Мартин, С.О. Осипчук, Г.К. Лоїк. –. К. : МВЦ «Медінформ», 2011. – 182 с.

13. Уркевич В.Ю., Браніцький О.М. Про співвідношення категорій «цільове призначення» та «цільове використання» земельної ділянки // Підприємництво, господарство і право. − 2011. − № 6. − С. 91−94.

Правдюк В.М. До питання співвідношення понять містобудівного зонування та цільового призначення земель

У статті здійснено порівняльний аналіз правових інститутів містобудівного зонування та цільового призначення земель, на підставі автор дійшов висновку, що дані інститути є двома різними інститутами двох окремих галузей законодавства: земельного (поділ земель за цільовим призначенням) та містобудівного (зонування), їх одночасне існування є недоцільним, а поділ земель за цільовим призначенням має бути скасованим.

Ключові слова: порівняльний аналіз, містобудівне зонування, цільове призначення земель, земельне право.

Правдюк В.М. К вопросу о соотношении понятий градостроительного зонирования и целевого назначения земель

В статье осуществлен сравнительный анализ правовых институтов градостроительного зонирования и целевого назначения земель, на основании которого автор сделал вывод, что данные категории являются двумя разными институтами двух отдельных отраслей законодательства: земельного (разделение земель по целевому назначению) и градостроительного (зонирование), их одновременное существование нецелесообразно, а деление земель по целевому назначению должно быть отменено.

Ключевые слова: сравнительный анализ, градостроительное зонирование, целевое назначение земель, земельное право.

Pravdyuk V.M. On correlation of conceptions for town-planning zoning and lands division at the purposed use

A comparative analysis of town-planning zoning and the purposed use of lands as legal institutions has been done in the present article. On the basis of the above the author has come to conclusion that these categories are two different institutions of two sepatate legislation branches: the land (lands division at the purposed use) and the town-planning ones (zoning), their parallel existence is impractical and lands division at the purposed use should be abolished.

Key words: comparative analysis, town-planning zoning, lands division at the purposed use, land law.

Заходи кримінально-правового характеру щодо юридичної особи: аналіз нового законопроекту

Нерсесян Армен Сабірович,
науковий співробітник Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, кандидат юридичних наук, адвокат

Актуальність теми пояснюється тим, що 17 січня 2013 р. до Верховної ради України був поданий Проект Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо запровадження заходів кримінально-правового характеру стосовно юридичних осіб № 2032, суб'єкт законодавчої ініціативи – Кабінет Міністрів України.

Вказаний законопроект фактично є черговою спробою запровадження в Україні кримінальної відповідальності юридичних осіб, яку свого часу не підтримали фахівці з кримінального права та законодавці. Тому законодавчі зміни, що призводять до повної зміни кримінально-правових традицій, мають бути детально проаналізовані перед їх запровадженням.

Автори законопроекту пропонують доповнити Кримінальний кодекс України Розділом XIV^{1} «Заходи кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб» (статті 96^{1}–96^{10}), а також внести відповідні зміни до Кримінального процесуального кодексу, законів України «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві» та «Про засади запобігання і протидії корупції».

Варто зазначити, що у наданому законопроекті термін «кримінальна відповідальність юридичної особи» замінено на «заходи кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб». Водночас, враховуючи низку обставин, можна дійти висновку, законопроект спрямований на запровадження в нашій державі саме кримінальної відповідальності юридичних осіб. Такими обставинами, зокрема, є:

- підстави для застосування цих заходів – якими відповідно до запропонованої законопроектом ст. 96^1 КК України є вчинення самостійно або у співучасті злочину від імені та в інтересах такої юридичної особи її керівником, засновником, учасником чи іншою уповноваженою особою, а так само використання такими особами у будь-який спосіб юридичної особи з метою вчинення, приховування злочину чи його наслідків.

- сутність санкцій у відповідних заходах, якими згідно із запропонованою законопроектом ст. 96^4 КК України є: штраф; заборона займатися певним видом діяльності; конфіскація майна; ліквідація.

- загальні правила застосування до юридичних осіб заходів кримінально-правового характеру (запропонована законопроектом ст. 96^9 КК України) та застосування до юридичних осіб заходів кримінально-правового характеру за сукупністю злочинів (запропонована законопроектом ст. 96^{10} КК України).

Проблема запровадження в Україні кримінальної відповідальності юридичних осіб обговорюється у вітчизняній кримінально-правовій науці вже досить давно. При цьому переважна більшість вітчизняних фахівців у галузі кримінального права є противниками кримінальної відповідальності юридичних осіб.

Змістовний аналіз даного законопроекту дає підстави звернути увагу на наступні його недоліки.

У пояснювальній записці до законопроекту, розміщеній на офіційному Інтернет-сайті Верховної Ради України, зазначається, що його метою є приведення законодавства України у відповідність з положеннями міжнародно-правових договорів, зокрема Конвенцією Організації Об’єднаних Націй проти корупції та Кримінальною конвенцією про боротьбу з корупцією (у частині відповідальності юридичних осіб).

Дійсно, згадані міжнародно-правові акти передбачають обов’язок держав-учасниць встановити відповідальність юридичних осіб. Водночас слід зауважити, що такий обов’язок держав-учасниць не зводиться у даних актах до абсолюту. Так, в частині першій ст. 26 Конвенції ООН проти корупції

від 31 жовтня 2003 р. (ратифіковано Україною 18 жовтня 2006 р.) зазначено про те, що кожна держава-учасниця вживає таких заходів, які, ***з урахуванням її принципів права***, можуть бути необхідними для встановлення відповідальності юридичних осіб за участь у злочинах, що визначені цією Конвенцією. У частині другій цієї статті також зауважено, що ***за умови дотримання принципів права держави-учасниці відповідальність юридичних осіб може бути кримінальною, цивільно-правовою або адміністративною.***

Таким чином, Конвенція ООН проти корупції не містить імперативної вимоги щодо запровадження саме кримінальної відповідальності щодо юридичних осіб за корупційні злочини. Натомість вказується, що така відповідальність має бути необхідною, відповідати принципам права держави-учасниці та може мати як кримінально-правовий, так і цивільно-правовий та/або адміністративно-правовий характер.

У статті 18 Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією, прийнятої 27 січня 1999 р. і ратифікованої Україною 18 жовтня 2006 р., зазначається, що кожна Сторона вживатиме таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для забезпечення відповідальності юридичних осіб за передбачені цією Конвенцією кримінальні злочини – ***дачу хабара, зловживання впливом та відмивання доходів,*** – вчинені на їхню користь будь-якою фізичною особою, яка діяла незалежно або як представник того чи іншого органу юридичної особи та яка обіймає керівну посаду в цій юридичній особі, із використанням:

- представницьких повноважень юридичної особи;
- повноважень приймати рішення від імені юридичної особи;
- повноважень здійснювати контроль за діяльністю юридичної особи; а також за залучення такої фізичної особи до вищезазначених злочинів у якості співучасника чи підбурювача.

У даному міжнародно-правовому акті вимога щодо криміналізації відповідальності юридичних осіб за вчинення певних злочинів є вже більш конкретною. При цьому в тексті Конвенції згадується просто термін

«відповідальність», без уточнення галузевої належності такої відповідальності. У зв'язку з наведеним, необхідно зауважити, що в наданому на науково-правову експертизу законопроекті розширено тлумачаться вимоги Конвенції з наступних аспектів:

- норми Конвенції вимагають криміналізації відповідальності юридичної особи за вчинення трьох видів злочинів – давання хабара, зловживання впливом та відмивання доходів. Водночас законопроект пропонує запровадити заходи кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб за всі без винятку злочини, вчинені керівником, засновником, учасником або іншою уповноваженою особою від її імені та в її інтересах, а так само використання такими особами у будь-який спосіб юридичної особи з метою вчинення, приховування злочину чи його наслідків. Отже, якщо буквально трактувати відповідні положення цього законопроекту, коли керівник юридичної особи використає для приховування трупа вбитого на його замовлення керівника підприємства – конкурента склад, що належить юридичній особі, то ця особа має притягуватись до кримінальної відповідальності, навіть якщо засновники юридичної особи про це не знали. Така ситуація і подібні до неї є абсурдними, тому запровадження кримінальної відповідальності юридичних осіб за вчинення інших злочинів, ніж передбачені Кримінальною конвенцією проти корупції, є недоцільним навіть з огляду на виконання її норм;

- норми Конвенції передбачають особливості суб'єкта злочину – ним є особа, яка діє незалежно або як представник того чи іншого органу юридичної особи та яка обіймає керівну посаду в цій юридичній особі, із використанням: представницьких повноважень юридичної особи; або повноважень приймати рішення від імені юридичної особи; повноважень здійснювати контроль за діяльністю юридичної особи; а також за залучення такої фізичної особи до вищезазначених злочинів у якості співучасника чи підбурювача.

Таким чином, суб'єкт злочину, незалежно від наявності у нього посади в межах юридичної особи, повинен мати згадані вище повноваження. Однак у законопроекті фактично запропоновано розширене тлумачення даного суб'єкта:

ним може бути керівник, засновник, учасник чи інша уповноважена особа. Слід зауважити, що, наприклад, особливо загрозливою може стати така ситуація для акціонерних товариств (ними є нині переважна частина банків, страхових компаній тощо), адже, зважаючи на зміст статей 114, 152 Цивільного кодексу України, ст. 80 Господарського кодексу України, ст. 4 Закону України «Про акціонерні товариства», учасниками акціонерного товариства є його акціонери. Як правило, в акціонерних товариствах нараховується велика кількість акціонерів (у приватних акціонерних товариствах їх може бути до 100, а у публічних максимальна кількість взагалі не встановлена). Тому якщо злочин буде вчинено акціонером, який не мав таких повноважень або навіть діяв усупереч волі загальних зборів товариства, але від даного злочину товариство отримало вигоду, акціонерне товариство все одно може бути притягнуто до відповідальності, хоча відповідні дії були здійснені всупереч волі більшості акціонерів.

Такі ситуації не завжди виникають у підприємницьких товариств, але можуть статися, коли між засновниками/учасниками не буде згоди щодо певних дій, і один із засновників/учасників діятиме всупереч волі більшості. Подібну ситуацію легко використати з метою рейдерських захоплень підприємств, що особливо актуально для сучасної України.

Слід також звернути увагу на невизначеність статусу такого суб’єкта злочину, як «інша уповноважена особа». Якщо у Кримінальній конвенції проти корупції повноваження цієї особи чітко зазначені: представницькі повноваження або повноваження приймати рішення від імені юридичної особи або контрольні повноваження, то в запропонованому законопроекті таке формулювання є «розпливчастим».

Варто зауважити, що введення таких заходів не означатиме автоматичної появи відповідальності бізнесу перед суспільством, адже вже зараз можна передбачити появу підприємств, спеціально створюваних для уникнення відповідальності реальними власниками того чи іншого бізнесу. Такі підприємства, що не матимуть жодного майна, стануть реальною проблемою

для правоохоронних органів.

У законопроекті не враховано особливості статусу деяких юридичних осіб, у тому числі і юридичних осіб публічного права. Так, нормою ст. 96^2 КК, яку пропонується запровадити даним законопроектом, визначено, що заходи кримінально-правового характеру можуть бути застосовані судом до підприємства, установи чи організації, ***крім юридичних осіб публічного права, які повністю утримуються за рахунок державного чи місцевих бюджетів, а також міжнародних організацій.***

Якби автором законопроекту перелік юридичних осіб, до яких можливим є застосування відповідних санкцій, обмежувався лише юридичними особами приватного права – ситуація була б простішою. За таких умов юридичні особи публічного права (у тому числі і Національний банк України), якими відповідно до ст. 81 Цивільного кодексу є юридичні особи, що створюються розпорядчим актом Президента України, органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування, не підлягали б вказаним вище заходам кримінально-правового характеру.

Ускладнює ситуацію така ознака суб'єкта злочину, як «крім юридичних осіб публічного права, які повністю утримуються за рахунок державного чи місцевих бюджетів, а також міжнародних організацій», адже не всі юридичні особи публічного права утримуються повністю за рахунок державного чи місцевих бюджетів.

Так, наприклад, ст. 3 Закону України «Про Національний банк України» від 20 травня 1999 р. визначено, що Національний банк України (далі – НБУ) має статутний капітал, який є державною власністю. Розмір статутного капіталу становить 10 мільйонів гривень. Розмір статутного капіталу може бути збільшений за рішенням Ради Національного банку. ***Джерелами формування статутного капіталу Національного банку є доходи його кошторису, а за необхідності – Державний бюджет України.***

Тобто фінансування НБУ здійснюється переважно не за рахунок державного чи місцевих бюджетів, а за рахунок доходів його кошторису.

Враховуючи таку особливість Національного банку України, слід зазначити наступне: незважаючи на наявність в НБУ статусу юридичної особи публічного права та навіть статусу, закріпленого у статтях 99, 100 Конституції України, до нього можуть бути застосовані передбачені законопроектом заходи кримінально-правового характеру щодо юридичної особи.

Статтею 96^4 КК, яку законопроект пропонує ввести до Кримінального кодексу України, визначаються наступні заходи кримінально-правового характеру: ***штраф; заборона займатися певним видом діяльності; конфіскація майна; ліквідація.***

Якщо вказаний вище законопроект буде прийнятий без відповідних коригувань, то у випадку з НБУ ситуація може дійти до абсурду – у разі вчинення злочину керівником чи уповноваженою особою НБУ ***майно, що входить до статутного фонду НБУ і перебуває у державній власності, буде обертатись на користь держави як предмет штрафу (запропонована законопроектом ст. 96^3 КК) або конфіскації майна (запропонована законопроектом ст. 96^7 КК).*** Така ситуація може створити перепони для нормального функціонування банківської системи України.

У згаданих вище обставинах не можна виключати ймовірності судового рішення про заборону займатись певним видом діяльності та навіть про ліквідацію НБУ, що за умови його виконання може призвести до фактичного колапсу банківської системи України. Хоча такий варіант і вважаємо малоймовірним, з огляду на встановлення статусу НБУ Конституцією України та спеціальним законом, але повністю виключити настання подібної ситуації не можна.

Не враховує законопроект також статусу такої важливої державної установи, як Фонд гарантування вкладів фізичних осіб (далі – Фонд). Відповідно до норм частин першої-третьої ст. 3 Закону України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб» від 23 лютого 2012 р. Фонд є установою, що виконує спеціальні функції у сфері гарантування вкладів фізичних осіб та виведення неплатоспроможних банків з ринку. ***Фонд є юридичною особою***

публічного права, має відокремлене майно, яке є об'єктом права державної власності і перебуває у його господарському віданні. Фонд є економічно самостійною установою, має самостійний баланс, поточний та інші рахунки в Національному банку України.

Крім того, слід зауважити, що відповідно до ст. 19 згаданого вище Закону джерелами формування коштів Фонду є: початкові збори з учасників Фонду; регулярні збори з учасників Фонду; спеціальний збір до Фонду; доходи, одержані від інвестування коштів Фонду в державні цінні папери України; доходи, одержані у вигляді процентів, нарахованих Національним банком України за залишками коштів на рахунках Фонду, відкритих у Національному банку України; кредити, залучені від Національного банку України; неустойка (штрафи, пеня), що стягується відповідно до цього Закону; кошти, що були внесені Національним банком України в розмірі 20 мільйонів гривень на день створення Фонду; кошти з Державного бюджету України; доходи від надання фінансової підтримки приймаючому банку; благодійні внески, гранти, технічна допомога, у тому числі від іноземних осіб; кошти, отримані від виконання заходів, передбачених планом врегулювання, зокрема від продажу неплатоспроможного банку або перехідного банку, ліквідації банку. Кошти Фонду можуть формуватися з інших джерел, не заборонених законодавством України.

Отже, Фонд, хоч і є юридичною особою публічного права, все ж має підлягати заходам кримінально-правового характеру, передбаченим законопроектом. Тому якщо законопроект не буде змінено, може статися ситуація, коли через вчинення злочину керівником чи іншою уповноваженою особою Фонду на нього будуть накладатись вищезазначені заходи кримінально-правового характеру, які, у свою чергу, можуть призвести до обмеження можливостей Фонду з виконання своєї основної функції – гарантування вкладів фізичних осіб. Дійсно, за умови прийняття судового рішення про ліквідацію Фонду і конфіскацію його майна вірогідність отримання фізичними особами гарантованих законодавством платежів за вкладами різко зменшується.

Накладення штрафу на Фонд, хоча й не призведе до таких негативних наслідків, все ж матиме досить негативний характер, адже майно Фонду і так перебуває у державній власності. Необхідно також зауважити, що наявність ефективно функціонуючої державної системи гарантування вкладів фізичних осіб є одним із найбільш важливих аспектів довіри фізичних осіб до банківської системи в цілому. Так, у переважній більшості фізичні особи відкривають вклади на суму, що не перевищує встановлений Фондом розмір відшкодування (з серпня 2012 р. – 200 тисяч гривень), саме з метою убезпечення себе від можливих кризових ситуацій із банками.

Крім того, ціла низка юридичних осіб публічного права фінансується не лише за рахунок державного бюджету, а й за рахунок позабюджетних джерел. Так, ст. 5 Закону України «Про міліцію» зазначає, що фінансування і матеріально-технічне забезпечення міліції здійснюються за рахунок коштів Державного бюджету України, ***коштів, які надходять на підставі договорів від міністерств, інших центральних органів виконавчої влади, державних органів, підприємств, установ, організацій і громадян, а також інших джерел, не заборонених законодавством.***

Негативні наслідки для банківської системи України може спровокувати застосування заходів кримінально-правового характеру, запропонованих законом і щодо приватних банків. Так, відповідно до ст. 1 Закону України «Про банки і банківську діяльність» від 7 грудня 2000 р. банком є юридична особа, яка на підставі банківської ліцензії має виключне право надавати банківські послуги, відомості про яку внесені до Державного реєстру банків, а банківська діяльність – це залучення у вклади грошових коштів фізичних і юридичних осіб та розміщення зазначених коштів від свого імені, на власних умовах та на власний ризик, відкриття і ведення банківських рахунків фізичних та юридичних осіб. Тобто сутність функціонування банку як фінансової організації полягає у:

- залученні коштів фізичних і юридичних осіб – вкладників банку;
- використанні цих коштів шляхом їх розміщення (кредитування,

інвестування тощо).

Таким чином, банки фактично працюють не з власними, а із залученими коштами фізичних та/або юридичних осіб. Застосування до банку (державного чи заснованого на приватній власності) таких заходів кримінально-правового характеру, як штраф, конфіскація майна, заборона займатись певним видом діяльності чи ліквідація щодо банку, може призвести до того, що можливості вкладників з повернення суми вкладу, включаючи відсотки, будуть суттєво обмежені. Наприклад, така ситуація може виникнути у разі конфіскації майна банку, яка відповідно до запропонованої законопроектом ст. 967 КК полягає у примусовому безоплатному вилученні у власність держави майна юридичної особи і може бути застосована судом у разі ліквідації юридичної особи згідно з КК. У таких умовах, коли банк ліквідовано, а його майно (включаючи і майнові права) вилучено на користь держави, єдина можливість вкладника повернути власні кошти – це звернутись до суду. Якщо такі звернення набудуть масового характеру, то судова система України буде перевантажена відповідними позовами фізичних і юридичних осіб. Крім того, виникне проблема щодо виконання судових рішень та реального повернення коштів вкладникам.

Крім банків, така ситуація може стосуватись й інших фінансових установ, які залучають та використовують у своїй діяльності кошти населення та юридичних осіб.

Отже, проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо запровадження заходів кримінально-правового характеру стосовно юридичних осіб» (реєстраційний № 2032) вважаємо недопрацьованим. З юридичної точки зору він не відповідає доктрині вітчизняної кримінально-правової науки та допускає необґрунтовано розширене тлумачення норм Конвенції ООН проти корупції від 31 жовтня 2003 р. та Кримінальної конвенції проти корупції від 27 січня 1999 р.

У разі прийняття цього закону без змін заходи кримінального-правового характеру щодо юридичних осіб, які фактично є кримінальною відповідальністю юридичної особи, можуть стосуватись не лише майна

юридичних осіб приватного права, а й тих юридичних осіб публічного права, які не повністю фінансуються з державного чи місцевих бюджетів (Нацбанк, Фонд гарантування вкладів фізичних осіб тощо).

Застосування заходів кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб стосовно банків, кредитних спілок та інших фінансових установ, які працюють в основному із залученими від населення та юридичних осіб коштами, також може мати негативний вплив на банківську систему України. Це пояснюється тим, що при застосуванні даних заходів (особливо у формі ліквідації юридичної особи та конфіскації її майна) в законопроекті не запропоновано дієвих механізмів повернення вкладів фізичних і юридичних осіб.

Список використаних джерел

1. Кримінальний кодекс України // Ліга: Закон [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/T012341.html

2. Проект Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо запровадження заходів кримінально-правового характеру стосовно юридичних осіб № 2032 // Офіційний портал Верховної Ради України [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=45483

3. Конвенція ООН проти корупції // Ліга: Закон [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/MU03129.html#

4. Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією // Ліга: Закон [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/MU99184.html

5. Про Національний банк України : Закон України // Ліга: Закон [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/find:банк/T990679.html

6. Про систему гарантування вкладів фізичних осіб : Закон України // Ліга: Закон [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/find:банк/T124452.html

7. Про міліцію : Закон України // Ліга: Закон [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/T056500.html

Нерсесян А.С. Заходи кримінально-правового характеру щодо юридичної особи: аналіз нового законопроекту

У статті автор розглядає особливості законопроекту, яким пропонується впровадити заходи кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб, що фактично є кримінальною відповідальністю юридичних осіб. Зроблено ряд зауважень щодо окремих положень законопроекту. Визначено ризики, які тягне за собою прийняття даного законопроекту.

Ключові слова: законопроект, заходи кримінально-правового характеру, кримінальна відповідальність юридичної особи, банківська система.

Нерсесян А.С. Меры уголовно-правового характера относительно юридического лица: анализ нового законопроекта

В статье автор рассматривает особенности законопроекта, которым предлагается принять меры уголовно-правового характера относительно юридических лиц, которые фактически являются уголовной ответственностью юридических лиц. Сделано ряд замечаний по отдельным положениям законопроекта. Определены риски, которые влечет за собой принятие данного законопроекта.

Ключевые слова: законопроект, меры уголовно-правового характера, уголовная ответственность юридического лица, банковская система.

Nersenian A.S. Penal actions as to legal entity: analysis of the new draft law

In this paper the author discusses the features of the bill, which proposes to take action under the criminal law to legal persons, which are actually the criminal liability of legal persons. Made a number of comments on specific provisions of the bill. Identify risks that entails the adoption of the bill.

Key words: Bill, the measures under criminal law, criminal liability of legal persons, the banking system.

Сутність та перспективи правового регулювання контролю: підходи в публічному праві

Хамходера Олег Петрович,
аспірант кафедри адміністративного і фінансового права Національного університету «Одеська юридична академія»

УДК: 342.922(477):35.072.6

Актуальність теми. В умовах децентралізації та деконцентрації влади, розвитку громадянського суспільства, зменшення державного сектору економіки та переходу до ринкових відносин зростає роль контролю як засобу забезпечення законності та дисципліни, функції компетентних органів, юридичного процесу. Передання повноважень природно потребує контролю за тими, хто їх отримав; звільнення з-під безпосереднього господарського управління – за об'єктом, який набув самостійності. Тому відповідні процеси, що відбувалися в незалежній Україні, не нівелювали значення контролю, а призвели до оновлення його сутності (зниження каральної направленості, спрямування на запобігання порушенням, покращення положення підконтрольних). Виникнення нових суб'єктів (громадські та міжнародні організації, преса), об'єктів (приватні особи, яким делеговані управлінські повноваження) та предметів (дотримання норм права щодо доступу до публічної інформації, захисту персональних даних) контролю зумовлює постійний науковий інтерес до цієї категорії. Наразі він посилюється ще й проведенням нового етапу адміністративної реформи.

Аналіз праць. Розробленням проблем забезпечення законності у функціонуванні органів публічного управління, особливостей контролю займалися такі вчені-адміністративісти, як: В.Б. Авер'янов, О.Ф. Андрійко, Ю.П. Битяк, С.В. Ківалов, Ю.М. Козлов, В.А Ліпкан, Я.І. Маслова та ін.; окремим видам контролю присвячені роботи С.Ф. Денисюк, О.М Музичук,

І.І. Троханенко (за діяльністю правоохоронних органів), Т.О. Коломоєць (за діяльністю органів місцевого самоврядування), О.Л. Соколенко, О.М. Тараненко (в межах заходів забезпечення дотримання вимог законодавства митними органами), Є.М. Попович (за дотриманням трудових прав). Ґрунтовні дослідження відповідних проблем здійснені фахівцями в галузі теорії держави і права (В.С. Шестак, В.В. Тароєва) та державного управління (В.В. Костилев, О.П. Полінець).

Одночасно варто відмітити велику різноманітність поглядів щодо змісту контролю, його мети і подальшого розвитку. Тому **метою** статті є аналіз існуючих наукових позицій, осмислення термінологічних протиріч та оцінка сучасних тенденцій правового регулювання вказаної функції.

Виклад основних положень. Дослідження центральної категорії нашої теми доцільно розпочати із встановлення її філологічного значення. У словниках української мови контроль розкривається в декількох аспектах: 1) перевірка відповідності контрольованого об’єкта встановленим вимогам; 2) перевірка, облік діяльності кого-, чого-небудь, нагляд за кимось, чимось; 3) установа чи організація, що здійснює нагляд за ким-, чим-небудь, перевіряє його; 4) контролери [1, с. 577; 2, с. 271]. Перше трактування вказує на наявність оціночних критеріїв (якісних показників), з якими порівнюється стан підконтрольного. Одночасно відсутність додаткових характеристик або складників свідчить про те, що у загальному слововжитку контроль не включає діяльності по виправленню недоліків, притягненню до відповідальності, узагальненню досвіду і т.п.; виявлення співвідношення між дійсним та необхідним (бажаним) є кінцевим етапом. Не розширює його і вжите слово «перевірка», оскільки: «перевіряти – з’ясовувати правильність, точність чого-небудь» [3, с. 142]. Друге трактування майже не відрізняється від першого, а в частині обліку навіть вужче, адже останній передбачає лише отримання інформації (без її порівняння). Третє і четверте – вказують на суб’єктів відповідної діяльності; таке розуміння властиве розмовній мові і не використовується в літературній [див. 4, с. 195].

В юриспруденції контролю надається близький до філологічного або більш широкий зміст. Юридична енциклопедія закріпила: «контроль (франц. controle – перевірка, від старофранц. contrerole – список, що має дублікат для перевірки) – перевірка виконання законів, рішень тощо. Є однією з найважливіших функцій державного управління. За об'єктами, суб'єктами і сферами поділяється на державний, відомчий, надвідомчий, виробничий та ін. види К.» [5, с. 323]. Зауважимо, що наведені види контролю вказані як окремі приклади, а не одна із класифікацій, так як є різнорівневими: відомчий і надвідомчий входять до обсягу державного. Сутність же самого терміна повністю відповідає підходу мовознавців. Однак «державний контроль» визначається вже дещо інакше: «діяльність державних органів щодо запобігання, виявлення та припинення дій, що суперечать встановленим д-вою нормам і правилам…» [6, с. 138]. Таким чином, на відміну від загального поняття контролю, для державного передбачено ще й сукупність превентивних та припиняючих заходів. На наш погляд, відповідні дії мають місце і при реалізації недержавних видів контролю (наприклад, міжнародний часто спрямований на попередження протиправних діянь), тому визначення повинні бути узгоджені шляхом розширення першого або обмеження змісту другого (залежно від обраної позиції).

Чи є «припинення» деліктів завершальною складовою? Попередня дефініція в своєму продовженні вказує, що «органам державного контролю властиве застосування владно-примусових заходів, спрямованих на приведення контрольованої функції у відповідність із прийнятими рішеннями та чинними нормами і правилами». Відзначимо декілька важливих аспектів.

По-перше, коригування реального стану для його узгодження із необхідним забезпечується не тільки примусом, а й переконанням. Останній, на думку В.В. Костилева, є пріоритетним, оскільки «більшість порушень, як правило, вчинюються не навмисно» [7, с. 10]. Можливо, така первинність обумовлена не видом вини, а загальним співвідношенням методів правового регулювання, їх дієвістю в сучасних умовах.

По-друге, регулюючий вплив можливий як при негативній, так і позитивній оцінці перевіреного об'єкта [8, с. 7–8]. Тому уповноважені органи застосовують ще й заохочення, роль якого збільшується у процесі соціально-економічного розвитку суспільства та яке має розумно поєднуватися з іншими методами публічного управління [див. 9, с. 6 і 11–12].

По-третє, на думку різних авторів, відповідні заходи не вичерпуються виправленням або стимулюванням дійсного стану. Сюди також відносять: визначення причин і умов порушень, виявлення винних та притягнення їх до відповідальності [10, с. 77], розкриття нових назрілих проблем, а також узагальнення передового досвіду [11, с. 112].

По-четверте, наявність розглядуваних повноважень у суб'єктів контролю не є абсолютним підтвердженням їх охоплення останнім. Визначення і розподіл компетенції окремих органів здійснюється відповідно до трьох принципів: функціонального, галузевого, програмно-цільового [12, с. 207–208]. Вони часто поєднуються, однак навіть при використанні першого окремо структури державного апарату зазвичай не реалізують тільки одну функцію. С.В. Ківалов зазначає серед основних засад державного управління достатню різноманітність функцій уповноважених суб'єктів і відповідність управлінського впливу реальним вимогам та запитам об'єктів [10, 60–61]. Потреба раціональності та ефективності практики обумовлює поєднання декількох напрямів діяльності. Цілком обґрунтовано, що перевірка, припинення порушень, усунення їх причин і умов, заохочення, притягнення до відповідальності та інші пов'язані заходи вчиняються комплексно. Однак не варто трактувати зміст контролю (як такого), ґрунтуючись виключно на обсягу прав і обов'язків органів, які його здійснюють. Вирішення даних питань повинне мати в основі аналіз сутнісних характеристик досліджуваних явищ.

Зазначену думку можна проілюструвати на прикладі позиції О.М. Музичук: «Контроль в державному управлінні – функція держави та усіх без винятку суб'єктів управління, що реалізується ними під час перевірки дотримання (виконання) об'єктами контролю встановлених вимог (правил,

норм), сукупність заходів із виявлення, запобігання та припинення дій (бездіяльності), що суперечить таким вимогам, під час яких суб'єкт контролю наділений правом втручання у професійну (господарську, виробничу) діяльність підконтрольного об'єкта шляхом його підміни, заміни або тимчасового відсторонення від виконання службових обов'язків, відміни або припинення дії його рішення, притягнення останнього до відповідальності» [13]. Вчений вказує сутність дефінієндуму (функція), його суб'єктів та зміст (запобігання, виявлення, припинення). Далі в понятті розкриваються вже **права суб'єктів**, котрі (будучи переважно юрисдикційними) значно виходять за межі зазначених заходів (змісту). Тобто дані права не були ототожненні із контролем, а розміщені поряд, оскільки безпосередньо з ним пов'язані, адже можуть реалізовуватися під час його проведення (або за наслідками). В.В. Краснов називає такі засоби і способи забезпечення законності: правові гарантії, контроль, нагляд, примус, оскарження, заохочення, відповідальність [14]. Як бачимо, контроль не охоплює заохочення та відповідальність (хоча не зрозуміло, чому остання відокремлена від примусу). Подібний підхід знайшов відображення і в деяких нормативно-правових актах. У Митному кодексі України [15] норми, що стосуються відповідальності за порушення митних правил (розділ XVIII) та провадження в даних справах (розділ XIX), розміщені відособлено від норм, що стосуються митного контролю (розділ XI). Даного розмежування було дотримано і в частині першій ст. 7 при визначенні «державної митної справи» та в частині другій ст. 544 кодексу при закріпленні завдань митних органів. Податковий кодекс України [16] містить главу 5 «Податковий контроль» (у наступних трьох розкриваються способи його здійснення) та главу 11 «Відповідальність». Це так зване вузьке трактування контролю.

Значна кількість вітчизняних науковців віддає перевагу ширшому погляду. О.Ф. Андрійко виділяє дві групи методів контролю: за допомогою яких він здійснюється; ті, що застосовуються при реалізації його результатів [17, с. 21]. В.С. Шестак виокремлює три стадії контрольної діяльності:

інформаційну (фактовстановлюючу); оціночну; регулятивну. Остання втілюється в заходах: заохочувальних; штрафних (каральних); коректувальних (відновлювальних); організаційних [8, с. 8]. Г.В. Галімшина визначає державний контроль на автомобільному транспорті як «діяльність уповноважених органів, їх підрозділів (посадових осіб), спрямовану на забезпечення законності та дисципліни на автомобільному транспорті, запобігання порушенням підконтрольним об'єктом норм, правил та стандартів, їх виявлення і припинення, а також застосування до фізичних та юридичних осіб заходів відповідальності за порушення законодавства про автомобільний транспорт» [18, с. 7–8].

Розглянуте бачення теж знайшло нормативне закріплення. Наприклад, згідно з п. 5 Положення про порядок державного контролю за проведенням переговорів, пов'язаних з укладенням зовнішньоекономічних договорів (контрактів) про здійснення міжнародних передач товарів військового призначення та подвійного використання [19], «порядок державного контролю за проведенням переговорів передбачає: …відповідальність суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності за порушення встановленого порядку проведення переговорів».

Для сприйняття та узгодження існуючих трактувань вважаємо за можливе звернутися до філософських категорій цілого та частини.

На наш погляд, контроль у своєму основоположному змісті включає тільки фактовстановлюючу та оціночну (оцінка відповідності закріпленим вимогам) складові. Він не передбачає припинення, заохочення, накладення санкцій та ін. Останні є самостійними заходами, котрі реалізуються або у зв'язку із проведенням контролю, або поза таким (без його наявності). Підтримуємо М.П. Кучерявенка, котрий, характеризуючи реагування в послідовності податкового контролю, зазначає, що мова може йти про трансформацію контролюючих відносин у відносини, які припускають настання відповідальності за порушення податкового законодавства [20, с. 438]. Вважаємо, аналогічним чином відбувається перетворення у заохочувальні,

запобіжні та інші відносини.

Якщо ж виходити за межі інформаційно-аналітичного підходу, зараховуючи до контролю ще й регулятивні дії, то розглянуту вище його сутність варто розцінювати як частину. Співвідношення не повинно сприйматись виключно кількісно, згідно з правилом: ціле дорівнює або є сумою частин. Ще Арістотель зазначав: «ціле – більше суми його частин». О.А. Івакін використовує діалектичний підхід, наголошуючи на глибинній пізнавальній основі – принципі розвитку [21, с. 228–230]. При цьому одна із частин сприймається як така, що створює інші, формуючи ціле. Частина творить ціле, розгортаючи (реалізовуючи) саму себе. Такою головною складовою є контроль як фіксуюча засада. Він у якості фактичних даних про стан об'єкта опосередковано присутній під час припинення, заохочення, попередження… Навіть коли вплив здійснюється не у зв'язку із конкретною перевіркою, інформаційна та оціночна частини наявні у «знятому» вигляді. Наприклад, притягнення до відповідальності завжди містить фактичні дані про стан об'єкта та ознаки його невідповідності загальнообов'язковим правилам поведінки. Тобто з філософської точки зору контроль у вузькому значенні формує контроль у широкому, будучи системоутворюючим елементом цілого. Подібним чином, наприклад, слово «соціальне» позначає сферу відносин (відмінну від економіки, політики) і загалом усе суспільне (створене людиною, а не природою).

Звернімо увагу, «контроль» іноді набуває ще більш об'ємного (порівняно з попередніми) значення: мати щось під контролем, контролювати якусь сферу (керувати нею). Тут він наближається до змісту категорії «управління». Популярна юридична енциклопедія вказує, що у господарській діяльності контроль визначається як вирішальний вплив однієї чи декількох пов'язаних юридичних чи фізичних осіб на господарську діяльність суб'єкта господарювання чи його частини, який здійснюється безпосередньо або через інших осіб [22, 215]. Подібні поняття зустрічаємо в ряді нормативно-правових актів: ст. 2 Закону України «Про банки і банківську діяльність» [23]; ст. 1

Закону України «Про захист економічної конкуренції» [24]; ст. 2 Закону України «Про акціонерні товариства» [25] та ін. Наука адміністративного права такий підхід не використовує.

Серед вчених наявна певна розбіжність при розмежуванні термінів «контроль в державному управлінні» та «державний контроль» [див. 35, с. 13; 26, с. 9]. Я.І. Маслова вважає, що перший – ширший за змістом, оскільки його суб'єктами є всі органи управління: як державні, так і недержавні (громадські об'єднання, окремі громадяни). Натомість суб'єктами державного контролю є лише державні органи [27, 70–71]. Виходячи з цього, тлумачення В.О. Ромасько: «контроль у державному управлінні – здійснювана усіма органами державної влади та їх посадовими (службовими) особами діяльність із …» [28], не достатньо точне.

Одночасно, акцентуємо увагу на твердженні Т.О. Коломоєць: «Державний контроль включає контролюючі дії усіх без винятку державних структур та поглинає в собі контроль у сфері державного управління» [29, 123]. Воно протирічить попередній позиції, якщо вважати «контроль у сфері державного управління» та «контроль у державному управлінні» тотожними. Як може пояснюватися неузгодженість?

Перший підхід ґрунтується на тому, що досліджувана функція властива не тільки суб'єктам державної влади. Існує ще самоврядний, громадський, міжнародний контроль. Другий – розглядає контроль у державному управлінні (сфері), найімовірніше, таким, що реалізується тільки відносно суб'єктів державного управління (для забезпечення законності їх діяльності; тобто – внутрішній), залишаючи осторонь аналогічні дії останніх по відношенню до фізичних та юридичних осіб (зовнішній). Наприклад, О.П. Полінець визначає його «як сукупність дій, які суб'єкти контролю вживають стосовно підконтрольних об'єктів для досягнення цілей контролю з метою запобігання стагнації та руйнування системи державного управління під впливом зовнішніх та внутрішніх чинників. Він має комплексний характер, що дає змогу підтримувати стабільність та життєздатність системи державного управління на

всіх її рівнях» [26, с. 9]. Державний контроль реалізується не лише в системі (а й щодо зовнішніх об'єктів) та може взагалі не стосуватися сфери управління, тому не вичерпується своєю частиною в складі контролю у державному управлінні і сприймається як більш об'ємний. Однак це все одно не дає підстав оминати увагою недержавні види останнього.

Очевидно, «контроль у державному управлінні» не збігається із «державним контролем». Як уявляється, жоден із них не охоплюється повністю іншим. Обсяг понять можна зобразити колами Ейлера, що перетинаються: частина контролю у державному управлінні є державною; частина державного контролю (але не ввесь) здійснюється у державному управлінні (адже контроль Конституційного Суду України є державним, однак не відноситься до управління).

Правове регулювання контролю в Україні відбувається за допомогою значної кількості нормативно-правових, часто підзаконних, актів, котрі стосуються окремих його видів або органів. Це породжує протиріччя, дублювання та неефективність заходів забезпечення дисципліни, коли кількість суб'єктів контролю не гарантує якості функціонування об'єктів. Тому існує потреба створення закону, що закріпив би загальні засади в даній сфері: принципи; види; способи здійснення контролю; систему органів та правила їх взаємодії; основні вимоги до процедури (права і обов'язки об'єктів та обсяг повноважень суб'єктів, стадії, наслідки недотримання процедурних норм, способи оскарження та ін.). У ньому має втілитись відхід від контролю як засобу покарання. Першочергова спрямованість не на виявлення правопорушення і притягнення до відповідальності, а на отримання достовірної інформації про стан об'єкта, приведення його у відповідність із встановленими вимогами, усунення причин і умов протиправних діянь. Такий вектор не є досягненням сьогодення. Радянські адміністративісти теж називали схожі вимоги [30, с. 233; 31, с. 174], однак ті не знаходили практичного втілення. Декларативність демократичних перетворень властива і сучасному державному управлінню. Трансформація контролю на явище сприяння стане реальною,

якщо відобразиться не тільки в принципах, а і в конкретних нормативних приписах щодо його здійснення. Наприклад, доцільно перейти від кількості накладених стягнень як основного статистичного показника результативності до кількості виконаних розпоряджень про усунення причин відхилень від правових вимог або коефіцієнту повторюваності порушень на об'єктах, котрі вже перевірялись.

Прийняття законів, які регулюють діяльність державних органів щодо контролю за додержанням законів передбачено пунктом 9 Перехідних положень Конституції України [32]. Це може бути: Закон «Про державний контроль в Україні» [8, с. 12] або із вужчою сферою застосування – Закон «Про державний контроль у сфері діяльності органів виконавчої влади та їх посадових осіб» [33, с. 3]. Законодавчі акти із значною спеціалізацією контролю, на наш погляд, матимуть низьку ефективність без нормативного встановлення основних положень системи, до якої такий належить. Тому, наприклад, позиція І.І. Троханенко відносно розроблення Закону України «Про державний контроль за діяльністю міліції» та Концепції реформування системи суб'єктів державного контролю за діяльністю міліції [34, с. 13], здається, передчасною. В даному разі підтримуємо створення Закону України «Про контроль за діяльністю правоохоронних органів України» [35, с. 20], котрий усунув би необхідність правотворчості щодо окремих видів таких суб'єктів. Значним досягненням був би і Закон «Про громадський контроль» [36, с. 27]. Як бачимо, прогнозується великий обсяг роботи по формуванню правової бази контролю (йдеться також про Концепцію державного контролю, Контрольний кодекс). Напевно, саме це стало причиною виникнення питання щодо становлення у вітчизняній системі права комплексної галузі контрольного права.

Відповідна думка вперше висунута і обґрунтована В.А. Ліпканом. Варто погодитись із констатованою вченим потребою забезпечення суб'єктів контролю внутрішньо несуперечливою законодавчою базою, деполітизації їх діяльності та усунення інших негативних чинників (численність і

неузгодженість видів контролю, відсутність оптимальної уніфікації правового статусу суб'єктів, безвідповідальність, нераціональне використання ресурсів тощо) [37]. Однак вказані заходи повністю реалізовувані в межах адміністративної реформи в Україні та звичайної законотворчості, тому не є підтвердженням необхідності нової галузі. Судячи із публікації, контрольне право здійснювало б нормативне забезпечення контрольної гілки влади, проведення контролю органами виконавчої влади та недержавними формуваннями. Така сукупність сфер суспільних відносин не утворює відособлений предмет, а є поєднанням частин предметів існуючих галузей (адміністративного, конституційного, фінансового, господарського та ін.) за ознакою вчинюваної їх суб'єктами функції. Крім того, значна кількість видів контролю не може бути розкрита поза тією сукупністю норм, в якій природно знаходиться (наприклад, митний контроль невіддільний від митного права, котре закріплює відповідну систему органів, обсяг їх повноважень). Відсутній і власний метод правового регулювання (їх унікальна сукупність). Галузь повинна бути органічною складовою системи права, дійсним сегментом правової реальності, що пізнається і висвітлюється дослідником, а не синтезується ним. Звернімо увагу, в українській юриспруденції не існує галузі, виділеної за тією чи іншою функцією діяльності.

Висновок. Встановлено, що вузьке та широке тлумачення контролю не створюють антагоністичної протилежності, а діалектично узгоджуються. Таке сприйняття дозволяє, уникаючи зайвих дискусій, зосередитись на висхідній частині явища, наявність якої містить закономірну можливість руху до інших складових, значно обумовлюючи характер останніх. Накопичення даних щодо діяльності певного суб'єкта і співставлення їх із офіційно закріпленими вимогами вже містить (внутрішньо) потребу подальшого впливу, визначає якісні параметри вчинюваних заходів. Прикладна цінність від зосередження на етапі збору інформації виразиться у виявленні дійсних причин порушень, більшій обґрунтованості правозастосовчих актів, результативності коректувальних мір. Адже первинна орієнтація на певні регулятивні дії

(переважно – негативні) часто призводить до вибіркового виявлення фактів, однобічного сприйняття об'єктивної дійсності. З погляду ж теорії створюється основа для розкриття взаємозв'язку контролю з іншими засобами забезпечення законності та дисципліни, зокрема – виявлення спільних та відмінних рис із наглядом.

Необхідність належного правового врегулювання контрольної діяльності, оновлення нормативної бази та розв'язання багатьох практичних недоліків є сьогодні очевидними та назрілими потребами. Одночасно, на наш погляд, вони не є достатнім підґрунтям для виділення контрольної галузі права. У вітчизняній правовій системі є й інші сфери, де констатуються подібні проблеми, але вони (самі по собі) не утворюють самостійного предмета і методу галузі.

Список використаних джерел

1. Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / Уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. – К. ; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2005. – 1728 с.

2. Словник української мови : В 11 томах. – Т. IV. – К. : Видавництво «Наукова думка», 1973. – 840 с.

3. Словник української мови : В 11 томах. – Т. VI. – К. : Видавництво «Наукова думка», 1975. – 832 с.

4. Головащук С.І. Словник-довідник з українського літературного слововживання. – К. : Наук. думка, 2004. – 448 с. – (Словники України).

5. Юридична енциклопедія : В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К. : «Укр. енцикл.», 2001. – Т. 3 : К-М. – 2001. – 792 с.

6. Юридична енциклопедія : В 6 т. / Редкол. : Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К. : «Укр. енцикл.», 1998. – Т. 2 : Д-Й. – 1999. – 744 с. : іл.

7. Костилев В.В. Організаційно-правові засади контрольної діяльності державних інспекцій в соціальній сфері: автореф. дис. … канд. наук з держ. упр.: 25.00.01 / В.В. Костилев ; Харк. рег. інст. держ. упр. УАДУ при Президентові України. – Х., 2003. – 20 с.

8. Шестак В.С. Державний контроль в сучасній Україні (теоретико-правові питання) : автореф. дис. … канд. юрид. наук : 12.00.01. / В.С. Шестак; Нац. ун-т внутр. справ. – Х., 2002. – 16 с.

9. Ківалов С.В., Біла-Тіунова Л.Р., Козачук Д.А. Заохочувальні адміністративні процедури / С.В. Ківалов, Л.Р. Біла-Тіунова, Д.А. Козачук : монографія. – О. : Фенікс, 2011. – 168 с.

10. Ківалов С.В., Біла-Тіунова Л.Р. Адміністративне право України : Навчальний посібник. – перероб. і доп. – Одеса : Фенікс, 2011. – 400 с.

11. Штрелов Р. Обязанности, возложенные на органы контроля – инструмент повышения ответственности в выполнении государственных задач // Правовые основы ответственности в управлении в СССР и ГДР. – М. : ИГПАН, 1981. – 150 с.

12. Адміністративне право України. Академічний курс : Підруч. : У двох томах : Том 1. Загальна частина / Ред. Колегія : В.Б. Авер'янов (голова) та ін. – К. : ТОВ «Видавництво «Юридична думка», 2007. – 592 с.

13. Музичук О.М. Поняття та особливості контролю і державного управління // Наше право. – 2011. – № 2, ч. 1. – С. 46–51.

14. Краснов В.В. Концептуальні засади нагляду в державному управлінні // Актуальні проблеми держави і права: зб. наук пр. / ОНЮА. – 2007. – Вип. 35. – С. 124–128.

15. Митний кодекс України від 13 березня 2012 р. (набрання чинності з 1 червня 2012 р.) – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4495-17

16. Податковий кодекс України від 2 грудня 2010 року // Офіційний вісник України. – 2010. – № 92. – Т. 1. – Ст. 3248.

17. Андрійко О.Ф. Організаційно-правові проблеми державного контролю у сфері виконавчої влади : автореф. дис. … д-ра юрид. наук : 12.00.07 / О.Ф. Андрійко ; Інст. держ. і пр. ім. В.М. Корецького НАН України. – К., 1999. – 38 с.

18. Галімшина Г.В. Державний контроль на автомобільному транспорті в Україні : автореф. дис. … канд. юрид. наук : 12.00.07 / Г.В. Галімшина; Дніпропетр. держ. ун-т внутр. справ. – Дніпропетровськ, 2010. – 22 с.

19. Про затвердження Положення про порядок державного контролю за проведенням переговорів, пов'язаних з укладенням зовнішньоекономічних договорів (контрактів) про здійснення міжнародних передач товарів військового призначення та подвійного використання: Постанова Кабінету Міністрів України від 4 лютого 1998 р. № 125 // Офіційний вісник України. – 1998. – № 5. – Ст. 184.

20. Податковий кодекс України: постатейний коментар: у 2 ч. / В.В. Білоус, Л.В. Воронова, О.О. Головашевич та ін. ; за ред. М.П. Кучерявенка. – Х. : Право, 2011. – Ч. 1. – 704 с.

21. Ивакин А.А. Диалектическая философия : Монография. – Издание 2-е, перераб. и доп. – Одесса : Фенікс ; Суми : Університетська книга ; М. : ТрансЛит, 2007. – 440 с.

22. Популярна юридична енциклопедія / Кол. авт. : В.К. Гіжевський, В.В. Говченко … В.С. Ковальський (кер.) та ін. – К. : Юрінком Інтер, 2002. – 528 с.

23. Про банки і банківську діяльність : Закон України від 7 грудня 2000 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 5. – Ст. 30.

24. Про захист економічної конкуренції : Закон України від 11 січня 2001 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 12. – Ст. 64.

25. Про акціонерні товариства : Закон України від 17 вересня 2008 р. // Офіційний вісник України. – 2008. – № 81. – Ст. 2727.

26. Полінець О.П. Контроль в державному управлінні України : теоретико-організаційні питання : автореф. дис. … канд. наук з держ. упр.: 25.00.01 / О.П. Полінець ; Нац. акад. держ. упр. при Президентові України. – К., 2003. – 20 с.

27. Маслова Я.І. Співвідношення понять «нагляд» і «контроль» у державному управлінні України // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. пр. / НУ «ОЮА» – 2011. – Вип. 62 – С. 70–76.

28. Ромасько В.О. Правове забезпечення державного контролю в сфері будівництва // Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ. – 2009. – Вип. 45. – С. 159-166.

29. Адміністративне право України: Підручник / За заг. ред. Т.О. Коломоєць. – К. : Істина, 2010. – 480 с.

30. Советское административное право : Учебник / Под. ред. Р.С. Павловского. – К. : Издательское объединение «Вища школа», 1986. – 416 с.

31. Козлов Ю.М. Основы советского административного права. Пособие для слушателей. (Издание 2-е, переработанное, дополненное). – М. : Знание, 1979. – 208 с.

32. Конституція України : прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=254%EA%2F96-%E2%F0&p=1310500419248643

33. Мих О.В. Контроль в органах виконавчої влади : проблеми та шляхи їх розв'язання // Актуальні проблеми державного управління: зб. наук пр. – 2009. – № 2. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.nbuv.gov.ua/portal/Soc_Gum/Apdu/2009_2/doc/5/16.pdf

34. Троханенко І.І. Державний контроль за діяльністю міліції : автореф. дис. … канд. юрид. наук : 12.00.07 / І.І. Троханенко; Нац. акад. внутр. справ. – К., 2010. – 20 с.

35. Музичук О.М. Контроль за діяльністю правоохоронних органів в Україні : адміністративно-правові засади організації та функціонування: автореф. дис. … д-ра юрид. наук: 12.00.07 / О.М. Музичук; Харк. нац. ун-т внутр. справ. – Х., 2010. – 30 с.

36. Денисюк С.Ф. Громадський контролю за правоохоронною діяльністю в Україні : адміністративно-правові засади : автореф. дис. … д-ра юрид. наук: 12.00.07 / С.Ф. Денисюк; Дніпропетр. держ. ун-т внутр. справ. – Дніпропетровськ, 2010. – 36 с.

37. Ліпкан В.А. Контрольне право як атрибутивний елемент української системи права // Підприємництво, господарство і право. – 2010. – № 8. – С. 7–10.

Хамходера О.П. Сутність та перспективи правового регулювання контролю: підходи в публічному праві

У даній статті розкривається і характеризується контроль як соціальне явище та складова державного управління. За допомогою філософських категорій проводиться порівняння широкого підходу до його розуміння з вузьким; наголошується на першочерговій інформаційній сутності контролю, що є основою для регулятивного прояву. Висвітлюються напрями удосконалення правової регламентації відповідної діяльності, потреба в засадничому законодавчому акті та вимоги до його змісту. Автор аналізує перспективи становлення комплексної галузі контрольного права.

Ключові слова: контроль, державний контроль, контроль у державному управлінні, правове регулювання, галузь права.

Хамходера О.П. Сущность и перспективы правового регулирования контроля: подходы в публичном праве

В данной статье раскрывается и характеризируется контроль как социальное явление и составная государственного управления. С помощью философских категорий проводится сравнение широкого подхода к его пониманию с узким; отмечается первоочередная информационная сущность контроля, которая является основанием для регулятивного проявления. Освещаются направления совершенствования правовой регламентации соответствующей деятельности, потребность в основополагающем законодательном акте и требования к его содержанию. Автор анализирует перспективы становления комплексной отрасли контрольного права.

Ключевые слова: контроль, государственный контроль, контроль в государственном управлении, правовое регулирование, отрасль права.

Khamkhodera O.P. Essenses and prospects of legal regulation of control: approaches in public law

This article is devoted to discovere and to characterize control as a social phenomenon and part of the public administration. With help of philosophical categories comparied broad and narrow understanding of control; first of all control has an information essence and it is the basis for regulatory behavior. The article is devoted to find ways of improvement legal regulation of control. Also in the article shows nessesity of basic statutory act in this sphere and requirements to its contents. The author analyzes prospects of esteblishment of complex branch of the control law.

Key words: control, state control, control in public administration, regulation, categories of law.

Деякі аспекти співвідношення індивідуальних та колективних прав

Ковалко Наталія Миколаївна,
заступник начальника управління державної виконавчої служби Головного управління юстиції у м. Києві, доцент кафедри конституційного права юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка, кандидат юридичних наук

Розробка проблеми колективних прав у демократичній традиції конституційного права отримала розвиток лише після Другої світової війни, коли в європейських конституціях почали з'являтися положення про деякі права колективів як елементи колективістського підходу до прав людини в конституційному праві [1, с. 36].

У вітчизняній теорії недостатньо уваги приділено дослідженню індивідуальних та колективних прав людини. Лише в останні роки дана проблема привернула увагу науковців, але виключно в контексті дослідження окремих її аспектів. Втім на сьогодні відсутнє комплексне дослідження правової природи індивідуальних та колективних прав, їх співвідношення, що свідчить про необхідність узагальнення накопиченого теоретичного та емпіричного матеріалу для розроблення доктринальних положень вітчизняної концепції індивідуальних та колективних прав.

Метою статті є здійснення теоретико-правового аналізу правової природи індивідуальних та колективних прав у контексті висвітлення питання щодо їх співвідношення.

Права людини є центральним елементом, основою конституційно-правового статусу особи. У Конституції Україні, а саме в Розділі II «Права, свободи та обов'язки людини і громадянина» закріплений широкий спектр прав і свобод. Не визначаючи їх поділу на конкретні групи, Конституція України все ж таки передбачає певну послідовність їх викладу.

Так, в юридичній науковій та навчальній літературі класифікація конституційних прав і свобод людини і громадянина здійснюється за різними критеріями, зокрема за формою здійснення права поділяють на індивідуальні і колективні [2, с. 48].

Питання співвідношення індивідуальних та колективних прав є центральною проблемою теорії прав людини, що знаходить своє відображення в різноманітності концепцій прав людини.

С.І. Глушкова виділяє наступні концепції прав людини, ядро та сутність яких, на її думку, складає співвідношення індивідуальних, групових, колективних та загальних прав. Це, зокрема:

- за критерієм походження прав людини – природно-правова, позитивістська тощо;
- за критерієм змісту прав людини – політична, соціально-економічна, теократична, ідеологічна тощо;
- за критерієм національно-культурної специфіки прав людини – класична, російська, ісламська, японська, британська, американська тощо;
- за критерієм розвитку прав людини – концепція трьох поколінь прав людини [3, с. 131–132].

В основі останньої класифікації був покладений часовий критерій, тобто актуалізація для людства певних цінностей та виникнення історичних можливостей для їх реалізації. Звідси – поняття «покоління прав людини» [4, с. 82].

Права першого покоління – невідчужувані особисті (громадянські) і політичні права, які є основою індивідуальної свободи і кваліфікуються як система так званих негативних прав, що убезпечують особу від будь-яких посягань, у тому числі від втручання самої держави, у сфери, врегульовані цими правами, створюють можливість для участі громадян у політичному житті [2, с. 48].

Друге покоління прав людини – система позитивних соціально-економічних та культурних прав, таких як право на працю, право на відпочинок, на соціальне забезпечення, на освіту тощо.

Після 1945 року в повоєнний період починає формуватися третє покоління прав людини, до якого відносять тільки колективні права (на відміну від попередніх двох поколінь), які ґрунтуються на солідарності, так звані «права солідарності» – право на розвиток, право на мир, на безпечне для життя і здоров'я довкілля, на загальну людську спадщину, на комунікацію, право народів на самовизначення, заборону геноциду та апартеїду та інші [4, с. 83].

Крім того, Н.Г. Шукліна в межах третього покоління прав людини також виділяє права окремих соціальних груп (дітей, престарілих, інвалідів, бездомних, безробітних тощо) і «нові права» (право на евтаназію, право створювати сім'ю однопільними партнерами та інші) [4, с. 84].

Водночас деякі вчені пов'язують дані групи прав з четвертим поколінням прав людини [2, с. 49].

Конституція України закріплює як індивідуальні, так і колективні права. Серед колективних, зокрема, можна виділити право громадян на свободу об'єднання у політичні партії та громадські організації (ст. 36 Конституції України); право громадян на збори, мітинги, походи і демонстрації (ст. 39 Конституції України); право на колективні письмові звернення (ст. 40 Конституції України); право на страйк для захисту економічних та соціальних інтересів (ст. 44 Конституції України) тощо.

Індивідуальні права є природними, невідчужуваними і непорушними, які притаманні індивіду від народження та можуть бути реалізовані як індивідуально, так і колективно. Водночас колективні права не є природними за походженням, оскільки набуваються в міру усвідомлення спільнотою своїх специфічних інтересів та реалізуються виключно групою осіб.

Деякі вчені звертають увагу на те, що індивідуальні інтереси не завжди збігаються з колективними. Але, з іншого боку, спираючись на ідеї суспільного договору (люди об'єднуються у спільноти для того, щоб разом захистити свої

інтереси), індивідуальні права можуть існувати лише в умовах організації, яка має колективну природу [5, с. 20].

Крім того, колективні права не повинні зводитися до суми індивідуальних прав осіб, які входять в ту чи іншу спільність чи колектив. На думку С.Ю. Римаренка, правомірність цих прав повинна проходити перевірку «людським виміром» – правами людини. Колективні права не повинні ігнорувати права людини, суперечити їм чи подавляти їх. Саме тому колективні права повинні знаходитися з індивідуальними правами у гармонії, перевірятися ними на «якість» [1, с. 43].

Н.Г. Шукліна, погоджуючись із тезою, що індивідуальні та колективні права не повинні конкурувати між собою, зазначає, що незважаючи на те, що такий підхід є найбільш бажаним, на практиці його важко реалізувати [4, с. 86].

Предметом наукової дискусії залишається питання щодо пріоритетності прав і свобод людини над правами народу (нації).

Відповідно до ст. 3 Конституції України людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканість і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. При цьому права і свободи людини і громадянина та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави, а їх утвердження і забезпечення є головним обов'язком держави.

Зазначені конституційні положення, з одного боку, спрямовані на те, щоб поставити людину, її інтереси вище за інтереси держави (тобто йдеться про зміщення акцентів із позитивістського підходу до розуміння прав людини на природно-правовий). З іншого боку, відбувається абсолютизація пріоритету прав людини над правами народу (нації).

Аналізуючи все зазначене, погоджуємося з позицією С.Ю. Римаренка щодо недоречності протиставлення особи нації [6, с. 99–100]. Адже дослідник акцентує увагу на необхідності відмови від будь-якого пріоритету з метою взаємодії прав людини, народу (нації) шляхом їх всебічного врахування та гнучкого сполучення [1, с. 39–40].

Таким чином, у зв'язку з виникненням нових поколінь прав людини концепція співвідношення індивідуальних та колективних прав потребує переосмислення з метою визначення місця і ролі індивідуальних та колективних прав на сучасному етапі розвитку суспільства.

Список використаних джерел

1. Римаренко С.Ю. Індивідуальні та колективні права : компаративний аналіз // Університет. наук. зап. Хмельницьк. ун-т управл. та права. – 2007. – Вип. 2. – С. 35–46.

2. Конституційне право України. Академічний курс : підручник : у 2 т. Т. 2 / за заг. ред. Академіка НАН України Ю.С. Шемшученка ; Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. – К. : Юрид. думка, 2008. – 800 с.

3. Глушкова С.И. Индивидуальные, групповые, коллективные и всеобщие права в условиях мультикультурализма // Полис. – 2010. – № 6. – С. 131–140.

4. Шукліна Н.Г. Конституційно-правове регулювання прав і свобод людини і громадянина в Україні (питання теорії і практики) : монографія. – К. : Центр навчальної літератури, 2005. – 424 с.

5. Дубровский Д.В. Индивидуальные и коллективные права : противоречия практики. – В. кн. : Права человека и проблеми идентичности в России и в современном мире / под ред. О.Ю. Малиновой, А.Ю. Сунгурова. – СПб. : Норма, 2005. – С. 20–27.

6. Римаренко С.Ю. Індивідуальні та колективні права. Дилема пріоритетів // Історичний журнал : наукове громадсько-політичне видання / Інститут політичних і етнонаціональних досліджень ім. І.Ф. Кураса НАНУ. – 2009. – № 1 (43). – С. 99–109.

Ковалко Н.М. Деякі аспекти співвідношення індивідуальних та колективних прав

Стаття присвячена дослідженню деяких аспектів співвідношення індивідуальних та колективних прав. Визначено основні положення концепції трьох поколінь прав людини, досліджено питання пріоритетності індивідуальних та колективних прав.

Ключові слова: покоління прав людини, індивідуальні права, колективні права.

Ковалко Н.Н. Некоторые аспекты соотношения индивидуальных и коллективных прав

Статья посвящена исследованию некоторых аспектов соотношения индивидуальных и коллективных прав. Определено основные положения концепции трех поколений прав человека, исследовано вопрос приоритетности индивидуальных и коллективных прав.

Ключевые слова: поколение прав человека, индивидуальные права, коллективные права.

Kovalko N.N. Some aspects of the relation of individual and collective rights

The article is devoted to some aspects of the relation of individual and collective rights. Defined the basic concept of the three generations of human rights, examined the issue of priority of individual and collective rights.

Key words: the generation of human rights, individual rights, collective rights.

Над випуском працювали:

Науковий редактор:
Олександр Гончаренко

Відповідальний секретар:
Лариса Бардаченко

Літературний редактор:
Ольга Таращук

Комп'ютерна верстка:
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