

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ,
МОЛОДІ ТА СПОРТУ УКРАЇНИ

Національний університет
«Одеська юридична академія»

НАУКОВІ ПРАЦІ

НАЦІОНАЛЬНОГО УНІВЕРСИТЕТУ
«ОДЕСЬКА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ»

Том XII



Одеса
«Юридична література»
2012

УДК 34(477-25Од)(082)
ББК 67(4Укр-2Од)я43
Н 34

У збірнику наукових праць Національного університету «Одеська юридична академія» опубліковано статті провідних учених НУ ОЮА, докторів та кандидатів наук, а також визначних правників з інших вузів України.

Збірник статей розрахований на фахівців, що працюють у сфері юриспруденції, студентів-юристів, а також юристів-практиків, які цікавляться тенденціями розвитку правового життя сучасного суспільства.

Редакційна колегія:

С. В. Ківалов, д-р юрид. наук, проф., акад. АПрН України (*головний редактор*);

В. М. Дрьомін, д-р юрид. наук (*заступник головного редактора*);

Ю. П. Аленін, д-р юрид. наук, проф.;

М. Р. Аракелян, канд. юрид. наук, проф.;

Л. Р. Біла-Тіцнова, канд. юрид. наук, проф.;

О. К. Вишняков, д-р юрид. наук, проф.;

М. А. Дамірлі, д-р юрид. наук, проф.;

Є. В. Додін, д-р юрид. наук, проф.;

В. В. Завальнюк, канд. юрид. наук, проф.;

І. І. Каракаш, канд. юрид. наук, проф.;

Ю. М. Оборотов, д-р юрид. наук, проф.;

М. П. Орзіх, д-р юрид. наук, проф.;

О. П. Подцерковний, д-р юрид. наук, проф.;

Ю. Є. Полянський, канд. юрид. наук, проф.;

В. В. Тищенко, д-р юрид. наук, проф.;

В. О. Туляков, д-р юрид. наук, проф.;

Є. О. Харитонов, д-р юрид. наук, проф.;

О. І. Харитонова, д-р юрид. наук, проф.;

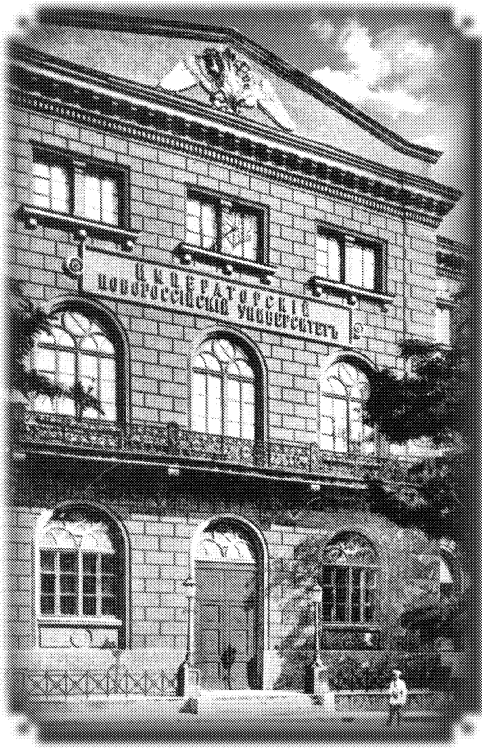
Г. І. Чанишева, д-р юрид. наук, проф.

Відповідальний за випуск

доктор юридичних наук

В. М. Дрьомін

Постановою Президії ВАК України № 1-05/10
від 10 грудня 2003 р. збірник внесено до списку фахових видань
(юридичні науки).



- 1847 рік — юридичному відділенню Рішельєвського ліцею (перший вищий навчальний заклад в Одесі) наданий статус університетського факультету;
- 1865 рік — юридичний факультет увійшов до складу Імператорського Новоросійського (нині Одеський) університету;
- 1993 рік — юридичний факультет перетворений на Юридичний інститут Одеського державного університету ім. І. І. Мечникова;
- 1997 рік — юридичній освіті і науці в Одесі виповнилося 150 років; створена ОДЮА;
- 1998 рік — ОДЮА надано членство в Асоціації європейських університетів;
- 2000 рік — ОДЮА наданий статус національної;
- 2007 рік — юридичній освіті і науці в Одесі виповнилося 160 років; Одеській національній юридичній академії — 10 років;
- 2008 рік — Асоціацією ректорів Європи ОНЮА була номінована на присвоєння нагороди «Європейська якість»;
- 2009 рік — ОНЮА надано членство в Європейській асоціації публічного права;
- 2010 рік — за результатами Загальнонаціонального рейтингу вищих юридичних навчальних закладів «Святий Володимир» ОНЮА була визнана кращим юридичним вузом України;
- 2010 рік — указом Президента України ОНЮА перетворена в Національний університет «Одеська юридична академія»

У К А З
ПРЕЗИДЕНТА УКРАЇНИ

**ПРО НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
«ОДЕСЬКА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ»**

Підтримати пропозицію Кабінету Міністрів України щодо збереження статусу національного за університетом «Одеська юридична академія», що утворюється у зв'язку з реорганізацією Одеської національної юридичної академії.

Президент України
В. ЯНУКОВИЧ

м. Київ, 2 вересня 2010 року
№ 893/2010

КАБІNET МІНІСТРІВ УКРАЇНИ

Р О З П О Р Я Д Ж Е Н Н Я
від 28 липня 2010 р. № 1564-р

Київ

**Про реорганізацію Одеської
національної юридичної академії**

1. Погодитися з пропозицією Міністерства освіти і науки про реорганізацію Одеської національної юридичної академії шляхом перетворення її у Національний університет «Одеська юридична академія».

Реорганізацію здійснити в межах асигнувань, передбачених Міністерству освіти і науки на підготовку кадрів.

2. Установити, що студенти Одеської національної юридичної академії продовжують навчання в Національному університеті «Одеська юридична академія».

3. Це розпорядження набирає чинності одночасно з Указом Президента України про збереження за Університетом, утвореним відповідно до пункту 1 цього розпорядження, статусу національного.

Прем'єр-міністр України
М. АЗАРОВ

ПЕРЕДМОВА

Запропонований вашій увазі тому XII Наукових праць Національного університету «Одеська юридична академія» присвячений 15-річчю заснування Національного університету «Одеська юридична академія» та 165-річчю Одеської школи права. Місія університету як вищого навчального закладу може бути реалізована завдяки забезпеченню високої якості освіти та наукових досліджень, їх нерозривної інтеграції і поєднання з інноваційною діяльністю. Саме завдяки належному науковому осмисленню сутності проблем правового регулювання суспільних відносин можна забезпечити розробку найефективніших способів вирішення цих проблем. У даному збірнику представлені праці відомих науковців, професорів, викладачів, аспірантів Національного університету «Одеська юридична академія», а також інших навчальних закладів та наукових установ, в яких досліджуються сучасні проблеми адміністративного та фінансового права, цивільного права та процесу, права інтелектуальної власності, трудового права та права соціального забезпечення, господарського, земельного та аграрного права.

Статті, розміщені у збірнику, висвітлюють широке коло питань адміністративного та фінансового права. Автори розглядають сучасні проблеми застосування бюджетного законодавства України, досліджують поняття бюджетного правопорушення, проблеми розмежування фінансово-правових санкцій та санкцій фінансово-правової норми, аналізують юридичну природу бюджетно-правових санкцій. Стверджується, що в умовах розвитку української держави галузь фінансового права зазнає суттєвих змін, а розвиток науки фінансового права набирає обертів. Фінансова діяльність держави та органів місцевого самоврядування забезпечує взаємодію приватного та публічного секторів економіки, національного та міжнародного ринків капіталів, сприяє забезпеченню та підтриманню економічної безпеки держави.

Значна увага приділяється проблемам розвитку сучасної цивілістики. Автори приділяють увагу визначенню поняття та характеристики базових категорій «приватне право», «цивільне право України» та «цивільне законодавство України», адже з'ясування їх сутності, характеру співвідношення та особливостей взаємодії являє неабиякий теоретичний, а стосовно поняття «цивільне законодавство» — ще й значний практичний інтерес. Внаслідок законодавчого закріплення обов'язковості рішень Верховного суду України для всіх суб'єктів владних повноважень, аналізується вплив рішень Верховного суду України на систему джерел цивільного і цивільного процесуального права.

В умовах формування постіндустріального суспільства не викликає сумніву практичне значення забезпечення реалізації результатів інтелектуальної діяльності, а отже й актуальність дослідження проблем, що виникають у цій сфері. Питання охорони прав інтелектуальної власності є на сьогоднішній день дуже актуальним та, на жаль, недостатньо розробленим.

У статтях автори досліджують види цивільних правовідносин інтелектуальної власності, адже у вітчизняному правознавстві до останнього часу практично відсутні наукові розвідки особливостей авторських правовідносин у широкому значенні цього поняття (правовідносин, що складаються в результаті саме творчої діяльності), вивчають проблеми охорони авторських прав на фотографічні твори та права особи на власне зображення.

Теоретичний та практичний інтерес представляють статті, в яких розкриваються проблеми правового регулювання відносин у сфері праці та соціального забезпечення. Належного законодавчого забезпечення потребує не тільки сфера застосування найманої праці, а й інші складові соціальної сфери. Суттєвих змін зазнають усі форми соціального захисту: пенсійна система, загальнообов'язкове державне соціальне страхування, державна соціальна допомога, спеціальний соціальний захист, додатковий соціальний захист, недержавне пенсійне забезпечення. Авторами аналізується сучасний стан пенсійного забезпечення в Україні, досліджуються основні нововведення пенсійної реформи та етапи її проведення, проводиться детальний аналіз правового регулювання пенсійного забезпечення окремих категорій осіб. Окрема увага приділяється одній із центральних у науці трудового права проблемі розмежування трудового договору і цивільно-правових договорів про працю.

У збірнику також містяться дослідження з актуальних проблем земельного та аграрного права. Авторами досліджуються особливості міжнародно-правового та європейського регулювання відносин щодо охорони земель, так як у сучасних умовах розвитку глобалізаційних та інтеграційних процесів важливе значення у механізмі охорони довкілля в цілому та у сфері використання і охорони земель повинні відігравати норми міжнародного та європейського права навколишнього середовища. Розглядаються питання права власності на землі лісогосподарського призначення та правове регулювання їх використання, і на підставі порівняльного аналізу відповідних положень земельного та лісового законодавства виявляються певні суперечності між земельно-правовими та лісо-правовими нормами та вносяться конкретні пропозиції щодо їх усунення шляхом внесення відповідних змін і доповнень до Земельного та Лісового кодексів.

Публікація пропонованого збірника Наукових праць НУ ОЮА здійснюється з метою доведення до наукової громадськості результатів наукових досліджень задля сприяння науковому забезпеченню законотворчого процесу в Україні. З огляду на хід та проблеми реформування правової та інституціональної системи в нашій державі, впевнений, що матеріали, які містяться у цьому виданні, допоможуть практикам, вченим та студентам у більш глибокому освоєні правових нормативів і цінностей.

Сергій КІВАЛОВ,

*доктор юридичних наук,
професор, академік АПН України,
Президент Національного університету
«Одеська юридична академія»,
голова Комітету Верховної Ради
України з питань правосуддя*

Розділ 1

**СУЧАСНІ ПРОБЛЕМИ АДМНІСТРАТИВНОГО
ТА ФІНАНСОВОГО ПРАВА**

УДК 347.73:336.01

Т. А. Латковська

РОЗВИТОК НАУКИ ФІНАНСОВОГО ПРАВА — ЗАПОРУКА РОЗВИТКУ УКРАЇНСЬКОЇ ДЕРЖАВИ

В умовах розвитку української держави суттєвих змін зазнає галузь фінансового права, розвиток науки фінансового права набирає обертів. Саме на цій галузі права яскраво відобразилися зміни, що відбувалися та й продовжують відбуватися у країні. Сучасне життя ставить перед вітчизняною наукою фінансового права складні виклики та завдання, конструктивне і своєчасне розв'язання яких є запорукою існування та дієвості України як суверенної та незалежної, демократичної, соціальної, правової держави.

Це пов'язане, в першу чергу, з тим, що економічні та політичні перебудови в Україні сприяють активному використанню фінансів та визначають відповідні зміни та розширення змісту галузі фінансового права. Фінанси пронизують усі сфери державної діяльності. Використовуючи фінансово-правові механізми, держава реалізує публічні функції. Адже фінансове забезпечення завдань держави призначене для задоволення інтересів органів влади та задоволення загальних інтересів індивідуальних та колективних суб'єктів. Без фінансового забезпечення функціонування держави неможливе задоволення публічних інтересів всього суспільства. Фінансова діяльність держави та органів місцевого самоврядування забезпечує взаємодію приватного та публічного секторів економіки, національного та міжнародного ринків капіталів, сприяє забезпеченню та підтриманню економічної безпеки держави. Всезростаюча роль фінансового права, інтерес до проблем даної галузі надихає вчених на дослідження фінансово-правової науки в якості самостійного об'єкта наукового інтересу.

Українське фінансове право як наука представляє собою галузь фундаментальних знань та науково-практичних юридичних знань, покликану забезпечити глибоке теоретичне та практичне освоєння фінансового

права як галузі права, розвиток та удосконалення фінансового законодавства, практики його застосування, а також правове навчання, з метою підвищення рівня фінансово-правової грамотності в країні.

Наука фінансового права знаходиться в одному ряду з іншими юридичними науками, що утворюють юриспруденцію нашої країни. Фінансове право поряд з іншими юридичними науками, такими як конституційне право, адміністративне право, кримінальне право, цивільне право та ряд інших, належить до числа основних юридичних наук. Таке правове положення науки фінансового права обумовлено тим, що:

1) фінансово-правове регулювання охоплює найважливіші сфери життя суспільства;

2) фінансове право є галуззю публічного права, покликаною забезпечити приведення в дію цілісного механізму фінансів та його цілеспрямоване функціонування відповідно до завдань країни;

3) фінансове право, зосереджуючи системоутворюючі категорії у фінансово-правовому регулюванні, покликано виражати та розвивати ці категорії і, у поєднанні з іншими суміжними галуззями, забезпечувати розвиток публічної галузі як однієї з найважливіших основ громадянського суспільства, галузі, яка служить інтересам громадянина та суспільства, за допомогою якої держава реалізує та охороняє загальні засади, без яких неможливі цілісність та стійкість країни. Фінансовому праву властивий яскраво виражений публічний інтерес, який забезпечує впорядок як в середині країни, так і в міжнародних відносинах.

Належність фінансового права до числа галузей публічного права дозволяє виділити для даної галузі характерні наступні ознаки: орієнтація на задоволення публічних інтересів; одностороннє волевиявлення суб'єктів права; широка сфера розсуду; ієрархічні відносини суб'єктів та відповідна субординація правових актів та норм; переважання директивно-обов'язкових норм; нормативно-орієнтовний вплив; пряме застосування санкцій, пов'язаних з обмеженнями використання ресурсів і т. п.

Наука фінансового права в прагненні наповнити змістом і розкрити суть поняття даної галузі права безперервно розширює та поглиблює фінансово-правове знання. Головне тут — вивчення та осмислення фінансово-правових норм та фінансово-правових відносин, визначення їх змісту та правової природи.

Разом із тим, наука фінансового права покликана забезпечити і поглиблене вивчення даної галузі права — її економічні та політичні підстави, юридичну логіку її норм та інститутів, її конструкції, її функції, місце та значення у суспільному житті.

Наука фінансового права є невід'ємною складовою системи юридичних наук, які, в свою чергу входять до системи суспільствознавчих наук, що вивчають різноманітні явища суспільного життя. Оскільки наука фінансового права є суспільствознавчою, то її предметом є соціальні явища, а саме фінансово-правові відносини та сукупність правових норм, що їх регулюють.

Предмет науки фінансового права об'єднує знання про різні сторони та аспекти досліджуваних явищ і процесів у єдину цілісну систему знань. Разом з тим його деталізація шляхом виділення конкретних об'єктів дослідження і уточнення задач наукового пошуку сприяє структуризації науки фінансового права.

Предметом науки фінансового права є насамперед те, на що спрямована думка у процесі вивчення певної сфери дійсності, включаючи самі знання, які здобуваються в ході пізнавального процесу. Виходячи з цього, предмет науки фінансового права можна умовно розподілити на три частини.

Першу частину становить сукупність знань про фінансове право як галузь національного права — сукупність фінансово-правових норм та інститутів, що знаходять своє вираження та закріплення у відповідних нормативно-правових актах України. Другу частину предмету науки фінансового права становить та сфера правових відносин, які дана галузь права регулює. У зв'язку з цим до предмету науки фінансового права належить сукупність правових відносин, що склались у сфері фінансової діяльності — у процесі формування, розподілу та перерозподілу і використання державою та органами місцевого самоврядування, а також уповноваженими ними суб'єктами публічних централізованих і децентралізованих фондів грошових коштів для досягнення загально-суспільної мети, завдань та функцій, поставлених Конституцією України перед державою, органами місцевого самоврядування та іншими публічними утвореннями, дозволеними державою. Третю частину предмету науки фінансового права становлять, власне, самі знання, отримані в ході пізнавального процесу фінансового права, фінансового законодавства, та сукупності правових відносин, що становлять предмет фінансово-правового регулювання.

Таким чином, предметом науки фінансового права є фінансове право як галузь національного права, його джерела, правові відносини, що становлять предмет фінансово-правового регулювання, а також сукупність знань, набутих у ході пізнання та вивчення фінансово-правових явищ та процесів. Предмет науки фінансового права є багатоплановим за своїм змістом і складним за структурою. Він формується зі становленням фінансово-правової науки, а отже, може зазнавати змін у зв'язку з її розвитком. Такі зміни можуть бути пов'язані з розширенням чи уточненням об'єктів вивчення і підходів до їх дослідження, постановкою на порядок денний нових проблем.

Головною метою науки фінансового права, яка досягається шляхом застосування відповідних методологічних прийомів пізнавальної діяльності у їх специфічному поєднанні, що властиве тільки для даної галузі юридичної науки, є осягнення її предмету.

Основними методами дослідження, що застосовуються наукою фінансового права, є: формально-догматичний, порівняльно-правовий, історико-правовий, соціологічний, структурно-функціональний тощо.

Шляхом застосування формально-догматичного методу здійснюються тлумачення та класифікація сукупності фінансово-правових норм, їх втілення у нормативно-правових актах та реалізація у практиці правозастосування. Як відзначає проф. К. С. Бельський, за допомогою формально-догматичного методу норма фінансового права вивчається у трьох аспектах: а) як вона відображена у законі; б) чи можна її застосувати у такому вигляді у життєві ситуації; в) якою вона повинна бути в ідеалі.

Порівняльно-правовий метод дозволяє розкрити сутнісні ознаки фінансово-правових явищ у різних правових системах, є способом перенесення та ефективного провадження переваг і здобутків аналогічних зарубіжних моделей фінансово-правового регулювання у вітчизняну практику.

Історико-правовий метод дозволяє виявити тенденції виникнення і розвитку різних фінансово-правових процесів і їх правове регулювання. Існуючі проблеми сучасного фінансового права можуть бути вирішені лише з урахуванням накопиченого у минулому досвіду, з вивченням положень та висновків, сформульованих фінансово-правовою наукою на попередніх етапах її становлення.

Соціологічний метод у науці фінансового права вказує на її взаємозв'язок і взаємозумовленість з правовою практикою. Як відзначав один з корифеїв фінансово-правової науки кінця ХІХ — початку ХХ ст. І. Х. Озеров, наука фінансового права повинна вивчати об'єктивні соціальні закономірності того або іншого явища у фінансовому праві, аналізувати причини його існування, а не просто відображати існуючий стан речей.

Структурно-функціональний метод наукового пізнання у науці фінансового права є сукупністю логічних прийомів і засобів дослідження структури певного явища шляхом характеристики системних зв'язків, взаємодії та функціонування елементів цієї структури. Даний метод широко застосовується у фінансово-правовій науці, оскільки дозволяє чітко структурувати знання про фінансове право як систему відповідних правових норм та інститутів.

Предмет, мета і методи дослідження зумовлюють зміст знань, що становлять науку фінансового права і систематизують ці знання. Система науки фінансового права полягає у її структурі, яка є її внутрішньою формою і характеризується стійкістю взаємозв'язків елементів цієї системи.

Основними елементами структури науки фінансового права є поняття і категорії. Поняття є первинним елементом системи науки фінансового права, вони відображають всі аспекти фінансово-правових явищ і процесів, характеризують їх у найбільшому ступені повноти, цілісності і адекватності. Саме поняття є основою принципів науки фінансового права, її відправною точкою, початком розвитку знання про об'єкт дослідження і результатом даного дослідження.

Розглядаючи поняття, вироблені наукою фінансового права, слід відзначити, що серед них є ті, що відображають найбільш істотні властивості правових явищ і предметів. Такі поняття прийнято називати категоріями. Фінансово-правові категорії — це найбільш загальні поняття, що відображають сутнісні властивості фінансового права та фінансово-правових відносин і становлять основу науки фінансового права. На відміну від інших понять фінансово-правові категорії утворюють постійну частину науки фінансового права. За своїм змістом фінансово-правові категорії являють собою певні логічні утворення, що об'єднують знання про фінансове право на базовому, фундаментальному рівні.

Становлення ринкових відносин та утворення економічних основ демократичного суспільства викликали перегляд розуміння багатьох базових категорій фінансового права і, як наслідок, сприяли розвитку еволюційних процесів у фінансово-правовій науці. Порівняно з минулим затяжним періодом у досить короткий час прийнята велика кількість фінансово-правових актів, які склали найпотужніший законодавчий масив та мабуть провідний у системі законодавства України, серед яких Бюджетний, вдруге прийнятий [1], (2001, 2010 рр.) та Податковий, вперше прийнятий [2], (2010 р.) кодекси, підкреслюючи активне становлення нової за своїм змістом галузі фінансового права, яка стала в системі українського права в ряд її основних галузей.

Аналізуючи діюче фінансове законодавство, необхідно відмітити зазначену кодифікацію як певне досягнення на шляху до формування українського фінансового права та його основного джерела — законодавства, що має важливе значення для правозастосовчої діяльності у сфері розподілу та використання бюджетних доходів на всіх рівнях бюджетної системи, конкретизації системи податкових доходів, виділяючи в ній в залежності від рівня територіального утворення загальнодержавні та місцеві податки та збори. Сьогодні пропонується ідея розробки та прийняття Банківського кодексу України, наводяться переконливі аргументи на користь такої думки. Все це підкреслює стрімкий розвиток фінансового законодавства, суттєві зміни в організації фінансової діяльності, при набутті нею нових властивостей, від яких залежать усі сфери життєдіяльності української держави та посилення ролі фінансового права на сучасному етапі як регулятора соціально-економічних відносин.

Наука фінансового права пройшла довгий та непростий шлях власного становлення. Протягом багатьох століть розвиток науки фінансового права здійснювався у загальноцивілізаційному потоці світової та європейської економічної, фінансової та правової думки. Наука фінансового права на протязі свого історичного розвитку знаходиться у тісному взаємозв'язку з політичною економією і фінансовою наукою. Даний взаємозв'язок особливо характерно проявився у працях Адама Сміта, який обґрунтував правову природу податку і дав один із найбільш сильних імпульсів для розвитку фінансової науки і науки фінансового права.

Уявлення про сутність та значення науки фінансового права як складової юриспруденції постійно еволюціонувало і трансформувалось у зв'язку з її власним, внутрішнім розвитком, та внаслідок економічних, суспільно-політичних змін.

На протязі всього XIX ст. фінансове право розвивалось у нерозривній єдності з економічною наукою (її частиною про фінанси), а тому наукові дослідження у фінансовій сфері являли собою, за виразом проф. А. М. Козиріна, своєрідний економіко-юридичний симбіоз. Комплексний економіко-юридичний характер приводив до змішування, взаємозаміни понять: «фінанси» та «фінансове право»; «фінансова наука» та «наука фінансового права». Як відомо з енциклопедичного словника Ф. А. Брокгауза та І. А. Ефрона, «фінансова наука належить, з одного боку, до циклу економічних наук, а з іншого — до наук правових» [3]. Таке змішування не сприяло розвитку власного понятійно-категорійного апарату даних наук, ускладнювало вироблення і застосування власного методологічного інструментарію, однак необхідно відмітити ту обставину, що висновки та принципи позиції, розроблені кожною з них, стали науковою базою для будь-якої. Вирішального значення набув факт відносно пізнього усамостійнення фінансового права і його історії як науки та взаємозв'язок із суміжними дисциплінами, що формувалися майже одночасно.

Особливо бурхливим і плідним у історії науки фінансового права був період після скасування у Росії кріпосного права з 1861 р. до створення радянської держави (1917 р.). В ці роки на теренах Російської імперії створюються перші кафедри фінансового права: у Московському, Казанському і Новоросійському (м. Одеса) університетах. До цього періоду належить діяльність таких видатних вчених, як М. Алексеєнко, Л. Вацуро, С. Іловайський, В. Лебедев, Д. Львов, Ф. Мільгаузен, П. Мигулін, А. Нікітський, І. Озеров, І. Патлаєвський, І. Тарасов, Л. Ходський, І. Янжул та багато інших.

Розвиток науки фінансового права на території України в даний період зосереджувався переважно в університетах, які створили необхідні умови для формування наукового середовища і організованої системи досліджень. Осередками науки фінансового права у цей період були: Імператорський університет св. Володимира м. Київ (М. Бунге, М. Цитович, М. Яснопольський та ін.); Харківський університет (М. Алексеєнко, П. Мигулін, І. Миклашевський та ін.); Університет Франца Йосифа м. Львів (М. Добриловський, Ю. Дунаєвський, В. Навроцький та ін.); Таврійський університет (К. Воблий, П. Гензель, М. Довнар-Запольський та ін.).

Окремо слід виділити Новоросійський університет м. Одеси, в структурі якого функціонувала кафедра фінансового права. На даній кафедрі у різні періоди працювали такі відомі представники фінансово-правової науки, як Г. Вітгерс, С. Іловайський, Г. Кнапп, І. Патлаєвський, В. Твердохлебов, Г. Тіткін, Л. Федорович та ряд інших.

Професором Новоросійського (Одеського) університету І. С. Іловайським був виданий підручник з фінансового права, у якому автор визнавав самостійний характер фінансового права як галузі знань, «що має свою особливу сферу досліджень» [4, с. 5]. Таким чином, історія розвитку української фінансово-правової науки тісно пов'язана з історією Одеської юридичної академії.

Після Жовтневої революції та становлення радянської влади наука фінансового права опинилася в принципово нових економічних і політичних умовах, коли її існування було можливе лише в жорстких ідеологічних рамках. Фінансове право у більшості випадків перестає викладатись у якості самостійної навчальної дисципліни, а діючі кафедри фінансового права розформовуються. В таких умовах головним завданням фінансово-правової науки стає насамперед характеристика принципів і сутності бюджетної політики радянської влади. Більшість праць, опублікованих у період з 1918 до кінця 40-х років ХХ ст. таких авторів, як А. Алексєєв, М. Гурвіч, М. Боголепов, С. Котляревський, М. Загряцький, Е. Понтович та багатьох інших, присвячені правовому регулюванню бюджетних правовідносин та здійсненню фінансового контролю. Помітний слід у розвитку науки фінансового права залишили роботи Р. Халфіної та М. Гурвіча. Зокрема, виданий М. Гурвічем навчальний посібник «Радянське фінансове право» на протязі всіх 50-х років був єдиним підручником для всіх студентів-юристів.

На думку багатьох вчених, переломним етапом у історії науки фінансового права та найкращими роками у розвитку науки фінансового права стали 60–70-ті роки ХХ сторіччя. Найбільш знаковою подією даного періоду стало опублікування Ю. А. Ровінським праці «Основні питання теорії радянського фінансового права» (1960 р.), більшість положень якої покладені в основу сучасної фінансово-правової науки. Окрім вказаної праці, гідне місце в науці фінансового права займають роботи таких авторів, як В. В. Бєсчеревних, Д. А. Бєкерська, Л. К. Воронова, М. І. Піскотін, Н. І. Хімічева, С. Д. Ципкін та інших. Саме у даних працях було всебічно обґрунтовано самостійний характер предмету і методу фінансового права, охарактеризовано його систему, визначені взаємозв'язки з іншими галузями, закладено базові підвалини подальшого розвитку.

Здобуття Україною незалежності та пов'язані з цим корінні перетворення всіх сфер суспільного життя, зокрема: становлення ринкових відносин, запровадження плюралізму форм власності, денационалізація банківської системи тощо — призвели до переходу на якісно новий етап розвитку науки фінансового права. При цьому слід відзначити, що вказані обставини стали і своєрідним поштовхом до активізації фінансово-правових досліджень, нарощенням наукового доробку як у кількісному, так і якісному відношенні.

Визначення місця фінансового права в системі українського права, вміння відмежовувати його від інших галузей права, актуалізація фінан-

сово-правового регулювання суспільних відносин, виникнення нових фінансово-правових інститутів мають суттєве і теоретичне, і практичне значення, оскільки сприяють удосконаленню фінансового законодавства, чіткості в організації та результативності фінансової діяльності держави та органів місцевого самоврядування.

Сучасне фінансове право займає провідне місце в системі українського права як одна з її основних галузей, що активно розвивається.

Фундатором та ідейним натхненником науки фінансового права в Україні є Л. К. Воронова — академік Академії правових наук України, професор Київського національного університету ім. Т. Шевченка. Саме завдяки її участі та безпосередньому керівництву в Україні з'явилися нові підручники та навчальні посібники з фінансового права, відбулися захисти всіх докторських та величезної кількості кандидатських дисертацій з фінансово-правової проблематики. З іменем Л. К. Воронової пов'язується діяльність Науково-дослідного інституту фінансового права Національного університету ДПС України, заснованого у 2001 році.

Сьогодні, продовжуючи започатковані представниками фінансово-правової науки Новоросійського (Одеського) університету традиції, вчені-фінансисти кафедри адміністративного та фінансового права Національного університету «Одеська юридична академія» досліджують фінансове право через систему нових понять та категорій, які дозволяють повніше розкрити сутність та значення фінансового права та впевнено констатувати, що фінансове право піднялося на вищий ступінь порівняно з попередніми роками та достойно займає місце поряд з адміністративною та цивільною галузями права після конституційного права.

Перед українською наукою фінансового права постали нові завдання щодо дослідження предмета правового регулювання, пов'язані з появою нових видів суспільних відносин, які регулюються фінансовим правом. Однак поки що не з'явилося самостійного монографічного дослідження у даному питанні. На сучасному етапі розвитку української держави важливого значення набуває переосмислення доктринальних підходів до багатьох проблем науки фінансового права з метою подальшого удосконалення правового регулювання фінансової діяльності держави та органів місцевого самоврядування. Зрозуміло тільки те, що розширюється предмет фінансового права, тобто розширюється система відносин, що виникають у сфері фінансової діяльності держави та органів місцевого самоврядування, відбувається формування нових фінансово-правових інститутів, або розширюються та піднімаються на вищий рівень вже існуючі, переростаючи із простих у складні інститути. Сьогодні з'являється необхідність з приводу дослідження емісійних відносин, які регламентуються нормами фінансового права та утворюють всередині галузі самостійний інститут емісійного права; з'являється необхідність розширення фінансової діяльності держави в сторону звернення уваги на суспільні відносини з приводу державного регулювання фондів коштів, що утворюються в межах функціонування господарюючих

суб'єктів. Саме загальні, концептуальні положення фінансово-правової науки є орієнтирами для держави і органів місцевого самоврядування у правотворчій і правозастосовчій діяльності.

Таким чином, наука українського фінансового права активно розвивається, її досягнення затребувані державою та покликані слугувати удосконаленню українського законодавства з метою побудови економічно сильної правової держави, адже розвиток науки фінансового права є запорукою розвитку української держави.

Л і т е р а т у р а

1. Бюджетний кодекс України від 8 липня 2010 р. № 2456-VI // Відомості Верховної Ради України. — 2010. — № 50–51. — Ст. 572.
2. Податковий кодекс України від 2 грудня 2010 р. № 2755-VI // Відомості Верховної Ради України. — 2011. — № 13–14, 15–16, 17. — Ст. 112.
3. Энциклопедический словарь. Т. XXIX / Ф. А. Брокгауз, И. А. Ефрон. — СПб., 1900. — 468 с.
4. Иловайский С. И. Учебник финансового права / С. И. Иловайский. — 5-е изд., доп. и перераб. Г. И. Титкиным. — О., 1912.

А н о т а ц і я

Латковська Т. А. Розвиток науки фінансового права — запорука розвитку української держави. — Стаття.

Стаття присвячена розвитку науки фінансового права. Досліджується предмет науки фінансового права, який є багатоплановим за своїм змістом і складним за структурою та зазнає відповідних змін у зв'язку з розвитком фінансово-правової науки. Розглядаються основні методи дослідження, що застосовуються наукою фінансового права та основні елементи структури науки фінансового права. Доводиться, що розвиток науки фінансового права є запорукою розвитку української держави.

Ключові слова: наука фінансового права, предмет науки фінансового права, методи науки фінансового права.

А н н о т а ц и я

Латковская Т. А. Развитие науки финансового права — залог развития украинского государства. — Статья.

Статья посвящена развитию науки финансового права. Исследуется предмет науки финансового права, который является многоплановым по своему содержанию и сложным по структуре, претерпевающий изменений в соответствии с развитием финансово-правовой науки. Рассматриваются основные методы исследования, применяемых наукой финансового права и основные элементы структуры науки финансового права. Делается вывод, о том, что развитие науки финансового права является залогом развития украинского государства.

Ключевые слова: наука финансового права, предмет науки финансового права, методы науки финансового права.

S u m m a r y

Latkovskaya T. A. The development of financial law science as a mortgage of Ukrainian state development. — Article.

The article is dedicated to the development of financial law science. The subject of financial law science which is various in its content, difficult in its structure and tests changes with the development of financial legal science is investigated in the article. The main methods of investigation that are applied by financial law science and the main elements of structure of financial law science are examined. The development of financial law science is led to be the mortgage in the Ukrainian state development.

Keywords: the financial law science, the subject of financial law science. the methods of financial law science.

УДК 351.713:339.543.4

Б. А. Кормич

ЕВОЛЮЦІЯ РЕЖИМУ НАЙБІЛЬШОГО СПРИЯННЯ У МИТНОМУ РЕГУЛЮВАННІ

Така категорія як режим найбільшого сприяння цілком слушно вважається однією з ключових у міжнародному співробітництві з митних питань. Адже саме включення до міжнародних договорів положень щодо режиму найбільшого сприяння стало відправним пунктом у формуванні окремого напрямку міждержавного співробітництва, що охоплював питання торгівлі та митного регулювання. Але насправді значення режиму найбільшого сприяння для формування митного права та митної справи є набагато більш значним і охоплює не лише міжнародну, але й національну їх складові. Положення щодо режиму найбільшого сприяння справили вплив на багато інститутів національного митного законодавства окремих держав, зокрема в тому, що стосується визначення країни походження, структури митних тарифів, митного оформлення товарів тощо.

Різні аспекти режиму найбільшого сприяння у зовнішньоекономічній діяльності неодноразово ставали предметом досліджень зарубіжних та вітчизняних фахівців в галузі міжнародного та митного права, серед яких Є. В. Додін, С. В. Ківалов, І. М. Кулішер, М. Требілкок, Р. Хоуз та багато інших.

Але, як правило, основна увага приділялася суто міжнародно-правовим аспектам реалізації даного режиму, в рамках же даної статі ми розглянемо розвиток даного режиму в контексті формування державної політики в галузі митного регулювання в цілому.

Питання митного регулювання зовнішньоекономічної діяльності у всі часи були пов'язані і базувалися на взаємодії національних правил, визначених внутрішнім законодавством країни та міжнародних зобов'язань, встановлених відповідними міжнародно-правовими актами. Через цю взаємодію і забезпечується відповідний баланс між національними інтересами в митній сфері та відповідними узгодженими поступками

іншим країнам — торговельним партнерам. А оскільки мова йде про баланс інтересів, то безумовно, ця категорія вже в більшій мірі носить не лише правовий, а й політичний характер, що і відображається у законодавчому визначенні даного напрямку державної діяльності, який у різні часи та в різних нормативно-правових актах носив назви: зовнішньоекономічна політика, митна політика, державна політика у сфері державної митної справи тощо.

Стаття 5 нового Митного кодексу України (МКУ) визначає державну політику у сфері державної митної справи як систему цілей, принципів, функцій, напрямів, засобів і механізмів діяльності держави, спрямованих на забезпечення національних митних інтересів та безпеки України, регулювання зовнішньої торгівлі та захист внутрішнього ринку, розвиток національної економіки та її інтеграцію до світової економіки, наповнення державного бюджету [1].

Норми цієї ж статті визначають чотири основні напрями реалізації державної політики в сфері митної справи, до яких відносяться:

— механізми тарифного та нетарифного регулювання зовнішньоекономічної діяльності;

— участь у митних союзах, зонах вільної торгівлі та міжнародних договорах (конвенціях) з митних питань;

— встановлення порядку переміщення товарів через митний кордон України та здійснення їх митного контролю;

— законодавство України з питань державної митної справи.

Два з цих напрямків як раз і стосуються розвитку міжнародно-правової та національної складової митного законодавства, а інші два — фактично представляють собою конкретні правила, що базуються на відповідному законодавстві.

Така юридична конструкція, як режим найбільшого сприяння, є найбільш характерним віддзеркаленням взаємодії між міжнародними та національними правовими нормами у митному регулюванні. Згідно нормам ст. 7 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність», режим найбільшого сприяння представляє собою певний «обсяг прав, преференцій та пільг щодо мит, податків та зборів, якими користується та/або буде користуватися іноземний суб'єкт господарської діяльності будь-якої іншої держави, якій надано згаданий режим» [2]. Цей режим найбільшого сприяння надається на основі взаємної угоди суб'єктам господарської діяльності інших держав згідно з відповідними договорами України та застосовується у сфері зовнішньої торгівлі.

Дане положення відповідає тлумаченню загального безумовного режиму найбільшого сприяння, встановленого ст. 1 Генеральної угоди з тарифів та торгівлі, яке України сприйняла, як член СОТ. Але, як відомо, до загального визнання сучасної форми режиму найбільшого сприяння цей режим зазнав низки трансформацій протягом всієї історії свого існування. Крім того, існують певні протиріччя і у визначенні приблизної дати виникнення відповідної юридичної конструкції. Щонайменше,

в різних джерелах називають кінець XVII, початок та середину XIX століть.

Але існують свідчення, що прообраз режиму найбільшого сприяння виник ще у XI ст. У 1055 році, імператор Священної Римської Імперії Генріх III своїм указом надав місту Мантуа «всі митні привілеї, що надаються будь-якому іншому місту». Саме це стало першим з основних шести етапів становлення інституту найбільшого сприяння у регулюванні зовнішньої торгівлі [3, с. 49]. Серед характерних ознак даної форми режиму найбільшого сприяння є її односторонній, невзаємний характер, коли пільги та переваги надавалися без отримання аналогічних переваг від інших держав. Такий вид режиму може як встановлюватися внутрішнім законом держави, так і включатися до міжнародно-правової угоди.

Слід зазначити, що односторонній режим найбільшого сприяння не зник з розвитком митних відносин. Так, на рівні автономних заходів він трансформувався у преференції, які надаються країнам, що розвиваються, які мають обидві ознаки подібного тлумачення даного режиму: односторонній характер та встановлення внутрішнім законодавством держави, що його надає. На міжнародному рівні останнім випадком встановлення одностороннього режиму найбільшого сприяння були Паризькі мирні угоди, підписані 10 лютого 1947 р., в яких Італія, Румунія, Угорщина, Болгарія та Фінляндія, поміж іншого, надавали на певний час без взаємності державам-переможцям у II Світовій війні повного та безумовного режиму найбільшого сприяння та національного режиму. Це було однією з умов відновлення суверенітету цих держав та набуття ними членства в ООН.

Принцип взаємності у застосуванні режиму найбільшого сприяння починає широко застосовуватися у XVIII ст., що було пов'язано з поширенням між європейськими країнами угод про торгівлю та навігацію. В свою чергу таке зростання міждержавного співробітництва було обумовлено істотними змінами в економічній політиці, коли на зміну політиці меркантилізму, основною ідеєю якої було застосування жорстких протекціоністських засобів, починають приходити ідеї вільної торгівлі та міжнародного розподілу праці, які популяризувалися в роботах видатних економістів XVIII ст. Адама Сміта та Девіда Хума.

Саме у XVIII ст. виникає і сам термін «режим найбільшого сприяння», який запроваджується у міжнародні угоди. Так, ст. III Угоди Про торгівлю та мореплавство між Великою Британією та Росією 1766 р. зокрема передбачала, що «моряки, пасажери та судна, як Британські так і Російські (в тому числі, якщо серед їх екіпажів будуть знаходитися суб'єкти інших націй) будуть отримувати режим найбільшого сприяння» [4].

Характерною особливістю інституту режиму найбільшого сприяння цього періоду є застосування принципу взаємності на двосторонній основі, коли кожна держава надавала іншій набір пільг та поступок, ек-

вівалентний тому, що отримувала. Наприклад, вище згадана Угода 1766 р. у ст. IV містила положення, що з метою забезпечення рівності між російськими та британськими торговцями, російські піддані повинні сплачувати при експорті товарів такі ж самі мита, які платять британські піддані при експорті аналогічних товарів з портів Росії.

Але одночасно з цим почали застосовувалися і елементи безумовного режиму найбільшого сприяння, за якого пільга, надана будь-якій третій стороні, автоматично розповсюджувалася на всі країни, з якими було укладено угоди, що передбачають подібний режим. В тій же самій ст. IV Угоди 1766 р. встановлювалася свобода торгівлі, яка означала можливість ввезення всіх типів товарів, переміщення яких не заборонено, у всі провінції, «де свобода торгівлі дозволена суб'єктам будь-якої іншої країни».

Ще однією особливістю режиму найбільшого сприяння того часу було те, що його отримували фізичні особи-громадяни або судна під прапором певної країни. В той же час походження товарів (факт їх виробництва чи отримання в конкретній країні) мало другорядне значення.

Наступний, третій етап, характеризується домінуванням у міжнародних угодах так званого «умовного режиму найбільшого сприяння» та охоплює період з кінця XVIII ст. по 1860 рр. Виникнення подібного тлумачення режиму найбільшого сприяння було пов'язано із початком активної зовнішньополітичної діяльності Сполучених Штатів Америки, які на той час щойно проголосили незалежність. Згідно із тогочасним американським поглядом на проблему гарантування однакових пільг та привілеїв як для держав, що надали аналогічні зустрічні поступки, так і для тих, що не надають жодної компенсації, у відповідь порушувало принцип рівності привілеїв щодо доступу на ринки, який і повинен був бути гарантований через механізм найбільшого сприяння.

Однією з перших угод, що містила положення щодо умовного режиму найбільшого сприяння, стала Угода про дружбу та торгівлю між США та Францією 1778 р. Згідно ст. 2 даної Угоди Франція та США домовлялися «не гарантувати жодної особливої пільги іншим країнам щодо торгівлі та мореплавства, яка негайно не стане доступною іншій стороні, яка отримує таку ж саму пільгу вільно, якщо поступка була надана безкоштовно, або після надання аналогічної компенсації, якщо поступка була умовною» [5].

Таким чином, особливість подібного тлумачення полягала в тому, що будь-які нові митні пільги та преференції надані державою А державі Б будуть розповсюджуватися на всі інші держави, з якими державою А укладено угоду про режим найбільшого сприяння не автоматично, а лише за умови надання ними пільг, еквівалентних тим, що надаються державі А державою Б. Тобто пільги надаються не автоматично (безумовно), а під певною умовою. Практично всі торговельні угоди США XIX ст. містили положення щодо умовного режиму найбільшого сприяння.

ня. Але в практиці європейських країн такий підхід застосовувався лише вельми обмежений проміжок часу.

Важливою датою у розвитку режиму найбільшого сприяння став 1860 р., коли відбулося підписання торгівельної угоди між Францією та Великобританією, відомої як Угода Гобдена — Шевальє (*Gobden — Chevalier Treaty*). Ця угода увібрала в себе основні ідеї політики вільної торгівлі, такі як рівність у доступу на ринки, свобода транзиту, сприяння розвитку торгівлі тощо. Основним механізмом реалізації зазначених принципів визнається безумовний режим найбільшого сприяння, який стає центральним елементом міждержавного співробітництва в митній сфері. Саме ж юридична конструкція, запроваджена Франко-Британською угодою 1860 р. стає стандартною для двосторонніх міжнародних договорів.

Але період поширення принципів вільної торгівлі в тогочасній митній політиці виявився досить нетривалим. Наприкінці 70-х рр. XIX ст. економіка більшості країн Європи зазнала суттєвої рецесії, пов'язаної з надвиробництвом та істотним зростанням конкуренції на ринку промислових товарів. Відповідно більшість держав намагалися вирішити ці проблеми за рахунок протекціоністської політики. У 1879 р. Німеччина, а згодом і інші європейські країни фактично відмовилися від принципів вільної торгівлі, суттєво збільшивши ставки ввізних мит. І лише Велика Британія продовжувала формально застосовувати режим найбільшого сприяння у регулюванні зовнішньої торгівлі. Так, наприклад, положення про безумовний режим найбільшого сприяння містилося в Угоді про торгівлю та мореплавство між Великою Британією та Японією 1894 р. Згідно ст. XV цієї угоди Договірні сторони погоджувалися з тим, що «у всьому що стосується торгівлі та мореплавства, будь який привілей, перевага або імунітет, який Договірні сторони надала або може надати в майбутньому уряду, суднам, суб'єктам або громадянам будь-якої іншої держави, буде поширено невідкладно та безумовно на уряд, судна, суб'єктів або громадян іншої Договірної Сторони, вони мають намір, щоб торгівля та мореплавство кожної держави з іншою були побудовані у всіх відношеннях на основі найбільшого сприяння» [6].

Спроба повернення до принципів вільної торгівлі мала місце вже після I Світової війни і багато в чому була пов'язана із діяльністю Ліги Націй, яка орієнтувала країни-члени на поглиблення співробітництва в митній сфері та запровадження принципів чесності та взаємності у формуванні політики в галузі митного регулювання. В цьому аспекті слід відзначити Міжнародну конвенцію із спрощення митних формальностей 1923 р., ст. 2 якої прямо вказувала, що митні режими країн-учасниць повинні будуватися на принципі чесності [7].

Але, разом з тим, не дивлячись на проголошені принципи, п'ятий етап розвитку режиму найбільшого сприяння, який охоплює період з 1918 р. по 1929 р. і характеризується, насамперед, широким запровадженням диференціації обсягів поступок, що включалися у режим най-

більшого сприяння. Ця диференціація здійснювалася як за кількістю та видами товарних позицій, на які розповсюджувалися поступки, так і за фактичним обсягом поступок. Фактично в цей період лише лічені країни користувалися повним обсягом поступок з боку своїх торговельних партнерів (так званим мінімальним митним тарифом). У більшості ж випадків надавалися лише окремі групи пільг, а всі інші були предметом переговорів та узгодження взаємних поступок.

Так, наприклад, такі країни, як Франція або Іспанія, запровадили практику мінімального тарифу, який складала граничні можливі поступки згідно режиму найбільшого сприяння. Але кожною конкретною угодою всі товарні позиції розподілялися на три частини. В першій зазначався перелік видів товарів, як правило, відносно невеликий, які обкладалися митом згідно мінімального тарифу. До другої групи включалися товари, які обкладалися конвенційним тарифом, тобто за ставками, які визначалися безпосередньо угодою і були вищими за ставки мінімального тарифу, але меншими за повні ставки мита. Нарешті всі інші, не згадані в договорі товари, складала третю групу, яка обкладалися за повними ставками ввізного мита [9].

В країнах Британської співдружності система була дещо іншою, але тариф також складався з трьох видів ставок — преференційних, найнижчих, якими обкладалися товари з країн-членів співдружності, усередненого тарифу, ставки якого були вищими за преференційні, але нижчими за повні для країн, що отримували режим найбільшого сприяння, та повні ставки мит для всіх інших країн.

Таким чином, кожна країна отримувала фактично індивідуальний режим доступу на ринки, що робило подібну систему складною та дискримінаційною по суті, та фактично нівелювало саму ідею найбільшого сприяння.

Але навіть така досить неоднозначна практика застосування режиму найбільшого сприяння була зруйнована хвилею світової економічної кризи. Велика Депресія, що вразила США та провідні європейські країни у 1929 р., привела до нового повороту у розвитку режиму найбільшого сприяння, коли цей режим перетворився на формальність. Тарифний Акт США 1930 р., прийнятий в умовах жорсткої економічної кризи, передбачав зростання ставок мит в середньому до 40 %, а по деяких позиціях навіть до 60 %. Крім того, застосовувалася значна кількість нетарифних обмежень. Така ж протекціоністська політика проводилася і європейськими країнами, що разом із вже згаданою британською системою колоніальних преференцій фактично стало бар'єром для вільного розвитку міжнародної торгівлі.

На цьому тлі цілком логічним стала ідея ліквідації системи двосторонніх митних пільг та преференцій на користь встановлення справедливих та недискримінаційних умов доступу на ринки для всіх торговельних партнерів. Цей напрямок був одним з ключових на тарифних переговорах 1945–1947 рр., які відбувалися в рамках підготовки Хартії

Міжнародної торгівельної організації. Як відомо, результатом цих переговорів стало підписання Генеральної угоди з тарифів і торгівлі 1947 р.

Одним з лейтмотивів цих переговорів стало зниження торгівельних бар'єрів, при чому відповідними поступками вважалися як зменшення рівня ставок мит, так і скасування двосторонніх преференцій. Зокрема така позиція визначалася ст. 17 проекту Хартії МТО, встановлювалося, що майбутні члени організації повинні вступити в переговори, спрямовані на зниження тарифів та інших зборів на імпорту та експорту та на ліквідацію преференцій на взаємовигідній основі.

Наступним логічним кроком стало встановлення норми щодо загального безумовного режиму найбільшого сприяння, закріпленої в ст. I ГАТТ-47 [10]. Ситуація, коли будь-яка пільга або преференція щодо імпорту або експорту надана будь-якій країні, автоматично розповсюджується на всі Договірні Сторони ГАТТ, фактично виконує заборонну функцію, роблячи неможливим створення індивідуальних преференцій. Це стало запорукою лібералізації торгівлі та створення сучасної багатосторонньої торгівельної системи, що спрямована на максимальну відкритість ринків країн та усунення дискримінації між товарами походженням з різних країн. Безумовно, передбачена низка виключень із загального режиму найбільшого сприяння, як то: митні союзи, зони вільної торгівлі, прикордонна торгівля тощо. Але в цілому конструкція безумовного режиму найбільшого сприяння, встановлена ГАТТ, набула на сьогоднішній день визнання більш ніж 150 країнами світу та виступає загальним стандартом зовнішньоторговельного режиму.

Таким чином, як ми можемо побачити, як тлумачення, так і функції режиму найбільшого сприяння зазнавали трансформації впродовж всієї історії його розвитку, пройшовши цілий ряд стадій. Це відбувалося в залежності від цілей та поглядів, які покладалися в основу політики в сфері митного регулювання окремих держав. Так, на початку режим найбільшого сприяння мав на меті надання окремих переваг найважливішим торгівельним партнерам, згодом його завдання трансформувалося у створення механізму щодо взаємного надання доступу на ринки, надалі цей режим перетворився у засіб диференціації в торгівлі з різними державами та набув дискримінаційного забарвлення, та, нарешті, він став інструментом забезпечення рівного ставлення до торгівлі аналогічними товарами з різними країнами.

Л і т е р а т у р а

1. Митний кодекс України від 13 березня 2012 р. № 4495-VI // Офіційний вісник України. — 2012. — № 32. — Ст. 1175.
2. Про зовнішньоекономічну діяльність: Закон України від 16 берез. 1991 р. № 959-XII // Відомості Верховної Ради. — 1991. — № 29. — Ст. 377.
3. Trebilcock M. J. The Regulation of International Trade / *Trebilcock Michael J., Howse Robert.* — 3-rd ed. — New York: Routledge, 2005.

4. Treaty of Commerce and Navigation Between Great-Britain and Russia. St.Petersburg, 1766. Vol. II. From 1727 to 1771 // A Collection of all Treaties of Peace, Alliance and Commerce between Great-Britain and other Powers from the Revolution in 1688, to the Present Time. — London: Printed for J. Almon, Oppsite Burlington-house, in Piccadilly, MССLXXII. — P. 318–327.
5. Treaty of Amity and Commerce Between The United States and France (Paris, February 6, 1778). Vol. 2. Documents 1–40: 1776–1818 // Treaties and Other International Acts of the United States of America / ed. by Hunter Miller. — Washington: Government Printing Office, 1931.
6. Treaty of Commerce and Navigation between Great Britain and Japan. Signed at London, July 16, 1894. Treaty Series. — London, 1894. — N 23.
8. International Convention relating to the Simplification of Customs Formalities, and Protocol of Signature. Geneva, 3 November 1923 // Australian Treaty Series. — 1925. — N 14.
9. Кулишер И. М. Основные вопросы международной торговой политики [Электронный ресурс] / И. М. Кулишер. — 4-е изд. — М.: Социум, 2002. — Режим доступа: http://www.sotsium.ru/books/28/31/kulisher_trade_ch12.html
10. Генеральна угода з тарифів і торгівлі 1947 року // Україна і Світова організація торгівлі: зб. офіц. док. — К., 2002.

А н о т а ц і я

Кормич Б. А. Еволюція режиму найбільшого сприяння у митному регулюванні. — Стаття.

В статті розглядаються основні етапи розвитку режиму найбільшого сприяння, зміни його функцій та завдань в контексті трансформації державної політики в сфері митного регулювання. Аналізується вплив даного режиму на порядок доступу на внутрішні ринки.

Ключові слова: режим найбільшого сприяння, митний тариф, мито, митні пільги, митні преференції, торгівельні угоди.

А н н о т а ц и я

Кормич Б. А. Эволюция режима наибольшего благоприятствования в таможенном регулировании. — Статья.

В статье рассматриваются основные этапы развития режима наибольшего благоприятствования, изменения его функций и задач в контексте трансформации государственной политики в сфере таможенного регулирования. Анализируется влияние данного режима на порядок доступа на внутренние рынки.

Ключевые слова: режим наибольшего благоприятствования, таможенный тариф, таможенная пошлина, таможенные льготы, таможенные преференции, торговые соглашения.

S u m m a r y

Kormych B. A. The evolution of the most favored nation clause in the customs regulation. — Article.

The present article provides the review of the main stages of the most favored nation clause development, changes of MFN functions and aims in the context of transformation of state policies in the field of customs regulation. The influence of MFN upon the market access is also analyzed.

Keywords: most favored nation treatment, customs tariff, customs duty, customs favors, customs preferences, treaties of commerce.

УДК 347.7:336.14(477)

А. О. Монаєнко

СУЧАСНІ ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ БЮДЖЕТНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

У сучасній юридичній літературі проблеми розвитку бюджетного права, бюджетного законодавства, особливості застосування заходів юридичної відповідальності в бюджетній сфері досліджують такі вітчизняні вчені, як: Л. К. Воронова, М. П. Кучерявенко, І. Б. Заверуха, Л. А. Савченко, Н. Ю. Пришва, А. Й. Іванський, Т. А. Латковська, А. А. Нечай, О. В. Солдатенко, Л. М. Касьяненко, В. Д. Чернадчук, Н. Я. Якимчук. Тому юридична відповідальність в бюджетній сфері займає не останнє місце серед актуальних проблем сучасного бюджетного права. Проте виникає питання, про який вид юридичної відповідальності йде мова. У теорії держави та права існує поділ юридичної відповідальності на позитивну та негативну. В основу виникнення теорії позитивної правової відповідальності покладено неоднозначне вживання терміна «відповідальність» у нормативних актах радянського періоду. Наприклад, С. М. Братусь відзначав, що в одних випадках «відповідальність» використовувалася для позначення відповідальності за правопорушення, але в багатьох документах і нормативних актах цей же термін застосовувався як заклик до підвищення свідомості й активності посадовців, організацій, громадян у виконанні покладених на них обов'язків, або як синонім цих обов'язків [1, с. 52].

На нашу думку, позитивна фінансово-правова відповідальність — це забезпечений державою фінансово-правовий обов'язок суб'єктів з дотримання приписів норм фінансового права, що реалізовується у фінансово-правомірній поведінці, яка має наслідком схвалення й заохочення. Позитивний аспект фінансово-правової відповідальності характеризується такими ознаками: володіє формальною визначеністю і чіткістю, заснований на нормах фінансового права; полягає в обов'язку дотримуватися приписів норм фінансового права, що реалізовується у фінансово-

правомірній поведінці; забезпечується такими заходами фінансово-правового примусу, як переконання і заохочення.

Негативна фінансово-правова відповідальність — це обов'язок правопорушника зазнати обмеження майнового характеру, що виникає з юридичного факту фінансового правопорушення, реалізовується в охоронному правовідношенні фінансової відповідальності. Негативний аспект фінансово-правової відповідальності характеризується такими ознаками: виникає у вигляді нового обов'язку з юридичного факту фінансового правопорушення; володіє формальною визначеністю, чіткістю й деталізованістю; реалізується в охоронному правовідношенні фінансово-правової відповідальності; пов'язаний з державно-владною діяльністю фінансових органів, з фінансово-правовим примусом; має для фінансового правопорушника несприятливі наслідки, передбачені в санкціях норм фінансового права; характеризується процесуальною формою здійснення.

Специфіка посягань на нормальне функціонування бюджетних правовідносин зумовлена тим, що бюджет відповідно до економічної, політичної і юридичної суті виступає основним засобом матеріального забезпечення життєдіяльності держави і будь-який збій у бюджетних правовідносинах призводить до недостатнього фінансування державних повноважень, слабкого матеріального забезпечення публічних завдань і підриває громадську безпеку [2, с. 45].

Передусім необхідно звернути увагу на те, що в Бюджетному кодексі України від 8 липня 2010 р. № 2456-VI (зі змінами та доповненнями) використовується термін «порушення бюджетного законодавства», а не «бюджетне правопорушення». У науковій літературі обидва ці терміни іноді сприймаються як синоніми. Слід зазначити, що ці поняття все ж слід розмежовувати.

Положення ст. 116 Бюджетного кодексу України складно використовувати як визначення бюджетного правопорушення. Відсутність законодавчого визначення бюджетного правопорушення призводить до різних складнощів у розумінні його суті, тому з метою уніфікації законодавства слід ввести до Бюджетного кодексу України саме поняття бюджетного правопорушення, а також визначити властиві йому ознаки і його склад.

У загальній теорії держави та права правопорушенням вважається протиправне винне діяння деліктоздатного суб'єкта, яке є особистісно або суспільно шкідливим чи небезпечним [3, с. 46].

Використовуючи цей підхід до визначення бюджетного правопорушення, можна виділити такі його ознаки:

— суспільна шкідливість виявляється в тому, що бюджетне правопорушення порушує інтереси, що обумовлені правом і охороняються ним. При цьому залежно від характеру правопорушення можуть постраждати інтереси держави та адміністративно-територіальної одиниці (наприклад, у разі нецільового використання бюджетних коштів) або інтереси осіб, що фінансуються з бюджету (наприклад, у разі недофінансування з бюджету);

— протиправність зумовлена суспільною шкідливістю, породжена нею і виражається в порушенні норм бюджетного законодавства України, а також тягне за собою певні обмеження в результаті застосування до порушника відповідних заходів примусу, наприклад, зупинення операцій з бюджетними коштами за створення позабюджетних фондів, порушення вимог Бюджетного кодексу України щодо відкриття позабюджетних рахунків для розміщення бюджетних коштів; порушення порядку або термінів подання, розгляду і затвердження кошторисів та інших документів, що застосовуються в процесі виконання бюджету, затвердження в кошторисах показників, не підтверджених розрахунками та економічними обґрунтуваннями; порушення порядку або термінів подання і затвердження паспортів бюджетних програм (у разі застосування програмно-цільового методу в бюджетному процесі); порушення встановлених термінів доведення документів про обсяги бюджетних асигнувань до розпорядників бюджетних коштів нижчого рівня або одержувачів бюджетних коштів;

— винність означає психічне ставлення особи у формі наміру або необережності до здійснюваного діяння і його наслідків.

Ця ознака є найбільш дискусійним питанням. Глава 18 Бюджетного кодексу України не вказує на необхідність встановлення вини правопорушника при застосуванні відносно нього заходів державного примусу. Бюджетним кодексом України не визначена необхідність встановлення провини правопорушника при застосуванні відносно нього заходів примусу, але в складі конкретних бюджетних правопорушень простежується необхідність для фінансово-контрольних органів встановлення вини. Багато бюджетних правопорушень здійснюються у формі прямого наміру, проте прихований характер бюджетних правопорушень, а також недосконалість законодавчого оформлення процесуальної форми притягнення до юридичної відповідальності не дають правоохоронним органам змоги довести намір і правильно кваліфікувати дії правопорушника:

— бюджетне правопорушення здійснюється у формі дії (наприклад, витрачання бюджетних коштів на цілі, що не відповідають умовам їх отримання) або бездіяльності (наприклад, неперерахування бюджетних коштів їх одержувачам);

— караність. Юридична відповідальність за здійснення бюджетного правопорушення встановлюється не лише самим Бюджетним кодексом України, а й Кодексом України про адміністративні правопорушення або Кримінальним кодексом України (наприклад, відповідно до ст. 164-12 КУпАП включення недостовірних даних до бюджетних запитів, що призвело до затвердження необґрунтованих бюджетних призначень або необґрунтованих бюджетних асигнувань; порушення вимог Бюджетного кодексу України при здійсненні попередньої оплати за товари, роботи та послуги за рахунок бюджетних коштів, а також порушення порядку і термінів здійснення такої оплати; здійснення платежів за рахунок бюджетних коштів без реєстрації бюджетних зобов'язань, за відсутності

підтверджуючих документів чи при включенні до платіжних документів недостовірної інформації, а також безпідставна відмова у проведенні платежу органами Державного казначейства України; порушення вимог Бюджетного кодексу України при здійсненні витрат державного бюджету (місцевого бюджету) в разі несвоечасного набрання чинності законом про Державний бюджет України (несвоечасного прийняття рішення про місцевий бюджет) на відповідний рік, — тягнуть за собою накладення штрафу на посадових осіб від тридцяти до п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. За наявності складу злочину — і кримінальні покарання (наприклад, відповідно до ст. 210 Кримінального кодексу України нецільове використання бюджетних коштів службовою особою, а так само здійснення видатків бюджету чи надання кредитів з бюджету без встановлених бюджетних призначень або з їх перевищенням всупереч Бюджетному кодексу України чи закону про Державний бюджет України на відповідний рік, якщо предметом таких дій були бюджетні кошти у великих розмірах, — караються штрафом від ста до трьохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або обмеженням волі на строк до трьох років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого). Суть карності полягає в загрозі застосування покарання до винних осіб при порушенні ними заборони здійснювати які-небудь діяння або не здійснювати дії, юридичні ознаки яких закріплені охоронними нормами вказаних кодексів.

Кожне конкретне бюджетне правопорушення має власний фактичний склад, що є сукупністю необхідних і достатніх умов або елементів об'єктивного і суб'єктивного характеру для кваліфікації протиправного діяння як бюджетного правопорушення, що є підставою для застосування до винного заходів юридичної відповідальності.

До елементів складу бюджетного правопорушення належать: об'єкт правопорушення; об'єктивна сторона правопорушення; суб'єкт правопорушення; суб'єктивна сторона правопорушення.

Об'єкт бюджетного правопорушення — це суспільні відносини, на які посягає бюджетне правопорушення і яким унаслідок його здійснення заподіюється шкода.

Загальним об'єктом бюджетного правопорушення є бюджетна система країни. Саме порушення норм бюджетного законодавства перешкоджають нормальному функціонуванню бюджетної системи, не дають змоги послідовно здійснювати бюджетний процес, витратити державні грошові кошти за цільовим призначенням.

Незважаючи на те, що ст. 116 Бюджетного кодексу України містить далеко не вичерпний перелік видів порушень бюджетного законодавства, виходячи з аналізу бюджетних відносин, ми можемо додатково виділити ряд груп бюджетних відносин, найбільш тісно пов'язаних між собою за змістом. Такі групи однорідних, взаємопов'язаних бюджетних

відносин, що охороняються законом, розглядаються як родовий (спеціальний) об'єкт правопорушення.

Перша група — це правопорушення проти порядку функціонування бюджетної системи: невиконання закону (рішення) про бюджет; нецільове використання бюджетних коштів.

Друга група — це правопорушення проти законних прав і інтересів одержувачів бюджетних коштів: неперерахування або неповне перерахування бюджетних коштів одержувачам бюджетних коштів; несвоєчасне зарахування бюджетних коштів на рахунки одержувачів бюджетних коштів; несвоєчасне доведення до одержувачів бюджетних коштів лімітних довідок про обсяги бюджетного фінансування.

Третя група — це правопорушення проти дохідної частини бюджетів: недотримання обов'язковості зарахування доходів бюджетів та інших надходжень у бюджетну систему України; несвоєчасне виконання платіжних документів на перерахування коштів, що підлягають зарахуванню на казначейські рахунки.

Четверта група — це правопорушення проти видаткової частини бюджету: фінансування видатків, не включених у бюджетний розпис; фінансування видатків у розмірах, що перевищують розміри, включені в бюджетний розпис; недотримання граничних розмірів дефіцитів бюджетів, державного або муніципального боргу і видатків на обслуговування державного або муніципального боргу.

П'ята група — це правопорушення проти гарантій виконання бюджетних зобов'язань: відмова підтвердити взяті бюджетні зобов'язання, крім підстав, встановлених Бюджетним кодексом України; несвоєчасне здійснення платежів за підтвердженими бюджетними зобов'язаннями.

Шоста група — це правопорушення проти порядку виділення бюджетних коштів: невідповідність бюджетного розпису закону (рішенню) про бюджет; невідповідність лімітних довідок про бюджетні асигнування затвердженому бюджетному розпису.

Сьома група — це правопорушення проти порядку складання проєктів бюджетів, ведення бюджетної звітності і рахунків; несвоєчасне надання проєктів бюджетів і звітів про виконання бюджетів.

Об'єктивна сторона бюджетного правопорушення полягає в здійсненні протиправних діянь. До елементів об'єктивної сторони правопорушення належать саме діяння, причинний зв'язок між протиправним діянням і наслідками, що настали, і заподіяна шкода.

Діяння — це ознака, з якої випливають суспільно небезпечні наслідки і причинний зв'язок між діянням і наслідками. Бюджетні правопорушення можуть здійснюватися шляхом як активних протиправних дій, так і бездіяльності. Для кваліфікації деяких правопорушень не має значення, в якій формі вони здійснені.

Суб'єкт бюджетного правопорушення — це особа, яка вчинила таке правопорушення і підлягає за наслідками його здійснення притягненню до юридичної відповідальності. Коло суб'єктів бюджетного правопору-

шення складається з головних розпорядників бюджетних коштів, розпорядників бюджетних коштів інших рівнів, одержувачів бюджетних коштів, їх керівників. До цього кола також належать органи державної влади й місцевого самоврядування та їх посадові особи, що є відповідальними за виконання відповідних бюджетів.

Суб'єктивна сторона бюджетного правопорушення характеризує внутрішню сторону бюджетного правопорушення (на відміну від зовнішнього прояву, який відповідає об'єктивній стороні) і втілена в понятті провини правопорушника.

Дотримання бюджетно-правових норм забезпечується можливістю держави застосовувати заходи примусу за порушення обов'язків, передбачених бюджетним законодавством. Відповідальність за бюджетні правопорушення знаходить своє вираження у відповідній частині норми права — санкції.

Однак треба розрізняти санкції фінансово-правової норми та фінансово-правові санкції. Слід зазначити, що фінансово-правові санкції мають виключно майновий, каральний характер і застосовуються у вигляді штрафу та/чи пені. Отже, фінансово-правові санкції є заходами фінансово-правової відповідальності. А от санкції фінансово-правової норми мають дещо іншу юридичну природу. Санкції фінансово-правової норми є ширшим поняттям відносно фінансово-правових санкцій. Санкція фінансово-правової норми є формою фінансово-правового примусу та містить вказівки на невідгідні для її порушника наслідки. І ці наслідки не обов'язково можуть бути у вигляді штрафу та/чи пені. Санкції фінансово-правової норми включають у себе фінансово-правові санкції. Крім того, санкція фінансово-правової норми може містити не тільки штраф та/чи пеню, а й інші заходи, які спрямовані на покарання порушника фінансового законодавства, зокрема запобігання фінансовому правопорушенню (наприклад, попередження про неналежне виконання бюджетного законодавства з вимогою щодо усунення порушення бюджетного законодавства), а також його припинення (наприклад, зупинення операцій з бюджетними коштами; призупинення бюджетних асигнувань).

Бюджетно-правова санкція є формою реагування держави на порушення бюджетного законодавства, що регулює порядок формування, розподілу (перерозподілу) і використання публічних грошових фондів, і є зовнішнім матеріальним вираженням державно-владного примусу за здійснення бюджетного правопорушення. Санкції в бюджетному праві мають ряд особливостей, зумовлених специфікою механізму правового регулювання відносин, що складаються в процесі публічної бюджетної діяльності як виду фінансової діяльності.

Якщо проаналізувати бюджетно-правові санкції відповідно до чинного Бюджетного кодексу України від 8 липня 2010 р. № 2456-VI, то ми побачимо, що відповідно до ст. 117 Бюджетного кодексу України за порушення бюджетного законодавства до учасників бюджетного процесу можуть застосовуватися такі заходи впливу:

- 1) попередження про неналежне виконання бюджетного законодавства з вимогою щодо усунення порушення бюджетного законодавства;
- 2) зупинення операцій з бюджетними коштами;
- 3) призупинення бюджетних асигнувань;
- 4) зменшення бюджетних асигнувань;
- 5) повернення бюджетних коштів до відповідного бюджету;
- 6) зупинення дії рішення про місцевий бюджет;
- 7) безспірне вилучення коштів з місцевих бюджетів.

Отже, бюджетно-правові санкції є видом санкцій фінансово-правової норми, але аж ніяк не видом фінансово-правових санкцій. Бюджетно-правові санкції виконують забезпечувальну функцію юридичної відповідальності. Так, наприклад, зупинення дії рішення про місцевий бюджет, призупинення бюджетних асигнувань не має наслідком застосування штрафу та/чи пені, а лише можуть забезпечувати застосування інших заходів юридичної відповідальності, хоча і впливають на економічний стан правопорушника. Тому бюджетно-правові санкції не є заходами фінансово-правової відповідальності, а належать до заходів фінансово-правового примусу, зокрема, заходів запобігання, припинення.

Бюджетне правопорушення, виходячи з аналізу юридичної природи заходів впливу за порушення бюджетного законодавства відповідно до Бюджетного кодексу України, можна визначити як протиправне, винне, суспільно небезпечне діяння, яке полягає в неналежному виконанні учасником бюджетних відносин закріплених нормами бюджетного законодавства обов'язків, за яке застосовуються уповноваженими на це органами публічної влади бюджетно-правові санкції.

Бюджетні правовідносини з огляду на їх природу мають майновий характер, тому правопорушення в цій сфері завжди завдають певної майнової шкоди державі й усьому суспільству в цілому.

Деякі фахівці (зокрема, Т. О. Коломовець) вважають, що у бюджетних правопорушеннях заходи відповідальності та їх розмір повинні міститися в Кодексі України про адміністративні правопорушення. Але подібний підхід розриває охоронну функцію бюджетно-правової норми, роблячи її застосування нереальним через неоднакове призначення бюджетного та адміністративного права. При цьому необхідно відзначити, що санкції за порушення бюджетного законодавства встановлені Кодексом України про адміністративні правопорушення (ст. 164-12 КУпАП). Але вони є заходами адміністративної відповідальності, а не фінансово-правової, і застосовуються за адміністративні правопорушення.

Специфіка бюджетно-правових санкцій виражається в їх призначенні в системі охоронних фінансових правовідносин. У зв'язку з цим такі санкції можна поділити на три види:

— правопоновлювальні, вони спрямовані на компенсацію, усунення шкоди і збитків, заподіяних неправомірними діями у бюджетній сфері (наприклад, повернення бюджетних коштів до відповідного бюджету, безспірне вилучення коштів з місцевих бюджетів);

— заходи запобігання (наприклад, попередження про неналежне виконання бюджетного законодавства з вимогою щодо усунення порушення бюджетного законодавства);

— заходи припинення, вони спрямовані на припинення протиправних дій у бюджетній сфері (наприклад, зупинення операцій з бюджетними коштами; призупинення бюджетних асигнувань).

Питання про відповідальність за порушення бюджетного законодавства тісно пов'язане з науковою дискусією про можливість виділення бюджетно-правової відповідальності як виду фінансово-правової, яка є самостійним видом юридичної відповідальності. Проте з аналізу ст. 117 БКУ видно, що навряд чи можна назвати бюджетно-правову відповідальність видом фінансово-правової.

Аналіз бюджетного законодавства, норм відповідальності за правопорушення в бюджетній сфері дає змогу зробити висновок про те, що бюджетна система не може функціонувати ефективно через численні колізії чинного законодавства. Невизначеність поняття бюджетного правопорушення, неузгодженість між собою норм відповідальності в Бюджетному кодексі України з нормами в Кодексі України про адміністративні правопорушення, слабке опрацювання принципу вини в системі юридичної відповідальності за бюджетні правопорушення — усе це вимагає перегляду й доопрацювання на стадії законотворчості, а не в процесі правозастосовної діяльності.

Вдосконалення норм бюджетного законодавства потрібне не лише тому, що через зменшення видатків знижується ефективність діяльності бюджетних установ, а також з тієї причини, що в результаті недосконалості бюджетного права значно зменшується виховна функція бюджетно-правових норм. Якщо не будуть прийняті необхідні зміни в законодавстві, бюджетна система може виявитися нездатною виконувати функції з виконання бюджету, що, у свою чергу, перешкоджатиме проведенню результативної бюджетної політики в державі.

Слід також відзначити такий важливий недолік, як відсутність у чинному Бюджетному кодексі України порядку притягнення до відповідальності за порушення бюджетного законодавства. Характерною ознакою будь-якого виду відповідальності є наявність спеціального процесуального порядку застосування заходів державного примусу. Це явно визначається галузевим законодавством.

Аналізуючи проблеми застосування бюджетного законодавства України, необхідно також розглянути основні проблеми щодо проведення фінансового контролю. Дослідження питань організації фінансового контролю з точки зору правового становища контрольних органів є дуже своєчасним. Але не варто забувати, що єдина система державного фінансового контролю — не чітка ієрархія органів фінансового контролю, а єдність цілей, принципів і узгодженості дій у сфері фінансового контролю за публічними грошовими фондами.

У нинішніх умовах існують фактори, що обмежують дієвість держав-

ного фінансового контролю. Основні з них полягають у тому, що відсутня чітка і повна нормативно-правова база і власне саме визначення державного фінансового контролю в бюджетному законодавстві; організаційна структура органів державного фінансового контролю не досить повно відображає специфіку державного устрою України; відсутнє чітке розмежування сфер діяльності фінансово-контрольних органів держави, що викликає численні колізії і перекладання відповідальності; органи фінансового контролю слабко взаємодіють між собою; відсутня єдина інформаційна база, єдиний методологічний підхід до процесу здійснення контролю.

Організація ефективного фінансового контролю над бюджетними потоками вимагає вирішення ряду взаємопов'язаних завдань з реформування системи державного фінансового контролю в Україні. По-перше, потрібне прийняття Закону України «Про загальнодержавний контроль». По-друге, треба розробити механізм взаємодії органів державного фінансового контролю із законодавчою і виконавчою гілками влади. Вирішення вказаних завдань дасть змогу перевести державний фінансовий контроль на якісно новий рівень, а створення єдиного поля фінансового контролю сприятиме подальшому розвитку й підвищенню результативності діяльності контрольних органів.

Л і т е р а т у р а

1. Братусь С. Н. Юридическая ответственность и сознание долга / С. Н. Братусь // Вопросы теории государства и права. Актуальные проблемы теории социалистического государства и права : межвуз. науч. сб. — Саратов, 1983. — С. 51–53.
2. Крохина Ю. А. Бюджетное право и российский федерализм / Ю. А. Крохина. — М., 2002. — 105 с.
3. Рабінович П. М. Основи загальної теорії права та держави : навч. посіб. / П. М. Рабінович. — [5-те вид., зі змінами]. — К. : Атіка, 2001. — 176 с.

А н о т а ц і я

Монаєнко А. О. Сучасні проблеми застосування бюджетного законодавства України. — Стаття.

Статтю присвячено розгляду поняття бюджетного правопорушення, проблемам розмежування фінансово-правових санкцій та санкцій фінансово-правової норми, аналізу юридичної природи бюджетно-правових санкцій.

Ключові слова: бюджетно-правова санкція, бюджетно-правова відповідальність, фінансово-правова відповідальність, санкція, фінансово-правові відносини, бюджетне правопорушення, бюджетне законодавство.

А н н о т а ц и я

Монаєнко А. А. Современные проблемы применения бюджетного законодательства Украины. — Стаття.

Статья посвящена рассмотрению понятия бюджетного правонарушения, проблемам

разграничения финансово-правовых санкций и санкций финансово-правовой нормы, анализа юридической природы бюджетно-правовых санкций.

Ключевые слова: бюджетно-правовая санкция, бюджетно-правовая ответственность, финансово-правовая ответственность, санкция, финансово-правовые отношения, бюджетное правонарушение, бюджетное законодательство.

S u m m a r y

***Monaienko A. O.* Modern problems of budgetary legislation application of Ukraine.** — Article.

The article is devoted to the consideration of concept of budgetary offence, problems of differentiation of financially-legal approvals and approvals of financially-legal norm, analysis of legal nature of budgetary-legal approvals.

Keywords: budgetary-legal approval, budgetary-legal responsibility, financially-legal responsibility, approval, financially-legal relations, budgetary offence, budgetary legislation.

УДК 347.73:(336.14+336.2)

Н. П. Кучерявенко

К ПРОБЛЕМЕ О МЕЖИНСТИТУЦИОНАЛЬНОЙ ПРИРОДЕ РЕГУЛИРОВАНИЯ БЮДЖЕТНЫХ ДОХОДОВ

Формирование эффективного механизма правового регулирования предусматривает несколько взаимосвязанных процессов. Безусловно, прежде всего речь идет об эффективном нормотворчестве, создании такой системы правовых предписаний, которые бы точно и адекватно отражали цели, задачи и возможности управления поведением участников правовых отношений. Кроме того, они должны отражать и устойчивые стимулы такого поведения в рамках нормативных предписаний. Кроме этого нельзя сбрасывать со счетов и адекватное правовое воспитание, на основании которого поведение субъектов виделось бы ими без правонарушения. Безусловно, это идеальная перспектива, но формирование рациональных правовых конструкций создает все предпосылки максимального приближения к нему.

В свете этого представляется принципиально важным сквозное согласование родовых правовых моделей в регулировании отраслевых или институциональных отношений. Безусловно, право использует устоявшиеся, традиционные, понятные конструкции. При этом они оказываются на пересечении двойственной тенденции. С одной стороны, необходимо сохранить определенное межотраслевое юридическое понятие как общепонимаемый знаменатель, содержащий все принципиальные характеристики, свойственные данному понятию. С другой стороны, оно безусловно должно отражать и специальные особенности отрасли, в которой оно применяется. Подобных примеров немало — это и понятие юридических и физических лиц, конструкция резидентства и т. д.

Именно поэтому проблема согласования, сквозного применения фундаментальных конструкций в регулировании финансовых отношений или какой-либо их части является принципиально важным. В свете этого хотелось бы выделить два уровня проблемы регулирования публичных доходов. Первый обуславливает согласование на межинституциональ-

ном (бюджетно-налоговом) уровне однотипных конструкций и понятий. Второй предполагает формирование и использование единого подхода на уровне отдельных институтов бюджетного или налогового права.

Очевидным является то, что проблема формирования общих подходов к пониманию платежей, формирующих доходные части бюджетов, выражает всю сложность такого согласования. Налоги, сборы (обязательные платежи) являются классическим и одним из наиболее значимых каналов формирования бюджетных доходов. Действительно, в этой ситуации довольно остро стоит проблема определения четкой границы между бюджетным и налоговым регулированием и соответственно использованием бюджетных или налоговых конструкций*. Обойтись без единого понимания содержания таких категорий не удастся. К сожалению, на сегодня отсутствие понимания важности такого общего знаменателя на стыке институционального регулирования порождает массу коллизий и противоречий.

Использование единых подходов в понимании каналов формирования бюджетных доходов и с позиции бюджетного, и с позиции налогового регулирования объективно необходимо. Однако даже при поверхностном взгляде на кодифицированные акты финансового законодательства складывается впечатление, что их разработчики не только не ставили перед собой задачи согласовать противоречия, которые могут возникнуть на границе бюджетного и налогового законодательства, но и представляли прямо противоборствующие группировки. Согласование родовых и видовых конструкций в регулировании бюджетных доходов, на наш взгляд, должно учитывать два принципиальных момента. Первое — использование единой родовой конструкции на границе бюджетно-налогового регулирования. Она должна быть логична и понятна как в налоговом, так и в бюджетном законодательстве. На сегодня этого нет. Фактически, в этих условиях противостоят друг другу конструкция «налоги, сборы (обязательные платежи)» (налоговое законодательство) и «налоговые поступления» (бюджетное законодательство). Второе — детализация по нисходящей однотипной конструкции в рамках отдельного института или подотрасли. Так, в бюджетном регулировании должны быть упорядочены и согласованы конструкции бюджетных доходов. Определив на уровне родового механизма доходы бюджетов (как поступлений в бюджеты всех типов), логичным и последовательным является уже видовое уточнение доходов определенного типа для Государственного бюджета и местных бюджетов. Именно таким образом, на наш взгляд, и должна формироваться связь между статьями «доходы бюджетов» — «доходы Государственного бюджета» — «доходы местных бюджетов» (с разбивкой последних по разновидностям). От общего

* Видимо, центральным звеном в определении этой границы является определение момента исполнения налоговой обязанности. Однако в данной работе мы не будем останавливаться на этом глобальном направлении теоретических исследований.

к частному. В действующем Бюджетном кодексе Украины, к сожалению подобная конструкция представлена слишком тезисно, что не позволяет говорить о четко сформировавшихся отношениях соподчиненности и согласованности.

Проанализируем это детальнее. Исходя из всего, о чем речь шла выше, необходимо сделать вывод, что ст. 9 Бюджетного кодекса Украины «Классификация доходов бюджета» [1] содержит определенные противоречия, неудобства в применении. Определив в части первой составные доходов бюджета, в последующих частях (по логике законодателя) осуществляется их тезисное определение, которое и входит в содержание ч. 2—4 ст. 9 Кодекса. Однако, выяснив, что такое налоговые поступления, неналоговые поступления, трансферты, непонятно из содержания статьи — что относится к доходам от операций с капиталом. Да и самое определение составных доходов бюджета неудачное. Главная причина — нарушение фундаментального принципа правовой логики: закон содержит главную, родовую норму, которая детализируется, уточняется в подзаконном акте. В данном же случае ст. ст. 9—12 построены на основании норм Приказа Министерства финансов Украины. Это и порождает ряд противоречий (например, при классификации налогов, сборов, обязательных платежей).

В ч. 2 ст. 9 Кодекса определяется, что налоговыми поступлениями являются установленные законами Украины о налогообложении общегосударственные налоги и сборы (обязательные платежи) и местные налоги и сборы (обязательные платежи). Надо учитывать, что понятие «налоговых поступлений» не присуще налоговому законодательству (где используется «налоговая система», «система налогообложения», «налоги», «сборы», и т. п.) и применяется исключительно в Бюджетном кодексе. Необходимо обратить внимание на то, что в ст. 3 Налогового кодекса Украины идет речь о составе налогового законодательства, а не о законах Украины о налогообложении. Понятие «законы Украины о налогообложении» уже понятия «налоговое законодательство». Однако именно на законы необходимо ориентироваться при установлении обязанности по уплате налогов и сборов [2, ч. 2, ст. 92]. Налоговый кодекс Украины закрепил перечень общегосударственных и местных налогов и сборов в ст. ст. 9, 10. В отношении установления местных налогов и сборов местным советам по-прежнему предоставлен ограниченный уровень самостоятельности. Так соответствующий местный совет в пределах полномочий решает вопрос относительно установления сбора за места для парковки транспортных средств и туристического сбора. То есть состав налоговых поступлений не является одинаковым на всей территории Украины, поскольку зависит от того, реализовал ли местный совет право на установление сбора за места для парковки транспортных средств и туристического сбора.

Даже поверхностный анализ содержания раздела I Бюджетной классификации позволяет прийти к выводу об абсолютной разбалансирован-

ности в согласовании нормы закона и подзаконного акта. Если сопоставить налоговое законодательство (которое непосредственно и регулирует поступления от налогов и сборов) и данный подзаконный акт, то напрашиваются два вывода: либо налоги будут уплачиваться с нарушением законодательства (поскольку Бюджетная классификация связывает исполнение налоговой обязанности с платежами, которых не существует), либо бюджеты останутся без доходов, поскольку значительного количества налогов и сборов, перечисленных в бюджетной классификации, не существует. Несколько общих примеров.

1. Дифференциация установленных налогов и сборов (налог на доходы физических лиц предполагает несущественную и соответственно непоследовательную дифференциацию на налоги на доходы наемных работников, шахтеров и т. д.; налог на прибыль частных предприятий и т. д.). Безусловно, надо учитывать, что любая дифференциация в правовом регулировании (а речь идет о подзаконном акте) предполагает уточнение, детализацию, особенности правовых режимов в поведении участников. Но подобная разбивка ничего такого не предполагает.

2. Использование платежей, которые никак не обусловлены действующим налоговым законодательством (впрочем, как и налоговыми законами, действовавшими до принятия Налогового кодекса). Речь идет о таких разновидностях как: а) налоги на собственность. Видимо, задача стояла выделить группу имущественных налогов. Однако сюда попали как налоги, так и сборы. Более того, собственность может предполагать наличие как имущества, так и доходов, а это, соответственно, совершенно разнотипные составляющие прямого налогообложения; б) внутренние налоги на товары и услуги. Сюда в соответствии с Бюджетной классификацией относятся: налог на добавленную стоимость, обе разновидности акцизного налога, налоги на отдельные категории услуг (налоги на международную торговлю и внешнеторговые операции и т. д.). Однако абсолютно непонятен критерий «внутренности» налогов и соотношения его с внешними налогами. Фактически все налоги внутренние, поскольку взимание их ограничено территорией государства. Более того, нельзя согласиться вообще с такой постановкой как «налог на товар или услугу». Основанием взимания подобного платежа будет не непосредственно услуга, а стоимость, оборот от подобной услуги. Товар же тоже может быть основанием налогообложения только при его реализации, и в данном случае мы выходим уже на понятные и знакомые разновидности подоходных или непрямых налогов.

3. Использование ошибочных критериев при классификации налогов и сборов. Так, бюджетной классификацией выделяются отдельные налоги и сборы, которые зачисляются в местные бюджеты (код — 16000000). В первую очередь, сюда включаются местные налоги и сборы. Однако и большинство налогов и сборов, перечисленных в Бюджетной классификации ранее. Обязательно необходимо учитывать, что местные налоги и сборы являются местными не по критерию поступления

в местные бюджеты, а по компетенции местных советов относительно их введения.

Разделом II «Неналоговые поступления» (код — 20000000) Бюджетной классификации закреплён закрытый перечень всех поступлений в доходные части бюджетов, формируемые за счёт данного типа отчислений. Доходы от операций с капиталом составляют третий блок бюджетных доходов. Хотелось бы ещё раз подчеркнуть, что если первые два (налоговые и неналоговые поступления) и последний (официальные трансферты) определены в Бюджетном кодексе, и затем детализированы Бюджетной классификацией, то данная составляющая бюджетных доходов только названа в Бюджетном кодексе. Поэтому при отсутствии родового определения доходов от операций с капиталом в кодифицированном акте необходимо исходить из их состава, основываясь на соответствующем разделе Бюджетной классификации (Раздел III «Доходы от операций с капиталом» — код — 30000000).

Трансферты определяются Кодексом как средства, полученные от других органов государственной власти, органов власти Автономной Республики Крым, органов местного самоуправления, других государств или международных организаций на безвозмездной и безвозвратной основе. Надо учитывать, что трансферты в Украине существуют в двух формах: дотация выравнивания и субвенция [1, ст. 2]. Дотация выравнивания представляется как межбюджетный трансферт на выравнивание доходной способности бюджета, который его получает, тогда как субвенция — межбюджетный трансферт для использования на определённую цель в порядке, определённом тем органом, который принял решение о предоставлении субвенции. Принципиальное различие между дотацией и субвенцией состоит в цели использования средств: в дотации этого нет, при предоставлении субвенции чётко определена цель использования предоставленных средств. Поэтому едва ли можно характеризовать субвенцию как средства, выделенные на безвозвратной основе, они возвращаются в случае нецелевого использования. Официальные трансферты как отдельная составляющая бюджетных доходов детализированы в Разделе IV «Официальные трансферты» (код — 40000000) Бюджетной классификации.

Закрепив родовой перечень поступлений в доходные части бюджетов, логичнее было бы ожидать детализацию их на уровне отдельных разновидностей составляющих бюджетной системы Украины. То есть рациональнее было бы сформировать отдельные части ст. 29 «Состав доходов Государственного бюджета Украины» Бюджетного кодекса Украины, которыми были бы определены налоговые поступления, неналоговые поступления, доходы от операций с капиталом и официальные трансферты, поступающие именно в Государственный бюджет. Однако традиционно 29 статья Бюджетного кодекса Украины довольно противоречива.

Статья 29 Бюджетного кодекса Украины претерпела принципиальные изменения в новой редакции Бюджетного кодекса. Действующая

редакция предполагает фактически перечень поступлений в доходы общего фонда Государственного бюджета Украины. Здесь определены как разновидности налогов и сборов, так и их части, за счет которых формируется общий фонд. При этом законодатель оставляет этот перечень открытым и не исключает возможности поступления иных доходов. Редакция этой же статьи, действовавшая до 1 января 2011 г., выглядела более примитивно. Она включала три разновидности поступлений: а) доходы, получаемые в соответствии с законодательством о налогах и сборах и т. д.; б) гранты и подарки в стоимостном исчислении; в) межбюджетные трансферты из местных бюджетов.

Поверхностность формулировки ст. 29 в старой редакции обуславливается по меньшей мере двумя обстоятельствами. Во-первых, ссылкой на «законодательство о налогах и сборах», которое не имеет подтверждения в сквозном применении на уровне всего финансово-правового регулирования. Во-вторых, в наличии такой конструкции как «гранты и подарки в стоимостном исчислении». Сложно представить, каким образом можно, определив стоимостное исчисление подарка, зачислить его в доходную часть бюджета. Такая формулировка не предполагает изменения материальной формы подарка на денежную, она предполагает реализацию только определенной учетной функции — определения денежного эквивалента данной вещи. Логичнее было бы в данном случае определять такую составляющую как денежные средства от реализации грантов и подарков.

Как уже подчеркивалось, ст. 29 Бюджетного кодекса претерпела существенные изменения. При определении состава доходов Государственного бюджета Украины используется логика «от обратного» — это все доходы (налоги, неналоговые и другие поступления на безвозвратной основе, взимание которых предусмотрено законодательством Украины), за исключением поступлений в местные бюджеты. Последние определяются статьями: 64 «Состав доходов, которые закрепляются за бюджетами местного самоуправления и учитываются при определении межбюджетных трансфертов», 66 «Состав доходов бюджета Автономной Республики Крым, областных и районных бюджетов, которые учитываются при определении объемов межбюджетных трансфертов», 69 «Доходы местных бюджетов, которые не учитываются при определении объема межбюджетных трансфертов», 71 «Бюджет развития местных бюджетов».

В Бюджетном кодексе Украины закреплён открытый перечень доходов общего фонда Государственного бюджета Украины. Этот перечень представляет собой виды доходов без распределения на налоги, неналоговые поступления, доходы от операций с капиталом. Любой новый вид дохода государственного бюджета зачисляется к общему фонду. Законопроект об установлении нового дохода, безусловно, влияет на показатели бюджета. Если такое влияние касается показателей бюджета в текущем бюджетном периоде, обязательным есть соблюдение процедуры

представления и рассмотрения законопроектов, определенной ст. 27 Бюджетного кодекса Украины. Остается открытым вопрос относительно срока, в течение которого должны быть внесены изменения в Кодекс. Логичнее было бы введение обязательности одновременно с введением нового вида дохода Государственного бюджета Украины вносить законопроект о внесении изменений в Кодекс.

В состав доходов специального фонда Государственного бюджета Украины отнесены все доходы, которые не принадлежат к общему фонду. Перечень доходов специального фонда определяется законом о Государственном бюджете Украины на соответствующий год. При этом ч. 5 ст. 29 Бюджетного кодекса Украины предусмотрена возможность в исключительных случаях относить отдельные доходы общего фонда Государственного бюджета Украины к доходам специального фонда Государственного бюджета Украины. Безусловно, осуществляться это может только законом о Государственном бюджете Украины. В то же время, из содержания ст. 29 Бюджетного кодекса Украины невозможно понять, что такое «исключительные случаи».

Совокупность доходов местных бюджетов представляет собой двойственную конструкцию. С одной стороны, речь идет об определенной совокупности местных бюджетов (области, района, города и т.д.). С другой стороны, каждый из местных бюджетов содержит определенный набор поступлений в доходную часть. Так, ст. 64 Бюджетного кодекса Украины определяет состав доходов, которые закрепляются за бюджетами местного самоуправления и учитываются при определении объема межбюджетных трансфертов. Доходы, которые закрепляются за бюджетами местного самоуправления, группируют в два блока: 1) доходов, которые учитываются при определении объемов межбюджетных трансфертов; 2) доходы, которые не учитываются при определении объемов межбюджетных трансфертов. Эта неизменность важна для распределения финансирования делегированных и собственных полномочий органов местного самоуправления. Доходы, которые объединены в первом блоке, направляются на финансирование полномочий делегированных органам местного самоуправления. Доходы же второго блока связаны с покрытием расходов по финансированию собственных полномочий органов местного самоуправления.

Статьей 65 Бюджетного кодекса Украины «Нормативы отчислений налога на доходы физических лиц в бюджеты местного самоуправления» определяется особая процедура распределения средств, поступающих от налога на доходы физических лиц. Механизм взимания этого налога урегулирован Разделом IV Налогового кодекса Украины. Согласно ст. 168 Налогового кодекса Украины налог, удержанный с доходов резидентов и нерезидентов, зачисляется в бюджет в соответствии с Бюджетным кодексом Украины. Физическое лицо, ответственное за начисления и удержание налога, платит (перечисляет) его в соответствующий бюджет: а) в случае если такое физическое лицо является налоговым аген-

том, — по месту регистрации в органах государственной налоговой службы; б) в других случаях — по его налоговому адресу. Контроль за правильностью и своевременностью уплаты налога осуществляет орган государственной налоговой службы по местонахождению юридического лица или его обособленного подразделения. Ответственность за своевременное и полное перечисление сумм налога в соответствующий местный бюджет несет юридическое лицо или его обособленное подразделение, которое начисляет (выплачивает) налогооблагаемый доход.

Статьей 66 Бюджетного кодекса Украины определяется состав доходов бюджета Автономной Республики Крым, областных и районных бюджетов, которые учитываются при определении объема межбюджетных трансфертов. В бюджет Автономной Республики Крым, областные и районные бюджеты зачисляется ряд общегосударственных налогов и сборов (то есть — обязательных платежей, установленных Верховной Радой Украины) с целью обеспечения реализации общих социально-экономических и культурных программ территориальных общин. Указанные налоги и сборы в своей совокупности составляют доходы соответствующих бюджетов, которые учитываются при определении межбюджетных трансфертов. Согласно ст. 1 Закона Украины «О местном самоуправлении в Украине» [3] областной бюджет является планом образования и использования финансовых ресурсов, необходимых для обеспечения общих интересов территориальных общин, выполнение местных программ, осуществление бюджетного выравнивания.

Статьей 67 Бюджетного кодекса Украины определены отдельные особенности формирования местных бюджетов. В этой статье рассматриваются особенности формирования таких бюджетов как: 1) бюджета Автономной Республики Крым и бюджетов городов Киева и Севастополя 2) районных бюджетов зон отчуждения и зон безусловного (обязательного) отселения (если на таких территориях не сформированы органы местного самоуправления); 3) бюджеты объединений территориальных громад.

Зачисление налогов и сборов, уплаченных предприятиями, осуществляющими свою деятельность в зоне отчуждения и в зоне безусловного (обязательного) отселения (если на таких территориях не сформированы органы местного самоуправления), происходит в районный бюджет в части, определенной нормативно-правовыми актами для районных бюджетов и бюджетов местного самоуправления. Статус зоны отчуждения и зоны безусловного (обязательного) отселения определяется Законом Украины «О правовом режиме территории, которая испытала радиоактивного загрязнения вследствие Чернобыльской катастрофы» [4]. Согласно ст. 2 этого Закона: 1) зона отчуждения — это территория, из которой проведена эвакуация населения в 1986 году; 2) зона безусловного (обязательного) отселения — это территория, которая испытала интенсивное загрязнения долгоживущими радионуклидами, с плотностью загрязнения грунта выше доаварийного уровня изотопами цезия от

15,0 Ки/км² и выше, или стронция от 3,0 Ки/км² и выше, или плутония от 0,1 Ки/км² и выше. Расчетная эффективная доза облучения человека с учетом коэффициентов миграции радионуклидов в растения и других факторов может превысить 0,5 бэр за год свыше дозы, которая получена в доаварийный период.

Бюджетным кодексом Украины введено понятие «Бюджеты объединений территориальных громад». Это вид бюджетов местного самоуправления, формирование доходной части которых осуществляется согласно:

1) статье 64 Бюджетного кодекса Украины, определяющей состав доходов, которые закрепляются за бюджетами местного самоуправления и учитываются при определении объема межбюджетных трансфертов;

2) части второй статьи 65 Бюджетного кодекса Украины, согласно которой к доходам этих бюджетов зачисляется 75 процентов общего объема налога на доходы физических лиц;

3) статье 69 Бюджетного кодекса Украины, в которой закреплены доходы местных бюджетов, не учитываемые при определении объема межбюджетных трансфертов.

Статья 68 Бюджетного кодекса Украины регулирует состав доходов и расходов бюджетов районов в городах. Бюджет района в городе принадлежит к местным бюджетам и является составляющей бюджетной системы Украины [1, ст. 5]. Органы местного самоуправления в селах, поселках, городах, районах в городах (в случае их создания) самостоятельно разрабатывают, утверждают и исполняют соответствующие местные бюджеты. Согласно ст. 63 Закона Украины «О местном самоуправлении в Украине» доходы местных бюджетов районных в городах советов (в случае их создания) формируются согласно объему полномочий, которые определяются соответствующими городскими советами. По решению Киевского городского совета в бюджеты районов города могут передаваться средства для финансирования мер, связанных с осуществлением городом столичных функций [5, ч. 5, ст. 19].

Как отмечалось выше, формирование состава доходов бюджета района в городе осуществляется городским советом согласно полномочиям, переданным районным в городах советам. Особенности полномочий этих органов закреплены в ст. 41 Закона Украины «О местном самоуправлении в Украине». Согласно этой норме вопрос организации управления районами в городах принадлежит к компетенции городских советов. Порядок распределения объема межбюджетных трансфертов между городским бюджетом и бюджетами районов в городе (в случае их создания) утверждается городским советом. Городской совет, с учетом полномочий соответствующих местных советов, утверждает состав доходов и расходов бюджетов городов, поселков или сел, административно подчиненных районов в городе, порядок определения объемов межбюджетных трансфертов.

Доходы местных бюджетов, которые не учитываются при определении объема межбюджетных трансфертов, определяются ст. 69 Бюджетного кодекса Украины. Необходимо учитывать, что межбюджетные трансферты — это средства, которые безвозмездно и бесповоротно передаются из одного бюджета в другой с целью обеспечения финансовыми ресурсами полномочий местного самоуправления. Для определения объемов межбюджетных трансфертов законодатель вводит неизменность доходов, которые: 1) учитываются при определении межбюджетных трансфертов [1, ст. ст. 64, 66], и 2) не учитываются при определении межбюджетных трансфертов [1, ст. 69]. Доходы местных бюджетов, которые не учитываются при определении объема межбюджетных трансфертов, направляются на покрытие расходов по реализации полномочий органов местного самоуправления, определенных в Законе Украины «О местном самоуправлении в Украине» как собственные полномочия этих органов. Различают доходы, которые не учитываются при определении объема межбюджетных трансфертов, на доходы в общий и специальный фонды местного бюджета.

Таким образом, на сегодня решение проблемы согласованности конструкций доходных частей бюджетов предполагает разрешение ее на двух уровнях. Во-первых, на межотраслевом, который предполагает упорядочение и согласование подобных отношений на границе финансового, административного законодательства, законодательства, регулирующего отношения в сфере государственного строительства. Во-вторых, появление и использование сквозных конструкций доходных частей на уровне доходов бюджетов — доходов Государственного бюджета Украины, доходов местных бюджетов.

Л и т е р а т у р а

1. Бюджетний кодекс України від 8 липня 2010 р., № 2456-VI // Відомості Верховної Ради України. — 2010. — № 50–51. — Ст. 572.
2. Конституція України від 28 червня 1996 р., № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.
3. Про місцеве самоврядування в Україні: Закон України від 21 трав. 1997 р., № 280/97-ВР // Відомості Верховної Ради України. — 1997. — № 24. — Ст. 170.
4. Про правовий режим території, що зазнала радіоактивного забруднення внаслідок Чорнобильської катастрофи: Закон України від 27 лют. 1991 р., № 791а-XI // Відомості Верховної Ради УРСР. — 1991. — № 16. — Ст. 198.
5. Про столицю України — місто-герой Київ: Закон України від 15 січ. 1999 р., № 401-XIV // Відомості Верховної Ради України. — 1999. — № 11. — Ст. 79.

А н н о т а ц и я

Кучерявенко Н. П. К проблеме о межинституциональной природе регулирования бюджетных доходов. — Статья.

В статье рассматриваются проблемы регулирования публичных доходов. Налоги, сборы (обязательные платежи) являются одним из наиболее значимых каналов форми-

рования бюджетных доходов. В этой ситуации довольно остро стоит проблема определения четкой границы между бюджетным и налоговым регулированием. Регулирование публичных доходов обуславливает согласование на межинституциональном (бюджетно-налоговом) уровне однотипных конструкций и понятий, а также формирование и использование единого подхода на уровне отдельных институтов бюджетного или налогового права.

Ключевые слова: публичные доходы, бюджетные доходы, налог, сбор, регулирование.

А н о т а ц і я

Кучерявенко М. П. До проблеми про міжінституційну природу регулювання бюджетних доходів. — Стаття.

Стаття присвячена розгляду проблем регулювання публічних доходів. Податки, збори (обов'язкові платежі) є одним з найбільш значущих каналів формування бюджетних доходів. У цій ситуації досить гостро стоїть проблема визначення чіткої межі між бюджетним та податковим регулюванням. Регулювання публічних доходів обумовлює узгодження на міжінституційному (бюджетно-податковому) рівні однотипних конструкцій і понять, а також формування та використання єдиного підходу на рівні окремих інститутів бюджетного або податкового права.

Ключові слова: публічні доходи, бюджетні доходи, податок, збір, регулювання.

S u m m a r y

Kucheryavenko N. P. To the problem of inter-institutional nature of regulation of budget revenues. — Article.

The article is devoted to problems of regulation of public revenues. Taxes (compulsory payments) are one of the most important channels of formation of budget revenues. In this situation it is quite an acute problem of defining a clear boundary between the budget and tax regulations. Regulation of public revenues leads to inter-institutional coordination of (fiscal) level of the same type of structures and concepts, as well as the formation and use of common approach at the level of individual institutions, fiscal or tax law.

Keywords: public revenues, budget revenues, tax, regulation.

Л. К. Царьова

ПРАВОВА ПРИРОДА ВІДНОСИН, ЩО СКЛАДАЮТЬСЯ В СФЕРІ ЕМІСІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ДЕРЖАВИ

Сучасний період розвитку фінансово-правової науки характеризується зміною підходів до визначення змісту фінансової діяльності держави, оскільки фондова теорія, покладена в основу наукової фінансово-правової доктрини, не повною мірою охоплює зміст цього поняття та не відображає усіх суспільних відносин, пов'язаних з такою діяльністю. Зокрема, поза межами публічних фінансів залишаються відносини, пов'язані з емісійною діяльністю держави, яка також певним чином стосується тих же цілей, що і створення публічних фондів, і крім того пов'язана із організацією грошового обігу у державі, підтриманням стабільності національної грошової одиниці, отже, має безпосереднє відношення й до публічних грошових фондів, що і обумовлює актуальність теми.

Певна увага зазначеним проблемам приділялась у наукових дослідженнях Є. О. Алісова, Є. М. Ашмаріної, К. С. Бельського, М. И. Боголепова, Л. К. Воронової, О. М. Горбунової, А. Ю. Грибова, Е. М. Грачової, М. В. Карасьової, М. П. Кучерявенка, В. О. Лебедева, О. А. Лукашева, О. П. Орлюк та інших, у яких автори розглядали емісійну діяльність держави як складову її фінансової діяльності, однак автори не ставили перед собою завдання щодо характеристики відносин, що виникають у такій сфері, та визначення кола їх суб'єктів.

Метою даної статті є визначення ролі емісійної діяльності держави у складі її фінансової діяльності та з'ясування правової природи правовідносин, що складаються у зазначеній сфері.

Емісійна діяльність держави пов'язана з емісією грошей та державних цінних паперів та є складовою її фінансової діяльності. Термін «діяльність» (від лат. *aktivus*) означає процес активної взаємодії суб'єкта з навколишнім світом для досягнення певної мети. Це стосується будь-якої сфери діяльності і будь-якого суб'єкта, у тому числі й держави, зокрема стосовно її фінансової діяльності. Академік Л. К. Воронова

підкреслює, що держава є активним, діяльним суб'єктом фінансових правовідносин і постійно впливає на процес формування, розподілу і використання централізованих і децентралізованих фондів [1, с. 15–16].

Метою фінансової діяльності держави є фінансове забезпечення виконання її завдань і функцій, тобто створення належної фінансової бази, фінансових ресурсів, зосереджених у відповідних публічних фондах. Як правило, ці ресурси створюються в грошовій формі. Це цілком обгрунтовано підкреслюється Л. К. Вороною [1, с. 13], Н. І. Хімичевою [2, с. 98] та багатьма іншими відомими вченими не лише в їхніх сучасних дослідженнях, але наголошувалося деякими дослідниками ще й у радянський період [3, с. 4].

Вони зокрема вказували на зв'язок грошей та грошової системи з фінансово-правовим регулюванням. Так, Р. Й. Халфіна виділяла грошову систему СРСР як інститут у системі фінансового права, визначаючи його як сукупність норм, що встановлюють грошову систему держави, планування грошового обігу, порядок емісії грошових знаків, оперативне регулювання грошового обігу, а також порядок проведення операцій з дорогоцінними металами й іноземною валютою на території СРСР [4, с. 213].

У підручнику з фінансового права, виданому у 1982 році за редакцією В. В. Бесчеревних та С. Д. Ципкіна, у особливій частині окремо виділена глава (20), що має назву «Правове регулювання грошового обігу в СРСР». Її автор М. Л. Коган вказував, що держава використовує гроші як важливий інструмент впливу на економіку [5, с. 213]. Представники радянської економічної науки зазначали, що через грошову систему реалізуються владно-розпорядчі функції державних органів, завдяки чому вона є «основою адміністративно-командного управління економікою» [6, с. 75]. Погоджуючись у цьому з вченими-економістами, слід зауважити, що і в умовах ринкової економіки зберігається можливість держави в особі уповноважених державних органів через грошову систему здійснювати управління публічними фінансовими ресурсами та певним чином впливати на економічні процеси.

М. Л. Коган звертав увагу на те, що монопольним правом на випуск у обіг грошей на території країни був наділений центральний банк — Держбанк СРСР, який мав статус єдиного емісійного центру держави [5, с. 403]. Емісійному праву центрального банку присвячувався окремий підрозділ зазначеної вище глави підручника [5, с. 404–410], у якому, хоч і не пропонувалось визначення цього поняття, але розкривався його зміст. Зокрема до емісійного права автор відносив і планування, і регулювання, і організацію грошового обігу, а також контроль за дотриманням режиму касової та емісійної роботи. Зазначалось, що хоч окремі органи державної влади відіграють певну роль у сфері грошового обігу, однак централізоване регулювання грошового обігу в межах загального емісійного результату є виключним правом центрального банку держави.

Слід зауважити, що діяльність держави щодо грошової емісії розглядалась у курсі фінансового права ще відомим представником фінансово-правової науки XIX століття І. І. Янжулом, який, характеризуючи монетну регалію держави, відзначав фіскальний характер емісії монет [7, с. 215–218].

Таким чином, ще тоді закладались основи емісійного права як складової фінансового права. При цьому дослідники наголошували, що гроші як соціальний феномен мають не тільки економічну, але і юридичну природу та грають найважливішу роль в фінансово-правових відносинах.

Вказуючи на подвійну природу грошей, К. С. Бельський ще в 1989 році розглядає їх як фінансово-правову категорію, звертаючи увагу на монопольне право Держбанку СРСР на емісію грошей, які держава наділяє статусом бути законним платіжним засобом [8, с. 118]. Вчений відзначає, що «будь-яка з функцій грошей може бути реалізована в економічній дійсності тільки за допомогою юридичних норм і, головним чином, норм фінансового права» [8, с. 121]. Підтримуючи такий висновок, потрібно особливо відзначити чітке визначення вченим сфери функціонування грошей, названої «економічною дійсністю», тобто такою, що охоплює різні галузі економіки і різні рівні управління нею. Слід зазначити, що на макрорівні гроші, зосереджені в публічних фондах, відіграють соціально корисну роль, служать для задоволення суспільних інтересів. І перш ніж створюються публічні грошові фонди, державою створюються гроші шляхом здійснення грошової емісії.

Про фінансово-правову природу грошей говорить і Н. М. Казанцев. Визначаючи роль грошей у фінансово-правовому регулюванні як фінансово-правової категорії, Н. М. Казанцев розглядає їх як фінансово-правовий інститут та вказує: «Як фінансово-правовий інститут гроші — це титули фінансових прав як прав цінності, і у цій якості вони обертаються на фінансових ринках, надаються у борг, виступають засобом платежу, застави або джерелом доходу за допомогою договорів банківського вкладу або банківського рахунку» [9, с. 39]. Такий підхід представляється правильним, але сприймається поки що на рівні наукової ідеї, виділення грошам місця фінансово-правового інституту потребує окремого дослідження та аргументації.

Підкреслюючи публічний характер грошей як економіко-правової категорії, вчений дуже влучно відзначає, що «гроші є результатом, формою і наслідком суверенітету і юрисдикції держави» [9, с. 39]. погоджуючись з тим, що гроші є публічною, а саме фінансово-правовою категорією, вважаємо за необхідне відзначити, що вони є первинною категорією фінансового права, а фінанси, публічні фінанси — вторинними, похідними фінансово-правовими категоріями.

Тому вважаємо, що фінансова діяльність держави бере початок від встановлення та затвердження відповідним нормативним актом національної грошової одиниці, регулювання порядку випуску та обігу національних грошових знаків, організації та функціонування грошової систе-

ми, що охоплюється емісійно-правовими нормами, які належать до сфери фінансового права як галузі. Емісійна діяльність є невід'ємною частиною фінансової діяльності держави.

Л. К. Воронова в числі завдань фінансової діяльності називає емісію грошових знаків, відзначаючи, що це завдання виключно держави [1, с. 16]. Це важливе зауваження цілком справедливо, тому що в сучасний період у більшості країн монополієм правом на випуск грошових знаків наділяється центральний банк країни. Як правило, це державний банк.

Досліджуючи зміст фінансової діяльності, М. В. Карасьова включає до її складу: встановлення податків і зборів, затвердження бюджетів і звітів про їх виконання (у тому числі бюджетів державних позабюджетних фондів); оперативне управління державними грошовими коштами; контроль за рухом державних коштів; формування та частково використання грошових фондів державних (казенних) підприємств; організацію грошової системи країни [10, с. 27] та інші складові. Зазначений перелік напрямків фінансової діяльності держави дає змогу простежити фундаментальну роль грошей при її здійсненні.

Зміст фінансової діяльності проаналізовано й О. П. Орлюк, вона робить висновок, що її складовими є такі її види, як емісійна, бюджетна, податкова, видаткова, страхова, кредитна, валютна [11, с. 45]. Слід звернути увагу, що емісійна діяльність названа першою складовою фінансової діяльності, і таке розміщення є не випадковим, а цілком правильним і логічним, тому що, як вже зазначалося, емісія грошей є первинною відносно створення грошових фондів.

Є. М. Ашмаріна, аналізуючи традиційно прийняті класичні напрямки фінансової діяльності (створення, розподіл і використання публічних фондів грошових коштів), також слушно звертає увагу на те, що передує їм грошова емісія [12, с. 89].

Належність грошової емісії до сфери фінансово-правового регулювання відзначає і С. В. Запольський, підкреслюючи, що від грошової емісії залежить життєдіяльність будь-якої фінансової системи [13, с. 11]. Такий висновок видається цілком правильним, так як саме завдяки руху грошових потоків у публічні фонди і з них — на фінансування діяльності органів публічної влади, бюджетної сфери, соціально-економічних програм держава виконує свої функції.

Держава, створюючи такий важливий фінансовий інструмент як гроші і випускаючи їх в обіг, наділяє національну грошову одиницю статусом законного платіжного засобу, обов'язкового до прийому у всіх платежах на території країни, а також встановлює і законодавчо закріплює і порядок їх обігу. При цьому використовується імперативний метод, властивий галузям публічного права.

С. В. Запольський та Д. В. Вінницький вважають, що емісія і регулювання руху грошової маси виконують роль «центральної несучої конструкції для всього фінансового механізму і, отже, є основним елементом

системи фінансового права» [14, с. 15]. Це положення заслуговує на підтримку та є надзвичайно важливим для визначення змісту фінансової діяльності держави з урахуванням нових підходів до теорії фінансового права. У зв'язку з цим представляється своєчасним запропоноване К. С. Бельським нове визначення змісту фінансової діяльності держави як діяльності «з випуску грошових знаків і організації грошового обігу в країні, мобілізації грошових коштів у державні і муніципальні фонди, використання їх в інтересах суспільства і держави...» [15, с. 26]. У цьому визначенні враховуються основні аспекти фінансової діяльності держави.

При розгляді методів фінансової діяльності А. Н. Козирін вказує на різні види фінансових правовідносин, що виникають при її здійсненні, і цілком обгрунтовано включає до їх числа і правовідносини, пов'язані з емісією грошових знаків [16, с. 14].

Характеризуючи правовідносини, що пов'язані з грошовою емісією, М. В. Карасьова вказує, що їх об'єктом є гроші. При цьому вона зазначає, що це стосується як готівки, так і безготівкових грошей [17, с. 38]. З цим слід погодитися, оскільки платежі в публічні грошові фонди перераховуються з використанням безготівкової форми розрахунків, а витрачання коштів буває як у безготівковій, так і в готівковій формі (зокрема при виплаті стипендій, заробітної плати працівникам бюджетних установ).

При цьому слід врахувати, що суб'єктом емісійної діяльності при емісії офіційних готівкових грошових знаків є єдиний емісійний центр (центральный банк — Національний банк України), наділений монопольним правом на здійснення такої діяльності. Так, у ст. 34 Закону України «Про Національний банк України» вказано, що «виключне право введення в обіг (емісія) гривні і розмінної монети, організація їх обігу та вилучення з обігу належить Національному банку. Готівка знаходиться в обігу у вигляді грошових знаків — банкнот (паперових) і монет (металевих)». Далі у ст. 35 зазначеного Закону встановлено: «Гривня (банкноти і монети) як національна валюта є єдиним законним платіжним засобом на території України, приймається усіма фізичними і юридичними особами без будь-яких обмежень на всій території України за всіма видами платежів, а також для зарахування на рахунки, вклади, акредитиви та для переказів».

Виходячи із змісту цих норм, до суто грошової емісії законодавець відносить лише емісію готівкових грошей — банкнот та монет, яка здійснюється монопольно лише Національним банком України. Разом з тим гроші існують і у безготівковій формі. Емісію безготівкових грошей здійснюють і інші суб'єкти, зокрема комерційні банки при здійсненні кредитних операцій. Надаючи кредити, комерційні банки збільшують обсяг грошової маси, емітуючи безготівкові грошові кошти. При цьому діє механізм грошового мультиплікатора, яким управляє центральный банк держави — Національний банк України, виконуючи функцію гро-

шово-кредитного регулювання та використовуючи економіко-правові важелі впливу. Він враховує потреби економіки у певних видах грошових засобів в певний конкретний відрізок часу та ініціює або стримує емісійні можливості комерційних банків, використовуючи систему більших або менших обмежень для їхніх кредитних операцій.

Кредитні обмеження — це заходи адміністративного або нормативно-го характеру, що застосовуються центральним банком до банків другого рівня банківської системи з метою забезпечення стабільності національної валюти, належного рівня ліквідності банків, реалізації грошово-кредитної політики.

Кредитні обмеження нормативного характеру можуть бути прямими та непрямими. Прямі обмеження встановлюються шляхом визначення кількісних показників щодо загальних обсягів наданих банком кредитів, розміру кредитів, що можуть бути надані одному позичальнику тощо. Непрямі обмеження пов'язані здебільшого з вимогами відносно рівня процентних ставок за наданими банком кредитами, підвищенням вартості позичкових коштів, підвищенням облікової ставки НБУ, розміру обов'язкових резервів.

На відміну від готівкових грошей, які є безумовними зобов'язаннями Національного банку України, безготівкові грошові кошти, емітовані комерційними банками, є кредитними зобов'язаннями їх емітентів.

Розглядаючи правовідносини, що пов'язані з емісією грошей, можна визначити коло суб'єктів, що беруть участь у таких правовідносинах. Це, зокрема, держава, а також фізичні та юридичні особи, у тому числі й банки. При цьому держава як владний суб'єкт фінансово-правових відносин зобов'язала усіх юридичних та фізичних осіб приймати та використовувати емітовані нею гроші як плату за товари, роботи, послуги, а також для виконання фінансових зобов'язань перед державою щодо сплати передбачених законом обов'язкових платежів.

Питання щодо визнання держави як владного суб'єкта правовідносин досліджувалось теоретиками та деякими представниками фінансово-правової науки [18, с. 22]. Російський вчений М. В. Карасьова звертає увагу на те, що необхідність визнати державу суб'єктом фінансового права і фінансового правовідношення виникає тоді, коли держава реалізує свої суверенні права у сфері фінансів [19, с. 95].

Серед вітчизняних вчених детально розглядала питання правового статусу держави на дисертаційному рівні О. О. Семчик. Вона, як і інші вчені, зазначає, що держава реалізує комплекс своїх фінансових прав через низку органів державної влади. О. О. Семчик робить висновок, що реалізація кожного з елементів фінансово-правового статусу держави здійснюється з використанням певних засобів і способів, сукупність яких утворює в цілому механізм реалізації функцій держави та компетенції її органів [20, с. 149]. Таке твердження дослідника уявляється правильним, оскільки кожен із уповноважених державою органів в межах визначеної законом його компетенції виконує відповідні функції

держави, реалізуючи таким чином роль держави як суб'єкта фінансового права шляхом безпосередньої участі у конкретних фінансово-правових відносинах як владний їх суб'єкт. Це стосується і сфери емісії грошей.

Крім грошової емісії, держава емітує також і цінні папери. Емісія державних цінних паперів застосовуються для формування публічних фінансових ресурсів, вони здебільшого випускаються у формі облігацій внутрішніх та зовнішніх державних позик.

Отже емісійну діяльність держави можна визначити як врегульовану правовими нормами систему дій уповноважених органів публічної влади з випуску грошових знаків і організації їх обігу, а також емісії цінних паперів як безумовних зобов'язань держави.

Емісійна діяльність держави пов'язана з виникненням емісійних правовідносин, суб'єктами яких виступають: держава в особі уповноважених органів та юридичні і фізичні особи.

Висновки.

Емісійна діяльність держави є складовою частиною її фінансової діяльності. Фінансова діяльність держави бере початок від встановлення та затвердження відповідним нормативним актом національної грошової одиниці, регулювання порядку випуску та обігу національних грошових знаків, організації та функціонування грошової системи, що охоплюється емісійно-правовими нормами, які належать до сфери фінансового права як галузі.

Правовідносини, що виникають при здійсненні емісійної діяльності держави як складової її фінансової діяльності, за своєю правовою природою належать до фінансово-правових відносин.

Емісійні правовідносини є врегульованими правом суспільними відносинами, що виникають між державою та юридичними і фізичними особами та пов'язані з емісією грошей та державних цінних паперів.

Емісійні правовідносини є зобов'язальними фінансово-правовими відносинами. На відміну від зобов'язальних відносин у приватно-правовій сфері зобов'язаним суб'єктом емісійно-правових відносин є владний суб'єкт — держава. Однак правовий статус держави має певні відміни у порівнянні з правовим статусом зобов'язальних суб'єктів приватно-правових відносин, однією із особливостей якого є те, що зобов'язаний суб'єкт емісійно-правових відносин сам встановлює правила поведінки у таких відносинах, інші ж їх суб'єкти (юридичні та фізичні особи) змушені їх виконувати.

Емісійні правовідносини є первинними по відношенню до бюджетних, податкових та інших видів фінансових правовідносин.

Л і т е р а т у р а

1. Воронова Л. К. Фінансове право України : підручник / Л. К. Воронова. — К. : Прецедент : Моя книга, 2006. — 448 с.

2. Химичева Н. И. Финансовое право / *Н. И. Химичева, Е. В. Покачалова*; отв. ред. Н. И. Химичева. — М.: Норма, 2005. — 464 с.
3. Ровинский Е. А. Финансовое право / *Е. А. Ровинский*. — М., 1971. — С. 4; Гуревич Г. С. Советское финансовое право / *Г. С. Гуревич*. — М., 1985. — С. 7.
4. Халфина Р. О. К вопросу о предмете и системе советского финансового права / *Р. О. Халфина* // Вопросы советского административного и финансового права. — М.: Изд-во АН СССР, 1952. — С. 213.
5. Советское финансовое право: учебник / под ред. В. В. Бесчеревных, С. Д. Цыпкина. — М.: Юрид. лит., 1982. — 424 с.
6. Рогова О. Денежная система: механизм и направления стабилизации / *О. Рогова, Л. Моисеева* // Вопросы экономики. — 1990. — № 7. — С. 75.
7. Янжул И. И. Основные начала финансовой науки. Учение о государственных доходах / *И. И. Янжул*. — М.: Статут, 2002. — 555 с.
8. Бельский К. С. О юридической природе денег / *К. С. Бельский* // Теоретические вопросы административного и финансового права в условиях перестройки управления экономикой: сб. науч. тр. ВЮЗИ. — М., 1989. — С. 116–124.
9. Институты финансового права / под ред. Н. М. Казанцева. — М.: ИЗиСП: ИД «Юриспруденция», 2009. — 512 с.
10. Карасева М. В. Финансовое правоотношение / *М. В. Карасева*. — М.: Норма, 2001. — 288 с.
11. Орлюк О. П. Финансовое право. Академичний курс: підручник / *О. П. Орлюк*. — К.: Юрінком Інтер, 2010. — 808 с.
12. Ашмарина Е. М. Финансовая деятельность государства / *Е. М. Ашмарина* // Государство и право. — 2004. — № 3. — С. 89.
13. Запольский С. В. Дискуссионные вопросы теории финансового права: монография / *С. В. Запольский*. — М.: РАП, Эксмо, 2008. — 160 с.
14. Запольский С. В. О модернизации доктрины российского финансового права / *С. В. Запольский, Д. В. Винницкий* // Финансовое право. — 2007. — № 2. — С. 15.
15. Финансовое право: учебник / *К. С. Бельский* [и др.]; под ред. С. В. Запольского. — М.: Рос. акад. правосудия: Эксмо, 2006. — 640 с.
16. Финансовое право России. Актуальные проблемы / Центр публ.-правовых исслед.; под ред. А. А. Ялбулганова. — М.: Academia, 2007. — С. 14.
17. Карасева М. В. Деньги в финансовом праве / *М. В. Карасева*. — М.: Юристъ, 2008. — 56 с.
18. Запольский С. В. Правовые проблемы самофинансирования предприятий в условиях полного хозяйственного расчета (финансово-правовой аспект): автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / *С. В. Запольский*. — М., 1989. — 40 с.
19. Карасева М. В. Финансовое правоотношение: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.12 / *М. В. Карасева*. — М.: РГБ, 2003. — 304 с.
20. Семчик О. О. Держава як суб'єкт фінансового права: дис. ... канд. юрид. наук / *О. О. Семчик*. — К., 2009. — 232 с.

А н о т а ц і я

Царьова Л. К. *Правова природа відносин, що складаються в сфері емісійної діяльності держави.* — Стаття.

Стаття присвячена розгляду відносин, що складаються у сфері емісійної діяльності держави, як складової її фінансової діяльності. Дається визначення емісійних правовідносин та аргументується висновок, що вони є зобов'язальними фінансово-правовими відносинами.

Ключові слова: фінансова діяльність держави, емісія, гроші, емісійна діяльність, емісійні правовідносини, суб'єкти емісійних правовідносин, емісійні зобов'язання.

А н н о т а ц и я

***Царева Л. К.* Правовая природа отношений, складывающихся в сфере эмиссионной деятельности государства. — Статья.**

Статья посвящена рассмотрению отношений, складывающихся в сфере эмиссионной деятельности государства, как составляющей его финансовой деятельности. Дается определение эмиссионных правоотношений и аргументируется вывод, что они являются обязательственными финансово-правовыми отношениями.

Ключевые слова: финансовая деятельность государства, эмиссия, деньги, эмиссионная деятельность, эмиссионные правоотношения, субъекты эмиссионных правоотношений, эмиссионные обязательства.

S u m m a r y

***Tsareva L. K.* The legal nature of the relations developing in the sphere of issue activity of the state. — Article.**

Article is devoted to consideration of the relations developing in the sphere of issue activity of the state as financial activity making it. Definition of issue legal relationship is made and the conclusion is given reason that they are obligations financial legal relations.

Keywords: the financial activities of the state, issue, money, issue activity, issue legal relationship, subjects of issue legal relationship, issue obligations.

УДК 347.734:336.711(477)

В. Д. Чернадчук

**ЗАХОДИ ВПЛИВУ НАЦІОНАЛЬНОГО БАНКУ УКРАЇНИ
ЗА ПОРУШЕННЯ БАНКІВСЬКОГО ЗАКОНОДАВСТВА:
АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ТЕОРІЇ ТА ПРАКТИКИ**

Розвиток вітчизняного законодавства, у тому числі й банківського, а також зміни в суспільних відносинах, що відбулися останнім часом, сприяють виникненню нових видів відповідальності. Останнім часом теоретичні питання відповідальності за порушення банківського законодавства дедалі частіше привертають увагу науковців. Окремих проблем відповідальності за порушення банківського законодавства торкалися у своїх працях Л. К. Воронова, А. Й. Іванський, М. В. Карасьова, Д. А. Липинський, А. М. Нікітіна, Н. А. Саттарова, І. А. Сікорська, Г. А. Тосунян та інші, але значне коло цих питань потребує подальших досліджень. Розпочати таке дослідження є досить складним завданням, тому що в банківському законодавстві відсутнє визначення банківсько-правової відповідальності, а в юридичній літературі існують різні погляди щодо її визнання. Хоча вже почали з'являтися праці, в яких робляться спроби обґрунтувати можливість виокремлення таких нових видів юридичної відповідальності як фінансова та бюджетна. Станом на сьогодні досить складно стверджувати можливість виокремлення банківсько-правової відповідальності. За порушення банківського законодавства передбачено кримінальну, адміністративну, цивільну, дисциплінарну відповідальність. Разом з тим ст. 73 Закону України «Про банки і банківську діяльність» [1] передбачено, що у разі порушення банками або іншими особами, які можуть бути об'єктом перевірки Національного банку України відповідно до цього закону, нормативно-правових актів Національного банку України, його вимог, встановлених відповідно до ст. 66 цього закону, або здійснення ризикової діяльності, яка загрожує інтересам вкладників чи інших кредиторів банку, Національний банк України адекватно вчиненому порушенню або рівню такої загрози має право застосувати заходи впливу, до яких належать письмове застереження;

скликання загальних зборів учасників, спостережної ради банку, правління (ради директорів) банку; укладення письмової угоди з банком, за якою банк чи визначена угодою особа зобов'язується вжити заходів для усунення порушень, поліпшення фінансового стану банку, підвищення ефективності функціонування банку та/або адекватності системи управління ризиками тощо; зупинення виплати дивідендів чи розподілу капіталу в будь-якій іншій формі; встановлення для банку підвищених економічних нормативів; підвищення резервів на покриття можливих збитків за кредитами та іншими активами; обмеження, зупинення чи припинення здійснення окремих видів здійснюваних банком операцій; заборона надавати бланкові кредити; накладення штрафів на керівника банку, банк або власників істотної участі у банку; тимчасова, до усунення порушення, заборона використання власником істотної участі в банку права голосу придбаних акцій (паїв); тимчасове, до усунення порушення, відсторонення посадової особи банку від посади; віднесення банку до категорії проблемного або неплатоспроможного; відкликання банківської ліцензії та ліквідація банку. Станом на сьогодні комплексного дослідження зазначених заходів впливу за порушення банківського законодавства не здійснювалося, хоча окремі теоретичні та практичні аспекти висвітлювалися в працях, зокрема В. Л. Кротюка, Т. А. Латковської, О. П. Орлюк, В. В. Пасічника.

У Фінансовій енциклопедії заходи впливу за порушення банківського законодавства визначаються як «встановлені законодавством заходи, які можуть застосовуватися Нацбанком України до комерційних банків у разі порушення останніми вимог банківського законодавства» [3, с. 164]. Таке визначення у загальному вигляді розкриває призначення цих заходів впливу.

У Великому енциклопедичному юридичному словнику визначення поняття «заходи впливу» не надається. Натомість є визначення терміну «стягнення» як узагальнюючої правової категорії, яка характеризує законодавчо встановлені примусові заходи впливу як міру юридичної відповідальності, що використовується в разі вчинення правопорушення з метою його припинення, покарання винної особи, а також як загальний засіб запобігання новим порушенням. Стягнення також розглядаються як загальний захід примусового впливу на правопорушника в певних однорідних правовідносинах, а також як конкретний вид юридичної відповідальності або як окрема фінансово-правова операція [4, с. 858]. Таким чином, поняття стягнення розкривається через примусові заходи впливу: стягнення є сукупністю законодавчо встановлених примусових заходів впливу, кожен з яких є стягненням.

Разом з тим заходи впливу інколи ототожнюються із санкціями. Наприклад, О. П. Орлюк пише: «наглядові органи використовують неофіційні й офіційні заходи впливу на банки. Основними офіційними заходами є попередження, директиви з усунення недоліків, штрафні санкції, накази про усунення з посади керівників банку, передача банку

під контроль наглядового органу організація злиття або поглинання, позбавлення ліцензії на проведення банківських операцій, і як максимально негативний захід — ліквідація кредитної установи». В подальшому автор, характеризує заходи впливу, застосовує термін «санкції»: «згідно із чинним законодавством у випадку порушення суб'єктами банківської діяльності законодавства Національний банк України має право застосовувати до комерційного банку санкції» [5, с. 227–228]. Санкції — «це передбачені законом або договором заходи впливу, міра юридичної відповідальності за порушення законодавства або договірної зобов'язання, що застосовуються до винної особи і зумовлюють певні несприятливі (негативні) для неї наслідки» [4, с. 801]. Таким чином, заходи впливу, що зумовлюють настання негативних наслідків для винної особи, визнаються автором санкціями.

У фінансово-правовій літературі інколи вживається термін «стягнення». На думку В. П. Нагребельного, «стягнення є узагальнюючою правовою категорією, яка характеризує законодавчо встановлені примусові заходи впливу як міру юридичної відповідальності, що використовуються в разі вчинення правопорушення з метою його припинення, покарання винної особи, а також як загальний засіб запобігання новим правопорушенням. Стягнення розуміють як загальний захід примусового впливу на правопорушника в певних однорідних правовідносинах, як конкретний вид юридичної відповідальності або як окрему банківсько-фінансову операцію. Найпоширенішими різновидами стягнень є, зокрема, припинення бюджетного фінансування» [4, с. 658–659]. Натомість санкції — це передбачені законом заходи впливу, міри юридичної відповідальності, що застосовуються до винної особи і тягнуть за собою певні несприятливі (негативні) для неї наслідки [6, с. 427]. Підсумовуючи, можна зазначити, що автор вважає стягнення та санкції заходами впливу, а юридичну відповідальність — їх формою реалізації.

Н. А. Саттарова, характеризує фінансово-правовий примус, зазначає, що він відрізняється складною правовою конструкцією, різноманітним примусового впливу та наслідків. Тому акцентується увага на необхідності виокремлення певних заходів фінансово-правового примусу, що дозволяє разом з каральними санкціями включити до системи примусу заходи забезпечувального, відновлювального та попереджувального характеру. Такий підхід дозволив автору визначити фінансово-правовий примус як вплив уповноваженими державними органами, їх посадовими особами на свідомість та поведінку суб'єктів фінансових правовідносин застосуванням до них в установленому процесуальному порядку примусових заходів, що містяться в санкціях (диспозиціях) фінансово-правових норм, пов'язаних з настанням для них негативних наслідків особистого, майнового, організаційного характеру з метою боротьби з правопорушеннями та іншими негативними наслідками, а також охорони та подальшого розвитку суспільних відносин у сфері фінансової діяльності [7, с. 74–75].

Взагалі, пише А. Й. Іванський, під терміном санкції у праві зазвичай розуміють міри примусового впливу за порушення встановленого порядку діяльності, які мають попереджувальну, компенсаційну чи репресивну функцію [8, с. 298], а під санкціями пропонується розуміти забезпечені примусовою силою держави заходи реагування, спрямовані на відновлення порушеного права й (або) покарання винного, передбачені правовими нормами, і які застосовуються до суб'єкта правопорушення у випадку невиконання приписів цієї норми [8, с. 310]. У законодавстві одним із значень терміну «санкції» є визначення їх як заходів, що застосовуються до правопорушника і спричиняють для нього певні несприятливі наслідки. Будучи багато в чому подібними, на нашу думку, терміни «санкція» і «захід впливу» все ж таки потребують розмежування. Санкції визначаються як заходи (міри) примусового впливу. Натомість слушною є думка авторів науково-практичного коментаря до Закону України «Про банки і банківську діяльність», де перші три заходи впливу визначаються як непримусові заходи впливу [2, с. 372]. Першим таким заходом визначено письмове застереження. У письмовому застереженні Національний банк України висловлює банку своє занепокоєння станом його справ, указує на допущені порушення банківського законодавства, нормативно-правових актів Національного банку України або недоліки в роботі та за потреби конкретні заходи, яких йому потрібно вжити у визначені строки з метою їх усунення або недопущення надалі [7]. Зміст письмового застереження полягає в офіційній вказівці Національним банком України на порушення банком банківського законодавства, його недоліки у банківській діяльності з метою їх усунення та недопущення в майбутньому.

Другим непримусовим заходом впливу є скликання загальних зборів учасників, спостережної ради банку, правління (ради директорів) банку для прийняття програми фінансового оздоровлення банку або плану реорганізації банку. Комісія Національного банку України з метою оздоровлення банку має право прийняти рішення про потребу скликання спостережної ради та/або правління (ради директорів) банку для прийняття програми фінансового оздоровлення для банку, в якому відбувається суттєве погіршення його фінансового стану (зокрема зростання активів з негативною класифікацією, обсяг яких становить 20 відсотків і більше від загальної суми активів, за якими має оцінюватися ризик та формуватися страховий резерв згідно з нормативно-правовими актами Національного банку України, або наявність збитків за результатами фінансового року). Також Комісія має право прийняти рішення про скликання загальних зборів учасників банку, якщо фінансове оздоровлення банку потребує залучення додаткових коштів акціонерів (учасників, інвесторів) для реструктуризації капіталу банку та/або зобов'язань банку, або в разі потреби розроблення плану реорганізації банку шляхом злиття або приєднання — якщо банк хоч раз порушив один із нормативів капіталу, установлених Національним банком України, та/

або не надав у встановленому порядку програму капіталізації банку [9]. Відповідно до ст. 2 Закону України «Про банки і банківську діяльність» фінансове оздоровлення банку — це відновлення платоспроможності банку та приведення фінансових показників його діяльності у відповідність із вимогами Національного банку України [1]. Програма фінансового оздоровлення банку передбачає систему заходів окремого банку, спрямованих на поліпшення його фінансового стану (ліквідності, платоспроможності, достатності капіталу, структури активів, дохідності, рентабельності тощо), а також на усунення порушень, що призвели до скрутного фінансового стану банку. Фінансове оздоровлення та реорганізація банку є заходами відновлення платоспроможності банку, а Національний банк України реалізує право вимоги на скликання органів управління банком для прийняття програми фінансового оздоровлення або плану реорганізації банку. Таким чином, цей захід впливу можна розглядати як передбачене законом право вимоги Національного банку України скликати загальні збори учасників, спостережної ради банку, правління (ради директорів) банку для прийняття програми фінансового оздоровлення банку або плану реорганізації банку з метою усунення виявлених порушень банківського законодавства та відновлення платоспроможності банку, за наявності підстав, передбачених банківським законодавством.

Третім непримусовим заходом впливу визначено укладення письмової угоди з банком, за якою банк чи визначена угодою особа зобов'язується вжити заходів для усунення порушень, поліпшення фінансового стану банку тощо. Письмова угода як захід впливу може укладатися з банком, що допустив порушення, які впливають на його фінансовий стан, або здійснює операції з високим рівнем ризику, які загрожують інтересам вкладників чи інших кредиторів банку, або допустив порушення значення ліміту загальної довгої валютної позиції банку (ЛІЗ-1)/ліміту загальної короткої валютної позиції банку (ЛІЗ-2) два та більше місяців поспіль, за умови подання ним прийняттого плану заходів для усунення виявлених проблем [9]. За загальним правилом у письмовій угоді банк письмово визнає свої недоліки в роботі та допущені порушення і подає перелік обґрунтованих заходів, яких банк зобов'язується вжити для усунення порушень, їх запобігання в подальшому, поліпшення фінансового стану тощо із зазначенням строків їх виконання. За загальним уявленням угода — це юридичний факт, вольова і правомірна дія фізичної або юридичної особи, що передбачена законом, і та, що законом не передбачена, але не суперечить йому, і спрямована на виникнення, зміну або припинення прав та обов'язків [10, с. 167]. Аналіз змісту письмової угоди, який визначено Положенням [7], свідчить про деяку невідповідність цього змісту назві заходу впливу. По-перше, оскільки змістом угоди є зобов'язання банку вжити певних заходів, то потрібно вести мову про письмове зобов'язання банку. По-друге, на перший погляд уявляється, що вона спрямована на виникнення, зміну або при-

пинення обов'язків банку. Однак підставою укладення такої угоди є здійснене порушення банківського законодавства або нормативно-правових актів Національного банку України, тобто невиконання або неналежає виконання банком своїх обов'язків. Тому маємо ситуацію, що банк в угоді бере на себе обов'язок вжиття заходів для усунення порушень, які мали місце внаслідок невиконання банком своїх обов'язків, тобто обов'язок виконати невиконаний обов'язок. Таким чином, на нашу думку, цей непримусовий захід впливу є письмовим зобов'язанням банку. Письмове зобов'язання банку — це письмове визнання банком недоліків у банківській діяльності та порушень вимог банківського законодавства із зобов'язанням їх усунення та недопущення у майбутньому.

Дискусійним є питання застосування самого терміну «непримусові заходи впливу». Письмове застереження є, з одного боку, попередженням Національного банку України, а з іншого — спрямоване на правовідновлення. Попередження, як вірно акцентується увага Н. А. Саттаровою, є формою державного примусу, ранньою стадією державного впливу і застосовується забезпечення правопорядку, охорони суспільних відносин, суспільної безпеки та прав особи. Разом з тим попереджувальний (превентивний) характер властивий і для багатьох фінансово-правових санкцій та відповідних їм засобів примусу, які застосовуються з метою недопущення порушень фінансової дисципліни [7, с. 26], зокрема укладення письмової угоди. Правовідновлення як форма державного примусу є самостійним способом та реальною гарантією забезпечення майнових та інших прав, призначенням якої є відшкодування збитків, заподіяних правопорушенням або іншими діями, законним правам та інтересам або нейтралізація шкідливих наслідків здійсненого правопорушення [6, с. 28]. Захист права — це державно-примусова діяльність, спрямована на здійснення відновлювальних завдань: на відновлення порушених прав, забезпечення виконання юридичних обов'язків [11, с. 280].

Врегульований нормами права, примус у своєму здійсненні переважно виступає у вигляді акту застосування, індивідуально-правового припису Національного банку України. Наявність у суб'єкта застосування права — делегованих державою владних повноважень щодо здійснення індивідуального правового регулювання є обставиною, що дозволяє відмежувати застосування права від інших форм його реалізації та обґрунтувати положення про те, що цей вид правової діяльності є єдиним каналом, через який фактично здійснюється державний примус [12, с. 195].

Акти застосування норм банківського права (письмове застереження, скликання органів управління банком, письмова угода) спрямовані на ініціювання охоронних банківських правовідносин, в межах яких безпосередньо вживаються заходи для усунення порушень банківського законодавства та їх негативних наслідків, поліпшення фінансового стану банку тощо, тобто застосування заходів примусу. Зміст цих заходів на

відміну від інших полягає у застосуванні правових обмежень немайнового, організаційного характеру, які полягають у покладанні на банк додаткових обов'язків.

Розглянуті непримусові заходи впливу можна охарактеризувати як заходи, зміст і застосування яких регламентовано нормами банківського права: їх застосування здійснюється в процесі індивідуального правового регулювання спеціально уповноваженим державним органом — Національним банком України шляхом видання правозастосовочого акту в межах охоронних банківських правовідносин через механізм прав та обов'язків і проявляється в правових обмеженнях немайнового та організаційного характеру. Така характеристика дещо зближує їх з заходами державного примусу, тому уявляється сумнівним їх визнання непримусовими заходами впливу. За змістом та наслідками розглянуті заходи впливу Національного банку України за порушення банківського законодавства є скоріше заходами забезпечення виконання банком суб'єктивного обов'язку у сфері банківської діяльності. Непримусові заходи впливу можуть бути попереджувальними (превентивними) та організаційно-управлінськими, для них невластивий грошовий (фінансовий) характер.

Друга група заходів впливу (так званих — примусових) є досить різноманітною: за метою можна виокремити правоприпиняючі заходи впливу (зупинення виплати дивідендів, зупинення здійснення окремих видів банківських операцій); правообмежувальні заходи впливу (обмеження здійснення окремих банківських операцій, тимчасова заборона використання власником істотної участі права голосу придбаних акцій); фінансові заходи впливу (накладення штрафів на керівника банку, банк тощо). Характерною рисою правоприпиняючих заходів впливу є припинення (заборона) здійснювати банком (іншими особами) реалізацію суб'єктивних банківських прав, а застосування правообмежувальних заходів впливу передбачає можливість реалізації таких прав з дотриманням певних вимог. Наприклад, обмеження здійснення окремих видів банківських операцій означає, що банк втрачає право на збільшення обсягу таких операцій, зокрема забороняється укладення нових договорів або продовження строку дії вже укладених договорів з часу отримання відповідного рішення Національного банку України. Натомість припинення здійснення окремих видів банківських операцій передбачає заборону їх здійснення на невизначений час і є підставою для розірвання банком відповідних договорів на здійснення цих операцій. Отже, застосування заходів впливу передбачає не лише введення обмежень щодо суб'єктивних банківських прав, а й покладання додаткових обов'язків.

Заходи впливу, які застосовуються Національним банком України, можуть впливати, безпосередньо або опосередковано, на фінансовий стан. Національний банк України має право видати банку розпорядження щодо зупинення виплати дивідендів чи розподілу капіталу в будь-якій іншій формі, що стосується розподілу прибутку банку, що залишається

в розпорядженні банку після сплати податків та обов'язкових платежів. Другим безпосередньо фінансовим заходом впливу є накладення штрафів на керівника банку, банк або власників істотної участі у банку. Так, зокрема Національний банк України має право накладати на банки штрафи в розмірі не більше ніж один відсоток від суми зареєстрованого статутного фонду в разі допущення ними порушень, які визначені п. 7.1 глави 7 Положення [9]. Опосередковано фінансовими заходами впливу є зокрема встановлення для банку підвищених економічних нормативів; підвищення резервів на покриття можливих збитків за кредитами та іншими активами; обмеження. Наприклад, у разі здійснення банком окремих операцій з підвищеним рівнем ризику, що можуть загрожувати інтересам кредиторів і вкладників, що підтверджується результатами планової або позапланової інспекційної перевірки, Національний банк України може видати розпорядження банку щодо підвищення резервів на покриття можливих збитків за кредитами та іншими активами, яке полягає в установленні підвищеного розміру відрахувань до резервів (коефіцієнта резервування) під ці активні операції або при розрахунку суми резервів ураховується лише першокласне забезпечення за кредитними операціями банку.

Друга група примусових заходів впливу передбачає обмеження або заходи організаційного чи управлінського характеру, до яких належать тимчасова, до усунення порушення, заборона використання власником істотної участі в банку права голосу придбаних акцій (паїв); тимчасове, до усунення порушення, відсторонення посадової особи банку від посади; віднесення банку до категорії проблемного або неплатоспроможного; відкликання банківської ліцензії та ліквідація банку.

Особливістю застосування заходів впливу є не лише порушення банківського законодавства, нормативно-правових актів Національного банку України, а й загроза такого порушення, тобто ймовірність в подальшому порушення банківського законодавства. Так, п. 5 ч. 1 ст. 75 Закону України «Про банки і банківську діяльність» (в редакції від 23 лютого 2012 р.) передбачено, що Національний банк України зобов'язаний прийняти рішення про віднесення банку до категорії проблемних у випадку систематичного незабезпечення ефективності функціонування та/або адекватності системи управління ризиками, що створює загрозу інтересам вкладників чи інших кредиторів банку.

Нормативно-правовими актами Національного банку України встановлена складна конструкція визначення підстави застосування заходів впливу та критеріїв вибору такого заходу. За загальним правилом заходи впливу застосовуються Національним банком України на підставі: результатів інспекційних (планових та позапланових) перевірок діяльності банків чи їх філій; результатів аналізу дотримання банками вимог банківського законодавства з використанням статистичної звітності, щомісячних і щоденних балансів тощо; результатів перевірок діяльності банків аудиторськими організаціями, уповноваженими відповідно до

чинного законодавства на їх здійснення; пропозицій Фонду гарантування вкладів фізичних осіб; результатів перевірок дотримання банками валютного законодавства, здійснених уповноваженими працівниками Національного банку України, що містять виявлені порушення банківського законодавства, нормативно-правових актів Національного банку України або здійснення ризикових операцій, які загрожують інтересам вкладників чи інших кредиторів банку. Критерієм вибору заходу впливу до банку-правопорушника визначено критерій адекватності з урахуванням характеру допущених банком порушень; причин, що зумовили виникнення виявлених порушень; загального фінансового стану банку та розміру можливих негативних наслідків для кредиторів і вкладників. Характер допущених банком порушень оцінюється відповідним суб'єктом правозастосування, що не виключає суб'єктивності в оцінці. Тому норми банківського права повинні так описати модель правопорушення, щоб можна було уникнути суб'єктивного тлумачення чи розуміння. Критерій адекватності передбачає встановлення повної причини, тобто сукупності обставин і факторів, за яких даний наслідок настає з необхідністю. Оскільки такі обставини і фактори можуть бути як внутрішніми, так і зовнішніми, а зовнішні, як правило, не залежать від волі суб'єкта правопорушення, але можуть впливати як на характер порушення, так і на внутрішні обставини й фактори, то зовнішні причини повинні мати характер обставин, що пом'якшують відповідальність за порушення банківського законодавства. Загальний фінансовий стан банку має враховуватися при виборі застосування фінансового чи не фінансового заходу впливу. Застосування фінансового заходу впливу для банку, який знаходиться у стані фінансової кризи, й без того поглибить його незадовільний фінансовий стан і відповідно збільшить ймовірність негативних наслідків для кредиторів і вкладників.

Заходи впливу застосовуються в межах охоронних банківських правовідносин, які виконують допоміжну роль стосовно регулятивних, забезпечуючи їх розвиток відповідно до встановленої нормами банківського права моделі банківської діяльності і є похідними від них і тому основним призначенням охоронних бюджетних правовідносин є забезпечення розвитку регулятивних банківських правовідносин. У процесі ж їх розвитку відбувається реалізація охоронної функції права і застосування охоронних правових норм, а самі правовідносини мають «захисний» характер.

З точки зору визнання відповідальності правовідносинами, відповідальність за порушення банківського законодавства, на нашу думку, слід розуміти і як банківські правовідносини, у яких уповноважені суб'єкти (суб'єкти притягнення) здійснюють організаційно-правовий вплив на зобов'язаних суб'єктів (суб'єктів, що притягаються) застосуванням заходів впливу, передбачених банківським законодавством та нормативно-правовими актами Національного банку України, що мають наслідком тимчасові обмеження фінансового, організаційного, управлін-

ського або іншого характеру з метою забезпечення розвитку регулятивних банківських правовідносин відповідно до їх нормативно встановленої моделі.

Таким чином, підсумовуючи наведені міркування, заходи впливу Національного банку України за порушення банківського законодавства можна розглядати як обмеження або обтяження фінансового, організаційного або управлінського характеру, зміст і застосування яких регламентовано нормами банківського права: їх застосування здійснюється в процесі індивідуального правового регулювання спеціально уповноваженим державним органом — Національним банком України шляхом видання правозастосовчого акту в межах охоронних банківських правовідносин через механізм прав та обов'язків.

Л і т е р а т у р а

1. Про банки і банківську діяльність: Закон України // Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 5–6. — Ст. 30.
2. Закон України «Про банки і банківську діяльність»: наук.-практ. комент. / [за заг. ред. В. С. Стельмаха]. — К.: Ін Юре, 2006. — 520, [16] с.
3. Фінансова енциклопедія / [О. П. Орлюк, Л. К. Воронова, І. Б. Заверуха та ін.]; за заг. ред. О. П. Орлюк. — К.: Юрінком Інтер, 2008. — 472 с.
4. Великий енциклопедичний юридичний словник / [за ред. Ю. С. Шемшученка]. — К.: Юрид. думка, 2007. — 992 с. — (Ін-т держави і права ім. В. М. Корещького НАН України).
5. Орлюк О. П. Банківська система України. Правові засади організації: монографія / О. П. Орлюк. — К.: Юрінком Інтер, 2003. — 240 с.
6. Юридична енциклопедія. В 6 т. Т. 5. П—С / [редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін.]. — К.: Укр. енцикл. ім. М. П. Бажана, 2003. — 733 с.
7. Саттарова Н. А. Принуждение в финансовом праве: [монографія] / Н. А. Саттарова; [под ред. И. И. Кучерова]. — М.: Юрлитинформ, 2006. — 392 с.
8. Іванський А. Й. Фінансово-правова відповідальність: теоретичний аналіз: монографія / А. Й. Іванський. — О.: Юрид. л-ра, 2008. — 504 с.
9. Про затвердження Положення про застосування Національним банком України заходів впливу за порушення банківського законодавства: постанова Правління НБУ від 28 серп. 2001 р. № 369 // Офіційний вісник України. — 2001. — № 41. — Ст. 1864.
10. Юридична енциклопедія. В 6 т. Т. 6. С—Я / [редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін.]. — К.: Укр. енцикл. ім. М. П. Бажана, 2004. — 765 с.
11. Алексеев С. С. Проблемы теории права: курс лекций. В 2 т. Т. 1. Основные вопросы общей теории социалистического права / С. С. Алексеев; М-во высш. и сред. спец. образования РСФСР, Свердлов. юрид. ин-т. — Свердловск, 1972. — 396 с.
12. Алексеев С. С. Теория права / С. С. Алексеев. — М.: БЕК, 1994. — 224 с.

А н о т а ц і я

Чернадчук В. Д. Заходи впливу Національного банку України за порушення банківського законодавства: питання теорії та практики. — Стаття.

Стаття присвячена актуальним питанням правової природи заходів впливу Національного банку України за порушення банківського законодавства. Критично проана-

лізовано існуючі наукові погляди, стан правового регулювання та висловлено авторський погляд на цю правову категорію.

Ключові слова: банк, банківське законодавство, заходи впливу, Національний банк України, санкція, стягнення.

А н н о т а ц и я

Чернадчук В. Д. Средства воздействия Национального банка Украины за нарушения банковского законодательства: вопросы теории и практики. — Стаття.

В статье рассматриваются актуальные вопросы правовой природы средств воздействия Национального банка Украины за нарушения банковского законодательства. Критически проанализированы существующие научные взгляды, состояние правового регулирования и представлена позиция автора относительно этой правовой категории.

Ключевые слова: банк, банковское законодательство, взыскание, Национальный банк Украины, санкция, средства воздействия.

S u m m a r y

Chernadchuk V. D. The Influence Measures of the National Bank of Ukraine: actual matters of the theory and practice. — Article.

The article is devoted to the actual matters of the legal nature of the influence measures of the National Bank of Ukraine for the banking legislation violation. It was critically analyzed the present scientific opinions, the state of the legal regulation and it was suggested the author's view of this legal category.

Keywords: bank, banking legislation, influence measures, the National Bank of Ukraine, sanction, charge.

УДК 347.73:336.225(477)

Л. М. Кас'яненко, П. В. Коломієць

ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ЕЛЕМЕНТІВ СПРОЩЕНОЇ СИСТЕМИ ОПОДАТКУВАННЯ ЯК ТРАДИЦІЙНОГО ВИДУ СПЕЦІАЛЬНОГО ПОДАТКОВОГО РЕЖИМУ

З першого січня 2012 року набрав чинності Закон України від 4 листопада 2011 року № 4014-VI «Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких інших законодавчих актів України щодо спрощеної системи оподаткування, обліку та звітності», підп. 14 п. 1 ч. 1 якого зазначено, що до розділу XIV Податкового кодексу України включено главу 1 «Спрощена система оподаткування, обліку та звітності». У цій главі, відповідно до положень п. 291.1 ст. 291 ПКУ, встановлюються правові засади застосування спрощеної системи оподаткування, обліку та звітності, а також справляння єдиного податку [1].

Особливості сучасного правового регулювання відносин, які виникають в сфері справляння єдиного податку, як традиційного виду спеціального податкового режиму, залишаються актуальними і до нині. Правові аспекти цього питання розглядалися в юридичній навчальній літературі [3–5] та в окремих наукових статтях [6], проте переважно в контексті загального підходу до правового регулювання спрощеної системи оподаткування, обліку та звітності.

З метою дослідження особливостей правового регулювання загальних засад застосування спрощеної системи оподаткування, обліку та звітності, а також справляння єдиного податку, розглянемо спрощену систему оподаткування, обліку та звітності як традиційний вид спеціального податкового режиму за його елементами.

Відповідно до п. 11.3 ст. 11 ПКУ спеціальний податковий режим може передбачати особливий порядок визначення елементів податку та збору. При цьому слід зауважити, що під час встановлення податку, як зазначено нормами п. 7.1 ст. 7 ПКУ, обов'язково визначаються такі елементи: платники податку; об'єкт оподаткування; база оподаткування; ставка податку; порядок обчислення податку; податковий період; строк

та порядок сплати податку; строк та порядок подання звітності про обчислення і сплату податку [2]. Тобто, ст. 7 визначено загальні засади встановлення податків і зборів за їх елементами.

Щодо першого елемента — платників єдиного податку, слід зазначити наступне. Нормами п. 291.3 ст. 291 Податкового кодексу України (далі — ПКУ) передбачено, що юридична особа чи фізична особа-підприємець може самостійно обрати спрощену систему оподаткування, якщо така особа відповідає вимогам, встановленим цією главою, та реєструється платником єдиного податку в порядку, визначеному цією главою [2]. При цьому суб'єкти господарювання, які застосовують спрощену систему оподаткування, обліку та звітності, відповідно до п. 291.4 ст. 291 ПКУ, поділяються на чотири групи платників єдиного податку. Пунктом 291.5 ст. 291 встановлено перелік юридичних та фізичних осіб, які не можуть бути платниками єдиного податку. Таким чином, вищезазначені норми відповідають загальним засадам правового регулювання першого обов'язкового елемента при встановленні податку, який передбачено ст. 15 ПКУ, що має назву «Платники податку».

Другим обов'язковим елементом в конструкції податку є об'єкт оподаткування. Правове регулювання цього елемента податку передбачено ст. 22 ПКУ, відповідно до якої об'єктом оподаткування можуть бути майно, товари, дохід (прибуток) або його частина, обороти з реалізації товарів (робіт, послуг), операції з постачання товарів (робіт, послуг) та інші об'єкти, визначені податковим законодавством, з наявністю яких податкове законодавство пов'язує виникнення у платника податкового обов'язку [2]. Пунктом 36.2 ст. 36 ПКУ передбачено, що податковий обов'язок виникає у платника за кожним податком та збором. При цьому п. 36.1 цієї ж статті встановлено, що податковим обов'язком визнається обов'язок платника податку обчислити, задекларувати та/або сплатити суму податку та збору в порядку і строки, визначені цим Кодексом, законами з питань митної справи. При цьому слід наголосити, що визначаючи в п. 291.1 ст. 291 ПКУ встановлення правових засад справляння єдиного податку, в главі першій розділу XIV законодавчо не закріплено правове регулювання другого обов'язкового елемента єдиного податку — об'єкта оподаткування.

Дослідивши норми цієї глави, також слід зазначити, що в ній відсутні правові засади, які б регламентували третій обов'язковий елемент податку — базу оподаткування. Правове регулювання бази оподаткування законодавчо закріплено нормами ст. 23 ПКУ, п. 23.2 якої зазначено, що база оподаткування і порядок її визначення встановлюються цим Кодексом для кожного податку окремо. При цьому відповідно до п. 23.1 цієї статті базою оподаткування визнаються конкретні вартісні, фізичні або інші характеристики певного об'єкта оподаткування. База оподаткування — це фізичний, вартісний чи інший характерний вираз об'єкта оподаткування, до якого застосовується податкова ставка і який використовується для визначення розміру податкового зобов'язання [2]. Отже,

відсутність в першій главі розділу XIV ПКУ третього обов'язкового елементу єдиного податку — бази оподаткування є наслідком відсутності об'єкта оподаткування єдиним податком.

В алгоритмі встановлення податку наступним елементом є ставка податку, якою, за вимогами ст. 25 ПКУ, визнається розмір податкових нарахувань на (від) одиницю (одиниці) виміру бази оподаткування. Ставки єдиного податку, як зазначено в п. 293.1 ст. 293 ПКУ, встановлюються у відсотках (фіксовані ставки) до розміру мінімальної заробітної плати, встановленої законом на 1 січня податкового (звітного) року, та у відсотках до доходу (відсоткові ставки). Фіксовані ставки єдиного податку встановлюються сільськими, селищними та міськими радами для фізичних осіб-підприємців, які здійснюють господарську діяльність, залежно від виду господарської діяльності, з розрахунку на календарний місяць: для першої групи платників єдиного податку — у межах від 1 до 10 відсотків розміру мінімальної заробітної плати; для другої групи платників єдиного податку — у межах від 2 до 20 відсотків розміру мінімальної заробітної плати [2].

Відсоткова ставка єдиного податку для третьої і четвертої груп платників єдиного податку встановлюється у розмірі: 3 відсотки доходу — у разі сплати податку на додану вартість згідно з цим Кодексом; 5 відсотків доходу — у разі включення податку на додану вартість до складу єдиного податку [2].

Порядок обчислення податку є п'ятим обов'язковим елементом конструктивної складової встановлення податку відповідно до вимог п. 7.1 ст. 7 ПКУ, якою визначено загальні засади встановлення податків і зборів в системі оподаткування України. Правове регулювання обчислення суми податку регламентовано ст. 29 ПКУ, згідно п. 29.1 якої обчислення суми податку здійснюється шляхом множення бази оподаткування на ставку податку із/без застосуванням відповідних коефіцієнтів. Проте проведене дослідження структури глави першої розділу XIV ПКУ свідчить про відсутність в зазначеній главі загальних засад правового регулювання порядку обчислення єдиного податку за алгоритмом, встановленим п. 29.1 ст. 29 ПКУ.

Розглянемо шостий обов'язковий елемент податку, яким відповідно до підп. 7.1.6 п. 7.1. ст. 7 ПКУ є податковий період. Податковим періодом, відповідно до вимог п. 33.1 ст. 33 ПКУ, визнається встановлений цим Кодексом період часу, з урахуванням якого відбувається обчислення та сплата окремих видів податків та зборів. При цьому податковий період може складатися з кількох звітних періодів. Податковим (звітним) періодом, відповідно до норм п. 294.1 ст. 294 ПКУ, для платників єдиного податку першої групи є календарний рік. Податковим (звітним) періодом для платників єдиного податку другої — четвертої груп є календарний квартал [2].

Обов'язковим сьомим елементом податку, при його встановленні, є строк та порядок сплати податку, що передбачено підп. 7.1.7 п. 7.1 ст. 7

ПКУ. Правове регулювання строку сплати податку та збору наведено в ст. 31 ПКУ, відповідно до якої строком сплати податку та збору визнається період, що розпочинається з моменту виникнення податкового обов'язку платника податку із сплати конкретного виду податку і завершується останнім днем строку, протягом якого такий податок чи збір повинен бути сплачений у порядку, визначеному податковим законодавством. Податок чи збір, що не був сплачений у визначений строк, вважається не сплаченим своєчасно. Правове регулювання строку та порядку сплати єдиного податку передбачено ст. 295 ПКУ, яка має назву «Порядок нарахування та строки сплати єдиного податку», відповідно до якої платники єдиного податку першої і другої груп сплачують єдиний податок шляхом здійснення авансового внеску не пізніше 20 числа (включно) поточного місяця. Платники єдиного податку третьої і четвертої груп сплачують єдиний податок протягом 10 календарних днів після граничного строку подання податкової декларації за податковий (звітний) квартал. Сплата єдиного податку здійснюється за місцем податкової адреси [2].

Восьмим обов'язковим елементом під час встановлення податку визначається строк та порядок подання звітності про обчислення і сплату податку, що є законодавчо закріпленою нормою підп. 7.1.8 п. 7.1 ст. 7 ПКУ. Порядок подання звітності, пов'язаної з обчисленням і сплатою податків і зборів, регламентовано ст. 46 «Податкова декларація (розрахунок)» глави 2 «Податкова звітність» розділу II «Адміністрування податків, зборів (обов'язкових платежів)» Податкового кодексу України.

Складання звітності платниками єдиного податку передбачено нормами ст. 296 ПКУ, яка має назву «Ведення обліку і складання звітності платниками єдиного податку», відповідно до якої платники єдиного податку першої групи подають до органу державної податкової служби податкову декларацію платника єдиного податку у строк, встановлений для річного податкового (звітного) періоду, в якій відображаються обсяг отриманого доходу, щомісячні авансові внески. Платники єдиного податку другої — четвертої груп подають до органу державної податкової служби податкову декларацію платника єдиного податку у строки, встановлені для квартального податкового (звітного) періоду. Податкова декларація подається до органу державної податкової служби за місцем податкової адреси [2].

Форму податкової декларації платника єдиного податку — фізичної особи — підприємця та форму податкової декларації платника єдиного податку — юридичної особи, відповідно до вимог п. 296.9 ст. 296 глави 1 розділу XIV Податкового кодексу України, затверджено наказом Міністерства фінансів України від 21 грудня 2011 року № 1688 «Про затвердження форм податкових декларацій платника єдиного податку», який зареєстровано в Міністерстві юстиції України 27 грудня 2011 року за № 1533/20271.

Оскільки відповідно до положень п. 291.1 ст. 291 ПКУ в главі першій розділу XIV ПКУ встановлюються не тільки правові засади справляння єдиного податку, а і правові засади застосування спрощеної системи оподаткування, обліку та звітності, розглянемо правові аспекти їх застосування.

По-перше, п. 291.2 ст. 291 ПКУ надано визначення поняття спрощеної системи оподаткування, обліку та звітності, за якою — це особливий механізм справляння податків і зборів, що встановлює заміну сплати окремих податків і зборів, встановлених п. 297.1 ст. 297 цього Кодексу, на сплату єдиного податку в порядку та на умовах, визначених цією главою, з одночасним веденням спрощеного обліку та звітності. Платники єдиного податку звільняються від обов'язку нарахування, сплати та подання податкової звітності з таких податків і зборів: податку на прибуток підприємств; податку на доходи фізичних осіб у частині доходів (об'єкта оподаткування), що отримані в результаті господарської діяльності фізичної особи та оподатковані згідно з цією главою; податку на додану вартість з операцій з постачання товарів, робіт та послуг, місце постачання яких розташоване на митній території України, крім податку на додану вартість, що сплачується фізичними особами та юридичними особами, які обрали ставку єдиного податку, визначену підп. 1 п. 293.3 ст. 293 цього Кодексу; земельного податку, крім земельного податку за земельні ділянки, що не використовуються ними для провадження господарської діяльності; збору за провадження деяких видів підприємницької діяльності; збору на розвиток виноградарства, садівництва і хмелярства [2].

По-друге, глава перша розділу XIV ПКУ нормами ст. 297 законодавчо закріплює особливості нарахування, сплати та подання звітності з окремих податків і зборів платниками єдиного податку. Зокрема п. 297.2 цієї статті передбачено, що нарахування, сплата та подання звітності з податків і зборів інших, ніж зазначені у п. 297.1 цієї статті, здійснюються платниками єдиного податку в порядку та розмірах, встановлених цим Кодексом.

По-третє, положеннями глави першої розділу XIV ПКУ, зокрема нормами п. 296.1 ст. 296 регламентовано правила ведення обліку платниками єдиного податку. Платники єдиного податку ведуть облік у порядку, визначеному підп. 296.1.1—296.1.3 цього пункту. А саме, платники єдиного податку першої і другої груп та платники єдиного податку третьої групи, які не є платниками податку на додану вартість, ведуть книгу обліку доходів шляхом щоденного, за підсумками робочого дня, відображення отриманих доходів. Форма книги обліку доходів, порядок її ведення затверджуються Міністерством фінансів України. Платники єдиного податку третьої групи, які є платниками податку на додану вартість, ведуть облік доходів та витрат за формою та в порядку, що встановлені Міністерством фінансів України. Платники єдиного податку четвертої групи використовують дані спрощеного бухгалтерського об-

ліку щодо доходів та витрат з урахуванням положень п. 44.2 ст. 44 цього Кодексу [2].

По-четверте, нормами ст. 298 передбачено порядок обрання або переходу на спрощену систему оподаткування, або відмови від спрощеної системи оподаткування. Зокрема п. 298.1 цієї статті визначено, що порядок обрання або переходу на спрощену систему оподаткування здійснюється відповідно до підп. 298.1.1—298.1.4 цієї статті. Відмова від спрощеної системи оподаткування здійснюється в порядку, визначеному підп. 298.2.1—298.2.3 цієї статті [2].

По-п'яте, порядок визначення доходів та їх склад, що дає право суб'єкту господарювання зареєструватися платником єдиного податку та/або перебувати на спрощеній системі оподаткування в наступному податковому (звітному) періоді, визначено положеннями ст. 292 ПКУ, нормами якої передбачено склад доходу платника єдиного податку [2].

По-шосте, свідоцтво платника єдиного податку видається суб'єкту господарювання, який подав до органу державної податкової служби заяву щодо обрання або переходу на спрощену систему оподаткування, відповідно до порядку видачі, отримання та анулювання свідоцтва платника єдиного податку, визначено положеннями ст. 299 ПКУ.

І останнє, відповідальність платника єдиного податку передбачена нормами ст. 300 ПКУ, відповідно до якої платники єдиного податку несуть відповідальність відповідно до цього Кодексу за правильність обчислення, своєчасність та повноту сплати сум єдиного податку, а також за своєчасність подання податкових декларацій [2].

Висновки. Спираючись на вищенаведене, підведемо підсумок, що спрощена система оподаткування, обліку та звітності — це традиційний вид спеціального податкового режиму, який передбачає особливий порядок оподаткування суб'єктів малого підприємництва. Особливості сучасного правового регулювання відносин, що виникають в сфері справляння єдиного податку, наведені в главі 1 розділу XIV «Спеціальні податкові режими» ПКУ.

Л і т е р а т у р а

1. Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких інших законодавчих актів України щодо спрощеної системи оподаткування, обліку та звітності : Закон України від 4 листоп. 2011 р. № 4014-VI [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/4014-17>
2. Податковий кодекс України від 2 грудня 2010 року № 2755-VI [Електронний ресурс] // Офіційний сайт Верховної Ради України. — Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/2755-17>
3. Фінансове право : навч. посіб. / за ред. М. П. Кучерявенка. — Х. : Право, 2010. — 288 с.
4. Фінансове право України : навч. посіб. [для студ. вищ. навч. закл.] / [Л. К. Воронова, М. П. Кучерявенко, Н. Ю. Пришва та ін.]. — 2-ге вид., стереотип. — К. : Правова єдність, 2010. — 395 с.

5. Бандурка О. М. Податкове право : навч. посіб. / О. М. Бандурка, В. Д. Понікаров, С. М. Попова. — К. : Центр учб. л-ри, 2012. — 312 с.
6. Сарана С. В. Сучасний стан та напрямки удосконалення правового регулювання єдиного податку в Україні [Електронний ресурс] / С. В. Сарана // Право та управління. — 2011. — № 3. — Режим доступу : http://www.nbuu.gov.ua/e-journals/prtup/2011_3/pdf/11ccvrvu.pdf
7. Про спрощену систему оподаткування, обліку та звітності суб'єктів малого підприємства : Указ Президента України від 28 черв. 1999 р., № 746/99 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=727%2F98>.

А н о т а ц і я

Кас'яненко Л. М., Коломієць П. В. Особливості правового регулювання елементів спрощеної системи оподаткування як традиційного виду спеціального податкового режиму. — Стаття.

В статті досліджено особливості правового регулювання елементів спрощеної системи оподаткування, обліку та звітності відповідно до норм чинного Податкового кодексу України.

Ключові слова: податок, єдиний податок, спрощена система оподаткування, спеціальні податкові режими, Податковий кодекс України.

А н н о т а ц и я

Касьяненко Л. М., Коломиец П. В. Особенности правового регулирования элементов упрощенной системы налогообложения как традиционного вида специального налогового режима. — Статья.

В статье исследованы особенности правового регулирования элементов упрощенной системы налогообложения, учета и отчетности в соответствии с нормами действующего Налогового кодекса Украины.

Ключевые слова: налог, единый налог, упрощенная система налогообложения, специальные налоговые режимы, Налоговый кодекс Украины.

S u m m a r y

Kasyanenko L. M., Kolomiets P. V. Features of legal regulation of elements of the simplified tax system as a traditional form of special tax regime. — Article.

The article studies features of the legal regulation of elements of the simplified system of taxation, accounting and reporting in accordance with the current Tax Code of Ukraine.

Keywords: tax, the single tax, simplified tax system, special tax regimes, the Tax Code of Ukraine.

УДК 347.73

В. В. Хохуляк

НАУКА ФІНАНСОВОГО ПРАВА У НОВОРОСІЙСЬКОМУ УНІВЕРСИТЕТІ М. ОДЕСИ (КІН. ХІХ — ПОЧ. ХХ СТ.)

Вітчизняна наука фінансового права в другій половині ХІХ ст. формувалась в окремих географічних осередках теоретичних досліджень, що зосереджувались переважно в університетах. Одним із центрів розвитку фінансово-правової науки в аналізований нами період був юридичний факультет Імператорського Новоросійського університету міста Одеси. Серед багатьох причин, які зумовили розвиток фінансово-правових досліджень у стінах Новоросійського університету, слід виділити дві, на нашу думку, основні. Перша з них полягала в тому, що в структурі університету функціонувала кафедра фінансового права — одна з перших трьох кафедр фінансового права на території всієї Російської імперії. (Окрім Новоросійського, кафедри фінансового права функціонували також у Московському та Казанському університетах [1, с. 43]). Це дозволило створити сприятливі умови для формування відповідного наукового середовища та організованої системи досліджень і викладання на високому академічному рівні навчального курсу з фінансового права.

Другою ж причиною була мудра та виважена кадрова політика керівництва факультету (та й усього університету загалом), яка базувалась на підготовці наукових співробітників із числа власних випускників та паралельному запрошенні на кафедру молодих талановитих і перспективних випускників із інших навчальних закладів. Завдяки саме цьому історичну палітру викладачів фінансового права Новоросійського університету було гармонійно доповнено іменами таких видатних вчених і особистостей, як: І. І. Патлаєвський, Л. В. Федорович, С. І. Іловайський, Г. І. Тіктін, В. М. Твердохлебов та інші. Творчий доробок цих учених не просто збагатив сучасну їм фінансово-правову науку, а й вплинув на її подальше формування та розвиток.

Як уже неодноразово вказувалось у вітчизняній та зарубіжній літературі, цілий ряд учених Новоросійського університету належить до

плеяди класиків фінансово-правової науки XIX — початку XX ст. — періоду, який за визнанням сучасників, був найбільш плідним і бурхливим в історії її розвитку. Вагомість внеску цих постатей у становлення вітчизняної науки фінансового права позначена науковим доробком учених дореволюційного періоду, зокрема Е. М. Берендтса, А. М. Зака, Й. М. Кулішера, Л. В. Ходського та сучасних науковців, таких як: К. С. Бельський, О. Ю. Грачова, А. М. Козирін, М. П. Кучерявенко, В. М. Пушкарьова, І. В. Рукавішнікова, Е. Д. Соколова, О. А. Ялбулганов та інші.

Однак сучасні дослідники переважно звертаються до наукової спадщини видатних правників при характеристиці становлення окремих інститутів фінансового права або ж при дослідженні історії науки фінансового права в цілому.

В цій статті ставимо собі за мету охарактеризувати сам процес становлення науки фінансового права на юридичному факультеті Новоросійського університету, визначити вплив наукового доробку її представників на подальший розвиток фінансово-правових досліджень та його значення в сучасних суспільно-політичних умовах.

Становлення науки фінансового права на юридичному факультеті Новоросійського університету нерозривно пов'язане з іменем Інокентія Іустиновича Патлаєвського (1839—1883) — вченого, професора, завідуючого кафедрою фінансового права, декана юридичного факультету. Після складання в 1865 році магістерського іспиту з фінансового права при Київському університеті Св. Володимира та під час праці над магістерською дисертацією І. І. Патлаєвського (за рекомендацією Ф. І. Леонтовича) було запрошено до Новоросійського університету на посаду доцента кафедри фінансового права. Працюючи на цій посаді з 20 липня 1866 р., він викладає курс фінансового права та працює над дисертацією на тему «Грошовий ринок в Росії від 1700 до 1762 рр.», яку успішно захищає 31 грудня 1868 р. З 1869 року Інокентій Іустинович перебуває в закордонному відрядженні та проходить стажування у Гейдельберзькому університеті. Після повернення в Одесу, 11 квітня 1871 року він захищає докторську дисертацію на тему «Теорія грошового обігу Рікардо та його послідовників». 13 квітня 1871 року його обирають екстраординарним, а 20 вересня цього ж року — ординарним професором фінансового права. З 8 квітня 1871 року по 8 квітня 1874 року І. І. Патлаєвського було призначено секретарем юридичного факультету. З 14 травня 1881 р. по 20 серпня 1882 р. він обіймає посаду декана цього ж факультету [11, с. 11].

Сферу наукових зацікавлень ученого становили проблеми теорії та історії фінансового права, регулювання грошового обігу, оподаткування та ін. У науковій літературі Інокентій Іустинович відомий насамперед за такими працями, як: «Грошовий ринок в Росії від 1700 до 1762 рр.», «Теорія грошового обігу Рікардо та його послідовників», «Про подорожні податки» та підручником «Курс фінансового права», який був опубліко-

ваний уже після його смерті. З приводу відносно невеликої кількості праць І. І. Патлаєвського дуже характерним нам здається зауваження, висловлене його учнем, колегою та другом, професором Новоросійського університету В. М. Палаузовим. Він зокрема зазначив: «Справа в тім, що Інокентій Іустинович відрізнявся надзвичайною вимогливістю до себе. Переглядаючи його папери, я переконався, що, якби не було в нього цієї, можливо, зайвої до себе вимогливості, цифра його літературних праць значно би збільшилась. У його паперах багато матеріалу, який би в іншого вченого не залишився самим тільки рукописом» [11, с. 5].

Унікальність та теоретична значимість наукового доробку І. І. Патлаєвського неодноразово відзначались його сучасниками. Так, уже перша його праця «Грошовий ринок у Росії від 1700 до 1762 рр.», опублікована у 1868 р., отримала багато схвальних відгуків у фінансовій літературі. Наприклад, один із провідних фахівців у сфері історії грошового обігу цього періоду, професор Дерптського університету О. Г. Брікнер у своїй рецензії на згадану працю визначав її як науковий твір, який за важливістю предмета та за ґрунтовністю і самостійністю розробки дослідження заслуговує на особливу увагу спеціалістів [2, с. 161–162]. На думку проф. О. Г. Брікнера, дослідження І. І. Патлаєвського вигідно відрізняється від усіх попередніх наукових творів у даній сфері: як за способом, методологією опрацювання матеріалу, так і за новизною та важливістю наукових результатів. Підтримуючи авторські висновки та положення і в загальному погоджуючись з ними, О. Г. Брікнер вважав, що праця молодого вченого посідає одне з найважливіших місць з-поміж ряду наукових досліджень із історії грошей в Росії [2, с. 175].

Дослідження І. І. Патлаєвським проблем теорії та історії регулювання обігу грошей знайшло своє продовження в його наступній науковій праці «Теорія грошового обігу Рікардо та його послідовників» [14]. Характеризуючи значення, яке відіграла її поява в науковій літературі, насамперед хочемо зазначити, що в науці фінансового права ХІХ — поч. ХХ ст. досить детально вивчався цілий комплекс питань, присвячених проблемам грошового обігу. З упровадженням в обіг незабезпечених паперових грошей для дослідників указанного періоду дуже гострим було питання аналізу можливих позитивних властивостей паперового грошового обігу, а також його небезпеки для публічних фінансів. У зв'язку з цим представники вітчизняної науки фінансового права в своїх дослідженнях звертались до європейського досвіду регулювання грошового ринку, детально вивчали наукові концепції та теорії грошового обігу Західної Європи. Власне одним із перших комплексних досліджень у вітчизняній фінансовій літературі, присвячених аналізу наукового обґрунтування грошового обігу, й була названа праця І. І. Патлаєвського. Дане дослідження мало концептуальне спрямування в трьох напрямках: вивченні суспільно-економічних умов, що призвели до появи теорії Рікардо та його послідовників; теоретичному аналізу суті ідей та поло-

жень, що становили її зміст; характеристики наслідків втілення її положень у правотворчу та банківську практику.

До числа найбільш значущих робіт ученого належить ще й праця «Про подорожні податки», опублікована за загальною редакцією В. П. Безобразова [13]. Ця робота була особливо актуальною для російської науки фінансового права кінця XIX ст. У Росії з 1812 р. проводилися спроби введення подорожного податку, але в чинній податковій системі країни він так і не прижився. Проте зміна суспільно-економічних умов, пов'язана з розвитком промисловості, появою нових податків на промислові та торгівельні підприємства й на відсотки з капіталу, призвела до зміни суспільної думки щодо необхідності реформування податкової системи. Сам автор так формулює предмет та завдання власного дослідження: «Предметом для цієї статті я обрав питання про подорожні податки з огляду на очікувані зміни нашої податкової системи. Мені видається не зайвим проаналізувати погляди, які вважаються пануючими в науці та європейській практиці, і порівняти їх із тими прагненнями, що мають місце в російському суспільстві, яке переживає власне оновлення. Всі видатні події нашого суспільного життя, такі як звільнення селян від кріпацтва, введення загальної військової повинності, розвиток самоврядування, скасування тілесних покарань, нові суди і т.д., в своїй основі мають спільну животворну ідею — це ідея громадянської свободи чи звільнення особистості» [13, с. 91]. Саме ця ідея стає основою наукової концепції вченого про подорожні податки, якої Інокентій Іустинович дотримувався і в своїй подальшій творчій діяльності.

Характеризуючи вказані вище наукові праці І. І. Патлаєвського, відзначимо, що все ж найбільше визнання й славу вченому приніс підручник «Курс фінансового права», опублікований після його смерті у 1885 році на підставі звернення юридичного факультету до керівництва Імператорського Новоросійського університету [12]. У своїй передмові до цього видання В. М. Палаузов писав: «Навряд чи можна краще вшанувати пам'ять покійного вченого і професора. У такий спосіб вчена колегія засвідчила, що наукова спадщина, яку залишив після себе І. І. Патлаєвський, достойна зберігання та передачі спадкоємцям — майбутнім поколінням учених і тих, хто навчається» [12, с. 1].

Підручник було видано за загальною редакцією магістра політичної економії Новоросійського університету Льва Васильовича Федоровича (в майбутньому — професора цього університету, видатного вченого, крупного фахівця у сфері економічної та фінансової науки), який після смерті Інокентія Іустиновича викладав навчальний курс із фінансового права. За словами Л. В. Федоровича, зміст цієї книги становили лекції І. І. Патлаєвського, які він читав у 1879 році. У зв'язку з цим характеристика історичних нарисів, статистичних даних та законодавства датована 1878 роком. При цьому окремі застарілі фактологічні дані курсу були замінені Л. В. Федоровичем на новіші [12, с. XIV].

Характерною рисою аналізованої праці є та, що фінансове право розглядалось у невід'ємній єдності з економічною наукою про фінанси. Визначаючи предмет науки фінансового права та виділяючи в ньому дві складові — економічну та юридичну, — І. І. Патлаєвський вважав, що домінуючою є саме економічна. Тому, розглядаючи фінансову науку й науку фінансового права як нерозривне ціле, він ототожнював ці поняття. Аргументуючи дане положення, вчений стверджував, що предметом фінансової науки (науки фінансового права) є фінансове господарство держави: його сутність, структура, форми та методи державної фінансової політики тощо. Однак управління власним фінансовим господарством неминуче призводить до встановлення відповідного правового порядку співвідношення держави та її громадян на умовах правомірності та справедливості.

Потужним імпульсом для розвитку науки фінансового права у стінах юридичного факультету Новоросійського університету на межі XIX—XX сторіч була творча діяльність Сергія Івановича Іловайського (1861—1907). Після закінчення юридичного факультету Санкт-Петербурзького університету в 1886 році С. І. Іловайський був призначений на посаду виконуючого обов'язки приват-доцента кафедри фінансового права Новоросійського університету. З цього моменту життєвий та творчий шлях ученого був безпосередньо пов'язаний із цим навчальним закладом, у якому він пройшов шлях від приват-доцента до професора та завідуючого кафедрою фінансового права.

Предметом наукових досліджень С. І. Іловайського були проблеми загальної теорії фінансового права, правового регулювання непрямого оподаткування казенних (державних) монополій та ін. До наукового доробку вченого, зокрема належать праці: «Визначення, зміст та призначення науки фінансового права»; «Непряме оподаткування в теорії та практиці»; «Казенні монополії як спосіб обкладання предметів споживання» та деякі інші. Окремо в даному переліку слід виокремити підручник фінансового права С. І. Іловайського, який перевидавався аж чотири рази, що для російської імперської науки фінансового права в зазначеному історичному періоді було великою рідкістю.

Важливе значення для становлення теорії податків у вітчизняній науці фінансового права мала праця С. І. Іловайського «Непряме оподаткування в теорії і практиці» [5]. На момент її опублікування у фінансово-правовій літературі існувало багато дискусійних, почасти взаємовиключних підходів стосовно розуміння податку, податкових систем та переваг одних видів податків над іншими. Тому, як зазначав сам автор, метою його роботи було насамперед бажання охарактеризувати податки якомога повно, ясно й точно. Дискутуючи із західно-європейськими та вітчизняними науковцями, С. І. Іловайський при цьому чітко дотримується власної думки, застосовуючи власну аргументацію. Так, присвятивши окрему главу своєї праці детальному аналізу наукових позицій учених стосовно непрямого оподаткування, в на-

ступній главі автор подає власну характеристику таким підходам, групує та систематизує їх.

Характерною ознакою праці є також її яскраво виражений порівняльно-правовий характер. Зокрема в ній детально досліджується роль та значення непрямого оподаткування у податкових системах Франції, Англії, Німеччини, Австро-Угорщини, Італії, Сполучених Штатів Америки. На думку вченого, незважаючи на суттєві відмінності економічного й політичного життя Російської імперії від західноєвропейських держав, непряме оподаткування повинно стати невід'ємним і ключовим елементом розвитку вітчизняної податкової системи.

Особливу наукову значущість має критика С. І. Їловайським непрямих податків та визначені ним пріоритети реформування системи непрямого оподаткування. Так, погоджуючись з окремими вказівками на недоліки непрямих податків, учений все ж відзначав, що ці недоліки полягають не у правовій природі даних платежів, а пов'язані з незадовільним правовим механізмом та системою їхньої сплати. Запропоновані вченим концептуальні положення щодо справляння непрямих податків, які мали надзвичайно велике теоретичне й прикладне значення для сучасної йому фінансової системи, не втратили своєї ваги і в наш час.

У 1887 році С. І. Їловайський обійняв посаду виконуючого обов'язки завідувача кафедри фінансового права. При вступі на цю посаду ним було прочитано відкриту лекцію на тему «Визначення, зміст та призначення науки фінансового права у зв'язку з коротким нарисом фінансового стану найголовніших держав». Текст зазначеної лекції було опубліковано окремою брошурою в Одесі у цьому ж році [6].

Відзначимо, що публікація цієї праці стала помітною подією у наукових колах Російської імперії та викликала підвищений інтерес до її автора. Причиною такого резонансу було те, що вперше в історії свого розвитку наука фінансового права розглядалась в якості окремого, безпосереднього предмета спеціального теоретичного дослідження. Крім того, також уперше у фінансовій та правовій літературі піднімалась проблема необхідності зосередження уваги саме на юридичній складовій предмета фінансових досліджень; застосування нових, властивих предмету методів пізнавальної діяльності.

Цінність та теоретична значимість праці особливо яскраво проявляються при врахуванні пануючих у фінансовій літературі ХІХ ст. концептуальних підходів до поняття науки фінансового права, її місця в системі наук. Адже протягом усього ХІХ ст. фінансове право розвивалось у нерозривній єдності з економічною наукою (її частиною про фінанси), що не сприяло розвитку власного понятійно-категорійного апарату даних наук, ускладнювало вироблення й застосування власного методологічного інструментарію. Вирішального значення набув факт відносно пізнього усамостійнення фінансового права і його історії як науки та взаємозв'язок із суміжними дисциплінами, що формувалися майже одночасно.

Негативним наслідком такого розуміння науки фінансового права було віднесення її до допоміжних, другорядних учень економічної науки. Услід за німецьким вченим А. Вагнером, який визначав фінансове право як допоміжну систему знань, що займає місце в теорії фінансів після приватної економії, політичної арифметики, історії і статистики фінансів, переважна більшість представників російської школи фінансового права вбачала її місце в якості складової фінансової науки поряд з фінансовою теорією, історією та статистикою [15, с. 96]. С. І. Іловайський був категоричним опонентом такої позиції. З даного приводу він зазначав: «Часто фінансове право називають частиною політичної економії. З цим ніяк не можна погодитись, оскільки на відміну від політичної економії, що є наукою про приватне господарство, фінансове право є наукою про суспільне або публічне господарство» [7, с. 1].

С. І. Іловайський залишився вірним своїм переконанням щодо самостійного характеру науки фінансового права, що знайшло своє вираження у його подальших наукових працях. Заперечуючи проти ототожнення предметів науки фінансового права і політичної економії, вчений категорично не погоджувався з пануючими уявленнями похідного характеру науки фінансового права від економічної науки, визнаючи її самостійний характер, як відокремленої галузі знань, «що має власну особливу сферу досліджень». На його думку, наука фінансового права вивчає господарську діяльність різноманітних суспільних інститутів, у першу чергу, — державні доходи та витрати, що зумовлює вивчення фінансового законодавства та управління, склад та устрій державних фінансових органів. З даного приводу Сергій Іванович висловився так: «Фінансова наука у вузькому значенні цього слова повинна досліджувати явища фінансового господарства та визначення основних його закономірностей, однак кожна цивілізована держава має власні закони, які визначають і регулюють її фінансовий устрій та управління. Сукупність юридичних норм і законів, за якими держава веде власне господарство, становить фінансове право. Отже фінансова наука — це фінансова теорія, яка відповідає на питання, яким повинно бути фінансове господарство відповідно до сьогоднішніх уявлень. Наука фінансового права — це наука, яка відповідає на питання, яким є фінансове господарство держави в дійсності. В силу цього найбільш доцільно називати нашу науку — наукою фінансового права» [8, с. 12].

Ідеї С. І. Іловайського розвинув його учень та послідовник Георгій Ісаакович Тіктін (1880—1945) — видатний учений та педагог зі світовим іменем, член секції фінансового права АН СРСР, ранній період життя та творчості якого нерозривно пов'язаний із юридичним факультетом Новоросійського університету.

Відносячи науку фінансового права до складу фінансової науки, що, як вже було сказано вище, відповідало пануючій у даний період науковій доктрині, Г. І. Тіктін вважав її тією галуззю, яка повинна бути відособлена в окрему теоретичну дисципліну. При цьому вчений наполя-

гав на першочерговому значенні правового елемента в предметі науки фінансового права, завданням якої є «систематизація норм позитивного, діючого у певному місці і в певний час фінансового права, шляхом застосування всіх доступних юридичному мисленню методів» [9, с. 18].

Положення Г. І. Тіктіна, викладені у п'ятому (посмертному) виданні підручника С. І. Іловайського «Фінансове право», опублікованому за редакцією М. П. Яснопольського, були дуже високо оцінені у фінансово-правовій літературі зазначеного періоду. Так, А. М. Зак назвав цю працю «...першим в історії фінансової науки дослідженням, присвяченим юридичній розробці фінансів, що безсумнівно відкриває у даному відношенні цілу епоху» [4, с. 3–4]. В науковій рецензії, уміщеній в журналі «Русская мысль», давалася така оцінка праці Г. І. Тіктіна: «Дана книга становить собою, без сумнівів, видатне явище в російській фінансовій літературі. Будучи присвяченою юридико-догматичній розробці російського фінансового права шляхом застосування конструктивно-догматичного методу, ця робота заповнює тим самим істотну прогалину в існуючій російській літературі і головним чином — в російських курсах фінансової науки... Праця Г. І. Тіктіна є дуже вдалим, першим у Росії, дослідженням побудови системи позитивного фінансового права, здійсненого юристом» [4, с. 4].

Поряд з проблемами загальної теорії фінансів та фінансового права Г. І. Тіктін приділяв багато уваги питанням правового регулювання грошового обігу, грошової системи; державного кредиту та правовим основам функціонування кредитної системи. Так, завдяки Георгію Ісааковичу, вітчизняна фінансова література збагатилась перекладом фундаментальної праці професора Страсбурзького університету Г.-Ф. Кнаппа «Нариси державної теорії грошей: Гроші. Грошова система» [10], яка була опублікована за його редакцією.

У подальший період своєї професійної та творчої діяльності Г. І. Тіктін, перебуваючи на посадах декана факультету зовнішнь-торговельних відносин Одеського інституту народного господарства; завідуючого кафедрою фінансів Одеського кредитно-економічного інституту та інших керівних посадах [16, с. 173–174], не раз повертався до близької йому фінансово-правової проблематики. Вже у 1926 році побачила світ книга «Нариси по загальній теорії публічних фінансів. Досвід побудови теоретичної фінансової науки на публічно-економічній основі» [22]. У 1928 році опублікована книга «Основні організаційні принципи і системи публічного господарства. Проблеми загально-територіальних (державних) і місцевих публічних фінансів» [21]. Ці праці мали визначальне значення для подальшого розвитку фінансової науки. За своїм теоретичним змістом, глибиною концептуальних положень, вони є не просто видатними пам'ятками науки, — їх корисність і суспільна значимість має місце і в умовах сьогодення.

Характеризуючи представників фінансово-правової науки юридичного факультету Новоросійського університету, не можна залишити поза

увагою постать Володимира Миколайовича Твердохлебова (1876—1954) — визначного російського та радянського вченого — юриста, фінансиста, економіста, який також розпочинав свій життєвий та науковий шлях у стінах даного навчального закладу. Після закінчення навчання на юридичному факультеті Новоросійського університету, В. М. Твердохлебова було зараховано на посаду приват-доцента кафедри фінансового права. Початком його наукової діяльності стало опублікування у 1903 році статті «Задачі фінансової науки» [20]. У цій статті вчений досліджує сутність науки про державні фінанси, її цілі та завдання. Відзначимо, що до цієї проблематики автор буде звертатись ще протягом усього свого подальшого наукового шляху.

У 1903 році керівництво Новоросійського університету направляє молодого талановитого приват-доцента В. М. Твердохлебова на стажування за кордон для вивчення питань оподаткування нерухомості. За матеріалами стажування ученим написана монографія «Оподаткування міської нерухомості на Заході», дві частини якої були опубліковані в Одесі у 1906 і 1909 роках [17; 18]. В цій праці у порівняльно-історичному аспекті розглянуті різноманітні форми державного та місцевого оподаткування міської нерухомості. У першій частині, присвяченій проблемам державного оподаткування, розкривались особливості домового оподаткування у США, практика оподаткування цінності нерухомості в містах Німеччини, таких як: Вюртемберг, Базель, Гессен, а також еволюція домового оподаткування в Австрії, Франції, Бельгії, Голландії, Греції, Італії та ін. У другій частині праці розкрито систему місцевого оподаткування нерухомості міст. Надавалась загальна характеристика цієї системи та особливості її організації в країнах Західної Європи та США.

Відзначимо, що дана праця отримала дуже багато схвальних відгуків у вітчизняній та зарубіжній фінансовій літературі, а її автор визнавався «одним з провідних фахівців у сфері місцевих фінансів» [3, с. 534]. Крім того, опублікування цієї праці вплинуло на подальшу суспільну та наукову діяльність Володимира Миколайовича. Так, літом 1910 р. В. М. Твердохлебов бере участь у Першому міжнародному з'їзді з адміністративних наук у м. Брюсселі, предметом обговорення якого були проблеми оподаткування міської нерухомості та реформи комунального господарства. В цьому ж році він захищає у Харківському університеті дисертацію на здобуття ступеня магістра фінансового права «Оподаткування міської нерухомості на Заході».

У 1916 році, працюючи на посаді екстраординарного професора на кафедрі науки про фінанси Санкт-Петербурзького політехнічного інституту, В. М. Твердохлебов публікує збірник праць «Фінансові нариси» [19], який об'єднав декілька статей, частина з яких були вже опубліковані раніше, за часів роботи вченого у Новоросійському університеті. В цій роботі (слідом за І. Х. Озеровим, П. П. Гензелем, М. О. Курчинським) В. М. Твердохлебов застосовує соціологічний метод дослідження

фінансів. Саме соціологічному напрямку фінансової науки вчений залишається вірним у подальшій своїй науковій діяльності. При цьому він стверджував, що необхідно чітко встановити межу між наукою та політикою, спробувати з'ясувати, чим наука може бути корисною для суспільного життя.

В. М. Твердохлебов визначав, що завданням фінансової науки є вивчення фінансових явищ як явищ соціальних. Тобто об'єктом дослідження є закони та розпорядження влади, що впливають на економічне життя. Поряд із цим учений підкреслював, що окрім науки про фінанси, яка вивчає явища публічного господарства, фінанси можуть вивчатись з правової точки зору. Завдання фінансового права полягає в систематизації законодавства та в застосуванні вироблених норм до конкретних ситуацій. Тому, на думку, В. М. Твердохлебова, фінансове право, як самостійна юридична дисципліна, повинно бути виділено в окремий предмет викладання

Висновки. Таким чином, вивчення історії науки фінансового права показує, що фундаментальні, глибинні за своїм змістом наукові дослідження у фінансово-правовій сфері не можуть бути обмежені ні національними чи державними кордонами, ні часовими рамками. Вони мають велике, непересічне значення для правових систем різних держав, оскільки в своїй основі побудовані на певних універсальних положеннях та концепціях. Саме тому запорукою розвитку науки фінансового права є вивчення та теоретичне осмислення сучасними дослідниками наукової спадщини попередників. Сформульовані ними глибокі теоретичні положення не тільки заслуговують окремого місця на сторінках історії науки фінансового права — вони зберігають вагому теоретичну значимість і в наш час.

Л і т е р а т у р а

1. Бельский К. С. Финансовое право: наука, история, библиография / *К. С. Бельский*. — М.: Юрист, 1994. — 208 с.
2. Брикнер А. Г. О сочинении «Денежный рынок в России от 1700 г. до 1762 г.» И. И. Патлаевского / *А. Г. Брикнер* // Журнал Министерства народного просвещения. — 1869. — № 9, отд. 2. — С. 160—175.
3. Дмитриев А. Л. Владимир Николаевич Твердохлебов (1876—1954) / *А. Л. Дмитриев* // Генералы духа. Кн. 2. — СПб.: Петрополис, 2001. — С. 532—556.
4. Зак А. Н. К постановке некоторых очередных вопросов финансовой науки / *А. Н. Зак*. — Ярославль, 1913. — 26 с.
5. Иловайский С. И. Косвенное обложение в теории и практике / *С. И. Иловайский*. — О.: Тип. Шт. войск Одес. воен. окр., 1892. — 202 с.
6. Иловайский С. И. Определение, содержание и значение науки финансового права в связи с кратким очерком финансового положения главнейших государств: вступ. лекция / *С. И. Иловайский*. — О., 1887. — 21 с.
7. Иловайский С. И. Учебник финансового права / *С. И. Иловайский*. — О., 1895. — 334 с.
8. Иловайский С. И. Учебник финансового права / *С. И. Иловайский*. — 3-е изд. — О., 1899. — 385 с.

9. Иловайский С. И. Учебник финансового права / *С. И. Иловайский*. — 5-е (посмертное) изд. / под ред. Н. П. Яснопольского. — О., 1912. — 604 с.
10. Кнапп Г. Ф. Очерки государственной теории денег. Деньги. Денеж. система / *Георг Фридрих Кнапп*; пер. с нем. М. Х. Розенберга; под ред. и со вступ. заметкой Г. И. Тиктина. — О.: Тип. Э. П. Карлик, 1913.
11. Палаузов В. Н. Памяти профессора И. И. Патлаевского / *В. Н. Палаузов*. — О., 1885. — 12 с.
12. Патлаевский И. И. Курс финансового права / *И. И. Патлаевский*. — О.: Тип. Одес. вестн., 1885. — 411 с.
13. Патлаевский И. И. О подоходных налогах / *И. И. Патлаевский* // Сборник государственных знаний / под общ. ред. В. П. Безобразова. — СПб., 1877. — Т. IV. — С. 91—117.
14. Патлаевский И. И. Теория денежного обращения Рикардо и его последователей / *И. И. Патлаевский*. — О., 1871. — 362 с.
15. Пушкарева В. М. История финансовой мысли и политики налогов: учеб. пособие / *В. М. Пушкарева*. — М.: Финансы и статистика, 2003. — 252 с.
16. Скрипник М. О. Г. І. Тіктін — видатний український вчений і патріот / *М. О. Скрипник* // Інтелігенція і влада. Серія: Історія. — 2003. — Вип. 1. — С. 169—176.
17. Твердохлебов В. Н. Обложение городских недвижимостей на Западе. Ч. I. Государственное обложение / *В. Н. Твердохлебов*. — О.: Экон. тип., 1906. — 276 с.
18. Твердохлебов В. Н. Обложение городских недвижимостей на Западе. Ч. II. Местное обложение. Новые виды городских налогов / *В. Н. Твердохлебов*. — О.: Техник, 1909. — 307 с.
19. Твердохлебов В. Н. Финансовые очерки. Вып. 1 / *В. Н. Твердохлебов*. — Петроград: Тип. Р. Г. Шредера, 1916. — 168 с.
20. Твердохлебов В. Н. Задачи финансовой науки / *В. Н. Твердохлебов* // Мир Божий. — 1903. — Июль.
21. Тиктин Г. И. Основные организационные принципы и системы публичного хозяйства. Проблемы общетерриториальных (государственных) и местных публичных финансов / *Г. И. Тиктин*. — О., 1928. — 108 с.
22. Тиктин Г. И. Очерки по общей теории публичных финансов. Опыт построения теоретической финансовой науки на публично-экономической основе. Предмет и основоположения / *Г. И. Тиктин*. — О.: Одесполлиграф, 1926. — 451 с.

А н о т а ц і я

Хохуляк В. В. Наука фінансового права у Новоросійському університеті м. Одеси (кін. ХІХ — поч. ХХ ст.). — Стаття.

У статті досліджується процес становлення науки фінансового права на юридичному факультеті Новоросійського університету. Визначається вплив наукового доробку її представників на подальший розвиток фінансово-правових досліджень та його значення в сучасних суспільно-політичних умовах.

Ключові слова: наука фінансового права, фінансове право, Новоросійський університет.

А н н о т а ц и я

Хохуляк В. В. Наука финансового права в Новороссийском университете г. Одессы (кон. ХІХ — нач. ХХ в.). — Статья.

В статье исследуется процесс становления науки финансового права на юридическом факультете Новороссийского университета. Определяется влияние научного насле-

для ее представителей на дальнейшее развитие финансово-правовых исследований и его значение в современных общественно-политических условиях.

Ключевые слова: наука финансового права, финансовое право, Новороссийский университет.

S u m m a r y

Khokhuliak V. V. Science of financial law in the Novorossiyskiy university of Odessa (end of XIX — began of XIX s.). — Article.

Becoming science of financial right is probed on faculty of law of the Novorossiyskiy university of Odessa is described in the article. Influence of scientific legacy of its representatives is determined on further development of financially-legal researches.

Keywords: science of financial law, the financial law, Novorossiyskiy university.

А. А. Лукашев

К ПРОБЛЕМЕ КОМПЛЕКСНОСТИ В ФИНАНСОВО-ПРАВОВОМ РЕГУЛИРОВАНИИ

Система финансово-правовых норм является концептуальной основой, которая имеет соответствующую форму выражения финансово-правовых норм — систему финансового законодательства. Очень тесные связи их друг с другом не исключают и определенных расхождений по следующим направлениям: а) исходному элементу (финансово-правовая норма — для системы финансового права; нормативный акт — как первичный элемент системы финансового законодательства); б) объему (законодательство, кроме нормативных составляющих, включает в себя технические, количественные и т. п.); в) соотношению (система финансового права имеет объективное содержание, тогда как система финансового законодательства формализует объективность финансово-правовых предписаний, то есть система финансового права — содержание; система финансового законодательства — форма).

Теоретические проблемы построения системы финансового права как самостоятельной отрасли исследовались многими научными работниками, среди которых необходимо вспомнить Д. В. Винницкого, В. М. Вишневецкого, Л. К. Воронову, Т. С. Ермакову, Б. Г. Иванова, Н. П. Кучерявенко, П. С. Пацуркивского, Е. А. Ровинского, Р. О. Халфину, А. И. Худякова, С. Д. Цыпкина и других [1–12]. Р. О. Халфина выделяла в системе финансового права такие институты как бюджетное право, налоги и сборы, пошлины, доходы от государственного имущества, организация кредита, денежная система, финансирование народного хозяйства, культуры, управления и обороны [10, с. 183]. К институтам финансового права Е. А. Ровинский относил бюджетное право, обязательные платежи государственных предприятий и организаций, налоговое право, государственные заимствования и сберегательное право, государственное страхование, государственные расходы, кредитно-денежную систему [9, с. 94]. В качестве подотрасли финансового права М. И. Пискотин вы-

делял бюджетное право [13, с. 50]. В. В. Бесчеревных предлагал выделить в системе финансового права более крупные подразделы, чем институты. К таковым он относил разделы бюджетного права; государственных доходов, который включает два самостоятельных подраздела (доходы Государственного бюджета СССР и другие государственные доходы) [14, с. 32–34].

«Финансовое регулирование... — это не объединение налогового, бюджетного, банковского, валютного и другого; это регулирование второго порядка, которое должно опосредствоваться самостоятельной нормативной системой. С этой стороны финансовое право... можно было бы представить как некий аналог конституционного права для группы отраслей финансово-правового цикла. При таком подходе финансовое право не объединяет налоговое, бюджетное, банковское, валютное право (и другие области) путем механического включения по предметному критерию, оно самостоятельно по отношению к ним и интегрирует их на основе общности их функциональных задач, которые скоординированы принципами единой финансовой политики» [15, с. 12]. Создается впечатление, что при таком подходе финансовое право (как системное образование) может функционировать независимо или автономно от своих составных частей. Безусловно, объединение налогового, бюджетного и других институтов или подотраслей — не является механическим объединением таких совокупностей правовых норм. Они должны быть согласованными в пределах отраслевого образования, на грани могут возникать комплексные правовые институты, но обособленное существование финансового права как определенной абстрактной интеграционной системы и его составляющих (институтов и подотраслей) вряд ли возможно. К тому же, очень сложно определить именно на нормативном уровне тот общий знаменатель, который должен был бы соединить финансово-правовые институты и подотрасли. Если речь идет о варианте Общей части финансового права, то едва ли на сегодня такая позиция может быть аргументированной.

Не претендуя на окончательное решение проблемы построения системы финансового права, вместе с тем мы убеждены в том, что модель системы финансово-правовой отрасли, которая была общепринятой в советский период, объективно не способна служить основой кодификации финансового законодательства. Основанием для такого вывода мы считаем то, что ряд традиционно выделяемых в системе Особенной части финансового права институтов по своей природе не являются финансово-правовыми, поскольку отношения, ими регулируемые, не входят в предмет финансово-правового регулирования.

Рассматривая систему финансового права как объективно обусловленную систему финансово-правовых норм в определенной последовательности, традиционно выделяют Общую и Особенную часть финансового права, как наиболее емкие подразделы системы [16, с. 3]. Правовым критерием систематизации финансового права должна быть право-

вая классификация имущественных отношений, ее нужно использовать вместе с систематизацией по экономическому критерию [17, с. 98]. М. В. Карасева не указывает на собственное видение системы финансового права, подчеркивая, что вопрос о системе финансового права, опираясь на имущественную составляющую, не может быть решен из-за отсутствия научной доктрины [17, с. 96]. Кроме того, необходимо учитывать, что далеко не все финансово-правовые отношения являются имущественными. Значительную часть предмета финансово-правового регулирования представляют разные организационные отношения, которые лишь опосредованно касаются движения финансовых ресурсов. Поэтому, по нашему мнению, едва ли классификацию имущественных отношений в ближайшее время можно будет рассматривать как универсальный критерий построения системы финансового права.

Принципиальной особенностью финансовых отношений является их имущественная природа, которая выражает динамизм как в движении специфической формы имущества — денежных средств, так и специфического собственника — государственного образования. Предметом финансового права являются финансовые отношения на всех этапах движения публичных денежных средств. При этом важно иметь в виду, что этот единый, однородный предмет финансово-правовой отрасли уточняется, детализируется на уровне внутренних структурных образований: подотраслей, институтов. «Предмет правового регулирования является сквозным, «профилирующим основанием» деления права на всех «уровнях». Меняются лишь категории, которые дополняют его. В данном случае такими должны быть наиболее существенные качественные особенности отдельных институтов и норм, их специфика, отделяющая их друг от друга и объединяющая в отдельные стабильные группы» [13, с. 56]. Довольно яркий акцент в контексте этого принадлежит С. Д. Цыпкину, который, определяя имущественный характер налоговых отношений, подчеркивал, что невыполнение налогового обязательства тянет за собой нанесение материального вреда государству, нарушение общегосударственных интересов [18, с. 29].

Показательным является то, что такие определения в законодательных актах финансово-правового типа не гарантируют никакой специфической однородности соответствующего отраслевого режима регулирования. Речь идет о классических цивилистических конструкциях, которые повторяют определения соответствующих норм гражданского законодательства. Возникает вопрос — зачем в финансовом законодательном акте наличие правовой конструкции, которая абсолютно дублирует норму гражданского законодательства. Абсолютно логичным было бы появление в финансовом законодательном акте подобного определения при условии, если бы им закреплялись бы определенные особенности содержания. А если этого не происходит, то, на наш взгляд, это искусственное расширение финансового закона, которое ничего не дает для повышения эффективности правового регулирования.

Определенным ориентиром для преодоления такого противоречия, на наш взгляд, должен быть подход, который закрепляет «Определения основных терминов» в ст. 2 Бюджетного кодекса Украины [19]. Дело в том, что все приведенные определения имеют исключительно бюджетно-правовую природу и не дублируются не только другими отраслевыми законодательствами, а и исключают двойственность определения даже на грани с другими финансово-правовыми институтами и подотраслями. Такой подход существенно уменьшает основания коллизий как на стадии нормотворчества, так и во время применения норм финансового законодательства.

Именно отталкиваясь от этого и надо подходить к проблеме «комплексности» в исследовании проблем финансового права. Наличие единой однородной системы финансово-правовой отрасли не исключает комплексных образований в пределах финансового законодательства. «Можно констатировать наличие не только отдельных комплексных актов, но и комплексных сфер законодательства, групп актов, которые посвящены определенной сфере общественного отношения... Если рядом с отраслевым законодательством, объективная определенность и природа которого никем не ставится под сомнение, существует в таком же объеме и имеет не меньшее значение в регулировании отношений и законодательство комплексное, то последнее вызвано общественными нуждами и имеет объективные основания» [20, с. 17–18]. Основанием появления и развития комплексного законодательства выступают не только общественные отношения, которые предусматривают соответствующее законодательное отображение и формализуются поведением определенных участников отношений в соответствующих ситуациях, но и соотношение отдельных отраслей законодательства при их динамическом влиянии на реальное поведение субъектов. «Основанием существования комплексных актов и отраслей законодательства служит взаимодействие отраслей права в процессе управления определенной сферой общественной жизни, которое отображает объективную связь самого общественного отношения и социально-экономических закономерностей, под влиянием которых они возникают» [20, с. 19]. Нужно иметь в виду, что реализация отдельной функции государства может и должна предполагать разноотраслевое участие, разноаспектное воздействие на отношения, которые возникают в связи с ее реализацией. «Существование комплексных отраслей законодательства, которое связано с целесообразностью создания, рядом с отраслевыми, комплексных кодексов и других нормативных актов, нередко приводит исследователей к ошибочному выводу о существовании комплексных отраслей права» [21, с. 32]. Едва ли, обосновывая комплексность нормативных групп, целесообразно исходить исключительно из внешнего объединения нормативного материала, состояния отрасли законодательства. Признак комплексности не может быть присущим отрасли права с точки зрения самой природы этого явления

[22, с. 16; 23, с. 112]. Комплексность может быть присущей законодательству, поскольку речь идет о принципиальном отличии от права.

Исследуя природу комплексных правовых институтов, С. В. Поленина выделяет два их вида: межотраслевые функциональные комплексные институты и межотраслевые пограничные институты [24, с. 74–77]. Межотраслевые институты, на ее взгляд, наиболее распространенная разновидность комплексных правовых институтов, которые возникают на грани сопредельных отраслей права, отраслей, которые имеют определенную общность отношений, которые ими регулируются. В то же время, такие разновидности комплексных институтов не имеют ничего общего с формированием новых отраслей права.

Межотраслевые функциональные комплексные институты должны возникать, по мнению С. В. Полениной, на грани сопредельных неоднородных отраслей права, например, гражданского и административного. Она исходила из того, «...что нормы административного права регламентируют в первую очередь, предпосылки возникновения гражданских отношений и лишь в общих чертах определяют их содержание» [24, с. 75]. Нам сложно согласиться с такой позицией, которая отображает переплетение общественного отношения и правоотношения. Таким образом, можно объяснить, что у административного права есть основания сформировать комплексный правовой институт со всеми отраслями права, потому что административные отношения, по большей части, выражают функцию управления государством по всем направлениям общественной жизни, это управленческие отношения. Такой характер совсем не означает, что административно-правовое регулирование вмешивается в другой блок отношений, которые являются предметом другой отрасли права, «нормы административного права регламентируют, в первую очередь, предпосылки возникновения гражданских отношений». Каждая отрасль права имеет свой соответствующий блок общественных отношений, который является предметом правового регулирования и они могут сталкиваться, но не совпадать, не поглощать друг друга, образуя основания для комплексности в праве, а не в законодательстве.

Необходимо иметь в виду, что комплексность отрасли права или правового института можно доказать с помощью объединения предметов регулирования и влияния на них едиными методами. В то же время, комплексность отраслей законодательства имеет основания объединения формализованных средств определения государственной воли (которая приобретает форму законов, указов, постановлений и т. д.). Проиллюстрируем это на следующем примере, давайте задумаемся: есть ли перспективы относительно аргументации гражданско-налоговой комплексности правового института юридического лица? Безусловно, нет. Но, в то же время, образование юридического лица предусматривает легализацию всех его признаков, что является предметом гражданско-правового влияния (название, отделенное имущество, счет в банке

и т. д.). При этом открытие счета в банке не может быть осуществлено без постановки на учет в налоговых органах, то есть классическая гражданско-правовая конструкция может получить законченную форму лишь с помощью определенных налогово-правовых режимов.

Мы исходим из того, что характеризуя комплексность в праве, надо исходить даже не из того: четко разграничивается или нет общественное отношение в качестве предмета отраслевого регулирования, а из того — какую цель мы преследуем при осуществлении правового влияния. В этой ситуации даже однородные общественные отношения, корректируемые целью правового регулирования соответствующей отрасли, могут четко и логически разграничиваться по разнотипным правовым образованиям, которые будут аргументированно объяснять отсутствие оснований комплексности в системе правовых норм.

В то же время это совсем не исключает возможности комплексных образований совокупности законодательных норм. Как мы уже подчеркивали выше, комплексность отраслей законодательства имеет основания объединения формализованных средств определения государственной воли в регулировании определенного общественного отношения. Именно поэтому ничего противоречивого нет в ситуации, когда на стадии законотворчества образуются такие законодательные акты, которые объединяют разнотипные по природе нормы с целью более целесообразного влияния на соответствующий вид общественного отношения.

Комплексные межотраслевые пограничные институты формируются на грани сопредельных однородных отраслей права на основании подвижной предметно-регулятивной связи [25].

Исходя из этого в финансово-правовом регулировании есть все основания формирования комплексности в таких видах.

1. Комплексность на грани финансово-правовых институтов или подотраслей. В этой ситуации комплексность совокупности правовых норм объединяет как однородные принципы (предмет и метод финансового права), так и специфичность предмета отдельных структурных образований в пределах финансово-правовой отрасли. То есть речь идет о грани родственных, однотипных группировок финансово-правовых норм. Ярким примером такого комплексного финансово-правового института может быть институт бюджетных доходов. Он непосредственно объединяет нормы бюджетного права (непосредственно те, которые регулируют налоговые поступления в доходные части государственного и местных бюджетов) и нормы налогового права, которыми собственно и определяется перечень таких налогов и сборов (обязательных платежей).

Действительно, финансово-правовое регулирование обеспечивает взаимосвязанный характер воздействия законодательных норм согласно предмету отрасли, который не исключает и определенной институциональной дифференциации в рамках отраслевой однородности. В зависимости от институциональной принадлежности нормы речь может идти о разных

стадиях или разном режиме такого регулирования, который безусловно связывается со спором, который возникает при этом, и общими принципами и особенностями его решения.

Предметом спора относительно выполнения обязанности по уплате определенного платежа является поведение участников отношений относительно взыскания его, опираясь на то, что он включен в перечень общегосударственных налогов, сборов (обязательных платежей). Принципиальным при этом является момент выполнения налоговой обязанности, потому что в этот момент именно это является предметом регулирования налоговым законодательством, и, безусловно, аргументация доказательств, определение позиции должны строиться на налоговом законодательстве. В тот момент, когда средства в виде налога или сбора плательщиком уплачены, речь уже не идет о налоговом регулировании, включается бюджетно-правовой режим движения публичных средств и с этого момента аргументация позиций уже может опираться на нормы бюджетного законодательства.

Ряд коллизий норм, которые регулируют реализацию налоговой обязанности, как подчеркивает Н. П. Кучерявенко, порождается несогласованием при принятии законодательных актов. Акцентируя внимание на похожих понятиях, законодатель закрепляет определенные противоречия исходя из позиций формальной юридической логики. Действующее налоговое законодательство Украины использует категории «налога, сбора (обязательного платежа)» [26]. В то же время бюджетное законодательство базируется на категории «налоговые поступления» [19, ст. 9]. Каким образом соотносятся эти две категории, которые направлены на регулирование идентичных отношений — непонятно. На грани бюджетного и налогового законодательства возникают определенные противоречия. Достаточно лишь взглянуть на редакцию ст. 64 Бюджетного кодекса Украины, согласно которой закреплен исчерпывающий перечень налогов и сборов, которые поступают в местные бюджеты.

Абсолютно логично включение сюда налога на доходы физических лиц, платы за торговый патент, но совсем непонятно, почему сюда же отнесен и ряд других поступлений. Это непонятно и с формальной стороны (их нет в перечне ст. ст. 14, 15 Закона Украины «О системе налогообложения»). Обязательные платежи налогового характера, охватывая поступление налогов и сборов, по своей природе не носят отплатного характера, не играют роли штрафных санкций. Исходя именно из этих позиций абсолютно непонятно, каким образом к налоговым платежам отнесли административные штрафы или оплату определенных действий исполнительных органов соответствующих советов.

2. Комплексность законодательства, которая образуется при сопоставлении институтов или подотраслей законодательных норм:

а) на грани составляющих финансового законодательства. Речь идет о соотношении структурных элементов отрасли финансового права,

когда выделяются определенные нормы, которые отображают динамику движения публичных денежных фондов, отношения, связь с обращением которых является предметом финансово-правового влияния (например, соотношение законодательных институтов отдельных стадий бюджетного процесса) или отдельных фондов средств, которые тоже находятся на определенной границе внутренне институционального финансово-правового регулирования. В качестве примера можно привести институт межбюджетных отношений. Реализация официальных трансфертов предусматривает фактическое объединение, сопоставление и соотношение институтов Государственного бюджета Украины, местных бюджетов и, соответственно, межбюджетных отношений. Последнее собственно и отражает перечисление средств от одного типа бюджетов к другому;

б) на грани разноотраслевых законодательств. В этом случае основанием комплексности выступает именно сфера правового регулирования, которая, выделяя тот или другой вид деятельности (банковская деятельность, деятельность относительно обращения ценных бумаг и т.д.) или функцию государства, необходимость ее финансового гарантирования и обеспечения, предполагает участие в этом нескольких разнотипных отраслей законодательства.

Исследуя институционную структуру финансово-правовой отрасли, можно выделить два типа финансово-правовых институтов. Прежде всего, это однородные, базовые финансово-правовые институты. К ним относятся такие группы финансово-правовых норм, которые являются базовыми элементами или соответствующих подотраслей финансового права (бюджетного или налогового), или имеют отделенный финансово-правовой характер (институт валютного регулирования и т.д.). К таким институтам можно, фактически, отнести любой базовый бюджетно-правовой институт — институт Государственного бюджета, институт местных бюджетов, институт межбюджетных отношений и т.д. Таким же образом можно детализировать составляющие налогового права.

В то же время, более интересными для исследования, на наш взгляд, являются комплексные финансово-правовые институты, которые формируются на грани уже сложившихся групп финансово-правовых норм. Безусловно, речь идет опять-таки об однородной финансово-правовой группе. То есть в этом случае ни в коем случае речь не идет о применении разных средств регулирования. Комплексность в этом смысле не означает объединения императивности и диспозитивности. Регулирование осуществляется исключительно средствами власти и подчинения — императивными методами. Наиболее ярким примером такого института является институт бюджетного возмещения. Система норм, которая входит в этот институт, предусматривает объединение налогового и бюджетного регулирования при применении однотипных средств воздействия. Бюджетное возмещение предусматривает возвращение средств из бюджета налогоплательщику при наступлении определенных обстоятельств, связанных с особенностями выполнения налоговой обязаннос-

ти. То есть институт бюджетного возмещения образуется на грани налогового и бюджетного права. «Отношения по возвращению переплаченных сумм налогов и других платежей в бюджет урегулированы частично нормами налогового, а частично — бюджетного права. Порядок и сроки обращения плательщика к органам государственной налоговой службы, подготовка последними выводов по этим вопросам, отнесенная к сфере регулирования налогового права. Деятельность органов Государственного казначейства Украины в этой сфере подпадает под бюджетно-правовое регулирование» [27, с. 79].

Следует обратить внимание, что институт бюджетного возмещения имеет двойное значение. С одной стороны, речь идет о регулировании отношений, связанных с переплаченными или противоправно взысканными налогами и сборами с плательщика. В этой ситуации средства, которые уже поступили в бюджет, должны быть возвращены получателем (государством или территориальными общинами), потому что владелец получил их с нарушением соответствующих норм налогового законодательства. С другой стороны, бюджетное возмещение предусматривает наличие очень специфического механизма при взыскании налога на добавленную стоимость, когда сопоставляется сумма налога на добавленную стоимость, которую оплатил плательщик на этапе приобретения товаров, работ, услуг, и сумма налога на добавленную стоимость, которую он включил в свою цену реализации.

Правовой институт возмещения налогов и сборов представляет собой очень специфическую систему, которая характеризуется некоторыми особенностями [28, с. 12–39]: регулирование отношений на грани финансово-правовых институтов — бюджетного и налогового; институт бюджетного возмещения как совокупность налогово-правовых норм противоречит предмету налогово-правового регулирования, поскольку они регулируют поступление средств от плательщиков к бюджетам, тогда как возмещение налогов и сборов предусматривает возвращение средств из бюджетов плательщикам налогов.

Определенная группа норм в составе института налогового права характеризуется спецификой отношений, поскольку институт бюджетного возмещения является специальным институтом налогового права и регулирует отношения касательно возвращения из бюджета переплаченных или по ошибке оплаченных сумм налогов, возвращение плательщику суммы налога на добавленную стоимость из бюджета, в связи с излишне уплаченной суммой налога. Содержание отношений бюджетного возмещения сводится к обязанности передачи определенной суммы средств (переплаченных налогов, неправомерно взысканных сумм налогов или сборов и т.п.) из бюджета плательщику. Но речь может идти как о передаче средств налогоплательщику вследствие излишне уплаченного или незаконно взысканного налога или сбора из бюджета, так и о возвращении средств из бюджета обязанному лицу вследствие подведения итогов при сравнении доли косвенного налога в цене приобре-

тения и цене реализации у налогоплательщика, в результате которой у государства возникает обязанность возместить ему размер такого превышения. Это принципиально разные режимы перехода средств из бюджета налогоплательщику как по особенностям правового регулирования, так и по содержанию.

Институт возмещения налогов и сборов закрепляет правовой статус участников правоотношений данного вида, одновременно регулируя упорядочение налоговых отношений согласно нуждам государства и общества. По способу регулирования отношений институт бюджетного возмещения включает в себя признаки как материально-правового института, так и процессуального, обеспечивая как размер средств, которые должны перечисляться из бюджета, так и формы, процедуры их возвращения. Основанием возникновения правоотношения по возмещению налогов и сборов, условием для получения бюджетного возмещения является факт предоставления налоговой декларации. Сумма налога на добавленную стоимость подлежит возмещению в размере, который не превышает сумму задолженности налогоплательщика или его кредитора (кредиторов) перед Госбюджетом по кредитам и бюджетным ссудам. На основании выводов о возмещении налога на добавленную стоимость органы Государственного казначейства Украины на протяжении пяти дней своими платежными поручениями переводят средства со счета учета доходов Госбюджета на счет, указанный в выводе или решении суда. Показательно, что бюджетное возмещение осуществляется на основании сложного юридического факта, который включает в себя комплекс явлений, которые только в единстве порождают последствия, характерные для данного вида правоотношений.

Л и т е р а т у р а

1. Винницкий Д. В. Российское налоговое право: проблемы теории и практики / *Д. В. Винницкий*. — СПб.: Юрид. центр Пресс, 2003. — 397 с.
2. Вишновецький В. М. Система фінансового права України в умовах переходу до ринкової економіки: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07 / *В. М. Вишновецький*. — Чернівці, 2001. — 212 с.
3. Воронова Л. К. До питання про систему фінансового права / *Л. К. Воронова* // Вісник Академії правових наук України. — 1994. — № 2. — С. 75–82.
4. Ермакова Г. С. О системе советского финансового права / *Г. С. Ермакова* // Правоведение. — 1975. — № 2. — С. 72–79.
5. Иванов Б. Н. О системе советского финансового права / *Б. Н. Иванов* // Вопросы советского финансового права / под ред. Е. А. Ровинского. — М.: ВЮЗИ, 1967. — Т. IX. — С. 34–67.
6. Кучерявенко М. П. До питання про систему фінансового права / *М. П. Кучерявенко* // Право України. — 2003. — № 4. — С. 33–36.
7. Кучерявенко Н. П. Целостность и системность финансового права / *Н. П. Кучерявенко* // Финансовое право. — 2003. — № 2. — С. 12–17.
8. Пацурківський П. С. Проблеми теорії фінансового права / *П. С. Пацурківський*. — Чернівці: ЧДУ, 1998. — 276 с.

9. Ровинский Е. А. Основные вопросы теории советского финансового права / *Е. А. Ровинский*. — М.: Госюриздат, 1960. — 193 с.
10. Халфина Р. О. К вопросу о предмете и системе советского финансового права / *Р. О. Халфина* // Вопросы советского административного и финансового права. — М.: Изд-во АН СССР, 1952. — С. 182–214.
11. Худяков А. И. Основы теории финансового права / *А. И. Худяков*. — Алматы: Жеті жарғы, 1995. — 288 с.
12. Цыпкин С. Д. Финансово-правовые институты, их роль в совершенствовании финансовой деятельности советского государства / *С. Д. Цыпкин*. — М.: Изд-во МГУ, 1983. — 80 с.
13. Пискотин М. И. Советское бюджетное право (основные проблемы) / *М. И. Пискотин*. — М.: Юрид. лит., 1971. — 312 с.
14. Бесчеревных В. В. Компетенция Союза ССР в области бюджета / *В. В. Бесчеревных*. — М.: Юрид. лит., 1976. — 176 с.
15. Винницкий Д. В. Финансовое право в современных условиях: традиции и инновации / *Д. В. Винницкий* // Финансовое право. — 2006. — № 8. — С. 8–16.
16. Древаль Л. Н. К вопросу о предмете, методе и системе финансового права / *Л. Н. Древаль* // Финансовое право. — 2005. — № 2. — С. 2–4.
17. Карасева М. В. Современные проблемы построения системы финансового права / *М. В. Карасева* // Правоведение. — 2006. — № 3. — С. 94–99.
18. Цыпкин С. Д. Правовое регулирование налоговых отношений в СССР / *С. Д. Цыпкин*. — М.: Юрид. лит., 1955. — 76 с.
19. Бюджетний кодекс України від 8 липня 2010 р., № 2456-VI // Голос України. — 2010. — № 143.
20. Яковлев В. Ф. Отраслевая дифференциация и межотраслевая интеграция как основы системы законодательства / *В. Ф. Яковлев* // Правоведение. — 1975. — № 1. — С. 16–23.
21. Байтин М. И. Система права: к продолжению дискуссии / *М. И. Байтин, Д. И. Петров* // Государство и право. — 2003. — № 1. — С. 25–34.
22. Система советского законодательства / под ред. И. С. Самощенко. — М.: Юрид. лит., 1980. — 328 с.
23. Система советского права и перспективы ее развития // Советское государство и право. — 1982. — № 7. — С. 100–120.
24. Поленина С. В. Комплексные правовые институты и становление новых отраслей права / *С. В. Поленина* // Правоведение. — 1975. — № 3. — С. 71–79.
25. Поленина С. В. Пограничный институт гражданского и трудового права (Возмещение вреда, причиненного здоровью) / *С. В. Поленина* // Советское государство и право. — 1974. — № 10.
26. Про систему оподаткування: Закон України від 25 черв. 1991 р., № 1251-XII // Відомості Верховної Ради України. — 1997. — № 16. — Ст. 119.
27. Пришва Н. Ю. Місце правового регулювання державних доходів у системі фінансового права / *Н. Ю. Пришва* // Науковий вісник Чернівецького університету: зб. наук. пр. — Чернівці: Рута, 2003. — Вип. 172: Правознавство. — С. 75–82.
28. Гордін О. Я. Правове регулювання бюджетного відшкодування в Україні: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07 / *О. Я. Гордін*. — Х., 2009. — 202 с.

А н н о т а ц и я

Лукашев А. А. К проблеме комплексности в финансово-правовом регулировании. — Статья.

В статье рассматривается признак комплексности финансово-правового регулирования. Принципиальной особенностью финансовых отношений является их имущественная природа, которая выражает динамизм, как в движении специфической формы имуще-

ства — денежных средств, так и специфического собственника — государственного образования. Наличие единой однородной системы финансово-правовой отрасли не исключает комплексных образований в пределах финансового законодательства. Признак комплексности не может быть присущим отрасли права с точки зрения самой природы этого явления. Комплексность может быть присущей законодательству, поскольку речь идет о принципиальной отличии от права.

Ключевые слова: финансово-правовое регулирование, комплексность, финансовое право, финансовое законодательство.

А н о т а ц і я

Лукашев О. А. До проблеми комплексності у фінансово-правовому регулюванні. — Стаття.

Стаття присвячена розгляду ознаки комплексності фінансово-правового регулювання. Принциповою особливістю фінансових відносин є їх майнова природа, яка виражає динамізм, як у русі специфічної форми майна — грошових коштів, так і специфічного власника — державного утворення. Наявність єдиної однорідної системи фінансово-правової галузі не виключає комплексних утворень в межах фінансового законодавства. Ознака комплексності не може бути властива галузі права з точки зору самої природи цього явища. Комплексність може бути притаманна законодавству, оскільки мова йде про принципову відмінність від права.

Ключові слова: фінансово-правове регулювання, комплексність, фінансове право, фінансове законодавство.

S u m m a r y

Lukashev A. A. To the problem of complex character of financial law regulation. — Article.

The article is devoted to the problem of complex character of financial regulation. The principal feature of the financial relationship is its proprietary nature, which expresses the dynamism, both in the movement of a specific form of property — money and a specific owner — state entity. The presence of a single congeneric system of financial law branch doesn't preclude complex formations within the financial legislation. A branch of law can not have complex nature because of the nature of this phenomenon. Legislation may have complex character, because in this case it fundamentally differs from law.

Keywords: financial law regulation, complexity, financial law, financial legislation.

УДК 347.73:336.01

О. О. Дмитрик

ФІНАНСОВИЙ ЗАКОН: ПОНЯТТЯ Й ОЗНАКИ

Нині поняття «закон» є ключовим в українській правовій системі, проте його визначення в законодавстві ще й дотепер відсутнє. Ця теза цілком прийнятна й щодо такої категорії як «фінансовий закон». Не зважаючи на те, що дослідженню поняття та характеристик фінансового закону приділяли увагу низка вчених-фінансистів [4–6], широке коло питань щодо цього залишається не вирішеними. Можна констатувати, що проблема фінансового закону на загальнотеоретичному, методологічному рівні майже не розроблена у фінансово-правовій науці. Вона відстала у своєму розвитку від потреб як практики публічної фінансової діяльності, так і фінансово-правової теорії. Поряд із тим, з огляду на положення ст. 92 Конституції України, у системі нормативно-правових актів — джерел фінансового права закон посідає особливе місце [10]. Метою пропонованої статі є окреслення тих ознак, які дають можливість охарактеризувати закон саме як фінансовий.

У фінансово-правовій літературі вказується, що закони — джерела фінансового права можна умовно поділити на: 1) спеціальні фінансові закони (включаючи фінансові кодекси і загальні закони про фінанси); 2) закони, що містять окремі норми фінансового права [22, с. 86]. Класифікація законів, без сумніву, має велике значення. І це пов'язано, в першу чергу, з тим, що в процесі її проведення встановлюються об'єктивні зв'язки між різноманітними групами (видами) законів у рамках одного і того ж роду (законів), створюються більш сприятливі умови для їх подальшого застосування, формуються всі необхідні передумови для більш чіткого визначення місця і ролі кожного виду закону як джерела права в системно-ієрархічній структурі інших джерел права [13, с. 132]. Однак наведене групування потребує певного корегування. По-перше, поза увагою в даному випадку залишилися закони, які поряд з фінансово-правовими містять норми інших галузей законодавства. По-друге, навряд чи всі закони, які містять виключно фінансово-правові

норми, треба називати спеціальними фінансовими законами. Виходячи з того, на регулювання яких відносин спрямований законодавчий акт, закони, що регулюють фінансові відносини, можна розподілити на комплексні (міжгалузеві) та фінансові.

Виокремлюючи із всього масиву чинних в державі законів (залежно від предмета регулювання) саме ті, що покликані упорядковувати виключно фінансові відносини, підкреслюючи специфіку спрямованості таких законодавчих актів на регулювання конкретних відносин, достатньою є вказівка на те, що вони є фінансовими. Комплексні (міжгалузеві) закони мають спрямованість на упорядкування як фінансових, так і інших видів суспільних відносин, вони містять фінансово-правові норми поряд з нормами інших галузей права. Як вбачається, характерною рисою зазначених законодавчих актів є те, що відбувається поєднання різних режимів правового регулювання. При цьому можливе навіть упорядкування поведінки різних суб'єктів правовідносин за допомогою як імперативного, так і диспозитивного засобів. Прикладом таких законів є Закони України «Про місцеве самоврядування в Україні», «Про банки і банківську діяльність», «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» та ін.

У той же час фінансові закони спрямовані на регулювання виключно фінансових відносин. Вони містять суто фінансово-правові норми і являють собою законодавчі фінансово-правові акти, які упорядковують поведінку учасників відносин у процесі мобілізації, розподілу і її використання коштів публічних фондів єдиними імперативними засобами. При цьому тут можливе регулювання низки фінансових відносин у межах різних фінансово-правових інститутів. Тому їх можна поділити на (а) загальні фінансові — регулюють основи фінансової системи в цілому і є фундаментальними; та (б) спеціальні фінансові — охоплюють комплекс родових норм, що регулюють провадження публічної фінансової діяльності й спрямовані на упорядкування окремих видів фінансових відносин: податкових, бюджетних, валютних та ін. (наприклад, Бюджетний кодекс України, Податковий кодекс України тощо).

Поряд із тим слід визнати, що запропонована нами класифікація не є досконалою. Це пояснюється тим, що чинне українське законодавство, на відміну від законодавства інших держав, не має певного критерію, який би дозволив віднести той або інший закон до загального фінансового чи податкового, бюджетного або іншого різновиду. Більш того, говорячи про спеціальні фінансові закони, досить складно в деяких випадках визначити особливості співвідношення законів, які регулюють виключно податкові (бюджетні, банківські тощо) відносини, тобто податкових (бюджетних, банківських тощо) законів і законів, які поряд з іншими відносинами торкаються упорядкування податкових (бюджетних, банківських тощо) відносин. Однак для держави та інших суб'єктів фінансових правовідносин, особливо платників податків, важливо відійти від поширеного застереження, що зазвичай міститься у правових актах. Йдеться

про словосполучення «та інших актів законодавства», якими встановлюються фінансово-правові норми. Особливо гостро ця проблема відчувається при податково-правовому регулюванні, де вимога встановлення податку виключно податковим законом є принциповою, але часто порушуваною. Вищевказане свідчить про нагальну необхідність на доктринальному рівні виокремити, розкрити, а на законодавчому — закріпити ознаки та визначення родового поняття «фінансовий закон», а також його видових форм — «податковий закон», «бюджетний закон» та ін. і, що вкрай важливо, — їх співвідношення між собою.

Фінансовий закон має загальні характеристики, притаманні будь-яким законодавчим актам. Крім походження від вищого представницького органу, він має такі властивості: нормативність, особливий порядок прийняття, внесення змін та скасування, безпосереднє вираження державної волі, первинний характер норм, що містяться в ньому, тощо. Окрім того, такий акт має особливості, що відрізняють його від інших законів.

Грунтовний аналіз наукових здобутків вітчизняних і закордонних вчених-фінансистів щодо характеристики фінансового закону та його різновидів, чинних у нашій державі фінансово-правових актів, а також практики фінансово-правового регулювання інших країн дозволяє виокремити такі його характерні особливості [2, с. 42–44; 5, с. 40–41; 6, с. 37; 12, с. 563]: (1) регулює відносини у сфері публічної фінансової діяльності; (2) має верховенство щодо інших правових актів; (3) є нормативним вираженням інтересів держави у сфері публічної фінансової діяльності; (4) має особливий порядок прийняття; (5) має особливий порядок розроблення; (6) наявна специфічна процедура набуття чинності; (7) поєднання стабільності та гнучкості приписів, що він містить; (8) чіткість і визначеність його фінансово-правових норм. Розглянемо їх.

Фінансовий закон має свій предмет регулювання — найбільш важливі відносини у сфері публічної фінансової діяльності. Їх коло визначено у ст. 92 Основного Закону України [10]. Отже на конституційному рівні окреслено коло відносин, що складають предмет такого законодавчого акта і упорядковуються саме за допомогою фінансового закону.

Показово, що одним із найбільш точних і вичерпних визначень сфери регулювання та дефініції фінансового закону в науковій фінансово-правовій доктрині вважається положення п. 2 ст. 1 Акта про парламент 1911 року у Великій Британії. У ньому вказано: фінансовим законом називається будь-який закон, який, на думку Спікера Палати Общин містить тільки положення, що стосуються всіх або деяких з наступних предметів, а саме: встановлення, відміни, зміни або регулювання оподаткування; призначення платежів з консолідованого фонду або сум, відпущених Парламентом на оплату публічного боргу або на будь-яку іншу фінансову мету; зміни або відміни подібних призначень; відкриття кредитів, утворення резервного фонду; призначення, отримання, збереження, видачі або перевірки рахунків, що відносяться до публічних

фінансів; висновки, гарантії, погашення позики; другорядних питань, пов'язаних з вище зазначеними, або одного з них [9, с. 22, 23]. Дійсно, це поняття містить указівку на широке коло відносин, що виникають, змінюються і припиняються у перебігу публічної фінансової діяльності і входять до предмета регулювання фінансовим правом.

Зауважимо, що таке визначення фінансового закону згодом стало підґрунтям для закріплення поняття та визначення фінансового закону в багатьох країнах. Приміром, дещо в модифікованому вигляді воно відбилося в тексті Конституції Ірландії [7, с. 421]. На наше переконання, саме такий підхід до визначення фінансового закону можна застосувати й в Україні, закріпивши коло відносин, що входять до предмету регулювання фінансового закону у відповідному законі.

Розкриваючи зазначену ознаку фінансового закону, необхідно акцентувати увагу, що такий законодавчий акт не тільки допускає й обумовлює, а потребує застосування інших фінансових підзаконних нормативно-правових актів. Треба підкреслити, що правове регулювання фінансових відносин можливе як на рівні законів, так і підзаконних нормативно-правових актів, але при цьому необхідно додержуватися положень ст. 92 Конституції України, у яких прямо вказано на випадки виключно законодавчого регулювання фінансових відносин.

Із цього випливає наступна характеристика, відповідно до якої фінансовий закон має верховенство над іншими нормативно-правовими актами, що регулюють мобілізацію, розподіл і витрачання коштів публічних фондів. Це означає, що останні не можуть бути прийняті у випадку невідповідності закону і мають бути змінені або скасовані в подібній ситуації. Верховенство закону в системі джерел фінансового права і неухильного його виконання — надійний засіб захисту зобов'язаних суб'єктів фінансових правовідносин від фіскального свавілля, що може виходити від публічної влади. Верховенство фінансового закону виражається також і в тому, що він закріплює правові принципи, регулює найважливіші фінансові відносини і тим самим безпосередньо окреслює головні тенденції фінансово-правового регулювання в підзаконних нормативно-правових актах. При цьому його домінуюче положення стосовно інших нормативно-правових актів безпосередньо визначається передбаченою Конституцією субординацією державних органів, на чому базується ієрархічна побудова системи фінансових нормативно-правових актів, їх неоднакова юридична сила. Виходячи з цього, фінансовий закон є правовою основою для видання інших видів нормативних правових актів. Саме він визначає підстави прийняття підзаконних нормативних правових актів, їх зміст, предмет регулювання, юридичну силу, а також їх види. Таким чином, саме фінансовий закон є фундаментальною основою і орієнтиром для підзаконної правотворчої діяльності органів державної влади та місцевого самоврядування.

Верховенство фінансового закону забезпечує узгодженість як підзаконних нормативно-правових актів, так і складових фінансово-правових

норм, логічне розміщення і взаємозв'язок «родових» і «видових» норм фінансового права. Порушення цього принципу, безумовно, знижує ефективність правового регулювання фінансових відносин [21, с. 57].

Фінансовий закон являє собою нормативне вираження інтересів держави у сфері публічних фінансів, узгодження інтересів суб'єктів правовідносин, серед яких держава займає домінуюче положення. Ця ознака кореспондує предметній характеристиці будь-якого джерела фінансового права. Фінансовий закон як нормативно-правовий акт, прийнятий вищим представницьким органом держави — парламентом, відбиває певний результат «домовленості» держави як одного із суб'єктів фінансових правовідносин та інших осіб, що певним чином їй протистоять, та на яких, як правило, покладено виконання широкого кола обов'язків.

Надаючи фінансово-правовим нормам форму закону, держава, з одного боку, підкреслює важливість фінансових відносин, завдяки яким мобілізуються, розподіляються і використовуються кошти публічних фондів, що необхідні для виконання її функції, а з іншого — сприяє гарантуванню прав суб'єктів фінансових правовідносин. Особливої важливості це положення набуває у сфері справляння податків, де для платника податків як зобов'язаної особи забезпечення реалізації його прав має велике значення. При цьому зміна елементів правового механізму податку можлива лише в тій формі, в якій вони й були встановлені, тобто лише через прийняття відповідних фінансових (податкових) законів.

Зазвичай у юридичній літературі вказується, що закон приймається вищим представницьким органом або шляхом прямого волевиявлення народу — на референдумі. Але для фінансового закону характерне те, що він приймається тільки парламентом, тоді як використання прямої демократії, а саме референдуму, для вирішення питань у сфері публічних фінансів, як правило, не дозволяється. Нині низка держав, у тому числі й Україна, обрали шлях, відповідно до якого обмежується використання форм безпосередньої демократії, а саме: забороняється проведення референдуму для вирішення питань регулювання певного кола фінансових відносин. Так, згідно зі ст. 74 Конституції України референдум не допускається щодо законопроектів з питань податків та бюджету [10]. Отже можна констатувати, що особливістю фінансового закону є його ухвалення саме парламентом, що представляє інтереси всього народу країни.

Ми цілком згодні з твердженням О. М. Козиріна, що така заборона на використання арсеналу інструментів безпосередньої (прямої) демократії пояснюється тим, що громадянин, яким би компетентним він не був, не може досконало опанувати складний механізм публічних фінансів, а принципи єдності бюджетної каси і заборони на спеціалізацію податку (відповідно до якого податки не повинні призначатися для конкретних державних витрат) не дозволяють йому належним чином оцінити суспільну корисність введення того або іншого податку. Внаслі-

док цього, становлячи питання про бюджет, оподаткування тощо для розгляду на референдумі, загальних зборах (сході) громадян, необхідне рішення може бути не прийнято, а це позбавить державну владу фінансових ресурсів і призведе до її паралічу [6].

Фінансовий закон, зазвичай, розробляється за спеціальною процедурою. Це забезпечує найретельніше його складання та уважний розгляд у парламенті. При цьому можна говорити про встановлення: (1) певних суб'єктів, яким надано право щодо внесення на розгляд до парламенту фінансових законопроектів, так і (2) правил розроблення таких законопроектів, (3) своєї процедури розгляду таких актів. Цю ознаку розглянемо на прикладі характеристики розроблення і опрацювання бюджетних та податкових законів.

Так, відповідно до п. 6 ст. 116 Конституції України, ст. 32 Бюджетного кодексу України, ст. 20 Закону України «Про Кабінет Міністрів України» саме Уряд наділений правом на розроблення проекту закону як про Держбюджет України, так і про внесення змін до Держбюджету України, а також подання їх на розгляд до Верховної Ради України [10; 3; 17]. Окрім того, аналіз норм Конституції та Бюджетного кодексу України дозволяє констатувати, що право складання проекту бюджету належить виключно органам виконавчої влади. Однак це положення не виключає можливості брати участь у цій діяльності іншим державним органам, але координацію останніх здійснюють тільки уряд та інші органи виконавчої влади, які наділені певними повноваженнями.

Фінансові законопроекти розглядаються, як правило, в межах «звичайного» законодавчого процесу. Поряд з тим можна виокремити своєрідність змісту процедури їх розгляду. Наприклад, певні особливості притаманні і підготовці Верховною Радою України проекту Закону Про Державний бюджет України, про що йдеться у главі 27 Регламенту Верховної Ради України [18]. Окрім того, п. 4 ст. 4 Бюджетного кодексу України запроваджує особливий порядок розгляду законопроектів, що впливають на доходну та видаткову частину бюджетів. Така процедура регламентована ст. 27 названого кодексу [3]. Показово, що доволі специфічна та складна процедура розгляду закону про Держбюджет у парламенті є властивою не лише для України. Вона спостерігається також, приміром, у Японії, Австрії, Швеції [19, с. 11–15].

Як вбачається, розробка і прийняття фінансових законів за спеціальною процедурою забезпечує всебічне їх вивчення, зокрема проведення необхідних експертиз, прозоре обговорення. Можливість широкого обговорення проектів фінансових законів має велике значення, дозволяє ще при створенні такого акта забезпечити збалансування приватних і публічних інтересів шляхом максимально можливого урахування пропозицій, які були надані як вченими, так і практиками. З цією метою в засобах масової інформації оприлюднюються такі проекти.

Фінансовий закон набуває чинності, як правило, за особливою процедурою. Про це свідчить низка положень чинного фінансового законодав-

ства. Йдеться про ч. 3 ст. 27 Бюджетного кодексу України, згідно з якою закони, що впливають на показники бюджету і приймаються після 15 серпня року, що передує плановому, вводяться в дію не раніше початку бюджетного періоду, що настає за плановим [3]. Окрім того у ст. 4 Податкового кодексу України встановлено, що зміни до будь-яких елементів податків та зборів не можуть вноситися пізніше як за шість місяців до початку нового бюджетного періоду, в якому будуть діяти нові правила та ставки [16].

Ці положення свідчать про те, що зміст фінансового закону має бути гнучким, здатним адаптуватися до конкретних фінансових потреб держави і реагувати на зміну ситуації шляхом корекції відповідних фінансово-правових норм, що дозволить збалансувати публічні інтереси з приватними. Приміром, говорячи про податкову систему, однозначним вбачається те, що стабільний, незмінний податок призведе до диспропорції [1, с. 73]. Тому до складу податкової системи можливо включати такі з податків, які дозволяють швидко збільшувати надходження до бюджету у разі виникнення такої потреби [14, с. 25].

Справедливою з цього приводу є думка Л. К. Воронової, яка стверджує, що, зазвичай, закон відзначається стабільним характером і тривалим існуванням, але закони, які регулюють фінансові відносини в умовах перехідного до ринку періоду, не можуть існувати довго. Виражаючи у концентрованому вигляді економічні й соціальні інтереси, фінансові закони змінюються дуже часто [4, с. 52]. Про постійний динамічний розвиток фінансового законодавства, який дає змогу державі своєчасно реагувати на швидкі економічні зміни, говорить і О. П. Орлюк [15, с. 113]. Отже, фінансовий закон має змінюватися під впливом економічної ситуації, що складається, а іноді й може стимулювати її розвиток. Однак треба ще раз акцентувати увагу на тому, що будь-які зміни до фінансових законів мають бути виваженими і належними чином обґрунтованими. Тому можна констатувати, що гнучкості, динамізму фінансового закону кореспондує така ознака, як його стабільність.

Не випадково деякі вчені з цією характеристикою пов'язують іншу особливість фінансового закону — стабільність його існування, тривалість періоду дії. У той же час проблема стабільності є досить складною для вирішення, проте безумовно необхідною [11, с. 61]. Незважаючи на об'єктивну необхідність кожного року приймати закон про Державний бюджет, а також, за певних обставин, перегляду правового механізму податку, що дозволяє краще реагувати на зміни у провадженні соціально-економічної та фінансової політики, основи правового регулювання публічних фінансів мають бути стабільними. Вимога стабільності правового регламентування відносин у сфері публічної фінансової діяльності набуває останнім часом особливого практичного звучання і особливо у зв'язку з необхідністю визначеності податкового обов'язку, із посиленням тенденцій залучення інвесторів для реалізації найважливіших проектів і програм розвитку виробництва. Однак про стабільність

фінансового закону сьогодні говорити зарано. Наприклад, до Податкового кодексу України (який було ухвалено 2 грудня 2010 р. і введено в дію з 1 січня 2011 р., а значить — з порушенням принципу стабільності), з грудня 2010 року по червень 2012 року були внесені зміни двадцятьма двома законами. При цьому через двадцять один день після його затвердження, тобто ще до введення у дію кодексу, вже були внесені зміни. Протягом 2011 року вносилися корективи шістнадцятьма законами, а за перше півріччя 2012 — п'ятьма законами.

Чіткість і визначеність норм — одна з найважливіших рис фінансового закону. Суть цієї ознаки з'ясуємо на прикладі регулювання справляння податків. Так, ще А. Сміт наголошував, що податок, який зобов'язана сплачувати кожна окрема особа, має бути точно визначеним, а не довільним. Термін сплати, спосіб платежу, сума платежу — все це повинно бути ясно й чітко встановлено для платника і для будь-якої іншої особи...» [20, с. 341]. Ця теза є надзвичайно актуальною ще й донині, оскільки невизначеність оподаткування призводить до того, що платник податків попадає під владу збирачів податків, сприяє розвитку зухвалості й підкупності останніх. В умовах незрозумілості системи оподаткування в цілому, її нестабільності й непередбачуваності досить складно приймати відповідні рішення й будувати стратегію бізнесу [14, с. 25].

До речі, достеменно визначеним має бути і бюджетний закон, який є підґрунтям для своєчасного розподілу та використання грошових коштів, які надійшли до бюджету. Отже до фінансового закону мають встановлюватися єдині вимоги, у тому числі щодо його визначеності. Ця обставина, поряд із зазначеним, зумовлює необхідність диференціації фінансових законів. Залежно від того, на регулювання яких відносин — податкових, бюджетних, банківських, валютних тощо — буде спрямований законодавчий акт, його зміст буде різнитися. І ця вимога є вкрай принциповою, оскільки важливо відійти від «інших актів законодавства», включення норм податкового права до бюджетних та не фінансових законів, а бюджетних — до податкових законів тощо.

Показово, що сьогодні можна говорити про два відносно сформовані підходи щодо визначення змісту різновидів фінансових законів. По-перше, йдеться про чинні законодавчі вимоги до змісту бюджетного закону. Так, у ст. 40 Бюджетного кодексу України вказано, які положення мають бути визначені у Законі про Держбюджет України [3]. По-друге, можна вести мову про зміст податкового закону. Так, у ст. 7 Податкового кодексу України йдеться про загальні засади встановлення податків і зборів [16].

Наступною ознакою фінансового закону є реалістичність і об'єктивність приписів, що містяться в ньому. Актуальність цього аспекту в сучасних умовах не викликає сумніву. І пов'язано це, в першу чергу, з випадками використання органами державної влади наданих повноважень у сфері фінансової діяльності в популістських цілях, зокрема зак-

ріплення у законі про Держбюджет показників, яких реально досягти не можна. Але, безумовно, треба виходити, зокрема при розробці проекту закону про Держбюджет, з реалій сьогодення. Слід зауважити, що відповідно до ст. 7 Бюджетного кодексу України бюджетна система має створюватися на основі принципу обґрунтованості, який означає формування бюджету на реалістичних макропоказниках економічного і соціального розвитку держави та розрахунках надходжень і витрат бюджету. Їх формування здійснюється на основі затверджених методик та правил [3].

Отже сьогодні можна з упевненістю говорити про наявність достатніх підстав для виділення серед усієї сукупності нормативно-правових актів — джерел фінансового права фінансового закону, який спрямований на регулювання широкого кола відносин у сфері публічної фінансової діяльності, має верховенство стосовно інших нормативно-правових актів, приймається та набуває чинності за особливою процедурою, відбиває нормативне вираження інтересів держави у сфері публічних фінансів, поєднує гнучкість та стабільність фінансово-правового регулювання та містить чіткі, визначені, реалістичні й об'єктивні приписи. Визначаючи поняття та ознаки фінансового закону, необхідно враховувати сучасне його положення в системі джерел фінансового права, визнання за ним основної і найбільш досконалої форми об'єктивізації фінансово-правових норм, а також урахування його змістовних характеристик в межах обраного Україною курсу на формування правової держави.

Л і т е р а т у р а

1. Башняк О. С. Принципи оподаткування та їх реалізація у податковому законодавстві України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 / О. С. Башняк. — Х., 2004. — 184 с.
2. Білінський Д. О. Проблеми кодифікації податкового законодавства : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 / Д. О. Білінський. — Х., 2009. — 192 с.
3. Бюджетний кодекс України від 8 липня 2010 р. // *Голос України*. — 2010. — № 143.
4. Воронова Л. К. Фінансове право : підручник / Л. К. Воронова. — К. : Прецедент : Моя книга, 2006. — 448 с.
5. Гаврилюк Р. О. Фінансовий закон: проблеми теорії та практики / Р. О. Гаврилюк // *Право України*. — 2005. — № 7. — С. 40–41.
6. Козырин А. Н. Публичные финансы: взаимодействие государства и общества / А. Н. Козырин. — М. : Статут, 2002. — 37 с.
7. Конституции государств Европы. В 3 т. [Т. 3] / под общ. ред. Л. А. Окунькова. — М., 2001. — 792 с.
8. Конституции зарубежных государств : учеб. пособие / сост. В. В. Маклаков. — М. : Волтерс Клувер, 2003. — 624 с.
9. Конституції зарубіжних країн : навч. посіб. / авт.-упоряд.: В. О. Сergyгін, Ю. М. Коломоєць, О. В. Марцеляк [та ін.] ; за заг. ред. В. О. Сergyгіна. — Х. : ФІНН, 2009. — 664 с.
10. Конституція України // *Відомості Верховної Ради України*. — 1996. — № 30. — Ст. 141.

11. Концепция стабильности закона / отв. ред. В. П. Казимирчук. — М.: Проспект, 2000. — 176 с. — (Серия «Конфликт закона и общества»).
12. Кучерявенко Н. П. Курс налогового права. В 6 т. [Т. 2. Введение в теорию налогового права] / Н. П. Кучерявенко. — Х.: Легас, 2004. — 600 с.
13. Марченко М. Н. Источники права: учеб. пособие / М. Н. Марченко. — М.: ТК Велби: Проспект, 2005. — 760 с.
14. Налоги и налогообложение: учебник / Д. Г. Черник, Л. П. Павлова [и др.]. — М.: ИНФРА-М, 2001. — 415 с.
15. Орлюк О. П. Фінансове право: академічний курс: [підручник] / О. П. Орлюк. — К.: Юрінком Інтер, 2010. — 808 с.
16. Податковий кодекс України від 2 грудня 2010 р. // Голос України. — 2010. — № 229–230.
17. Про Кабінет Міністрів України: Закон України від 16 трав. 2008 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2008. — № 25. — Ст. 241.
18. Про Регламент Верховної Ради України: Закон України від 10 лют. 2010 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2010. — № 14–15, 16–17. — Ст. 133.
19. Публичные финансы государств АТР: бюджетное и налоговое регулирование / под ред. А. Н. Козырина. — М.: Ось-89, 1998. — 198 с.
20. Смит А. Исследование о природе и причинах богатства народов / А. Смит. — М.: Соцэкгиз, 1935. — 605 с.
21. Тихомиров Ю. А. Верховенство закона как условие экономической оптимальности // Эффективность законодательства в экономической сфере: науч.-практ. исслед. / отв. ред. Ю. А. Тихомиров. — М.: Волтерс Клувер, 2010. — С. 57–67.
22. Финансовое право: учебник / под ред. О. Н. Горбуновой. — М.: Юристь, 2000. — 400 с.
23. Фомина О. А. Закон в системе источников налогового права (на примере англосаксонской правовой системы): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.12 / О. А. Фомина. — М., 1996. — 211 с.

А н о т а ц і я

Дмитрик О. О. Фінансовий закон: поняття та ознаки. — Стаття.

Стаття присвячена розгляду ознак фінансового закону. До останніх віднесено спрямування на регулювання відносин у сфері публічної фінансової діяльності; верховенство; прийняття та набуття чинності за особливою процедурою; відбиття нормативного вираження інтересів держави у сфері публічних фінансів; поєднання гнучкості й стабільності; наявність у його змісті чітких, визначених, реалістичних норм щодо мобілізації, розподілу та використання коштів публічних фондів.

Ключові слова: джерела фінансового права, фінансовий закон, ознаки фінансового закону.

А н н о т а ц и я

Дмитрик О. А. Финансовый закон: понятие и признаки. — Статья.

Статья посвящена рассмотрению признаков финансового закона. К последним отнесены направленность на регулирование отношений в сфере публичной финансовой деятельности, верховенство, принятие и вступление в силу по особой процедуре, отражение нормативного выражения интересов государства в сфере публичных финансов, сочетание гибкости и стабильности, наличие в его содержании четких, определенных, реалистичных норм по поводу мобилизации, распределения и использования средств публичных фондов.

Ключевые слова: источники финансового права, финансовый закон, признаки финансового закона.

S u m m a r y

Dmytryk O. A. Financial law: the concept and characters. — Article.

The article is devoted characteristics of financial law. The latter making the regulation of relations in the sphere of public finance, the rule in relation to other regulations, adoption and entry into force by a special procedure, reflecting the normative expression of state interests in public finance, the combination of flexibility and stability, the presence of its content clear, defined, realistic standards for mobilization, allocation and use of public funds.

Keywords: sources of finance, financial law, signs of financial law.

УДК 347.73

*С. О. Ніщимна***ФІНАНСОВИЙ КОНТРОЛЬ ЯК СКЛАДОВА ФІНАНСОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ДЕРЖАВИ ТА МІСЦЕВИХ ОРГАНІВ ВЛАДИ**

Сучасний етап розвитку держави характеризується підвищенням ролі держави в системі управління економікою, посиленням боротьби з корупцією та правопорушеннями в економічній сфері. Тому об'єктивно зростають значення та роль фінансового контролю.

Фінансовий контроль є одним з найбільш важливих важелів управління фінансовою системою, оскільки економічна політика держави здійснюється за допомогою фінансово-кредитних інструментів. На сучасному етапі фінансовий контроль переживає значні зміни, що пов'язано з принципово новим характером товарно-грошових відносин, розвитком різних форм власності. Сьогодні відбувається процес розмежування повноважень між органами державної та місцевої влади, тому досить гостро стоїть питання визначення завдань та функцій різних контрольних органів представницької, виконавчої гілок влади та органів місцевого самоврядування.

Метою статті є з'ясування ролі фінансового контролю як складової фінансової діяльності держави та місцевих органів влади, окреслення основних функцій органів державної влади та місцевого самоврядування при його здійсненні.

Одним із головних напрямів діяльності органів державної влади є контроль за різними сферами суспільного життя. Будь-яка держава світу не може ефективно функціонувати, здійснювати притаманні їй функції та виконувати поставлені завдання, якщо вона не забезпечена фінансовими ресурсами.

Одним із засобів забезпечення ефективного використання фінансових ресурсів держави та місцевих органів влади є фінансовий контроль, завдяки якому забезпечується зворотний зв'язок між запланованими та досягнутими результатами. Е. О. Вознесенський наголошував на взаємообумовленості фінансового контролю та фінансової діяльності [18, с. 43].

Контроль держави та муніципальних утворень в галузі фінансів, фінансових відносин отримав у науці фінансового права назву «фінансовий контроль». Наявність фінансового контролю обумовлена необхідністю практичної реалізації функцій фінансів: розподільчої, регулюючої та контрольної [22, с. 135].

Фінансовий контроль є результатом дії економічних законів, тобто необхідністю здійснювати нагляд за суспільним виробництвом і розподілом продуктів, раціональним використанням трудових, матеріальних, грошових ресурсів. Він скерований на забезпечення розвитку суспільного та приватного виробництва, охоплює виробничу і невиробничу сфери, втілюється завдяки діяльності державних органів [20, с. 81] і місцевих органів влади.

Фінансовому контролю відведена особлива, координуюча роль, яка охоплює комплекс тих суспільних відносин, що виникають у сфері фінансової діяльності держави та місцевих органів влади, тобто у процесі формування, цільового розподілу та ефективного використання певних фондів коштів.

Фінансовий контроль будучи однією із завершальних стадій управління фінансами, невід'ємною складовою фінансової діяльності держави, місцевих органів влади та необхідною умовою ефективності управління фінансовими відносинами може розглядатися в декількох аспектах:

- як контрольна функція фінансів;
- як один з видів державного контролю;
- як діяльність різних контролюючих органів та система їх нагляду;
- як функція системи управління фінансовими відносинами;
- як сукупність заходів, які проводяться контролюючими органами.

Складність розуміння фінансового контролю зумовлена складністю самих фінансів. Існування фінансового контролю об'єктивно зумовлено наявністю контрольної функції, яка притаманна фінансам. Як інструмент формування та використання грошових доходів і фондів, вони об'єктивно відображають хід розподільчого процесу. Ця функція проявляється у контролі за розподіленням валового внутрішнього продукту по відповідних фондах і витрачанням їх за цільовим призначенням.

Фінанси є основою суспільної діяльності в будь-якій сфері, відображають її матеріальну результативність, а фінансовий контроль відображає процес руху фінансових ресурсів, починаючи зі стадії їх формування, що необхідно для початку здійснення діяльності в будь-якій сфері публічного життя, і завершуючи одержанням фінансових результатів цієї діяльності.

Контрольна функція фінансів проявляється через багатогранну діяльність державних органів та органів місцевого самоврядування. Фінансовий контроль охоплює своїм впливом суспільні відносини, що виникають у сфері фінансової діяльності, тобто у процесі сформування, розподілу та використання коштів [23, с. 38].

Контрольна функція фінансів є властивістю самих фінансів і виступає базисом фінансово-контрольних правовідносин, а фінансовий контроль є діяльністю відповідних органів і організацій, що його здійснюють [19, с. 80].

Сутність фінансового контролю полягає в тому, що суб'єкт управління фінансами здійснює перевірку того, як об'єкт, що управляється (державний або місцевий орган, бюджетна організація, підприємство будь-якої форми власності), дотримується законодавства.

Значення фінансового контролю проявляється у перевірці: по-перше, дотримання встановленого правопорядку в процесі фінансової діяльності органами державної та місцевої влади, підприємствами, установами, організаціями, громадянами та, по-друге, економічної обумовленості та ефективності дій, що здійснюються, відповідності їх завданням держави та місцевого самоврядування. Таким чином, він є важливим способом забезпечення законності та доцільності сучасної фінансової діяльності.

Фінансовий контроль покликаний забезпечувати законність і *фінансову дисципліну*, під якою розуміють сукупність вимог, установлених законодавством щодо функціонування фінансового механізму держави і обов'язок дотримуватися їх усіма учасниками фінансових правовідносин [20, с. 82].

Отже, *фінансовий контроль* — це регламентована правовими нормами діяльність державних, місцевих та інших публічних органів за фінансовою діяльністю всіх суб'єктів господарювання з перевірки своєчасності й точності планування, обґрунтованості і повноти надходження коштів у відповідні фонди, правильності та ефективності їх використання [20, с. 82].

Фінансовий контроль можна розглядати у двох аспектах:

1) як суворо регламентовану діяльність спеціальних контролюючих органів за дотриманням фінансового законодавства та фінансової дисципліни всіх суб'єктів господарювання;

2) як невід'ємний елемент управління фінансами та грошовими потоками для забезпечення доцільності та ефективності фінансових операцій [25].

Фінансовий контроль здійснюють органи загальної та спеціальної компетенції: органи держави, місцеві органи влади та система уповноважених органів.

Суб'єкти фінансового контролю поділяють на дві групи: контролюючі органи та підконтрольні суб'єкти. Контролюючі органи здійснюють свою діяльність, виступаючи від імені держави або місцевих органів влади, тобто здійснюють публічний інтерес та мають владні повноваження. Їх компетенція та завдання контролю чітко визначені законодавством.

Об'єктом фінансового контролю є фінансова діяльність підконтрольного суб'єкта щодо доцільності, ефективності та цільового використання коштів, матеріальних засобів, правильності ведення документації, дотримання законності тощо.

Дискусійним на сьогоднішній день залишається питання про належність фінансового контролю до Загальної або Особливої частини фінансового права. Як зазначає Е. Д. Соколова, норми, що регулюють бюджетний, податковий та інші види контролю, мають бути виділені з відповідних структурних підрозділів Особливої частини та об'єднані в єдину структуру з нормами Загальної частини, що регулюють фінансовий контроль, і зайняти відповідне місце в Особливій частині курсів фінансового права [22, с. 154]. Інші дослідники пропонують або поділити зміст фінансового контролю між цими частинами [21, с. 127], або взагалі перенести інститут фінансового контролю до Особливої частини, оскільки він є постійно працюючим у державі механізмом фінансово-правового регулювання [17, с. 106; 20, с. 81].

Органами фінансового контролю (контролюючими органами) є органи, до компетенції яких входять контрольні функції та органи, спеціально створювані для здійснення контрольних функцій щодо підконтрольних суб'єктів з метою перевірки стану дотримання ними фінансового законодавства.

Усі органи фінансового контролю в Україні можна класифікувати: за компетенцією:

— *загальної компетенції* — органи, фінансовий контроль для яких є лише частиною повноважень, тобто не є основним напрямом діяльності;

— *спеціальної компетенції* — органи, спеціально створені для здійснення фінансового контролю;

за рівнем:

— *загальнодержавні* — розповсюджують свої повноваження на всю територію держави;

— *місцеві* — мають фінансово-контрольні повноваження в окремих адміністративно-територіальних одиницях тощо.

Повноваження **Верховної Ради України** в галузі фінансового контролю базуються на нормах Конституції України, Бюджетного кодексу України та Податкового кодексу України.

Згідно ст. 85 *Конституції України* до основних повноважень Верховної Ради України у галузі фінансового контролю належать:

— прийняття законів;

— затвердження Державного бюджету України та внесення змін до нього; контроль за виконанням Державного бюджету України, прийняття рішення щодо звіту про його виконання;

— затвердження рішень про надання Україною позик і економічної допомоги іноземним державам та міжнародним організаціям, а також про одержання Україною від іноземних держав, банків і міжнародних фінансових організацій позик, не передбачених Державним бюджетом України, здійснення контролю за їх використанням;

— призначення на посаду та звільнення з посади Голови Національного банку України за поданням Президента України;

— призначення та звільнення половини складу Ради Національного банку України;

— здійснення парламентського контролю.

Стаття 109 *Бюджетного кодексу України* визначає повноваження Верховної Ради України з контролю за дотриманням бюджетного законодавства:

— визначення бюджетної політики на наступний бюджетний період;

— розгляд проекту та прийняття закону про Державний бюджет України;

— внесення змін до закону про Державний бюджет України;

— виконання закону про Державний бюджет України, у тому числі шляхом заслуховування звітів про виконання Державного бюджету України (включаючи звіти головних розпорядників коштів державного бюджету про використання ними бюджетних коштів та результати виконання відповідних бюджетних програм);

— розгляд річного звіту про виконання закону про Державний бюджет України;

— використання кредитів (позик), що залучаються державою від іноземних держав, банків і міжнародних фінансових організацій.

Згідно ст. 12 Податкового кодексу України Верховна Рада України встановлює на території України загальнодержавні податки та збори і визначає:

— перелік загальнодержавних податків та зборів;

— перелік місцевих податків та зборів, установлення яких належить до компетенції сільських, селищних та міських рад;

— елементи податку та пільги щодо загальнодержавних податків і зборів;

— елементи податку та пільги щодо місцевих податків та зборів.

Повноваження **Президента України** визначаються Конституцією України (ст. 106):

— призначає половину складу Ради Національного банку України;

— утворює, реорганізовує та ліквідує за поданням Прем'єр-міністра України міністерства та інші центральні органи виконавчої влади;

— скасовує акти Кабінету Міністрів України та акти Ради міністрів Автономної Республіки Крим;

— очолює Раду національної безпеки і оборони України;

— підписує закони, прийняті Верховною Радою України;

— має право вето щодо прийнятих Верховною Радою України законів із наступним поверненням їх на повторний розгляд Верховної Ради України.

Кабінет Міністрів України згідно Конституції України та Закону України «Про Кабінет Міністрів України» [9]:

— забезпечує проведення фінансової, цінової, інвестиційної та податкової політики; політики у сферах праці й зайнятості населення, соціального захисту, освіти, науки і культури, охорони природи, екологічної безпеки і природокористування;

— розробляє і здійснює загальнодержавні програми економічного, науково-технічного, соціального і культурного розвитку України;

— розробляє проект закону про Державний бюджет України і забезпечує виконання затвердженого Верховною Радою України Державного бюджету України, подає Верховній Раді України звіт про його виконання.

Фінансовий контроль *на місцях* забезпечують Верховна Рада Автономної Республіки Крим, Рада Міністрів Автономної Республіки Крим та інші місцеві органи влади.

Конституцією України до фінансово-економічної компетенції **Автономної Республіки Крим** віднесено управління майном, що належить АРК; розроблення, затвердження та виконання бюджету Автономної Республіки Крим на основі єдиної податкової і бюджетної політики України.

Згідно ст. 119 Конституції України **місцеві державні адміністрації** на відповідній території забезпечують:

— виконання Конституції та законів України, актів Президента України, Кабінету Міністрів України, інших органів виконавчої влади;

— виконання державних і регіональних програм соціально-економічного та культурного розвитку, програм охорони довкілля, а в місцях компактного проживання корінних народів і національних меншин — також програм їх національно-культурного розвитку;

— підготовку та виконання відповідних обласних і районних бюджетів;

— звіт про виконання відповідних бюджетів та програм;

— взаємодію з органами місцевого самоврядування;

— реалізацію інших наданих державою, а також делегованих відповідними радами повноважень.

Територіальні громади села, селища, міста безпосередньо або через утворені ними *органи місцевого самоврядування* управляють майном, що є в комунальній власності; затверджують програми соціально-економічного та культурного розвитку і контролюють їх виконання; затверджують бюджети відповідних адміністративно-територіальних одиниць і контролюють їх виконання; встановлюють місцеві податки і збори відповідно до закону тощо [1].

Законом України «Про місцеве самоврядування в Україні» [7] визначені такі повноваження *сільських, селищних, міських рад* у галузі бюджету, фінансів і цін:

— затвердження місцевого бюджету, внесення змін до нього;

— затвердження звіту про виконання відповідного бюджету;

— встановлення місцевих податків і зборів;

— утворення цільових фондів, затвердження положень про ці фонди;

— прийняття рішень щодо здійснення місцевих запозичень;

— прийняття рішень щодо передачі коштів з відповідного місцевого бюджету;

— прийняття рішень щодо надання пільг по місцевих податках і зборах;

— встановлення для підприємств, установ та організацій, що належать до комунальної власності відповідних територіальних громад, розміру частки прибутку, яка підлягає зарахуванню до місцевого бюджету;

— здійснення в установленому порядку фінансування видатків з місцевого бюджету;

— здійснення відповідно до закону контролю за дотриманням цін і тарифів;

— сприяння здійсненню інвестиційної діяльності на відповідній території тощо.

Рахункова палата здійснює контроль за використанням коштів Державного бюджету України від імені Верховної Ради України [1].

Законом України «Про Рахункову палату» [6] визначні основні її функції та повноваження, які забезпечують виконання таких завдань:

— організація і здійснення контролю за своєчасним виконанням видаткової частини Державного бюджету України, витрачанням бюджетних коштів, у тому числі коштів загальнодержавних цільових фондів, за обсягами, структурою та їх цільовим призначенням;

— здійснення контролю за утворенням і погашенням внутрішнього і зовнішнього боргу України, визначення ефективності та доцільності видатків державних коштів, валютних та кредитно-фінансових ресурсів;

— контроль за дотриманням законності щодо надання Україною позик і економічної допомоги іноземним державам, міжнародним організаціям, передбачених у Державному бюджеті України;

— контроль за законністю та своєчасністю руху коштів Державного бюджету України та коштів позабюджетних фондів в установах Національного банку України та уповноважених банках;

— аналіз встановлених відхилень від показників Державного бюджету України та підготовка пропозицій про їх усунення, а також про удосконалення бюджетного процесу в цілому;

— регулярне інформування Верховної Ради України, її комітетів про хід виконання Державного бюджету України та стан погашення внутрішнього і зовнішнього боргу України, про результати здійснення інших контрольних функцій тощо.

Бюджетним кодексом України визначені повноваження Рахункової палати з контролю у бюджетному процесі:

— здійснення контролю за використанням коштів Державного бюджету України, в тому числі на обслуговування і погашення державного боргу;

— подання Верховній Раді України висновків та пропозицій щодо стану використання коштів Державного бюджету України за підсумками кожного кварталу [2].

Міністерство фінансів України буде свою діяльність на підставі Бюджетного кодексу України та Положення про Міністерство фінансів України [10].

Міністерство фінансів України є головним органом у системі центральних органів виконавчої влади з формування та забезпечення реалізації державної фінансової, бюджетної, податкової, митної політики, політики у сфері державного фінансового контролю, казначейського обслуговування бюджетних коштів, бухгалтерського обліку, випуску і проведення лотерей, організації та контролю за виготовленням цінних паперів, документів суворой звітності, видобутку, виробництва, використання та зберігання дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння, дорогоцінного каміння органічного утворення та напівдорогоцінного каміння, їх обігу та обліку, у сфері запобігання і протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансування тероризму.

Державна казначейська служба України (Казначейство України) діє на підставі Положення про Державну казначейську службу України [11] та є центральним органом виконавчої влади, діяльність якого спрямовується і координується Кабінетом Міністрів України через Міністра фінансів України.

Казначейство України утворюється для реалізації державної політики у сфері казначейського обслуговування бюджетних коштів, є учасником системи електронних платежів Національного банку України.

Державна фінансова інспекція України (Держфінінспекція України) є центральним органом виконавчої влади, діяльність якого спрямовується і координується Кабінетом Міністрів України через Міністра фінансів України, входить до системи органів виконавчої влади і забезпечує реалізацію державної політики у сфері державного фінансового контролю, а також внесення пропозицій щодо її формування [12].

Державна податкова служба України (ДПС України) здійснює діяльність на підставі Закону України «Про Державну податкову службу в Україні» [4] та «Положення про Державну податкову службу України» [13]. ДПС України є центральним органом виконавчої влади, діяльність якого спрямовується і координується Кабінетом Міністрів України через Міністра фінансів України, входить до системи органів виконавчої влади і забезпечує реалізацію єдиної державної податкової політики, а також державної політики у сфері контролю за виробництвом та обігом спирту, алкогольних напоїв і тютюнових виробів, здійснює міжгалузеву координацію у цій сфері.

Державна пробірна служба України (Пробірна служба України) входить до системи органів виконавчої влади та утворюється для реалізації державної політики у сфері державного пробірного контролю [14].

Пробірна служба України відповідно до покладених на неї завдань здійснює державний пробірний контроль за якістю дорогоцінних металів, дорогоцінного каміння та дорогоцінного каміння органічного утворення, напівдорогоцінного каміння (далі — дорогоцінне каміння), виробів з них та матеріалів, що їх містять, проводить у межах своїх

повноважень перевірки додержання вимог законодавства при виконанні операцій, здійсненні обігу та обліку зазначених цінностей.

Державна митна служба України (Держмитслужба України) входить до системи органів виконавчої влади та утворюється для реалізації державної політики у сфері державної митної справи [15].

Держмитслужба України відповідно до покладених на неї завдань організовує та забезпечує здійснення регіональними митницями, митницями контролю за дотриманням суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності та громадянами встановленого законом порядку переміщення товарів, транспортних засобів через митний кордон України, застосування відповідно до закону заходів тарифного та нетарифного регулювання при переміщенні товарів через митний кордон України, у тому числі й після завершення операцій митного контролю та митного оформлення.

Національний банк України відповідно до Конституції України забезпечує стабільність грошової одиниці України; проводить грошово-кредитну політику; монопольно здійснює емісію національної валюти України та організує її обіг тощо [8].

Державна комісія з регулювання ринків фінансових послуг (Держфінпослуг) є спеціально уповноваженим органом виконавчої влади у сфері регулювання ринків фінансових послуг та бере участь у формуванні та реалізації державної політики у сфері надання фінансових послуг; розробленні і реалізації стратегії розвитку ринків фінансових послуг та вирішенні системних питань їх функціонування; сприяння інтеграції ринків фінансових послуг в європейський та світовий ринки фінансових послуг тощо [16].

Наведений перелік органів, які мають повноваження у сфері державного фінансового контролю, не є вичерпним.

Особливої уваги заслуговує аудит — професійний незалежний фінансовий контроль, правові засади здійснення якого закладені у Законі України «Про аудиторську діяльність» [5].

Аудиторська палата України функціонує як незалежний орган, формується на паритетних засадах шляхом делегування до її складу десяти висококваліфікованих аудиторів з безперервним стажем аудиторської діяльності не менше п'яти років, представників фахових навчальних закладів та наукових організацій аудиторів та десяти представників державних органів, по одному від Міністерства фінансів України, Міністерства юстиції України, Міністерства економіки України, Державної податкової служби України, Національного банку України, Державної служби статистики України, Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку, Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг, Рахункової палати та Державної фінансової інспекції.

Аудиторська діяльність — підприємницька діяльність, яка включає в себе організаційне і методичне забезпечення аудиту, практичне виконання аудиторських перевірок (аудит) та надання інших аудиторських послуг.

Аудит може проводитися з ініціативи суб'єктів господарювання (добровільний аудит) або у випадках, передбачених законом (обов'язковий аудит).

Висновки. Таким чином, фінансовий контроль можна визначити як:

— різновид фінансової діяльності держави, що здійснюється усією системою органів державної влади та управління, а також спеціальними контрольними органами, та дій, що полягають у перевірці законності та доцільності;

— дії в галузі освіти, розподілу та виконання грошових фондів держави, суб'єктів господарювання та управління із застосуванням специфічних форм та методів його організації та впливу [24].

Л і т е р а т у р а

1. Конституція України. Прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28.06.1996 р. Ст. 98 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/>
2. Бюджетний кодекс України від 08.07.2010 р. № 2456-VI. Ст. 110 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/>
3. Податковий кодекс України від 02.12.2010 р. № 2755-VI [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/>
4. Про державну податкову службу в Україні: Закон України від 04.12.1990 р. № 509-XII [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/>
5. Закон України «Про аудиторську діяльність» від 22.04.1993 р. № 3125-XII [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/>
6. Закон України «Про Рахункову палату» від 11.07.1996 р. № 315/96-ВР [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/>
7. Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні» від 21.05.1997 р. № 280/97-ВР. Ст. 26–28 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/>
8. Закон України «Про Національний банк України» від 20.05.1999 р. № 679-XIV [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/>
9. Закон України «Про Кабінет Міністрів України» від 07.10.2010 р. № 2591-VI [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/>
10. Указ Президента України «Про Положення про Міністерство фінансів України» від 08.04.2011 р. № 446/2011 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/>
11. Указ Президент України «Про Положення про Державну казначейську службу України» від 13.04.2011 р. № 460/2011 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/>
12. Указ Президента України «Про Положення про Державну фінансову інспекцію України» від 23.04.2011 р. № 499/2011 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/>
13. Указ Президента України «Про Положення про Державну податкову службу України» від 12.05.2011 р. № 584/2011 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/>
14. Указ Президента України «Про Положення про Державну пробірну службу України» від 13.04.2011 р. № 461/2011 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/>
15. Указ Президента України «Про Положення про Державну митну службу України» від 12.05.2011 р. № 582/2011 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/>

16. Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Положення про Державну комісію з регулювання ринків фінансових послуг України» від 03.02.2010 р. № 157 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/>
17. Бельский К. С. Оригинальный взгляд на предмет финансового права / К. С. Бельский // Государство и право. — 2005. — № 4. — С. 107–116.
18. Вознесенский Э. А. Финансовый контроль в СССР / Э. А. Вознесенский. — М. : Юрид. лит., 1973.
19. Воронова Л. К. Фінансове право : навч. посіб. / Л. К. Воронова. — К., 1998.
20. Воронова Л. К. Фінансове право України : підручник / Л. К. Воронова. — К. : Прецедент : Моя книга, 2006.
21. Грачева Е. Ю. Финансовый контроль / Е. Ю. Грачева, Г. П. Толстопятенко, Е. А. Рыжкова. — М., 2004.
22. Соколова Э. Д. Правовое регулирование финансовой деятельности государства и муниципальных образований / Э. Д. Соколова. — М. : Юриспруденция, 2009.
23. Финансовое право : учебник / под ред. Е. Ю. Грачевой, Г. П. Толстопятенко. — М., 2004.
24. Финансовое право : учеб. пособие для вузов / под ред. М. М. Рассолова. — М. : ЮНИТИ-ДАНА : Закон и право, 2001.
25. Эриашвили Н. Д. Финансовое право / Н. Д. Эриашвили. — М. : Закон и право, 2000.

А н о т а ц і я

Ницимна С. О. Фінансовий контроль як складова фінансової діяльності держави та місцевих органів влади. — Стаття.

Стаття присвячена розгляду фінансового контролю як складової фінансової діяльності держави та місцевих органів влади. Окреслюються система та основні повноваження органів, що здійснюють фінансовий контроль в Україні.

Ключові слова: фінансові ресурси, фінансовий контроль, фінансова діяльність держави та місцевих органів влади.

А н н о т а ц и я

Nishchimna S. A. Financial control as a component of financial activity of the state and local authorities. — Article.

The article characterizes financial control as a component of financial activity of the state and local governments, defines system and the main powers of bodies which carry out financial control in Ukraine.

Key words: financial resources, financial control, financial activities of the state and local governments.

S u m m a r y

Nishchimna S. A. Financial control as a component of financial activity of the state and local authorities. — Article.

Annotation. The article characterizes financial control as a component of financial activity of the state and local governments, defines system and the main powers of bodies which carry out financial control in Ukraine.

Keywords: financial resources, financial control, financial activities of the state and local governments.

УДК 347.73:336:347.51

Н. Ю. Онищук

ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ СУБ'ЄКТІВ ФІНАНСОВИХ ПРАВОВОВІДНОСИН

Одним з найбільш проблемних і гострих питань фінансово-правового регулювання на сучасному етапі є відповідальність за порушення фінансового законодавства. Проблема відповідальності за порушення фінансового законодавства викликає особливий інтерес в умовах інтенсивного розвитку системи фінансового права та законодавства, що закріплює підстави відповідальності, санкції за порушення норм і визначає процесуальний порядок застосування норм. При цьому як в теоретичному, так і в практичному плані особливу значимість набуває вирішення питання про природу фінансово-правової відповідальності з урахуванням системи фінансово-правової галузі, співвідношення інститутів відповідальності на рівні окремих її структурних елементів [1, с. 112].

На сьогодні вчені ще не дійшли єдиної думки про «статус» фінансово-правової відповідальності в системі юридичної відповідальності. Однією з основних причин дискусійності проблеми фінансово-правової відповідальності є певна новизна цього інституту, а також ще не цілком досягнута ясність співвідношення понять і категорій загальної теорії юридичної відповідальності і теорії відповідальності галузевих юридичних наук. Така неясність пов'язана із низкою чинників.

Недостатня розробленість методологічних проблем відповідальності у фінансово-правовому регулюванні призводить до того, що нерідко робляться поверхневі висновки про існування самостійної фінансово-правової відповідальності або про її відсутність без перевірки дійсної сфери їх застосування. Так, одна група вчених визначає фінансово-правову відповідальність як самостійний вид юридичної відповідальності, яка має свої особливості, виділяючи податкову і бюджетну відповідальності як її підвиди [2; 3, с. 4; 4, с. 748; 5]; друга — повністю заперечує існування цього виду відповідальності і визнає її окремим випадком адміністратив-

ної відповідальності [6; 7, с. 62; 8]; третя — визнає податкову та бюджетну відповідальність самостійними видами юридичної відповідальності [9]. Неоднозначність поглядів підсилюється також розбіжностями у термінології, що вживається («фінансова відповідальність», «відповідальність за порушення фінансового законодавства» і т.д.), а також використанням як правовою доктриною, так і законодавством понять «податкова відповідальність», «відповідальність за порушення податкового законодавства», «фінансова відповідальність за податкові правопорушення», «бюджетна відповідальність», «відповідальність за порушення бюджетного законодавства» без чіткого визначення їх змісту і місця в системі юридичної відповідальності.

Загальновизнаним є поділ юридичної відповідальності на чотири види: цивільно-правову, кримінальну, адміністративну та дисциплінарну. Відповідно до п. 22 ч. 1 ст. 92 Конституції України [10] виключно законами України визначаються засади цивільно-правової відповідальності; діяння, які є злочинами, адміністративними або дисциплінарними правопорушеннями, та відповідальність за них. Конституційний Суд України, надавши офіційне тлумачення зазначеної норми Конституції України у своєму рішенні № 7-рп/2001 від 30 травня 2001 р., на підставі системного аналізу конституційних положень дійшов висновку, що за своїм змістом п. 22 ч. 1 ст. 92 Конституції України спрямований не на встановлення переліку видів юридичної відповідальності. Ним визначено, що виключно законами України мають регулюватися засади цивільно-правової відповідальності (загальні підстави, умови, форми відповідальності тощо), підстави кримінальної, адміністративної та дисциплінарної відповідальності — діяння, які є злочинами, адміністративними або дисциплінарними правопорушеннями (основні ознаки правопорушень, що утворюють їх склад), і відповідальність за них. У такий спосіб Конституція України заборонила регулювати зазначені питання підзаконними нормативно-правовими актами та встановила, що виключно Верховна Рада України у відповідному законі має право визначати, яке правопорушення визначається, зокрема, адміністративним правопорушенням або злочином, і міру відповідальності за нього [11].

Для того, щоб провести чітку класифікацію юридичної відповідальності, необхідно визначитися з критерієм, що лежатиме в її основі, наявність якого надасть можливість говорити про самостійність певного виду відповідальності. Як стверджують Р. Л. Хачатуров і Д. А. Липинський, самостійність фінансової відповідальності підкреслюють наступні критерії: 1) самостійність галузі права, 2) специфіка регульованих суспільних відносин; 3) самостійність і специфіка фінансового правопорушення; 4) відмінні риси заходів фінансової відповідальності і особливий порядок їх застосування; 5) склад суб'єктів, наділених правом застосовувати заходи відповідальності [4]. З таким підходом важко беззастережно погодитися. Зазначимо, що наукова та практична цінність класифікації залежить від обґрунтованості вибору її критеріїв.

Використання навіть як одного з декількох критеріїв виділення самостійного виду фінансово-правової відповідальності самостійності галузі права є необґрунтованим. Противники самостійності так званих «валютної», «бюджетної», «банківської», «податкової» відповідальності стверджують, що відповідальність у сфері бюджетних, валютних, податкових, банківських відносин — не самостійні види юридичної відповідальності, а різновиди фінансової. Фінансову відповідальність у числі інших видів юридичної відповідальності, на їхню думку, дозволяє виділити передусім коло регульованих відносин і самостійність галузі фінансового права. Як фінансове право має свій предмет регулювання, так і фінансова відповідальність володіє предметом правового регулювання [4, с. 748].

Слід погодитися з думкою О. Е. Лейста, що такий розподіл не буде збігатися з галузевою структурою права вже з тієї причини, що видів відповідальності менше, ніж галузей права, причому за порушення норм права різних галузей може застосовуватися відповідальність одного і того ж виду [12, с. 128]. Більше того, використання саме такого критерію при аналізі природи фінансово-правової відповідальності навряд чи дасть однозначну відповідь на питання про її цілісність та самостійність. Виходити доводиться із сучасних правових реалій, форма яких визначається системою фінансового законодавства, а зміст — системою фінансового права.

Якщо зупинитися на такому критерії як специфіка регульованих суспільних відносин, то тут необхідно зробити кілька зауважень. По-перше, фінансовим правом регулюються суспільні відносини, пов'язані з рухом публічних грошових коштів, що і складають його предмет. По-друге, говорити про те, що відповідальність регулює, можна лише із попереднім застереженням, що мова йде про певний правовий інститут як сукупність правових норм.

Що стосується такого критерію як самостійність і специфіка фінансового правопорушення, тут необхідно зупинитися на наступному. Єдиною підставою притягнення до відповідальності будь-якого виду є наявність складу правопорушення. У даному випадку ми не спростовуємо позицію прихильників загальнотеоретичного поділу юридичної відповідальності на позитивну і ретроспективну [4, с. 130—197], проте наполягаємо на винятково ретроспективному характері фінансової відповідальності, яка реалізується в рамках охоронних правовідносин.

В. В. Мальцев, розвиваючи критику Н. С. Кузнецової і Р. Й. Халфиної про змішування понять і подвоєння термінології, вказує, що «якщо з загальнотеоретичних позицій (теорія права — наука, що має все-таки більш опосередкований зв'язок із законодавством, ніж теорія кримінального права), напевно, можна дослідити, наприклад, склад правомірної поведінки і визначити місце в цьому складі соціальної відповідальності особистості, то з позицій кримінально-правової теорії міркування на подібні теми чреваті підривом єдиної підстави кримінальної відповідальності. Справді, може бути, підставою притягнення до кримінальної

відповідальності варто вважати відсутність в діянні особи складу правомірної поведінки?» [13]. У публічному фінансово-правовому регулюванні вести мову про відповідальність як міру державного примусу можна тільки з позицій визначеної законом підстави — складу правопорушення.

Якщо за основу класифікації брати вид правопорушення [14, с. 287], то для констатації самостійного статусу фінансово-правової відповідальності необхідно легальне закріплення дефініції фінансового правопорушення, яке на сьогодні відсутнє в українському законодавстві і практично не має перспектив своєї появи. Система фінансового законодавства розвивається шляхом кодифікації податкового та бюджетного законодавства. У теорії говорять про «перспективи» прийняття єдиного фінансового нормативно-правового акта (будь то закон або кодекс). Але в такому випадку ми стикаємося з проблемою виділення на доктринальному рівні загальної частини фінансового права, і в її складі інституту фінансової відповідальності, і питанням про доцільність її законодавчого оформлення.

У літературі зустрічаються твердження про фінансове правопорушення, що становить фактичну підставу для застосування фінансово-правової відповідальності, як окремий вид правопорушення [15, с. 184; 16, с. 3; 2, с. 41]. Виділяють навіть окремі його особливості: посягає на встановлений державою порядок здійснення фінансової діяльності; спрямоване в усі її сфери (бюджетну, податкову, банківську, митну, валютну); зумовлює застосування передбачених фінансовим законодавством санкцій. У той же час самі автори зазначають про існування бюджетних та податкових правопорушень [2].

Безумовно, такі доктринальні дослідження та висновки мають певну, в першу чергу теоретичну, цінність. Проте наведене обґрунтування не містить достатніх аргументів для виділення фінансового правопорушення як самостійного виду правопорушення, за вчинення якого настає самостійний вид юридичної відповідальності — фінансово-правова. Деталізація фінансового законодавства та диференціація санкцій, передбачених за правопорушення у різних сферах фінансової діяльності, не тільки не дають достатніх підстав для твердження про самостійність фінансової відповідальності, а свідчать навіть про можливість його заперечення. Навряд чи можна погодитися із думкою, що самостійність фінансово-правової відповідальності підкреслює специфічні особливості фінансового правопорушення, яке носить збиральний характер та об'єднує бюджетні, податкові, валютні та банківські правопорушення [4, с. 749, 750].

Виникнення, розвиток, здійснення, завершення юридичної відповідальності тотожні динаміці правових відносин, які виникають, розвиваються, припиняються тільки і виключно на основі точних вказівок нормативних актів. І на практиці, і в теорії підхід до відповідальності повинен бути заснованим на букві закону [12, с. 171, 172]. Відповідно до підп. 4.1.3 п. 4.1 ст. 4 Податкового кодексу України, основним принци-

пом податкового законодавства виступає принцип невідворотності настання визначеної законом відповідальності у разі порушення податкового законодавства. У той час, як Бюджетний кодекс України взагалі не використовує конструкцію «фінансова відповідальність» (розділ IV Бюджетного кодексу України називається «Контроль за дотриманням бюджетного законодавства та відповідальність за порушення бюджетного законодавства»), Податковий кодекс України активно оперує цим поняттям.

Стаття 111 Податкового кодексу України визначає види відповідальності за порушення законів з питань оподаткування та іншого законодавства, контроль за дотриманням якого покладено на контролюючі органи. Згідно з цією статтею за порушення законів з питань оподаткування та іншого законодавства, контроль за дотриманням якого покладено на контролюючі органи, застосовуються такі види відповідальності: 1) фінансова, 2) адміністративна; 3) кримінальна. Фінансова відповідальність за порушення законів з питань оподаткування та іншого законодавства встановлюється Податковим кодексом України та іншими законами. Фінансова відповідальність застосовується у вигляді штрафних (фінансових) санкцій (штрафів) та / або пені.

Наведена норма, безумовно, викликає низку питань щодо її змісту та доцільності. Перш за все незрозуміло, навіщо приводити в Податковому кодексі перелік видів відповідальності за порушення законів з питань оподаткування, якщо формально ним регулюється лише перший вид (фінансова), адміністративна і кримінальна відповідальність встановлюються системами адміністративного та кримінального законодавства (Кодексом України про адміністративні правопорушення, Кримінальним кодексом України). Така норма нагадує відтворення сторінок підручника, і ніяк не звеличує рівень законодавчої техніки.

Податковий кодекс Російської Федерації містить розділ «Податкові правопорушення та відповідальність за їх вчинення», яким закріплюється вичерпний перелік податкових правопорушень та відповідальність за їх вчинення. «Залучення організації до відповідальності за вчинення податкового правопорушення не звільняє її посадових осіб при наявності відповідних підстав від адміністративної, кримінальної та іншої відповідальності, визначеної Законами Російської Федерації» [17, ч. 4 ст. 108]. Принцип неможливості притягнення до одного виду відповідальності за одне й те саме правопорушення двічі закріплений і на рівні Основного закону України [10].

До прийняття Податкового кодексу України механізм реалізації відповідальності за порушення податкового законодавства був закріплений у низці нормативних актів, основним серед яких був Закон України «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами» [18]. У свою чергу Кодекс України про адміністративні правопорушення містив низку складів адміністративних правопорушень [19, ст. ст. 163-1, 163-2, 163-4, 164-1]: пору-

шення порядку ведення податкового обліку, подання декларації про доходи; неподання або несвоєчасне подання платіжних доручень на перерахування належних до сплати податків і зборів (обов'язкових платежів).

Окрім наявності самостійних законодавчих дефініцій та переліків конкретних складів податкових та бюджетних правопорушень чинником, що підкреслює відокремленість та своєрідність податкової та бюджетної відповідальності, є особливості суб'єктного складу таких правопорушень. Податкове правопорушення має специфічний суб'єктний склад — це платники податків (фізичні та юридичні особи), їх представники і податкові агенти. Згідно з чинним законодавством юридичні особи не є суб'єктами адміністративних правопорушень. Якщо звернутися до генезису інституту адміністративної відповідальності, то побачимо, що певний період у правовій науці та законодавстві суб'єктами адміністративного проступку визнавалися як фізичні, так і юридичні особи. Сьогодні вносяться пропозиції щодо визначення основних засад та механізму залучення юридичних осіб до адміністративної відповідальності, як це фактично зроблено в Кодексі Російської Федерації про адміністративні правопорушення [20]. Так само свою специфіку має і суб'єктний склад бюджетного правопорушення. Суб'єктами бюджетних правопорушень є учасники бюджетного процесу.

Класифікацію видів відповідальності можна проводити в залежності від особливостей санкції [12, с. 128–130]. З одного боку, характер фінансових санкцій має суттєві особливості, порівняно з санкціями за порушення кримінального та адміністративного законодавства. Однак, з іншого боку — фінансова відповідальність повинна охоплювати наслідки всіх порушень фінансового законодавства (яке, крім податкового, включає також і бюджетне, валютне і т.д.). У такому векторі фінансову відповідальність можна розглядати як певну теоретичну родову конструкцію, яка має свої діючі видові прояви — податкову і бюджетну, в першу чергу.

Законодавче визначення санкцій та їх невідворотне застосування — не єдиний, але важливий спосіб боротьби з правопорушеннями. Успішність цієї боротьби багато в чому залежить від того, наскільки зміст санкцій (передбачені ними заходи примусу) відповідають загальному завданню і конкретним способам охорони правопорядку. Ефективність охорони правопорядку вимагає узгодження змісту санкцій із якостями правопорушень, за які вони повинні застосовуватися, вираження в санкції найбільш доцільного способу боротьби з даним видом правопорушення [12, с. 50].

Такий погляд заслуговує акцентування уваги через різкі відмінності санкцій, передбачених за порушення норм Податкового кодексу України [21] і Бюджетного кодексу України [22]. Так, якщо за вчинення податкових правопорушень основним видом застосовуваної санкції є штраф, то за порушення бюджетного законодавства до учасників бюджетного

процесу можуть застосовуватися такі заходи впливу як: призупинення операцій з бюджетними коштами; призупинення або зменшення бюджетних асигнувань; повернення бюджетних коштів до відповідного бюджету; безспірне вилучення коштів з місцевих бюджетів та ін.

На думку деяких вчених [23, с. 143], особливість податкової відповідальності полягає в тому, що крім штрафних вона передбачає і правовідновлювальні санкції, які стимулюють виконання фізичними і юридичними особами обов'язків, передбачених фінансовим (податковим) законодавством, а також забезпечують компенсацію шкоди, завданої державі їх протиправною поведінкою. Однак, на нашу думку, головна особливість полягає у змішаному відновлювально-штрафному характері податкових санкцій, що забезпечує першочергове відшкодування майнових втрат держави або територіальних громад, а вже потім реалізує каральне призначення. Крім того, цьому виду відповідальності властивий оперативний характер, оскільки для держави важливо якомога швидше отримати суми грошових коштів у рахунок сплати податків, які повинні були надійти у визначений строк.

Певні заперечення викликає положення стосовно того, що фінансова відповідальність застосовується у вигляді штрафних (фінансових) санкцій (штрафів) та / або пені. Відповідно до підп. 14.1.265 п. 14.1 ст. 14 Податкового кодексу України, штрафна санкція (фінансова санкція, штраф) — плата у вигляді фіксованої суми та / або відсотків, яка стягується з платника податків у зв'язку з порушенням ним вимог податкового законодавства та іншого законодавства, контроль за дотриманням якого покладено на контролюючі органи, а також штрафні санкції за порушення у сфері зовнішньоекономічної діяльності. В такому випадку ми стикаємося з проблемою одночасного використання, переплетення і, місцями, ототожнення таких понять як «фінансова санкція», «податкова санкція» і «штраф». На нашу думку, фінансову і податкову санкцію слід розглядати як родову і видову конструкцію відповідно. А використання терміну «штрафна санкція» взагалі бачиться занадто обтяжливим, оскільки штраф за своєю природою і є санкція.

Л і т е р а т у р а

1. Лукашев О. А. Система фінансового права: теоретичні проблеми розвитку і трансформації: дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.07 / О. А. Лукашев. — Х., 2010. — 411 с.
2. Дмитренко Е. С. Місце та роль фінансово-правової відповідальності у механізмі правового забезпечення фінансової безпеки України / Е. С. Дмитренко // Фінансове право. — 2011. — № 4. — С. 39—42.
3. Іванський А. Й. Фінансово-правова відповідальність в сучасній Україні: теоретичне дослідження: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.07 / А. Й. Іванський. — О., 2009. — 36 с.
4. Хачатуров Р. Л. Общая теория юридической ответственности: монография / Р. Л. Хачатуров, Д. А. Липинский. — СПб.: Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2007.

5. Юстус О. И. Финансово-правовая ответственность налогоплательщиков — организаций : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.12 / *О. И. Юстус*. — Саратов, 1997. — 179 с.
6. Зимин А. В. Налоговая ответственность российских организаций : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.14 / *А. В. Зимин*. — СПб., 2002. — 187 с.
7. Хабеев Т. Н. Понятие налоговых правонарушений и порядок применения ответственности за их совершение : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.14 / *Т. Н. Хабеев*. — М., 2005. — 188 с.
8. Хаменушко И. В. О правовой природе финансовых санкций / *И. В. Хаменушко* // Юридический мир. — 1997. — № 1. — С. 46–50.
9. Арзуманова Л. Л. Ответственность за нарушение бюджетного законодательства: проблемы совершенствования / *Л. Л. Арзуманова* // Финансовое право. — 2009. — № 4. — С. 23–24.
10. Конституція України від 28 червня 1996 р., № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.
11. Рішення Конституційного Суду України по справі за конституційним зверненням відкритого акціонерного товариства «Всеукраїнський Акціонерний Банк» відносно офіційного тлумачення положень пункту 22 частини першої статті 92 Конституції України, частини першої, третьої статті 2, частини першої статті 33 Кодексу України про адміністративні правопорушення (справа про відповідальність юридичних осіб) від 30.05.2001, № 7-рп/2001 // Офіційний вісник України. — 2001. — № 24. — С. 57.
12. Лейст О. Э. Санкции и ответственность по советскому праву (теоретические проблемы) / *О. Э. Лейст*. — М. : Изд-во МГУ, 1981. — 239 с.
13. Мальцев В. В. Социальная ответственность личности, уголовное право и уголовная ответственность / *В. В. Мальцев* // Правоведение. — 2000. — № 6. — С. 158–159.
14. Липинский Д. А. Проблемы юридической ответственности / *Д. А. Липинский*; под ред. Р. Л. Хачатурова. — СПб. : Юрид. Центр Пресс, 2003. — 387 с.
15. Карасева М. В. Финансовое право. Общая часть : учебник / *М. В. Карасева*. — М. : Юрист, 2000. — 256 с.
16. Сікорська І. А. Правова відповідальність за порушення бюджетного законодавства : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 / *І. А. Сікорська*. — Ірпінь, 2004. — 18 с.
17. Налоговый кодекс Российской Федерации от 31 июля 1998 г., № 146-ФЗ // Собрание законодательства РФ. — 1998. — № 31. — Ст. 3824.
18. Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами : Закон України від 21 груд. 2000 р., № 2181-III // Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 10. — Ст. 44.
19. Кодекс України про адміністративні правопорушення від 7 грудня 1984 р., № 8073-X // Відомості Верховної Ради УРСР. — 1984. — № 51. — Ст. 1122.
20. Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30 декабря 2001 г., № 195-ФЗ // Собрание законодательства РФ. — 2002. — № 1. — Ст. 1.
21. Податковий кодекс України від 2 грудня 2010 р., № 2755-VI // Відомості Верховної Ради України. — 2011. — № 13–14, 15–16, 17. — Ст. 112.
22. Бюджетний кодекс України від 8 липня 2010 р., № 2456-VI // Відомості Верховної Ради України. — 2010. — № 50–51. — Ст. 572.
23. Кучеров И. И. Налоговый контроль и ответственность за нарушение законодательства о налогах и сборах / *И. И. Кучеров, О. Ю. Судаков, И. А. Орешкин*; под ред. И. И. Кучерова. — М. : Центр ЮрИнфоР, 2001. — 255 с.

А н о т а ц і я

Онищук Н. Ю. Відповідальність суб'єктів фінансових правовідносин. — Стаття. Стаття присвячена розгляду проблеми відповідальності за порушення фінансового законодавства. Однією з основних причин дискусійності проблеми фінансово-правової

відповідальності є певна новизна цього інституту. Характер фінансових санкцій має суттєві особливості, порівняно з санкціями за порушення кримінального та адміністративного законодавства. Однак фінансова відповідальність повинна охоплювати наслідки всіх порушень фінансового законодавства (яке, крім податкового, включає також і бюджетне, валютне і т.д.). У такому векторі фінансову відповідальність можна розглядати як певну теоретичну родову конструкцію, яка має свої діючі видові прояви — податкову і бюджетну.

Ключові слова: відповідальність, порушення фінансового законодавства, фінансова відповідальність, податкова відповідальність, бюджетна відповідальність.

А н н о т а ц и я

Онищук Н. Ю. Ответственность субъектов финансовых правоотношений. — Статья.

В статье рассматривается проблема ответственности за нарушение финансового законодательства. Одной из основных причин дискуссионности проблемы финансово-правовой ответственности является определенная новизна этого института. Характер финансовых санкций имеет существенные особенности по сравнению с санкциями за нарушение уголовного и административного законодательства. Однако финансовая ответственность должна охватывать последствия всех нарушений финансового законодательства (которое, кроме налогового, включает также и бюджетное, валютное и т.д.). В таком векторе финансовую ответственность можно рассматривать как теоретическую родовую конструкцию, которая имеет свои действующие видовые проявления — налоговую и бюджетную.

Ключевые слова: ответственность, нарушение финансового законодательства, финансовая ответственность, налоговая ответственность, бюджетная ответственность.

S u m m a r y

Onyshchuk N. Y. Responsibility of participants of financial relationships. — Article.

The article is devoted to the problem of responsibility for violation of financial legislation. One of the main reasons of controversial character of the problem of financial responsibility is a certain novelty of this phenomenon. The nature of financial sanctions has significant features compared to sanctions for violation of criminal and administrative legislation. However, financial responsibility has to cover the consequences of violations of financial legislation (which, in addition to tax, includes budgetary, currency legislation, etc.). In this vector financial responsibility may be considered as a generic theoretical construction that has its specific valid displays — tax and budgetary responsibility.

Keywords: responsibility, violation of financial legislation, financial responsibility, tax liability, budgetary responsibility.

УДК 347.775:004.056.52(477)

С. Л. Ємельянов

ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ КЛАСИФІКАЦІЇ ІНФОРМАЦІЇ З ОБМЕЖЕНИМ ДОСТУПОМ В УКРАЇНІ

Проблему захисту найбільш важливої інформації та застосування обмежень щодо її обігу можна цілком справедливо вважати *«найбільш давнім напрямком інформаційної безпеки держави»* [1, с. 332], який має багатотисячолітню історію.

Наприклад, у 1295 р. у Берліні спеціальним розпорядженням властей іноземцям заборонялося працювати на місцевих ткацьких верстатах, щоб ті *«не взнали секретів їх роботи»*. Каменотеси Страсбурга в 1459 р. ухвалили суворе рішення, що забороняло *«чи всім купцям, чи тим, що базикають, відкривати секрети, якими вони (каменотеси) можуть вправно і швидко працювати»* [2]. У XVII столітті в німецькому місті Насау за розголошення іноземцям секретів майстерності коваля винних піддавали смертній карі.

У період Київської Русі *«військова інформація, інформація про особу князя, розташування війська під час походу, території, через які пересуватиметься військо, зміст не вигідно укладених договорів, розташування, укріплення і забезпечення продовольством та спорядженням «княжого граду»»* [3, с. 19] також охоронялася державою.

За часів Запорізької Січі (XVI–XVII ст.) Богдан Хмельницький, здійснюючи захист інформації, насамперед *«обмежував доступ певного кола осіб до найбільш важливих військово-політичних документів»* [3, с. 22].

У СРСР таємницею був охоплений великий обсяг інформації — від найсучаснішої військової техніки, інформації у сфері зовнішньої політики до здоров'я керівників КПРС, кількості осуджених громадян, рецептів простих продуктів харчування тощо, що свідчило про відсутність логіки засекречування інформації [4, с. 17].

Тому в умовах розбудови інформаційного суспільства та розвитку ринкових відносин в Україні досить актуальною постає проблема пошу-

ку розумного балансу між інформаційними правами людини та громадянина та обмеженнями на доступ до певної інформації, яка може спричинити шкоду особі, суспільству, державі.

Різні аспекти цієї складної та багатогранної проблеми розглядалися як російськими (І. Л. Бачило, Ю. М. Батурін, А. Б. Венгеров, В. А. Дозорцев, В. А. Копилов, В. Н. Лопатін, І. Л. Петрухін, М. М. Рассолов, І. В. Смолькова, А. А. Фат'янов та ін.), так і українськими (І. В. Арістова, К. І. Беляков, В. М. Брижко, В. Д. Гавловський, Р. А. Калюжний, Б. А. Кормич, А. І. Марущак, О. В. Соснін, М. Я. Швець та ін.) науковцями.

У ряді останніх досліджень та публікацій розглянуто: закордонний досвід правового регулювання інформації з обмеженим доступом (ІзОД) [5]; можливі наукові підходи до визначення та класифікації ІзОД [6]; проблеми законодавчого регулювання ІзОД в Україні [7; 8]; систему організаційно-правового захисту ІзОД в Україні [9], проблему забезпечення доступу до інформації [10] тощо.

Проте раніше не вирішеною частиною проблеми є дослідження проблемних аспектів, можливих недоліків та шляхів їх усунення у сучасній класифікації інформації за режимом доступу в Україні із урахуванням останніх нормативно-правових актів у інформаційній сфері [11–13].

Метою статті є аналіз проблемних аспектів, які існують у сучасній класифікації ІзОД.

Сучасну класифікацію інформації за режимом (порядком) доступу на підставі чинного законодавства можна представити наступним чином (рис. 1).

Відповідно до ст. 20 нової редакції Закону України «Про інформацію» [13] за порядком доступу інформація поділяється на відкриту та ІзОД.

У свою чергу до ІзОД відноситься конфіденційна, таємна та службова інформація.

Правові ознаки конфіденційної та службової інформації наведено на рис. 1.

Таємна інформація — інформація, доступ до якої обмежується та розголошення якої може завдати шкоди особі, суспільству і державі. Таємною визнається інформація, яка містить державну, професійну, банківську таємницю, таємницю слідства та іншу передбачену законом таємницю [12, ст. 8].

Не може бути обмежено доступ до інформації [12, ст. 6] про розпорядження бюджетними коштами, володіння, користування чи розпорядження державним, комунальним майном, у тому числі до копій відповідних документів, умови отримання цих коштів чи майна, прізвища, імена, по батькові фізичних осіб та найменування юридичних осіб, які отримали ці кошти або майно.

Не належать до ІзОД відомості, зазначені у декларації про майно, доходи, витрати і зобов'язання фінансового характеру, оформленої за формою і в порядку, що встановлені Законом України «Про засади

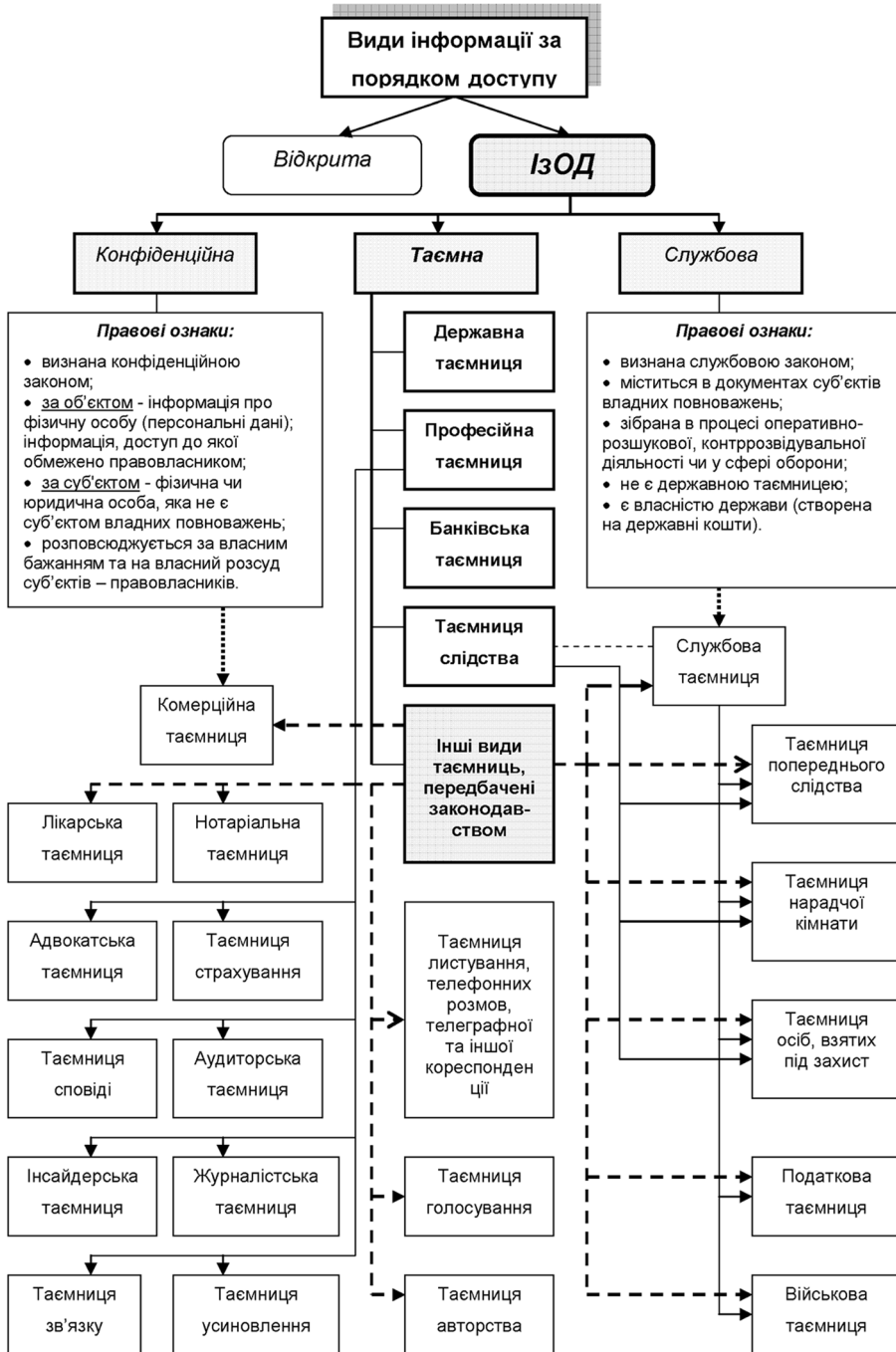


Рис. 1. Класифікація видів інформації за порядком доступу

запобігання і протидії корупції» [14], крім відомостей про дохід від викладацької, наукової і творчої діяльності, медичної практики, інструкторської та суддівської практики із спорту.

Проте наведена класифікація інформації за порядком (режимом) доступу (рис. 1), незважаючи на останні нормативно-правові акти в інформаційній сфері, залишається досить складною і заплутаною та має наступні проблемні аспекти.

1. З етимологічної точки зору терміни «конфіденційна» (від лат. *confidentia* — довіра, не підлягає оголошенню), «секретна» (від франц. *secret* — таємниця) та «таємна» (з рос. — «*все сокрытое, неизвестное, неведомое*») інформація, що були використані у чинному українському законодавстві, не є вдалими, бо вони тотожні. Тому властивість конфіденційності (обмеження за колом суб'єктів) мають усі наведені види ІзОД (конфіденційна, таємна, службова) за визначенням.

2. Порівняння вказаних видів інформації за порядком доступу показує, що законодавець в основу їх розділення поклав різні критерії: в першому випадку (конфіденційна інформація) — це право власності, в другому (таємна інформація) — шкода особі, суспільству і державі, а в третьому (службова інформація) — право власності і вид діяльності, в процесі якого інформація створюється (отримується).

Але власник (фізична чи юридична особа) встановлює режим ІзОД та відносить інформацію до категорії конфіденційної, також виходячи з того, що розголошення такої інформації третім особам може завдати шкоди йому чи його інтересам.

Також і державні суб'єкти владних повноважень, які відносять інформацію до службової на підставі рішення експертної комісії та включають її до переліку відомостей, які містять конфіденційну інформацію, що є власністю держави, повинні при цьому керуватися можливою шкодою від її розголошення з урахуванням особливостей своєї діяльності та за погодженням зі Службою безпеки та Державною архівною службою [15].

Таким чином, нанесення розголошенням інформації шкоди певним інтересам навряд чи може вважатися коректною підставою для класифікації ІзОД.

3. Визначення таємною інформації, яка містить державну, професійну, банківську таємницю, таємницю слідства та *іншу передбачену законом таємницю*, не є вдалими, бо навіть порахувати, скільки видів таємниць у тому чи іншому обсязі (від окремого закону — до простої згадки) зміщується зараз у національному законодавстві, досить важко. Наприклад, у посібнику [9, с. 100] наведено 12 видів таємниць, у монографії [1] згадуються 17 видів таємниць, у дослідженні [16] нараховані 23 види таємниць тощо.

Тому у законі, на нашу думку, повинен надаватися вичерпний перелік усіх видів таємниць, а також перелік відомостей, які заборонено відносити до кожної з законодавчо визначених таємниць.

4. Загальноправове визначення поняття «таємниця» у чинному законодавстві відсутнє, окремі види таємниць розкриті досить суперечливо, а проблеми таємниці як самостійного правового інституту ще й досі розглядаються науковцями як неоднозначні та дискусійні [6–8].

Як *«нечто скрываемое от других, известное не всем, секрет»*, визначав таємницю С. И. Ожегов [17, с. 683]. Аналогічне визначення таємниці, як *«все сокрытое, неизвестное, неизвестное или нечто скрываемое, секретное, не оглашаемое»* [18, с. 386] наводив В. Даль.

Зміст же будь-якої конкретної таємниці полягає в тому, що як її предмет завжди виступають відомості, не призначені для широкого кола осіб, а їх розголошування може спричинити різного роду небажані наслідки для правовласника або іншого власника такої таємниці.

Наприклад, як зазначає І. В. Смолькова, *«...институт тайны охватывает широкий круг достаточно разнородных общественных отношений, возникающих в различных сферах деятельности личности, общества и государства. Содержание любой тайны в независимости от специфики ее разновидностей заключается в том, что предмет тайны образуют сведения, не предназначенные для широкого круга лиц, разглашение которых может привлечь к нежелательным последствиям для хранителей и носителей тайны»* [19, с. 21].

Авторка визначає що *«все правоотношения, возникающие в сфере обеспечения защиты секретной или конфиденциальной информации, образуют единый межотраслевой правовой институт тайны»* [19, с. 32].

Аргументуючи іншу позицію, А. А. Фатьянов зазначає, що *«о едином межотраслевом институте тайны можно говорить лишь в определенной мере. Так, некоторые правовые институты тайн схожи по построению, по схеме нормативного регулирования, но это однако не дает оснований полагать, что эта система представляет из себя одинаковую конструкцию всех ее компонентов, в равной мере применимую к любому институту тайны, прежде всего потому, что, во-первых, слишком разными по характеру, по своей сущности являются сами сведения, разводя тем самым сведения по различным отраслям права; во-вторых, различен механизм правового регулирования порядка ограничения в доступе к информации — для государственной тайны он носит характер жестких законодательных ограничений по объему и категориям относимых к ней сведений, подлежащих засекречиванию, для коммерческой, личной и семейной — наоборот, таких ограничений не существует»* [20].

Виходячи з цього, А. А. Фатьянов вважає, що не слід говорити про загальний (єдиний) інститут таємниць, а швидше про групу правових інститутів, схожих між собою за характером відносин, що регулюються, і за основною метою, яка ставиться перед даними правовими конструкціями, — обмеження в доступі до певної інформації.

О. А. Городов взагалі вважає, що «тайна — это не сама информация, а правовой режим информации. Поэтому информация не может составлять тайну, она может находиться в тайне, т.е. в особом правовом режиме» [21, с. 64].

Тобто мова йде про розуміння категорії «таємниця» як єдиного міжгалузевого правового інституту, як групи правових інститутів, що спираються на поняття «відомості», та як правового режиму охорони певних відомостей.

5. Створення правової бази інститутів таємниць в Україні знаходиться лише на стадії становлення, що безумовно ускладнює практичну діяльність із захисту інформації.

Якість законодавчого забезпечення правових інститутів деяких із вказаних на рис. 1 таємниць, оцінена на підставі факторно-критеріальної моделі експертних оцінок [22], наведена на рис. 2.

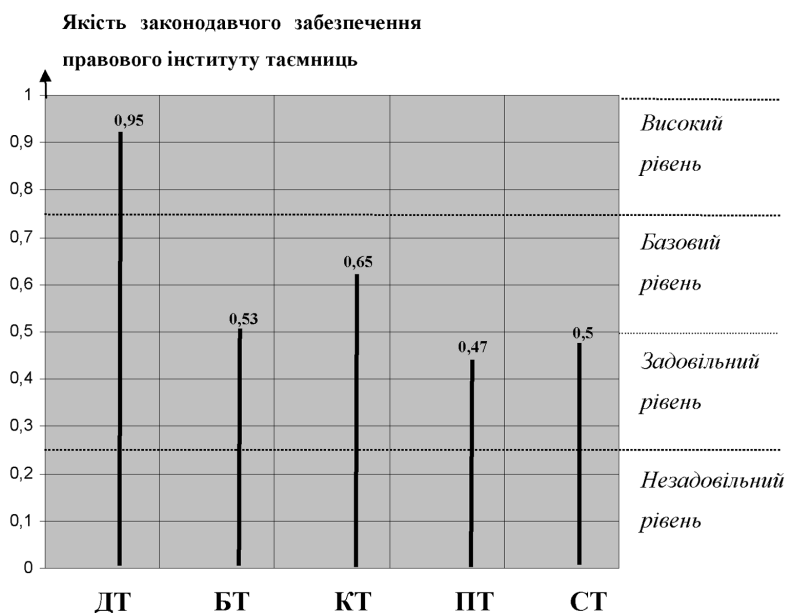


Рис. 2. Якість законодавчого забезпечення правових інститутів таємниць в Україні (у відносних одиницях)

Звідси бачимо, що високий рівень якості законодавчого забезпечення (95 %) має лише правовий інститут державної таємниці (ДТ), хоча і він має певні недоліки [23].

Якість законодавчого забезпечення правового інституту комерційної (КТ) (65 %), банківської (БТ) (53 %) та службової (СТ) (50 %) таєм-

ниць складає лише базовий рівень (від 50 до 75 %). Фактично це означає, що держава створила дієві правові інститути зазначених таємниць, проте існуючі механізми їх правового захисту ще мають багато недоліків [24–26].

6. Нечіткість законодавчих визначень більшості видів таємниць приводить до того, що одні й ті ж за змістом відомості для різних суб'єктів можуть складати різні види таємниць.

Наприклад, відомості про наявність банківського рахунку і кількість грошових коштів на ньому для громадянина складуть його особисту чи сімейну таємницю, для юридичної особи — комерційну таємницю, для банку — банківську таємницю, для службовців банку — службову таємницю тощо. Особливо така неоднозначність стосується професійної та службової таємниць.

7. Нормативно-правове визначення поняття «інформація», яке є родовим у класифікації ІзОД, постійно змінюється [27], що ускладнює його практичне застосування.

Дійсно, інформація може існувати в різних формах і видах і мати різноманітні прояви. Наприклад, по фізичній формі свого прояву інформація розділяється на два основні види (рис. 3): акустична (частіше всього — мовна) і сигнальна. Перша сприймається органами слуху, інша — органами зору. При цьому не важливо, які проміжні перетворення відбуваються з інформацією.

Термін «сигнальна інформація» охоплює достатньо широку кількість можливих схем інформаційного обміну, існуючих на практиці. Сигнальну інформацію можна розділити на аналогово-цифрову (наприклад, документи на паперовому або електронному носії) і об'ємно-видову (графіки, креслення, фізичні зразки матеріалів і виробів, фізичні сигнали, які несуть інформацію, і ін.).

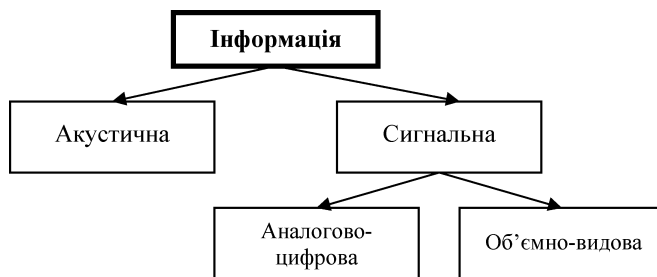


Рис. 3. Види інформації за фізичною формою прояву

Ці обставини змусили законодавця до пошуку визначень поняття «інформація», які б відбивали дивідність інформації та її носія, можливі матеріальні види та прояви інформації.

Так, у ст. 1 Закону України «Про захист економічної конкуренції» було визначено, що інформація — це «*відомості в будь-якій формі й вигляді та збережені на будь-яких носіях (у тому числі листування, книги, помітки, ілюстрації (карти, діаграми, органіграми, малюнки, схеми тощо), фотографії, голограми, кіно-, відео-, мікрофільми, звукові записи, бази даних комп'ютерних систем або повне чи часткове відтворення їх елементів), пояснення осіб та будь-які інші публічно оголошені чи документовані відомості*» [28]. А у ст. 1 Закону України «Про телекомунікації» уточнено: інформація — це «*відомості, подані у вигляді сигналів, знаків, звуків, рухомих або нерухомих зображень чи в інший спосіб*» [29].

Проте навряд чи доцільно законодавчо перелічувати усі можливі носії та прояви інформації, які мають здатність постійно змінюватися з розвитком інформаційно-комунікаційних технологій. Тому в останньому нормативному визначенні — «*інформація — будь-які відомості та/або дані, які можуть бути збережені на матеріальних носіях або відображені в електронному вигляді*» [13].

8. Слід зазначити також, що у Російській Федерації класифікація ІзОД на підставі [30; 31], є значно простішою та чіткою (рис. 4), хоча вона також має багато недоліків та проблемних аспектів, які розглянуто вище.

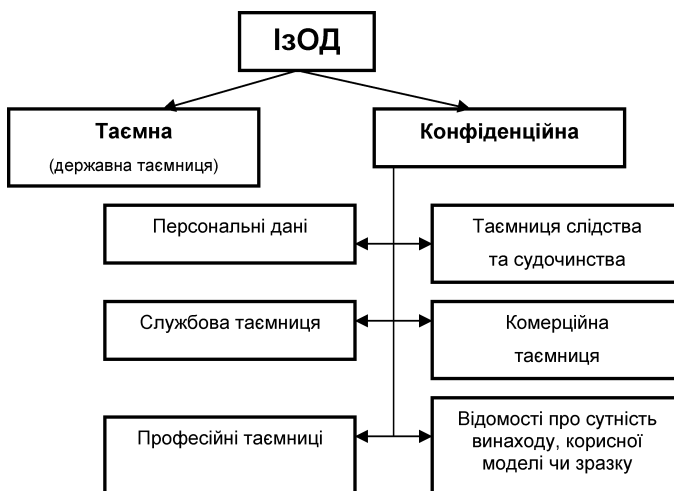


Рис. 4. Класифікація ІзОД в РФ

Таким чином, складність рішення проблеми класифікації ІзОД зумовлена необхідністю пошуку розумного балансу між інтересами особистості, суспільства та держави.

В українському законодавстві останніми роками намітилася позитивна тенденція відмови від необхідності захисту тільки таємної інформації і переходу до усвідомлення необхідності захисту будь-якого інформаційного ресурсу, цінного для його власника.

Існуюча класифікація ІзОД є досить складною та заплутаною і має чисельні недоліки та проблемні аспекти.

Більшої законодавчої чіткості потребують питання визначення не тільки окремих таємниць в Україні, але й визначення і класифікація ІзОД в цілому.

Цілком доцільною виглядає розробка та прийняття окремого закону стосовно обігу ІзОД, що дозволить однозначно і об'єктивно класифікувати інформацію за режимом доступу і, як наслідок, будувати адекватну політику інформаційної безпеки.

Л і т е р а т у р а

1. Кормич Б. А. Організаційно-правові засади політики інформаційної безпеки України : монографія / Б. А. Кормич. — О. : Юрид. л-ра, 2003. — 472 с.
2. Климов В. Промышленный шпионаж как основа информационных войн [Электронный ресурс] / В. Климов. — Режим доступа : <http://www.It2b.ru/It2b2.view9.page6.html>.
3. Гуз А. М. Історія захисту інформації в Україні та провідних країнах світу : навч. посіб. / А. М. Гуз. — К. : КНТ, 2007. — 260 с.
4. Емельянов С. Л. Основы информационной безопасности : конспект лекций / С. Л. Емельянов ; Одес. нац. юрид. акад. — О. : Юрид. л-ра, 2003. — 195 с.
5. Артемов В. Правові проблеми захисту інформації з обмеженим доступом на шляху України до НАТО / В. Артемов // Підприємництво, господарство і право. — 2006. — № 10. — С. 50—53.
6. Гордеева И. Информация с ограниченным доступом: понятие и проблемы классификации / И. Гордеева // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. — 2009. — № 12. — С. 15—20.
7. Беляков К. І. Інформація з обмеженим доступом: проблеми законодавчого регулювання / К. І. Беляков // Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ України. — 2004. — № 6. — С. 267—277.
8. Архипов О. Проблеми класифікації інформації з обмеженим доступом у законодавстві України / О. Архипов, І. Касперський // Правове, нормативне та метрологічне забезпечення системи захисту інформації в Україні : наук.-техн. зб. / НТУУ «КПІ», ДСТС ЗІ СБУ. — 2006. — Вип. 1. — С. 6—10.
9. Організаційно-правові основи захисту інформації з обмеженим доступом : [навч. посіб.] / А. Б. Стоцький, О. І. Тимошенко, А. М. Гуз [та ін.]; за заг. ред. В. С. Сідака. — К. : Вид-во Європ. ун-ту, 2006. — 232 с.
10. Марущак А. І. Інформаційне право. Доступ до інформації : навч. посіб. / А. І. Марущак. — К. : КНТ, 2007. — 532 с.
11. Про захист персональних даних : Закон України від 1 черв. 2010 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2010. — № 34. — Ст. 481.
12. Про доступ до публічної інформації : Закон України від 13 січ. 2011 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2011. — № 32. — Ст. 314.
13. Про внесення змін до Закону України «Про інформацію» : Закон України від 13 січ. 2011 р. // Офіційний вісник України. — 2011. — № 10. — Ст. 445.
14. Про засади запобігання і протидії корупції : Закон України від 7 квіт. 2011 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2011. — № 40. — Ст. 404.

15. Інструкція про порядок обліку, зберігання і використання документів, справ, видань та інших матеріальних носіїв інформації, які містять службову інформацію : постанова Кабінету Міністрів України від 27 листоп. 1998 р. № 1893 // Офіційний вісник України. — 1998. — № 48. — С. 31.
16. Шлома Г. О. Адміністративно-правове забезпечення службової таємниці в органах внутрішніх справ України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 / Г. О. Шлома. — Д. : НУВС, 2008. — 23 с.
17. Ожегов С. И. Словарь русского языка / С. И. Ожегов ; под ред. Н. Ю. Шведовой. — М. : Рус. яз., 1982. — 816 с.
18. Даль В. И. Толковый словарь живого великорусского языка. В 4 т. Т. 4 / В. И. Даль. — М. : Рус. яз., 1998. — 688 с.
19. Смолькова И. В. Проблемы охраняемой законом тайны в уголовном процессе / И. В. Смолькова. — М., 1999. — 335 с.
20. Фатьянов А. А. Тайна как социальное и правовое явление. Ее виды / А. А. Фатьянов // Государство и право. — 1998. — № 6. — С. 19–28.
21. Городов О. А. Информационное право : учебник / О. А. Городов. — М. : ТК«Велби» : Проспект, 2007. — 448 с.
22. Ємельянов С. Л. Методика та результати оцінки якості законодавчого забезпечення правового інституту таємниць в Україні / С. Л. Ємельянов // Вісник Східноукраїнського національного університету імені Володимира Даля. — Луганськ, 2011. — № 7, ч. 1. — С. 57–62.
23. Ємельянов С. Л. Проблемні аспекти організаційно-правового захисту державної таємниці в Україні / С. Л. Ємельянов // Інформаційна безпека. — 2011. — Вип. 1. — С. 36–44.
24. Ємельянов С. Л. Проблемні аспекти організаційно-правового захисту банківської таємниці в Україні / С. Л. Ємельянов // Право і безпека. — 2011. — № 3. — С. 194–199.
25. Ємельянов С. Л. Проблемні аспекти організаційно-правового захисту комерційної таємниці в Україні / С. Л. Ємельянов // Інформаційна безпека. — 2011. — Вип. 2. — С. 37–45.
26. Ємельянов С. Л. Стан та розвиток правового інституту професійної таємниці в Україні / С. Л. Ємельянов // Право і безпека. — 2011. — № 5. — С. 52–57.
27. Ємельянов С. Л. Генезис поняття «інформація» у законодавстві України в контексті організації її захисту / С. Л. Ємельянов // Митна справа. — 2012. — № 2, ч. 2, кн. 1. — С. 423–429.
28. Про захист економічної конкуренції : Закон України від 11 січ. 2001 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 12. — Ст. 64.
29. Про телекомунікації : Закон України від 18 листоп. 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 12. — Ст. 155.
30. Федеральный закон РФ «Об информации, информатизации и защите информации» от 25 января 1995 г. [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://wbase.duma.gov.ru/ntc/vdoc.asp?kl=646>.
31. Указ Президента Российской Федерации от 6 марта 1997 г. № 188 «Об утверждении перечня сведений конфиденциального характера» [Электронный ресурс]. — Режим доступа : http://www.fstec.ru/_docs/doc_1_3_008.htm.

А н о т а ц і я

Ємельянов С. Л. Проблемні аспекти класифікації інформації з обмеженим доступом в Україні. — Стаття.

Стаття присвячена розгляду проблемних аспектів визначення та класифікації інформації з обмеженим доступом згідно чинного законодавства України.

Ключові слова: інформація, інформація з обмеженим доступом, таємниця.

А н н о т а ц и я

***Емельянов С. Л.* Проблемные аспекты классификации информации с ограниченным доступом в Украине. — Статья.**

В статье рассматриваются проблемные аспекты определения и классификации информации с ограниченным доступом на основе действующего законодательства Украины.

Ключевые слова: информация, информация с ограниченным доступом, тайна.

S u m m a r y

***Emelyanov S. L.* The Problem aspects of information classification with the limited access in Ukraine. — Article.**

The problem aspects of determination and classification of information with the limited access on the basis of current legislation of Ukraine are examined in the article.

Keywords: information, information with the limited access, secret.

УДК 355.23(477):340:159.955

С. М. Скуріхін

ФОРМИ ПРАВОВОГО ВИХОВАННЯ ОФІЦЕРСЬКОГО СКЛАДУ ЗБРОЙНИХ СИЛ УКРАЇНИ

У сучасній науковій літературі аналізуються різноманітні шляхи формування правової культури українських громадян. Серед них зокрема: демократизація всіх сфер соціального життя; удосконалення правотворчого і правозастосовного процесів; зміцнення законності і правопорядку; розвиток правовідносин; зростання ефективності діяльності всієї системи правосуддя; адаптація законодавства України до міжнародних норм і стандартів з прав людини; гармонізація законодавства України з нормативними актами Європейського Союзу [1, с. 307]. У той же час одним із найбільш важливих напрямів в реалізації процесу формування правової культури залишається правове виховання. На думку окремих дослідників, правове виховання є єдиним реальним засобом, за допомогою якого держава може впливати на індивідуальному і груповому рівні на соціальне середовище, визначаючи правові потреби й орієнтири на мікрорівні, спрямовуючи тим самим процеси розвитку правової культури. Це вбачається особливо важливим, якщо враховувати ступінь і темпи зростання різноманітних девіацій у правосвідомості, які останнім часом набули загрозливих масштабів серед всіх верств населення України [2, с. 253].

Правове виховання як вид діяльності має бути конкретизованим з урахуванням міри соціалізації й особливостей правових інтересів контингенту, що виховується. Відмінності в об'єкті впливу визначають відмінності в підходах, методах і формах впливу, припускають видання окремих програмних документів з правового виховання. Специфічним об'єктом правового виховання є офіцерський склад Збройних Сил України.

Правове виховання військовослужбовців є складовою частиною правовиховної роботи, що здійснюється в Україні. Це складний і багатосторонній процес, пов'язаний із цілеспрямованим, систематичним впли-

вом на свідомість і поведінку військовослужбовців з метою формування і розвитку у них правових уявлень, переконань, поглядів, почуттів і умінь, які гарантують дотримання вимог законів України, присяги і військових статутів [3, с. 104].

Керівництво Збройних Сил України розглядає правове виховання особового складу як невід'ємну частину виховного процесу, найважливіший засіб зміцнення військової дисципліни і правопорядку, що зрештою сприяє підвищенню бойової готовності армії.

За радянського періоду у Збройних Силах існувала чітко організована система правового виховання. Методи і форми правовиховної роботи детально регламентувалися в наказах та інструкціях Міністерства оборони. Цілий ряд авторів працювали над розробкою навчально-методичних посібників «на допомогу командирам» з організації правового виховання у військовій частині. Серед них слід виокремити роботи Х. М. Ахметшина, Ю. М. Бірюкова, Г. І. Бушуєва, І. М. Вашкевича, Г. Горного, О. В. Дамаскіна, В. Р. Зюбіна, О. С. Коблікова, С. С. Максимова, О. І. Медведєва, В. І. Шаніна. В Україні питання правового виховання військовослужбовців серед учених також викликають значний інтерес. У зв'язку із цим слід назвати дослідження В. І. Царенка [4] і навчально-методичний посібник В. І. Алещенка [5]. У цих роботах автори розглядають правове виховання в механізмі формування правосвідомості військовослужбовців в Україні. Проте дослідження специфіки правового виховання офіцерського складу Збройних Сил України в аспекті формування їх правової культури до теперішнього часу не здійснювалося.

Завданнями правового виховання у Збройних Силах України є: 1) вивчення і пропаганда Конституції і законів України, вимог статутів Збройних Сил України та інших нормативно-правових актів; 2) поширення сучасних ідей і знань про право, державу, інформації про нормативно-правові акти Президента України, Кабінету Міністрів України, Міністра оборони України, начальника Генерального штабу — Головнокомандувача Збройних Сил України, які висвітлюють питання законності та правопорядку, реформування та розвитку Збройних Сил України; 3) надання військовослужбовцям та працівникам Збройних Сил України необхідних правових знань через систему правової та гуманітарної підготовки, обсяг та зміст яких диференціюється залежно від потреб виховання та особливостей військової служби; 4) поширення позитивного досвіду щодо запобігання правопорушень та підтримання статутного порядку; 5) формування правової свідомості, переконань щодо необхідності дотримання вимог Конституції, законів України, Військової присяги, статутів Збройних Сил України, виконання наказів командирів (начальників); 6) підтримання у військових та трудових колективах законності, статутного порядку та військової дисципліни, вивчення причин і умов, які сприяли вчиненню правопорушень, вжиття необхідних заходів щодо їх усунення та попередження; 7) формування у військовослужбовців та працівників Збройних Сил України потреби щодо правомірної

поведінки у службі та побуті; 8) створення сприятливої морально-психологічної атмосфери у військах та трудових колективах [6, с. 7–8].

Правовим вихованням охоплюються всі категорії військовослужбовців. Особливо велика увага у Збройних Силах України приділяється правовому вихованню командних кадрів, оскільки командир не може вирішити жодного завдання, жодного питання у повсякденній військовій практиці, не використовуючи право, не спираючись на закон. Тому тверде знання основ законодавства є для нього необхідною умовою чіткої організації своєї службової діяльності, успішного виконання функціональних обов'язків.

Особливе місце серед командного складу Збройних Сил України посідають офіцери. Від того, як поставлена робота щодо правового виховання із цією категорією військовослужбовців, вирішальною мірою залежить її ефективність у цілому. Це пов'язано з тим, що офіцерський склад постійно займається навчанням і вихованням підпорядкованих військовослужбовців і несе відповідальність за всі сторони їхнього життя. Тому офіцери повинні не лише самі служити прикладом бездоганного дотримання вимог законів, військової присяги і військових статутів, але й усією своєю діяльністю домагатися цього від підлеглих.

На підставі ст. 59 Статуту внутрішньої служби Збройних Сил України командир військової частини зобов'язаний «займатися правовим вихованням підлеглих» [7]. Тому методика правовиховної роботи з офіцерським складом будується так, щоб офіцери могли отримати як певну суму знань, що сприяє формуванню у них високого рівня правової культури, так і конкретні рекомендації щодо форм і методів правового виховання підлеглих ним військовослужбовців. Ще однією особливістю цієї категорії військовослужбовців, є те, що для них характерним є високий рівень загальної і спеціальної освіти, досить великий службовий і життєвий досвід, висока загальна культура. Це сприяє кращому засвоєнню ними необхідної суми знань у галузі права.

Нині спостерігається зниження рівня правової культури офіцерського складу Збройних Сил України. Одним із шляхів виходу із цієї ситуації може бути вдосконалення системи правового виховання, пошук і впровадження нових форм, засобів і методів правовиховної роботи. Проте це не означає, що необхідно відмовитися від уже існуючої системи правового виховання у Збройних Силах України, оскільки апробовані компоненти цієї системи в сучасних умовах наповнюються новим змістом і сенсом.

Сьогодні основними формами правового виховання залишаються: правове навчання, правова пропаганда, юридична практика, безпосередня реалізація права і самовиховання.

Правове виховання тісно пов'язане з правовим навчанням: виховання неможливо здійснювати без навчання, а навчання до певної міри має виховний ефект. При цьому правове навчання припускає накопичення теоретичних і практичних правових знань, умінь і навичок і впливає на

когнітивно-раціональну сферу особи, а правове виховання сприяє розвитку загальнокультурних параметрів особи і пов'язано з емоційно-вольовою сферою. У цільовому аспекті правове навчання розглядається як засіб правового виховання, але з точки зору змістовного аспекту правове навчання є формою правового виховання.

В Україні приділяється велика увага питанням правової освіти. З метою підвищення рівня правової освіти населення, створення належних умів для набуття громадянами правових знань, а також забезпечення їх конституційного права знати свої права й обов'язки Указом Президента України 18 жовтня 2001 р. було затверджено Національну програму правової освіти населення. Її основними завданнями є: підвищення рівня правової підготовки населення, насамперед учнівської та студентської молоді, громадян, які перебувають на державній службі, обрані народними депутатами України, депутатами місцевих рад, викладачів правових дисциплін та журналістів, які висвітлюють правову тематику; створення належних умів для набуття громадянами знань про свої права, свободи й обов'язки; широке інформування населення про правову політику держави та законодавство; забезпечення вільного доступу громадян до джерел правової інформації; вдосконалення системи правової освіти населення, збереження та розвиток вітчизняних традицій у цій сфері [8].

Правове навчання відіграє важливу роль в системі правового виховання офіцерів. Воно проводиться в системі гуманітарної підготовки і є її обов'язковою складовою. Тематика правових занять щорічно планується для кожної категорії військовослужбовців Збройних Сил України окремо і повинна відповідати наказу Міністра оборони України № 306 від 3 червня 2011 р. яким затверджено «Інструкцію з організації правової підготовки у Збройних Силах України» [9]. Метою правового навчання є формування теоретичної основи правової свідомості і правової культури, забезпечення необхідного рівня систематизації знань про право, розвиток правових інтересів, почуттів, правового мислення, формування наукового правового світогляду. Важливо, щоб процес правового навчання офіцерського складу будувався не на механічному запам'ятовуванні юридичних норм і статей законів, а на глибокому проникненні в суть самого права. Тому, в першу чергу, необхідно звертати увагу на теоретичні аспекти права, а лише потім говорити про його практичне значення. У зв'язку з цим актуалізується вивчення синтезуючих або теоретико-історичних правових дисциплін (теорія держави і права, юридична деонтологія, зарубіжна і вітчизняна історія держави і права). Освоєння цих дисциплін дозволить краще усвідомити галузеве і військове законодавство. Подібний підхід сприятиме більш глибокому розумінню суті правових явищ, умінню їх оцінювати і приймати правомірні рішення, формуванню високого рівня правосвідомості і правової культури офіцерів.

У кожному військовому навчальному закладі України вивчаються військово-правові дисципліни. Курсантам надаються поняття про норму

права, нормативно-правовий акт, юридичну відповідальність, склад злочину тощо. Проте загальний обсяг, що відводиться на юридичні дисципліни, є недостатнім. Звертає на себе увагу досвід підготовки офіцерів у зарубіжних країнах. Так, у військових навчальних закладах Сполучених Штатів Америки кількість годин на бойову підготовку не перевищує 15 % від загальної кількості навчальних дисциплін, а на гуманітарні дисципліни, серед яких важливе місце займає право, відводиться до 50 % навчального часу на першому курсі, до 30 % — на другому, до 60 % — на третьому і до 70 % — на четвертому курсі навчання [10, с. 5]. Наприклад, до обов'язкових навчальних курсів у Військово-морській академії США (м. Аннаполіс) належить вивчення національного і військового законодавства. Навчання курсантів у цій академії здійснюється відповідно до програми «Цілісна особистість», по якій основними якостями офіцера є не лише фізична витривалість і уміння працювати з людьми, але й чесність, справедливість, повага прав інших людей [11, с. 16].

Правове навчання виражене у проведенні лекцій, бесід, доповідей із правових питань в системі командирської підготовки, на курсах підготовки (перепідготовки) і підвищення кваліфікації; цілеспрямованому інформуванні офіцерів про всі зміни в законодавстві; організації тематичних лекторіїв правових знань тощо.

З метою підвищення ефективності правового навчання офіцерського складу Збройних Сил України слід використовувати сучасні технічні засоби навчання: відеопрогравачі; мультимедійні проектори й інтерактивні дошки; матеріали, підготовлені у вигляді презентацій. Важливе значення мають відеофільми на правову тематику. До переваг використання відеофільмів (відеоматеріалів, анімаційних фільмів) під час проведення занять з командирської підготовки офіцерів слід зарахувати: а) емоційність, яка сприяє кращому запам'ятовуванню, більший час зберігається концентрація уваги (як відомо, необхідна увага зберігається людиною протягом 15–20 хвилин); б) ефективніше для сприйняття та запам'ятовування подавання інформації (людина сприймає до 85 % інформації через зорові аналізатори, менше 15 % інформації — через слухові аналізатори); в) просторовий образ (можливість показу всього явища); г) можливість повтору викладеного раніше матеріалу та його самостійного перегляду під час самостійної підготовки; д) забезпечення єдиної методики викладання матеріалу, яка меншою мірою залежатиме від здібностей викладачів, одночасне охоплення новою методикою всіх військових частин, які її потребують; е) скорочення терміну підготовки штатних командирів підрозділів (відповідних командирів та начальників) до проведення занять (навчальних заходів) [12, с. 43]. Проте сьогодні можна констатувати, що у військових частинах відсутні як навчальна відеопродукція, так і сучасні технічні засоби навчання.

Важливим аспектом у процесі правового навчання може стати облік ментальних особливостей навченого контингенту. Специфічні риси ук-

раїнської правової системи, невіддиференційованість права від інших регуляторів суспільних відносин, зокрема релігії і моралі, пріоритет колективних інтересів, над індивідуальними повинні вносити корективи в процес правового навчання. У зв'язку з цим правове навчання офіцерського складу слід вибудовувати паралельно з релігійним, а правові норми пояснювати за допомогою понять добра, правди, справедливості, рівності, свободи, які сприймаються українським народом на ментальному рівні. Релігійні організації (конфесії) відіграють важливу роль у правовиховному процесі. На думку О. Г. Данильяна, їх слід віднести до неофіційних суб'єктів правового виховання населення [13, с. 142].

Сьогодні проводиться робота щодо поетапного впровадження системи душпастирської опіки і створення інституту військового духовенства у Збройних Силах України. Із цією метою 1 грудня 2008 р. між Міністерством оборони України і уповноваженими представниками Церков і релігійних організацій України укладено Меморандум про співпрацю у справах душпастирської опіки військовослужбовців Збройних Сил України. Відповідно до нього головною метою душпастирської опіки є забезпечення конституційного права особового складу на свободу совісті та віросповідання, створення здорового психологічного клімату у військових колективах, родинях військовослужбовців, посилення військово-патріотичного виховання, формування засад моральності та духовності, об'єднання зусиль Війська і Церкви у належному формуванні багатого внутрішнього світу захисника Вітчизни та створення позитивної мотивації до військової служби [14]. Здійснення цієї спільної роботи, безумовно, підвищить ефективність правового виховання у Збройних Силах України.

Правове виховання пов'язане не лише з організацією правового навчання, але й з впровадженням заходів щодо пропаганди права. Традиційно пропаганда визначається як спосіб поширення й поглибленого роз'яснення яких-небудь ідей, навчань, знань [15, с. 22]. Правова пропаганда не має тієї системності, яка є властивою правовому навчанню, але, з іншого боку, правова пропаганда характеризується доступністю практично необмеженому числу індивідів. Серед форм пропаганди права, що використовуються у Збройних Силах України, слід виокремити організацію зустрічей з юристами, проведення вечорів питань і відповідей, юридичні консультації; організацію перегляду з особовим складом строкової служби вечірніх випусків теленовін; обладнання в підрозділах кутків правових знань; ведення у військових періодичних виданнях рубрик щодо правового навчання і правового виховання. Велике значення для пропаганди права у Збройних Силах України має організація заходів за планом «Всеукраїнського тижня права». Щорічне проведення «Всеукраїнського тижня права» було введено Указом Президента України з метою виховання у громадян поваги до законів і прав людини [16]. Правова пропаганда стає максимально ефективною, якщо вона має практичну спрямованість, насичена не гаслами, а прикладами вирішення

життєвих ситуацій, реальної дії правових норм. Налагодження системи правової пропаганди у Збройних Силах України з урахуванням інтересів аудиторії сприятиме підвищенню рівня правової культури всіх категорій військовослужбовців.

Важливим компонентом правової пропаганди є правове інформування. Серед різних форм правового інформування найбільш пріоритетними є: правове інформування засобами масової інформації та Інтернет; правове інформування шляхом дії юридичної практики; правове інформування під час консультацій юристів; правове інформування при безпосередньому вивченні законів і юридичної літератури; правове інформування шляхом неофіційного міжособистісного спілкування на правові теми тощо [1, с. 320]. У результаті отримання інформації про правові норми виникає стан правової інформованості, який припускає передачу, сприйняття, перетворення й використання інформації про право і практику його реалізації.

Інформаційно-пропагандистське забезпечення у Збройних Силах України визначено наказом Міністра оборони України № 583 від 10 листопада 2010 р. Одним із основних завдань у цьому документі (п. 1.4) передбачено «виховання у військовослужбовців відданості українському народові, Військовій присязі та Бойовому прапору військової частини, готовності до свідомого виконання положень Конституції України, вимог статутів Збройних Сил України, інших нормативно-правових актів» [17]. Ця мета досягається через правове інформування. Відповідно до п. 3.6.2 зазначеного наказу правове інформування проводиться: «з генералами, адміралами, офіцерами, військовослужбовцями військової служби за контрактом — 1 раз на місяць по 30 хвилин під час оголошення службових документів, наказів та директив; з військовослужбовцями військової служби за контрактом, військовослужбовцями строкової військової служби — 1 раз на тиждень по 30 хвилин» [17].

Питання правового інформування офіцерського складу Збройних Сил України пов'язане з особливостями їх службової діяльності. По-перше, офіцери одночасно є як об'єктами, так і суб'єктами правового інформування, а по-друге, в процесі служби їх діяльність може бути пов'язаною не лише з відкритою правовою інформацією, але й з правовими документами, що мають гриф секретності. Ці та інші статусні аспекти впливають на характер правового інформування офіцерського складу.

Істотний вплив на формування правової культури чинить юридична практика. Юридична практика, як форма правового виховання, сприяє передачі юридичної інформації, знань за допомогою участі людей у процесі, передусім, правозастосовної діяльності (судів, правоохоронних органів та інших органів держави).

Особливо значущу роль у правовому вихованні відіграють судова практика і діяльність судової системи в цілому, яка повинна бути реальним правосуддям. Тому виховання в офіцерського складу пошани до суду і розуміння необхідності вирішувати конфліктні ситуації в суді є

необхідним компонентом в системі правового виховання. Тим більше це важливо в аспекті загальної недовіри до діяльності судових органів в Україні і низької правової обізнаності населення щодо судового порядку захисту власних прав. Так, за даними соціологічної служби Українського центру економічних та політичних досліджень ім. Олександра Разумкова, на запитання «Чи знаєте Ви, що треба робити, щоб звернутися до суду для захисту своїх прав?» у 2007 р. лише 10,2 % респондентів дали позитивну відповідь [18].

У правовому вихованні військовослужбовців, у тому числі й офіцерського складу, важливу роль відіграють прокуратури з нагляду за додержанням законів у воєнній сфері та органи військової служби правопорядку. Свої функції щодо зміцнення законності і правопорядку в армії правоохоронні органи здійснюють у тісній взаємодії з командирами військових частин. Виховну роль мають протести прокурорів на акти органів військового управління, що суперечать закону, а також їх уявлення про усунення порушень закону, причин і умов, що сприяють порушенням, про вживання заходів щодо зміцнення законності і боротьби з правопорушеннями. Попереджувальне і виховне значення має також робота зазначених правоохоронних органів щодо розкриття злочинів і притягнення винних до відповідальності. Виховний ефект завжди мають справедливі й оперативні рішення, винесені судовими органами за фактом злочинів військовослужбовців.

В системі виховних заходів і засобів важливе місце посідає сила позитивного прикладу правомірної поведінки керівників, посадових осіб, державних службовців. У Збройних Силах України особливе значення в системі правового виховання має участь офіцерського складу в безпосередній реалізації права. Юридичні дії, що здійснюються офіцером самостійно (як в процесі службової діяльності, так і в цивільному житті), на практиці підтверджують отримані знання, сприяють виробленню умінь і навичок виконання, дотримання й використання правових норм. В умовах військової служби реалізація права військовослужбовцями, у тому числі і офіцерським складом, здійснюється шляхом практичного виконання вимог військового законодавства. По-перше, на свідомість, волю і почуття військовослужбовців безпосередньо впливають норми права, що містяться в законах, військових статутах, інструкціях, наказах. По-друге, вплив на свідомість і поведінку військовослужбовців чинить діяльність командирів (начальників) із практичного застосування права. Накази командирів, як акти застосування права, конкретизують загальні приписи законодавства, індивідуалізують права й обов'язки підлеглих, вирішують правові питання у зв'язку з конкретними обставинами. Їхній вплив є більш безпосереднім і відчутним, ніж вплив правових нормативів. Отже відданий командиром наказ повинен не лише не суперечити військовому законодавству, але й має забезпечувати гуманне, справедливе ставлення до підлеглих. По-третє, формування у військовослужбовців правової свідомості і правової культури визначається підтримкою

у військовій частині статутного порядку. Строге і точне виконання розпорядку дня, розкладу занять, статутних правил взаємовідносин між військовослужбовцями активно впливають на свідомість воїнів, сприяють формуванню у них стійкої звички поступати у суворій відповідності до закону, присяги, статуту. По-четверте, забезпечення високої ефективності виховного впливу досягається особистим прикладом командирів (начальників) по дотриманню правових норм. У Збройних Силах України особистий приклад командирів щодо неухильного виконання законів, вимог військової присяги і статутів — не просто педагогічний прийом, але й обов'язок, закріплений у статутах. По-п'яте, на процес правового виховання впливає дисциплінарна практика, тобто накладення на військовослужбовців стягнень і застосування заохочень. Дисциплінарна практика формує режим дисциплінованості, тобто внутрішньої потреби діяти відповідно до правових приписів.

Окремо слід зупинитися на миротворчій діяльності Збройних Сил України і впливі цієї діяльності на формування правової культури офіцерського складу. Україна є країною, що активно бере участь у миротворчих операціях під егідою Організації Об'єднаних Націй. Починаючи з 1992 р. близько 37 тис. військовослужбовців брало участь у міжнародних миротворчих операціях [19]. Українські миротворці виконують покладені на них завдання не ізольовано, а в тісній взаємодії з військовими підрозділами інших країн. Військовослужбовців зближують спільні цілі, умови життя і служби, урегульованість діяльності загальними нормами міжнародного права. Неминуче в процесі спільної службової діяльності відбувається культурний обмін. Військовослужбовці різних країн не лише переймають один в одного військовий досвід, вони навчаються кращим зразкам і правилам поведінки. Відомо, що в багатьох арміях Західної Європи менш гостро стоять питання щодо так званої «дідівщини». Взаємовідносини там будуються виключно на нормах військового законодавства, і кожен військовослужбовець упевнений, що у разі порушень його права будуть захищені. В деяких країнах (Швеція, Норвегія, Німеччина та ін.) існує інститут військового омбудсмена, діють військові професійні спілки (Бельгія, Данія, Ірландія, Нідерланди, Німеччина, Італія та ін.) [20, с. 45—48]. Ці органи спрямовують свою діяльність на додатковий захист прав і свобод військовослужбовців. Досвід спілкування з представниками збройних сил цих країн збагачує світогляд українських офіцерів, впливає на формування у них установок на правомірну поведінку, підвищує рівень правової культури.

Нині на перший план виходить самостійне вивчення права, оскільки успіх пізнавальної діяльності значною мірою залежить від уміння суб'єкта систематично працювати над собою. Самовиховання — не лише неодмінна умова вдосконалення особи, але й важливий елемент у системі правового виховання. Під правовим самовихованням розуміють свідому цілеспрямовану діяльність особи по формуванню і розвитку правових знань, навичок і умінь, що відповідають правовим потребам суспільства

і характеру службової діяльності [21, с. 272–273]. Його спрямовано на вироблення звички самостійно оцінювати свою поведінку, порівнювати її з еталонною. Соціальна цінність самовиховання в системі правового виховання полягає у тому, що завдяки йому індивід прагне не допустити порушення правових приписів, набуває соціально-корисні орієнтації, підвищує рівень правосвідомості і правової культури, виробляє звичку правомірної поведінки.

Змістовна сторона процесу самовиховання офіцерів включає такі аспекти розвитку особистості, як: світоглядний, військово-професійний, моральний, правовий, естетичний і фізичний [22, с. 448]. Правовий аспект вимагає внутрішньої напруги щодо формування специфічних якостей і пов'язаний із становленням правових навичок, переконань і звичок правомірної поведінки. Самовиховання здійснюється за допомогою різних методів. До найбільш загальних методів самовиховання офіцерів слід віднести самоосвіту, самозобов'язання, самоорганізацію життя і військової діяльності, самоаналіз, самозвіт тощо.

Особливо слід сказати про самоосвіту як складову частину освітнього процесу. Бажання офіцера заповнити прогалини у правовій сфері часто мотивується необхідністю захистити свої права, добитися правильного виконання норм військового законодавства. Саме в цьому випадку актуалізується право, найбільш явно проявляється його особистісна цінність. Для самоосвіти потрібна, передусім, доступність правової літератури (інформації). На теоретичному рівні виокремлюють «зовнішню» і «внутрішню» доступність правової інформації. Під «зовнішньою» доступністю слід розуміти можливість легко і швидко знайти необхідну юридичну норму, а під «внутрішньою» — можливість усвідомити інформацію про правові вимоги, що знаходяться у правовій нормі. Крім того, доступність характеризується технологічним аспектом, під яким розуміють забезпечення максимальної простоти і надійності знаходження правової інформації, і юридико-семантичним аспектом, що передбачає доступність правових матеріалів для сприйняття і правильного розуміння [1, с. 319].

Доступ до правової інформації в Україні забезпечується через засоби масової інформації як друкарські, так і аудіовізуальні; бібліотечні ресурси; архіви; мережу Інтернет. В умовах військової служби досить складно забезпечити військовослужбовцям доступ до правової інформації. Військові частини й установи часто мають у розпорядженні тільки періодичні видання, відчуваючи гострий дефіцит у правовій літературі. Фонди військових бібліотек практично не мають нових видань. Так, по нормах, щорічне поповнення бібліотечних фондів має становити не менше 10 % від загальної кількості літератури бібліотеки, у Збройних Силах України цей показник становить тільки 0,1 %, тобто у 100 разів менше [23, с. 22]. Єдиний спеціалізований військово-юридичний журнал «Право військової сфери» через відсутність фінансування не видається в Україні з початку 2010 р. Для прикладу, у Збройних Силах США ви-

дається більше десяти спеціалізованих журналів військово-юридичної спрямованості [24, с. 85].

Сьогодні найбільш дієвим засобом для офіцера підвищити рівень своїх правових знань є Інтернет. Доступ у мережі Інтернет до електронних баз даних, у тому числі і правових, є відкритим для всіх категорій громадян, незалежно від державних кордонів, національності, професії. Переваги системи Інтернет є незаперечними. Це і простота пошуку необхідної правової інформації, і швидкість її отримання, і надійність, що визначається постійним оновленням правового матеріалу, тощо. У той же час слід зазначити, що інформаційна спрямованість Інтернет поступово замінюється яскраво вираженим агітаційним, популістським і навіть агресивним підходом. Тому об'єктивність отримуваної інформації часто залежить від власного вибору користувача.

Здійснений аналіз показав, що традиційні форми правового виховання офіцерів Збройних Сил України: правове навчання, правова пропаганда, юридична практика, безпосередня реалізація права й самовиховання — не втратили на сучасному етапі свого виховного значення і тому необхідність їх використання залишається актуальною. Безпосередньою метою правового виховання слід вважати накопичення базових правових знань в офіцерського складу, а кінцевою метою — підвищення їх рівня правосвідомості і правової культури. Досягнення цих цілей сприятиме зміцненню військової дисципліни і підвищенню бойової готовності Збройних Сил України.

Л і т е р а т у р а

1. Правосвідомість і правова культура як базові чинники державотворчого процесу в Україні : монографія / [Л. М. Герасіна, О. Г. Данильян, О. П. Дзюбань та ін.]. — Х. : Право, 2009. — 352 с.
2. Калиновський Ю. Ю. Правове виховання як домінанта розвитку правової культури та правосвідомості українського суспільства / Ю. Ю. Калиновський // Проблеми законності : акад. зб. наук. пр. / [відп. ред. В. Я. Тацій]. — Х. : Нац. юрид. акад. України, 2009. — Вип. 103. — С. 253–255.
3. Методичний посібник з основних питань організації повсякденної діяльності військ (сил) / за ред. О. І. Затинаяка. — К. : Варта, 2003. — 560 с.
4. Царенко В. І. Формування правосвідомості особистості військовослужбовців-прикордонників України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / В. І. Царенко. — К., 2003. — 18 с.
5. Алещенко В. І. Правове виховання у механізмі формування правової свідомості військовослужбовців Збройних Сил України : навч.-метод. посіб. / В. І. Алещенко. — К. : НАОУ, 2008. — 224 с.
6. Кроква С. Правове виховання військовослужбовців, його організація та форми / С. Кроква // Право військової сфери. — 2007. — № 7. — С. 7–9.
7. Про Статут внутрішньої служби Збройних Сил України : Закон України від 24 берез. 1999 р., з подальшими доповненнями та змінами // Відомості Верховної Ради України. — 1999. — № 22–23. — Ст. 194.
8. Про Національну програму правової освіти населення : Указ Президента України від 18 жовт. 2001 р. № 992/2001 // Офіційний вісник України. — 2001. — № 43. — Ст. 1921.

9. Про затвердження Інструкції з організації правової підготовки у Збройних Силах України : наказ Міністра оборони України від 03.06.2011 р. № 306.
10. Корніяка В. Хто такий командир — вихователь? / В. Корніяка // Народна армія. — 2010. — 26 трав. — С. 5.
11. United States Naval Academy / Public Affairs Office. — Annapolis : Printed by Loomis Graphics, 2002. — 20 р.
12. Федічев В. М. Перспективи використання сил і засобів військової культури в інтересах підвищення бойової готовності Збройних Сил України / В. М. Федічев // Наука і оборона. — 2010. — № 2. — С. 40–45.
13. Правове виховання в сучасній Україні : монографія / [А. П. Гетьман, Л. М. Герасіна, О. Г. Данильян та ін.]; за ред. В. Я. Тація, А. П. Гетьмана, О. Г. Данильяна. — Х. : Право, 2010. — 368 с.
14. Меморандум про співпрацю у справах душпастирської опіки військовослужбовців Збройних Сил України [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.mil.gov.ua/index.php?part=massmedia&sub=read&id=13522>
15. Бойков А. Д. Некоторые вопросы теории правового воспитания / А. Д. Бойков // Правовая культура и вопросы правового воспитания / [под ред. А. Д. Бойкова]. — М. : Всесоюз. ин-т по изучению причин и разработки мер предупреждения преступности, 1974. — С. 11–38.
16. Про Всеукраїнський тиждень права : Указ Президента України від 8 груд. 2008 р. № 1149/2008 // Офіційний вісник України. — 2008. — № 94. — Ст. 3107.
17. Інструкція з організації інформаційно-пропагандистського забезпечення у Збройних Силах України : затв. наказом Міністра оборони України від 10.11.2010 р. № 583.
18. Сайт Центру Разумкова [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://razumkov.org.ua/ukr/socpolls.php>
19. Історія участі Збройних Сил України у миротворчих операціях [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.mil.gov.ua/index.php?part=peacekeeping&lang=ua&sub=history>
20. Мигачев Ю. И. Механизмы и институты защиты прав и военнослужащих в зарубежных странах / Ю. И. Мигачев // Право в вооруженных силах. — 1999. — № 2. — С. 45–48.
21. Дедкова В. В. Процес формування правової культури співробітників правоохоронних органів / В. В. Дедкова // Науковий вісник Юридичної академії Міністерства внутрішніх справ. — 2002. — № 1. — С. 268–273.
22. Військова психологія і педагогіка : підручник / [Л. А. Снігур, О. А. Хижняк, Є. М. Подтергерта та ін.]; за заг. ред. Л. А. Снігур. — Луцьк : Твердиня, 2010. — 576 с.
23. Волошин В. Ї книжка є, та спокою немає / В. Волошин // Військо України. — 2010. — № 9. — С. 21–23.
24. Викторов В. В. Военные СМИ: спрос и предложения / В. В. Викторов // Право в вооруженных силах. — 2011. — № 3. — С. 85–88.

А н о т а ц і я

Скуріхін С. М. Форми правового виховання офіцерського складу Збройних Сил України. — Стаття.

У статті розглянуті основні форми правового виховання офіцерів Збройних Сил України: правове навчання, правова пропаганда, юридична практика, безпосередня реалізація права й самовиховання. Безпосередньою метою правового виховання слід вважати накопичення базових правових знань в офіцерського складу, а кінцевою метою — підвищення рівня їх правової культури.

Ключові слова: правове виховання, правове навчання, правова пропаганда, правове інформування офіцерів.

А н н о т а ц и я

Скуріхін С. Н. Формы правового воспитания офицерского состава Вооруженных Сил Украины. — Статья.

В статье рассмотрены основные формы правового воспитания офицеров Вооруженных Сил Украины: правовое обучение, правовая пропаганда, юридическая практика, непосредственная реализация права и самовоспитание. Непосредственной целью правового воспитания следует считать накопление базовых правовых знаний офицерским составом, а конечной целью — повышение уровня их правовой культуры.

Ключевые слова: правовое воспитание, правовое обучение, правовая пропаганда, правовое информирование офицеров.

S u m m a r y

Skurikhin S. N. Forms of legal education of officers of the Armed Forces of Ukraine. — Article.

The article describes the basic forms of legal education of officers of the Armed Forces of Ukraine such as legal education, legal advocacy, legal practice, the immediate implementation of the rights and self-education. The immediate goal of legal education should be considered the accumulation of basic legal knowledge of officers, and the ultimate goal is raising their legal culture.

Keywords: legal education, legal training, legal advocacy, legal information of officers.

Розділ 2

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ЦИВІЛІСТИКИ ТА СТАЛОГО СОЦІАЛЬНОГО РОЗВИТКУ

УДК 347.1/7(477).001.11

Є. О. Харитонов

**КАТЕГОРІЇ «ПРИВАТНЕ ПРАВО»,
«ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО УКРАЇНИ»
ТА «ЦИВІЛЬНЕ ЗАКОНОДАВСТВО УКРАЇНИ»:
ДО ПРОБЛЕМИ СПІВВІДНОШЕННЯ**

До базових категорій вітчизняної правової системи належать поняття «цивільне право» та невід'ємно пов'язане з ним поняття «цивільне законодавство», котрим, зазвичай, позначається сукупність норм, що регулюють цивільні відносини. Природно, що з'ясування їх сутності, характеру співвідношення та особливостей взаємодії являє неабиякий теоретичний, а стосовно поняття «цивільне законодавство» — ще й значний практичний інтерес.

Проте варто зазначити, що, коли проблематика, пов'язана з різними аспектами характеристики категорії «цивільне право», була предметом спеціальних досліджень [1; 2], то стосовно цивільного законодавства мало місце вивчення лише окремих аспектів останнього [3; 4], тоді як у цілому ця категорія, так само, як і зв'язок та взаємодія останньої з категорією «цивільне право», залишилася фактично поза увагою вітчизняних дослідників.

Враховуючи тенденцію до ототожнення понять «приватне право» та «цивільне право», а відтак вживання їх як синонімів [1, с. 14–15] спочатку маємо розглянути, як співвідносяться названі категорії.

Не торкаючись тут детально проблем визначення поняття, сутності та змісту приватного права (котрі виходять за межі завдань цієї наукової розвідки), зазначу лише, що у вітчизняній цивілістиці у якості характерних рис приватного права зазвичай називається те, що воно: 1) регулює відносини між приватними особами, тобто між особами, жодна з яких не є фігурантом держави; 2) має визначальним принципом визнання пріоритету інтересів приватної особи (суверенітету індивіда); 3) забезпечує приватний інтерес: акцентує увагу на економічній свободі, вільному самовираженні та рівності товаровиробників, захисті власників

від сваволі держави; 4) ґрунтуючись на засадах юридичної рівності учасників цивільних відносин, забезпечує ініціативність сторін при встановленні цивільних відносин та вільне волевиявлення суб'єктів при реалізації їхніх прав; 5) припускає широке використання договірної форми регулювання; 6) містить норми, які «звернені» до суб'єктивного права і забезпечують захист останнього; 7) характеризується переважанням диспозитивних норм, які спрямовані на максимальне врахування вільного розсуду сторін при виборі правил поведінки, прямо не заборонених законодавством; 8) визначає судовий позов як основний порядок захисту інтересів суб'єктів цивільних відносин у суді.

Із врахуванням існування згаданих характерних рис приватного права та його філософії [7] воно може бути визначено як сукупність юридичної доктрини, правил і норм, що стосуються визначення статусу і захисту інтересів окремих осіб, які не є фігурантами держави, не знаходяться у відносинах влади — підпорядкування стосовно одне одного, рівноправно і вільно, на підґрунті диспозитивного методу правового регулювання, встановлюють для себе права і обов'язки у відносинах, що виникають з їх ініціативи [8, с. 23–24].

Джерелами приватного права, котрі визначають його сутність та зміст, є: 1) природне право — як основа визначення статусу приватної особи [9]; 2) національні правові системи, що визначають юридичний статус приватної особи, а також засади захисту прав та інтересів останньої; 3) колізійні норми, що передбачають компроміси при визначенні статусу приватної особи у різних національних правових традиціях тощо; 4) міжнародно-правові угоди, що стосуються зазначених питань.

Своєрідним еталоном європейських систем приватного права у галузі визначення статусу приватної особи є римське приватне право. Звісно, не можна вважати, що норми цієї давньої системи права можуть застосовуватися безпосередньо в реальному цивільному (торговому обігу). Однак і применшувати його вплив не варто, оскільки він не тільки не зменшується, але й зростає. Завдяки такому феномену як рецепція права саме римському приватному праву, як правовій системі, що втілила в собі вищі досягнення філософської, гуманітарної та юридичної думки античності, судилося стати основою сучасного приватного права Європи.

Оскільки приватне право, так само як і право публічне (котре доповнює і певною мірою «врівноважує» приватне право, як регулятор суспільних відносин), є наднаціональною системою права, некоректно вести мову про «приватне право України», «приватне право Франції», «приватне право Німеччини» тощо. Натомість має йтися про «традицію приватного права в Україні», «традицію приватного права у Франції», «традицію приватного права у Німеччині», і відповідно про галузі національного права: «цивільне право України», «цивільне право Франції», «цивільне право Німеччини» тощо.

Отже цивільне право, що розглядається під таким кутом зору, є проявом приватного права на рівні національних правових систем, виступа-

ючи тут як галузь національного права (цивільне право у об'єктивному сенсі, позитивне цивільне право).

Разом із тим слід мати на увазі, що при визначенні поняття цивільного права виникає необхідність врахування такої обставини як структурний поділ права на об'єктивне (сукупність діючих у країні юридичних норм, правил і принципів) і суб'єктивне (визнається за певним суб'єктом), зумовлений соціальними і спеціально-юридичними закономірностями. При цьому розрізняють суб'єктивне право у широкому та вузькому значенні. Суб'єктивне право у широкому значенні — це все те, що впливає з правових норм (об'єктивного права) для його носія і характеризує його як суб'єкта права. Визнання особи і організації суб'єктом права дістає вияв у тому, що вони через норми об'єктивного права набувають якостей учасника відповідних правовідносин. Суб'єктивне право у вузькому сенсі розуміється як право (можливість певної поведінки) особи, яке передбачене правовою нормою [10, с. 93–94, 169].

Проте більшість правознавців ведуть мову про суб'єктивне право як єдине поняття, визначаючи його як зумовлену об'єктивним правом міру можливої поведінки уповноваженого суб'єкта. Зміст суб'єктивного права, на їх думку, охоплює три правоможності: 1) праводію — право уповноваженого суб'єкта на певні дії; 2) правовимогу — право уповноваженого суб'єкта вимагати певної поведінки від інших осіб; 3) правопретендування — право уповноваженого суб'єкта звернутися до державних органів за захистом своїх порушених прав [11, с. 287–288].

У зв'язку з цим варто зазначити, що об'єктивне та суб'єктивне право є тісно пов'язаними, але не тотожними категоріями, котрі, до того ж, перебувають у різних площинах. Об'єктивне (цивільне) право знаходиться у одній площині з правом приватним, цивільним законодавством та іншими правовими категоріями, які стосуються абстрактного суб'єкта відносин, передбачаючи і закріплюючи існування для останнього потенційних прав та обов'язків. Натомість суб'єктивне (цивільне) право належить конкретному суб'єкту — учаснику цивільних відносин, які знаходять у сфері правового регулювання. Перебуваючи у діалектичній єдності, вони, разом із тим, не можуть бути однаковими за сутністю, призначенням, змістом тощо.

У такому контексті виправданим є розуміння цивільного права України як сукупності концепції, ідей та правових норм, що визначають правовий статус приватної особи, підстави придбання та порядок реалізації такою особою цивільних прав та обов'язків, а також засади захисту її прав та інтересів.

При цьому слід зауважити, що поділ права на приватне і публічне є науковою абстракцією, яка дозволяє у найбільш загальних рисах характеризувати два головних напрями правового регулювання суспільних відносин. Саме тому аналіз категорії приватного права, як правило, супроводжується характеристикою і права публічного, котре визначають як сукупність правових інституцій, правил та норм, що є основою

функціонування певним чином структурованої владно-організаційної системи, за допомогою якої шляхом використання імперативного методу досягається мета забезпечення публічного правопорядку і в кінцевому підсумку — реалізації та захисту прав людини [12, с. 119–122].

Приватне право разом з правом публічним у сукупності утворює єдину загальну (наднаціональну) систему об'єктивного права, що є складовою частиною цивілізації (культури). При цьому поділ права на публічне і приватне є не просто класифікаційним розмежуванням, це — якісно різні сфери правового регулювання. З перших стадій розвитку цивілізації право так і розвивається у складі двох відносно самостійних сфер — публічного і приватного права. При цьому якість права в цілому визначається розвитком кожної з них. Недооцінка суспільством будь-якої із цих сфер призводить до деформації всієї правової системи, її однобічності.

На основі такого розуміння суті приватного і публічного права можна встановити їхнє значення для регулювання тих чи інших відносин, характер співвідношення публічних або приватних елементів у їхньому регулюванні. Візьмемо як приклад відносини, що складаються у галузі підприємницької діяльності, галузева приналежність яких на сьогоднішній день викликає гострі дискусії. Скажімо, при визначенні характеру взаємовідносин підприємців з державою, встановленні державних гарантій здійснення такої діяльності, оподаткуванні підприємців, визначенні наслідків несумлінної конкуренції і т.д. — застосовуються публічно-правові засади. Тут враховується, передусім, сукупний колективний інтерес, застосовується імперативний метод правового регулювання, діють принципи публічного права. З іншого боку, для регулювання відносин, що виникають з договорів між приватними особами, навіть в процесі здійснення ними господарської, підприємницької діяльності, повною мірою придатні норми приватного права.

Отже, що стосується реальних відносин, то вони підлягають регулюванню на засадах приватного або публічного права в залежності від їх конкретного змісту.

На рівні національного права це знаходить відображення у розрізненні галузей національного права, котрі виступають як прояв засад приватного або публічного права при регулюванні відповідних груп відносин. Проте хибним було б ототожнювати приватне право з цивільним, а публічне — з адміністративним. Натомість йдеться про те, що у цивільному праві, головним чином (але не тільки), проявляються засади, правила та норми приватного права, а у праві адміністративному — проявляються засади та норми публічного права. Оскільки у цивільному праві проявляються засади як приватного, так і публічного регулювання, виникає питання про розмежування його та інших галузей національного права, що регулюють схожі відносини.

У пошуках критеріїв такого розмежування, а відтак виокремлення цивільного права, як галузі національного права, науковці традиційно

звертаються, передусім, до характеристики його предмету [13, с. 7–53; 14, с. 144–150].

Як впливає зі ст. 1 ЦК, предметом регулювання ЦК є особисті немайнові та майнові відносини. Для перших характерним є те, що вони не мають безпосереднього економічного змісту. Їх предметом є: ім'я, честь, гідність, ділова репутація, особисте життя, авторство на твори літератури, науки та мистецтва, свобода пересування та інші блага, невід'ємні від особистості. Деякі з особистих немайнових прав можуть належати також юридичним особам: право на честь, гідність, ділову репутацію, фірмове найменування, виробничу марку, товарний знак тощо. Майнові відносини наповнені безпосереднім економічним змістом, складаються стосовно матеріальних благ [15, с. 25–31; 16, с. 3–23].

Проте віднесення тих чи інших суспільних відносин до кола немайнових та майнових цивільних відносин критерієм розмежування цивільного права з іншими галузями слугувати не може, оскільки однотипні майнові відносини можуть регулюватися різними галузями права (ст. 1 та 9 ЦК України). Крім того, вадою формулювання ст. 1 ЦК України є невраховання існування так званих організаційних цивільних відносин, які можуть мати ознаки немайнових або майнових відносин, не будучи такими за своєю сутністю. Разом із тим організаційні відносини, які складаються між юридично рівними особами стосовно майнових чи немайнових благ, за своєю сутністю, зазвичай, є відносинами цивільними.

Отже згадувана можливість регулювання тих самих відносин нормами різних галузей права ще більше загострює проблему встановлення критеріїв останньої, оскільки використання правових засобів, не властивих певній сфері права, призводить до неефективності правового регулювання [17, с. 145].

У зв'язку з цим у більшості цивілістів практично не викликає сумнівів недостатність предмету цивільно-правового регулювання, як критерію виокремлення галузі цивільного права, а тому називається і аналізується ще один критерій розмежування галузей права, метод правового регулювання [18; 19, с. 143–151], в якому знаходять відображення засади (принципи), притаманні цій галузі [20, с. 134; 21, с. 112–122].

Отже розглянемо далі згаданий критерій, виходячи з того, що метод цивільно-правового регулювання — це сукупність специфічних засобів впливу на учасників цивільних відносин, що характеризуються, передусім, юридичною рівністю сторін, а також наданням останнім можливості врегулювання цих відносин на засадах їхнього вільного розсуду за винятками, встановленими цивільним законодавством.

Для методу цивільно-правового регулювання у більшості випадків властивою є відсутність категоричних приписів учасникам цивільних відносин діяти певним чином, внаслідок чого він отримав назву «диспозитивного», як такий, що відображує засади диспозитивності в правовому регулюванні [22, с. 40], на відміну від методу імперативного — властивого праву публічному. Разом із тим іноді цивільно-правовий метод

містить також елементи імперативного припису (наприклад, щодо цивільних охоронних відносин — відшкодування шкоди тощо). Характерними рисами диспозитивного уповноважувального (правонаділяючого) елементу методу цивільно-правового регулювання є: 1) юридична рівність сторін; 2) ініціатива сторін при встановленні правовідносин; 3) можливість вибору учасниками цивільних відносин варіанту поведінки, що не суперечить засадам цивільного законодавства і моральності суспільства. Характерними рисами імперативного елементу цивільно-правового методу є: 1) юридична рівність сторін; 2) виникнення правовідносин незалежно від бажання учасників цивільних відносин внаслідок безпосереднього припису закону; 3) можливість вибору учасниками цивільних відносин варіанту поведінки лише у межах, точно визначених актами цивільного законодавства. Таким чином, метод цивільно-правового регулювання охоплює як уповноважувальні диспозитивні (у регулятивних цивільних відносинах), так і імперативні (у охоронних і значною мірою у організаційних цивільних відносинах) засоби впливу на учасників цивільних відносин, маючи однак при цьому підґрунтям засади юридичної рівності сторін, справедливості, добросовісності і розумності [23, с. 121–123].

Але визнання складної структури методу цивільно-правового регулювання дає підстави для висновку, що метод правового регулювання також не можна визнати критерієм розмежування цивільного права з іншими галузями вітчизняного права, оскільки, так само як в цивільно-правовому методі наявні риси імперативності, у адміністративно-правовому методі можна виявити риси диспозитивності, скажімо, в положеннях про укладення адміністративного договору тощо [24, с. 101].

Отже виникає необхідність пошуку більш надійних і точних критеріїв виокремлення цивільного права як галузі національного права.

Логічним виглядає висновок, що такими критеріями мають слугувати функції цивільного права, тобто головні напрями впливу норм права на цивільні відносини з метою впорядкування останніх. Вони визначаються не лише специфікою предмета і методу цивільного права, але також завданнями (цілями), які стоять перед ним.

При характеристиці функцій цивільного права доцільно розрізняти ті з них, які є спільними для права взагалі (загальноправові на рівні цивільного права), і ті, що є специфічними саме для цієї галузі (специфічні цивілістичні функції)..

Загальноправовими функціями, що проявляються на цивілістичному рівні, є: 1) інформаційно-орієнтаційна функція, яка виконує завдання ознайомлення суб'єктів цивільних відносин із концепцією прав людини (приватної особи), засадами визначення становища приватної особи, загальними тенденціями правового регулювання у цій галузі тощо; 2) виховна (попереджувально-виховна, превентивна) функція, котра полягає у вихованні поваги до права взагалі, цивільних прав інших осіб, правопорядку тощо; 3) регулятивна функція, що полягає у позитивному

регулюванні цивільних відносин, наданні прав та обов'язків учасникам цих відносин, встановленні правил поведінки суб'єктів цивільного права; 4) захисна функція, яка виконує завдання захисту цивільних прав та інтересів від порушень. Вказані функції властиві будь-якій галузі права, але набувають специфічних властивостей за рахунок предмету (сфера цивільних відносин), методу правового регулювання та засад, на яких здійснюється досягнення мети.

Разом із тим цивільне право (законодавство) виконує специфічні функції, до яких належать: 1) уповноважувальна функція (полягає у тому, що створюється нормативна база — передумови — для саморегулювання у сфері приватного права. Це специфічна цивілістична функція, бо тільки у цій галузі учасники відносин можуть самі визначати для себе правила поведінки, створювати фактично нормативні акти локальної дії тощо. Її концептуальною основою є відома ще римському приватному праву сентенція «Дозволено усе, що не заборонено законом»; 2) компенсаційна функція (полягає у забезпеченні можливості відновлення порушеного цивільного права та інтересу на еквівалентній основі. Ця функція також властива лише цивільному праву, оскільки в інших галузях така мета, як правило, не ставиться).

З врахуванням викладеного вище цивільне право України може бути визначене як сукупність концепції, ідей та правових норм, що встановлюють на засадах диспозитивності, юридичної рівності та ініціативи сторін, підстави придбання, порядок реалізації і захисту цивільних прав та обов'язків фізичними та юридичними особами, а також соціальними утвореннями, що виступають як суб'єкти цивільних відносин, з метою задоволення матеріальних і духовних потреб приватних осіб та захисту їх інтересів.

Звертаючись до розгляду поняття цивільного законодавства України, передусім варто зазначити, що ЦК України його визначення не містить. Що ж стосується вітчизняної цивілістичної літератури, то тут досить виразно помітна тенденція розглядати цивільне законодавство як сукупність нормативних актів, котрі мають різну юридичну силу [25, с. 886], тобто фактично ототожнювати поняття «цивільне законодавство» та «акти цивільного законодавства».

Існування у практиці нормотворчості та правозастосування різних підходів до розуміння терміну «законодавство» відзначив Конституційний Суд України у своєму Рішенні від 9 липня 1998 р. у справі за конституційним поданням Київської міської ради профспілок щодо офіційного тлумачення ч. 3 ст. 21 Кодексу законів про працю України. При цьому Конституційний Суд України роз'яснив, що термін «законодавство», котрий міститься у ч. 3 ст. 21 Кодексу законів про працю України, слід розуміти «широко», включаючи в нього не тільки закони, але й інші відомі нині нормативні акти [26, с. 272–276].

Сам по собі зазначений підхід виглядає достатньо гнучким, оскільки під поняття «нормативного акту», з певною мірою умовності, підпадає

будь-який випадок встановлення обов'язкових для невизначеного кола учасників суспільних відносин правил поведінки, дотримання яких забезпечується можливістю застосування державного примусу. Разом із тим у зв'язку із зазначеним варто звернути увагу на ту обставину, що ототожнення поняття «законодавство» та «акти законодавства» властиве, передусім, сфері публічного права, тісно пов'язаного із законотворчістю (нормотворчістю) державних органів. Природно, що під таким кутом зору законодавство фактично розглядається як поняття, рівнозначне сукупності нормативних актів, прийнятих державними органами.

Однак глава перша ЦК України, яка називається «Цивільне законодавство України», поряд з актами цивільного законодавства, фактично, як рівнозначні поняття, згадує і договори (ст. 6 ЦК України), і звичаї (ст. 7 ЦК України). Це дає підстави для висновку, що коло форм цивільного законодавства не обмежується лише актами цивільного законодавства, а охоплює також інші види норм і загальнообов'язкових правил у цій галузі. Тобто цивільне законодавство охоплює усю сукупність норм, які регулюють цивільні відносини. Таке бачення методології правотворчості у цій галузі виглядає цілком логічним, якщо взяти до уваги ту принципово важливу обставину, що форми права і його принципи зумовлюються середовищем (матеріальним та іншим), котре його оточує [27, с. 42–43].

На користь поширювального тлумачення поняття цивільного законодавства можна згадати про таке практично важливе рішення законодавця, відображене у ст. 3 ЦК України, котра визначає загальними засадами цивільного законодавства: 1) неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини; 2) неприпустимість позбавлення права власності, крім випадків, встановлених Конституцією України та законом; 3) свобода договору; 4) свобода підприємницької діяльності, яка не заборонена законом; 5) судовий захист цивільного права та інтересу; 6) справедливість, добросовісність та розумність.

Не зупиняючись тут на характеристиці засад цивільного законодавства та співвідношенні їх з поняттям «принципи цивільного права», що є темами самостійних досліджень [28; 29; 30, с. 203–208; 31, с. 7–13], зазначу лише, що з погляду проблематики, яка є предметом дослідження у цій статті, друге зі згадуваних понять є основою функціонування цивільного (приватного) обігу взагалі, а отже адресоване усім його учасникам, усьому суспільству, а перше, — адресоване лише тим суб'єктам, які можуть бути «творцями» цивільного законодавства. Разом із тим «адресатами» у цьому випадку є не лише органи державної влади, але й учасники цивільних відносин, уповноважені приймати рішення, обов'язкові для виконання невизначеним колом осіб (відповідні органи управління господарських товариств тощо).

Отже, як впливає з положень глави першої ЦК України, у Кодексі термін «цивільне законодавство» слугує для позначення сукупності усіх

формально закріплених норм і правил, що регулюють цивільні відносини, а не лише актів цивільного законодавства.

Інша річ, що першими поміж останніх названі акти цивільного законодавства (ст. 4 ЦК України). При цьому визначення поняття актів цивільного законодавства у згаданій статті Цивільного Кодексу також відсутнє, але натомість вона містить орієнтовний перелік таких актів.

Основу цивільного законодавства України (так само як і інших галузей національного права) становить Конституція України. На основі її норм, котрі стосовно цивільного права є закріпленням на конституційному рівні положень природного права, формуються і застосовуються (а стосовно звичаїв — тільки застосовуються, бо вони сформувався раніше прийняття Конституції) різноманітні форми цивільного законодавства.

При цьому ЦК України розрізняє: основу цивільного законодавства України (Конституція України) і акти власне цивільного законодавства як такого.

Варто зазначити, що Конституція України не є актом цивільного законодавства у прямому значенні цього поняття, оскільки, як Основний Закон держави, вона становить основу усього законодавства України і містить норми різного галузевого характеру, визначаючи основи не лише цивільного, але й адміністративного, кримінального, процесуального тощо законодавства. Разом із тим, окремі її положення є нормами цивільного права, котрі регулюють цивільні відносини, а також можуть безпосередньо застосовуватися судами для захисту цивільних прав та інтересів (зокрема ст. ст. 13, 14, 21, 23, 24, 27, 28, 41 та ін).

Відповідно до ст. 8 Конституції України усі інші закони України, акти Президента України, акти Кабінету Міністрів та інших органів виконавчої влади мають прийматися на основі Конституції України і відповідати її положенням.

Акти цивільного законодавства поділяються на: основний акт — Цивільний кодекс України; інші закони України, які видаються відповідно до Конституції України та Цивільного кодексу; акти Президента України, які він видає на основі та на виконання Конституції і законів України; постанови Кабінету Міністрів, що мають загально-нормативний характер і регулюють цивільні відносини.

Свої стосунки учасники цивільних відносин можуть врегулювати шляхом укладення договорів, у тому числі й таких, що не передбачені актами цивільного законодавства, але не суперечать загальним засадам цивільного законодавства. Отже, якщо договір не згадується в актах цивільного законодавства взагалі, то особи мають право врегулювати свої відносини на власний розсуд. У такому випадку договори фактично набувають значення норми цивільного права (наприклад, корпоративним договором визначаються правила поведінки членів відповідної корпорації, а також осіб, котрі вступають з цією корпорацією у цивільні відносини).

Частина 2 ст. 7 ЦК України визначає місце звичаїв у системі норм цивільного права, передбачаючи, що звичай, який суперечить актам цивільного законодавства або договору, не застосовується. Таким чином, правові звичаї за юридичною силою поступаються і договорам, і актам законодавства.

Специфічною формою цивільного законодавства є також міжнародний договір і угода двох або кількох держав, що містить норми права про встановлення, зміну або припинення прав і обов'язків у відносинах між ними. Його специфіка полягає в тому, що це є угода суб'єктів цивільного права (ст. 6 ЦК України), котра після надання міжнародному договору в Україні у порядку, викладеному вище, чинності, стає частиною національного законодавства, а відтак переходить у категорію «акти цивільного законодавства». Разом із тим немає правових перешкод для того, щоб суб'єкти цивільних відносин, котрі виникають у державі, укладаючи угоду, обрали у якості зразку положення міжнародного договору, який не набрав чинності в Україні. У цьому випадку такий міжнародний договір — фактично стає формою цивільного законодавства, але вже не як акт цивільного законодавства, а як договір суб'єктів цивільного права. З врахуванням цих міркувань можна зробити висновок, що справедливою є оцінка міжнародного договору і як акту цивільного законодавства, і як договору суб'єктів цивільного права.

Таким чином, зміст поняття «цивільне законодавство» не обмежується і не може обмежуватися лише актами цивільного законодавства, а охоплює також інші види норм і загальнообов'язкових правил у цій галузі. Таким чином, цивільне законодавство являє собою усю сукупність формально закріплених норм, які регулюють цивільні відносини. Іншими словами, воно є сукупністю форм вираження нормативної частини цивільного права у об'єктивному сенсі останнього.

Підсумовуючи викладене, можна зробити висновок, що хоча категорії «приватне право», «цивільне право» та «цивільне законодавство» мають низку спільних рис, однак між ними існує низка суттєвих відмінностей. По-перше, приватне право фактично є науковою абстракцією — терміно-поняттям, котре слугує для позначення тієї частини феномену права, яка стосується визначення правового статусу приватної особи. Приватне право слугує методологічною основою визначення сутності та змісту цивільного права та цивільного законодавства, котрі створюються і функціонують на рівні національних правових систем. По-друге, коли цивільне право являє собою сукупність концепції, правових ідей, юридичних норм, якими визначається статус приватної особи, підстави виникнення у неї цивільних прав та обов'язків, їх реалізації та захисту, то цивільне законодавство України — це система правових форм, у яких виражаються норми, що регулюють цивільні відносини.

Існує думка, що цивільне право складає зміст цивільного законодавства, а останнє є формою вираження цивільного права. Однак таке визначення співвідношення між цивільним правом і цивільним законо-

давством є неточним, оскільки тоді ці поняття виглядають практично як рівнозначні, хоча й перебувають в різних площинах. Але ж поняття «цивільне законодавство» не охоплює повністю поняття «цивільне право», позаяк останнє включає до себе не лише правові норми, але також і доктрину цивільного права, ідеї та інші досягнення цивілістичної думки, котрі набувають практичного значення при застосуванні аналогії (особливо аналогії права), при тлумаченні судами норм цивільного законодавства тощо. Тому слід взяти до уваги, що хоча цивільне право й складає зміст цивільного законодавства, але останнє є сукупністю форм вираження лише нормативної частини цивільного права.

Л і т е р а т у р а

1. Кодифікація приватного (цивільного) права України / за ред. А. Довгєрта. — К. : Укр. центр правничих студій, 2000.
2. Сивий Р. Б. Приватне (цивільне) право в системі права України : монографія / Р. Б. Сивий. — К. : КВІЦ, 2006 — 214 с.
3. Цивільне право України (традиції та новачії) : монографія / за заг. ред. Є. О. Харитонова, Т. С. Ківалової, О. І. Харитонової ; наук. ред. Н. Ю. Голубєва. — О. : Фенікс, 2010. — 700 с.
4. Еволюція цивільного законодавства України: проблеми теорії і практики / за ред. Я. М. Шевченко. — К. : Юрид. думка, 2007. — 340 с.
5. Розвиток цивільного і трудового законодавства в Україні / Я. М. Шевченко, О. М. Малявко, А. Л. Салатко [та ін.]. — Х. : Консум, 1999. — 272 с.
6. Карабань В. Я. Тлумачення актів цивільного законодавства України : дис. ... канд. юрид. наук / В. Я. Карабань. — О., 2007. — 199 с.
7. Мадіссон В. Основи філософії приватного права : навч. посіб. / В. Мадіссон. — 2004. — 144 с.
8. Харитонов Є. О. Вступ до цивільного права України : навч. посіб. / Є. О. Харитонов. — К. : Істина, 2006.
9. Рабінович С. П. Юснатуралізм у приватному праві (західноєвропейська традиція) / С. П. Рабінович. — К. : НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2010. — 136 с.
10. Колодій А. М. Принципи права України : монографія / А. М. Колодій. — К. : Юрінком Інтер, 1998.
11. Крєстовская Н. Н. Теория государства и права / Н. Н. Крєстовская, Л. Г. Матвєва. — Х. : Одиссей, 2007.
12. Харитонова О. І. Адміністративно-правові відносини (проблеми теорії) : монографія / О. І. Харитонова. — О. : Юрид. л-ра, 2004.
13. Алексєєв С. С. Выражение особенностей предмета советского гражданского права в методе гражданско-правового регулирования. Виды гражданских правоотношений и метод гражданско-правового регулирования / С. С. Алексєєв // Антология уральской цивилистики. 1925—1989 : сб. ст. — М. : Статут, 2001.
14. Червоний Ю. С. Предмет гражданского права Украины / Ю. С. Червоний // Юридична освіта і правова держава (до 150-річчя юридичного інституту ОДУ) : зб. наук. пр. — О. : Астропринт, 1997.
15. Малєина М. Н. О предмете гражданского права / М. Н. Малєина // Государство и право. — 2001. — № 1. — С. 25—31.
16. Гонгало Б. М. Предмет гражданского права / Б. М. Гонгало // Проблемы теории гражданского права / Ин-т частного права. — М. : Статут, 2003.

17. Сібільов М. До питання про правові засоби сфери приватного права / *М. Сібільов* // Вісник Академії правових наук України. — Х., 2001. — № 3.
18. Яковлев В. Ф. Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений : учеб. пособие / *В. Ф. Яковлев*. — Свердловск, 1972. — 211 с.
19. Азімов Ч. Про предмет і метод цивільного права / *Ч. Азімов* // Вісник Академії правових наук України. — Х., 1999. — № 1. — С. 143–151.
20. Сібільов М. Загальна характеристика сфери приватного права / *М. Сібільов* // Вісник Академії правових наук України. — Х., 2001. — № 2.
21. Беробеня Н. В. Принципы права и дозвольтельный метод регулирования гражданских правоотношений / *Н. В. Беробеня* // Сборник статей по итогам всероссийской научно-практической конференции «Миграционная политика в контексте экономической безопасности России» (27 февр. 2008 г.) / под ред. А. Г. Хабибуллина. — М. : АЭБ МВД РФ, 2008.
22. Красавчиков О. А. Диспозитивность в гражданско-правовом регулировании / *О. А. Красавчиков* // Советское государство и право. — 1970. — № 1.
23. Харитонов Є. О. Метод цивільно-правового регулювання / *Є. О. Харитонов* // Правове життя сучасної України : тези доп. 9-ї звіт. наук. конф. проф.-викл. і аспірант. складу / відп. ред. Ю. М. Оборотов ; Одес. нац. юрид. акад. — О. : Фенікс, 2006.
24. Битяк Ю. Практура природа адміністративних договорів / *Ю. Битяк, О. Константій* // Вісник Академії правових наук України. — Х., 2001. — № 3.
25. Труба В. Цивільне законодавство / *В. Труба* // Енциклопедія цивільного права України / Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України ; відп. ред. Я. М. Шевченко. — К. : Ін Юре, 2009.
26. Конституційний Суд України. Рішення. Висновки. 1997–2001. Т. 1 / відп. ред. П. Б. Євграфов. — К. : Юрінком Інтер, 2001.
27. Марченко М. Н. Источники права : учеб. пособие / *М. Н. Марченко*. — М. : ТК Велби : Проспект, 2005.
28. Потапова О. А. Принципы гражданского права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / *О. А. Потапова* ; УГУ. — Ульяновск, 2002.
29. Кузнецова Н. С. Поняття та принципи цивільного права / *Н. С. Кузнецова* // Практура застосування окремих норм Цивільного кодексу України : практ. посіб. — К. : Ін Юре, 2008.
30. Беробеня Н. В. О природе принципов гражданского права / *Н. В. Беробеня* // Россия: тенденции и перспективы развития : сб. науч. ст. РАГС, ИНИОН, СЗАГС / под общ. ред. В. К. Егорова, А. С. Горшкова, В. М. Герасимова, М. А. Кашиной. — М. : Изд-во РАГС, 2006. — Вып. 5, ч. 1.
31. Харитонов Є. О. Принципы цивільного права: до постановки проблеми / *Є. О. Харитонов* // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. пр. / редкол.: С. В. Ківалов (голов. ред.) [та ін.]. — О. : Юрид. л-ра, 2008. — Вип. 38 / відп. за вип. Ю. М. Оборотов.

А н о т а ц і я

Харитонов Є. О. Категорії «приватне право», «цивільне право України» та «цивільне законодавство України»: до проблеми співвідношення. — Стаття.

У статті розглядаються проблемні питання визначення поняття та характеристики базових категорій «приватне право», «цивільне право України» та «цивільне законодавство України», а також аналізується наявність у них спільних рис та відмінностей між ними.

Ключові слова: приватне право, цивільне право, цивільне законодавство, акти законодавства, договір, звичай.

А н н о т а ц и я

***Харитонов Е. О.* Категории «частное право», «гражданское право Украины» и «гражданское законодательство Украины»: к проблеме соотношения. — Статья.**

В статье рассматриваются проблемные вопросы определения понятия и характеристики базовых категорий «частное право», «гражданское право Украины» и «гражданское законодательство Украины», а также анализируется наличие у них общих черт и различий между ними.

Ключевые слова: частное право, гражданское право, гражданское законодательство, акты законодательства, договор, обычай.

S u m m a r y

***Kharitonov E. O.* Categories of «private law», «civil Law of Ukraine» and «civil legislation of Ukraine»: the problem of correlation. — Article.**

The article deals with the problems of definition and characteristics of the basic categories of «private law», «civil law of Ukraine» and «civil legislation of Ukraine». Also author analyzed common features and differences between them.

Keywords: private law, civil law, civil legislation, acts of legislation, contract, custom.

УДК 347.77.028

*О. І. Харитонова***ДО ПРОБЛЕМИ ВИОКРЕМЛЕННЯ КАТЕГОРІЇ
«ТВОРЧІ ПРАВОВІДНОСИНИ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ»**

В умовах формування постіндустріального суспільства не викликає сумнів практичне значення забезпечення реалізації результатів інтелектуальної, творчої діяльності, а отже й актуальність дослідження проблем, що виникають у цій сфері.

Попри значну увагу науковців до загальних проблем охорони прав інтелектуальної власності, в тому числі до правовідносин інтелектуальної власності, як виду загальної категорії правовідносин [1], у вітчизняному правознавстві до останнього часу практично відсутні наукові розвідки особливостей авторських правовідносин у широкому значенні цього поняття (правовідносин, що складаються в результаті саме творчої діяльності).

Враховуючи цю обставину, з'ясуємо поняття та особливості авторських правовідносин, слідуючи при цьому для зручності за структурою книги четвертої ЦК України, де фактично відображена вітчизняна концепція цивільного законодавства у галузі інтелектуальної власності.

Глава 36 ЦК України встановлює права інтелектуальної власності на літературний, художній та інший твір.

Оскільки значною мірою особливості відповідних правовідносин пов'язані з тим, стосовно чого вони виникають, почнемо з аналізу об'єктів авторських правовідносин.

Відповідно до частини першої ст. 433 ЦК України об'єктами авторського права є твори, а саме: 1) літературні та художні твори, зокрема: романи, поеми, статті та інші письмові твори; лекції, промови, проповіді та інші усні твори; драматичні, музично-драматичні твори, пантоміми, хореографічні, інші сценічні твори; музичні твори (з текстом або без тексту); аудіовізуальні твори; твори живопису, архітектури, скульптури та графіки; фотографічні твори; твори ужиткового мистецтва; ілюстрації, карти, плани, ескізи і пластичні твори, що сто-

суються географії, топографії, архітектури або науки; переклади, адаптації, аранжування та інші переробки літературних або художніх творів; збірники творів, якщо вони за добром або упорядкуванням їх складових частин є результатом інтелектуальної діяльності; 2) комп'ютерні програми [2]; 3) компіляції даних (бази даних), якщо вони за добром або упорядкуванням їх складових частин є результатом інтелектуальної діяльності; 4) інші твори.

Об'єктом авторського права може бути не будь-який твір, а тільки той, що відповідає встановленим законом вимогам: а) має творчий, оригінальний характер; б) виражений в об'єктивній формі.

Оскільки авторські правовідносини належать до абсолютних правовідносин, їх визначальним учасником є управоможена особа. Такою особою, первинним суб'єктом авторських прав є автор твору.

Автором твору вважається фізична особа, зазначена звичайним способом як автор на оригіналі або на примірнику твору, якщо не доведене інше (частина перша ст. 435 ЦК України; ст. 2, частина друга ст. 10 Закону України «Про авторське право і суміжні права»).

Авторська дієздатність не співпадає із загальною цивільною дієздатністю. Згідно зі ст. 421 ЦК України творцями (авторами) визнаються як повнолітні, так і неповнолітні особи, а також частково дієздатні, обмежено дієздатні або недієздатні особи. Відповідно до ст. 33 ЦК України особи до 14 років можуть здійснювати особисті немайнові права на твори науки, літератури і мистецтва й інші об'єкти інтелектуальної власності, а майновими правами в їх інтересах розпоряджаються законні представники (батьки, опікуни). Особи віком з 14 до 18 років (ст. 34 ЦК України) можуть здійснювати свої авторські права самостійно. Вони мають право укладати авторські договори, отримувати винагороду за використання своїх творів, що їм належать.

Суб'єктами авторських правовідносин можуть бути також інші фізичні та юридичні особи, які набули прав на твори відповідно до договору або закону.

Зміст авторських правовідносин складається з прав автора щодо створеного ним твору і обов'язків усіх інших учасників цивільних відносин не порушувати права автора і не перешкоджати йому використовувати його авторські права.

Права автора на твір поділяються на дві групи: особисті немайнові права і майнові права.

Особисті немайнові права можуть належати тільки авторам творів. Вони належать автору незалежно від його майнових прав. За загальним правилом особисті немайнові права не можуть передаватися іншим особам.

Орієнтовний перелік особистих немайнових прав автора встановлений ст. ст. 423 та 438 ЦК України, відповідно до яких йому належать такі особисті немайнові права: 1) право на визнання творцем (автором, виконавцем, винахідником тощо); 2) право перешкоджати будь-якому

посяганню на твір, здатному завдати шкоди честі чи репутації творця; 3) право вимагати зазначення свого імені у зв'язку з використанням твору, якщо це практично можливо; 4) право забороняти зазначення свого імені у зв'язку з використанням твору; 5) право обирати псевдонім у зв'язку з використанням твору; 6) право на недоторканність твору; 7) інші особисті немайнові права, встановлені законом.

Майновими правами автора є: 1) право на використання твору; 2) виключне право дозволяти використання твору; 3) виключне право перешкоджати неправомірному використанню твору; 4) інші майнові права, встановлені законом (ст. ст. 424, 440 ЦК України). Більш детальний їх перелік встановлений ст. 15 Закону України «Про авторське право і суміжні права».

Статтею 445 ЦК України встановлене одне з основних майнових прав автора твору — право на плату за кожен продаж оригіналу його твору. Здається, це вже не саме право власності, а похідне від використання право, яке доповнюється правом слідування, передбаченим ст. 448 ЦК України.

Із врахуванням викладеного можна визначити авторські правовідносини у вузькому значенні цього поняття як врегульовані нормами законодавства суспільні відносини, що складаються між автором твору літератури, науки та мистецтва (або правонаступником автора) та усіма іншими особами у процесі створення, розпорядження та використання зазначених творів.

Поряд з авторськими правовідносинами у ЦК України, Законі України «Про авторське право і суміжні права» та інших законодавчих актах у цій галузі згадуються так звані «суміжні права». В ЦК України глава 37 називається «Право інтелектуальної власності на виконання, фонограму, відеограму та програму (передачу) організації мовлення (суміжні права)».

Правовідносини, суміжні з авторськими, це врегульовані нормами законодавства суспільні відносини, що складаються між виконавцем, виробником фонограм, відеограм тощо або особами, вказаними у договорі чи у законі як володілець зазначених прав, та усіма іншими особами у процесі виконання, використання творів, вироблення та використання фонограм, відеограм, програм організацій мовлення тощо.

Специфіка «суміжних» правовідносин полягає в тому, що вони пов'язані з використанням окремих технічних пристроїв, об'єкти суміжних прав закріплюються на матеріальних носіях. Крім того, здійснювати виконання можна повторно перед необмеженою аудиторією.

Отже правовідносини, суміжні з авторськими, тісно пов'язані з останніми і є похідними від них. Разом із тим вони мають власну нормативну базу, яка зокрема включає Закон України від 23 грудня 1993 р. «Про авторське право і суміжні права» (у редакції від 11 липня 2001 р.), інші закони, а також міжнародні договори, серед яких Бернська конвенція з охорони літературних та художніх творів 1886 р., Римська конвен-

ція про охорону інтересів виконавців, виробників фонограм, а також виробників організацій мовлення та інші.

Об'єктами суміжних прав є: а) виконання; б) фонограми; в) відеограми; г) програми (передачі) організацій мовлення. При цьому для легітимації зазначених об'єктів не вимагається виконання будь-яких формальностей щодо цих об'єктів. Не висуваються також якісь спеціальні вимоги щодо їхнього призначення, змісту, цінності тощо, способу чи форми вираження (ст. 449 ЦК України, ст. 35 Закону України «Про авторське право і суміжні права»). Перелік об'єктів суміжних прав є вичерпним.

Суб'єктами суміжних правовідносин є уповноважені суб'єкти (суб'єкти суміжних прав) і зобов'язані суб'єкти (суб'єкти пасивного обов'язку не порушувати права уповноважених суб'єктів). У свою чергу суб'єкти суміжних прав поділяються на первинні і вторинні.

Первинними суб'єктами суміжних прав є виконавець, виробник фонограми, виробник відеограми, організація мовлення.

Похідними (вторинними) суб'єктами суміжних прав є інші особи, які набули суміжних прав відповідно до договору чи закону. До осіб, які отримують суміжні права за законом, належать зокрема спадкоємці фізичної особи — суб'єкта суміжних прав.

Зміст правовідносин, суміжних з авторськими, складають майнові та немайнові права уповноваженого суб'єкта та обов'язки усіх інших осіб не порушувати ці права.

Перелік майнових «суміжних» прав міститься у ст. 452 ЦК України та ст. ст. 39–41 Закону України «Про авторське право і суміжні права». Щодо «суміжних» особистих немайнових прав ЦК України окремої згадки не містить. Однак їхній перелік встановлений ст. 38 Закону України «Про авторське право і суміжні права» окремо для виконавців творів та права на ім'я (назву) виробників фонограм, відеограм і організацій мовлення.

Виконавцеві твору належать особисті немайнові права: 1) визнання того, що він є виконавцем твору; 2) вимога, щоб його ім'я або псевдонім зазначалися або повідомлялися у зв'язку з кожним його виступом, записом чи виконанням (у разі, якщо це можливо); 3) вимога забезпечення належної якості запису його виконання і протидія будь-якому перекрученню, спотворенню чи іншій суттєвій зміні, що може завдати шкоди його честі і репутації.

Творчими за своєю сутністю є також правовідносини промислової власності.

Промислова власність згідно з Паризькою конвенцією з охорони промислової власності від 20 березня 1883 р. визначається як права (очевидно, маються на увазі відносини), що стосуються винаходів, корисних моделей, промислових зразків, знаків для товарів і послуг, фірмових найменувань, зазначень походження товарів, а також захист від недобросовісної конкуренції. Отже згідно з Паризькою конвенцією промислова власність розуміється в найбільш широкому значенні і за-

значене поняття поширюється не тільки на промисловість і торгівлю у власному значенні слова, але також і на галузі сільськогосподарського виробництва і видобувної промисловості та на всі продукти промислового чи природного походження, наприклад: вино, зерно, тютюновий лист, фрукти, худобу, копалини, мінеральні води, пиво, квіти, борошно. Таким чином, «право промислової власності» включає в себе так зване «патентне право» [3], а також право інтелектуальної власності на правові засоби індивідуалізації учасників цивільного обороту, товарів і послуг. Звідси випливає, що категорія «правовідносини промислової власності» виступає своєрідним «збірним поняттям», яким охоплюються патентні правовідносини і так звані «індивідуалізаційні» правовідносини (правовідносини «індивідуалізації»).

Патентні правовідносини — це врегульовані нормами законодавства (права) відносини, що виникають у процесі створення і використання винаходів, корисних моделей та промислових зразків. В науковій літературі їх іноді іменують «патентно-правовими відносинами» [4]. Проте таке позначення видається не надто вдалим, оскільки припускає існування патентного законодавства, як самостійної (або хоча б відносно самостійної) галузі, що, у свою чергу, викликає сумніви. Тому більш прийнятним здається практично нейтральний термін «патентні правовідносини».

В Україні нормативну базу «патентних прав» складають ЦК України, Закон України від 15 грудня 1993 р. (у редакції від 1 червня 2000 р. з наступними змінами) «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі», інші закони, міжнародні угоди, підзаконні нормативно-правові акти.

Об'єктами патентних правовідносин є патентоздатні винаходи, корисні моделі та промислові зразки.

Винахід — це результат інтелектуальної діяльності людини в будь-якій сфері технології (Закон України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі»). Умовами патентоздатності винаходу є його новизна, винахідницький рівень та промислова придатність.

Згідно з частиною другою ст. 459 ЦК України об'єктом винаходу може бути продукт (пристрій, речовина тощо) або процес у будь-якій сфері технології. Крім того, у частині другій ст. 6 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» такими об'єктами названі продукт (пристрій, речовина, штам мікроорганізму, культура клітин рослини і тварини тощо) та процес (спосіб), а також нове застосування відомого продукту чи процесу [5].

Корисна модель — це результат інтелектуальної діяльності людини в будь-якій сфері технології. Від винаходу вона відрізняється тим, що за своїм внеском у розвиток техніки є менш значущою, ніж винахід, для неї закріплена спрощена процедура видачі охоронних документів (так звані малі патенти, що мають менший строк дії, менше мито тощо) [6].

Промисловий зразок — це результат творчої діяльності людини в галузі художнього конструювання (форма, малюнок чи розфарбування

або їх поєднання), що визначає зовнішній вигляд. Придатність промислового зразка бути об'єктом правовідносин інтелектуальної власності визначається його новизною [7].

Суб'єктами відповідних правовідносин інтелектуальної власності згідно зі ст. 463 ЦК України є: 1) винахідник, автор промислового зразка; 2) інші особи, які набули прав на винахід, корисну модель та промисловий зразок за договором чи законом.

Первинним управоможеним суб'єктом «патентних» правовідносин є винахідник, автор промислового зразка — це фізична особа, творчою працею якої створений об'єкт, якій визнано винаходом, корисною моделлю або промисловим зразком. Для визнання особи автором не має значення обсяг її дієздатності, громадянство тощо.

До вторинних управоможених суб'єктів патентних правовідносин належать інші заявники на одержання патенту та особи, що отримують права інтелектуальної власності на винахід, корисну модель, промисловий зразок від інших осіб у порядку правонаступництва.

Зміст патентних правовідносин складають права управоможених та обов'язки зобов'язаних їх учасників.

Особливістю патентних правовідносин є те, що права управоможених осіб стосовно об'єктів цих відносин виникають лише після їх визнання такими державними органами та отримання патенту — охоронного документу, який засвідчує визнання заявленої пропозиції винаходом, корисною моделлю чи промисловим зразком, авторство на них, пріоритет і право інтелектуальної власності на ці об'єкти (частина перша ст. 462 ЦК України). Видача патенту супроводжується встановленням організаційних патентних правовідносин, в межах яких відбувається спеціальна процедура легітимації таких об'єктів.

Винахідник, автор промислового зразка має майнові права: 1) використовувати винахід, корисну модель, промисловий зразок; 2) дозволяти використання винаходу, корисної моделі, промислового зразка (видавати ліцензії); 3) перешкоджати неправомірному використанню винаходу, корисної моделі, промислового зразка, в тому числі забороняти таке використання; 4) інші майнові права інтелектуальної власності, встановлені законом (ст. 464 ЦК України).

Немайновими правами є: 1) право авторства; 2) право на авторське ім'я; 3) право перешкоджати будь-якому посягання на право інтелектуальної власності, що може завдати шкоди честі чи репутації творця.

До правовідносин, суміжних з правовідносинами промислової власності, належать ті правовідносини, що виникають стосовно специфічних результатів інтелектуальної діяльності, пов'язаних з промисловою власністю, але котрі, разом із тим, беззастережно не можуть бути віднесені до промислової власності (раціоналізаторські пропозиції, наукові відкриття, компонування інтегральних мікросхем, комерційні таємниці (ноу-хау). З огляду на цю особливість такі правовідносини можуть бути поіменовані «нетрадиційні правовідносини промислової власності».

Із врахуванням зазначеної специфіки об'єктів відповідні правовідносини можна визначити як правовий зв'язок, що виникає між учасниками цивільних відносин, які мають права на вказані у законі об'єкти, і усіма іншими особами, що зобов'язані ці права не порушувати.

Відповідно з ст. 481 ЦК України раціоналізаторською пропозицією є визнана юридичною особою пропозиція, яка містить технологічне (технічне) або організаційне рішення в будь-якій сфері її діяльності. Умовами охороноздатності раціоналізаторської пропозиції традиційно вважається те, що вона: 1) є технічним або організаційним рішенням; 2) відноситься до профілю підприємства, в яке вона подається; 3) є новою і корисною [8].

Об'єктами права інтелектуальної власності на раціоналізаторську пропозицію може бути матеріальний об'єкт або процес.

Суб'єктами права інтелектуальної власності на раціоналізаторську пропозицію є раціоналізатор і юридична особа, якій ця пропозиція подана. Авторами раціоналізаторських пропозицій можуть бути тільки фізичні особи. Однак юридична особа, яка визнала пропозицію раціоналізаторською, також має значний обсяг прав інтелектуальної власності, зокрема право на використання цієї пропозиції у будь-якому обсязі.

До змісту правовідносин інтелектуальної власності на раціоналізаторську пропозицію традиційно включають особисті немайнові права: право авторства; право на авторське ім'я; право на участь у роботах із впровадження пропозиції, а також майнові права: право на одержання винагороди та право на користування існуючими нормами і розцінками протягом певного строку, хоча в сучасних умовах реальність деяких з них викликає сумніви.

Науковим відкриттям відповідно до ст. 457 ЦК України є встановлення невідомих раніше, але об'єктивно існуючих закономірностей, властивостей і явищ матеріального світу, які вносять докорінні зміни у рівень наукового пізнання.

Об'єктами правовідносин інтелектуальної власності тут є невідомі раніше закономірності, особливості і явища матеріального світу.

Право на наукове відкриття засвідчується дипломом та охороняється у порядку, встановленому законом.

Суб'єктами прав на наукове відкриття є автор (співавтори) наукового відкриття — фізична особа, правонаступники автора, наукові установи, якщо відкриття зроблене у зв'язку із виконанням службового завдання. При цьому всі авторські права належать автору наукового відкриття.

Компонування інтегральної мікросхеми — це зафіксоване на матеріальному носії просторово-геометричне розміщення сукупності елементів інтегральної мікросхеми та з'єднань між ними, яке не створене шляхом прямого відтворення (копіювання) іншого компонування інтегральної мікросхеми, має відмінності, що надають йому нові властивості, і не було відоме у галузі мікроелектроніки до дати подання заявки до Державного департаменту інтелектуальної власності або до дати його

першого використання (ст. 471 ЦК України). Об'єктами правовідносин інтелектуальної власності є компонування інтегральної мікросхеми. Відповідно до ст. 472 ЦК України набуття права інтелектуальної власності на компонування інтегральної мікросхеми засвідчується свідоцтвом. Суб'єктами правовідносин інтелектуальної власності на компонування інтегральної мікросхеми є: 1) автор компонування інтегральної мікросхеми (первинний суб'єкт); 2) інші особи, які набули прав на компонування інтегральної мікросхеми за договором чи законом (вторинні суб'єкти — правонаступники автора та заявники, роботодавці авторів компонування інтегральної мікросхеми, замовники тощо).

Зміст правовідносин інтелектуальної власності на компонування інтегральної мікросхеми охоплює такі майнові права автора: 1) право на використання компонування інтегральної мікросхеми; 2) право дозволяти використання компонування інтегральної мікросхеми; 3) право перешкоджати неправомірному використанню компонування інтегральної мікросхеми, в тому числі забороняти таке використання; 4) інші майнові права інтелектуальної власності, встановлені законом (ст. 474 ЦК України).

Зміст правовідносин інтелектуальної власності на комерційну таємницю охоплює майнові права: 1) використовувати комерційну таємницю; 2) дозволяти використання комерційної таємниці; 3) перешкоджати неправомірному розголошенню, збиранню або використанню комерційної таємниці; 4) інші майнові права інтелектуальної власності, встановлені законом.

Суміжними із правовідносинами промислової власності, котрі не охоплюються зазначеним поняттям, хоча є близькими до нього, є також правовідносини з такими об'єктами як селекційні досягнення: сорт рослин або порода тварин, які є результатом творчої діяльності у сфері живої природи. Суб'єктами є безпосередні творці, володільці виключних прав на їхнє використання (патентоволодільці), спадкоємці та правонаступники. Авторами сорту рослин, породи тварин можуть бути фізичні особи, завдяки творчій праці яких виведено, створено або виявлено сорт рослин, породу тварин. Зміст правовідносин інтелектуальної власності на селекційні досягнення складають особисті немайнові та майнові права на сорт рослин, породу тварин, засвідчені державною реєстрацією, та відповідний обов'язок усіх інших осіб не порушувати ці права.

В окрему групу виділяють правовідносини, які виникають у зв'язку зі створенням та використанням так званих знаків індивідуалізації (комерційного найменування, торговельної марки тощо). Хоча у главах 43—45 ЦК України, присвячених регулюванню відповідних відносин, як і в інших вітчизняних актах законодавства, позначення «знаки індивідуалізації» не вживається, однак воно набуло поширення в літературі, що дозволяє запропонувати й похідне від нього терміно-поняття «індивідуалізаційні правовідносини (правовідносини індивідуалізації)» інтелектуальної власності.

Індивідуалізаційні правовідносини інтелектуальної власності (правовідносини індивідуалізації) можемо визначити як врегульований законодавством правовий зв'язок, що складається між учасниками цивільних відносин у процесі забезпечення охорони, створення та використання засобів індивідуалізації [10].

Права на засоби індивідуалізації учасників цивільного обігу товарів і послуг не належать ні до авторського, ні до патентного права, хоча можуть містити окремі ознаки першого і другого. Їх особливістю є саме проміжне становище і те, що вони не завжди вирізняються творчим характером. Об'єктами правовідносин індивідуалізації є комерційні найменування, торговельні марки, географічні зазначення (зазначення походження товару). Суб'єктами права інтелектуальної власності на торговельну марку є фізичні та юридичні особи. При цьому право інтелектуальної власності на певну торговельну марку може належати одночасно кільком фізичним та (або) юридичним особам (ст. 493 ЦК України). Набуття права інтелектуальної власності на торговельну марку засвідчується свідоцтвом. Суб'єктами права інтелектуальної власності на географічне зазначення є виробники товарів, асоціації споживачів, інші особи, визначені законом (ст. 502 ЦК України) [11]. Зміст правовідносин індивідуалізації охоплює немайнові права та майнові права суб'єктів цих правовідносин і обов'язки усіх інших учасників цивільних відносин.

Отже концепція, структура та зміст норм міжнародних угод, ЦК України та спеціального законодавства у галузі інтелектуальної власності дають підстави розрізняти наступні види цивільних правовідносин інтелектуальної власності:

- 1) авторські правовідносини;
- 2) правовідносини, суміжні з авторськими;
- 3) правовідносини промислової власності;
- 4) правовідносини, суміжні з правовідносинами промислової власності;
- 5) індивідуалізаційні правовідносини інтелектуальної власності (правовідносини індивідуалізації).

Аналіз особливостей об'єктів правовідносин інтелектуальної власності (об'єктів, стосовно яких виникають цивільні права та обов'язки) свідчить про доцільність розрізнення двох принципово відмінних груп правовідносин інтелектуальної власності.

До першої з них можуть бути віднесені ті правовідносини, які виникають стосовно таких об'єктів як літературні, художні твори, винаходи та інші результати інтелектуальної, творчої діяльності. Їх характеризує обов'язкова наявність творчості, як характерної (необхідної) риси об'єкту правовідносин інтелектуальної власності. Відповідно головним (первинним, визначальним) суб'єктом зазначених правовідносин, у першу чергу, виступає творець згаданого об'єкту (автор). Крім того, специфічною є підстава їхнього виникнення: нею слугує, в першу чергу, створення літературних, художніх творів, винаходів та інших результатів інтелектуальної, творчої діяльності. Відповідне відображення сукупність зазначених

особливостей знаходить і у змісті правовідносин (характері права автора або його правонаступників чи інших осіб, вказаних у законі).

Це дозволяє стверджувати, що правовідносини інтелектуальної власності, які належать до цієї групи, можуть розглядатися як певна, досить стійка, сукупність однорідних категорій у галузі правового регулювання відносин інтелектуальної власності.

Натомість правовідносини інтелектуальної власності, які можна віднести до другої групи, виникають з підстав і щодо об'єктів, вказаних у законі, незалежно від наявності властивостей творчості тощо. Так, присвоєння фірмового (комерційного) найменування організації не потребує і не припускає якихось особливих інтелектуальних зусиль, що супроводжуються принципово новими уявленнями [12].

Таким чином, маємо парадоксальну ситуацію: цивільні правовідносини інтелектуальної власності, для яких є спільною така важлива ознака об'єкту, як те, що він є результатом інтелектуальної, творчої діяльності (літературні, художні твори, винаходи, наукові відкриття тощо), розглядаються як категорії, що відрізняються одна від одної. Разом із тим, цивільні правовідносини, що істотно різняться сутністю їх об'єктів (наприклад, результати інтелектуальної, творчої діяльності, на кшталт винаходу, і географічні позначення, право на які жодною мірою ніяк не пов'язане з творчістю) — правовідносини промислової власності, віднесені до одного й того ж виду правовідносин інтелектуальної власності за вторинною ознакою — сфера використання.

Усунути зазначену парадоксальну ситуацію, як здається, можна було б шляхом «перегрупування» правовідносин інтелектуальної власності з урахуванням особливостей головного і визначального у цьому випадку критерію — об'єкту правовідносин. Точніше із врахуванням наявності чи відсутності в такому об'єкті ознак результату інтелектуальної, творчої діяльності. З цієї визначальної ознаки випливає і пов'язана з нею інша важлива ознака — визнання у правовідносинах, де об'єктом є результат, творчої діяльності, первинним суб'єктом зазначених правовідносин саме творця — особи, чиїми зусиллями створено вказаний результат. (Умовно їх можна назвати «творчими правовідносинами»). Слід згадати, що на подібність авторського і патентного права свого часу звертав увагу один з класиків російської цивілістики О. О. Жиленко [13]. І хоча його позиція піддається критиці сучасними російськими цивілістами [14], однак докази останніх здаються не надто переконливими.

Натомість у правовідносинах, які складаються стосовно об'єкту інтелектуальної власності, який не має ознак результату творчої діяльності, суб'єктом (правоволодільцем) може бути будь-яка особа, вказана у законі (індивідуалізаційні правовідносини).

З урахуванням названих критеріїв цивільні правовідносин інтелектуальної власності можна поділити на дві групи, що об'єднують достатньо однорідні правовідносини. Перша з них — це «творчі (авторські) правовідносини». Друга — індивідуалізаційні правовідносини.

Література і примітки

1. Харитонов О. І. Проблемні питання класифікації правовідносин інтелектуальної власності / *О. І. Харитонов* // Вісник Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна. Серія. Право. — 2010. — № 929. Спецвип. — С. 345–350; Харитонов О. І. Поняття та види цивільних правовідносин інтелектуальної власності / *О. І. Харитонов* // Право України. — 2011. — № 3. — С. 66–77.
2. Варто зазначити, що захист авторських прав щодо цього об'єкту може розглядатися під різні ми кутами зору. Див., наприклад: Дмитришин В. С. Набуття та передання авторських прав на комп'ютерні програми : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / *В. С. Дмитришин*. — К., 2008. — 20 с.; Колісник А. С. Цивільно-правовий захист програмного забезпечення : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / *А. С. Колісник*. — О., 2007. — 18 с.
3. Характеристику див., наприклад: Городов О. А. Право промышленной собственности : учебник / *О. А. Городов*. — М. : Статут, 2011. — С. 6–20.
4. Городов О. А. Право промышленной собственности : учебник / *О. А. Городов*. — М. : Статут, 2011. — С. 21.
5. Характеристику винаходу див.: Гареев Є. Ш. Винахід як об'єкт правової охорони / *Є. Ш. Гареев* // Актуальні проблеми держави і права. — 2004. — Вип. 23. — С. 178–183.
6. Характеристику див.: Городов О. А. Право промышленной собственности : учебник / *О. А. Городов*. — М. : Статут, 2011. — С. 224–228.
7. Макода В. Є. Правова охорона промислових зразків в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / *В. Є. Макода*. — К., 2001.
8. Прахов Б. Раціоналізаторська пропозиція як об'єкт охорони інтелектуальної власності / *Б. Прахов* // Інтелектуальний капітал. — 2002. — № 7–8. — С. 46–50; Закорецька Г. Охорона прав на раціоналізаторську пропозицію в новому Цивільному кодексі України / *Г. Закорецька* // Інтелектуальна власність. — 2003. — № 4. — С. 3–6; Андросчук Г. Раціоналізаторська пропозиція як об'єкт промислової власності: проблеми регулювання / *Г. Андросчук* // Інтелектуальна власність. — 2006. — № 4. — С. 37–44.
9. Городов О. А. Право на средства индивидуализации : товарные знаки, знаки обслуживания, наименования мест происхождения товаров, фирменные наименования, коммерческие обозначения / *О. А. Городов*. — М. : Волтерс Клувер, 2006. — 448 с.
10. Харитонов Є. О. Цивільні правовідносини : монографія / *Є. О. Харитонов, О. І. Харитонов*. — 2-ге вид., переробл. і допов. — О. : Фенікс, 2011. — С. 238.
11. Архипова М. І. Цивільно-правова охорона географічних зазначень в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / *М. І. Архипова*. — К., 2006. — 19 с.
12. Хохлов В. А. Авторское право: законодательство, теория, практика / *В. А. Хохлов*. — М. : Городец, 2008. — С. 10.
13. Пиленко А. А. Право изобретателя / *А. А. Пиленко*. — М. : Статут, 2001. — 688 с.
14. Зенин И. А. Истоки российской науки патентного права / *И. А. Зенин* // Право изобретателя / *А. А. Пиленко*. — М. : Статут, 2001. — С. 16–18.

Анотація

Харитонов О. І. До проблеми виокремлення категорії «творчі правовідносини інтелектуальної власності». — Стаття.

Питання охорони прав інтелектуальної власності є на сьогоднішній день дуже актуальним та, на жаль, недостатньо розробленим. Аспекти, розглянуті в даній статті, дають підстави розрізняти види цивільних правовідносин інтелектуальної власності на авторські правовідносини; правовідносини, суміжні з авторськими; правовідносини промислової власності; правовідносини, суміжні з правовідносинами промислової власності;

індивідуалізаційні правовідносини інтелектуальної власності (правовідносини індивідуалізації). Даний розподіл дозволяє охопити всі сфери суспільного життя інституту права інтелектуальної власності.

Ключові слова: творчі правовідносини інтелектуальної власності, авторські правовідносини, правовідносини, суміжні з авторськими, правовідносини промислової власності, правовідносини, суміжні з правовідносинами промислової власності, індивідуалізаційні правовідносини інтелектуальної власності.

А н н о т а ц и я

Харитонова Е. И. К проблеме выделения категории «творческие правоотношения интеллектуальной собственности». — Статья.

Вопрос охраны прав интеллектуальной собственности является на сегодняшний день очень актуальным но, к сожалению, недостаточно разработанным. Аспекты, рассмотренные в данной статье, дают основания различать виды гражданских правоотношений интеллектуальной собственности на авторские правоотношения; правоотношения, смежные с авторскими; правоотношения промышленной собственности; правоотношения, смежные с правоотношениями промышленной собственности; индивидуализационные правоотношения интеллектуальной собственности (правоотношения индивидуализации). Данное разграничение позволяет охватить все сферы общественной жизни института права интеллектуальной собственности.

Ключевые слова: творческие правоотношения интеллектуальной собственности, авторские правоотношения, правоотношения, смежные с авторскими, правоотношения промышленной собственности, правоотношения, смежные с правоотношениями промышленной собственности, индивидуализационные правоотношения интеллектуальной собственности.

S u m m a r y

Kharitonova H. I. To the problem of creation a separate category «the creative intellectual property legal relationships». — Article.

Intellectual rights protection is an urgent, but unfortunately not well developed issue today. The aspects, which have been considered in this article, provide a basis for distinguishing between different types of intellectual legal relationships, such as author and allied legal relationships, industrial property and allied legal relationships, identifying intellectual property legal relationships (legal relationships of identification). This classification integrates all the social spheres of intellectual property law institute.

Keywords: the creative intellectual property legal relationships, author and allied legal relationships, industrial property and allied legal relationships, identifying intellectual property legal relationships.

УДК 347.957

*Р. М. Мінченко***КАСАЦІЙНЕ ПРОВАДЖЕННЯ:
ОБ'ЄКТИ ТА СУБ'ЄКТИ КАСАЦІЙНОГО ПРОВАДЖЕННЯ**

При реалізації права касаційного оскарження в межах існуючої регламентації касаційного провадження цивільного судочинства виникає проблема щодо з'ясування об'єктів касаційного перегляду.

Чинне цивільне процесуальне законодавство визначає, що об'єктами касаційного оскарження можуть бути, відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 324 ЦПК України: рішення суду першої інстанції після їх перегляду в апеляційному порядку (ті рішення суду першої інстанції, які не були об'єктом апеляційного оскарження, не можуть бути і об'єктом касаційного оскарження); рішення й ухвали апеляційного суду, ухвалені за результатами апеляційного розгляду. Відповідно до ч. 2 ст. 314 ЦПК України касаційний суд ухвалює рішення виключно у випадку скасування рішення суду першої інстанції і ухвалення нового або зміни рішення суду першої інстанції. Таким чином, об'єктом касаційного оскарження є рішення апеляційного суду, яким він скасовує незаконне та необґрунтоване рішення суду першої інстанції, ухвалюючи при цьому нове або змінюючи попереднє рішення суду першої інстанції.

Поряд з цим сторони та інші особи, які беруть участь у справі, а також ті, які не брали участі у справі, якщо суд вирішив питання про їх права, свободи чи обов'язки, мають право оскаржити в касаційному порядку ухвали суду першої інстанції, названі в п. 1, 3, 4, 13–18, 20, 24–29 ч. 1 ст. 293 ЦПК України після їх перегляду в апеляційному порядку й ухвали апеляційного суду, якщо вони перешкоджають подальшому провадженню у справі. Указаний перелік об'єктів касаційного перегляду є вичерпним і розширеному тлумаченню не підлягає.

Стосовно можливості оскарження ухвал суду першої інстанції п. 2 ч. 1 ст. 324 ЦПК України містить положення, відповідно до якого ухвали суду можуть бути оскаржені до касаційного суду після їх перегляду в апеляційному порядку. Зазначена норма обмежує коло ухвал суду пер-

шої інстанції, що можуть бути об'єктом касаційного оскарження (лише ті, що вказані у наведених вище пунктах ч. 1 ст. 293 ЦПК України після їх перегляду в апеляційному порядку). У зв'язку з цим слід зазначити, що в юридичній літературі підчас зустрічаються пропозиції стосовно відмови від можливості касаційного оскарження таких ухвал [1, с. 2]. Як вбачається, законодавча реалізація цієї пропозиції може послужити підставою для необґрунтованого звуження кола актів правосуддя щодо їх перевірки в касаційній інстанції. В той же час не можна погодитись з думкою С. Я. Фурси щодо того, що будь-які ухвали суду першої і апеляційної інстанцій повинні переглядатися судом вищої інстанції, якщо сторона доведе, що при їх винесенні порушуються її права [2, с. 746].

Об'єктом касаційного оскарження можуть бути ухвали апеляційного суду, що перешкоджають подальшому провадженню у справі. Чітко і виправдано встановлено, що не всі ухвали суду першої інстанції, які згідно зі ст. 293 ЦПК України можуть бути оскаржені окремо від рішення суду, а тільки ті з них, що істотно можуть обмежити право на судовий захист [3, с. 22].

Отже у касаційному порядку можуть бути оскаржені ухвали суду першої інстанції після їх перегляду в апеляційному порядку щодо: відмови у прийнятті заяви про видачу судового наказу або скасуванні судового наказу; повернення заяви позивачеві (заявникові); відмови у відкритті провадження у справі; зупинення провадження у справі; закриття провадження у справі; залишення заяви без розгляду; залишення заяви без розгляду про перегляд заочного рішення; відхилення заяви про перегляд судового рішення у зв'язку з нововиявленими обставинами; видачі виконавчого листа; відстрочки, розстрочки, зміни чи встановлення способу і порядку виконання рішення; звернення стягнення на грошові кошти, що знаходяться на рахунках; заміни сторони виконавчого провадження; визначення частки боржника у майні, яким він володіє спільно з іншими особами; щодо рішень, дій або бездіяльності державного виконавця чи іншої посадової особи державної виконавчої служби; повороту виконання рішення суду; відмови в поновленні втраченого судового провадження; відмови у відкритті провадження у справі про скасування рішення третейського суду; повернення заяви про скасування рішення третейського суду; повернення заяви про видачу виконавчого листа на примусове виконання рішення третейського суду (ст. 293 ЦПК України).

Варто підкреслити, що процесуальне законодавство обмежує реалізацію права на касаційне оскарження судових рішень. Це зумовлено тим, що ст. 324 ЦПК передбачає можливість оскарження ухвал і рішень суду першої інстанції лише за умови, якщо останні переглядалися апеляційним судом. Таке положення законодавства є певним фільтром доступу до касації й обмежує можливість для заінтересованої особи домогатися перегляду незаконного, з її точки зору, судового рішення того суду, до компетенції якого таке повноваження віднесено законом.

Окрім об'єкту важливе значення мають також підстави касаційного оскарження, якими відповідно до ч. 2 ст. 324 ЦПК України є неправильне застосування судом норм матеріального права чи порушення норм процесуального права. У цивільному судочинстві України, як і в судочинстві багатьох інших держав, касаційний перегляд судових рішень є остаточною їх перевіркою з метою забезпечення правильного застосування судами норм матеріального і процесуального права. Зміна чи скасування акту судової влади можливе лише за наявності певних умов, але в принципі кожне судове рішення може бути переглянute в касаційному порядку і стати об'єктом своерідної ревізії судового акту [4, с. 431].

Підставою для скасування рішень у касаційному порядку є порушення норм не тільки процесуального, а й матеріального права. Однак глава 2 розділу V ЦПК України «Касаційне провадження» не містить вказівок, що слід розуміти під порушенням норм матеріального права. Відповідь на це питання знаходимо у главі 1 розділу V ЦПК «Апеляційне провадження». Згідно з ч. 2 ст. 309 ЦПК норми матеріального права вважаються порушеними або неправильно застосованими, якщо застосовано закон, який не поширюється на ці правовідносини, або не застосовано закон, що підлягає застосуванню. У даному разі доцільно вести мову про аналогію закону, тобто, застосування норми, що регулює схожі відносини [5, с. 73].

З прийняттям Верховною Радою України Закону України від 7 липня 2010 р. «Про судоустрій та статус суддів» значно поглибилися засади диспозитивності в цивільному судочинстві. Збільшилась можливість сторін та інших осіб, які беруть участь у справі, розпоряджатися своїми правами при розгляді справи в суді, в тому числі і на стадії перегляду судових рішень у касаційному порядку.

Суб'єкти касаційного перегляду цивільної справи — це ті особи (суб'єкти цивільних процесуальних відносин), які можуть брати участь під час розгляду цивільної справи в касаційному провадженні. Як зазначає А. Мельников, поняття суб'єкта процесуальних правовідносин і поняття учасника процесу не завжди співпадають [6, с. 212]. Оскільки можна бути учасником процесу, але не бути суб'єктом конкретних правовідносин. Взагалі суб'єктами цивільних процесуальних правовідносин є суд і всі особи, які беруть участь у цивільному процесі. Такими особами, крім суду, можуть бути фізичні та юридичні особи, держава України, Автономна Республіка Крим, територіальні громади, Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, прокурор, органи державної влади та місцевого самоврядування, іноземці та особи без громадянства, іноземні держави.

Для того, щоб визначитись з колом учасників касаційного провадження, необхідно звернутись безпосередньо до цивільно-процесуального законодавства. Відповідно до глави 4 ЦПК України учасниками цивільного процесу є особи, які беруть участь у справі, та інші учасники цивільного

процесу. Звичайно, не треба забувати і про суд, як спеціальний суб'єкт цивільних процесуальних правовідносин.

Для того, щоб стати суб'єктом касаційного оскарження, особа повинна володіти правом на касаційне оскарження — це гарантоване державою право особам, які брали участь у справі, та їх правонаступникам і особам, які не брали участь у справі, якщо суд вирішив питання про їх права, свободи та обов'язки на можливість звернення до суду касаційної інстанції з метою перевірки законності рішень суду першої інстанції після їх перегляду в апеляційному порядку та рішень, ухвал апеляційного суду, що набрали законної сили.

Відповідно до ст. 8 Конституції України звернення до суду для захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина безпосередньо гарантується Конституцією України. Необхідно також звернути увагу на положення Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» (далі — ЄСПЛ) від 23 лютого 2006 р., який встановлює, що практика ЄСПЛ та Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. [7] (далі — Конвенція) виступає джерелом права при розгляді судами України цивільних справ. В опублікованих рішеннях з цивільних справ ЄСПЛ у відповідності до ст. 13 Конвенції встановлено, що кожен, чий права та законні інтереси порушені, має право на ефективний засіб правового захисту у відповідному національному органі, навіть якщо таке порушення було вчинене особами, що діяли як офіційні особи; та вказується, що доступ до апеляційного або касаційного оскарження судових рішень є складовою забезпечення названих прав.

До суб'єктів, які мають право на касаційне оскарження, чинне цивільне процесуальне законодавство відносить (ч. I ст. 324 ЦПК України):

1) особи, які беруть участь у справі:

— сторони, незалежно від їх особистої участі під час розгляду справи судом першої та апеляційної інстанцій;

— треті особи, як ті, які заявляли самостійні вимоги щодо предмета спору, так і ті, які не заявляли самостійних вимог щодо предмета спору;

— представники сторін і третіх осіб за умови, що право касаційного оскарження не обмежується правовою природою здійснюваного представництва (змістом довіреності, строком дії договору доручення тощо);

— заявники, інші заінтересовані особи, їхні представники у справах окремого провадження;

— органи та особи, яким законом надано право захищати права, свободи та інтереси інших осіб (Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, прокурор, органи державної влади, органи місцевого самоврядування, фізичні та юридичні особи);

2) особи, які не брали участь у справі, якщо суд вирішив питання про їх права та обов'язки.

Безпосереднім учасником касаційного провадження є Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних та кримінальних справ,

створений в результаті проведеної судової реформи, та прийняття Закону України «Про судоустрій і статус суддів». Саме відповідно до положень названого Закону передбачена уніфікація судових інстанцій для судів всіх юрисдикцій шляхом створення відповідних місцевих, апеляційних і вищих спеціалізованих (касаційних) судів. В результаті судової реформи Верховний Суд України звільнився від обов'язку розглядати численні касації і може зосередитись на виконанні основного завдання — забезпечення єдності судової практики.

Необхідно зазначити, що, серед суб'єктів процесуальної діяльності суд посідає особливе місце, так як саме йому належить керівна, вирішальна роль при відправленні правосуддя і саме він є носієм судової влади. Водночас у цивільному судочинстві кожний суб'єкт процесуальної діяльності виконує строго визначені функції, відповідно до яких він наділяється комплексом прав і охоронюваних законом інтересів.

Як відомо, суб'єктом будь-яких процесуальних правовідносин, що виникають в зв'язку з розглядом цивільних справ в суді, є саме суд. Пояснюється це тим, що для здійснення правосуддя, тобто для розгляду і вирішення спорів про право між зацікавленими особами чи розгляду справ окремого чи наказного провадження, суд наділений певними владними повноваженнями стосовно всіх інших учасників процесу. Без нього неможливе відправлення правосуддя, виконання завдань, що стоять перед цивільним судочинством. Маючи владні повноваження, суд спрямовує хід розгляду справи таким чином, щоб в строгій відповідності до закону встановити по можливості абсолютну істину у справі, визначити дійсні права, обов'язки та охоронювані законом інтереси учасників цивільного процесу і ухвалити законне та обґрунтоване судове рішення і таким чином захистити, відновити, встановити чиїсь суб'єктивні права чи охоронювані законом інтереси. Саме цим обумовлена та обставина, що суб'єктивні цивільні процесуальні права й обов'язки сторін, третіх осіб, заявників і зацікавлених осіб та їх представників, прокурора, експертів, свідків та інших учасників процесу кореспондують правам і обов'язкам суду. Відповідно до ст. 31 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» до складу Вищого спеціалізованого суду України входять судді, обрані на посаду судді безстроково, з числа яких призначаються голова суду та його заступники. У вищому спеціалізованому суді, кількість суддів у якому перевищує сорок п'ять, може бути призначено не більше трьох заступників голови суду.

Здійснюючи правосуддя, суд діє як орган судової влади і водночас є суб'єктом цивільних процесуальних правовідносин. Суд має не лише владні повноваження, а й обов'язки, наприклад, суд зобов'язаний прийняти до розгляду й вирішити у певні строки підвідомчу йому справу, суд зобов'язаний розглядати клопотання осіб, які беруть участь у справі, та інші. Особливістю прав суду як суб'єкта процесуальних правовідносин є те, що вони співпадають з його обов'язками. Що стосується основного права та обов'язку Вищого спеціалізованого суду України з розгляду

цивільних та кримінальних справ, то, відповідно до ст. 343 ЦПК, Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних та кримінальних справ зобов'язаний ухвалити законне і обґрунтоване рішення чи постановити ухвалу.

Суд має статус юридичної особи. Як зазначалось, у юридичних осіб правоздатність нерозривно пов'язана із дієздатністю, тобто юридичні особи наділені матеріальною та процесуальною правосуб'єктністю. При цьому різні ланки судів мають свій специфічний зміст процесуальної правосуб'єктності. Процесуальна правосуб'єктність суду пов'язана з його компетенцією та повноваженнями. Не маючи матеріальної і процесуальної правосуб'єктності, суд не був би суб'єктом правовідносин, не міг би виконувати покладені на нього завдання. К. Гусаров стверджує, що категорії правоздатності і дієздатності до органів судової влади не застосовується, оскільки правоздатність і дієздатність — це лише можливість (здатність) мати права і обов'язки та своїми діями або через своїх представників реалізовувати їх, тоді як судові органи володіють не можливістю їх мати, а самими правами та обов'язками і стосовно них правильніше говорити про комплекс повноважень, якими ці суб'єкти наділені за законом [8, с. 114–115].

З таким твердженням навряд чи можна погодитись. Не маючи правосуб'єктності, суд не міг би вступити в матеріальні та процесуальні правовідносини, а, відтак, не міг би виконувати покладені на нього законом завдання щодо здійснення правосуддя. Відповідно до ст. 124 Конституції України правосуддя в Україні здійснюється виключно судами, делегування чи привласнення функцій судів забороняється. А відповідно до ст. 5 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» на суди загальної юрисдикції, а Вищий спеціалізований суд України відноситься до них, покладається певна функція — здійснення правосуддя [9, с. 491].

Для здійснення цієї функції Вищий спеціалізований суд України наділений також повноваженнями, а саме:

1) розглядає справи відповідної судової юрисдикції в касаційному порядку згідно з процесуальним законом;

2) у випадках, передбачених процесуальним законом, розглядає справи відповідної судової юрисдикції як суд першої або апеляційної інстанції;

3) аналізує судову статистику, вивчає та узагальнює судову практику;

4) надає методичну допомогу судам нижчого рівня з метою однакового застосування норм Конституції та законів України у судовій практиці на основі її узагальнення та аналізу судової статистики; дає спеціалізованим судам нижчого рівня рекомендаційні роз'яснення з питань застосування законодавства щодо вирішення справ відповідної судової юрисдикції;

5) здійснює інші повноваження, визначені законом (ст. 32 Закону).

Отже Вищий спеціалізований суд України виступає специфічним учасником касаційного провадження і тому відіграє важливу роль під

час перегляду справи у касаційному провадженні, оскільки він не лише переглядає рішення нижчестоящих судів, а й виступає судовим органом, який забезпечує єдність тлумачення і застосування закону в конкретно визначеній судовій юрисдикції [10, с. 112].

Підводячи підсумки сказаного, можна зробити висновок, що суб'єктами касаційного провадження в цивільному процесі України виступають, по-перше, суб'єкти касаційного оскарження, тобто особи, яким цивільним процесуальним законодавством надана можливість звертатися до Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних та кримінальних справ і які мають процесуальну та /або матеріальну заінтересованість у результаті розгляду справ; по-друге, інші учасники цивільного процесу, які сприяють перегляду справ у касаційному провадженні та безпосередньо Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних та кримінальних справ.

Л і т е р а т у р а

1. Сердюк В. Верховний Суд України у цивільному судочинстві: окремі проблеми і перспективи / *В. Сердюк* // Юридичний вісник України. — 2008. — № 8. — С. 2.
2. Цивільний процес України: академічний курс : підруч. для студ. спец. вищ. навч. закл. / за ред. С. Я. Фурси. — К. : Вид. Фурса С. Я. : КНТ, 2009. — С. 746.
3. Ярема А. Новели цивільного судочинства / *А. Ярема, Г. Давиденко* // Вісник Верховного Суду України. — 2007. — № 5. — С. 22.
4. Мінченко Р. М. Особливості відкриття касаційного провадження та підготовки справи до судового розгляду / *Р. М. Мінченко* // Актуальні проблеми держави і права. — 2011. — Вип. 57. — С. 431–432.
5. Бородін М. Перегляд судових рішень у касаційному порядку / *М. Бородін* // Право України. — 2006. — № 7. — С. 73.
6. Курс советского гражданского процессуального права. Т. 1 / под ред. А. А. Мельникова. — М., 1981. — С. 212.
7. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод : конвенція від 4 листоп. 1950 р. // Офіційний вісник України. — 1998. — № 13. — Ст. 270.
8. Проблемы науки гражданского процессуального права / под ред. В. В. Комарова. — Х., 2002. — С. 114–115.
9. Стасюк О. Л. Функції Верховного Суду України в системі судів загальної юрисдикції / *О. Л. Стасюк* // Митна справа. — 2011. — № 2. — С. 491.
10. Глушенко С. В. Вищі спеціалізовані суди: сучасний стан забезпечення касаційного оскарження / *С. В. Глушенко* // Юридична Україна. — 2010. — № 7. — С. 112.
11. Зейкан Я. «Хвороби» цивільного процесу. Підстави і порядок перегляду справ в касаційному порядку / *Я. Зейкан* // Закон і бізнес. — 2003. — № 4. — С. 4.
12. Конституція України : наук.-практ. комент. / редкол.: В. Я. Тацій, Ю. П. Бітяк, Ю. М. Groшевой [та ін.]. — Х. : Право : Ін Юре, 2003. — С. 648–649.
13. Лужанський А. В. Межі розгляду цивільних справ судом касаційної інстанції в контексті співвідношення «принципів диспозитивності та законності судочинства» / *А. В. Лужанський* // Судова практика. — 2007. — № 12. — С. 9–10.
14. Луспенник Д. Українська модель касаційного оскарження судових рішень у цивільних справах: проблеми та перспективи удосконалення (спрощення) / *Д. Луспенник, Н. Сакара* // Право України. — 2008. — № 7. — С. 100.
15. Глушенко С. В. Окремі питання касаційної перевірки судових рішень / *С. В. Глушенко* // Вісник Академії адвокатури України. — 2009. — № 3. — С. 93.

16. Тлумачний словник сучасної української мови / за ред. В. С. Калачника. — Х. : Белкар-книга, 2005. — С. 5–6.
17. Мінченко Р. М. Деякі питання касаційного провадження в цивільному судочинстві України / Р. М. Мінченко // Актуальні проблеми держави і права. — 2010. — Вип. 56. — С. 109.

А н о т а ц і я

Мінченко Р. М. Касаційне провадження: об'єкти та суб'єкти касаційного провадження. — Стаття.

В статті висвітлюються питання стосовно «ревізійного» перегляду прийнятих і таких, що вступили в законну силу, судових рішень в рамках касаційного провадження. Зокрема, розкриваються питання щодо об'єктів касаційного оскарження і суб'єктів касаційного провадження.

Ключові слова: касаційне провадження, касаційне оскарження, об'єкти касаційного оскарження, суб'єкти касаційного провадження, Вищий спеціалізований суд з розгляду цивільних і кримінальних справ.

А н н о т а ц и я

Минченко Р. М. Кассационное производство: объекты и субъекты кассационного производства. — Статья.

В статье освещаются вопросы, касающиеся «ревизионного» пересмотра принятых и вступивших в законную силу судебных решений в рамках кассационного производства. В частности раскрываются вопросы относительно объектов кассационного обжалования и субъектов кассационного производства.

Ключевые слова: кассационное производство, кассационное обжалование, объекты кассационного обжалования, субъекты кассационного производства, Высший специализированный суд по рассмотрению гражданских и уголовных дел.

S u m m a r y

Minchenko R. M. Appeal proceedings: Objects and Subjects of the appeal proceedings. — Article.

The article highlights the issue of «Revision» revision received and those that entered into force court decisions in the appeal proceedings. In particular, disclosed questions about objects and subjects cassation appeal proceedings.

Keywords: cassation proceedings cassation appeal, cassation objects, subjects appeal proceedings, the High Specialized Court for Civil and criminal cases.

УДК 347.122:347.27

*О. П. Подцерковний***ПРО ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ СПОСОБІВ ЗАХИСТУ
ПОРУШЕНОГО ПРАВА (НА ПРИКЛАДІ ВИМОГ ПРО
ВИЗНАННЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ У ЗАСТАВНИХ ВІДНОСИНАХ)**

Загальні способи захисту майнового права чи інтересу визначені в ч. 2 ст. 16 Цивільного кодексу та ст. 20 Господарського кодексу України. Суд може захистити майнове право чи інтерес іншим способом, встановленим законом або договором. По суті у цих приписах закладена така модель правозастосування, що уводить обмеження на довільне тлумачення способу захисту порушеного права.

Метою цього обмеження варто вважати забезпечення однаковості застосування способів захисту, що можуть бути витлумачені доволі суперечливо як суддями, так і учасниками судових процесів. Питання про те, чи досягає цієї мети законодавчий перелік способів порушеного права та інтересу — сьогодні стоїть досить гостро, враховуючи суттєве ускладнення майнових відносин, особливо у сфері господарювання і неможливість передбачити у законі усі можливі випадки правопорушень, аби протиставити їм у законі адекватний спосіб захисту порушеного права.

На жаль, у вітчизняній літературі питання виходу за межі вичерпного переліку способів захисту не набуло широкого обговорення. Певним чином це можна пояснити нерозвиненістю інституту незалежності судової гілки влади та недовірою до суддівського розсуду, який мав би визначати у цьому разі зміст захисних заходів. Обговорюється загалом відповідність певного способу захисту характеру та особливостям порушеного права [1, с. 101]. Починає поширюватися думка фахівців щодо необхідності розширення, а не звуження способів захисту порушеного права [2, с. 4].

Парадокс полягає у тому, що законодавче обмеження переліку способів захисту не лише не гарантує правильного правозастосування у цій сфері, але й подекуди навпаки — стає перепорою на шляху реального

захисту суб'єктами майнових відносин своїх прав. Останнім суд може відмовити у позовних вимогах у зв'язку із їх невідповідністю передбаченим у законі способам захисту. Перелік способів захисту досить об'ємний, а докладно вписати у законі випадки і порядок застосування кожного способу захисту просто неможливо. При цьому у межах існуючого переліку способів захисту суд вимушений пристосовувати положення закону до реальних суспільних відносин. Наприклад, шляхи відновлення порушеного права визначаються в рішенні суду відповідно до змісту правопорушення — у цьому разі шляхів відновлення порушеного права майже стільки, скільки способів його порушення. Вирішення цих питань судами, що намагаються в Україні керуватися передусім приписами закону, а не права загалом, подекуди призводить до низки негативних явищ. Серед них: прихована відмова від здійснення правосуддя, використання буквального читання закону для захисту інтересів держави на шкоду інтересів приватних осіб.

Наприклад, судові органи відмовляють у задоволенні позовів землекористувачів до органів місцевого самоврядування про визнання права власності на земельні ділянки з огляду на те, що цей спосіб захисту не передбачений Земельним кодексом, а вирішення цих питань віднесено до виключної компетенції органів місцевого самоврядування. Виходить, що право власності у взаєминах між приватними особами можна захистити реально, зокрема визнанням права, а у стосунках із публічними органами потрібно чекати «благовоління» цих органів [3, с. 34–39]. Зрозуміло, що подібне порушує баланс між публічними та приватними інтересами, підриває довіру до вітчизняної правової системи.

Незакріплення у законодавстві загальних критеріїв обрання способів захисту порушеного права призводить й до помилок при правозастосуванні, що іноді межує із зловживанням правами, коли позивачі у майнових спорах обирають неналежні способи захисту порушеного права. Зокрема, як показало узагальнення практики застосування законодавства щодо способів захисту порушеного права, що було здійснено відділенням кафедри господарського права і процесу НУ «ОЮА» при Одеському апеляційному та місцевому господарських судах у березні 2010 р., зустрічаються наступні неналежні способи захисту порушеного права і інтересу: скасування свідоцтва про право власності; скасування рішення господарського товариства у формі технічного акту стосовно закріплення юридичного факту; визнання суми безпідставно нарахованою; визнання рахунків або інших платіжних та бухгалтерських документів, що носять рекомендаційний характер, такими, що не підлягають виконанню; визнання частки у статутному фонді такою, що дорівнює 0 %; визнання договору неукладеним; визнання договору дійсним у разі, коли такий спосіб прямо не встановлений законом, в тому числі визнання договору дійсним у певній редакції; визнання правової природи договору; визнання фізичної особи єдиним учасником господарського товариства; визнання неправомірними (незаконними) дій суб'єкта підприєм-

ницької діяльності та інші. Застосування таких способів захисту не лише не передбачено законом чи договором, але й, насамперед, суперечить призначенню відповідного права та меті судового захисту.

Вихід у цій ситуації підказує саме життя — вищі судові органи почали не лише конкретизувати порядок застосування окремих способів захисту порушеного права, але й висувати загальні критерії застосування того чи іншого способу захисту. Зокрема Вищий господарський суд листом № 01-8/974 від 14 грудня 2007 р. «Про практику застосування господарськими судами законодавства про захист прав на об'єкти інтелектуальної власності» запропонував певні критерії визначення належного способу захисту порушеного права: «Обрання способу захисту порушеного права здійснює позивач, але господарський суд, приймаючи рішення зі справи, має перевірити відповідність обраного способу закону та призначенню судового захисту». Далі ці положення уточнюються вказівкою на те, що «перевірка відповідності цього способу наявному порушенню і меті судового розгляду є обов'язком суду, який має приймати рішення зі справи в межах позовних вимог та з урахуванням фактичних обставин конкретної справи, беручи до уваги як можливість у той чи інший спосіб захистити порушене право (за наявності підстав для цього), так і необхідність подальшого виконання прийнятого судом рішення».

На жаль, невитлумачених положень законодавства у цій сфері досить багато. Одне з них — положення щодо вимог про визнання права власності на майно боржника за кредитором. Основне питання, яке тут виникає: чи має право кредитор вимагати набуття права власності на майно боржника при стягненні боргу? Вирішення цього питання допоможе запропонувати шляхи вдосконалення способів захисту в економічних відносинах.

Традиційно вимоги про визнання права власності на майно стосуються речових правовідносин, коли особа, яка вважає майно своїм, відстоює відповідне право у судових органах. Проблеми визнання права власності у цьому разі вирішуються досить ефективно на підставі аналізу підстав виникнення цього права у особи та інших усталених елементів речового права.

Сьогодні, особливо в умовах кризи платежів за кредитними договорами, усе більше проблем виникає у відносинах зобов'язального типу, де вимога про визнання права власності на майно боржника по суті являє собою форму прагнення кредитора отримати адекватну компенсацію боргу, чи подекуди, скажемо відверто, отримати додатковий прибуток за рахунок набуття права власності стосовно майна боржника. Саме з погляду відповідності закону та вищенаведеним критеріям обрання способів захисту порушеного права й мають розглядатися подібні правовідносини.

Звернення стягнення на майно боржника шляхом визнання права, у тому числі права власності на це майно за кредитором, передбачено ч. 2

ст. 16 ЦК України як спосіб захисту порушеного права. Із цих положень випливає, що відповідне право має виникнути та належати кредитору на підставі закону чи договору. За умови, коли у договорі не встановлено право кредитора набути майно боржника у власність, таке набуття може бути здійснено у випадку, передбаченому законом, та лише на підставі рішення суду. Адже згідно з ст. 11 ЦК України у випадках, встановлених актами цивільного законодавства, цивільні права та обов'язки можуть виникати з рішення суду.

Кореспондують ці положення із приписами ст. 41 Конституції України про те, що «ніхто не може бути протиправно позбавлений права власності. Право приватної власності є непорушним». Розвиваються ці гарантії у ч. 2 ст. 5 ГК України, а також у нормі ст. 321 ЦК, відповідно до якої особа може бути позбавлена права власності або обмежена у його здійсненні лише у випадках і в порядку, встановлених законом.

Таким чином, набуття кредитором права власності на майно боржника на підставі рішення суду можливе лише у випадках, встановлених у законі, а не просто при наявності боргу.

Загальною законодавчою підставою звернення стягнення на майно боржника за борговими зобов'язаннями служать положення Закону України «Про виконавче провадження», що застосовується судами та державною виконавчою службою. Спеціальним законодавчим актом щодо реалізації майна боржника виступають положення Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом», що реалізується господарським судом та ліквідатором. У цих випадках кредитор може набути право власності на майно боржника поза бажання останнього при купівлі цього предмету за загальним правилом з публічних торгів.

Інші випадки набуття права власності кредитором на майно боржника встановлені положеннями законодавства про іпотеку, іпотечні облігації та про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень.

Звернення стягнення на майно як предмет застави відповідно до ЦК України (ст. 591) та Закону України «Про заставу» (ст. ст. 20, 21) за загальним правилом здійснюється шляхом реалізації майна, при цьому не передбачається набуття права власності кредитором на предмет застави при зверненні на нього стягнення. Єдиним способом звернення стягнення на предмет застави визначається його реалізація.

Один з винятків передбачений у законодавстві про іпотеку. Зокрема ст. 37 Закону України «Про іпотеку» передбачає, що іпотекодержатель може задовольнити забезпечену іпотекою вимогу шляхом набуття права власності на предмет іпотеки.

Не можна сказати, що правозастосовна практика судів із питання застосування процедури звернення стягнення на предмет іпотеки є однаковою — доволі часто приймаються різні по суті рішення в однакових правовідносинах. У першу чергу це стосується набуття права власності на предмет іпотеки при зверненні стягнення на нього у судовому поряд-

ку. Не випадково в Узагальненні судової практики розгляду цивільних справ, які виникають з кредитних правовідносин (2009–2010 роки), від 7 жовтня 2010 року Верховним Судом України зазначається, що у судах виникає питання про те, чи такий спосіб захисту порушеного права кредитора в судовому порядку відповідає положенням розд. 5 Закону № 898-IV, оскільки задоволення вимог іпотекодержателя шляхом передачі права власності на майно за положеннями ст. ст. 36, 37 Закону № 898-IV передбачено лише в порядку позасудового врегулювання спору [4]?

Дійсно, випадок, передбачений ч. 1 ст. 37 Закону «Про іпотеку», безпосередньо стосується процедури позасудового звернення стягнення на предмет іпотеки. Але враховуючи те, що ч. 3 ст. 33 Закону № 898-IV передбачає звернення стягнення на предмет іпотеки на підставі: 1) рішення суду; 2) виконавчого напису нотаріуса або 3) згідно з договором про задоволення вимог іпотекодержателя (тобто шляхом позасудового врегулювання), — достатньо обґрунтованим стає застосування у цих механізмах аналогічних порядків звернення стягнення за вимогою іпотекодержателя. При цьому правовою підставою для передачі іпотекодержателю права власності на предмет іпотеки в рахунок виконання основного зобов'язання є договір про задоволення вимог іпотекодержателя (або застереження в іпотечному договорі).

Саме тому Верховний Суд України із посиланням на ст. ст. 36, 37 Закону України «Про іпотеку» зазначив можливість звернення стягнення та набуття іпотекодержателем права власності на предмет іпотеки за рішенням суду. При цьому Верховний Суд зазначає, що «у цих нормах задоволення вимог іпотекодержателя шляхом набуття ним права власності на предмет іпотеки ототожнюється передусім із способом звернення стягнення, який, разом з іншими, може застосовуватися, якщо це передбачено договором. Тому в разі встановлення такого способу звернення стягнення у договорі іпотекодержатель на підставі ч. 2 ст. 16 ЦК має право вимагати застосування його судом» [4].

Такої ж позиції дотримується Пленум Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ у своїй Постанові від 30 березня 2012 р. № 5 «Про практику застосування судами законодавства при вирішенні спорів, що виникають із кредитних правовідносин».

Логічним продовженням порядку звернення стягнення на предмет іпотеки шляхом набуття права власності на нього кредитором служить цілком справедливе правило ч. 3 ст. 37 Закону «Про іпотеку». У цих положеннях передбачено, що іпотекодержатель набуває предмет іпотеки у власність за вартістю, визначеною на момент такого набуття, на підставі оцінки предмета іпотеки суб'єктом оціночної діяльності. У разі набуття права власності на предмет іпотеки іпотекодержатель зобов'язаний відшкодувати іпотекодавцю перевищення 90 відсотків вартості предмета іпотеки над розміром забезпечених іпотекою вимог іпотекодер-

жателя. Цими приписами законодавець убезпечує майнові відносини від зловживання іпотекодержателем правом на набуття у власність предмету іпотеки, адже іпотекодавець отримає різницю між сумою боргу та вартістю майна.

Керуючись аргументом *ad absurdum*, можна зауважити, що якщо б іпотекодержатель не мав права звертати стягнення на предмет іпотеки шляхом визнання права власності на це майно, тоді втрачало би сенс наведене правило ч. 3 ст. 37 Закону «Про іпотеку». Адже у межах продажу предмету застави з прилюдних торгів згідно з ст. 41 Закону «Про іпотеку» державний виконавець здійснював би розподіл між сторонами сум виручки від реалізації майна. Тобто за іншого тлумачення втратило би сенс правило ч. 3 ст. 37 Закону «Про іпотеку», що підтверджує правомірність звернення стягнення шляхом набуття права власності кредитором на майно боржника (іпотекодавця).

Хоча й тут виникає питання: чому у законі зазначається про 90 % відшкодування замість 100 %? Адже за чинного положення виходить, що іпотекодавець отримає майно (дохід) у 10 % розмірі без належної правової підстави — за рахунок боржника. Це суперечить принципам розумності та добросовісності (ст. 1 ЦК), порушує логіку інституту зобов'язань зі збереження (набуття) майна без достатньої правової підстави (гл. 83 ЦК), а тому потребує виправлення у законі.

Серед іншого необхідно звернути увагу й на додаткове обґрунтування, яке зробив Верховний Суд України у вищенаведеному узагальненні стосовно правомочностей іпотекодержателя набути право власності на предмет іпотеки: «Було б нелогічно, що сторони за законом можуть це питання врегулювати в позасудовому порядку, але позбавлені цього права в судовому порядку за рішенням суду. Це суперечило б і статтям 55, 124 Конституції».

Останнє твердження дуже важливе не лише для іпотечних відносин, але й загалом для застосування способів захисту порушеного права. Йдеться про те, що за тлумачення Верховного Суду України судова гілка влади, захищаючи порушені права та інтереси, може застосовувати ті механізми, які самі сторони могли б використати за своєю угодою.

Хоча й тут виникають серйозні застереження, які мають бути враховані з погляду додержання принципів приватного права: судові органи не можуть втручатися у сфери вільного волевиявлення сторін договору, крім випадків, коли обов'язок щодо укладання договору передбачається у законі, а відповідне право щодо застосування примусу при укладанні такого договору відповідає переліченим у законі способам захисту порушеного права.

Укладання договорів на підставі вільного волевиявлення його сторін віднесено до фундаментального принципу цивільного права. Виключення із дії цього принципу може бути лише прямо передбачено у договорі між сторонами або у законі. Тобто суд не може порушувати це волевиявлення, крім випадків, прямо зазначених у законі чи угоді сторін. Причому

для сфери цивільного обігу, не обтяженого професійно-господарськими елементами, подібні виключення взагалі не припускаються. Наприклад, у ст. 16 ЦК України взагалі відсутній такий спосіб захисту, як встановлення правовідносин, на відміну від положень ст. 20 ГК України, які таким чином слід розглядати як спеціальні для сфери господарювання. Ці випадки не можна ототожнювати із правом суду визнати правочин дійсним, що передбачено, наприклад, у ст. 218 ЦК. Але у цьому разі суд не примушує до укладання договору, не замінює собою волевиявлення учасників майнових відносин — він лише підтверджує дійсність вчиненого правочину у неналежній формі, або вчиненого без належної згоди тощо.

Переважно лише для сфери господарювання суд може застосувати примус до укладання договору, застосувавши положення ст. ст. 20, 180—187 ГК України. Зокрема спори, що виникають при укладанні господарських договорів за державним замовленням, або договорів, укладених яких є обов'язковим на підставі закону та в інших випадках, встановлених законом, розглядаються судом. Інші переддоговірні спори можуть бути предметом розгляду суду у разі, якщо це передбачено угодою сторін або якщо сторони зобов'язані укласти певний господарський договір на підставі укладеного між ними попереднього договору. До речі, спеціальна спрямованість цього правила ГК підтверджується відсутністю подібної норми для загальноцивільних правовідносин у положеннях ЦК України щодо укладання договорів, а також інші наслідки недодержання попереднього договору чи відмови від укладання публічного договору у споживчих відносинах. Зокрема у разі необгрунтованої відмови від укладання публічного договору згідно із положеннями ч. 3 ст. 633 ЦК передбачається лише обов'язок підприємця відшкодувати збитки, завдані споживачеві такою відмовою. Аналогічним чином передбачається покладення на сторону, яка необгрунтовано ухиляється від укладання договору, передбаченого попереднім договором, обов'язку відшкодувати другій стороні збитки, завдані простроченням, якщо інше не встановлено попереднім договором або актами цивільного законодавства (ч. 2 ст. 635 ЦК). Примус до укладання договору ЦК у цьому разі не передбачає. Поодиноким випадком права суду застосувати спонукання до укладання договору згідно із ЦК України передбачається у ст. 649 для сфери публічних майнових правовідносин: «розбіжності, що виникли між сторонами при укладенні договору на підставі правового акта органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим, органу місцевого самоврядування та в інших випадках, встановлених законом, вирішуються судом». Розбіжності при укладанні інших правочинів можуть бути вирішені судом «у випадках, встановлених за домовленістю сторін або законом».

Все це підтверджує, що суд може застосувати примус до сфери волевиявлення сторін лише у випадках, прямо встановлених у законі, а не у будь-якому разі.

Повертаючись до вищевказаної проблеми із компетенцією органів місцевого самоврядування, це означає, що може бути розцінене як таке, що порушує баланс інтересів держави та бізнесу, є несправедливим, заборона судам вирішувати у судовому порядку питання про передачу земельних ділянок у власність суб'єктів майнових відносин поза рішення органів місцевої влади у випадку, коли землекористувачі мають право отримати земельну ділянку у власність за законом, а не бажанням місцевої громади. Такий випадок передбачений, наприклад, у ст. 377 ЦК у частині виникнення права на земельну ділянку у разі набуття права власності на житловий будинок, будівлю або споруду, що розміщені на ній. А лише сам факт наявності можливості укладення договору між місцевою радою та землекористувачем про викуп земельної ділянки не може слугувати підставою для судового примусу щодо передання цієї земельної ділянки. Адже це є сферою свobodного волевиявлення сторін.

Такий саме висновок можна зробити й стосовно звернення стягнення на предмет застави шляхом набуття прав власності кредитором — за відсутності законодавчих підстав унеможлиблювалося би застосування судом такого способу захисту за відсутності відповідного договірною дозволу. Адже ані ЦК, ані Закон України «Про заставу» не передбачають такий спосіб захисту.

Разом із тим реалізація предмету застави може ґрунтуватися й на інших законодавчих положеннях. Закон України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень» від 18 листопада 2003 р. передбачає позасудовий та судовий способи набуття права власності кредитора на рухоме майно — предмет забезпечувального обтяження. При цьому предмет обтяження не зводиться лише до застави, але охоплюється й іншими способами забезпечення, зокрема притриманням (ст. 21 наведеного Закону).

З'ясування питання про право кредитора набути право власності на предмет забезпечувального обтяження потребує систематичного тлумачення положень Закон України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень». У відповідності до п. 4 ч. 2 ст. 25 вказаного Закону у разі задоволення судом позову про звернення стягнення на предмет забезпечувального обтяження в рішенні суду зазначається спосіб реалізації предмета забезпечувального обтяження шляхом проведення публічних торгів або із застосуванням однієї з процедур, передбачених ст. 26 цього Закону. Водночас згідно із п. 1 ч. 1 ст. 26 Закону України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень» обтяжувач має право на власний розсуд обрати один із таких позасудових способів звернення стягнення на предмет забезпечувального обтяження, як передача рухомого майна, що є предметом забезпечувального обтяження, у власність обтяжувача в рахунок виконання забезпеченого обтяженням зобов'язання в порядку, встановленому цим Законом. Таким чином спосіб набуття права власності кредитором на майно борж-

ника передбачається для обох — судового та позасудового способів звернення стягнення на забезпечувальне обтяження.

Про це, зокрема, свідчать рішення господарських судів. Наприклад, у постанові колегії Вищого господарського суду від 21 вересня 2010 р. у справі № 38/491 про звернення стягнення на акції як предмет застави ВГСУ залишив у силі рішення Київського апеляційного господарського суду, який визначив на підставі вищенаведених норм, що «чинне законодавство України передбачає спосіб захисту прав обтяжувача (кредитора) шляхом отримання рухомого майна, що є предметом забезпечувального обтяження, у власність обтяжувача в рахунок виконання забезпеченого обтяженням зобов'язання» [5].

Разом із тим, встановивши можливість звернення стягнення на предмет забезпечувального обтяження шляхом визнання права власності на це майно з боку обтяжувача у судовому порядку, законодавець не визначив інших умов, за яких відповідний перехід права власності можливий, та менш деталізовано, ніж для іпотеки, виписав відповідний порядок.

У порівнянні з іпотекою це ставить звернення стягнення у цьому разі несправедливим у тому сенсі, що не передбачаються механізми компенсації заставодавцю відповідних сум перевищення вартості рухомого майна, що набуває обтяжувач, понад сумою боргу. У цьому разі не залишається іншого виходу, аніж, поновлюючи справедливість, наполягати на застосуванні закону за аналогією. Хоча можна передбачити складність у такому способі подолання прогалини, враховуючи відсутність вимог щодо оцінки рухомого майна — предмета забезпечувального обтяження, особливо притримання.

Крім того, виходячи із буквального тлумачення закону, виходить, що на відміну від іпотеки при заставі рухомого майна, у тому числі цінних паперів, є не обов'язковим включення в договір застави положень щодо права заставодержателя звертати стягнення на предмет застави шляхом набуття права власності на відповідне майно. Набуття права власності тут виникає так би мовити у силу закону. Те саме — у силу закону, а не договору — виникає й для притримання.

Крім того, має бути враховано, що умовою застосування способів захисту за Законом України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень» є виконання низки публічно-правових процедур.

Зокрема згідно з ч. 3 ст. 24 цього Закону обтяжувач, який ініціює звернення стягнення на предмет забезпечувального обтяження, зобов'язаний до початку процедури звернення стягнення зареєструвати в Державному реєстрі відомості про звернення стягнення на предмет обтяження.

Для дійсності права на звернення стягнення шляхом набуття права власності не має вирішального значення те, чи було зареєстровано відповідне забезпечувальне обтяження кредитором. Адже відповідно до ст. ст. 12, 14 Закону «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію

обтяжень» це не має наслідком втрату юридичної сили забезпечувальним обтяженням, а лише впливає на його пріоритетність. Зокрема у зазначеному Законі встановлено, що зареєстроване обтяження має вищий пріоритет над незареєстрованими обтяженнями. Обтяжувач з вищим пріоритетом має переважне право на звернення стягнення на предмет обтяження. Аналогічним чином у ч. 3 ст. 577 ЦК встановлено, що застава рухомого майна *може бути* (курсів мій. — О. П.) зареєстрована на підставі заяви заставодержателя або заставодавця з внесенням запису до Державного реєстру обтяжень рухомого майна. Але Закон не передбачає подібної альтернативності для реєстрації відомостей про звернення стягнення на предмет обтяження.

До цієї умови додається вимога ст. 25 Закону «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень», що зобов'язує обтяжувача, який звертається до суду з вимогою звернути стягнення на предмет забезпечувального обтяження, до моменту подання відповідного позову до суду письмово повідомити всіх обтяжувачів, на користь яких встановлено зареєстроване обтяження цього ж рухомого майна, про початок судового провадження у справі про звернення стягнення на предмет забезпечувального обтяження.

Для позасудового способу звернення стягнення на предмет забезпечувального обтяження шляхом набуття права власності обтяжувачем у законі висуваються додаткові умови. Наприклад, у рішенні господарського суду щодо звернення стягнення на акції зазначається, що «обтяження цінних паперів має бути зареєстровано в Державному реєстрі, для звернення стягнення на цінні папери обтяжувач повинен зробити сукупність наступних дій: 1) зареєструвати в Державному реєстрі відомості про звернення стягнення на цінні папери; 2) надіслати боржнику повідомлення про порушення забезпечуваного обтяженням зобов'язання з обов'язковим зазначенням в ньому позасудового способу звернення стягнення на цінні папери та вимоги до боржника виконати порушене зобов'язання або передати цінні папери у володіння обтяжувачу протягом 30 днів з моменту реєстрації в Державному реєстрі; 3) повідомити боржника про свій намір набути право власності на цінні папери. При цьому боржник має право заперечити проти переходу права власності на цінні папери до обтяжувача, і у такому разі обтяжувач повинен задовольнити забезпечену обтяженням вимогу шляхом продажу цінних паперів, а не обернення їх у свою власність» [6]. Останнє є цілком справедливим, адже лише суд може примусово відбирати майно від однієї особи і передавати іншій.

Таким чином, закон не ототожнює механізми звернення стягнення у судовому та позасудовому порядку. Як справедливо зазначається в одному з рішень господарського суду Одеської області, «обов'язковими передумовами для набуття права власності на заставлене майно в позасудовому порядку є попереднє набуття обтяжувачем вказаного майна у володіння та наявність згоди боржника на задоволення вимоги обтяжу-

вача шляхом передачі йому у власність предмета застави» [7]. Останнє є природнім для притримання — відповідно до ст. 594 ЦК кредитор, який правомірно володіє річчю, що підлягає передачі боржникові або особі, вказаній боржником, у разі невиконання ним у строк зобов'язання щодо оплати цієї речі або відшкодування кредиторів пов'язаних з нею витрат та інших збитків має право притримати її у себе до виконання боржником зобов'язання. Але застава рухомого майна не обов'язково пов'язана із передачею предмета застави заставодержателю. Саме тому, аби набути право вимоги щодо звернення стягнення на предмет застави шляхом набуття права власності на це майно у позасудовому порядку, при заставі рухомого майна заставодержатель має володіти предметом застави та отримати згоду боржника на набуття предмету обтяження у власність.

У цьому контексті виникають додаткові складності застосування цього способу захисту у позасудовому порядку.

Наприклад, має бути враховано, що згідно із ст. 5 Закону України «Про заставу» застава цінних паперів може здійснюватись шляхом передачі їх заставодержателю. Якщо законом чи договором не передбачено інше, застава векселя чи іншого цінного папера, який може бути переданий шляхом вчинення передавального запису (індосаменту), здійснюється шляхом індосаменту і вручення заставодержателю індосованого цінного паперу. Разом із тим лише окремі цінні папери можуть передаватися шляхом вчинення індосаменту — ордерні цінні папери (векселі, коносаменти, складські свідоцтва тощо). Заставодержатель може володіти заставленими цінними паперами, якщо надає послуги з депозитарної діяльності зберігача цінних паперів згідно із положеннями Законів України «Про цінні папери та фондовий ринок», «Про акціонерні товариства» тощо. Адже зберігання природно пов'язане із володінням річчю.

Таким чином один і той самий спосіб звернення стягнення на рухоме майно — шляхом визнання права власності на нього кредитором — має різні механізми реалізації залежно від судового чи позасудового способу захисту.

Наведений аналіз доводить, що обрання та реалізація способів захисту у господарських та інших майнових відносинах є на сьогодні достатньо складним та багатогранним аспектом правової роботи, обумовленим варіативністю та розпорошеністю господарського та цивільного законодавства. Відповідний механізм, якому притаманне щільне переплетіння процесуальних та процедурних норм, настільки віддаляється від загальних положень кодифікованих актів, що стає заручником безмежної юридизації суспільних відносин, за якою явно не поспівають учасники господарських відносин, доктрина та правозастосовна практика. А тому подальший розвиток законодавчих положень у цій сфері, в тому числі щодо визнання права власності на майно, має розвиватися не за рахунок нових докладних механізмів, так би мовити «у ширину», а насамперед

«у глибину». Це передбачає розвиток права шляхом більш якісного тлумачення законодавчого матеріалу та закріплення у ньому загальних критеріїв обрання належних способів захисту. Інакше судді, що стикаються із проблемами окремих способів захисту порушеного права, і надалі залишатимуться без загальних орієнтирів правозастосування, які дозволяли б їм вирішувати справи однаково, долаючи прогалини та колізії у цій сфері.

Л і т е р а т у р а

1. Беяневич О. А. Про відповідність предмета позову встановленим способам захисту права / О. А. Беяневич // Вісник господарського судочинства. — 2008. — № 1. — С. 97–103.
2. Луспенник Д. Ті, хто грається з процесуальними законами, можуть легко порушити логіку, ЦПК одним невдалим нововведенням / Д. Луспенник // Закон і бізнес. — 2012. — № 6. — С. 1, 4.
3. Подцерковний О. П. Способи захисту прав у земельних відносинах / О. П. Подцерковний // Право України. — 2009. — № 9. — С. 34–39.
4. Узагальнення судової практики розгляду цивільних справ, які виникають з кредитних правовідносин (2009–2010 роки), від 7 жовтня 2010 року Верховного суду України [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/0/DCB0F812911447D9C2256BF70052D6A9?OpenDocument&Start=1&Count=300>
5. Постанова Вищого господарського суду від 21 вересня 2010 р. у справі № 38/491 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/12041527>
6. Рішення господарського суду м. Києва від 02.02.10 у справі № 38/490 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/8986418>
7. Рішення господарського суду Одеської області від 1 серпня 2011 р. Справа № 8/17-1907-2011 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/17478299>

А н о т а ц і я

Подцерковний О. П. Про проблеми застосування способів захисту порушеного права (на прикладі вимог про визнання права власності у заставних відносинах). — Стаття.

У статті досліджують правові проблеми, що виникають при обранні способів захисту порушеного права, на прикладі вимог про визнання права власності кредитора при зверненні стягнення на заставне майно боржника. Зроблено висновок про необхідність узагальнення критеріїв обрання способів захисту та покращення якості тлумачення положень законодавства у цій сфері.

Ключові слова: спосіб захисту порушеного права та інтересу, звернення стягнення на майно, визнання права власності, боржник, кредитор.

А н н о т а ц и я

***Подцерковный О. П.* О проблемах применения способов защиты нарушенного права (на примере требований о признании права собственности в залоговых отношениях). — Статья.**

В статье исследуют правовые проблемы, возникающие при выборе способов защиты нарушенного права, на примере требований о признании права собственности кредитора при обращении взыскания на залоговое имущество должника. Сделан вывод о необходимости обобщения критериев избрания способов защиты и улучшения качества толкования положений законодательства в этой сфере.

Ключевые слова: способ защиты нарушенного права и интереса, обращение взыскания на имущество, признание права собственности, должник, кредитор.

S u m m a r y

***Podtserkovnyi O. P.* On the problems of usage of ways protection of rights (exampled on the requirements for recognition of ownership in collateral relations). — Article.**

The paper investigates the legal issues arising from the choice of ways to protect the violated rights, for example in the requirements for recognition of ownership by the lender foreclose on the collateral of the debtor. It is concluded that the election of a generalized criterion ways of protection and improving quality of the law interpretation in this area to be needed.

Keywords: a way to protect the violated rights and interest, foreclosure on property, recognition of the right of property, the debtor, the creditor.

УДК 349.22:331.106

Г. І. Чанишева

СПІВВІДНОШЕННЯ ТРУДОВОГО ДОГОВОРУ ІЗ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИМИ ДОГОВОРАМИ ПРО ПРАЦЮ

Проблема розмежування трудового договору і цивільно-правових договорів про працю завжди була однією з центральних у науці трудового права. Вона має важливе теоретичне та практичне значення, оскільки самостійність трудового договору фактично символізує самостійність галузі трудового права.

Зазначена проблема залишається актуальною у сучасних соціально-економічних умовах. В літературі висловлюється припущення, що в перспективі трудовий договір має трансформуватися у різновид цивільно-правового договору, коли усі трудові відносини будуть регулюватися нормами цивільного права, які у сукупності утворюватимуть відповідний структурний елемент цивільного законодавства, його інститут [1, с. 78].

Мають місце й більш категоричні висновки. На думку М. І. Брагінського та В. В. Вітрянського, трудовий договір як організаційно-правова модель здійснення найманої праці в умовах ринкової економіки вичерпав себе, а його місце зайняв цивільно-правовий договір про працю [2, с. 24].

Метою даної статті є визначення співвідношення трудового договору і цивільно-правових договорів про працю за чинним законодавством України, що виявляється у наявності спільних рис та принципів відмінностей.

Проблема відмежування трудового договору від суміжних цивільно-правових правочинів, передусім договору підряду, набула актуальності у 20-х рр. минулого сторіччя [3]. Більшість авторів виділяли існуючі відмінності за двома групами ознак: юридичними та економічними. До юридичних належали:

1) за предметом договору: надання у розпорядження робочої сили, а не зобов'язання надати готовий виріб. Більшість вчених визнавало цей критерій основним. Звідси впливало, що оплаті підлягає не кінцевий

результат праці, а жива праця. Вперше на це звернули увагу Ф. Лотмар і Л. С. Таль;

2) за особливим характером оплатності праці: надання робочої сили за винагороду відповідно до часу та кількості роботи, але незалежно від її комерційного ефекту. Останнє могло бути не пов'язане з кількістю та якістю праці та залежати від кон'юнктури ринку й інших обставин;

3) за характером і обсягом відповідальності сторін: особа, яка найнялася, звільнялася від відповідальності за наслідки невиконання або поганого виконання нею роботи не за її виною. Водночас розподіл ризику багато вчених, включаючи Ф. Лотмара і Л. С. Талья, вважали не підставою розмежування, а правовим наслідком укладення або трудового договору (ризик лежить на роботодавці), або цивільно-правового договору з відповідним розподілом ризику. Деякі цивілісти, наприклад, М. М. Агарков і у подальшому наполягали, що ознака несення ризику слугує однією із підстав розмежування трудового договору і договору підряду [4, с. 77]. Особа, яка найнялася, обмежувалася у відповідальності навіть при наявності її прямої вини, тоді як наймач відповідав за своїми обов'язками у повному обсязі.

Основними економічними ознаками розмежування трудового договору і цивільно-правових договорів називалися:

— несамостійність найманої праці та економічна слабкість особи, яка найнялася, її економічна залежність від наймача. Іноді її називали особисто-економічною. Трудовий договір регулював відносини всередині господарського організму, тоді як цивільно-правові — між двома незалежними суб'єктами. Цей економічний критерій багато дослідників вважали головним;

— виконання роботи особистою працею, відсутність інститутів «трудоного представництва». Для цивільно-правових договорів це не вважалося обов'язковою умовою;

— виконання роботи засобами та із матеріалів наймача, що також не було обов'язковим для цивільно-правових договорів.

Вочевидь жодний з цих критеріїв окремо не міг прояснити ситуацію та їх необхідно було аналізувати у сукупності. До того ж розмежування названих договорів було вкрай складним і вимагало великої законодавчої визначеності. Із цього випливало, що виявлений трудовий договір повинен був регулюватися трудовим законодавством, а цивільно-правові — цивільним. Деякою мірою загальну думку висловив А. Ф. Лях. Він стверджував, що при неясності правової природи договору, що розглядається, трудового або договору підряду, або якщо в одному правочині об'єдналися ознаки того й іншого, слід з'ясувати, які ж з них превалюють, і по них кваліфікувати договір у цілому. Спірні випадки, на думку А. Ф. Ляха, слід вирішувати виходячи із класової точки зору, на користь трудящих, тобто визнавати сумнівні договори трудовими [5, с. 28]. По суті це означало введення презумпції трудових відносин, а тягар доказування їхньої відсутності пропонувалося покласти на найма-

ча. Це мало стосуватися усіх договорів, об'єктом яких була праця. Первісно радянськими вченими це пов'язувалося з публічно-правовим впливом на трудовий договір [6]. Періодично виникаючі у подальшому дискусії з даної проблеми не внесли принципових змін у вищеназвані положення [7].

У сучасній літературі відмінності між трудовим договором і цивільно-правовими договорами визначаються на підставі чинного законодавства залежно від предмету договору та його природи, оплати праці, строку договору, порядку укладення договору та інших ознак [8, с. 250–253].

Трудовий договір — завжди договір двосторонній та взаємний. Це безпосередньо впливає із його законодавчого визначення (ст. 21 КЗпП). Сторонами трудового договору є працівник і власник підприємства, установи, організації або уповноважений ним орган чи фізична особа (далі — роботодавець), пов'язані взаємними правами та обов'язками. Трудовий договір належить до договорів двосторонньо зобов'язуючих, оскільки він надає сторонам комплекс прав і одночасно покладає на них обов'язки.

Що стосується оплатності чи безоплатності, то виконання працівником функції, обумовленої трудовим договором, з позиції цивільного права є його матеріальним наданням роботодавцю, що тягне за собою зустрічне обов'язкове майнове надання з боку роботодавця у вигляді виплати працівнику заробітної плати за виконану роботу, виготовлену продукцію або відпрацьований робочий час.

Отже трудовий договір має ознаки цивільно-правового договору найму послуг і в цьому аспекті є двостороннім, консенсуальним, оплатним, фидуціарним та каузальним.

Зазначені та деякі інші цивільно-правові властивості трудового договору, а також схожість умов цивільно-правового договору і строкового трудового договору, що укладається з особами, які приймаються для виконання певної роботи, у тих випадках, коли її виконання (завершення) не може бути визначено конкретною датою, спричинили суперечливу ситуацію.

З одного боку, роботодавцеві надається право вибору: укласти трудовий або цивільно-правовий договір, якому роботодавець віддає перевагу з відомих причин. Поширення на традиційні відносини залежної найманої праці цивільного законодавства через укладання цивільно-правового договору відповідає інтересам роботодавців, але завдає шкоди працівникам, які, перебуваючи у залежності (економічній, технічній, організаційній, юридичній) від роботодавця і являючись фактично найманими працівниками, набувають статусу автономних, самостійно зайнятих працівників (підрядників) і позбавляються прав і гарантій, пов'язаних з відносинами найманої праці.

У зв'язку з цим Міжнародна організація праці приділяє значну увагу визначенню сфери трудових відносин. На підставі обговорення Доповіді V «Сфера трудових відносин» Міжнародна конференція праці

на 91-й сесії 2003 року прийняла Висновки про трудові відносини [9]. Питання про трудові відносини було включено до порядку денного 95-ї сесії Міжнародної конференції праці 2006 року, внаслідок обговорення якого була прийнята Рекомендація МОП № 198 про трудове правовідношення (2006 р.) [10].

МОП визнає, що концепція трудових відносин однаково є присутньою в усіх правових системах і традиціях, хоча зобов'язання, права та пільги, пов'язані з трудовими відносинами, варіюються залежно від країни. Критерії, якими визначається реальне існування трудових відносин, також можуть варіюватися, навіть незважаючи на те, що у багатьох країнах застосовуються такі загальні для усіх поняття, як залежність та підлягання. Однак незалежно від критеріїв, що застосовуються, уряди, роботодавці та працівники поділяють прагнення до забезпечення того, щоб такі критерії були досить чітко сформульовані задля того, щоб легше було визначити сферу застосування різного законодавства, і щоб воно охоплювало саме тих осіб, яких воно покликано охоплювати, тобто осіб, які перебувають у трудових відносинах.

На думку МОП, трудове правовідношення — це поняття, що створює правові зв'язки між особою, яка називається «найманий працівник», та іншою особою, яка називається «роботодавець», якому вона чи він віддає свою працю або надає послуги на певних умовах за винагороду. Самостійна зайнятість і незалежна праця, засновані на комерційних контрактах і цивільних підрядних домовленостях, за визначенням не входять до сфери трудових відносин.

МОП рекомендує державам-членам передбачити чітке визначення умов, що застосовуватимуться для встановлення факту існування трудового правовідношення, наприклад, таких, як підлягання або залежність.

МОП зобов'язує держави-члени передбачити можливість визначення у своїх законодавчих і нормативних правових актах, або іншими засобами, конкретних ознак існування трудового правовідношення. До таких ознак могли б бути віднесені наступні елементи:

а) той факт, що робота: виконується згідно з вказівками і під контролем іншої сторони; передбачає інтеграцію працівника в організаційну структуру підприємства; виконується виключно або головним чином в інтересах іншої особи; виконується особисто працівником; виконується відповідно до певного графіку або на робочому місці, що зазначається або узгоджується стороною, яка замовила її; має певну тривалість і припускає певну наступність; вимагає присутності працівника; передбачає надання інструментів, матеріалів і механізмів стороною, яка замовила роботу;

б) періодична виплата винагороди працівнику: той факт, що дана винагорода є єдиним або основним джерелом доходів працівника; здійснення оплати праці у натуральному виразі шляхом надання працівнику, наприклад, харчових продуктів, житла або транспортних засобів; визнання таких прав, як щотижневі вихідні дні і щорічна відпустка;

оплата стороною, яка замовила проведення робіт, поїздок, що здійснюються працівником в цілях виконання роботи; або те, що працівник не несе фінансового ризику (п. 13 Рекомендації МОП № 198 про трудове правовідношення 2006 року).

Міжнародна організація праці виходить із правової презумпції існування індивідуального трудового правовідношення в тому випадку, коли визначено наявність однієї або декількох відповідних ознак. Водночас МОП звертає увагу на необхідність чіткого формулювання законодавства, сфери його застосування.

Для розмежування трудового договору і цивільно-правових договорів про працю важливе значення має чітке визначення правових ознак трудової діяльності, яка здійснюється на підставі трудового договору. З урахуванням міжнародних трудових стандартів видається доцільним визначити наступні ознаки зазначеної діяльності:

1) предметом трудового договору є жива праця, надання у розпорядження роботодавця робочої сили, а його сторонами — найманий працівник і роботодавець;

2) працівник виконує роботу за обумовленою трудовою функцією;

3) укладення трудового договору передбачає інтеграцію працівника в організаційну структуру підприємства, включення працівника у сферу господарювання роботодавця;

4) робота виконується відповідно до вказівок і під контролем роботодавця з підляганням внутрішньому трудовому розпорядку;

5) робота виконується особисто працівником виключно або головним чином в інтересах роботодавця;

6) робота виконується на визначеному працівникові робочому місці, на якому вимагається його присутність, із наданням працівнику необхідних для роботи засобів (інструментів, матеріалів, механізмів тощо) та забезпеченням належних умов праці;

7) регламентується тривалість робочого часу та встановлюються норми праці;

8) працівнику періодично виплачується заробітна плата, яка є єдиним або основним джерелом його доходів;

9) трудовий договір укладається, як правило, на невизначений термін і носить триваючий характер, тобто, за загальним правилом, виконання сторонами своїх обов'язків стосовно один одного не припиняє дію договору;

10) розсуд сторін обмежується нормативними вимогами з охорони праці, іншими соціальними стандартами, заборони дискримінації, забезпечення основних конституційних прав (на об'єднання, на недоторканність особистого життя, на відпочинок та ін.);

11) за трудовим договором на працівника поширюються гарантії та пільги, передбачені трудовим законодавством, іншими нормативно-правовими актами, що містять норми трудового права, колективними договорами і угодами (надання щорічної відпустки, вихідних, святкових та неробочих днів тощо);

12) працівник не несе фінансового ризику при виконанні роботи на умовах трудового договору;

13) роботодавець бере участь у фінансуванні соціального страхування найманого працівника.

Аналіз чинного законодавства дозволяє виявити наступні відмінності трудового та цивільно-правового договорів. Предметом трудового договору є виконання працівником певної роботи, визначеної угодою сторін трудової функції. Працівник зобов'язується виконувати певну роботу або займати певну посаду в організації, а роботодавець зобов'язується забезпечити його цією роботою, надавати засоби виробництва, обладнання, механізми тощо, давати конкретні завдання. Роботодавець має право доручити працівнику виконання будь-якого завдання в межах роботи, обумовленої трудовим договором. Водночас предметом цивільного договору про працю є матеріалізований продукт праці або завдання одноразового характеру. Тобто предметом такого договору є кінцевий результат праці (побудова будівля, підготований бухгалтерський облік тощо).

Відрізняються критерії класифікації трудового договору і цивільно-правових договорів. Останні класифікуються за кількістю осіб, які беруть у них участь, за функціональним призначенням, особливостями укладення і оформлення та іншими критеріями. Класифікація трудового договору здійснюється залежно від специфіки порядку його укладення, зміни та припинення; суб'єктного складу; змісту та порядку його встановлення; дії трудового договору, характеру трудової діяльності; умов і місця застосування праці.

Уклавши трудовий договір, працівник включається до штату організації та зобов'язаний підлягати правилам внутрішнього трудового розпорядку, затвердженим на конкретному підприємстві, або ж виконувати розпорядження роботодавця — фізичної особи. Трудові відносини регулюються правовими нормами різного рівня — від централізованого до локального. Недодержання таких правил розглядається як порушення трудової дисципліни, за що працівника може бути притягнуто до дисциплінарної відповідальності. У трудових правовідносинах роботодавець має дисциплінарну владу щодо працівника аж до звільнення. За порушення трудових обов'язків, що призвело до заподіяння майнової шкоди роботодавцеві, останній вправі притягнути працівника до матеріальної відповідальності та самостійно стягнути шкоду у розмірі середнього місячного заробітку працівника. У цивільних правовідносинах роботодавець не володіє дисциплінарною владою стосовно працівника. У разі заподіяння майнової шкоди стягнення проводиться у судовому порядку.

Працівник повинен у процесі праці виконувати певну міру праці в певну частину робочого часу — норми праці, дотримуватися правил охорони праці та виробничої безпеки. При виконанні цивільних договорів про працю нормування праці відсутнє, процес праці не регламентується правом і здійснюється особою самостійно на свій розсуд.

За трудовим договором оплата праці регулюється законодавством про працю (КЗпП, Закон України «Про оплату праці» та інші акти), колективними договорами та угодами, трудовим договором. Законом України «Про оплату праці» передбачено дві сфери регулювання заробітної плати — сфера державного і сфера договірного регулювання. Заробітна плата не може бути нижчою за встановлений законом мінімальний розмір. Законодавством встановлюються норми та гарантії у сфері оплати праці, терміни виплати заробітної плати, правила індексації, компенсації заробітної плати у разі затримки її виплати. У цивільно-правовому договорі розмір оплати праці (обсягу робіт) встановлюється угодою сторін.

Ризик втраченої, зіпсованої продукції, роботи без вини працівника несе роботодавець. За цивільно-правовим договором такий ризик лежить на працівникові.

Соціально-правовий зміст трудового договору виявляється у наданні працівникам певних гарантій, пільг, передбачених трудовим законодавством, а також участі роботодавця у соціальному забезпеченні працівника. У зв'язку з цим в літературі відзначається глибока соціальна природа трудового договору як головна відмінність трудового договору від цивільно-правового [8, с. 252].

Існують відмінності у порядку укладення, зміни та припинення трудового договору та цивільно-правових договорів. Укладення, зміна та припинення трудового договору докладно регламентуються трудовим законодавством. З певними категоріями осіб роботодавець зобов'язаний укласти трудовий договір. Припинення трудового договору відбувається за підставами та у порядку, передбачених законодавством. Цивільно-правові договори укладаються за угодою сторін, з дотриманням принципів добровільності та рівності сторін.

Трудовий договір укладається, як правило, на невизначений термін і припиняється лише з підстав, передбачених законодавством. Строковий трудовий договір може укладатися лише у випадках, передбачених законом (ст. 23 КЗпП). У цих нормах також виявляється спрямованість трудового законодавства до захисту найманого працівника. Цивільно-правові договори про працю укладаються щодо виконання певної роботи і вичерпуються виконаною роботою (послугою, продукцією).

Специфіка предмету визначає й дію договорів, що розглядаються, у часі: цивільно-правовий договір припиняється з моменту виконання сторонами прийнятих на себе обов'язків, трудовий договір носить триваючий характер, тобто, за загальним правилом, виконання сторонами своїх обов'язків стосовно один одного не припиняє дію договору.

Оскільки предметом трудового договору є реалізація здатності людини до праці, то зрозуміло, що ця властивість трудового договору може бути реалізована тільки самою людиною, і доручити реалізацію своєї власної здатності до праці іншій особі людина не може. Звідси випливає, що на стороні працівника у трудовому договорі завжди виступає жива

людська особистість, фізична особа, яка особисто реалізує як притаманну їй фактичну здатність до праці, так і увесь комплекс пов'язаних з цим фактом прав і обов'язків. Навпроти, сторонами цивільно-правового договору можуть виступати як фізичні, так і юридичні особи.

Відрізняються способи захисту трудових і цивільних прав та інтересів. Фізична особа як суб'єкт цивільних правовідносин не може звернутися до комісії з трудових спорів для вирішення індивідуального трудового спору, не може брати участь у страйку.

Працівник і роботодавець не вправі визначати на свій розсуд правову природу укладеного договору та обирати норми права. У судовій практиці критерії розмежування трудового і цивільно-правових договорів (підряду, надання послуг) формуються у рамках двох категорій спорів: за позовами громадян до роботодавців про визнання укладених договорів трудовими і надання передбачених законом умов праці; на вимоги виконавчих органів фондів соціального страхування або податкових органів до роботодавців про перекваліфікацію цивільно-правових договорів, укладених з громадянами, у трудові договори і стягнення заборгованості з обов'язкових платежів у фонд соціального страхування (нарахованим на суму виплат за трудовими договорами).

Відносно першої категорії спорів серед практиків та науковців немає єдності. В літературі висловлено думку про можливість застосування положень Цивільного кодексу РФ про недійсність правочинів до трудових відносин, якщо такі відносини протягом тривалого періоду часу регулювалися цивільно-правовим договором [11, с. 22–23]. Відповідно до ч. 4 ст. 11 ТК РФ у тих випадках, коли судом встановлено, що договором цивільно-правового характеру фактично регулюються трудові відносини між працівником і роботодавцем, до таких відносин застосовуються положення трудового законодавства та інших актів, що містять норми трудового права.

У літературі правило ч. 4 ст. 11 ТК РФ про застосування трудового законодавства до цивільно-правового договору, що фактично регулює трудові відносини, пропонується застосовувати у сукупності із п. 2 ст. 170 ЦК РФ про удаваний правочин. Згідно із таким підходом працівник може звернутися до суду з вимогами про застосування наслідків нікчемного правочину та укладення трудового договору.

Як вважають Н. Свиридова і А. Гончаров, дана позиція є недостатньо обґрунтованою [12, с. 48]. Незважаючи на схожість формулювань ч. 4 ст. 11 ТК РФ і п. 2 ст. 170 ЦК РФ, навряд чи слід ототожнювати закріплені в них норми або розглядати перше правило як окремих випадок другого. Необхідно також враховувати відмінності у строках судового захисту цивільних і трудових прав. До того ж, як вже відзначалося, трудове законодавство не передбачає можливості субсидіарного застосування норм цивільного права.

Важливим є питання про способи захисту працівником своїх прав у разі виникнення спору щодо правової природи укладеного договору. Для

вирішення спору щодо існування та змісту трудового договору працівник вправі безпосередньо звернутися з позовом щодо роботодавця до районного, районного у місті, міського чи міськрайонного суду про визнання укладеного договору трудовим договором і надання передбачених законодавством умов праці. Відповідно до ч. 8 ст. 6 проекту Трудового кодексу України трудове законодавство не застосовується у разі, якщо фізична особа виконує роботу за цивільно-правовим договором. Пропонується внести доповнення до зазначеної частини наступного змісту: «У тих випадках, коли судом встановлено, що цивільно-правовим договором фактично регулюються трудові відносини між працівником і роботодавцем, до таких відносин застосовуються положення трудового законодавства». Послідовне застосування даного положення виключатиме довільне тлумачення питання про правову природу договорів, що регулюють трудові відносини.

Застосування трудового законодавства до відносин, що знаходяться на стику цивільного і трудового права, або до трудових відносин, що завуальовані під цивільно-правові, пов'язане із труднощами у зв'язку з суперечливістю цих відносин і неясністю їх галузевої належності. У неясних випадках у багатьох зарубіжних країнах для відмежування трудового договору від договору підряду пропонується використовувати наступні критерії: якою мірою підприємство-користувач визначає, де і як повинна виконуватися робота, включаючи тривалість робочого часу та інші умови праці; чи виплачує підприємство-користувач працівникові належну йому винагороду за працю періодично і відповідно до заздалегідь встановлених критеріїв; якою мірою підприємство-користувач здійснює нагляд і контроль за підрядним працівником відносно роботи, що виконується, включаючи контроль за дисципліною; якою мірою підприємство-користувач здійснює інвестиції і надає обладнання, матеріали і машини, необхідні для виконання відповідної роботи; чи може працівник отримувати прибутки або наражатися на ризик понести збитки при виконанні роботи; чи виконується робота на регулярній і постійній основі; чи працює людина на одне підприємство-користувач; якою мірою виконувана робота є складовою звичайної діяльності підприємства; чи надає підприємство працівникові професійну підготовку [13, с. 172].

У багатьох країнах виявилася тенденція до включення цих «пограничних» відносин до сфери дії трудового права, що є свідченням її поширення.

Підміна трудових відносин цивільно-правовими не тільки защемляє права працівника, а може спричинити несприятливі наслідки для роботодавця. Відповідно до п. 8 постанови Пленуму Верховного Суду Російської Федерації від 17 березня 2004 року № 2 «Про застосування судами Російської Федерації Трудового кодексу Російської Федерації», якщо між сторонами укладено договір цивільно-правового характеру, однак під час судового розгляду буде встановлено, що цим договором

фактично регулюються трудові відносини між працівником і роботодавцем, до таких відносин в силу ч. 4 ст. 11 слід застосовувати положення ТК РФ. Аналогічне положення доцільно включити до постанови Пленуму Верховного Суду України від 6 листопада 1992 року № 9 «Про практику розгляду судами трудових спорів».

Таким чином, трудовий договір, з одного боку, має окремі ознаки, що зближують його з цивільно-правовими договорами про працю, з іншого — має суттєві, а у деяких випадках принципові відмінності від договорів цивільно-правового характеру за організаційною, особистісною, майновою та іншими ознаками. Останні є свідченням того, що у сучасний період трудовий договір продовжує відігравати центральну роль у світі праці, а спроби довести підміну його цивільно-правовим договором про працю є безпідставними.

При неясності правової природи договору, що розглядається, наприклад, трудового або договору підряду, або якщо в одному договорі об'єдналися ознаки того й іншого, спірні випадки необхідно вирішувати на користь працівника, що означає встановлення презумпції трудового договору, а тягар доказування його відсутності слід покласти на роботодавця. Це важливе положення пропонується закріпити у проекті Трудового кодексу України шляхом доповнення другою частиною ст. 39 «Трудовий договір» глави 1 Книги другої «Виникнення та припинення трудових відносин. Трудовий договір».

Л і т е р а т у р а

1. Российское законодательство: проблемы и перспективы. — М., 1975. — 356 с.
2. Брагинский М. И. Договорное право: общие положения / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. — М., 1997. — 682 с.
3. Барков И. Подряд, заказ и трудовой договор / И. Барков // Ежемесячник советской юстиции (ЕСЮ). — 1924. — № 44. — С. 1049–1051; Варшавский К. М. Практический словарь по трудовому праву / К. М. Варшавский. — М., 1927. — С. 123–130; Виленский А. Подряд и трудовой договор / А. Виленский // ЕСЮ. — 1926. — № 3. — С. 70–73; Герцик Е. О юридическом разграничении трудового договора и договора подряда / Е. Герцик // Вопросы труда. — 1926. — № 17; Зеленецкий А. Отличие подряда от трудового найма / А. Зеленецкий // ЕСЮ. — 1923. — № 33. — С. 748–750; Кусиков А. Трудовой договор и притворный договор комиссии / А. Кусиков // Вопросы труда. — 1928. — № 3. — С. 61–65; Рейнке Н. Н. Трудовой договор и подряд / Н. Н. Рейнке // Право и жизнь. — 1925. — № 2/3. — С. 27–33; Троицкий И. Трудовой договор и «личный наем» / И. Троицкий // Право и жизнь. — 1925. — № 6/7. — С. 36–39; Троицкий И. Подряд и трудовой договор / И. Троицкий // Вопросы труда. — 1924. — № 10. — С. 44–48.
4. Гражданское право / под ред. М. М. Агаркова и Д. М. Генкина. — М., 1944. — Т. 2.
5. Лях А. Ф. Трудовой договор / А. Ф. Лях. — М., 1925.
6. Константинов М. Публично-правовое влияние на договоре труда / М. Константинов // Сборник трудов ФОН Иркутского университета. — Иркутск, 1923. — Вып. 6. — С. 69–97.
7. Автономов В. С. Договор трудового поручения / В. С. Автономов, К. А. Граве // Ученые записки ВИЮН. — М., 1955. — Вып. 2. — С. 42; Забозлаев А. Отличие

- трудового договора от договора поручения / А. Забозлаев // Социальное обеспечение. — 1957. — № 5 ; Цедербаум Ю. К вопросу о разграничении трудового договора и договора подряда / Ю. Цедербаум // Социальное обеспечение. — 1958. — № 8.
8. Болотіна Н. Б. Трудове право України : підручник / Н. Б. Болотіна. — 5-те вид., переробл. і допов. — К. : Знання, 2008. — 860 с.
 9. Заключение о трудовых отношениях : приняты Междунар. конф. труда на 91-й сессии 2003 года // Международная организация труда: конвенции, документы, материалы : справ. пособие / сост. и авт. предисл. и вступ. ст. З. С. Богатыренко. — М. : Дело и Сервис, 2007. — С. 578–588.
 10. Рекомендация МОТ № 198 о трудовом правоотношении 2006 года // Труд за рубежом. — 2007. — № 2. — С. 152–160.
 11. Ершова Е. А. Гражданское право — источник трудового права / Е. А. Ершова // Трудовое право. — 2004. — № 12. — С. 21–28.
 12. Свиридова Н. Гражданско-правовой и трудовой договоры / Н. Свиридова, А. Гончаров // Хозяйство и право. — 2008. — № 5. — С. 44–49.
 13. МБТ. Труд на условиях подряда. — Женева, 1997. — 182 с.

А н о т а ц і я

Чанишева Г. І. Співвідношення трудового договору із цивільно-правовими договорами про працю. — Стаття.

У статті розкривається співвідношення трудового договору із суміжними цивільно-правовими договорами про працю, що виявляється у наявності спільних рис та принципових відмінностей. Вносяться пропозиції щодо удосконалення відповідних норм у проєкті Трудового кодексу України.

Ключові слова: трудові відносини, трудовий договір, цивільно-правові договори про працю.

А н н о т а ц и я

Чанышева Г. И. Соотношение трудового договора с гражданско-правовыми договорами о труде. — Статья.

В статье раскрывается соотношение трудового договора со смежными гражданско-правовыми договорами о труде, которое проявляется в наличии общих черт и принципиальных отличий. Вносятся предложения по усовершенствованию соответствующих норм в проекте Трудового кодекса Украины.

Ключевые слова: трудовые отношения, трудовой договор, гражданско-правовые договоры о труде.

S u m m a r y

Chanysheva G. I. Correlation of labour agreement with the civil legal agreement on labour. — Article.

In the article the correlation of labour agreement and contiguous civil legal agreements on labour is revealed, that appears in the presence of common features and principal differences. Propositions are made on improvement of appropriate norms in the Draft Labour Code of Ukraine.

Keywords: labour relations, labour agreement, civil labour agreements.

УДК 349.412.3:630

*І. І. Каракаш***ПРАВО ВЛАСНОСТІ ТА КОРИСТУВАННЯ
НА ЗЕМЛЯХ ЛІСОГОСПОДАРСЬКОГО ПРИЗНАЧЕННЯ**

Проблеми права власності на землі лісогосподарського призначення та правове регулювання їх раціонального використання не знайшли свого належного висвітлення у вітчизняній правовій літературі. Окремі наукові публікації [1] та розділи у підручниках з питань використання й охорони лісових земель і лісових ресурсів [2] не охоплюють всі аспекти зазначеної проблематики. Після суттєвого оновлення Лісового кодексу України від 21 січня 1994 року [3] та прийняття його у новій редакції Закону від 8 лютого 2006 року [4] також не активізувалися наукові дослідження проблем права власності на землі лісогосподарського призначення та їх використання на власницьких засадах.

Не дивлячись на те, що з прийняттям зазначеної редакції Лісового кодексу вказана категорія «земель лісового фонду» у Земельному кодексі України від 25 жовтня 2001 року [5] набула найменування «землі лісогосподарського призначення», правові засади їх використання та охорони не зазнали суттєвих змін. Разом з тим правовий режим «земель лісового фонду» не тотожний правовому режиму «землі лісогосподарського призначення». Крім цього, існує низка особливостей, у тому числі щодо набуття і реалізації права власності на лісові землі та користування ними, які відрізняють їх від інших категорій земель у складі земельного фонду країни.

За ч. 1 ст. 55 Земельного кодексу до земель лісогосподарського призначення належать землі, вкриті лісовою рослинністю, а також не вкриті лісовою рослинністю, нелісові землі, які надані та використовуються для потреб лісового господарства. Наведене законодавче визначення земель лісогосподарського призначення носить загальний характер і з точки зору «літерального» тлумачення не є коректним. Його текстуальний зміст не надає чіткого критерію для відокремлення зазна-

чених земель всередині категорії на відповідні різновиди, зокрема: на «землі, вкриті лісовою рослинністю», на «землі, не вкриті лісовою рослинністю» та на «нелісові землі», що надані та використовуються для потреб ведення лісового господарства.

У певній мірі позначений склад земель лісогосподарського призначення прояснюється у їх визначенні в оновленому лісовому законодавстві. Так, за ст. 5 Лісового кодексу, до земель лісогосподарського призначення належать лісові землі, на яких розташовані лісові ділянки, та нелісові землі, зайняті сільськогосподарськими угіддями, водами й болотами, спорудами, комунікаціями, малопродуктивними землями тощо, які надані в установленому порядку та використовуються для потреб лісового господарства. Таким чином, «нелісовими землями», що включаються у склад земель лісогосподарського призначення, наприклад, є землі, зайняті сільськогосподарськими та водно-болотними угіддями, а також інші земельні ділянки, які надані в установленому порядку та використовуються для потреб лісового господарства.

Наведене наглядно демонструє, що положення лісового законодавства щодо визначення земель лісогосподарського призначення, завданням якого є регулювання лісових відносин, прописані більш конкретно, ніж положення земельного законодавства, завданням якого є регулювання саме земельних відносин. У зв'язку з цим чітке текстуальне визначення вказаної земельно-правової норми щодо визначення земель лісогосподарського призначення може надати підстави для виділення щонайменше трьох різновидів земель лісогосподарського призначення, зокрема: земель, які вкриті лісовою рослинністю, земель, що не вкриті лісовою рослинністю, але відносяться до «лісових земель» та «нелісових земель», які надані та використовуються для потреб ведення лісового господарства. Такий висновок безпосередньо ґрунтується на ч. 2 ст. 5 Лісового кодексу, згідно якої віднесення земельних ділянок до складу земель лісогосподарського призначення здійснюється відповідно до земельного законодавства.

Наведений висновок впливає також з окремих положень ст. 1 нової редакції Лісового кодексу. Так, за ч. 3 ст. 1 чинного Лісового кодексу, лісова ділянка — це ділянка лісового фонду України з визначеними межами, яка виділена для ведення лісового господарства та використання лісових ресурсів без її вилучення у землекористувача або власника землі. Відповідно до положень лісового законодавства лісові ділянки можуть бути вкриті лісовою рослинністю або постійно чи тимчасово не вкриті лісовою рослинністю (внаслідок неоднорідності лісових комплексів, лісогосподарської діяльності, стихійного лиха тощо). До не вкритих лісовою рослинністю лісових ділянок належать лісові ділянки, зайняті незімкнутими лісовими культурами, лісовими розсадниками і плантаціями, а також лісовими шляхами та просіками, лісовими протипожежними розривами, лісовими осушувальними канавами і дренажними системами.

Одночасно чинне лісове законодавство містить визначення поняття земельної лісової ділянки. Так, за ч. 5 ст. 1 нової редакції Лісового кодексу земельна лісова ділянка — це ділянка землі лісового фонду України з визначеними межами, яка надається або вилучається у землекористувача чи власника земельної ділянки для ведення лісового господарства або інших суспільних потреб відповідно до земельного законодавства.

Проте Земельний кодекс зберігає положення про визначення земель лісогосподарського призначення шляхом виключення з їх складу певних видів ділянок землі. Так, за новою редакцією ч. 2 ст. 55 Земельного кодексу до земель лісогосподарського призначення не належать землі, зайняті: зеленими насадженнями у межах населених пунктів, які не віднесені до категорії лісів; окремими деревами і групами дерев та чагарниками на сільськогосподарських угіддях, присадибних, дачних і садових ділянках. Таким чином, земельне законодавство містить подвійний підхід щодо визначення земель лісового фонду — в порядку офіційного формулювання їх визначення за певними ознаками (ч. 1 ст. 55 ЗКУ) та в порядку перелічення окремих земельних ділянок, які виключені з їх складу (ч. 2 ст. 55 ЗКУ).

Різні підходи до визначення поняття та переліку земель лісогосподарського призначення на засадах «включення-виключення» до їх складу в Земельному і Лісовому кодексах утворили певні розбіжності у складі земель лісогосподарського призначення. Такі підходи призвели до суперечностей подвійного рівня — протиріччя у змісті самого лісового законодавства та протиріччя між Лісовим та Земельним кодексами. Беручи до уваги пріоритетні вимоги ч. 2 ст. 3 Земельного кодексу стосовно інших галузей природноресурсового законодавства, виникла нагальна потреба в узгодженні складу земель лісогосподарського призначення шляхом внесення відповідних змін і доповнень як до Земельного кодексу, так і до Лісового кодексу.

Однак розбіжності у складі земель лісового фонду пов'язані не тільки з протилежним підходом до їх визначення та перелічення, а й з самим законодавчим визначенням поняття лісу. Відповідно до ч. 1 ст. 1 Лісового кодексу ліс — це тип природного комплексу, у якому поєднуються переважно деревна та чагарникова рослинність з відповідними ґрунтами, трав'яною рослинністю, тваринним світом, мікроорганізмами та іншими природними компонентами, що взаємопов'язані у своєму розвитку, впливають один на одного і на навколишнє природне середовище. Наведене визначення лісу охоплює не тільки угруповання деревини та чагарникової рослинності, а і земельні площі з відповідними ґрунтами. Таке фактичне становище є зрозумілим тому, що без земельних ресурсів ліс не може існувати. У зв'язку із наведеним визначенням земель лісогосподарського призначення за Земельним кодексом та оновленим поняттям лісу за Лісовим кодексом виникає проблема розмежування цих взаємопов'язаних, але все ж таки самостійних правових об'єктів.

На користь такого висновку говорить і зміст ст. 4 Лісового кодексу, в якому йдеться саме про ліси та лісовий фонд як самостійні об'єкти права. Так, за вказаною нормою до лісового фонду України належать лісові ділянки, в тому числі захисні насадження лінійного типу, площею не менше 0,1 гектара. Захисними насадженнями лінійного типу є, наприклад, полезахисні лісові смуги, захисні насадження на смугах відводу залізниць, захисні насадження на смугах відводу автомобільних доріг, захисні насадження на смугах відводу каналів, гідротехнічних споруд та водних об'єктів, які новою редакцією Лісового кодексу віднесені до лісового фонду країни. Тепер до лісового фонду не належать лише: зелені насадження в межах населених пунктів (сади, парки, сквери, бульвари тощо), які не віднесені в установленому порядку до лісів, та окремі дерева і групи дерев, а також чагарники на сільськогосподарських угіддях, присадибних, дачних і садових земельних ділянках.

Питання створення, використання й охорони насаджень, що не належать до лісового фонду, регулюються іншими актами законодавства (аграрним, земельним, цивільним, адміністративним), які, згідно ст. 1 Закону України «Про рослинний світ» від 9 квітня 1999 року [6], можуть і не охоплюватись законодавством про рослинний світ. У зв'язку з цим чітке визначення лісу може стати юридичною ознакою розмежування земельних ресурсів від лісів, правовим критерієм відокремлення лісової рослинності від нелісової та закріплення самостійної правоб'єктності лісів у чинному природноресурсовому законодавстві. У даний час лише лісові ресурси одержали позитивне правове визначення. Ними, за ст. 6 нової редакції Лісового кодексу, є деревні, технічні, лікарські та інші продукти лісу, що використовуються для задоволення потреб населення і виробництва та відтворюються в процесі формування лісових природних комплексів. До лісових ресурсів також належать корисні властивості лісів (здатність лісів зменшувати негативні наслідки природних явищ, захищати ґрунти від ерозії, запобігати забрудненню навколишнього природного середовища та очищати його, сприяти регулюванню стоку води, оздоровленню населення та його естетичному вихованню тощо), що використовуються для задоволення суспільних потреб.

Певна суперечливість спостерігається й у правовому регулюванні відносин власності на землі лісогосподарського призначення. Відповідно до ч. 1 ст. 56 Земельного кодексу землі лісогосподарського призначення можуть перебувати у державній, комунальній та приватній власності. Наведене положення земельного законодавства кореспондує ч. 3 ст. 5 Лісового кодексу про те, що ліси тепер можуть перебувати в державній, комунальній та приватній власності.

У ч. 1 ст. 56 Земельного кодексу передбачено, що громадянам та юридичним особам за рішенням органів місцевого самоврядування та органів виконавчої влади можуть безоплатно або за плату передаватись у власність замкнені земельні ділянки лісогосподарського призначення

загальною площею до 5 гектарів у складі угідь селянських, фермерських та інших господарств. Наведена земельно-правова норма передбачає цілу низку умов щодо передачі громадянам та юридичним особам земельних ділянок лісогосподарського призначення у приватну власність. Вони визначають суб'єктів цього права, охоплюють ознаки об'єкту та закріплюють умови такої передачі. Так, суб'єктами надання в межах своєї компетенції можуть бути органи місцевого самоврядування й органи державної виконавчої влади, із чого випливає, що за їх рішеннями можуть надаватися як землі державної, так і землі комунальної власності. Зрозуміло, що суб'єктами одержання таких земельних ділянок мають бути вітчизняні фізичні та юридичні особи. При цьому останніми, безумовно, мають бути тільки юридичні особи приватної власності, а не юридичні особи державної та комунальної власності, для яких взагалі не передбачена передача земельних ділянок на праві власності. Вітчизняним громадянам та приватним юридичним особам земельні ділянки можуть передаватися як безоплатно, так і за плату. Встановлений і розмір земельної ділянки, який має бути загальною площею до 5 гектарів.

Проте земельно-правова норма, що розглядається, передбачає надання таких земельних ділянок із земель лісогосподарського призначення, але у складі угідь селянських, фермерських та інших господарств. Загальновідомо, що для ведення селянських і фермерських господарств земельні ділянки надаються із земель сільськогосподарського призначення. Таким чином, земельні ділянки лісогосподарського призначення, які передаються у приватну власність, відносяться до нелісових земель, зайнятих сільськогосподарськими угіддями. Вони надаються для ведення селянських і фермерських господарств, а не для потреб ведення лісового господарства, про що йдеться у ч. 1 ст. 55 Земельного кодексу та у ч. 1 ст. 5 Лісового кодексу. У зв'язку з цим вказані норми потребують відповідного уточнення і узгодження між собою.

Проте головний недолік аналізованої норми полягає у закріпленні вимоги щодо «замкненості земельної ділянки» лісогосподарського призначення, тобто нерозривності земельної ділянки відповідної конфігурації (геометричної фігури), кінцеві точки якої з'єднуються в одну лінію. Ця «замкненість земельної ділянки» лісогосподарського призначення має бути у складі угідь селянських, фермерських та інших господарств. Насправді має місце «земельна ділянка, що замкнено покрита лісовою рослинністю», тобто «лісова земельна ділянка» як ділянка землі лісогосподарського призначення з визначеними межами, що надається у приватну власність для ведення сільського господарства. Однак визначення поняття «лісова земельна ділянка» немає ані в земельному, ані в лісовому законодавстві.

Відповідно до нової редакції ч. 3 ст. 56 Земельного кодексу громадяни і юридичні особи в установленому порядку можуть набувати у власність земельні ділянки деградованих і малопродуктивних угідь для залісення. При цьому чинне земельне законодавство не обмежує на-

буття у власність таких земельних ділянок ані категоріями земель, ані їх розмірами.

Не зовсім послідовним є регулювання права власності і на самі ліси та лісові ресурси. Відповідно до ч. 2 ст. 1 Лісового кодексу ліси України є її національним багатством і за своїм призначенням та місцезнаходженням виконують переважно водоохоронні, захисні, санітарно-гігієнічні, оздоровчі, рекреаційні, естетичні, виховні та інші функції й є джерелом для задоволення потреб суспільства в лісових ресурсах. Усі ліси на території країни, незалежно від того, на землях яких категорій за основним цільовим призначенням вони зростають, та незалежно від права власності на них, становлять лісовий фонд України і перебувають під охороною держави.

У ст. 7 Лісового кодексу передбачено, що ліси, які знаходяться в межах території України, є об'єктами права власності Українського народу. Від імені Українського народу права власника на ліси здійснюють органи державної влади та органи місцевого самоврядування в межах, визначених Конституцією України. Наведені формулювання спираються на положення ст. 13 Конституції щодо народної належності основних природних об'єктів та їх ресурсів і реалізації права народної власності. Проте ліси у якості об'єкта права власності Українського народу у вказаній конституційній нормі не позначені.

Однак слід зауважити, що при усій «авторитетності» Конституції як Основного Закону країни, який має найвищу юридичну силу, все ж таки посилення на неї є не зовсім коректним. По-перше, Конституція не визначає межі здійснення прав власника на ліси органами державної влади та органами місцевого самоврядування. По-друге, якщо права власника на ліси здійснюють органи державної влади й органи місцевого самоврядування, то виникає потреба у визначенні кола таких державних органів та у розмежуванні повноважень органів державної влади й органів місцевого самоврядування щодо реалізації ними прав власника на ліси. По-третє, за новою редакцією Лісового кодексу, ліси можуть перебувати в державній, комунальній і приватній власності, суб'єктами яких відповідно є держава, територіальні громади, громадяни і юридичні особи приватної власності, тобто органи державної влади та місцевого самоврядування можуть здійснювати права власника лише на ліси державної і комунальної власності.

Відомо, що землі лісогосподарського призначення можуть використовуватися не тільки на засадах права власності, а й на підставі права користування ними. Так, згідно з новою редакцією ст. 57 Земельного кодексу земельні ділянки лісогосподарського призначення за рішенням органів виконавчої влади або органів місцевого самоврядування надаються в постійне користування спеціалізованим державним або комунальним лісогосподарським підприємствам та іншим державним і комунальним підприємствам, установам і організаціям, у яких створено спеціалізовані підрозділи для ведення лісового господарства. Тут звертає на

себе увагу закріплення спеціальної правосуб'єктності державних і комунальних лісогосподарських підприємств, установ та організацій. Наведене положення означає, що земельні ділянки лісогосподарського призначення на засадах постійного землекористування можуть надаватися не будь-яким державним чи комунальним лісогосподарським підприємствам, а лише тим з них, у яких створені спеціалізовані підрозділи для ведення лісового господарства. При цьому порядок використання земель лісогосподарського призначення визначається законом.

У зв'язку із законодавчим закріпленням у даний час не тільки права державної та комунальної власності, а і права приватної власності на землі лісогосподарського призначення слід було б розповсюдити спеціальну лісогосподарську правосуб'єктність і на приватні підприємства. Безумовно, приватні лісогосподарські підприємства можуть використовувати зазначені земельні ділянки на власницьких засадах, але при умові створення ними спеціалізованих підрозділів для ведення лісового господарства. Якщо такі підрозділи у приватному лісогосподарському підприємстві не утворені, навряд чи можна очікувати від них раціонального й ефективного використання земель лісогосподарського призначення за їх цільовим призначенням, а відтак навряд чи доцільно надавати землі лісогосподарського призначення у приватну власність.

Не вимагає особливого обґрунтування теза про те, що використання земель лісогосподарського призначення переважно відбувається разом з використанням лісів та лісових ресурсів, тобто на власницьких засадах та на підставі лісокористування. Відповідно до ч. 1 ст. 8 Лісового кодексу у державній власності перебувають усі ліси України, крім лісів, що перебувають у комунальній або приватній власності. Тут спостерігається формула, яка закріплена у земельному законодавстві стосовно розмежування земель державної, комунальної та приватної власності. Проте ч. 2 ст. 8 Лісового кодексу є більш конкретною і передбачає, що право державної власності на ліси набувається і реалізується державою в особі Кабінету Міністрів України, Ради міністрів Автономної Республіки Крим, місцевих державних адміністрацій відповідно до закону. Таким чином, право державної власності на ліси набувається і реалізується органами державної виконавчої влади. При цьому їх власниками є держава, а не зазначені органи державної виконавчої влади.

Згідно ст. 9 Лісового кодексу у комунальній власності перебувають ліси в межах населених пунктів, крім лісів, що перебувають у державній або приватній власності. У комунальній власності можуть перебувати й інші ліси, набуті або віднесені до об'єктів комунальної власності в установленому законом порядку. Право комунальної власності на ліси реалізується територіальними громадами безпосередньо або через утворені ними органи місцевого самоврядування. Тут також спостерігаються формулювання, що випробувані у земельному законодавстві. Можна лише зауважити стосовно вказівки на ліси у межах населених пунктів, зокрема у даний час чинне законодавство, на відміну від попереднього

законодавства, не передбачає наявності міських лісів та лісів у інших населених пунктах.

Право комунальної власності на ліси, за ст. 11 Лісового кодексу, набувається при розмежуванні в установленому законом порядку земель державної та комунальної власності, а також шляхом передачі земельних ділянок з державної власності в комунальну та з інших підстав, не заборонених законом. Таким чином, набуття права комунальної власності на ліси в основному відбувається в порядку розмежування земель, передбаченого Законом України «Про розмежування земель державної та комунальної власності» від 5 лютого 2004 року [7].

Відповідно до ст. 10 Лісового кодексу ліси в Україні можуть перебувати у приватній власності. Суб'єктами права приватної власності на ліси є громадяни та юридичні особи України. Згідно ст. 12 Лісового кодексу громадяни та юридичні особи України можуть безоплатно або за плату набувати у власність у складі угідь селянських, фермерських та інших господарств замкнені земельні лісові ділянки загальною площею до 5 гектарів. Ця площа може бути збільшена в разі успадкування лісів згідно із законом. Громадяни та юридичні особи можуть мати у власності ліси, створені ними на набутих у власність у встановленому порядку земельних ділянках деградованих і малопродуктивних угідь, без обмеження їх площі. Ліси, створені громадянами та юридичними особами на земельних ділянках, що належать їм на праві власності, перебувають у приватній власності цих громадян і юридичних осіб.

Оновлене лісове законодавство визначає також момент виникнення права приватної власності на ліси. Так, згідно ст. 13 Лісового кодексу право приватної власності на ліси громадян та юридичних осіб України виникає з моменту одержання ними документів, що посвідчують право власності на земельну ділянку, та їх державної реєстрації. Ліси, отримані у спадщину іноземними громадянами, особами без громадянства та іноземними юридичними особами, підлягають відчуженню протягом одного року. Документом, що посвідчує право приватної власності на ліси, є державний акт на право власності на землю, виданий на відповідну земельну ділянку.

Не важко замітити, що чинне лісове законодавство запозичило земельно-правові умови і порядок посвідчення права власності на ліси. Проте у даний час, відповідно до ст. 126 Земельного кодексу, право власності на земельну ділянку посвідчується не тільки державним актом. За ч. 2 вказаної земельно-правової норми право власності на земельну ділянку, набуто у власність із земель приватної власності без зміни її меж та цільового призначення, посвідчується: цивільно-правовою угодою щодо відчуження земельної ділянки, укладеною в порядку, встановленому законом, та свідоцтвом про право на спадщину.

Безумовно, ліси створені громадянами і юридичними особами на своїх земельних ділянках, перебувають у їхній приватній власності та можуть відчужуватись на засадах цивільно-правових угод, а у спадщину ліси

можуть переходити не тільки до іноземних громадян, осіб без громадянства та іноземних юридичних осіб, а і до вітчизняних громадян. Право приватних власників на продаж земельних лісових ділянок та їх відчуження іншим шляхом відповідно до закону передбачено в п. 3 ч. 1 ст. 14 Лісового кодексу У зв'язку з цим слід було б закріпити у Лісовому кодексі договірний і спадкоємний порядок щодо набуття права приватної власності на ліси як самостійних об'єктів права та їх посвідчення відповідним договором чи свідоцтвом з державною реєстрацією.

Для припинення права приватної власності на ліси також передбачений земельно-правовий порядок. За ст. 15 Лісового кодексу право приватної власності на ліси припиняється в разі припинення права власності на земельну лісову ділянку у випадках і в порядку, встановлених законом. Припинення права власності на ліси в разі добровільної відмови власника від права власності на земельну лісову ділянку на користь держави або територіальної громади здійснюється за його заявою до відповідного органу в установленому законом порядку.

Відповідним органом у такому випадку є державний орган виконавчої влади або орган місцевого самоврядування, який повинен обов'язково розглянути таку заяву. Проте прийняття земельної лісової ділянки чи відмови від неї залежатиме від рішення зазначених органів. Такий висновок ґрунтується на тому, що як відмова власника від права власності на земельну лісову ділянку на користь держави або територіальної громади, так і її прийняття мають бути добровільними.

Як вже зазначалося, використання земель лісогосподарського призначення та лісів і лісових ресурсів відбувається не тільки на власницьких засадах, а і на підставі лісокористування. Безумовно, положення ст. 57 Земельного кодексу щодо надання за рішенням органів державної виконавчої влади або органів місцевого самоврядування земельних ділянок лісогосподарського призначення в постійне користування спеціалізованим державним або комунальним лісогосподарським підприємствам в цілому відповідають вимогам ст. 92 Земельного кодексу. Збереження у земельному законодавстві інституту права постійного користування земельною ділянкою, земельною лісовою ділянкою, для підприємств, установ та організацій, що належать до державної або комунальної власності, запобігає виникненню права подвійної власності на одну і ту ж земельну ділянку, а саме — держави чи територіальної громади та їх підприємств. Право постійного користування земельною ділянкою, у тому числі земельною лісовою ділянкою має посвідчуватися державним актом на право постійного користування такою ділянкою землі лісогосподарського призначення, що видається та реєструється згідно з ч. 3 ст. 126 Земельного кодексу та ч. 4 ст. 17 Лісового кодексу.

Однак в сучасних умовах землі лісогосподарського призначення разом з лісами та лісові ресурси використовуються не тільки на засадах права постійного землекористування чи лісокористування. Земельні лісові ділянки широко використовуються на підставі тимчасового земле-

користування та лісокористування, у тому числі спеціалізованим державними та комунальними лісогосподарським підприємствами, а також підприємствами приватної власності. Так, згідно ст. 18 Лісового кодексу об'єктом тимчасового користування можуть бути всі ліси, що перебувають у державній, комунальній або приватній власності. Тимчасове користування лісами може бути: короткостроковим — терміном до одного року та довгостроковим — терміном від одного до п'ятдесяти років.

Короткострокове тимчасове користування лісами для заготівлі друго-рядних лісових матеріалів, побічних лісових користувань та інших потреб, передбачених Лісовим кодексом, здійснюється без вилучення земельних ділянок у власника лісів чи постійного лісокористувача на підставі спеціального дозволу, що видається власником лісів чи постійним лісокористувачем підприємствам, установам, організаціям, громадянам України, іноземним громадянам та особам без громадянства та іноземним юридичним особам. Суб'єктами правовідносин тимчасового користування лісами є: власники лісів або уповноважені ними особи та підприємства, установи, організації, громадяни України, іноземні громадяни й особи без громадянства та іноземні юридичні особи.

Довгострокове тимчасове користування лісами — це засноване на договорі строкове платне використання лісових ділянок, які виділяються для потреб мисливського господарства, культурно-оздоровчих, рекреаційних, спортивних, туристичних і освітньо-виховних цілей та проведення науково-дослідних робіт. Довгострокове тимчасове користування лісами державної та комунальної власності здійснюється без вилучення земельних ділянок у постійних користувачів лісами на підставі рішення відповідних органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування, прийнятого в межах їх повноважень за погодженням з постійними користувачами лісами та органом виконавчої влади з питань лісового господарства Автономної Республіки Крим та територіальними органами центрального органу виконавчої влади з питань лісового господарства. Довгострокове тимчасове користування лісами приватної власності здійснюється без вилучення земельних ділянок шляхом укладення між власником лісів та тимчасовим лісокористувачем договору, який підлягає реєстрації в органі виконавчої влади з питань лісового господарства Автономної Республіки Крим і територіальних органах центрального органу виконавчої влади з питань лісового господарства.

Якщо короткострокове тимчасове користування лісами для законодавчо визначених потреб здійснюється на підставі спеціального дозволу, що видається власником лісів чи постійним лісокористувачем зазначеним суб'єктам тимчасового лісокористування, то право довгострокового тимчасового користування лісами засновується на строковому та оплатному договорі використання лісових ділянок, виділених для зазначених видів діяльності. Строкове і оплатне довгострокове лісокористування, засноване на договорі, є не чим іншим, ніж договір оренди. Проте в оновленій редакції Лісового кодексу немає згадки про оренду лісів, лісових ділянок

чи земельних лісових ділянок. Однак це не означає, що орендні відносини на практиці не застосовуються для використання лісів та лісових ресурсів, лісових ділянок та відповідних земельних ділянок.

У зв'язку з тим, що довгострокове тимчасове використання лісів та лісових ресурсів відбувається одночасно з використанням земельних лісових ділянок, то у таких випадках на практиці застосовується договір оренди земель лісгосподарського призначення, що укладається згідно ст. 93 Земельного кодексу, Закону України «Про оренду землі» від 6 жовтня 1998 року в редакції Закону від 2 жовтня 2003 року [8], а також Типового договору оренди землі, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України № 220 від 3 березня 2004 року [9] із змінами, внесеними постановою Кабінету Міністрів України № 780 від 3 вересня 2008 року. Право оренди земельної ділянки у таких випадках згідно ч. 5 ст. 126 Земельного кодексу посвідчується договором оренди землі, зареєстрованим відповідно до закону, або договором оренди землі та договором відчуження права оренди землі, що підлягають реєстрації відповідно до закону. Проте у даний час, на нашу думку, настала нагальна потреба у законодавчому закріпленні орендних відносин не тільки у земельному законодавстві, а і в лісовому законодавстві, зокрема у Лісовому кодексі, і насамперед щодо довгострокового тимчасового користування лісами та лісовими ресурсам на відповідних лісових і земельних ділянках.

У новій редакції Лісового кодексу, за прикладом земельного законодавства, з'явився інститут лісового сервітуту. Згідно із ст. 23 Лісового кодексу лісовий сервітут — це право на обмежене платне або безоплатне користування чужою земельною лісовою ділянкою. Громадяни мають право вільно перебувати в лісах державної та комунальної власності, якщо інше не передбачено законом. Права власників лісів або лісокористувачів можуть бути обмежені на користь інших заінтересованих осіб на підставі закону, договору, заповіту або за рішенням суду.

Встановлення лісового сервітуту не веде до позбавлення власника земельної лісової ділянки, щодо якої встановлений лісовий сервітут, права володіння, користування та розпоряджання нею, а користувача — права володіння і користування. Лісовий сервітут здійснюється способом, найменш обтяжливим для власника лісів або користувача земельної лісової ділянки, щодо якої він установлений. Положення Цивільного та Земельного кодексів застосовуються до лісових сервітутів у частині, що не суперечить вимогам Лісового кодексу.

Однак слід зазначити, що у земельному законодавстві знайшов своє закріплення та успішно застосовується ще один правовий інститут щодо прав на чужу земельну ділянку, а саме — право користування чужою земельною ділянкою для забудови (суперфіцій). Так, за ст. 102-1 Земельного кодексу право користування чужою земельною ділянкою для забудови (суперфіцій) виникає на підставі договору між власником земельної ділянки та особою, яка виявила бажання користуватися цією земельною ділянкою для таких потреб, відповідно до Цивільного кодексу України

[10]. Право користування чужою земельною ділянкою для забудови (суперфіцій) може виникати також на підставі заповіту.

Право користування чужою земельною ділянкою для забудови (суперфіцій) може відчужуватися або передаватися в порядку спадкування, крім випадків, передбачених законом. Зокрема право користування земельною ділянкою державної або комунальної власності не може бути відчужено її землекористувачем іншим особам (крім випадків переходу права власності на будівлі та споруди), а також внесено до статутного капіталу і передано у заставу. Строк користування земельною ділянкою державної чи комунальної власності для забудови не може перевищувати 50 років. Укладення договорів про надання права користування земельною ділянкою для забудови здійснюється відповідно до Цивільного кодексу з урахуванням вимог Земельного кодексу.

У даний час нерідко здійснюється господарська забудова та зведення комунікаційних споруд на землях лісогосподарського призначення. На нашу думку, окремі положення земельного законодавства щодо користування чужою земельною ділянкою для забудови (суперфіцій) мають знайти своє закріплення у Лісовому кодексі, зокрема стосовно забудови земельних лісових ділянок.

Запропонований огляд найбільш актуальних питань законодавчої регламентації використання земель лісогосподарського призначення на власницьких засадах свідчить про те, що їх правове регулювання далеке від досконалості. Прийняття нової редакції Лісового кодексу та внесення відповідних змін і доповнень у Земельний кодекс не вирішили проблем забезпечення раціонального використання та ефективної охорони земель лісогосподарського призначення та лісових ресурсів країни. У зв'язку з цим питання правового регулювання відносин власності на землі лісогосподарського призначення і забезпечення раціонального використання розташованих на них лісів та лісових ресурсів юридичними засобами вимагають подальшого дослідження.

Л і т е р а т у р а

1. Глотова О. В. Нова редакція Лісового кодексу та поновлення лісового законодавства України / *О. В. Глотова* // Актуальні проблеми держави та права : зб. наук. пр. — О. : Юрид. л-ра, 2008. — Вип. 37. — С. 178–184.
2. Степська О. В. Правовий режим використання та охорони лісів і лісових ресурсів. Екологічне право України : підруч. для вищ. навч. закл. / *О. В. Степська* ; за ред. *І. І. Каракаша*. — О. : Фенікс, 2012. — С. 421–438.
3. Лісовий кодекс України від 21 січня 1994 року // Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 17. — Ст. 99.
4. Про внесення змін до Лісового кодексу України : Закон України від 8 лют. 2006 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2006. — № 21. — Ст. 170.
5. Земельний кодекс України від 25 жовтня 2001 року // Відомості Верховної Ради України. — 2002. — № 3–4. — Ст. 27.
6. Про рослинний світ : Закон України від 9 квіт. 1999 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1999. — № 22–23. — Ст. 198.

7. Про розмежування земель державної та комунальної власності : Закон України від 5 лют. 2004 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 35. — Ст. 411.
8. Про оренду землі : Закон України від 6 жовт. 1998 р. в ред. від 2 жовт. 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1998. — № 46–47. — Ст. 280 ; 2004. — № 10. — Ст. 102.
9. Типовий договір оренди землі, затверджений постановою Кабінету Міністрів України № 220 від 3 березня 2004 року // Офіційний вісник України. — 2004. — № 9. — Ст. 527.
10. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 40–44. — Ст. 356.

А н о т а ц і я

Каракаш І. І. **Право власності та користування на землях лісгосподарського призначення.** — Стаття.

У статті розглядаються питання права власності на землі лісгосподарського призначення та правове регулювання їх використання на власницьких засадах та засадах природокористування. На підставі порівняльного аналізу відповідних положень земельного та лісового законодавства щодо правового режиму лісових земель та правового регулювання основних видів лісокористування виявлені певні суперечності та неузгодженості між земельно-правовими та лісо-правовими нормами. Вносяться конкретні пропозиції щодо їх усунення шляхом внесення відповідних змін і доповнень до Земельного та Лісового кодексів.

Ключеві слова: право власності, право користування, постійне землекористування, тимчасове лісокористування, короткострокове і довгострокове лісокористування.

А н н о т а ц и я

Каракаш И. И. **Право собственности и пользования на землях лесохозяйственного назначения.** — Статья.

В статье рассматриваются вопросы права собственности на земли лесохозяйственного и правовое регулирование их использования на собственнических началах и принципах природопользования. На основании сравнительного анализа соответствующих положений земельного и лесного законодательства о правовом режиме лесохозяйственных земель и правового регулирования основных видов лесопользования выявлены некоторые противоречия и несогласованности между земельно-правовыми и лесоправовыми нормами. Вносятся конкретные предложения по их устранению путем внесения соответствующих изменений и дополнений в Земельный и Лесной кодексы.

Ключевые слова: право собственности, право пользования, постоянное землепользование, временное лесопользование, краткосрочное и долгосрочное лесопользование.

S u m m a r y

Karakash I. I. **The ownership and use of land for forestry purposes.** — Article.

The questions of ownership of forest land and regulation of their use on proprietary basis and principles of nature. A comparative analysis of the relevant provisions of the land and forest legislation on the legal regime of forest lands and the legal regulation of the main types of forest found some contradictions and inconsistencies between land and forest-legal rules of law. Made specific proposals to address them by making appropriate amendments to the Land and Forest Codes.

Keywords: property rights, the right to use, permanent land use, forest use temporary, short-term and long-term forest management.

УДК 347.466/647

О. С. Кізлова

СТАН ДОСЛІДЖЕННЯ КАТЕГОРІЇ ЗАСТАВИ У ЦИВІЛІСТИЦІ

Жодна конкретна правова проблема не може претендувати на всебічність дослідження, якщо це дослідження не включає історію питання.

У науці, як і в буденному житті, існують проблеми, вирішення яких не вимагає тривалого часу, але є проблеми, що не вирішуються впродовж багатьох років, а можливо, і століть. Одним з таких питань є правове явище — застава, яка, починаючи ще з грецьких та римських часів і до сьогодення визиває прискіпливу увагу вчених та практиків. Нове століття внесло свої корективи практично в усі сфери нашого життя, а виникнення, розвиток, зміна будь-якого правового явища пов'язані з реальною потребою закріпити у праві ті зміни, які відбуваються в житті суспільства.

Необхідність дослідження застави в умовах подальшої еволюції економічних відносин обумовлена безліччю обставин різної природи і характеру, оскільки під впливом цих процесів можуть змінюватися і його сутнісні характеристики.

Розгляд спірних юридичних понять, які складають категоріальний апарат категорії застави, неможливий без розгляду загальнонаукових понять в якості форм пізнання, які опосередковують взаємозв'язок окремих наук і філософії, і може бути здійснений в аспекті тих функцій, які виконує філософський світогляд по відношенню до практики і пізнання. І хоча такі спірні поняття загальнонаукового характеру самі по собі не є філософськими категоріями, але важливе те, що на окремих етапах процесу пізнання вони несуть такі ж гносеологічні і методологічні функції.

Теоретичні проблеми, пов'язані з заставою як способом забезпечення виконання зобов'язань, становлять предмет наукового дослідження вже досить давно. Вищевказані питання досліджувалися в працях відомих

російських дореволюційних, радянських, сучасних українських та зарубіжних вчених: М. М. Агаркова, Ч. Н. Азімова, Д. В. Бобрової, М. І. Брагінського, Є. В. Васьковського, О. О. Вишневського, О. В. Дзери, А. С. Довгерта, О. А. Загорулько, О. С. Звоницького, О. С. Іюффе, Л. А. Кассо, В. С. Константинова, В. М. Коссака, Н. С. Кузнецової, І. М. Кучеренко, В. В. Луця, В. П. Маслова, Д. А. Медведєва, Д. І. Мейєра, І. Б. Новицького, І. С. Перетерського, О. А. Підпригори, Й. О. Покровського, І. Й. Пучковської, О. П. Сергєєва, С. Я. Сорокіної, І. В. Спасибо-Фатєєвої, Є. О. Суханова, Ю. К. Толстого, Р. О. Халфіної, Є. О. Харитонова, О. І. Харитонової, Ю. С. Червоного, Х. Й. Шварца, Я. М. Шевченко, Т. С. Шкрум, Г. Ф. Шершеневича та інших.

Вивчення та аналіз праць зазначених науковців дають змогу визначити й оцінити стан досліджуваної проблеми, виявити та дослідити питання, що постали на сучасному етапі реформування теорії цивільного права та визначити шляхи їх вирішення.

В ході історичного розвитку неминуче відбувається зміна застарілих понять новими, безумовно, що цей процес торкнувся і розвитку категорії застави, проте дуже важливо в системі знову виниклих понять, пов'язаних з новими умовами функціонування застави утримати сенс, здавалося б, вже застарілих понять, якщо вони не втратили наступного дня свою раціонально-пізнавальну значність, своє концептуальне значення.

Не випадково будь-яке дослідження категорії застави необхідно розпочинати з тих основ, які були закладені ще в ХІХ ст.

До середини ХІХ століття західноросійське право (українське) розглядається як невід'ємна частина російського права. До цього часу відноситься поява ряду праць, безпосередньо пов'язаних з дослідженням римського заставного права, а також рецепції римського права в праві Київської Русі, Великого князівства Литовського, Речі Посполитої і Російської держави, до складу яких в певні періоди часу входили українські землі.

З часів Стародавнього Риму існує проблема поділення прав на речові і зобов'язальні. Концепція побудови відносин між суб'єктами з приводу речей на основі давньоримського права знайшла своє подальше продовження в правових системах романо-германської правової системи, а саме у Франції, Австрії, Німеччині, Росії. У зв'язку з цим на рубежі ХІХ–ХХ ст. проблема розмежування речових і зобов'язальних прав стала предметом наукових суперечок учених-цивілістів Росії і Німеччини.

Сьогодні, як і два століття тому, дуже гостро стоїть питання про розвиток національного права, можливості використання «чужого» права і в тому плані І. В. Єфімов [1] і Р. Ієрінг [2] справедливо підкреслювали роль і значення Римського права, його універсальність.

Питання про засвоєння чужих правових форм, писав В. В. Єфімов, є не питанням їх національності, це передусім питання користі їх використання, і там, де хотіли розірвати спадковий зв'язок з римським правом,

залишалися в прогріші: «шляхом римського права перевершивши його, йти далі — девіз сучасності» [1, с. 21].

Вчення про розпізнавання ознак права, викриття його у відповідну форму — формалізація права, було доведене римськими юристами до досконалості, і це видатна риса римського правознавства. Не випадково Р. Їєрінг в роботі «Дух римського права на різних ступенях его розвитку» для прикладу такої формалізації бере саме заставне право, оскільки в нім найяскравіше проявився багатовіковий індивідуалізм римського права, що знайшов своє вираження в майновому інтересі у відносинах між кредитором и заставодавцем [2].

М. М. Слюсаревський у своєму дослідженні «Теоретичні проблеми договірної управління чужим майном в Україні» [3, с. 5] зупиняється на дуже цікавому положенні про можливість використання римського права в сучасних умовах на прикладі виникнення і розвитку однієї з найперших форм застави — фидуціарної угоди.

Слід зазначити, що ця проблема досить глибоко досліджується на сучасному етапі в російському цивільному праві. Прикладом може служити робота Л. А. Бірюкової «Фидуціарная собственность как способ обеспечения защиты кредитора», зокрема вона звертає увагу на те, що фидуціарні угоди вже мали місце і у вітчизняній практиці. Так, до введення правил про заставний індосамент в якості фидуціарної угоди розглядалася застава векселя, що виконується у вигляді звичайного передавального напису, оскільки оформлення передачі векселя в заставу в цьому випадку нічим не відрізнялося від передачі власності на вексель. Кредитор ставав власником векселів, але зобов'язаний був після припинення забезпеченої заставою вимоги повернути вексель боржникові або зарахувати отриману по ньому суму грошей в погашення боргу, а надлишок повернути боржникові. У цей же час існувала і інша точка зору на заставу векселя, який розглядався саме як застава [4].

Поняття про фидуціарні (довірчі) угоди, яке склалось в архаїчному римському праві і довгий час не використовувалось в юриспруденції, збереглося і було відроджено німецькою цивілістикою. Коли в ХІХ ст. німецька, а нині і російська цивілістична наука, повернулася до категорії фидуціарних (довірчих) угод, то критеріями (ознаками) таких угод (правочинів) було визнано критерії, передбачені ще давньоримським правом.

І хоча сьогодні сучасна цивілістична наука України і Росії розуміє довірчі угоди інакше, ніж їх передбачало римське право, дореволюційна вітчизняна і зарубіжна, зокрема німецька юриспруденція, інтерес до можливості використання фидуціарних угод неухильно зростає. До робіт, присвячених дослідженню категорії застави у давньоримському праві можна віднести роботи таких вчених, як: К. Н. Анненкова, І. А. Базанов, Ю. Барон, Н. Е. Белогруд, К. І. Бернштейн, Є. В. Васьковський, В. А. Волконський, М. Ф. Владимирський-Буданов, Л. А. Гантовер, А. М. Гуляєв, Ф. М. Дидинський, А. С. Звоницький, Л. Колокольцев, Л. А. Кассо, Д. І. Мейер, К. П. Победоносцев, Н. С. Товстолес,

Г. Ф. Шершеневич, В. А. Удинцев, В. М. Хвостов, К. Ф. Чиларже, А. О. Енгельман, М. Н. Ясинський та ін.

Особливий інтерес до категорії застави привів до того, що на початок ХХ ст. існувало п'ять різних теорій про суть староруської застави: Д. І. Мейера, Н. Л. Дювернуа, Л. А. Кассо, І. А. Базанова та В. А. Удинцева, які були детально проаналізовані А. С. Звоницьким в роботі «О залоге по русскому праву» 1912 р. [5, с. 7].

Робота Д. І. Мейера «Древнее русское право залога», видана в 1855 році, була однією з перших, присвячених вивченню джерел виникнення застави в староруському праві [6].

Ряд положень, висунутих Д. І. Мейером, пізніше піддалися критиці таких учених, як А. С. Звоницький, М. Ф. Владимирський-Буданов, Н. С. Товстолес.

Так, наприклад, М. Ф. Владимирський-Буданов у роботі «Обзор истории русского права» 1886 р. [7], був абсолютно не згоден з точкою зору Д. І. Мейера про те, що древньоруське право застави аналогічне давньоримському *actum fiduciae*, тобто боржник передавав річ не тільки у власність і користування кредитора, але і в його розпорядження, оскільки окрім застави з передачею закладеного майна кредиторіві існувала й інша форма, при якій закладене майно не переходило ні в користування, ні у володіння кредиторіві, останній отримував лише акти на це майно, тим самим позбавляючи власника можливості відчужувати річ або закласти її іншому.

Н. С. Товстолес в роботі «Сущность залога в историческом развитии по русскому гражданскому праву» 1898 р. справедливо відзначав, що Д. І. Мейер не правий, кажучи про те, що «нова» форма застави на відмінність від «древньої» з'являється лише на початку ХІХ ст., оскільки ряд норм «нової форми застави» проявилися ще в ХV ст. [8].

А. С. Звоницький, що мав можливість проаналізувати розвиток заставних правовідносин в умовах розвитку капіталістичних відносин (його робота була написана в 1912 р.), наочно показав, що в умовах економічної кризи навіть застава, як найнадійніше з можливих забезпечень, не є таким вже й надійним. Пов'язано це із занепадом усього економічного життя, що призводить до зниження цінності нерухомого майна, а в деяких випадках і до загрози його повного знищення.

Слід зазначити, що загальною методологічною помилкою дореволюційної історіографії було ігнорування суспільно-економічного розвитку держави і права, що не дозволило досить глибоко проаналізувати виникнення і розвиток норм заставного права.

А. С. Звоницький і Л. А. Гантовер були одними з перших, хто звернув увагу на необхідність порівняльно-історичного методу у вивченні розвитку застави [5].

Аналіз таких джерел, як «Саксонське Дзеркало» Швабського ленного права, призвів до висновку про наявність схожих рис у французькому середньовічному заставному праві і до думки про те, що навряд чи

можливо розглядати теорію «застави — відчуження» в російській юридичній літературі поза зв'язком з літературою західноєвропейською.

Л. А. Гантовер відзначав, що «заставне право» за своїм історичним розвитком є космополітичним, а Д. І. Мейер, хоча і висловлював прямо таке положення, але лінію своїх досліджень починав від прадавньої римської застави у формі *fiducia*.

З цього приводу, особливий інтерес представляє робота О. А. Старостіної «Правова природа застави» [9], в якій було зроблено спробу дослідження не лише історичного розвитку застави в римському і староруському праві, але і дано порівняльну характеристику формування основних видів застави в германському, французькому і англо-американському праві.

Звертаючи увагу на особливе значення проблеми про юридичну природу застави, О. А. Старостіна приводить найбільш характерні відмінності речових прав від зобов'язальних, без чого неможливо визначити суть юридичної природи заставного права.

Слід відзначити, що особливий інтерес до проблеми речових прав як в російській, так і в українській науковій літературі особливо проявився в 90-ті роки, і, як справедливо підкреслила М. В. Чередникова в роботі «О вещных правах по Гражданскому кодексу РФ» [10], «речові права не застарілий інститут римського права, реінкарнований стараннями теоретиків, а неминучий наслідок розвитку ринкової економіки і ринкових відносин».

А для розвитку господарських, ринкових відносин і конкретно для подальшого розвитку заставних правовідносин актуальним є питання про створення таких юридичних форм, які забезпечували б можливість надійної, не залежної від простої особистої згоди, участі однієї особи у праві власності іншої; іншими словами, йдеться про необхідність створення нових конструкцій обмежених речових прав.

У своїй роботі «Понятие и виды ограниченных вещных прав» 2002 р., Є. О. Суханов [11] зупиняється на дуже важливих для подальшого розвитку застави проблемах речового права.

За рядом показників застава є дуже своєрідним речовим правом і найчастіше воно виникає на основі договору з власником закладеного майна: це може бути як нерухомість (іпотека), так і рухомі речі і навіть права, і за влучним зауваженням Г. Ф. Шершеневича [12, с. 240], воно є єдиним обмеженим речовим правом, послідовна реалізація якого веде до втрати власником свого права на закладене майно, похідне від власності право застави може припинити для власника дію основного права.

І, безумовно, право застави, окрім наявності предмета застави, припускає необхідність існування зобов'язання, для якого воно є забезпеченням.

Класифікація застави може здійснюватись на підставах конкретних договорів для нормотворчого і нормативного регулювання, а також для обліку особливостей предмета дослідження.

Оцінюючи міру філософської, гносеологічної вивченості класифікації і класифікаційної проблеми, можна сказати, що раніше була створена початкова теоретична і методологічна основа побудови цілісної гносеологічної теорії класифікації, вивчено багато її аспектів в роботах таких учених, як: В. Г. Болдова, Ю. А. Вороніна, Н. С. Розової, М. П. Покровського, Н. М. Коркунова та інших [13–17].

Однією з перших спроб філософського осмислення труднощів класифікаційної проблеми була робота Н. С. Розової «Классификационная проблема в современной науке», в ній робиться висновок про те, що за класифікаційною проблемою існує необхідність переведення науки з емпіричної стадії розвитку в теоретичну.

Гносеологічний підхід до аналізу класифікації та класифікаційної проблеми дає можливість побачити і усвідомити причини виникнення класифікаційної проблеми і в той же час окреслити шлях її вирішення.

В. В. Скворцов у дисертаційній роботі «Обеспечительная функция залога» 2002 р., звертає увагу на значення класифікацій для подальших теоретичних досліджень [18].

Проте у правовій сфері найбільше значення можуть мати лише такі класифікаційні критерії, які охоплюють як теоретичні аспекти осмислення предмета дослідження, так і функціонування предмета дослідження в практиці, причому критерії класифікації повинні підбиратися таким чином, щоб у результаті класифікації утворювалося знання про істотні (значимі) аспекти предмета дослідження.

Таким чином, незважаючи на наявність значної кількості монографічних досліджень, у тому числі дисертацій, до сьогодні поняття, обсяг і сутність поняття, принципи, правова природа застави залишаються недостатньо дослідженими. До того ж практично всі згадані дослідження не враховують змін, які сталися у вітчизняній законодавчій концепції стосовно регулювання відносин забезпечення виконання зобов'язань, зокрема заставою.

Л і т е р а т у р а

1. Ефимов В. В. Лекции по истории римского права / В. В. Ефимов. — СПб.: Тип. В. Банашева, 1898.
2. Иеринг Р. Дух римского права на различных ступенях его развития. Ч. 1 / Р. Иеринг. — СПб.: Тип. В. Безобразова и Ко, 1875. — 321 с.
3. Слюсаревський М. М. Теоретичні проблеми договірної управління чужим майном в Україні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / М. М. Слюсаревський. — Х., 1999.
4. Бирюкова Л. А. Фидуциарная собственность как способ обеспечения защиты кредитора / Л. А. Бирюкова // Актуальные проблемы гражданского права / под ред. С. С. Алексеева. — М., 2000.
5. Звоницкий А. С. О залоге по русскому праву / А. С. Звоницкий. — К.: Изд. книж. магазина Н. Я. Оглоблина, 1912. — 386 с.
6. Мейер Д. И. Древнее русское право залога: юрид. сб. / Д. И. Мейер. — Казань: Изд-во Д. Мейера, 1855. — 29 с.

7. Владимирский-Буданов М. Ф. Обзор истории русского права / М. Ф. Владимирский-Буданов. — М.: Изд. Дом «Территория будущего», 2005. — 800 с.
8. Товстолес Н. С. Сущность залога в историческом развитии по русскому гражданскому праву / Н. С. Товстолес // Ж. М. Ю. — 1898. — № 8, 9.
9. Старостина О. А. Правовая природа залога / О. А. Старостина // Актуальные проблемы гражданского права / под ред. В. В. Витрянского. — М.: Статут, 2002. — Вып. 5. — С. 6–63.
10. Чередникова М. В. О вещных правах по Гражданскому кодексу Российской Федерации / М. В. Чередникова // Актуальные проблемы гражданского права / под ред. С. С. Алексеева. — М.: Статут, 2000. — С. 106–125.
11. Суханов Е. А. Понятие и виды ограниченных вещных прав / Е. А. Суханов // Вестник МГУ. Серия 11: Право. — 2002. — № 4. — С. 3–37.
12. Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права (по изд. 1907 г.) / Г. Ф. Шершеневич. — М.: Спарк, 1995.
13. Болдов В. Г. Принципы и методы классификации научной информации / В. Г. Болдов. — М.: ВИНТИ, 1988. — 135 с.
14. Воронин Ю. А. Введение в теорию классификаций / Ю. А. Воронин. — Новосибирск, 1982. — 194 с.
15. Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права / Н. М. Коркунов. — СПб.: Юрид. центр Пресс, 2003.
16. Покровский М. П. Классификация как система / М. П. Покровский // Вопросы философии. — 2006. — № 7. — С. 95–104.
17. Розова Н. С. Классификационная проблема в современной науке / Н. С. Розова. — Новосибирск, 1986.
18. Скворцов В. В. Обеспечительная функция залога: дис. ... канд. юрид. наук / В. В. Скворцов. — М., 2001. — 208 с.

А н о т а ц і я

Кізлова О. С. Стан дослідження категорії застави у цивілістиці. — Стаття.

Дана стаття присвячена розгляду питань історіографії становлення особливостей застави як способу забезпечення виконання зобов'язань, аналізується частина наукових праць, присвячених проблематиці.

Ключеві слова: застава, функції застави, способи забезпечення зобов'язань.

А н н о т а ц и я

Kizlova E. S. Состояние исследования категории залога в цивилистике. — Стаття.

Данная статья посвящена рассмотрению вопросов определения особенностей залога как способа обеспечения исполнения обязательств. Анализируется часть научных работ, посвященных данной проблематике.

Ключевые слова: залог, функции залога, способы обеспечения обязательств.

С у м м а р у

Kizlova O. S. State of research in the category pledge of civil law. — Article. This is article is devoted to a research into the legal nature of the pledge, an analysis of conceptual provisions of system of mortgage civil legal relationships.

Keywords: pledge, function of pledge, system of mortgage civil legal relationships.

УДК 347.447.54:336.71

*С. О. Погрібний***ПРО ПРАВОВУ ПРИРОДУ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ ГАРАНТА
ЗА БАНКІВСЬКОЮ ГАРАНТІЄЮ**

Динаміка економічних перетворень в Україні останніх десятиліть привела до поширення застосування в практиці економічного обороту такого загальновідомого та широковживаного на Заході інституту, як банківська гарантія. Відсутність такого правового інституту у попередньому законодавстві (за змістом та природою, а не назвою) через його абсолютну непритаманність плановій радянській економіці спричинила виникнення численних труднощів у його застосуванні на практиці в умовах сучасної української правової та економічної дійсності після запровадження цього інституту Цивільним кодексом України в 2004 році.

І хоча забезпечувальні заходи, в тому числі й гарантія, почали застосовуватися задовго до 2008 року, особливої актуальності цей інститут набув саме у стресових випробуваннях з настанням світової фінансової кризи, яка не оминула й Україну.

До обставин, що спричиняють актуальність досліджень з обраної тематики, додалися правові проблеми відсутності в українському законодавстві загальноцивільного визначення категорії «гарантія», яка й політиками, й економістами, й правниками вживається почасти без єдиного розуміння, з різним змістовим навантаженням та стосовно досить різних правових явищ.

У розвинутих правових порядках, хоча й не виключається наявність проблем та суперечностей у розумінні досліджуваного інституту, погляди не вирізняються великим розходженням. Зокрема в німецькому праві міститься загальне визначення договору гарантії, за яким (стосовно якого не вимагається дотримання певної форми) гарант зобов'язується перед отримувачем гарантії відносно настання у майбутньому деяких певних наслідків (результату). Сучасне вчення про договір гарантії в Німеччині ґрунтується на дослідженнях Штамлера, який бачить джерела сучасного договору гарантії в римському *promissio indemnitas*,

в якому сторона, яка обіцяє, для того, щоб прийняти ризики, могла встановити власне незалежне зобов'язання. Цим *promissio indemnitis* істотно відрізняється від інтерцесії, при якій інтерцедент приймає на себе чуже зобов'язання (борг) [1, с. 163–164].

Втім повернемося до України зі зверненням, в першу чергу, до питання про поняття та правову природу банківської гарантії за чинним законодавством.

Поняття та правова природа банківської гарантії

Визначення банківської гарантії, що міститься в ст. 560 ЦК України, з врахуванням положень § 4 глави 49 цього Кодексу, дає підстави для дачі наступного поняття такої гарантії: в силу гарантії банк, інша фінансова установа, страхова організація (які у таких відносинах іменуються як гарант) на прохання іншої особи (йменованої — принципал) дають письмове зобов'язання (у майбутньому) сплатити кредиторowi принципала (який іменується бенефіціар) у відповідності з умовами виданого гарантом зобов'язання грошову суму за поданням бенефіціаром письмової вимоги про її сплату.

Правовою формою відносин з банківської гарантії є грошова вимога бенефіціара до гаранта, якій кореспондує зобов'язання останнього задовольнити цю вимогу за умови її пред'явлення у письмовій формі з викладом сутності допущеного принципалом порушення забезпеченого зобов'язання з поданням вказаних в гарантії документів [2, с. 202].

Гарантія являє собою своєрідний оригінальний спосіб забезпечення виконання зобов'язань.

Головною юридичною (специфічною) ознакою (банківської) гарантії як забезпечувального правочину є відсутність акцесорності, тобто незалежність гарантії від основного зобов'язання, на забезпечення якого її видано.

Ця ознака означає, що гарантія:

1) не припиняється з припиненням основного зобов'язання та не змінюється з його зміною;

2) не стає недійсною в разі недійсності основного зобов'язання, що забезпечується нею;

3) не дає гаранту права посилатися при пред'явленні йому вимоги бенефіціаром на заперечення, що пов'язані із зобов'язанням, що забезпечується;

4) не ставить дійсність зобов'язання гаранта перед бенефіціаром у залежність від будь-яких вимог або заперечень принципала, які ґрунтуються на відносинах принципала з гарантом або бенефіціаром;

5) встановлює, що зобов'язання гаранта зі сплати грошей повинно бути виконано при повторній вимозі бенефіціара навіть у випадку, коли зобов'язання, яке забезпечено банківською гарантією, повністю або частково вже виконано, припинилося за іншими підставами або є недійсним [3, с. 103].

Характер обов'язків гаранта перед бенефіціаром

В абзаці другому частини першої статті 560 ЦК України мова йде про умови, за яких гарант відповідає перед бенефіціаром (додатково: ст. ст. 563 та 564 ЦК). При цьому застосування в першій статті параграфу 4 «Гарантія» дієслова «відповідає» дає привід дослідникам однозначно визначати відносини, що виникають між гарантом та бенефіціаром, як застосування цивільно-правової відповідальності. Стосовно необгрунтованості такого визначення скажемо далі.

Проте спочатку скористаємося логікою такого підходу до визначення обов'язків гаранта через категорію відповідальності. Отже, правова природа відповідальності гаранта часто розуміється як солідарна або субсидіарна. Втім з цим погодитися також не можна через відсутність підстав для такого.

Відповідно до ч. 1 ст. 543 ЦК України у разі солідарного обов'язку боржників (солідарних боржників) кредитор має право вимагати виконання обов'язку частково або в повному обсязі як від усіх боржників разом, так і від будь-кого з них окремо.

В силу гарантії кредитор за основним зобов'язанням вправі вимагати виконання обов'язку від боржника (принципала), до гаранта він має право пред'явити вимогу про виконання грошового зобов'язання в разі порушення зобов'язання боржником (абз. 2 ст. 560 ЦК). При цьому від гаранта можна вимагати виконання не будь-якого за своїм характером та природою зобов'язання, а лише **грошового**, навіть в тому випадку, якщо предметом зобов'язання принципала перед бенефіціаром є не сплата грошової суми, а передача товару, виконання робіт або надання послуг.

Підкреслимо, що якщо серед умов гарантії не зазначено інше, бенефіціар вправі звернутися до гаранта про виконання грошового обов'язку без попереднього звернення до принципала.

Якщо ж вважати гаранта солідарним боржником разом із принципалом, то бенефіціар вправі був би звертатися за виконанням, наприклад, зобов'язання передати індивідуально-визначену річ як до принципала, так і до гаранта. Це, зрозуміло, не відповідає природі гарантії, діяльність з надання якої здійснюється переважно банками як спеціалізованими фінансовими установами.

В силу ч. 2 ст. 543 ЦК солідарні боржники залишаються зобов'язаними, допоки їхній обов'язок не буде виконаний у повному обсязі.

Зобов'язання гаранта перед бенефіціаром обмежується сумою гарантії, а сплата кредитором суми, на яку видано гарантію, припиняє зобов'язання гаранта перед кредитором (ч. 1 ст. 563, п. 1 ч. 1 ст. 568 ЦК).

Обов'язок гаранта також не є видом субсидіарної відповідальності. Так, у відповідності до ч. 2 ст. 619 ЦК України до пред'явлення вимоги особі, яка несе субсидіарну відповідальність, кредитор повинен пред'явити вимогу до основного боржника. Якщо основний боржник відмовив-

ся задовольнити вимогу кредитора або кредитор не одержав від нього в розумний строк відповіді на пред'явлену вимогу, кредитор може пред'явити вимогу в повному обсязі до особи, яка несе субсидіарну відповідальність.

На відміну від наведеного правила, гарант не вправі вимагати в якості умови для задоволення вимоги бенефіціара його попереднього звернення щодо належного виконання свого зобов'язання до принципала, якщо такої умови не вказано в самій гарантії. Лише посилення кредитора на порушення боржником зобов'язання, за умови надання ним вказаних в гарантії документів, має правове значення та є єдиною підставою для задоволення вимог гарантом.

Гарант відповідає перед бенефіціаром в силу правових причин, що не надто залежать від основного зобов'язання, забезпеченого цією гарантією.

Наведене дозволяє заперечити визначення зобов'язань гаранта і як солідарної, і як субсидіарної відповідальності. Обов'язок гаранта зазнати дію негативних факторів через вимоги бенефіціара не може бути охарактеризований й як відповідальність без вини, оскільки категорія вини, так само як й інші елементи цивільно-правової відповідальності, не мають в такому випадку правового значення для задоволення вимог кредитора в разі настання гарантійного випадку.

Незалежність гарантії від основного зобов'язання

Питання правового зв'язку між основним зобов'язанням та гарантією (якою забезпечується виконання основного зобов'язання) є одним із найскладніших, воно не має однозначного вирішення ані в науці, ані на практиці.

Відповідно до ст. 562 ЦК зобов'язання гаранта перед кредитором (бенефіціаром) не залежить від основного зобов'язання, яке забезпечене цією гарантією, зокрема і тоді, коли в самій гарантії міститься посилення на основне зобов'язання. При цьому у зазначеній статті визначено критерії такої незалежності — незалежність гарантії від припинення основного зобов'язання або його недійсності.

Цією специфічною ознакою гарантія відрізняється від інших видів забезпечення виконання зобов'язання, що містяться в главі 49 ЦК України. З огляду на це на відносини з видачі гарантії не поширюється загальне правило параграфу 1 глави 49 ЦК України (Загальні положення про забезпечення виконання зобов'язань), зокрема й ч. 2 ст. 548, за якою недійсне зобов'язання не підлягає забезпеченню, а також недійсність основного зобов'язання (вимоги) спричиняє недійсність правочину щодо його забезпечення, якщо інше не встановлено цим Кодексом.

Відповідно до ст. 2b Уніфікованих правил Міжнародної Торгової Палати для гарантій за першою вимогою 1992 року (Публікація МТП № 458) гарантія за своєю природою є самостійною угодою, яка є не-

залежною від основного контракту чи тендеру, на яких вона ґрунтується, тому гарант жодним чином не зв'язаний таким контрактом або тендером, хоча б посилання на них містилося в тексті гарантії. Обов'язок гаранта — сплатити грошову суму, вказану в гарантії, з представленням письмової вимоги сплатити та інших документів, вказаних в гарантії, які за зовнішніми ознаками відповідають умовам, що описані у гарантії.

Показовим є такий приклад із судової практики: принципал просив визнати гарантію недійсною, посилаючись на те, що вона була видана для забезпечення неіснуючого зобов'язання. Така позиція не знайшла своєї підтримки під час розгляду справи у Вищому господарському суді України, на думку якого, відповідно до умов гарантії платіж гаранта взагалі не пов'язаний з будь-яким контрактом. Рішення у вказаній справі свідчить, що суди при розгляді справи не заперечували відносно відсутності в тексті гарантії посилань на конкретні контракти, а отже зроблено акцент на моменті незалежності гарантії як способу забезпечення від основного зобов'язання [4, с. 607–608].

В науковій літературі відзначено, що однією з особливостей гарантії, що вирізняє її з кола усіх інших способів забезпечення виконання зобов'язань, є незалежність гарантії від основного зобов'язання. Можна констатувати практично повну відсутність будь-якого зв'язку між зобов'язанням гаранта сплатити відповідну суму бенефіціару та основним зобов'язанням, що забезпечено гарантією [5, с. 593].

Цей принцип, що набув визначення незалежності гарантії від основного зобов'язання, знайшов свою реалізацію в Уніфікованих правилах по договірних гарантіях (редакція 1978 року, публікація Міжнародної Торгової Палати № 325) [6]. Відповідно до ст. 3.2 цих Уніфікованих правил сума зобов'язання, вказана в гарантії, не може бути скорочена (зменшена) з причини часткового виконання контракту, якщо тільки це спеціально не передбачено в гарантії.

Правові наслідки порушення боржником зобов'язання, забезпеченого гарантією

У контексті обраної теми цієї роботи особливої актуальності набуває питання про те, якими є правові наслідки порушення боржником зобов'язання, забезпеченого гарантією.

Відповідно до ч. 1 ст. 563 ЦК України у разі порушення боржником зобов'язання, забезпеченого гарантією, гарант зобов'язаний сплатити кредиторів грошову суму відповідно до умов гарантії. Це правило органічно розвиває положення абз. 2 ч. 1 ст. 560 ЦК України про те, що гарант відповідає лише за порушення зобов'язання боржником. Реалізуючи загальні положення про гарантію та на відміну від, зокрема, поруки, у наведеному правилі йдеться про те, що гарант відповідає, в разі порушення зобов'язання принципалом, — на умовах, визначених самою

гарантією. Умови гарантії включають строк дії гарантії, максимальний розмір гарантійної суми, порядок задоволення вимог бенефіціара та інші.

Платіжні гарантії відрізняються від документарних акредитивів тим, що їх застосовують тільки в тому випадку, якщо принципал не виконав свої обов'язки. Втім гарант так само, як й емітент документарного акредитива, має справу не з фактом невиконання зобов'язання, а лише з документами. Правило про необхідність вказівки у вимозі бенефіціара факту та характеру порушення зобов'язання не покладає на банк (гаранта) обов'язки з перевірки цього факту. По суті ця вимога спрямована на забезпечення можливості для *принципала* (виділено нами. — С. П.), якому в разі виплати гарант направляє надані йому документи, встановити факт обґрунтованості або необґрунтованості вимоги про виплату й в разі необхідності — вжити заходи по відношенню до бенефіціара [7, с. 190].

У судовій практиці також звертається увага на те, що правовою підставою для задоволення вимоги бенефіціара є належним чином оформлена вимога, до якої мають бути додані передбачені в гарантії документи. В якості прикладу, з моментом виставлення кредитором у основному зобов'язанні претензії (вимоги) може бути пов'язаний момент виконання гарантійного зобов'язання гарантом.

З метою проілюструвати правовий зв'язок між порушенням боржником зобов'язання, забезпеченого гарантією, та встановленням підстав для задоволення гарантом вимоги бенефіціара наведемо приклад постанови Вищого господарського суду України від 21 березня 2011 року № 8/351 [8].

Зміст цитованого рішення звертає на себе увагу тим, що під час оцінки обставин наведеної судової справи та встановлення підстав для задоволення гарантом вимоги бенефіціара не досліджувалося питання про наявність підстав для відповідальності принципала перед бенефіціаром у основному зобов'язанні, а також не доводилося саме порушення цього зобов'язання.

Таким чином, обов'язок гаранта є безумовним та не залежить від причин невиконання ним свого зобов'язання перед бенефіціаром. Отже навіть в тому випадку, якщо принципал не виконав свого зобов'язання внаслідок випадку або непереборної сили, що за загальних правил ст. 617 ЦК України є підставою для звільнення від відповідальності, гарант зобов'язаний задовольнити вимогу кредитора, окрім випадків, коли про інше є застереження серед умов самої гарантії.

Порядок пред'явлення вимоги бенефіціара до гаранта про сплату грошової суми

Відповідно до ст. 20 Уніфікованих правил 1992 року [9] будь-яка платіжна вимога повинна бути складена в письмовій формі в доповнення до документів, визначених в самій гарантії, та повинна включати пись-

мову заяву, яка знаходиться або в самому тексті вимоги, або в певних документах.

Письмова заява повинна містити:

- 1) твердження, що принципал порушив свої обов'язки за основним контрактом, а в разі тендерної гарантії — умови тендеру, а також
- 2) зобов'язання, які порушив принципал.

Порядок прийняття банком-резидентом (авізуючим банком) від бенефіціара вимоги щодо сплати коштів, забезпечених гарантією, визначений Положенням про порядок здійснення банками операцій за гарантіями в національній та іноземних валютах, затвердженим постановою Правління Національного банку України від 15 грудня 2004 року № 639. Згідно із п. 1 глави 2 розділу III цього Положення у разі настання гарантійного випадку і для отримання відшкодування, забезпеченого гарантією, бенефіціар може подати безпосередньо до банку-гаранта або до банку-резидента (залежно від того, як це визначено умовами гарантії) вимогу для отримання відшкодування, забезпеченого гарантією, а також усі документи, передбачені умовами гарантії (якщо таке подання в ній передбачено). Вимога та інші обумовлені в гарантії документи мають бути подані до банку-резидента для подальшого передавання цієї вимоги до банку-гаранта або іншого банку, від якого надійшла гарантія, протягом строку дії гарантії і способом, зазначеним у гарантії.

Вимога має складатися та подаватися бенефіціаром до банку-резидента письмово за довільною формою (у цьому разі вимога має містити відбиток печатки та підписи осіб бенефіціара, які зазначені в картці із зразками підписів і відбитка печатки) або в електронній формі за допомогою систем «клієнт — Інтернет — банк», «телефонний банкінг» тощо (має містити електронні цифрові підписи відповідальних осіб, які підписують вимогу на паперовому носії).

Строк пред'явлення вимоги бенефіціара до гаранта

Правило ч. 4 ст. 563 ЦК України по суті деталізує положення ст. 561 ЦК України про строк дії гарантії. Законодавцем підкреслено позицію, за якою кредитор не вправі вимагати від гаранта виконання обов'язку після закінчення строку дії гарантії.

Цей строк є преклюзивним, його закінчення призводить до припинення права, цей строк не підлягає подовженню та поновленню без згоди на то всіх сторін, що фактично слід вважати видачею нової гарантії*.

Задоволення гарантом вимоги кредитора про сплату гарантійної суми після закінчення строку дії гарантії, відповідно до ч. 2 ст. 569 ЦК України, буде підставою для втрати гарантом права на зворотну вимогу до принципала (додатково: ст. 561 ЦК).

Межі здійснення обов'язку гаранта

Межі обов'язку гаранта перед кредитором визначаються в ст. 566 ЦК України: *«Обов'язок гаранта перед кредитором обмежується сплатою суми, на яку видано гарантію.»*

У разі порушення гарантом свого обов'язку його відповідальність перед кредитором не обмежується сумою, на яку видано гарантію, якщо інше не встановлено у гарантії».

Правило абз. 1 ст. 566 ЦК знаходиться в логічному зв'язку з нормою ч. 1 ст. 563 цього Кодексу про межі відповідальності гаранта перед кредитором. Тут йдеться про сумарну відповідальність гаранта по виданій ним гарантії. Сплата гарантом суми за вимогою кредитора згідно з умовами виданої ним гарантії визначає зміст власного обов'язку гаранта перед цією особою.

Кредитор не вправі вимагати сплати гарантом іншої суми, ніж та, що визначена умовами гарантії. Відтак гарант відповідає лише за факт порушення боржником свого обов'язку перед кредитором. Вина сторони, доведеність такого порушення, причини його настання не впливають, якщо інше не обумовлено умовами гарантії, на межі відповідальності гаранта перед кредитором.

Проте гарант не звільняється від відповідальності за невиконання або неналежне виконання свого обов'язку перед гарантом, визначеного умовами надання гарантії.

Отже головний сенс абз. 2 ч. 1 ст. 566 ЦК полягає в тому, що правило про максимальний розмір відповідальності гаранта перед бенефіціаром не застосовується, якщо гарант порушив свій обов'язок перед кредитором, визначений умовами гарантії.

В такому випадку, за загальним правилом, відповідальність гаранта за порушення зобов'язання, що витікає з банківської гарантії, не обмежується розміром суми гарантії, якщо самою гарантією не передбачається інше. Це означає, що, знову ж таки за загальним правилом, в разі невиконання або неналежного виконання своїх зобов'язань гарант несе відповідальність в порядку та на умовах, що передбачені правилами про відповідальність за порушення зобов'язання. В цьому плані відповідальність гаранта з моменту спливу розумного строку (або передбаченого в гарантії) на розгляд отриманої ним вимоги бенефіціара нічим не відрізняється від відповідальності боржника за грошовим зобов'язанням. Окрім вимоги про стягнення суми, на яку видано гарантію (по суті це вимога про виконання зобов'язання в натурі), бенефіціар вправі вимагати від гаранта процентів річних на цю суму, а також частини, що не покривається відсотками, відшкодування завданих збитків. У ЦК України передбачено відшкодування збитків у ст. 623, неустойки — ст. 624, якщо умови про неустойку визначатимуться умовами гарантії.

Також враховуючи, що гарантія є грошовим зобов'язанням, в разі порушення гарантом свого зобов'язання мають бути застосовані положення ст. 625 ЦК України, відповідно до якої, *по-перше*, боржник не звільняється від відповідальності за неможливість виконання ним грошового зобов'язання; *по-друге*, боржник, який прострочив виконання грошового зобов'язання, на вимогу кредитора зобов'язаний сплатити суму боргу з урахуванням встановленого індексу інфляції за весь час

прострочення, а також три проценти річних від простроченої суми, якщо інший розмір процентів не встановлений договором або законом.

Підсумуємо проведений аналіз. Виявлені особливості банківської гарантії виокремлюють цей забезпечувальний засіб з-поміж інших способів забезпечення виконання цивільно-правових зобов'язань, що дозволяє доволі умовно відносити цей засіб до його видів.

Незалежність забезпечувального зобов'язання від основного, особливий статус гаранта тощо свідчать про те, що договір гарантії досить сильно тяжіє до статусу самостійного зобов'язання, окремі ознаки якого йому вже притаманні.

Потребує критики підхід до визначення обов'язку гаранта перед бенефіціарієм як виду цивільно-правової відповідальності. Логіка законодавця, сформульована в цілому в параграфі 4 «Гарантія» та детально в ст. 566 ЦК України, свідчить про відокремлення зобов'язання (обов'язку) гаранта від його відповідальності перед кредитором. Зі змісту ст. 566 ЦК випливає, що дії гаранта, пов'язані зі сплатою суми, на яку видано гарантію, охоплюються визначенням «обов'язку гаранта». В тому випадку, якщо гарант припускає порушення свого обов'язку перед кредитором (бенефіціаром), настає відповідальність, що має конкретні правові наслідки. Правовим наслідком порушення гарантом свого обов'язку перед кредитором є розширення меж самого зобов'язання, оскільки в такому випадку його відповідальність перед кредитором не обмежується сумою, на яку видано гарантію, якщо інше не встановлено у гарантії.

Слід додатково підкреслити, що вимога до гаранта не може бути поєднана як солідарна або як субсидіарна з вимогою до принципала (боржника), оскільки в законі відсутні правові підстави для такого рішення.

З огляду на це слід критично поставитися до практики, що зустрічається, пред'явлення, як солідарної, вимоги бенефіціаром до гаранта та принципала. Підстави для пред'явлення таких позовних вимог є різними: вимога до принципала ґрунтується на доведенні порушення останнім свого зобов'язання перед кредитором; вимога ж до гаранта впливає з умов виданої гарантії та, за загальним правилом, не пов'язується з основним зобов'язанням. Таким чином, гіпотетично, можливий спільний розгляд цих двох вимог, втім, суду і сторонам слід розуміти, що ці вимоги, як зазначалося, є різними, оскільки мають різні правові підстави та предмет. При цьому їх одночасне задоволення також можливе, проте бенефіціар має враховувати, що подвійне виконання вимоги гарантом та принципалом спричинить виникнення регресної вимоги до нього з обов'язком відшкодування завданих збитків.

П р и м і т к а

* Відповідно до ст. 26 Уніфікованих правил 1992 року: «Если бенефициар требует пролонгации срока действия гарантии в качестве альтернативы предъявлению платежного требования в соответствии с условиями гарантии или настоящими правилами, гарант

должен незамедлительно информировать об этом сторону, давшую ему указание выдать гарантию. Гарант должен отложить выплату гарантийной суммы на такой срок, который бы позволил принципалу и бенефициару достичь соглашения о продлении срока действия гарантии, а принципалу — провести необходимые организационные мероприятия.

Если соглашение о продлении действия гарантии не было достигнуто в течение периода времени, указанного в предыдущем параграфе, гарант обязан выплатить гарантийную сумму бенефициару в соответствии с его платежным требованием, не прося более никаких действий с его стороны.

Гарант не несет никакой ответственности в случае, если выплата гарантийной суммы отложена на основании вышеупомянутой процедуры. Даже если принципал выразил согласие на продление срока действия гарантии, он не может быть продлен без согласия гаранта и эмитента».

Л і т е р а т у р а

1. Вебер Х. Обеспечение обязательств : пер. с нем. / Хансйорг Вебер. — М. : Волтерс Клувер, 2009. — 480 с.
2. Белов В. А. Гражданско-правовые формы отношений, направленных на обеспечение исполнения обязательств (на примере способов обеспечения, предусмотренных главой 23 Гражданского кодекса РФ) / В. А. Белов // Меры обеспечения и меры ответственности в гражданском праве : сб. ст. / рук. авт. кол. и отв. ред. М. А. Рожкова. — М. : Статут, 2010. — (Анализ современного права).
3. Российское гражданское право : учебник. В 2 т. Т. II. Обязательственное право / отв. ред. Е. А. Суханов. — 2-е изд., стереотип. — М. : Статут, 2011.
4. Договірне право України. Загальна частина : навч. посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова [та ін.] ; за ред. О. В. Дзери. — К. : Юрінком Інтер, 2008.
5. Брагинский М. И. Договорное право. Кн. 1. Общие положения / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. — Изд. 2-е, испр. — М. : Статут, 1999.
6. Уніфіковані правила по договірних гарантіях (редакція 1978 року, публікація Міжнародної Торгової Палати № 325) [Електронний ресурс] // БД «Ліга: Закон Преміум». Версія 8.2.3.
7. Новоселова Л. А. Поручительство и банковская гарантия / Л. А. Новоселова // Меры обеспечения и меры ответственности в гражданском праве : сб. ст. / рук. авт. кол. и отв. ред. М. А. Рожкова. — М. : Статут, 2010. — (Анализ современного права).
8. Постанова Вищого господарського суду України від 21 березня 2011 року у справі № 8/351 [Електронний ресурс] // БД «Ліга: Закон Преміум». Версія 8.2.3.
9. Унифицированные правила Международной Торговой Палаты для гарантий по первому требованию 1992 года (публикация МТП № 458) [Електронний ресурс] // БД «Ліга: Закон Преміум». Версія 8.2.3.

А н о т а ц і я

Погрібний С. О. Про правову природу зобов'язань гаранта за банківською гарантією. — Стаття.

Наведена стаття присвячена дослідженню питання з'ясування правової природи зобов'язань, що виникають у гаранта у цивільних відносинах з банківською гарантією. Автор визначає характер відносин учасників банківської гарантії — гаранта, принципала та бенефіціара, характер їх взаємних зобов'язань, специфіку правовідносин між ними. З огляду на обрану проблематику автор зосередив свою увагу на питаннях поняття та правової природи банківської гарантії, характеру обов'язків гаранта перед бенефіціаром,

незалежності гарантії від основного зобов'язання, правових наслідках порушення боржником зобов'язання, забезпеченого гарантією, порядку пред'явлення вимоги бенефіціара до гаранта про сплату грошової суми, строку пред'явлення вимоги бенефіціара до гаранта, меж здійснення обов'язку гаранта тощо.

Ключові слова: банківська гарантія, зобов'язання гаранта, бенефіціар, принципал, межі здійснення обов'язку гаранта, незалежність гарантії від основного зобов'язання, строки пред'явлення вимоги до гаранта.

А н н о т а ц и я

***Погребной С. А. О правовой природе обязательств гаранта по банковской гарантии.* — Стаття**

Приведенная статья посвящена исследованию вопроса определения правовой природы обязательств, возникающих у гаранта в гражданских отношениях из банковской гарантии. Автор определяет характер отношений участников банковской гарантии — гаранта, принципала и бенефициара, характер их взаимных обязательств, специфику правоотношений между ними. Принимая во внимание избранную проблематику, автор обратил свое внимание на вопросы понятия и правовой природы банковской гарантии, характера обязанностей гаранта перед бенефициаром, независимости гарантии от основного обязательства, правовых последствий нарушения должником обязательства, обеспеченного гарантией, порядка предъявления требования бенефициара к гаранту об оплате денежной суммы, сроке предъявления требования бенефициара к гаранту, пределах осуществления обязанности гаранта.

Ключевые слова: банковская гарантия, обязательство гаранта, бенефициар, принципал, пределы осуществления обязанности гаранта, независимость гарантии от основного обязательства, сроки предъявления требования к гаранту.

S u m m a r y

***Pogrebnoy S. A. About legal nature of obligations of guarantor on a bank guarantee.* — Article.**

The Resulted article is devoted research of question of determination of legal nature of obligations, arising up for a guarantor in civil relations from a bank guarantee. An author determines character of relations of participants of bank guarantee — guarantor, principala that fide-comissary, character of their mutual obligations, specific of legal relationships between them. Having regard to select problematiku an author turned the attention on questions of concept and legal nature of bank guarantee, character of duties of guarantor before a beneficiary, to independence of guarantee from a basic obligation, law consequences of violation of obligation, provided with a guarantee a debtor, order of producing of requirement of beneficiary to the guarantor about payment of money sum, line of producing of requirement of beneficiary to the guarantor, limits of realization of duty of guarantor.

Keywords: bank guarantee, obligation of guarantor, fide-comissary, principal, limits of realization of duty of guarantor, independence of guarantee from a basic obligation, lines of producing of requirement at to the guarantor.

УДК 347.1+340.142

А. І. Дрішлюк

ВПЛИВ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ ВЕРХОВНОГО СУДУ УКРАЇНИ НА СИСТЕМУ ДЖЕРЕЛ ЦИВІЛЬНОГО ТА ЦИВІЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

Минуло два роки з моменту прийняття Закону України «Про судоустрій та статус суддів», яким були внесені зміни в значну кількість нормативних актів, в тому числі ЦПК України. Цього строку достатньо для того, щоб зробити висновок, що з прийняттям цього закону багато чого змінилося в цивільному процесі на краще. Так, завдяки вдосконаленню процедури повідомлення учасників процесу за зареєстрованим місцем проживання, з одночасною заборонаю скасування рішень та передачі їх на новий розгляд, суттєво прискорився розгляд цивільних справ, покращилась дисципліна учасників провадження. Додадо цивільному процесу прозорості введення систем автоматичного розподілу справ, введення електронного документообігу; стабільності та передбачуваності — заборона на зміну підстав та предмету позову після початку розгляду справи по суті та ін. Звісно, що не всі проблеми вдалося вирішити, крім того, судова практика ставить все нові та нові питання правозастосувачам, проте не викликає сумнівів, що внесені зміни в цілому позитивно вплинули на процес здійснення правосуддя по цивільних справах.

Однієї з новел проведеного реформування стало введення обов'язковості рішень Верховного Суду України, прийнятих за наслідками розгляду заяв про перегляд судового рішення з мотивів неоднакового застосування судом (судами) касаційної інстанції одних і тих самих норм матеріального права у подібних правовідносинах для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності нормативно-правовий акт, що містить зазначену норму права, а також всіх судів України. Відповідні зміни були внесені не тільки в ЦПК України (ст. 360-7), але й і в КАС України (ст. 244-2) та ГПК України (ст. 111-28). Таким чином, сьогодні суди зобов'язані приводити свою судову практику у від-

повідність із рішеннями Верховного Суду України (далі — ВСУ). Розпочалась розсилка вже прийнятих рішень ВСУ судам нижчих інстанцій. Як оцінити вказану новелу та чи є вона новелою у власному визначенні цього слова? Чи дозволить дійсно таке законодавче рішення вирішити проблему неоднорідності судової практики? Відповіді на ці питання можливо не тільки шляхом спостереження та оцінки отриманих результатів, але й шляхом теоретичного аналізу цього нового етапу розвитку судової практики.

Метою статті є аналіз запровадженої обов'язковості судових рішень Верховного Суду України та її вплив на систему джерел цивільного та цивільно-процесуального права України.

Для досягнення обраної мети принципової важливості набуває врахування наукових здобутків з метою перевірки оновленої процесуальної форми та її відповідності потребам сьогодення, визначення її впливу на систему джерел цивільного права через об'єктивний взаємовплив матеріального та процесуального права. Наприклад, в літературі слушно зауважувалось, що певна кількість норм, яка має процесуальне значення, розташована в матеріальних кодексах [1, с. 153—156]. Крім того, спостерігається тенденція до втручання процесуальних кодексів в сферу регулювання матеріального права, що зокрема має негативні наслідки, на що також зверталась увага в літературі [2]. Разом з тим питання про роль та значення рішень Верховного суду України та їх вплив на систему джерел цивільного та процесуального права широкого висвітлення не отримало, за виключенням окремої публікації, в якій лише було започатковано дослідження цього питання в загально-процесуальному аспекті [3, с. 156—159]. Тому з врахуванням поставленої мети вважаємо звернення до обраного аспекту проблематики теоретично та практично обґрунтованим. При цьому розпочинаючи дослідження, вважаємо за необхідне зробити декілька методологічних зауважень, які впливають на досягнення поставленої мети.

ЦК України став новою епохою в регламентації цивільно-правових відносин, основою для розвитку приватного права в Україні. Базуючись на принципово інших ідеологічних та доктринальних засадах, ЦК України оновив правове регулювання багатьох інститутів і навіть поновив зв'язок між здобутками минулого та новітніми розробками українських науковців.

Відродження ідеї дихотомії права об'єктивно зумовило необхідність перегляду всієї системи джерел цивільного права України та формування нового цілісного уявлення про цей соціально-правовий феномен. Виходячи з дихотомії права можна зробити висновок, що всі джерела права можуть бути поділені на джерела приватного права та джерела публічного права. При цьому результат такого поділу безпосередньо залежить від вирішення питання про розмежування «приватного» та «публічного», співвідношення понять «приватного права» та «цивільного права», а також типу праворозуміння дослідника. Останнє безпосе-

редньо впливає на побудову ієрархічної системи, якою є система джерел цивільного права та включення /виключення з неї окремих джерел.

Сьогодні всі розуміють, що доктрина правових джерел, яка утворилась в позитивістській теорії права, більше не відповідає сучасним методам здійснення правосуддя. При цьому втрата законом монопольного положення серед джерел цивільного права та закріплення в ЦК України загальних принципів дає великий простір для застосування альтернативних джерел. Разом з тим нормативізм є частиною сучасного правового менталітету українців, що можна проілюструвати «важкістю» сприйняття цивільного договору в якості джерела цивільного права України. З точки зору позитивіста, цивільний договір позбавлений ряду ознак норми права, а тому він може виступати джерелом тільки в межах індивідуальних договірних відносин. Відповідно внесення його в загальну систему джерел цивільного права для позитивіста виглядає вельми проблематичним. Проте, якщо стати на позицію послідовної реалізації конституційних положень, які закріплюють норми природного права та принцип верховенства права, слід зробити висновок, що суттєвого доктринального та законодавчого оновлення потребують підходи до системи джерел цивільного права.

Центральним пунктом будь-якої оновленої природно-правової доктрини є прагнення до справедливості, яка знаходить своє вираження в наділенні всіх людей рівними правами і свободами, в тому числі для захисту своїх прав та свобод. Забезпечення справедливості можливе тільки у разі, якщо вона стає вищою метою для правосуддя. Досягнення цієї мети можливе не тільки через прийняття справедливих законів, але й через судову правотворчість. Останню слід сприймати не як свавілля під час розгляду конкретного цивільного спору, а можливість застосувати право до спірних правовідносин.

При цьому виникає необхідність суттєвого корегування цивільного та цивільно-процесуального законодавства України. Формальна закріпленість (в значенні санкціонування державою на рівні закону) залишається головною ознакою джерела цивільного права, що забезпечує його застосування в практичній діяльності. Відповідно основним джерелом системи джерел цивільного права залишається закон та інші нормативні акти. Виходячи з того, що система джерел — це певна ієрархічна конструкція, необхідність якої обумовлена потребами правозастосовчої діяльності, на нашу думку, існує всього два шляхи до подальшого розвитку цивільного права України в цій частині. Або подальший розвиток цивілістичної думки повинен здійснюватися таким чином, щоб створити цілісне уявлення про цивільне право в межах юридично антропологічно орієнтованої системи права, з системою джерел, яка б включала не тільки формально закріплені джерела, але й те, що традиційно відноситься до теорії (наприклад, доктрина), а потім повинно відбутися її законодавче закріплення або можливе внесення змін у існуючу систему джерел, в тому числі процесуальні кодекси, з фіксацією тих джерел

цивільного права, які будуть відповідати природно-правовій доктрині та цінностям, які вони проголошують. Доктрина як джерело цивільного права є способом формулювання ідей, загальних цінностей, принципів. Саме вона в судовому застосуванні набуває форму правоположення і фактично повинна слугувати підосною вирішення будь-якого проблемного питання в судовій практиці. Наведене не виключає зворотній зв'язок — під час правозастосування може виникнути практична ситуація, яка не знайшла свого теоретичного осмислення та вирішення, а тому суд буде сам формувати підоснову майбутньої доктрини.

Оскільки перший шлях, з нашої точки зору, є «еволюційний», то зміна системи джерел права та схеми правозастосування буде проходити більш природним шляхом, але тільки за умови наявності розробленої доктрини джерел права, яка, отримавши наукове визнання, поступово буде впроваджуватися в правозастосовчу діяльність. Разом з тим мова йде про формування принципово іншого підходу до права, тобто до праворозуміння, але на неї необхідні роки.

Інший шлях — адаптаційний, передбачає підготовку узгодженого пакету змін до матеріального та процесуального законодавства, які враховують сьогоdnішній стан правозастосування, зокрема практику Європейського суду, прецедентність в судовій практиці та ін. Незважаючи на простоту другого варіанту, який базується на ідеї легалізації фактично існуючого стану правозастосування, під час підготовки змін необхідно чітко притримуватися системного характеру та максимально врахувати наслідки можливих процедурних змін з точки зору «звичайної судової практики».

Система джерела цивільного права України є ієрархічною системою, елементи якої мають самостійне значення, проте взаємовпливаючі та пов'язані між собою через людину як центр її застосування. Кожен елемент системи джерел цивільного права має відносну самостійність та одночасну пов'язаність з іншими елементами системи джерел цивільного права України, що означає, що в залежності від конкретних соціально-економічних, політичних умов та стану розвитку громадського суспільства одні елементи можуть набувати більш вагомого регуляторного впливу, а інші — втрачати своє значення. Наприклад, значення судової практики завжди збільшується, коли йдеться про застосування нових актів. На нашу думку, система джерел цивільного права України повинна включати як формально закріплені, так і формально незакріплені на сьогоdnішній момент джерела. Незважаючи на проголошення верховенства права як орієнтиру для правозастосувача в судовій практиці та антропогенезу в науці, формальне закріплення джерела в такій якості в законодавстві сприяє стабільності його застосування та доведено, що наявність процесуальної форми захисту обумовлює формалізацію джерел права в українській правовій традиції. Проте внесення змін до процесуальної форми та «легалізація» формально незакріплених джерел на рівні процесуальних актів зніме питання про судову практику, доктрину

як джерело цивільного права та дозволить побудувати не тільки теоретичну, але й практично обґрунтовану ієрархію джерел цивільного права України. Таким чином, компромісним та найбільш обґрунтованим є одночасне застосування обох вищевказаних варіантів, що дозволить в максимальній короткій строки привести практику та теорію цивільного права до єдиного знаменника. Не зупиняючись детально на причинах такої ситуації, що є технічно неможливим з точки зору виду цієї публікації та її обсягу, зазначимо, що цей аспект проблематики буде розглянуто автором в окремих публікаціях, які будуть окремо розміщені для обговорення. В межах цієї публікації автор обмежиться реферативним наведенням власної позиції з приводу обраного аспекту проблематики.

Ми поділяємо позицію, висловлену П. Рабіновичем, що деформалізація об'єкта і предмета загальнотеоретичних праводержавознавчих досліджень торкається зовнішніх форм («джерел») права, які стають за сучасних умов більш різноманітними, плюралістичними. Такі зрушення в державно-юридичному регулюванні мають загалом гуманістичну, людиноцентристську спрямованість, вони дають можливість при вирішенні юридичних справ брати до уваги конкретні особливості кожної життєвої ситуації, ретельніше враховувати й повніше реалізовувати індивідуальні інтереси окремих осіб — суб'єктів правовідносин, забезпечувати не тільки законність і обґрунтованість, а і справедливість правозастосувального рішення [4, с. 24].

Чинність джерела цивільного права України не залежить від визнання цього факту законодавцем (принцип верховенства права), проте суттєво впливає на механізм судового правозастосування (на його дієвість, ступінь впливу). Знаходячись до цього часу в полоні позитивістських підходів до права, цивільне право та цивільний процес демонструють стабільність формально закріпленої системи їх джерел. Спостерігається певна невідповідність задекларованому та конституційно закріпленому природно-правовому підходу до права та закріпленою формально системою цивільного та цивільного процесуального права України.

Сьогодні при здійсненні правосуддя у цивільних справах суд, неухильно дотримуючись норм матеріального та процесуального права, повинен забезпечити їх справедливий, неупереджений та упродовж розумного, але не більше встановленого законом строку розгляд і вирішення з метою захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави. Так, вирішуючи будь-яку цивільну справу, суд буде керуватися вимогами ст. 2 ЦПК України та роз'ясненнями постанови Пленуму ВСУ «Про застосування норм цивільного процесуального законодавства при розгляді справ у суді першої інстанції», в якому вказано, що цивільне судочинство здійснюється відповідно до Конституції України, ЦПК України, законів України від 23 червня 2005 року «Про міжнародне приватне право», від 23 лютого 2006 року «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини», а також

міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, та положень інших законів, нормативно-правових актів, чинних на час вчинення окремих процесуальних дій, розгляду і вирішення справи. Застосування судом інших джерел цивільного права без їх закріплення в такій якості на рівні закону ускладнено. Відповідно існує необхідність узгодження законодавчо закріпленої джерельної бази цивільного права та фактично працюючого правозастосовчого механізму.

Сьогодні не викликає сумнівів, що закон втрачає своє монопольне положення не з точки зору кількісних його показників, а з точки зору регулятора цивільних відносин. Законодавець в галузі приватного права закріплює певні принципи, які виступають в якості загальних орієнтирів поведінки, а суд у разі виникнення спору зобов'язаний його вирішити з врахуванням не тільки вимог закону, але й встановлених сторонами договірних правил поведінки, звичаїв ділового обігу, загальних принципів цивільного права, які вже знайшли часткове нормативне закріплення на рівні ЦК України.

Дефектність, колізійність закону та прогалини в правовому регулюванні цивільних правовідносин створюють фактичні передумови для їх заповнення та усунення в судовому порядку, що в свою чергу активізує питання про визнання судової практики та судового прецеденту джерелом цивільного права.

При цьому залишається не вирішеним питання про те, що слід визнавати судовою практикою, що слід вважати судовим прецедентом, їх співвідношення, а також щодо їх місця в системі джерел матеріального та процесуального права. Багато років триває дискусія на теренах спочатку радянського, а потім пострадянського законодавства щодо можливості визнання судової практики та/або судового прецеденту джерелом права і цивільного зокрема. Єдине, в чому сьогодні сходяться всі дослідники, це те, що судова практика є фактором вдосконалення цивільного законодавства. Щодо прецеденту, то виділити спільне для всіх його досліджень ще складніше, а тому можна лише констатувати, що вони в умовах нашої правової системи створюються вищими судовими інстанціями. Все інше теми для запеклих наукових дискусій, де головним питанням залишається, чи є судова практика джерелом права, а якщо так, то яка частина, та як воно співвідноситься з системою постпозитивістського правозастосування (точніше — законозастосування), яка сьогодні існує.

Оскільки кожне з порушених питань може бути темою самостійного дослідження, то обмежимося лише стислим викладенням авторської позиції з цього приводу та відповідними посиланнями на попередні авторські публікації, аналіз яких дозволить відстежити формування позиції автора з цього аспекту проблематики.

Незважаючи на пильну увагу науковців щодо феномену судової практики, це питання відноситься до дискусійних. Можна виділити декілька аспектів проведених досліджень. Як правило, йдеться про значення та

роль судової практики [5]. Значення судової практики для розвитку цивільного права традиційно підкреслювалось в межах навчальних курсів [6]. Проте в останніх курсах з цивільного права України судова практика вже розглядалась через прецедент як соціальний регулятор [7], в контексті системи джерел права як джерело договірних прав [8] або взагалі ця проблема не висвітлювалась [9].

Незважаючи на те, що було проведено значну кількість досліджень [11], найбільш дискусійним залишається питання визнання її джерелом права [10].

Авторська позиція з цього приводу вже наводилась в періодиці [12], а тому лише зазначимо, що констатувати наявність судової практики можна лише у тому разі, якщо за однорідною категорією справ приймаються однакові рішення судами всіх рівнів. До цього моменту ми можемо лише констатувати наявність рішень суду певної інстанції, які лише механічно (тобто як сукупність прийнятих процесуальних рішень, що набрали законної сили) можна визнавати судовою практикою.

З цим питанням тісно пов'язане інше питання — прецеденту в процесуальному та матеріальному праві. Слід відзначити, що питання прецедентності в сучасному цивільному праві та процесі України підіймалося не тільки автором [13], але й широко обговорювалось в публікаціях, монографічних дослідженнях, серед яких слід виділити проведені дослідження І. М. Овчаренко [14] та Б. В. Малишева [15], в яких як окремий аспект проблематики аналізувалися чинне законодавство України та нормативна можливість, доцільність запровадження судового прецеденту, а також С. Шевчука, який окреслену проблематику вивчав ще й в контексті судової правотворчості та діяльності Європейського суду з прав людини [16]. Позиція, що вже існують нормативні передумови для порушення питання про прецедент як джерело цивільного права в оновленому цивільно-процесуальному законодавстві отримала своє закріплення в публікаціях Л. Г. Лічмана, з яких можна зробити висновок, що це вже скоріше констатація факту, аніж критика ситуації, яка склалась в правозастосуванні [17].

Юрисдикція суду розповсюджується на всі правовідносини на території України, а суд не має права відмовити в здійсненні правосуддя за мотивами неповноти, нечіткості, суперечливості закону або його відсутності (ст. 124 Конституції України, ст. 8 ЦПК України). Таким чином, введення заборони законодавцем на відмову в здійсненні правосуддя в умовах визнання верховенства права (ст. 8 Конституції України) та закріплення загальних принципів цивільного права в цивільному законодавстві створює нормативні передумови для суддівського правотворення в приватноправовій сфері. Прецедентність, яка існувала і раніше, отримала своє «нормативне підтвердження» і після внесення змін до ЦПК України та КАС України Законом України від 7 липня 2010 року, коли була оновлена процедура перегляду рішень Верховним Судом України, які набрали законної сили, та поряд з раніше існуючим критерієм не-

однакового застосування судом (судами) касаційної інстанції одних і тих самих норм матеріального права, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень у подібних правовідносинах (ст. 355 ЦПК України) та була запроваджена обов'язковість рішень Верховного Суду України, прийнятих за наслідками розгляду заяви про перегляд судового рішення з мотивів неоднакового застосування судом (судами) касаційної інстанції одних і тих самих норм матеріального права у подібних правовідносинах (ст. 360-7).

Таким чином, судовий прецедент — це явище об'єктивної реальності, хоча для повноцінного його застосування необхідно вчинити цілий ряд дій щодо його легалізації в нормативному та правозастовочому аспекті. Необхідно побороти внутрішнє сприйняття прецеденту як чогось чужорідного українській правовій системі, запровадити його як джерело цивільного та цивільно-процесуального права, яке в сучасних українських умовах має власні особливості. Разом з тим з врахуванням сучасного сприйняття права правозастосувачами це можливе лише з одночасним його законодавчим закріпленням, що дозволить суттєво скоротити розрив між теорією та практикою його застосування.

Проведене дослідження дозволяє зробити наступні **висновки**. Встановлення процесуальної форми захисту прав, свобод та інтересів умовляє вимогу формального закріплення джерел права в українському законодавстві. На нашу думку, внесення змін та закріплення обов'язковості рішень ВСУ стало черговим аргументом на користь наявності прецеденту не тільки в правозастосовчій діяльності, але й в системі джерел права, якою керується суд у своїй діяльності. Слід зауважити, що прецедентність в сучасних умовах давно вже стала частиною правозастосовчій дійсності. Достатньо згадати про рішення Європейського суду з прав людини, рішення Конституційного суду України. Разом з тим питання про місце цих джерел права в системі джерел цивільного та цивільно-процесуального права України залишається невизначеним. Така ситуація є недивною, оскільки прецедент як джерело права не визнавався в радянський період. Ускладнює зміну системи джерел цивільного та цивільно-процесуального права устояна система правозастосування, яка базується на позитивістському підході, який, як не дивно, зберігся в Конституції України. Згідно зі ст. 129 Конституції України судді є незалежними та підкоряються тільки закону. В свою чергу це при буквальному тлумаченні виключає з кола джерел, які застосовуються при здійсненні правосуддя, все те, що не підпадає під визначення закону. І якщо відносно рішень Європейського суду з прав людини було прийнято спеціальний закон, який якби створює «міст» між законом та прецедентом, то у випадку з вказаними рішеннями ВСУ ситуація виглядає іншим чином. На фоні вищевказаної норми Конституції приведення судової практики у відповідність до прийнятих рішень ВСУ означає тільки одне — з'явилося ще одно джерело, яким повинні керуватися суб'єкти правозастосовчої діяльності. На нашу думку, не зважаючи на

позитивність такої новели, необхідно внести зміни в чинне законодавство з метою узгодження введеної обов'язковості рішень з системою джерел, якими офіційно керується суд в правозастосовчій діяльності.

Якщо свого часу рішенням Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням Київської міської ради професійних спілок щодо офіційного тлумачення ч. 3 ст. 21 Кодексу законів про працю України (справа про тлумачення терміну «законодавство») № 12-рп/98 від 9 липня 1998 р. було дано розширювальне тлумачення терміну законодавства, то в частині, наприклад, визнання прецеденту в якості джерела, який може бути застосований в цивільному процесі, виникають певні труднощі. По-перше, необхідно розрізняти прецедентність як певний зразок правозастосування, навіть обов'язковий, проте такий, що базується на нормах чинного законодавства, та прецедент правотворючий, тобто такий, що створює нову норму на подолання прогалини в правовому регулюванні або усунення її дефектності та/або колізійності.

Законодавець закріпив в якості критерію для втручання ВСУ в судову практику неоднакове застосування судом (судами) касаційної інстанції одних і тих самих норм матеріального права у подібних правовідносинах з метою її стабілізації. Відповідне рішення ВСУ стає зразком для вирішення аналогічних спорів у майбутньому. Якраз «зразковість» і є характерною рисою прецедентного правозастосування. Проте не можна не враховувати, що стабільність прецедентної практики базується на принципі «держатися раніше винесеного», а також цілої низки інших правил та принципів, безумовне дотримання яких судами всіх рівнів і забезпечує стабільність практики в країнах, в яких прецедент виступає джерелом права та яким безпосередньо керується суд під час здійснення правосуддя. Тому вказаний аспект проблематики потребує більш глибокого вивчення з метою підготовки науково обґрунтованих змін як до системи джерел цивільного права, так і до процесуальної форми, яка забезпечує процес здійснення правосуддя по цивільних справах.

Внесення змін до процесуальної форми та «легалізація» формально незакріплених джерел на рівні ЦК України та ЦПК України зніме питання про судову практику, доктрину як регулятор цивільних відносин та дозволить побудувати не тільки теоретично обґрунтовану, але таку, що відповідає потребам та реаліям судової практики, ієрархію джерел цивільного права України. При цьому в процесі адаптації цивільного законодавства та цивільного процесу немає необхідності жорстко прив'язуватися до англійського прецедентного права та визначати суттєву різницю між відповідними феноменами в правничій практиці двох країн. Без сумніву, будь-яке компаративне дослідження приносить користь, бо за його результатами можна виділити ті рішення, які і в умовах національної системи дадуть позитивний ефект. В той самий час необхідно враховувати особливості національної правої традиції, в тому числі рівень розвитку правосвідомості, правової культури.

Усі інші проблеми, пов'язані з дослідженням аналогії в цивільному праві, виходять за межі цієї статті і становлять перспективні напрямки подальших наукових досліджень.

Л і т е р а т у р а

1. Лічман Л. Г. Цивільний Кодекс України як джерело цивільного судочинства / *Л. Г. Лічман* // Актуальні проблеми цивільного права та процесу: матеріали Міжнар. наук.-практ. конф., присвяч. пам'яті Ю. С. Червоного, м. Одеса, 17 груд. 2010 р. — О., 2010. — С. 153–156.
2. Лічман Л. Г. Юрисдикційна форма захисту житлових прав та інтересів / *Л. Г. Лічман* // Проблеми здійснення та захисту особистих немайнових прав фізичної особи в умовах інтеграції: зб. наук. матеріалів круглого столу: тези конф. (м. Хмельницький, 12 жовт. 2007 р.): науково-практичний стіл: зб. тез наук. повідомл. учасників / редкол.: Ю. В. Білоусов, В. І. Бобрик. — Тернопіль: Підручники та посібники, 2007. С. 45–51; Лічман Л. Г. Розмежування цивільної та адміністративної юрисдикції: теоретичні здобутки та практичні реалії (постановка проблеми) / *Л. Г. Лічман* // Часопис Хмельницького університету управління та права. — Хмельницький, 2008. — Вип. 1. — С. 81–86.
3. Лічман Л. Г. Щодо нової ролі судової практики Верховного Суду України при розгляді цивільних справ / *Л. Г. Лічман* // Римське право і сучасність: матеріали Міжнар. наук. конф. м. Одеса, 28 трав. 2011 р. — О.: Фенікс, 2011. — Ч. 1. — С. 156–159.
4. Рабінович П. Трансформація методології вітчизняного праводержавознавства: досягнення і проблеми / *П. Рабінович* // Юридична Україна. — 2003. — № 1. — С. 20–25.
5. Рогожин Н. А. Значення судової практики для розвитку підприємницького права / *Н. А. Рогожин* // Закон. — 2003. — № 10. — С. 86–91; Придворова М. Н. Судобная практика в правовой системе Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / *М. Н. Придворова*. — Тамбов, 2003; Соловьев В. Ю. Судобная практика в российской правовой системе: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / *В. Ю. Соловьев*. — М., 2003; Беляневич В. Е. Новітня кодифікація і судова практика / *В. Е. Беляневич* // Вісник господарського судочинства. — 2004. — № 2. — С. 227–231; Лічман Л. Г. Значення судової практики для правозастосування у цивільному судочинстві України / *Л. Г. Лічман* // Вісник Верховного Суду України. — 2011. — № 6. — С. 34–38.
6. Заїка Ю. О. Українське цивільне право: навч. посіб. / Ю. О. Заїка. — 2-ге вид., змін. і допов. — К.: Правова єдність, 2008. — 386 с.; Цивільне право України: навч. посіб. / *О. С. Адамова, Н. Ю. Голубева, І. В. Давидова* [та ін.]; за ред. Є. О. Харитонова, Н. Ю. Голубевої. — К.: Істина, 2009. — 280 с.
7. Ромовська З. В. Українське цивільне право: навч. посіб. / *З. В. Ромовська*. — 2-ге вид., змін. і допов. — К.: Правова єдність, 2008. — 368 с.
8. Цивільне право України. Загальна частина: підручник / *С. М. Бервено, В. А. Васильєва, М. К. Галянтич* [та ін.]; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, Р. А. Майданника. — 3-тє вид., переробл. і допов. — К.: ЮрінкомІнтер, 2010. — 976 с.
9. Цивільне право: підручник. У 2 т. Т. 1 / *В. І. Борисова, Л. М. Баранова, Т. І. Бегова* [та ін.]; за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатеевої, В. Л. Яроцького. — Х.: Право, 2011. — 656 с.
10. Марченко М. Н. Источники права: учеб. пособие / *М. Н. Марченко*. — М.: ТК Велби: Проспект, 2007. — 760 с.; Пархоменко Н. М. Джерела права: проблеми теорії та методології: монографія / *Н. М. Пархоменко*. — К.: Юрид. думка, 2008. — 336 с.; Родионова О. М. Источники гражданского права России: история и современность: монографія / *О. М. Родионова*. — М.: Юрлитинформ, 2009. — 184 с.; Се-

- мякин М. Н. Источники российского гражданского права: проблемы теории и практики : монография / М. Н. Семьякин. — М. : Юрлитинформ, 2010. — 352 с.
11. Придворова М. Н. Судебная практика в правовой системе Российской Федерации : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / М. Н. Придворова. — Тамбов, 2003. — 201 с. ; Соловьев В. Ю. Судебная практика в российской правовой системе : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / В. Ю. Соловьев. — М., 2003. — 188 с. ; Коростелкина О. Н. Судебная практика и судебный прецедент в системе источников российского права : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / О. Н. Коростелкина. — М., 2005. — 192 с. ; Османов О. А. Принципы и судебные прецеденты как источники российского гражданского права и их конституционная основа : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / О. А. Османов. — Ростов н/Д, 2005 — 197 с. ; Евстигнеева Г. Б. Судебные решения как источник права : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Г. Б. Евстигнеева. — М., 2007. — 144 с.
 12. Дрішлюк А. І. Про визнання судового рішення джерелом права: постановка проблеми / А. І. Дрішлюк // Матеріали міжнародної науково-практичної конференції молодих вчених [«Молодь у юридичній науці»]. («П'яті осінні юридичні читання» Хмельницький) / Хмельниц. регіон. ун-т упр. та права. — Х., 2006. — С. 87–90; Дрішлюк А. І. Щодо співвідношення поняття судового прецеденту та судової практики / А. І. Дрішлюк // Матеріали міжнародної науково-практичної Інтернет-конференції [«Забезпечення реалізації прав людини»]. — Тернопіль, 2007. — С. 31–34; Дрішлюк А. І. Джерела цивільного права України: щодо актуальності наукового дослідження / А. І. Дрішлюк // Матеріали міжнародної науково-практичної конференції [«Роль та місце ОВС у розбудові демократичної правової держави»]. (Одеса, 10 квіт. 2009 р.) / Одес. ун-т внутр. справ. — О., 2009; Дрішлюк А. І. Форми і тенденції розвитку системи джерел цивільного права України / А. І. Дрішлюк // Матеріали II науково-практичної конференції [«Методологія приватного права: сучасний стан та перспективи розвитку»] / Ін-т приватного права та підприємництва Акад. правових наук України. — К., 2009. — С. 81–86; Дрішлюк А. І. Щодо необхідності розмежування судового прецеденту та судової практики: термінологічний аспект / А. І. Дрішлюк // Матеріали Міжнародної науково-практичної конференції, присвяченої пам'яті Ю. С. Червоного [«Актуальні проблеми цивільного права та процесу»]. (Одеса, 12 лют. 2010 р.) / Одес. нац. юрид. акад. — О., 2010. — С. 24–27; Дрішлюк А. І. Роль судової практики в удосконаленні цивільного законодавства України / А. І. Дрішлюк // Право XXI століття: становлення та перспективи розвитку : зб. наук. пр. — Миколаїв, 2006; Дрішлюк А. І. Формування єдиної судової практики: проблеми та перспективи / А. І. Дрішлюк // Правове життя сучасної України : тези доп. — О. : Фенікс, 2007. — С. 240–241; Дрішлюк А. І. Судебная практика: фактор усовершенствования законодательства или концентрат ошибок и заблуждений? / А. И. Дришлюк // Вестник Одесской адвокатуры. — 2011. — № 1. — С. 74–77.
 13. Дрішлюк А. І. Судовий прецедент в цивільному процесі України / А. І. Дрішлюк // Актуальні проблеми цивільного права та процесу: матеріали Міжнар. наук.-практ. конф., присвяч. пам'яті Ю. С. Червоного. Одеса, 16 груд. 2011 р. — О., 2011. — С. 143–146.
 14. Овчаренко И. Н. Закон в системе источников (форм) права и их классификация : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / И. Н. Овчаренко. — Х., 2004. — 221 с.
 15. Малишев Б. В. Судовий прецедент у правовій системі Англії: [монографія] / Б. В. Малишев. — К., 2008. — 188 с.
 16. Шевчук С. Порівняльне прецедентне право з прав людини / С. В. Шевчук. — К. : Реферат, 2002. — 627 с. ; Шевчук С. Судова правотворчість. Світовий досвід і перспективи в Україні / С. Шевчук. — К. : Реферат, 2007. — 831 с.
 17. Лічман Л. Г. Щодо нової ролі судової практики Верховного Суду України при розгляді цивільних справ / Л. Г. Лічман // Римське право і сучасність: матеріали Міжнар. наук. конф. 28 трав. 2011 р. — О. : Фенікс, 2011. — Ч. 1. — С. 156–159.

А н о т а ц і я

Дришлюк А. І. Вплив судової практики Верховного Суду України на систему джерел цивільного та цивільно-процесуального права України. — Стаття.

Наукова стаття присвячена визначенню значення рішень Верховного Суду України, прийнятих за результатами розгляду заяв про перегляд судових рішень з мотивів неоднакового застосування судом (судами) касаційної інстанції одних і тих самих норм матеріального права в аналогічних правовідносинах, порядку і її впливу на систему джерел цивільного і цивільно-процесуального права, після законодавчого закріплення обов'язковості рішень Верховного Суду України для всіх суб'єктів владних повноважень (суб'єктів правозастосовчої діяльності).

На підставі проведеного дослідження сформульована авторська позиція щодо системи джерел цивільного права, судової практики, а також впливу останньої на трансформацію системи джерел цивільного та процесуального права України на сучасному етапі її розвитку.

Ключові слова: рішення Верховного Суду України, джерела цивільного права України, джерела цивільно-процесуального права України.

А н н о т а ц і я

Дришлюк А. И. Влияние судебной практики Верховного Суда Украины на систему источников гражданского и гражданско-процессуального права Украины. — Статья.

Научная статья посвящена определению значения решений Верховного Суда Украины, принятых по результатам рассмотрения заявлений о пересмотре судебных решений по мотивам неодинакового применения судом (судами) кассационной инстанции одних и тех же норм материального права в аналогичных правоотношениях, порядке и ее влияние на систему источников гражданского и гражданско-процессуального права, после законодательного закрепления обязательности решений Верховного Суда Украины для всех субъектов властных полномочий (субъектов правоприменительной деятельности).

На основании проведенного исследования сформулирована авторская позиция в отношении системы источников гражданского права, судебной практики, а также влияния последней на трансформацию системы источников гражданского и процессуального права Украины на современном этапе ее развития.

Ключевые слова: решения Верховного Суда Украины, источники гражданского права Украины, источники гражданско-процессуального права Украины.

S u m m a r y

Drishlyuk A. I. Influence of judicial practice of the Supreme court of Ukraine on the system of sources of civil and civil judicial law of Ukraine. — Article.

The scientific article is sanctified to determination of value of decisions of the Supreme court of Ukraine, statements accepted on results consideration about the revision of court decisions on reasons of different application by the court (by courts) of appeal instance of one the same norms of material right in analogical legal relationships, order and her influence on the system of sources civil and civil judicial law of Ukraine, after legislative fixing of obligatoriness of decisions of the Supreme court of Ukraine for all the subjects of imperious plenary powers (subjects of law using activity).

On the basis of the conducted research author position is formulated in regard to the system of sources civil law, judicial practice, and also the influence of the last on transformation the system of sources civil and civil judicial law of Ukraine on the modern stage of its development.

Keywords: decisions of the Supreme court of Ukraine, sources of civil law of Ukraine, sources of civil judicial law of Ukraine.

УДК 341.1/8:349.6:504.06

У. В. Антонюк

ПРАВОВА ОХОРОНА ЗЕМЕЛЬ: МІЖНАРОДНИЙ ТА ЄВРОПЕЙСЬКИЙ ДОСВІД

У сучасних умовах розвитку глобалізаційних та інтеграційних процесів, які відбуваються не лише в Україні, а й у всьому світі, важливе значення у механізмі охорони довкілля в цілому та у сфері використання і охорони земель повинні відігравати норми міжнародного та європейського права навколишнього середовища. Тим паче, що у відповідності до ст. 51 Угоди про партнерство та співробітництво між Україною і Європейськими Співтовариствами від 14 червня 1994 року [1] передбачена гармонізація законодавства України із законодавством ЄС. Як зазначає А. М. Мірошніченко, «приблизна адекватність законів» має бути досягнута першочергово у галузях охорони здоров'я та життя людей, тварин і рослин, навколишнього середовища, транспорту тощо [2, с. 593]. Крім того, необхідність адаптації екологічного та земельного законодавства України до європейських і міжнародно-правових стандартів продиктована реальним станом кількісних та якісних показників довкілля і земель зокрема. Так, у відповідності до Основних засад (стратегії) державної екологічної політики України на період до 2020 року визначено, що антропогенне і техногенне навантаження на довкілля в Україні у кілька разів перевищує відповідні показники у розвинутих країнах світу, при цьому стан земельних ресурсів України близький до критичного, крім того, на всій території України поширені процеси деградації земель, серед яких найбільш масштабними є ерозія (близько 57,5 відсотка території), забруднення (близько 20 відсотків території), підтоплення (близько 12 відсотків території) [3]. Слід відмітити, що техногенне навантаження на землі є закономірним явищем у переважній більшості країн світу, при цьому діапазон техногенного забруднення земель коливається від 10 до 2400 квадратних кілометрів. До країн-лідерів техногенного забруднення територій належать Китай, Індія, США, Росія, Бразилія, ФРН, Франція [4, с. 6]. Тому питання щодо охорони земель від за-

бруднення внаслідок господарської діяльності, яка призводить до техногенного навантаження на земельні ресурси та ґрунти, і опосередковано спричинює негативний вплив на життєдіяльність людей, вимагають нагального та детального правового регулювання з врахуванням позитивного зарубіжного як європейського, так і міжнародно-правового досвіду. Слід відмітити те, що проблема правової охорони земель знайшла своє адекватне та ґрунтовне вирішення у працях українських (В. І. Андрейцева, Г. І. Балюк, А. Г. Бобкової, О. А. Вівчаренка, Ю. О. Вовка, А. П. Гетьмана, В. І. Гордєєва, В. М. Єрмоленка, І. І. Каракаша, О. В. Конишевої, В. В. Костицького, М. В. Краснової, С. М. Кравченко, П. Ф. Кулинича, Н. Р. Малишевої, В. Л. Мунтяна, М. І. Малишка, В. В. Носіка, Т. К. Оверковської, О. О. Погрібного, В. К. Попова, Б. Г. Розовського, М. В. Руденка, В. І. Семчика, Н. І. Титової, Г. В. Тищенко, В. С. Шахова, Ю. С. Шемшученка, С. М. Шершуна, М. В. Шульги тощо) та російських (Г. О. Аксеньонка, Г. Є. Бистрова, М. М. Брінчука, С. А. Боголюбова, М. І. Васильєвої, Т. М. Гайворонської, О. К. Голіченкова, Р. К. Гусєва, О. Л. Дубовик, Б. В. Єрофєєва, Ю. Г. Жарікова, Л. А. Заславської, О. А. Іванової, Є. М. Жєвлакова, О. М. Козиря, О. С. Колбасова, В. В. Круглова, Є. А. Немировського, В. В. Петрова, Г. М. Полянської та інших) науковців у галузі екологічного та земельного права, а також наукових праць представників природничо-наукових галузей знань, які торкалися питання охорони земель і ґрунтів від різних видів забруднень (А. В. Ачасової, Ю. Д. Бойчука, А. І. Бреславця, Н. Х. Грабаха, Н. О. Грабовця, Л. В. Ткачука, В. О. Мандрика, С. М. Сердюка, С. М. Сухарева, А. І. Юрченка та інших). При цьому не повною мірою дослідженими і відкритими залишаються питання щодо охорони земель у міжнародному праві та європейському праві навколишнього середовища. Таким чином, метою даного дослідження є з'ясування особливостей міжнародно-правового та європейського регулювання відносин щодо охорони земель.

Для того, щоб здійснити аналіз міжнародно-правового та європейського досвіду охорони земель, вважаємо за необхідне вказати на кількісні і якісні показники стану земельних ресурсів України, щоб окреслити основні напрямки даної проблеми. Отже одним з пріоритетних екологічних завдань в Україні сьогодні повинно стати призупинення деградаційних процесів у сфері використання та експлуатації земельних ресурсів. Оскільки земельні ресурси зазнають значного техногенного навантаження в результаті викидів промислових підприємств, транспорту, сільського господарства тощо. Зокрема ступінь їх деградації у процесі техногенного впливу перевищив 60 відсотків, при цьому площі еродованих земель невпинно зростають — щороку вони збільшуються на 90—100 тис. гектарів [5, с. 12]. Крім того, значна частина земель в Україні порушена у зв'язку з роботою гірничодобувної техніки, а саме понад 2,3 млн гектарів; найбільші площі порушених земель у Донецькій (192,4 тис. гектарів), Дніпропетровській (188,7 тис. гектарів) і Луганській (131,9 тис. гектарів) областях, а найменша — у Чернівецькій

(33,3 тис. гектарів) [6, с. 117]. Для порівняння, якщо визначати специфіку деградаційних процесів земельних ресурсів на заході України, то Львівська область за масштабами сучасного гірничодобувного навантаження є найпорушенішим регіоном [7, с. 12], при цьому у області нараховується 12,9 тис. гектарів техногенно порушених земель [8, с. 34].

Окрему ланку техногенного навантаження на землі і ґрунти в Україні становить радіоактивне забруднення внаслідок аварій на атомних електростанціях, виробництва і випробування ядерної зброї та при видобутку радіоактивних речовин. Радіоактивні речовини, що випали після аварії на ЧАЕС, стали «вічними супутниками» ґрунтогенезу, оскільки самоочищення ґрунтів навряд чи відбудеться раніше ніж через 24 000 років [9]. У результаті аварії на ЧАЕС радіоактивного забруднення та подальшого поширення радіонуклідів в Україні зазнала територія площею понад 8 млн гектарів сільськогосподарських угідь, найактивніше забруднення відбулось у Київській, Житомирській, Чернігівській, Волинській, Рівненській та Черкаській областях [10, с. 5]. У сучасних умовах Україна має 14 діючих блоків атомних електростанцій, що репрезентують одну з найбільших ядерно-енергетичних програм у Європі (п'яте місце після Франції, Великої Британії, Росії та Німеччини), п'ять підприємств із добування та переробки радіоактивної руди, близько п'яти тисяч закладів та підприємств використовують джерела іонізуючого випромінювання, понад 2600 підприємств використовують 105 тис. радіоізотопних приладів [11, с. 356].

Тому внаслідок ряду причин як техногенного, так і природного характеру частка екологічно чистих територій України, за оцінками фахівців, дорівнює всього 7 відсотків земельної площі держави, а умовно чистих територій, які характеризуються більш-менш нормальними умовами проживання людини, — близько 8 відсотків; мало забруднені території охоплюють 15 відсотків території країни, а забруднені та дуже забруднені, де умови життєдіяльності населення значно погіршені й напружені, становлять відповідно 40 і 30 відсотків, при цьому 1,7 відсотка території України є територією екологічного лиха [12, с. 125].

На сьогодні ступінь міжнародно-правового забезпечення охорони і раціонального використання конкретних природних ресурсів і об'єктів є різним, при цьому найбільш розвинутою є система норм міжнародного права щодо охорони і використання морів та Світового океану [13, с. 625]. Що ж стосується використання і охорони земель, то міжнародне співтовариство розглядає дану проблему переважною більшістю у контексті охорони природного середовища існування як важливого елементу захисту і охорони дикої флори та фауни [14, с. 122]. На наш погляд, пояснюється це тим, що у відповідності до ст. 14 Конституції України [15] та ст. 1 Земельного кодексу України [16] земля є основним національним багатством, що перебуває під особливою охороною держави, і саме остання через національне законодавство визначає порядок та особливості використання і охорони земель. Тому можна констатувати,

що чіткі та безпосередні міжнародно-правові механізми регулювання відносин щодо правового режиму охорони земель відсутні, натомість в якості міжнародно-правових актів, які опосередковано визначають охорону земель, можна розглядати конвенції, які спрямовані на боротьбу і протидію різним видам забруднення. На наш погляд, до цієї групи слід віднести Конвенцію про доступ до інформації, участь громадськості в процесі прийняття рішень та доступ до правосуддя з питань, що стосуються довкілля від 25 червня 1998 року [17], Конвенцію про оцінку впливу на навколишнє середовище у транскордонному контексті від 25 лютого 1991 року [18], Декларацію щодо забруднення навколишнього середовища, прийняту 1 жовтня 1976 року в Сан-Паулу [19], Стокгольмську Конвенцію про стійкі органічні забруднювачі від 22 травня 2001 року [20, с. 194], Базельську Конвенцію по контроль за транскордонним перевезенням небезпечних відходів і їх знищенням від 5 травня 1992 року [21, с. 20–45], Конвенцію про транскордонний вплив промислових аварій від 17 березня 1992 року [22, с. 56], Конвенцію про цивільну відповідальність за шкоду, спричинену при перевезенні небезпечних вантажів автомобільним, залізничним і внутрішнім водним транспортом від 10 жовтня 1989 року [23], Роттердамську Конвенцію про процедуру попередньої обґрунтованої згоди відносно окремих небезпечних хімічних речовин та пестицидів у міжнародній торгівлі від 10 вересня 1998 року [20, с. 187], Конвенцію ООН про боротьбу з опустеленням у тих країнах, що потерпають від серйозної посухи та/або опустелення, особливо в Африці від 29 червня 1994 року [20, с. 170] тощо. З огляду на аналіз даних міжнародних документів можна дійти висновку, що до основних напрямків міжнародно-правового регулювання відносин, які побіжно (опосередковано) пов'язані з охороною земель, належать:

- обмеження при здійсненні господарської діяльності;
- відшкодування екологічної шкоди;
- забруднення навколишнього середовища;
- управління відходами;
- використання небезпечних речовин;
- застосування пестицидів;
- боротьба з опустеленням.

Порядок та основні напрямки гармонізації та адаптації законодавства України до європейських стандартів визначені в Указі Президента України «Про Програму інтеграції України до Європейського Союзу» від 14 вересня 2000 року № 1072/2000 [24], Законі України «Про Концепцію Загальнодержавної програми адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» від 21 листопада 2002 року [25]. На жаль, у даних нормативно-правових актах безпосередньо не вказуються заходи щодо приведення у відповідність національного законодавства європейським вимогам саме у сфері використання, охорони та відтворення земель [26, с. 231]. Такий підхід у юридичній літературі визначається як помилковий, оскільки законодавство ЄС містить чимало норм

земельно-правового характеру [2, с. 593]. Ми певною мірою підтримуємо дану позицію, при цьому слід відзначити, що Розділ 11 Програми інтеграції України до ЄС [24] містить окремі положення, які опосередковано можна розглядати у контексті сфери адаптації і землеохоронного законодавства, зокрема оцінку впливу планованої господарської діяльності на стан довкілля, ядерну і радіаційну безпеку, використання хімічних речовин.

Слід відмітити, що питання адаптації національного екологічного та земельного законодавства до європейських основ навколишнього середовища неодноразово були предметом наукових пошуків учених у галузі екологічного [13, с. 705–710; 27, с. 290–291; 28, с. 119–121], земельного права [2, с. 594–603; 14, с. 128–134]. З огляду на це вважаємо за потрібне окреслити основні наукові підходи щодо регулювання землеохоронних відносин у Європейському Союзі. При цьому слід відмітити, що переважна більшість учених, наукові праці яких стосуються аналізу європейського законодавства у сфері використання і охорони земель, не розглядають їх структуровано, тому ми спробуємо визначити їх види самостійно з огляду на власне бачення і розуміння зазначених проблем. Так, здійснюючи комплексний аналіз європейського законодавства у сфері охорони земель від забруднення та псування, Т. К. Оверковська вважає, що вітчизняні адаптаційні процеси у даній сфері повинні здійснюватись з урахуванням основних принципів Європейського Союзу, а саме: принципу високого рівня охорони навколишнього середовища, в тому числі і земель; принципу застереження; принципу превентивних дій по охороні земель; принципу усунення джерел істотної шкоди довкіллю; принципу «забруднювач платить» [29, с. 140–141]. З огляду на зазначені принципи Т. К. Оверковська аналізує значну кількість нормативних приписів, які, на наш погляд, можна згрупувати у такі основні блоки законодавчих актів ЄС у досліджуваній сфері:

- контроль за забрудненнями;
- види промислової діяльності, які впливають на стан земельних ресурсів (відходи, небезпечні хімічні речовини);
- інформація про стан земель та ґрунтів;
- оцінка впливу планованої діяльності на стан земельних ресурсів;
- охорона ґрунтів і стратегія захисту ґрунтів;
- компенсація шкоди, завданої землям [29, с. 90–95].

Схожої за змістом позиції щодо виділення видів нормативних актів Європейського Союзу у сфері земельних відносин в цілому притримується і А. М. Мірошніченко, при цьому його структуризація законодавства Європейського Союзу носить більш комплексний та узагальнюючий характер, зокрема в основі структури земельного законодавства Європейського Союзу лежить сфера діяльності:

- 1) навколишнє середовище: охорона ґрунтів; захист природного середовища існування; боротьба з опустеленням; схема ЄС для добрив; відшкодування шкоди;

2) сільське господарство: боротьба із забрудненням ґрунтів у сільському господарстві; використання осадів стічних вод у сільському господарстві; наявність важких металів у ґрунті;

3) вільний рух капіталів: усунення обмежень щодо права власності на землі сільськогосподарського призначення іноземними фізичними та юридичними особами;

4) транспорт: боротьба з шумами [2, с. 594–603].

Також А. М. Мірошниченко зазначає і те, що регулювання земельних відносин розглядається у Європейському Союзі здебільшого у контексті охорони ґрунтів від забруднення та ерозії [2, с. 594]. Про захист ґрунтів від ерозії та забруднення як окремих напрям та інструмент правового регулювання охорони навколишнього середовища в європейському праві говорить і Ю. С. Шемшученко [13, с. 702]. Водночас учений стверджує, що стратегія ЄС по захисту ґрунтів фокусує увагу на інтеграційні процеси, на моніторинг ґрунтів, на фінансову підтримку розвитку сільського господарства, на боротьбу з опустеленням тощо [13, с. 702].

На більш функціональний характер законодавства ЄС у сфері охорони земель вказує О. А. Вівчаренко, зокрема з огляду на запропонований ученим перелік європейських актів нам видається за можливе виділити наступні:

1) директиви ЄС у сфері просторового планування;

2) директиви про попередження важких промислових інцидентів;

3) директиви про поводження з відходами: захоронення відходів; депонування відходів;

4) директиви щодо використання осадів стічних вод у ґрунті;

5) директиви про застосування пестицидів [14, с. 129–131].

Отже європейський та міжнародно-правовий досвід охорони навколишнього середовища в цілому і земель зокрема свідчить про відсутність комплексних і універсальних землеохоронних норм, які б цілісно стосувались проблеми охорони земель. Натомість у міжнародному та європейському праві навколишнього середовища міститься чимало норм земельно-правового характеру і застосовуються диференційовані підходи щодо охорони земель, які розглядають останню через призму охорони довкілля від різних видів забруднення. Основна увага європейських приписів у даній сфері відносин зосереджена на проблемі захисту ґрунтів, регламентації діяльності, яка породжує ризики і впливає на стан земель і ґрунтів (відходи, стійкі органічні забруднювачі, нітрати, пестициди, стічні води). Що ж стосується міжнародно-правового регулювання землеохоронних відносин, то охорона земель розглядається або як складова обмежень при здійсненні господарської діяльності, або у контексті відшкодування екологічної шкоди, забруднення навколишнього середовища; управління відходами, використання небезпечних речовин, застосування пестицидів, боротьби з опустеленням тощо. Слід відмітити, що у юридичній літературі такий підхід трактується як помилковий [2, с. 593]. Не піддаючи критиці дану позицію, вважає-

мо за необхідне вказати на те, що відсутність комплексних і наявність диференційованих механізмів охорони земель в цілому в Європейському Союзі і у міжнародно-правових приписах екологічного спрямування не позначилась на їх дієвості та ефективності на практиці, що, безумовно, є пріоритетним та визначальним.

Л і т е р а т у р а

1. Угоди про партнерство та співробітництво між Україною і Європейськими Співтовариствами від 14 червня 1994 року // Офіційний вісник України. — 2006. — № 24. — Ст. 1794.
2. Мірошніченко А. М. Земельне право України : підручник / А. М. Мірошніченко. — [2-ге вид., допов. і переробл.]. — К. : Алерта; ЦУЛ, 2011. — 678 с.
3. Про Основні засади (стратегію) державної екологічної політики України на період до 2020 року : Закон України від 21 груд. 2010 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2011. — № 26. — Ст. 218.
4. Прокачева В. Г. Техногенно загрязняемые земли по государствам и континентам (статистическая оценка) / В. Г. Прокачева, В. Ф. Усачев. — СПб. : Мир и Семья, 2002. — 56 с.
5. Грабах Н. Х. Відповідальність за погіршення якісного стану ґрунтів / Н. Х. Грабах // Екологія : наук. пр. — 2009. — Вип. 94. — С. 10–14.
6. Мандрик В. О. Управління відтворенням порушених земель: вибір інструментів екологічної політики / В. О. Мандрик // Вісник аграрної науки. — 2000. — № 11. — С. 117–121.
7. Екологія Львівщини : довідник. — Л. : Сполом, 2008. — 78 с.
8. Статистичний збірник. Довкілля Львівщини / ЛОГУ зем. рес. — Л., 2010. — 90 с.
9. Бреславець А. І. Техногенно забруднені ґрунти та шляхи їх поліпшення [Електронний ресурс] / А. І. Бреславець, А. І. Юрченко. — Режим доступу: <http://www.nbu.gov.ua/portal/natural/Ропр/2009/2009-Articles/UkrNDI-EP>.
10. Довідник з агрохімічного та агроекологічного стану ґрунтів України. — К. : Урожай, 1994. — 333 с.
11. Деркач А. Л. Контроль у галузі забезпечення ядерної та радіаційної безпеки: призначення, основні риси, поняття / А. Л. Деркач // Держава і право : зб. наук. пр. Юридичні і політичні науки. — 2006. — Вип. 31. — С. 356–362.
12. Єрмоленко В. М. Правове забезпечення охорони та раціонального використання земельних ресурсів : навч. посіб. для студ. вищ. навч. закл. / В. М. Єрмоленко, В. І. Курило, Т. С. Кичиліюк ; [за заг. ред. В. І. Курила]. — К. : Магістр — XXI ст., 2007. — 248 с.
13. Екологічне право України. Академічний курс : підручник / за ред. Ю. С. Шемшученка. — [2-ге вид.]. — К. : Юрид. думка, 2008. — 720 с.
14. Вівчаренко О. А. Правова охорона земель в Україні : [монографія] / О. А. Вівчаренко. — К. : Юрінком Інтер, 2010. — 336 с.
15. Конституція України від 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.
16. Земельний кодекс України від 25 жовтня 2001 року // Відомості Верховної Ради України. — 2002. — № 3–4. — Ст. 27.
17. Конвенція про доступ до інформації, участі громадськості в процесі прийняття рішень і доступ до правосуддя з питань, що стосуються навколишнього середовища, прийнята 4-ю Конференцією Міністрів «Навколишнє середовище для Європи», Орхус, Данія, 23–25 червня 1998 року // Відомості Верховної Ради України. — 1999. — № 34. — Ст. 296.

18. Конвенція про оцінку впливу на навколишнє середовище у транскордонному контексті від 25 лютого 1991 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.rada.gov.ua>.
19. Декларація щодо забруднення навколишнього середовища, прийнята 1 жовтня 1976 року в Сан-Паулу [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.rada.gov.ua>.
20. Довідник чинних міжнародних договорів України у сфері охорони довкілля / А. Андрусевич, Н. Андрусевич, З. Козак. — Л., 2009. — 203 с.
21. Базельская Конвенция о контроле за трансграничными перевозками опасных веществ и их ликвидации от 5 мая 1992 года // Охрана окружающей среды. Международно-правовые акты : справочник. — СПб., 1994. — С. 20—45.
22. Конвенция о трансграничном воздействии промышленных аварий от 17 марта 1992 года / ООН. — Нью-Йорк ; Женева, 1994. — 104 с.
23. Конвенція про цивільну відповідальність за шкоду, спричинену при перевезенні небезпечних вантажів автомобільним, залізничним і внутрішнім водним транспортом від 10 жовтня 1989 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.rada.gov.ua>.
24. Про Програму інтеграції України до Європейського Союзу : указ Президента України від 14 верес. 2000 р. № 1072/2000 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.rada.gov.ua>.
25. Про Концепцію Загальнодержавної програми адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу : Закон України від 21 листоп. 2002 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 3. — Ст. 12.
26. Микієвич М. М. Європейське право навколишнього середовища : навч. посіб. / М. М. Микієвич, Н. І. Андрусевич, Т. О. Будякова. — Л., 2004. — 256 с.
27. Ільків Н. В. Екологічне право України : навч. посіб. / Н. В. Ільків, Я. З. Гаєцька-Колотило. — К. : Істина, 2008. — 296 с.
28. Дубовик О. Л. Экологическое право : учебник / О. Л. Дубовик. — [3-е изд., перераб. и доп.]. — М. : Проспект, 2010. — 720 с.
29. Оверковська Т. К. Правові засади охорони земель від забруднення та псування в Україні : [монографія] / Т. К. Оверковська. — Вінниця : Едельвейс і К, 2010. — 220 с.

А н о т а ц і я

Антонюк У. В. Правова охорона земель: міжнародний та європейський досвід. — Стаття.

Стаття присвячена дослідженню механізмів правової охорони земель у міжнародному та європейському праві навколишнього середовища. У статті вказується на відсутність комплексних та наявність диференційованих підходів міжнародно-правового та європейського регулювання землеохоронних відносин.

Ключові слова: охорона земель, охорона ґрунтів, міжнародне екологічне право, європейське право навколишнього середовища, охорона довкілля.

А н н о т а ц и я

Антонюк У. В. Правовая охрана земель: международный и европейский опыт. — Статья.

Статья посвящена исследованию механизмов правовой охраны земель в международном и европейском праве окружающей среды. В статье указывается на отсутствие комплексных и наличие дифференцированных подходов международно-правового и европейского регулирования землеохранных отношений.

Ключевые слова: охрана земель, охрана почв, международное экологическое право, европейское право окружающей среды, охрана окружающей среды.

S u m m a r y

Antoniuk U. V. Legal safeguard of earth: international and European experience.

— Article.

The article is sanctified to research of mechanisms of legal safeguard of earth in the international and european law of environment. In the article specified on absence of complex and presence of the differentiated approaches of the international and european adjusting of relations.

Keywords: guard of earth, guard of soils, international ecological law, european right for an environment, guard of environment.

УДК 338

О. Н. Кубик

ПРЕДПОСЫЛКИ ИННОВАЦИОННОГО РАЗВИТИЯ ЭКОНОМИЧЕСКОЙ СИСТЕМЫ УКРАИНЫ

С целью обеспечения необходимого уровня конкурентоспособности национальная экономика должна представлять собой разветвленный и сбалансированный комплекс. Поэтому задачами государства являются обеспечение пропорциональности и сбалансированности развития хозяйства на инновационной основе, сохранение или создание структурообразующих производств, обеспечение их защиты от разрушающего внешнего воздействия, создание предпосылок для совершенствования структуры экономики и повышения ее эффективности и т. д. Современные условия функционирования обуславливают необходимость интеграции различных экономических субъектов для повышения надежности взаимодействия различных элементов экономической системы. Интеграция прежде всего необходима в сфере инновационно-инвестиционной деятельности.

Длительный период существенные преобразования в мировой экономической системе были обусловлены ростом объемов международного товарообмена и торговли, разработкой новых стратегий развития предприятий ряда отраслей в отдельных регионах, организационными и технологическими преобразованиями в различных сферах экономики, инновациями во всех отраслях экономики, правовыми, организационными и управленческими инновациями.

Несомненно, существует жизненная необходимость перехода Украины на инновационную модель экономического развития, т.к. именно инновационные модели обуславливают высокие показатели экономического роста и уровень конкурентоспособности национальной экономики, создают предпосылки решения социальных проблем.

Значительный вклад в теорию инновационного развития внес Й. Шумпетер. Автор рассматривал инновацию (новые комбинации) как средство предпринимательства для получения прибыли. Й. Шумпетер

выделил пять типичных изменений в экономическом развитии [8]: использование новой техники, новых технологических процессов или нового рыночного обеспечения производства (купля-продажа), внедрение продукции с новыми свойствами, использование нового сырья, изменения в организации производства и его материально-технического обеспечения, появление новых рынков сбыта. Достойное внимание исследованию инноваций уделял Н. Д. Кондратьев, который обосновал теорию больших циклов и разработал модели циклов конъюнктуры. Он доказал, что переход к новому циклу связан с расширением запаса капитальных благ, создающих условия массового внедрения накопившихся изобретений. Главную роль в изменениях экономической жизни общества Н. Д. Кондратьев отдавал научно-техническим новациям. Украинские ученые длительный период изучают проблемы развития национальной экономической системы и обосновывают необходимость активного использования инновационной модели на различных уровнях и во всех сферах отечественной экономической практики [1–3].

Существуют многочисленные исследования зарубежных и отечественных специалистов в сфере формирования новых методов работы и форм осуществления предпринимательской деятельности в отраслях народного хозяйства [6–7]. Кроме того, на различных уровнях решаются вопросы развития нормативно-правовой базы и экономического потенциала отдельных предприятий, сфер и экономической системы в целом.

Однако часто решения в отношении инновационного развития на различных уровнях экономической системы до конца не обосновываются, не реализуются в необходимом объеме на практике и соответствующим образом не контролируются. Причиной может быть то, что изначально при разработке решений и (или) в процессе их реализации не учитываются разнообразные внутренние и внешние факторы, которые обуславливают эффективность инновационного развития.

Целью статьи является исследование современных проблем и обоснование предпосылок инновационного развития экономической системы Украины с целью повышения ее конкурентоспособности в условиях конкурентного функционирования на международных рынках.

Основными предпосылками инновационного реформирования в сфере экономической деятельности являются общие, административные (управленческие), финансовые и причины, которые связаны с формированием, использованием и развитием трудовых ресурсов [2; 6].

К общим предпосылкам следует отнести необходимость повышения эффективности, снижения издержек производства, оптимизации ценовых решений, улучшения качества различных видов продукции, работ, услуг, усиления конкурентных позиций, оптимизации отношений экономических субъектов, требования которых постоянно ужесточаются, и т. д.

Среди административных (управленческих) предпосылок необходимо отметить процессы деполитизации управления экономической деятель-

ностью, потребность уменьшения силы бюрократии, внедрения эффективных процессов управления, сокращения сферы государственных монополий и т.д.

Финансовые предпосылки — это необходимость сокращения общественных издержек, привлечения иностранных инвестиций, уменьшения коммерческих рисков для государственного сектора, повышения степени участия частного сектора в экономической деятельности региона или государства и т.д.

Предпосылками, которые связаны с формированием, использованием и развитием трудовых ресурсов, являются сокращение численности государственных управленцев, реструктуризация и повышение квалификации трудового потенциала, увеличение доли занятых в частном секторе и т.д.

Потребность пересмотра национальных стратегий инновационного развития экономических субъектов обуславливает необходимость реформирования законодательных, институциональных и процедурных условий планирования и регулирования. Институциональные принципы предусматривают рассмотрение любого экономического субъекта как органического системного эволюционирующего целого, а не как статического механизма. Экономика современного экономического субъекта — это открытая и эволюционирующая система, которая существует в условиях естественной среды (как правило агрессивной), подвластная технологическим изменениям и вовлеченная в разнообразные отношения. В рамках институционализма значительное внимание должно уделяться «пониманию» функционирования хозяйства. Институционализм предусматривает акцентирование внимания на разных видах поведения, которые не оптимизируются, признание особого значения сложности, изменчивости, неопределенности экономической среды, что является актуальным для современных условий развития большинства экономических субъектов.

Реализация технических, технологических, управленческих инноваций на практике возможна лишь при условии совершенствования системы управления хозяйственной деятельностью на государственном уровне и в рамках отдельных субъектов хозяйствования. Несмотря на насущную потребность в указанных трансформациях, актуальными проблемами для большинства отечественных предприятий, особенно относящихся к структурообразующим, все еще остаются громоздкие организационные структуры со сложными связями подчинения, недостаток стимулов и ответственности и т.д. В этом аспекте они существенно отстают в сфере обеспечения конкурентоспособности по сравнению с иностранными субъектами хозяйствования.

Кризисные явления, с одной стороны, и продолжающиеся процессы сокращения сферы государственного вмешательства в экономику, либерализации и приватизации, с другой, обуславливают необходимость развития субъектов хозяйствования на базе активного использования

управленческих и финансовых инноваций. В процессе развития предприятий Украины особое внимание необходимо уделять следующим моментам: необходимость оптимизации затрат клиентуры, несоответствие между мощностями предприятий и объемами реального спроса, ужесточение конкуренции и т. д.

Сегодня наиболее обсуждаемой проблемой в экономически развитых государствах является необходимость и возможность повышения качества продукции, работ, услуг на основе внедрения технических, технологических, управленческих и других видов инноваций. Данная проблема является весьма актуальной для экономических субъектов в Украине.

В таких условиях ценность для субъекта хозяйствования имеет его инновационное развитие по сравнению с конкурентами, а не с прошлыми достижениями. Новые методы работы и формы осуществления предпринимательской деятельности, более совершенные организационно-производственные структуры субъектов хозяйствования — это те факторы, которые, с одной стороны, способствуют развитию, с другой стороны, ужесточают борьбу за лидерство. Опережающее развитие может обеспечить субъекту хозяйствования стабильность получения доходов в долгосрочной перспективе, удержание и расширение своей рыночной доли.

Таким образом, существует система позитивных и негативных факторов, которые заставляют субъекты хозяйствования планировать различные мероприятия в рамках своего инновационного развития (рис. 1).

Основными элементами процесса инновационного развития субъекта хозяйствования должны быть следующие:

1. Определение цели развития субъекта хозяйствования с учетом интересов многочисленных заинтересованных сторон, среди которых следует отметить собственников и инвесторов, клиентов, различных посредников, государственные органы разного уровня, работников, поставщиков факторов производства и т. д.

2. Формирование и реализация стратегии развития субъекта хозяйствования. Следует отметить, что стратегия — это важнейшее средство современного менеджмента, которое не следует рассматривать как панацею от всех проблем развития субъекта. Ее необходимо воспринимать как «оружие», которое может быть использовано на благо или во вред предприятия.

Стратегия в исполнении профессионалов — это эффективное средство, которое помогает целеустремленно развиваться в условиях растущей агрессивности внешней среды.

Субъекты хозяйствования должны постоянно совершенствовать подходы развития производственно-технологической и инновационной, снабженческой и ценовой, финансовой и инвестиционной, кадровой политики, принимая во внимание формирование новых организационных и производственных структур.



Рис. 1. Факторы инновационного развития субъектов хозяйствования Украины

В процессе разработки политики и стратегии конкретного субъекта хозяйствования необходимо определить оптимальную величину издержек производства для обеспечения получения прибыли при том рыночном уровне цен, который субъект может достичь для своей продукции; установить полезность конкретной продукции для потенциальных клиентов и меры по обоснованию соответствия уровня запрашиваемых цен на продукцию ее полезности; определить долю рынка, при которой его производство наиболее прибыльно.

Стратегическими задачами разработки финансовой политики субъектов хозяйствования в современных условиях являются: максимизация прибыли, оптимизация структуры капитала и обеспечение финансовой устойчивости, достижение прозрачности финансово-экономического состояния для собственников, инвесторов, кредиторов, обеспечение инвестиционной привлекательности, использование рыночных механизмов привлечения финансовых средств.

3. Совершенствование структуры предприятия в соответствии с целью и стратегией развития. Особое внимание следует уделять решению проблемы одновременного обеспечения целостности субъекта хозяйствования и самостоятельности его структурных подразделений. При этом возникает вопрос адекватного финансирования и ответственности подразделений.

4. Формирование модели развития, которая должна быть основана на инициативном и инновационном поведении.

5. Управление эффективностью процесса развития предприятия должно базироваться на обширной информационной базе относительно развития субъекта хозяйствования.

Эффективное развитие предприятий невозможно без своевременного принятия множества управленческих решений, для обоснования, принятия и реализации которых необходимо использование потенциала высококвалифицированных кадров.

Таким образом, в повышении уровня инновационного развития должны быть заинтересованы государство, субъекты хозяйствования, профсоюзы. В конечном итоге усиление инновационного потенциала и на этой основе повышение конкурентоспособности окажет позитивное влияние на уровень благосостояния граждан Украины.

Внутренние противоречия и разнообразные преобразования в его внешней среде обуславливают необходимость постоянного инновационного развития любого экономического субъекта. Необходимо определить общие тенденции, сделать точный прогноз, выработать стратегию развития на перспективу. Украинские субъекты хозяйствования должны развиваться в направлении создания высокотехнологических, экологически безопасных, социально адекватных предприятий нового типа, что обусловит повышение инновационного уровня украинской экономической системы в целом.

Л и т е р а т у р а

1. Амоша О. І. Інноваційний шлях розвитку України: проблеми та рішення / *О. І. Амоша* // Економіст. — 2008. — № 6. — С. 28–34.
2. Геєць В. М. Інноваційно-інноваційний шлях розвитку, модернізаційний проект розвитку української економіки і суспільства початку ХХІ століття / *В. М. Геєць* // Банківська справа. — 2003. — № 4. — С. 3–32.
3. Гуржій А. М. Інноваційна діяльність в Україні: монографія / *А. М. Гуржій*. — К.: Укр ІНТЕІ, 2006. — 152 с.
4. Інноваційна парадигма соціально-економічного розвитку України / за ред. Л. М. Ємельяненка. — К.: РВПС НАН України, 2006. — 480 с.
5. Кондратьев Н. Д. Избранные сочинения / *Н. Д. Кондратьев*. — М.: Экономика, 1993. — 526 с.
6. Раєвнева О. В. Управління розвитком підприємства: методологія, механізми, моделі: монографія / *О. В. Раєвнева*. — Х.: Інжек, 2006. — 496 с.
7. Формирование конкурентной позиции предприятия в условиях кризиса: монографія. — Х.: Інжек, 2007. — 376 с.
8. Шумпетер Й. Теория экономического развития / *Й. Шумпетер*. — М.: Прогресс, 1982. — 548 с.

А н н о т а ц и я

Кибик О. Н. Предпосылки инновационного развития экономической системы Украины. — Стаття.

В статтю обосновані предпосылки инновационного развития экономической системы Украины с целью повышения ее конкурентоспособности в рыночных условиях функционирования.

Ключевые слова: экономическая система, экономические субъекты, инновационное развитие.

А н о т а ц і я

Кібік О. М. Передумови інноваційного розвитку економічної системи України. — Стаття.

В статті обґрунтовуються передумови інноваційного розвитку економічної системи України задля підвищення її конкурентоспроможності в ринкових умовах функціонування.

Ключові слова: економічна система, економічні суб'єкти, інноваційний розвиток.

S u m m a r y

Kibik O. M. Pre-conditions of innovative development of the economic system of Ukraine. — Article.

In the article pre-conditions of innovative development of the economic system of Ukraine are grounded with the purpose of increase of her competitiveness in the market conditions of functioning.

Keywords: economic system, economic subjects, innovative development.

УДК 341.232

N. O. Yakubovska

**INTERNATIONAL DEVELOPMENT COOPERATION —
MORAL DUTY OR LEGAL OBLIGATION?**

In the 21st century the management of progressive global development requires the active participation of all members of international community. To preserve peace and security, to combat poverty, deprivation and backwardness, to increase choices and opportunities, to ensure respect for all human rights, to facilitate environmental stability it is necessary to cooperate. Positive international action can only be achieved through cooperation [1, p. 32].

The analysis of states' practices evidences that international community does cooperate in order to support development. However, while there are no doubts that states have a strong moral duty to cooperate in respond to the development issues, especially growing world poverty, it is still unclear whether joint states' activities in the development efforts are required by international legal norms. In other words — whether states are legally obliged to cooperate in ensuring global development?

Different aspects of international development cooperation were touched on in works of M. van Reisen (modern development cooperation policy); A. Mold, T. Hauschild, K. Schilder, O. Stokke, P. Hoebink, M. Kaltenborn (European development cooperation); D. Dijkzeul (development policies and activities of the international organizations), A. Sen, S. Marks, A. Sengupta (human rights and development process) and other development scholars and practitioners, as well as international lawyers and policymakers.

The present article is aiming to establish that international development cooperation is not merely a policy objective or matter of good will on the part of the more developed members of the international community, but rather a matter of binding obligations under international law.

To become a regulatory element of the international law system the rule should result from the legally binding norms of conduct for the subjects of international law, usually fixed in international treaties and customs.

The normative content of international development cooperation relies heavily on the UN Charter. Article 1 of the UN Charter stipulates that one of the purposes of the organization is to achieve «international cooperation in solving international problems of an economic, social, cultural, or humanitarian character and in promoting and encouraging respect for human rights and for fundamental freedoms for all» [2]. This purpose is specified in article 55, where among the objectives of the UN is listed «to promote economic and social progress and development» [2]. Article 56 reinforces this provision by stating: «All Members pledge themselves to take joint and separate action in co-operation with the Organization for the achievement of the purposes set forth in article 55» [2].

«All Members pledge themselves» means that all UN Members are obliged to take certain actions to achieve the objectives set out in article 55 [3, p. 99]. Thus, taken together, articles 55 and 56 affirm that states are obliged to take joint and separate action in addressing the problem of development [4, p. 243].

There is an opinion, though, that these provisions of the UN Charter do not create legal obligations for states since the duty to cooperate that is manifested in articles 55 and 56, is «rather abstract and permits a relatively wide margin of discretion regarding its practical interpretation and application» [5, p. 342]. According to Hans Kelsen, article 56 is «one of the most obscure provisions of the Charter ... This is not true obligation... Legally article 56 is meaningless and redundant» [3, p. 99–100]. G. J. H. van Hoof believed that article 56 «employs the weak term 'should' and, moreover, it refers only to cooperation without further specifying in what way(s) this cooperation is to take place. Consequently, even if read in conjunction with the fourth principle of the 1970 Declaration, article 56 of Charter remains a rather vague and open-ended provision» [4, p. 243].

It might be noted, in response to this criticism that the options for international cooperation are as numerous as are the problems they are designed to solve. Thus, listing them all in the UN Charter was just impossible. There are numerous decisions of the UN General Assembly and Economic and Social Council that refer to article 56 and, accordingly, to obligation of international cooperation. UN Members are free to decide what joint or separate actions are appropriate under article 56 [3, p. 99]. But this does not mean that the obligation to cooperate is an abstract and indefinite. Moreover, it is absolutely clear what is the purpose of cooperation between states — to achieve the objectives listed in article 55 of the UN Charter [6, p. 322].

Thus, it can be said that there is a rule in UN Charter which obliges states to cooperate with each other in order to achieve certain results listed

in the UN Charter, including the promotion of conditions of economic and social progress and development. The obligation of international cooperation is not one of the manifestations of the general or abstract duties of states (for example, the duty of friendly relations). It is a concrete obligation which is binding under international treaty, namely article 56 of the UN Charter, in conjunction with article 55.

This view is shared by many reputable international law scholars. Louis B. Sohn wrote, «[w]hile these provisions are general, nevertheless they have the force of positive international law and create basic duties which all Members must fulfill in good faith» [7, p. 18]. Arjun Sengupta was saying «the case of international cooperation could be further strengthened by referring... to article 55 and 56 of the Charter», adding that «because the Charter has a special status as the foundation of the present international system, this pledge is a commitment to international cooperation by all states within the United Nations» [8, p. 4]. Wil D. Verwey wrote that «[i]n case of article 56 of the UN Charter, there is a clear commitment to do something for achievement of purposes mentioned in article 55; there is certainly no right to do nothing...» [9, p. 21]. Even G. J. H. van Hoof, who criticized article 56 of its vagueness, noted that «... it is difficult to uphold that article 56 does not contain any obligation at all. No treaty provision, particularly not provisions of the UN Charter, can be supposed to be devoid of any binding element» [4, p. 243]. Modifying the Wil D. Verwey's idea, he concluded that article 56 entails a «duty not to do nothing» [4, p. 243].

In addition to articles 55 and 56 of the UN Charter, the obligation of development cooperation can be traced to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), article 2 (1) of which stipulates «Each State Party to the present Covenant undertakes to take steps, individually and through international assistance and co-operation, especially economic and technical, to the maximum of its available resources, with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized in the present Covenant by all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures» [10]. Interpreting this provision Committee on Economic, Social and Cultural Rights — the body of independent experts that monitors implementation of the ICESCR by States parties — determined «... in accordance with articles 55 and 56 of the Charter of the United Nations, with well-established principles of international law, and with the provisions of the Covenant itself, international cooperation for development and thus for the realization of economic, social and cultural rights is an obligation of all States» [11]. Two conclusions come from this statement: firstly, international cooperation for development is identical to the realization of economic, social and cultural rights; secondly, cooperation for development — is the obligation of all states.

ICESCR article 11 (1,2), which is focused on the rights to an adequate

standard of living, to the continuous improvement of living conditions and right to be free from hunger, also contains provisions about cooperation, namely it directs states parties to take steps through international cooperation to achieve this rights [10]. A significant role of international cooperation in ensuring the full realization of economic, social and cultural rights also outlined in articles 15 (4) (on international cooperation and contacts in the field of science and culture), 22 (on international measures to contribute to the effective implementation of the ICESCR) and 23 (on other forms of international action, that include the conclusion of conventions, adoption of recommendations, furnishing of technical assistance and the holding of regional meetings and technical meetings for the purpose of consultation and study organized in conjunction with the government concerned) [10].

As is the case with the UN Charter, the nature of the commitments that ICESCR seeks to create is somewhat obscure [12, p. 443]. Naturally, this gives cause for doubts as to the fact that international cooperation can be seen as a legal obligation under the ICESCR.

States' attitudes towards the obligation of international development cooperation, arising from the ICESCR, can be observed in the process of negotiations about an Optional Protocol to the ICESCR (providing for a complaints procedure). The question of the duty of international cooperation has been raised by number of delegations at the first session of the Open-Ended Working Group on an Optional Protocol to the ICESCR in the context that lack of resources may be an obstacle to poor countries to implement their binding obligations and that an optional protocol might give rise to complaints against them [13]. During subsequent sessions of the Open-Ended Working Group states' positions divided: one group of states (United Kingdom, the Czech Republic, Canada, France and Portugal) believed that international cooperation (particularly in regard of the obligation to provide development assistance) was an important moral obligation but not a legal entitlement. Several delegations (mostly representatives of African Group) have come up with the contrary position stressing that article 2 (1) recognizes a legal obligation of international assistance which should be reflected in the text of an Optional Protocol [14] and that the trust fund should be established to assist states to implement their obligations enshrined in the ICESCR [15].

It should be noted, that Optional Protocol to the ICESCR, adopted by the General Assembly Resolution on 5 March 2009, doesn't impose on states the obligation to cooperate in development (however, without prejudice to the obligations of each state-party to ICESCR to fulfill its obligations under the Covenant) [16, p. 7].

There is no consensus about ICESCR article 2 (1) among the development «theorists» as well. Beate Rudolf, while expressing an opinion about the provisions of the ICESCR on international cooperation,

in particular, article 2 (1), considers that the provisions of ICESCR do not create an obligation to cooperate, because the states can not bring claims against each other. «Although the ICESCR assumes that «international cooperation for development and thus for the realization of economic, social and cultural rights is an obligation of all States,» it rightly does not speak of a corresponding claims-right by other states, as the Covenant does not set up a structure of reciprocal rights and duties between states» [17, p. 110].

We rather tend to agree with Stephen Marks, who is inclined to attach much more value to the duty «to take steps, individually and through international assistance and cooperation», enshrined in article 2 (1), considering that it provides «a legal basis for the reciprocal obligations between and among states parties to the ICESCR» [18, p. 72]. Marks argues that «the full realization of ICESCR rights cannot be attained in a piecemeal fashion, but only through a policy that is deliberately designed to achieve all the rights, progressively and in accordance with available resources ... These are the legal obligations of each of the states parties ... not only to alter its internal policy but also to act through international cooperation toward the same end» [18, p. 72].

References to obligations of international cooperation for economic, social and cultural rights realization (and, thus, for development) appear throughout the Convention on the Rights of the Child (1989), which is the most widely ratified human rights treaty [19, p. 77]. It explicitly prescribes that: «States Parties shall undertake all appropriate legislative, administrative, and other measures for the implementation of the rights recognized in the present Convention. With regard to economic, social and cultural rights, States Parties shall undertake such measures to the maximum extent of their available resources and, where needed, within the framework of international co-operation» (article 4) [20]. The requirement of international cooperation is reiterated in article 24 (4) on the right to health and in article 28 (3) on the right to education. Both articles include the requirement that «particular account shall be taken of the needs of developing countries» [20].

The most recent support and approval of obligation of international cooperation in development were expressed by the adoption of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (2006) [21]. Its provisions provide that, in the words of the Convention, «all those in a position to assist» [22] have not only a role but also a duty to ensure «that international cooperation, including international development programmes, is inclusive of and accessible to persons with disabilities» (article 32) [10].

Thus, analysis of multilateral international treaties showed that they not only contain certain obligations that states undertake in order to develop (and fulfill economic, social and cultural rights), but also impose on states obligation to cooperate with each other in this regard.

Turning to the international customary law, to say that there is a customary norm, which requires states to cooperate in development, it is necessary to establish whether there is a relevant practice (*usus*) and, importantly, whether it is supported by *opinio juris*. Necessity of two elements (actual practice and *opinio juris*) in customary law was more than once underlined by International court of Justice (ICJ). Even the constant and consistent practice is not necessarily supported by *opinio juris* and therefore creates a custom.

Providing of development assistance to developing countries, primarily through Official Development Assistance (ODA), is the most obvious and common practice of international development cooperation. But does this practice create an international custom? Developed countries may be willing to provide development assistance, but do not act because of legal persuasion. States that are leaders by the amount of development aid, such as Sweden, Norway, Luxembourg, Denmark, deny that they are legally obliged to do so. However, Edward Kwakwa suggests that «[s]pecific practice ... could lead one to infer a certain degree of *opinio juris*. It could be argued that the developed countries involved grant development assistance because they deem it right to do so. This may not necessarily imply *opinio juris*, but it does not detract from the psychological element involved» [12, p. 448]. This is based on Oscar Schachter's idea of so-called «intra-generational» equity, which entails that at the bare minimum everyone is entitled to the «necessities of life: food, shelter, health care, education, and the essential infrastructure for social organization... It is scarcely startling to find that a similar principle has been advanced on the international level...» [23, p. 16]. Prof. Schachter suggested that intra-generational equity had become a de-facto legal norm: «What is striking is not so much its espousal by the large majority of poor and handicapped countries but that the governments on the other side, to whom the demands for resources are addressed, have also by and large agreed that the need is a legitimate and sufficient ground for preferential distribution ... It is undeniable that the fulfillment of the needs of the poor and disadvantaged countries has been recognized as a normative principle which is central to the idea of equity and distributive justice... This agreement is evidenced ... by their concurrence in many international resolutions and by their own policy statements [and] more convincingly, by a continuing series of actions to grant assistance and preferences to those countries in need ...» [23, p. 8].

Practice of development cooperation can also be seen in the states' membership in relevant international organizations. For example, the activities of the UN «represent the essential consensus of state practice, and one defining element of customary international law» [24, p. 92]. Given that the activities of international organizations are based on their charters, which are nothing like international agreements, the presence of *opinio juris*, and, consequently, the customary rules, leaves no doubt.

Let's not forget the role of international organizations« acts in the formation of customary norms. They help to form, fix, interpret and enforce customary rules. But whether these acts, especially UN General Assembly resolutions, can express the *opinio juris*? ICJ held that *opinio juris* can derive from states« attitude to certain resolutions of the UN General Assembly. In Advisory Opinion on the legality of the threat or use of nuclear weapons Court stated: «The Court notes that General Assembly resolutions, even if they are not binding, may sometimes have normative value. They can, in certain circumstances, provide evidence important for establishing the existence of a rule or the emergence of an *opinio juris*. To establish whether this is true of a given General Assembly resolution, it is necessary to look at its content and the conditions of its adoption; it is also necessary to see whether an *opinio juris* exists as to its normative character. Or a series of resolutions may show the gradual evolution of the *opinio juris* required for the establishment of a new rule» [25, p. 97]. Adoption of a resolution by consensus clearly indicates UN member states positive attitude towards its provisions and thus evidence the presence of *opinio juris*.

Thus, the consent of states to be bound by the obligation of international cooperation is reiterated in acts of international organizations and high-level conferences of world leaders, especially Declarations, adopted by UN General Assembly as a forum, representing the majority of existing states. The most prominent of these Declarations are the Universal Declaration of Human Rights (1948), Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation Among States (1970), the Declaration on the Right to Development (1986), Vienna Declaration and Programme of Action (1993), Millennium Declaration (2000).

All the above allows to suggest that there are not only international treaty norms, but also international customary norms that oblige states to cooperate for development. The latter were established both by practice of development assistance and states« willingness to adopt resolutions (primarily within UN General Assembly), which prove and clarify the content of customary norms.

Thus, the main international legal instruments, ranging from the UN Charter to international customary law, imply the obligation of states to cooperate with each other for the achievement of development. So, the answer to the question put at the beginning of the article is positive — international development cooperation is not only moral duty, but a legal obligation of all states.

However, in all fairness it should be admitted that the provisions of abovementioned international legal instruments that concerns the obligation of development cooperation are of a general nature and do not define precisely states« duties in the field. As a result, international development cooperation remains a general principle with no legal

mechanism of implementation. Thus, international community of states has a lot of job to do in the field of enhancement of the obligation to cooperate in ensuring development.

The most logical response to such a «gap» would be the adoption of a multilateral international treaty to transform development cooperation from a mere moral duty into a valid legal obligation, making it possible to hold states accountable for non-compliance. However, at the present moment states are far from this.

Moreover, let us not forget that progressive global development cannot be achieved only through the legal obligation to cooperate. It also depends on socio-political, ideological, economic, i.e. non-legal factors, including moral duties. For example, the existence of international legal norm that prohibits acts of aggression does not mean the end of the wars. That is the nature of international law. Therefore, it is wrong to expect and demand from development cooperation «performers» to act beyond their strength or interests. Otherwise cooperation in ensuring development will become a fiction, an idea, deliberately doomed to failure.

L i t e r a t u r e

1. Report of the UN Secretary-General «An Agenda for Development», 6 May 1994, A/48/935 [Electronic resource]. — Mode of access : http://www.un.org/ga/search/viewm_doc.asp?symbol=A/48/935/
2. Charter of the United Nations, 24 October 1945, 1 UNTS XVI [Electronic resource]. — Mode of access : <http://www.un.org/en/documents/charter/>
3. Kelsen H. The Law of the United Nations: A Critical Analysis of Its Fundamental Problems / *Hans Kelsen*. — London : London Institute of World Affairs, 1950. — 994 p.
4. Hoof G. J. H. Rethinking the Sources of International Law / *Godefridus Josephus Henricus van Hoof*. — Deventer : Kluwer Publishing, 1983. — 322 p.
5. International Law and Development / [eds. P. Waart, P. Peters, E. Denters]. — Dordrecht : Martinus Nijhoff Publishers, 1988. — 457 p.
6. Villaroman N. The Right to Development: Exploring the Legal Basis of a Supernorm / *Noel Villaroman* // *Florida Journal of International Law*. — 2010. — N 22. — P. 299–332.
7. Sohn L. The Shaping of International Law / *Louis Sohn* // *Georgia Journal of International and Comparative Law*. — 1978. — N 8. — P. 1–26.
8. Sengupta A. The Right to Development as a Human Right / *Arjun Sengupta*. — Harvard University, 2000. — 16 p.
9. Verwey W. The Establishment of a New International Economic Order and the Realization of the Right to Development and Welfare — a Legal Survey / *Wil Verwey* // *Indian Journal of International Law*. — 1981. — N 21. — P. 1–78.
10. International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 16 December 1966, 2200A (XXI) [Electronic resource]. — Mode of access : <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b36c0.html/>
11. General comment No. 3 of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights «The Nature of States Parties Obligations (art. 2, para. 1 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)», 14 December 1990, E/1991/23 [Electronic

- resource]. — Mode of access : <http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/0/94bdbaf59b43a424c12563ed0052b664?Opendocument/>
12. Kwakwa E. Emerging International Development Law and Traditional International Law-Congruence or Cleavage? / *Edward Kwakwa* // Georgia Journal of International and Comparative Law. — 1987. — N 17. — P. 431–456.
 13. Report of the Open-Ended Working Group to Consider Options Regarding the Elaboration of an Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, First session (Geneva, 23 February — 5 March 2004), 15 March 2004, UN Doc, E/CN. 4/2004/44 [Electronic resource]. — Mode of access : [http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/2848af408d01ec0ac1256609004e770b/d68c855b7af03514c1256e61003fdeda/\\$FILE/G0412029.pdf/](http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/2848af408d01ec0ac1256609004e770b/d68c855b7af03514c1256e61003fdeda/$FILE/G0412029.pdf/)
 14. Report of the Open-Ended Working Group to Consider Options Regarding the Elaboration of an Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Second session (Geneva, 10–21 January 2005), 10 February 2005, E/CN.4/2005/52 [Electronic resource]. — Mode of access : <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/108/36/PDF/G0510836.pdf?OpenElement/>
 15. Report of the Open-Ended Working Group to Consider Options Regarding the Elaboration of an Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Third Session (Geneva 6–17 February 2006), 14 March 2006, E/CN.4/2006/47 [Electronic resource]. — Mode of access : <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/118/75/PDF/G0611875.pdf?OpenElement/>
 16. Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 5 March 2009, A/RES/63/117 [Electronic resource]. — Mode of access : <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/477/81/PDF/N0847781.pdf?OpenElement/>
 17. Implementing the Right to Development. The Role of International Law / [ed. S. Marks]. — Harvard School of Public Health, 2008. — 149 p.
 18. Development as a Human Right: Legal, Political and Economic Dimensions / [eds. B. Andreassen, S. Marks]. — Harvard University Press, 2006. — 318 p.
 19. Hennessy R. Defining States« International Legal Obligations to Cooperate for the Achievement of Human Development: One Aspect of Operationalising a Human Rights-Based Approach to Development / *Roisin Hennessy* // Human Rights in Development Yearbook. — 2002. — N 71. — P. 71–98.
 20. Convention on the Rights of the Child, 20 November 1989, GA res. 44/25 [Electronic resource]. — Mode of access : <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b38f0.html>.
 21. Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Optional Protocol, 6 December 2006, A/RES/61/106 [Electronic resource]. — Mode of access : <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/convtexte.htm>.
 22. Statement on Poverty and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Twenty-fifth session (Geneva, 23 April — 11 May 2001), UN Doc E/C12/2001/10 [Electronic resource]. — Mode of access : http://www.acpp.org/RBAVer1_0/archives/CESCR%20Statement%20on%20Poverty.htm.
 23. Schachter O. Sharing the World«s Resources / *Oscar Schachter*. — Columbia University Press, 1977. — 172 p.
 24. Bushnell A. Emerging Custom of Human Rights-Based Development: A Model Agreement for Successful Exploitation of Lake Albert«s Oil Reserves / *Angela Bushnell* // Boston College International and Comparative Law Review. — 2009. — N 32. — P. 83–100.
 25. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996.

S u m m a r y

Yakubovska N. O. International development cooperation — moral duty or legal obligation? — Article.

The article finds the answer to the question whether under international law states are obliged to cooperate in development. The analysis of the texts of relevant multilateral treaties and state's practice has confirmed that states obligation to cooperate in the development stems from the UN Charter, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, the Convention on the Rights of the Child, the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, as well as customary international law. It was concluded that the provisions of the relevant international legal instruments are of a general nature and do not define precisely states' duties in the field of development cooperation.

Keywords: international cooperation, development, international law, obligations of states.

А н о т а ц і я

Якубовська Н. О. Міжнародне співробітництво в цілях розвитку — моральний борг чи юридичний обов'язок? — Стаття.

Статтю присвячено пошуку відповіді на питання, чи зобов'язані держави згідно з міжнародним правом співробітничати в цілях розвитку. У статті проведений аналіз текстів відповідних багатосторонніх міжнародних договорів і практики держав. Підтверджено, що обов'язок держав співробітничати в цілях розвитку впливає зі Статуту ООН, Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права, Конвенції про права дитини, Конвенції про права інвалідів, а також звичаєвих норм міжнародного права. Зроблено висновок, що положення відповідних міжнародно-правових актів носять загальний характер і не визначають конкретні обов'язки держав у сфері співробітництва в цілях розвитку.

Ключові слова: міжнародне співробітництво, розвиток, міжнародне право, обов'язки держав.

А н н о т а ц и я

Якубовская Н. А. Международное сотрудничество в целях развития — моральный долг или юридическая обязанность? — Статья.

Статья посвящена поиску ответа на вопрос, обязаны ли государства в соответствии с международным правом сотрудничать в целях развития. В статье проведен анализ текстов соответствующих многосторонних международных договоров и практики государств. Подтверждено, что обязанность государств сотрудничать в целях развития вытекает из Устава ООН, Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах, Конвенции о правах ребенка, Конвенции о правах инвалидов, а также обычных норм международного права. Сделан вывод о том, что положения соответствующих международно-правовых актов носят общий характер и не определяют конкретные обязанности государств в сфере сотрудничества в целях развития.

Ключевые слова: международное сотрудничество, развитие, международное право, обязанности государств.

УДК 346.5:330.341.1

М. Д. Василенко

ПРОСУНУТА СПІВПРАЦЯ, ДИФЕРЕНЦІАЦІЯ І СУБСИДІАРНІСТЬ В ПРАВОВІЙ ОСНОВІ ІННОВАЦІЙНОГО РЕГУЛЮВАННЯ В КРАЇНАХ — ЧЛЕНАХ ЄС

В минулому столітті ефективність національних політик інноваційного і технологічного розвитку окремих країн — членів ЄС все ж таки до кінця не забезпечувала зростання показників інноваційного розвитку на рівні наднаціонального об'єднання в цілому. Тому в березні 2000 р. на засіданні Європейської ради в Лісабоні була запропонована програма створення інфраструктури знань, активізації інновацій та економічних реформ: почався принциповий етап інноваційного розвитку співтовариства, що полягає в створенні інноваційної системи ЄС, про яку досить часто пишуть в Україні [1, с. 85]. «Лісабонська Стратегія» ЄС була спрямована, зокрема, і на розвиток «економіки знань» за допомогою заохочення досліджень, поліпшення політики у галузі освіти, розвитку інформаційних технологій і створення сприятливого інноваційного клімату для Союзу в цілому та інноваційних структур зокрема. При цьому розвиток сфери НДДКР і зміцнення інноваційного потенціалу входили і входять до числа основних політичних і економічних пріоритетів країн-членів ЄС. Однією з особливостей проведення політики у цій сфері в ЄС було і залишається існування і взаємодія інноваційної політики ЄС та інноваційної політики держав — членів ЄС. Оскільки регулювання у сфері інноваційної діяльності відноситься до виняткової компетенції держав — членів ЄС, діяльність самого ЄС в цій сфері може здійснюватися тільки в рамках так званого режиму «відкритої координації», заснованого на добровільній співпраці держав — членів ЄС і ухваленні актів, що носять виключно рекомендаційний характер, з подальшою їх імплементацією в національне законодавство. Оцінки рівня інноваційного розвитку країн — членів ЄС, проведені експертами-аналітиками статистичних служб ЄС, підтвердили наявність тенденцій до диференціації

країн — членів ЄС, так само як і при порівнянні загального рівня інноваційної активності країн-членів з іншими країнами.

Раніше М. Д. Василенком було досліджено, яким чином сфери інноваційного, освітнього, медичного та культурного характеру стали предметом спільних повноважень, а на практиці предметом спеціальних повноважень країн-членів, а прийняті угоди називаються змішаними. Це об'єднує різні країни, ставлення яких до подальших кроків у напрямі політичної централізації далеко не завжди однозначне [2]. Автором в роботі було показано, як одні держави прагнуть до прискорення інтеграційних процесів і заради цього готові погодитися на нові обмеження державного суверенітету на користь наднаціональних інститутів Союзу. Інші, навпаки, відчують із цього приводу скептицизм, а часом і пряму ворожість. Історія свідчить, що ЄС неодноразово був ареною боротьби політичних сил, які прагнули або до максимального поглиблення інтеграції, або до розвитку співпраці, що не потребує передачі суверенних повноважень наднаціональним органам. Неодноразово суперечність вдавалося знімати за рахунок того, що на поглиблення інтеграції йшла лише частина потенційних партнерів. З рештою ключовою проблемою політико-правової інтеграції в ЄС залишається питання про вплив такої інтеграції на суверенітет держав-членів. Слід відзначити, що питання, що розглядаються в представлених роботах на даний час не одержали однозначного тлумачення. Як відомо [3], найбільший вплив одержали три концепції: теорія «розділеного» суверенітету, теорія «злиття» суверенітетів держав-членів і концепція втрати значення суверенітетом на сучасному етапі суспільного розвитку. При цьому оптимальним варіантом можна вважати становище в рамках ЄС, коли можлива безучасть країн-членів в гармонізації або, навпаки, просунута (тісніша) співпраця. Однак у науковій літературі це питання залишається майже не дослідженим. Існують прогалини в розумінні місця цих процесів в рамках ЄС і механізмах їх здійснення при функціонуванні інститутів ЄС. Субсидіарність як принцип права обговорюється в роботі О. О. Чувпила [4]. На його думку, субсидіарність — це принцип, у відповідності з яким організовується вертикаль влади на основах централізації і децентралізації між органами ЄС і держав-членів. Це випадок субсидіарності, коли вертикаль влади організована з початку централізації, а потім проводиться децентралізація між інститутами і органами ЄС і держав-членів [4, с. 71].

Метою цієї роботи є дослідження посиленої співпраці, диференціації та субсидіарності в країнах — членах ЄС як запоруки правової основи у сфері інноваційного регулювання після прийнятті Лісабонського договору 2007 року про «оновлення» ЄС, який набрав чинності лише з грудня 2009 р.

У 2007 р., спираючись на розрахунки Сумарного індексу інноваційного розвитку (Summary Innovation Index, SII), аналітики ЄС виділили чотири групи країн з числа провідних, в тому числі й країн — членів ЄС.

Сумарний індекс інноваційного розвитку використовується при розрахунках для реалізації Лісабонської стратегії.

У першу групу країн, які є лідерами по рівню інноваційного розвитку, увійшли Швеція, Швейцарія, Фінляндія, Ізраїль (не має членства в ЄС), Данія, Японія, Німеччина, Великобританія і США (не має членства в ЄС).

У групу країн, у яких рівень інноваційного розвитку є співвідносним з середнім значенням по країнах ЄС-27 або не нижчий, ніж у лідерів, увійшли Люксембург, Ісландія, Ірландія, Австрія, Нідерланди, Франція, Бельгія, а також Канада (не має членства в ЄС). Такі країни, як Австралія (не має членства в ЄС), Норвегія, Чехія, Естонія, Словенія, Італія, Кіпр і Іспанія, увійшли до групи тих країн, які прагнуть досягти середнього значення індексу по країнах ЄС-27. Такі країни, як Мальта, Литва, Угорщина, Греція, Португалія, Словаччина, Польща, Хорватія, Болгарія, Латвія і Румунія, опинилися в числі тих, що «відстають». Групування країн здійснюється на підставі 25 індикаторів, які, у свою чергу, також розбиті на п'ять груп. Розділ «Умови для інновацій (Innovation Drivers)» включає індикатори, що відображають вплив інфраструктурних умов на розвиток інноваційного потенціалу. Індикатори групи «Інвестиції в знання (Knowledge Creation)» вимірюють обсяги інвестицій, що направляються державою і приватним сектором в НДДКР. «Інновації та підприємництво (Innovation & Entrepreneurship)» вимірюють інноваційну активність на рівні фірм. Індикатори групи «Застосування інновацій (Applications)» відображають роль продуктивності праці і ділової активності в інноваційних секторах економіки, а показники групи «Інтелектуальна власність (Intellectual Property)» вимірюють результати успішних науко-нау. Незважаючи на різні точки зору з приводу впливу правової та політичної інтеграції на суверенітет держав-членів, ніхто не заперечує факту наділення ЄС в особі його інститутів влади частиною суверенної компетенції, що раніше належала виключно державам-членам. Відповідні положення містяться як в конституціях держав-членів, так і в рішеннях національних конституційних судів, а рівно й Європейського суду. Диференціація та просунута співпраця частково допомагали і допомагають подолати цей бар'єр [5]. Однак навіть після реставрації Лісабонської стратегії в 2005 р., коли спільні зусилля країн-членів привели до помітних досягнень в галузі наукових досліджень, знань та інновацій, при цьому ще кожна з країн — членів ЄС самостійно обирає форми співпраці між ними щодо підтримки інноваційної діяльності. Принциповими залишаються вимоги з боку ЄС щодо прозорості фіскальних преференцій та процедури їх отримання. Проекти повинні бути інноваційними і повинні мати відповідне значення для економіки країни та ЄС. При цьому відзначимо, що ЄС все ще відстає від США і Японії по багатьох параметрах, що характеризують розвиненість інноваційної економіки, і, не дивлячись на значне скорочення розриву між країнами, найближчим часом ЄС важко, на думку автора, наздогнати визнаних лідерів, до яких приєднався ще й Китай.

Існують два способи визначення різниці щодо поглиблення інтеграції ЄС, тобто у створенні «прискореної, кількоколіїної Європи». Перший спосіб являє собою виняток загально прийнятого формату інтеграції, який ще називають диференціацією. Договір про Європейський Союз запровадив диференціацію, яка визначена як «право на неучасть» в гармонізації. Саме це право дозволяє країнам-членам залишатися поза гармонізацією у сфері соціального (Соціальний договір і протокол) й Економічного та валютного союзу. Другий спосіб можна сформулювати як просунуту співпрацю в рамках ЄС. Сама концепція посиленої співпраці була розроблена і знайшла своє закріплення в засновницьких актах ЄС ще до їх «оновлення», однак це відбулося порівняно недавно [5]. Вона виходить із можливості і доцільності узгодження єдиної політики, здійснення програм і заходів інтеграційного характеру з опорою на інститути та органи ЄС, створення в цих цілях необхідних спеціалізованих структур без обов'язкової участі в цій діяльності всіх держав — членів ЄС. Фактично диференціація та посилена співпраця дуже тісно пов'язані між собою. Можна говорити, що суть обох способів полягає в такому, хто хоче і може, той бере участь, за умови, що учасників достатньо багато, а посилена співпраця спрямована на загальні інтереси ЄС. Фактично механізми просунутої співпраці опрацьовувались достатньо довго, перш ніж одержали правове оформлення. Багато критиків говорили про нове розділення Європи, а правозахисники відзначили розділ Європи на два класи.

Зі вступом до ЄС країн Центральної і Східної Європи вимоги ЄС до їх валютної політики не знизилися. Відомі чотири критерії зближення, які передбачені в ст. 119 Договору про функціонування Європейського Союзу [6, с. 269].

У свій час Амстердамський договір запровадив можливість посиленої співпраці, яка ще становить принцип «флексибільності» [7]. Таким чином, механізм просунутої співпраці являє собою сукупність правил і процедур, в рамках яких здійснюється делегування ЄС додаткової компетенції з боку окремих держав-членів цієї організації. Значення даного механізму, очевидно, зростатиме з часом у зв'язку з процесом збільшення кількості держав-членів і відповідно зі зростанням внутрішньої неоднорідності ЄС.

Питання просунутої співпраці знайшли своє відображення в Договорі про Європейський Союз (розділ IV) і в Договорі про функціонування Європейського союзу (розділ III частини 6). Так, Договір про функціонування Європейського Союзу закріпив такі основоположні принципи посиленої співпраці [6, с. 378]:

1) кожна посилена співпраця повинна відповідати Договору і праву Союзу (абз.1 ст. 326). Таким чином, ми бачимо закріплення одного з найважливіших принципів правової держави — законності, тобто будь-який нормативний акт, будь-яка дія або рішення держав — членів ЄС повинні базуватися на Договорі (Основному законі) і не суперечити йому;

2) така співпраця не повинна завдавати збитку внутрішньому ринку або економічній, соціальній або територіальній єдності (абз. 2 ст. 326). Даним принципом гарантуються єдність і цілісність економічного простору ЄС, усередині якого не можуть відновлюватися митниці або інші бар'єри. Просунута співпраця не повинна також перешкоджати зусиллям ЄС по досягненню на всьому його просторі, по можливості, однакового рівня життя і добробуту людей, тобто сприяє розбудові регіональної політики ЄС;

3) посилена співпраця не повинна створювати перешкод або дискримінації в торгівлі між державами-членами і не породжує спотворень конкуренції між ними (абз. 2 ст. 326), тобто направлена на захист єдності економічної території ЄС;

4) кожна посилена співпраця повинна поважати повноваження, права і обов'язки тих держав-членів, які не беруть в ній участі (ст. 327), а інші держави-члени не повинні ускладнювати її реалізацію для держав-членів, що беруть участь у співпраці (ст. 327);

5) посилена співпраця може здійснюватися в будь-якій сфері суспільного життя, крім сфер виняткової компетенції і спільної зовнішньої політики і політики безпеки (ч. 1 ст. 329). Сфери виняткової компетенції ЄС, які вилучені з ведення держав-членів і здійснюються Союзом на всій його території, цілком очевидно, не можуть бути об'єктом делегування або обмеження з боку окремих країн;

6) посилена співпраця є відкритою для всіх держав-членів, якщо вони відповідають умовам участі, визначеним європейським рішенням, яке зумовлює таку співпрацю. Вона також є відкритою для них в будь-який інший час, за умови, що вони, окрім вищезазначених умов, дотримуватимуться актів, вже установлених в рамках співпраці (ч. 1 ст. 328). Відвертість — принцип, що слугує ключовою умовою, яка забезпечує повноцінний характер інтеграції усередині ЄС.

У Лісабонському договорі (2007 р.) зазначено, що із зміною ситуації, зокрема із зміною уряду, держава-член не може змінити своє рішення, тобто з часом просунута співпраця окремих країн перетворюватиметься на інтеграцію для всіх, а рішення інститутів, що беруть участь в цій сфері, — в джерела права для всього ЄС.

Цікавим став той момент, що в Договорі про Європейський Союз йдеться про такий принцип, коли просунута співпраця має «об'єднувати як мінімум вісім країн-членів». Спочатку (у редакції Амстердамського договору) порогова величина була встановлена у відносному виразі: більшість держав-членів (тобто 8 з 15), але з урахуванням розширення Союзу склалася ситуація, коли в просунутому співробітництві беруть участь менше третини держав-членів (8 з 27). У Лісабонському договорі (2007 р.) підкреслюється, що співпраця відповідно до ст. 328 Договору про функціонування ЄС відкрита всім державам-членам у будь-який час. У Договорі про ЄС зазначено, що Рада ухвалює рішення, що дозволяє посилену співпрацю як крайній засіб за

умови, що у такій співпраці візьмуть участь щонайменше дев'ять держав-членів.

Основну роль в механізмі посиленої співпраці відіграють Рада і Комісія, які згідно з ст. 329 Договору про функціонування Європейського Союзу мають забезпечувати узгодження дій в рамках просунутої співпраці, а також їх узгодженість з іншими політиками Союзу і, відповідно, співпрацюють для досягнення цієї мети.

Процедура введення в дію механізму просунутої співпраці включає три етапи:

1) ініціатива зацікавлених держав-членів, коли вказана ініціатива оформляється у вигляді «запиту», в якому указуються цілі і завдання передбаченої просунутої співпраці і який надається головному виконавчому органу ЄС — Комісії;

2) Комісія вивчає «запит» і направляє пропозицію Раді. Проте слід зазначити, що Комісія володіє правом вето, хоча при цьому вона повинна поінформувати зацікавлені держави-члени і вказати причини своєї відмови;

3) дозвіл на просунуту співпрацю дає Рада після консультації або з відома Європарламенту. У дозволі Ради вказуються питання, які становлять предмет просунутої співпраці в конкретному випадку. Дозвіл оформляється рішенням.

За Лісабонським Договором (2007 р.) передбачено також і ті випадки, коли держави-члени, які спочатку не побажали брати участь і просунутій співпраці, але згодом змінили своє рішення, можуть приєднатися до даного механізму. Ця держава мала повідомити про свій намір Раді Міністрів і Комісію. Комісія впродовж 4 місяців з дати отримання такого повідомлення підтверджує участь відповідної держави-члена. Вона констатує, у разі потреби, що всі умови, які необхідні для участі, виконані, і встановлює перехідні положення, які вважає потрібними для застосування правових актів, що вже встановлені у сфері просунутої співпраці (ст. 331 Договору про функціонування Європейського Союзу). Проте, якщо Комісія вважатиме, що певні умови участі не були виконані, вона вказує на положення, які слід прийняти для виконання цих умов, і встановлює крайній термін для перегляду запиту (ч. 1 ст. 331).

Фінансування заходів диференціації та посиленої співпраці не може проводитися з єдиного бюджету Європейського Союзу, оскільки це було б несправедливо, тому що доходи бюджету поступають зі всіх країн-членів ЄС, а в посиленій співпраці бере участь лише їх частина.

Таким чином, сьогодні саме Лісабонський договір (2007 р.) встановлює можливість посиленої співпраці у вигляді реалізації принципу гнучкості, який уможливорює:

1) посилену співпрацю, яка дозволяє щонайменше дев'ятьом державам-членам співпрацювати в галузі невиключної компетенції;

2) постулат, що посилена співпраця спрямована на розвиток цілей Союзу;

3) положення, що просунута співпраця можлива за умов, що дана співпраця не створює перешкод на спільному ринку;

4) постулат, що посилена співпраця не може стосуватися торгівлі між державами-членами або загрозувати конкуренції між ними;

5) положення, що інші держави-члени пізніше можуть приєднатися до просунутої співпраці, що запобігає евентуальному створенню «твердого ядра».

Слід відзначити, що в інноваційній діяльності ЄС значимість також має принцип субсидіарності. Його можна розглядати як принцип, за допомогою якого реалізується публічне право в ЄС, в тому числі і в зазначеній політиці. Принцип субсидіарності на практиці використовується в тому випадку, коли необхідне державне регулювання.

Визначення субсидіарності стосовно питання розмежування сфер діяльності національних і наднаціональних властей міститься в Договорі про Європейський Союз. В ЄС принцип субсидіарності був введений в засновницькі договори ще в 1992 році (преамбула Договору про ЄС і ст. 5 Договору про заснування Європейських Співтовариств). Принцип субсидіарності передбачає, щоб всі питання, які можуть розв'язуватися безпосередньо на місцях, повинні бути у віданні органів нижчого рівня влади. На регіональний, загальнодержавний і, далі, наддержавний рівень повинні передаватися лише ті повноваження, які не в змозі ефективно реалізувати більш нижчий рівень публічної влади. Владна вертикаль, таким чином, будується від низу до верху.

Принцип субсидіарності також нерідко називають ще принципом доповнення, тобто верхні рівні публічної влади доповнюють нижні, ближчі до людей. Інтеграція і поступова централізація політичної влади в руках наднаціональних органів ЄС ні зараз, ні у далекому майбутньому не повинні привести до гіперцентралізації, коли всі незначні питання розв'язуватимуться союзними інститутами. Згідно ч. 3 ст. 5 даного Договору (абз. 1): «у сферах, що не належать до його виключної компетенції, Союз діє лише якщо та у такому обсязі, в якому держави-члени не можуть належним чином досягти цілей запропонованого заходу на центральному, регіональному або місцевому рівнях, а натомість це краще здійснити на рівні Союзу з огляду на масштаби або результати запропонованих заходів». З процитованої норми, а також зі спеціального протоколу № 2 «Про застосування принципів субсидіарності і пропорційності» випливає наступне:

По-перше, принцип субсидіарності розповсюджується тільки на сферу сумісної компетенції ЄС і держав-членів, тобто стосовно питань, які можуть розв'язуватися і на національному, і наднаціональному рівні. Якщо ухвалення конкретного рішення (наприклад, встановлення єдиного митного тарифу) відноситься до виняткової компетенції ЄС, то принцип субсидіарності не діє, оскільки в цій області держави-члени не мають права приймати власні акти.

По-друге, принцип субсидіарності, як він визначений в ст. 5 Договору

про ЄС, сам по собі не розмежує повноваження органів ЄС і держав-членів по сферах спільних повноважень. Він виступає саме як принцип діяльності Союзу, тобто адресований інститутам ЄС, а не державам-членам.

По-третє, реалізація принципу субсидіарності здійснюється інститутами ЄС перш за все в рамках правотворчої діяльності. Якщо предмет майбутнього правового акту або іншого рішення відноситься до сумісної компетенції (тобто рішення може ухвалюватися і ЄС, і державами-членами індивідуально), то, перш ніж приймати документ, необхідно провести своєрідний тест на виконання «обох аспектів принципу субсидіарності». Виникає питання щодо вирішення проблеми державами-членами самостійно. Позитивна відповідь означає, що ЄС повинен утриматися від втручання.

Якщо відповідь негативна, то необхідно щоб держави-члени змогли не тільки ефективно вирішити проблему, але і повинна бути максимальна ефективність зусиль з боку Союзу. Коли друге питання одержує відповідь «немає», ухвалення рішення повинне залишитися за державами, навіть в тому випадку, якщо їх зусилля недостатньо ефективні (оскільки Союз при відповіді на друге питання не зміг довести, що справиться з проблемою краще). У разі позитивної відповіді на друге питання Союз може приступати до підготовки законопроекту.

Виконання пропозиції реалізує спочатку Комісія як «монопольний» суб'єкт законодавчої ініціативи в ЄС. Після чого отримані нею результати оцінюються Європарламентом і Радою при затвердженні відповідного акту. Відповідність ухваленого рішення вимогам принципу субсидіарності звичайно коротко вказується в преамбулах нормативних актів ЄС. Принцип субсидіарності не дає державам-членам підстав не виконувати рішення Союзу. Якщо окремі або навіть всі держави-члени вважають, що вони могли справитися з проблемою самостійно і зробити це не гірше за Союз в цілому, вони проте через принцип верховенства права ЄС зобов'язані повністю і беззастережно виконувати ухвалені рішення.

З урахуванням викладеного вище можна говорити, що в країнах — членах ЄС законодавство в інноваційній сфері умовно можна поділити на два блоки. Один з яких, що стосується правової охорони технологій, представлений у вигляді пакету законів щодо інтелектуальної власності, в тому числі і на інноваційні продукти. Інший блок, що регулює трансфер технологій і забезпечує контроль над виконанням контрактних та інших зобов'язань, представлений законами про конкуренцію, зазвичай спрямованими на обмеження контрактних домовленостей, що зазіхають на свободу торгівлі. Закони про конкуренцію, що діють у європейських країнах, ґрунтуються на широких повноваженнях, наданих законодавством. Інтерпретують і контролюють виконання цих законів, в першу чергу, адміністративні агентства, а судові органи зберігають за собою наглядові функції. Так, податкове право ЄС у вузькому розумінні — це

система юридичних норм у сфері оподаткування, встановлена установчими договорами, нормативно-правовими актами інституцій ЄС, рішеннями Суду Європейського Союзу відповідно до загальних принципів права, застосовуваних до податкових відносин, та які підлягають обов'язковому застосуванню на території держав-членів. Вона поширюється на наднаціональне фінансування інноваційних проектів. В той же час національне податкове право держав-членів Союзу — система правових норм у сфері оподаткування, встановлена законодавчими нормативно-правовими актами кожної держави-члена, які не суперечать нормам наднаціонального податкового права, а також загальні принципи права, застосовуються у цих державах до податкових відносин, а також рішення національних судів, що застосовуються як прецеденти в питаннях оподаткування тощо.

Антимонопольне європейське право базується на двох принципах — заборона монополій та регулювання їхньої діяльності. При застосуванні першого принципу монополія забороняється, якщо держава-член намагається посісти монопольне місце на ринку. Відповідно до другого принципу створення монополій не заборонено, якщо їхня діяльність не суперечить антимонопольному законодавству. Наприклад, в рамках ЄС заборонені угоди, які обмежують або контролюють виробництво, ринки, технічний розвиток, інвестиції (зазначене не розповсюджується на окремі типи угод щодо НДДКР). Протиправним вважається також зловживання домінуючим становищем на ринку. Наприкінці 2000 р. Європейська комісія створила жорсткішу процедуру отримання дозволів на угоди з поглинання й злиття компаній. В країнах ЄС існують різні джерела правового регулювання запобігання недобросовісній конкуренції й монополістичній діяльності: в Австрії, Іспанії, ФРН, Швейцарії — окремі антимонопольні закони; в Італії, Франції — антимонопольні закони й загальні норми цивільного права, у Великій Британії — антимонопольні, антитрестівські й судові закони. На загальноєвропейському рівні спостереження за виконанням антимонопольного законодавства ЄС покладено на Комісію ЄС, Раду, Суд ЄС.

Таким чином, в ЄС зберігається свобода обрання кожною країною засобів і форм реалізації узгодження власного інноваційного права з правом Союзу. У багатьох випадках директиви тільки окреслюють певні стандарти, залишаючи значну частину питань правового регулювання на розсуд держав. В той же час ЄС і країни-члени прикладають значні зусилля на інституційному рівні в створенні умов для зміцнення інноваційного наддержавного і національного законодавства з гнучким використанням посиленої співпраці, диференціації і субсидіарності для максимальної ефективності коштів сторін, які витрачаються на реалізацію інноваційних програм і підтримку інноваційних структур.

Л і т е р а т у р а

1. Атаманова Ю. Є. Господарсько-правове забезпечення інноваційної політики держави : монографія / Ю. Є. Атаманова. — Х. : ФІНН, 2008. — 424 с.
2. Василенко М. Д. Господарсько-правовий досвід ЄС в інноваційному розвитку: створення технопарків (технополісів) / М. Д. Василенко // Науковий вісник Чернівецького університету. Правознавство. — 2008. — Вип. 461. — С. 57–62.
3. Василенко М. Д. Правове обмеження суверенітету держав-членів в рамках Європейського Союзу / М. Д. Василенко // Наукові праці Одеської національної юридичної академії. — О. : Юрид. л-ра, 2005. — Т. 4. — С. 80–88.
4. Чувпило А. А. Хозяйственное право зарубежных стран : учеб. пособ. для юрид. спец. вузов / А. А. Чувпило. — К. : УМК ВО, 1992. — 219 с.
5. Василенко М. Д. Диференціація та просунута співпраця у рамках Європейського Союзу / М. Д. Василенко // Наукові праці Одеської національної юридичної академії. — О. : Юрид. л-ра, 2006. — Т. 5. — С. 268–275.
6. Европейский Союз: основополагающие акты в редакции Лиссабонского договора с комментариями. — М. : ИНФРА-М, 2008. — 698 с.
7. Treaty of Amsterdam Amending the Treaty on European Union, the Treaties Establishing the European Communities and Related Acts. — Official Journal, C 340, 10 November 1997 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/en/treaties/dat/11997D/htm/11997D.html>

А н о т а ц і я

Василенко М. Д. Просунута співпраця, диференціація та субсидіарність в правовій основі інноваційного регулювання в країнах — членах ЄС. — Стаття.

Стаття присвячена розгляду, яким чином посилена співпраця, диференціація та субсидіарність впливають на інноваційний розвиток окремих країн-членів та ЄС в цілому. Доведено, що в ЄС існує свобода обрання країною засобів і форм реалізації узгодження власного інноваційного права з правом Союзу. В ЄС і країнах-членах створюються умови для зміцнення інноваційного наддержавного і національного законодавства з гнучким використанням просунутої співпраці, диференціації і субсидіарності для максимальної ефективності коштів сторін, які витрачаються на реалізацію інноваційних програм і підтримку інноваційних структур.

Ключові слова: просунута співпраця, диференціація, субсидіарність, ЄС, країни-члени, інновації, регулювання.

А н н о т а ц и я

Василенко Н. Д. Продвинутое сотрудничество, дифференциация и субсидиарность в правовой основе инновационного регулирования в странах — членах ЕС. — Стаття.

В работе показано, каким образом продвинутое сотрудничество, дифференциация и субсидиарность влияют на инновационное развитие отдельных стран-членов и ЕС в целом. Доказано, что в ЕС существует свобода выбора каждой страной средств и форм реализации согласования собственного инновационного права с правом Союза. В ЕС и странах-членах создаются условия для укрепления инновационного надгосударственного и национального законодательства с гибким использованием продвинутого сотрудничества, дифференциации и субсидиарности для максимальной эффективности денежных средств сторон, расходуемых на реализацию инновационных программ и поддержку инновационных структур.

Ключевые слова: продвинутое сотрудничество, дифференциация, субсидиарность, ЕС, страны-члены, инновации, регулирования.

S u m m a r y

Vasylenko M. D. Advanced cooperation, the differentiation and subsidiarity in the legal basis of the innovative management in the member states of the EU. — Article.

In the paper it is shown, how the advanced cooperation, the differentiation and subsidiarity impact on the innovative development of the individual member states and the EU as a whole. It is proved that in the EU there is a freedom of choice for each state of the means and forms of realization of harmonization of their own innovative law with law of the Union. In the EU and member states there were created the conditions for strengthening the innovative legislation on the supranational and national levels with the flexible use of advanced cooperation, differentiation and subsidiarity in order to maximize the effectiveness of monetary funds of the parties, spent on the implementation of the innovative programs and support of the innovative structures.

Keywords: advanced cooperation, differentiation, subsidiarity, EU, member states, innovation, regulation.

УДК 349.3:369.5(477).001.73/46

І. М. Сирота

ПЕНСІЙНА РЕФОРМА ТА НОВАЦІЇ ЇЇ ЗДІЙСНЕННЯ В СОЛІДАРНІЙ СИСТЕМІ

Здійснення пенсійної реформи є одним із важливих напрямків соціальної політики держави. Пенсійне забезпечення є пріоритетним в системі соціального захисту населення. Пенсії в нашій державі отримує понад 13 млн чол., щорічні затрати на ці цілі становлять більш ніж 200 млрд грн. Основним джерелом фінансування солідарної системи пенсійного забезпечення є кошти загальнообов'язкового державного пенсійного страхування, які акумулюються в Пенсійному фонді України.

Величезні масштаби пенсійної системи потребують чіткого правового регулювання, врахування всіх умов призначення, перерахунку та виплати пенсій, дисциплінованості платників страхових внесків, об'єктивного та справедливого обліку та оцінки трудової діяльності громадян.

Реформування пенсійної системи, удосконалення механізму визначення розміру пенсій з урахуванням трудового вкладу працівника, усунення диспропорцій, які склалися в солідарній системі пенсійного забезпечення — це першочергові задачі на сьогоднішній день.

Пенсійна реформа внесла багато новацій, змін в законодавстві, які потребують роз'яснення населенню. Досить ґрунтовний та важкий до сприйняття Закон України «Про заходи щодо законодавчого забезпечення реформування пенсійної системи» від 8 липня 2011 року, який вступив у дію з 1 жовтня 2011 року.

Закон стосується в основному солідарної системи пенсійного забезпечення, хоча вся система пенсійного забезпечення складається із трьох рівнів: солідарного, накопичувального та недержавного.

Що ж нового привнесено в солідарну систему пенсійного забезпечення? Перш за все змінені умови призначення та визначення розміру пенсій. Підвищений на 5 років пенсійний вік для жінок і на 10 років обов'язковий страховий стаж для жінок і чоловіків. Тепер громадяни

мають право на пенсію за віком після досягнення 60-річного віку, при наявності страхового стажу не менше 15 років.

Змінено порядок розрахунку заробітної плати для призначення пенсії. При розрахунку пенсії враховується середня заробітна плата за три календарні роки, які передують року звернення за призначенням пенсії. Обмежений для всіх пенсіонерів максимальний розмір пенсії, який не може перевищувати десяти прожиткових мінімумів, встановлених для осіб, які втратили працездатність. Мінімальний розмір пенсії за віком при наявності у чоловіків 35 років страхового стажу, а у жінок — 30 років встановлюється в розмірі прожиткового мінімуму для осіб, які втратили працездатність, обмежені розміри спеціальних пенсій для всіх категорій осіб, які передбачені законодавством. Змінені умови призначення та виплати пенсій військовослужбовцям, державним службовцям та прирівняним до них особам.

Але це не повний перелік змін в пенсійному законодавстві. Верховна Рада України внесла зміни постатейно в 22 закони щодо призначення та виплати пенсій. Найбільшу кількість змін внесено в Закон України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» від 9 липня 2003 р.

Питання пенсійного віку, страхового стажу, розрахунку пенсій, максимальні розміри пенсій встановлені в Законі про реформування пенсійної системи від 8 липня 2011 року № 3668.

Зміни в пенсійному законодавстві можна відобразити таким чином, що було до реформи, а що після:

До реформи	Після реформи
Жінки виходять на пенсію в 55 років.	Жінки, які народились після 1 березня 1961 року, виходять на пенсію в 60 років. Тим, хто народився в період з 1 вересня 1956 по 1 березня 1961 року, пенсійний вік буде підвищуватись на півроку. Тобто, жінки, які народились з 1 вересня 1956 по 28 лютого 1957 року вийдуть на пенсію у віці 55,5 років, з 1 березня 1957 року по 1 вересня 1957 року — в 56 років, і так далі.
Держслужбовці-чоловіки виходять на пенсію в 60 років	З 1 січня 2013 року пенсійний вік для державних службовців-чоловіків буде підвищено до 62 років. Процес розтягнеться на чотири роки, по шість місяців щорічно.
Мінімальний страховий стаж, необхідний для призначення мінімальної пенсії за віком, складає 20 років для жінок і 25 — для чоловіків.	Мінімальний страховий стаж, необхідний для призначення мінімальної пенсії за віком, складає 30 років для жінок і 35 — для чоловіків.
Мінімальний страховий стаж, необхідний для призначення	Мінімальний страховий стаж, необхідний для призначення соціальної допомоги (50% мінімальної

До реформи	Після реформи
соціальної допомоги (50 % мінімальної пенсії) при досягненні пенсійного віку, складає 5 років.	пенсії) при досягненні пенсійного віку, складає 15 років.
Максимальний розмір пенсії законодавцем не обмежений.	Максимальний розмір пенсії обмежений 10 прожитковими мінімумами, встановленими для працездатного населення.
Держслужбовці отримують пенсії в розмірі 90 % заробітної плати.	Держслужбовці отримують пенсії в розмірі 80 % заробітної плати. Для бюджетників при виході на пенсію вводиться одноразова допомога в розмірі 10 нарахованих їх пенсій.
Для нарахування пенсії береться розмір середньої заробітної плати за один календарний рік, який передуює року звернення за призначенням пенсії.	Для нарахування пенсії береться розмір середньої заробітної плати за три календарні роки, які передують року звернення за призначенням пенсії.
Мінімальний строк служби для нарахування пенсії військово-службовцям складає 20 років. Виходячи на пенсію через 20 років, військові в якості пенсійного забезпечення отримують 50 % грошового забезпечення.	Мінімальний строк служби для нарахування пенсії військовослужбовцям складає 25 років. Підвищення буде проводитись поступово, протягом 10 років, аналогічно підвищенню пенсійного віку для жінок. Виходячи на пенсію через 25 років, військові в якості пенсійного забезпечення отримують 65 % грошового забезпечення. Зміни не розповсюджуються на льотчиків та підводників.

Суттєвих змін зазнало законодавство про пенсійне забезпечення народних депутатів, суддів, прокурорів. По-перше, змінено норму пенсії з 90 % на 80 % від заробітної плати. Обмежено заробіток для призначення пенсії народним депутатам, суддям, прокурорам сумою заробітної плати, на яку нараховується єдиний соціальний внесок, як для інших категорій пенсіонерів.

Дострокові пенсії народним депутатам у зв'язку з закінченням їх депутатських повноважень тепер будуть призначатися не за два роки до досягнення пенсійного віку, а за півтора, як і іншим категорія пенсіонерів.

Пенсійному фонду передано право призначення та виплати довічного грошового утримання суддів Конституційного Суду України, Верховного Суду України та вищих спеціалізованих судів (раніше вони призначались цими судами).

Встановлений диференційований підхід до визначення спеціального стажу роботи прокурорів та слідчих, відповідно до Закону України «Про прокуратуру» [1]. Так, наприклад, для того, хто виходить на пенсію до 30 вересня 2011 року, — встановлено 20 років, в тому числі стажу роботи на посадах прокурорів та слідчих прокуратури не менше

10 років. А з 1 жовтня 2011 року до 30 вересня 2012 року — 20 років та 6 місяців, в тому числі стажу роботи на посадах прокурорів та слідчих прокуратури не менше як 10 років та 6 місяців і так далі. З 1 жовтня 2020 року і пізніше — 25 років, в тому числі стажу роботи на посаді прокурора чи слідчого прокуратури не менше 15 років.

Відповідно до Закону про пенсійну реформу зберігаються умови та порядок здійснення права на пенсію за віком на пільгових умовах, враховуючи шкідливість виробництва, та на пенсію за вислугу років. Категорії осіб, які мають право на пенсію за вислугу років визначені ст. ст. 13, 14, 55 Закону України «Про пенсійне забезпечення» від 5 листопада 1991 року [2] та п. 3 Прикінцевих положень Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» від 9 липня 2003 р.

Залишаються незмінними норми про призначення пенсій за вислугу років незалежно від віку працівникам освіти, охорони здоров'я та соціального забезпечення. При цьому надана можливість відстрочки призначення пенсії за вислугу років з відповідною компенсацією.

Законом про пенсійну реформу закріплений новий принцип визначення заробітку для обчислення пенсії науковим працівникам відповідно до Закону України «Про наукову та науково-технічну діяльність» [3]. Внесені зміни до ст. 24 цього Закону щодо перегляду періоду, за який визначається заробіток для призначення пенсії. Зміни передбачають, що для визначення розміру пенсії враховується заробітна плата наукового (науково-педагогічного) працівника за основним місцем роботи за весь період страхового стажу на посаді наукового (науково-педагогічного) працівника починаючи з 1 липня 2000 р.

Новим законодавством збережено право перерахунку пенсій пенсіонерам, які працюють, з урахуванням страхового стажу, набутого після призначення пенсії, але перерахунок проводиться після звільнення з роботи.

Традиційно перерахунок пенсії проводиться у зв'язку з підвищенням прожиткового мінімуму відповідно до Закону України «Про державний бюджет України» на поточний рік. Так, з 1 травня 2012 року було здійснено модернізацію перерахунку пенсійних виплат. Під час їх перерахунку бралися до уваги показники середньої заробітної плати за 2007 рік, що дозволило зрівняти розміри «старих пенсій» з призначеними новими.

З 1 липня 2012 року продовжується другий етап здійснення автоматичної модернізації, перерахунок пенсійних виплат окремим категоріям громадян. До цього рахунку відносяться особи, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи, військовослужбовці відповідно до Закону України «Про пенсійне забезпечення осіб, звільнених з військової служби, та деяких інших осіб».

Таким чином, здійснення пенсійної реформи продовжується. Збільшується мінімальний розмір пенсії за віком, по інвалідності, на

випадак втрати годувальника, збільшується середній розмір пенсії.

У будь-якому випадку сьогодні підвищення пенсії здійснюється відповідно до можливостей держави та Пенсійного фонду. Продовжується робота по ліквідації дефіциту коштів Пенсійного фонду (до 2013 року). А поки що він дуже великий. В 2009 році дефіцит бюджету склав 30 млрд грн, в 2010 р. — 34 млрд грн, в 2011 р. — 17,8 млрд грн. Прогнозується, що в 2012 році дефіцит Пенсійного фонду України складе 2 млрд 200 млн грн [4].

Ведеться підготовка до впровадження другого рівня пенсійної системи — накопичувального. Уряд планує з початку 2014 року ввести накопичувальну систему пенсійного забезпечення для 35-літніх працівників, які будуть відкладати 2 % єдиного соціального внеску на персоналізовані пенсійні рахунки. Обов'язкова накопичувальна система забезпечить додаткову підтримку солідарної пенсійної системи.

Потрібно особливо підкреслити, що всі зміни в пенсійній реформі не розповсюджуються на пенсіонерів, пенсії яким були призначені до вступу в силу нового Закону про пенсійну реформу, в тому числі пенсіонерів, які продовжують працювати. В той же час реформування пенсійної системи повинно позитивно вплинути на всю систему соціального захисту населення України.

Л і т е р а т у р а

1. Відомості Верховної Ради України. — 1991. — № 53. — Ст. 793.
2. Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 3. — Ст. 10.
3. Відомості Верховної Ради України. — 1999. — № 2. — Ст. 20.
4. Урядовий кур'єр. — 2011. — № 165.

А н о т а ц і я

Сирота І. М. Пенсійна реформа та новації її здійснення в солідарній системі. — Стаття.

У статті проаналізовано сучасний стан пенсійного забезпечення в Україні, досліджено основні нововведення пенсійної реформи та етапи її проведення. Проводиться детальний аналіз правового регулювання пенсійного забезпечення окремих категорій осіб. Розглядаються актуальні питання впровадження накопичувального рівня пенсійної системи.

Ключові слова: пенсійна система, пенсійна реформа, солідарний рівень пенсійної системи

А н н о т а ц и я

Сирота И. М. Пенсионная реформа и новации ее осуществления в солидарной системе. — Статья.

В статье проанализировано современное состояние пенсионного обеспечения в Украине, исследованы основные нововведения пенсионной реформы и этапы ее проведения. Проводится детальный анализ правового регулирования пенсионного обеспечения.

отдельных категорий лиц. Рассматриваются актуальные вопросы внедрения накопительного уровня пенсионной системы.

Ключевые слова: пенсионная система, пенсионная реформа, солидарный уровень пенсионной системы.

S u m m a r y

Syrota I. M. Pension reform and innovation in the implementation of shared system. — Article.

The article analyzes the current state of pension system in Ukraine, studies the main innovations of the pension reform and the stages of its implementation. A detailed analysis of the legal regulation of the pensions of certain categories of persons is given. The article also exams actual questions of memory pension system implementation.

Keywords: pension system, pension reform, joint level of pension system.

УДК 347.4

*Н. Ю. Голубева***ДІЙСНІСТЬ НЕМАЙНОВИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ ЗА ЦК УКРАЇНИ**

Цивільне право, а тим більше його одна з головних підгалузей — зобов'язальне право, традиційно розглядає в якості свого основного предмета майнові відносини.

Зобов'язання обслуговує переміщення матеріальних благ, є засобом господарського обороту, тому традиційно боржник зобов'язаний вчинити надання майнового характеру. Норми зобов'язального права пройняті духом матеріальності зобов'язальних відносин, оскільки спрямовані, як і усе цивільне право, на регулювання в основному майнових відносин. Відновлення порушеного права кредитора за зобов'язанням відбувається за допомогою притягнення до відповідальності порушника (боржника), яка також носить майновий характер (як і в цілому цивільна відповідальність). Проте сфера зобов'язальних відносин ширше відносин, що опосередковують товарний обмін. Ось чому украї важливо поставити питання про допустимість регулювання і захисту немайнових зобов'язань [1, с. 88].

Питаннями можливості існування немайнових зобов'язань (зобов'язань із немайновим змістом чи інтересом) займались Є. Пассек (найбільш ґрунтовне дослідження), Є. Домбровський, В. Рясенцев, В. А. Ойгензихт, Б. Н. Мезрин, Р. А. Майданик, Ф. О. Богатирьов тощо.

Метою цієї статті є аналіз цивільного законодавства України щодо можливості його застосування до немайнових зобов'язань.

Проблема нематеріального або немайнового інтересу в зобов'язанні по суті зародилася і стала наполегливо вимагати свого вирішення лише в другій половині XIX століття. А цей час, як відомо, бурхливого ходу громадського життя в усіх галузях, у тому числі і в юриспруденції [2, с. 13]. Є. Домбровський відмічав, що «проблема неимущественного интереса в гражданском праве считается одной из спорных тем учения об обязательствах, — вернее, даже одним из спорных институтов гражданского права вообще» [3, с. 94].

Дійсно, питання про наявність зобов'язальних відносин немайнового характеру є спірним. Є погляд, що достатньо широко представлений у літературі, що зобов'язання завжди виступають як майнові цивільні правовідносини.

Такої думки дотримувались більшість класиків цивілістики, наприклад, К. Кавелін, А. С. Кривцов, Д. І. Мейер, Ф.-К. Савінії, Г. Ф. Шершеневич, П. П. Цитович та інші, які категорично заперечували можливість існування нематеріального інтересу в зобов'язанні.

Г. Ф. Шершеневич вказує, що «такому допущенню (визнанню немайнових зобов'язань — уточнення моє. — Н. Г.) противиться природа обов'язательственных отношений» [4, с. 7].

Г. Дербург дивувався можливості визнання зобов'язань із немайновим змістом: «Не подлежит сомнению, что существуют требования необязательственного характера, которые защищаются иском, хотя и не имеют имущественной ценности, как, напр., обручение или требование о выдаче жены или детей, удерживаемых третьими лицами. Мы отрицаем только существование обязательств без имущественного интереса. Допустим, напр., что жених вполне серьезно обещает своей невесте не посещать более известного клуба или кто-либо, не обладающий крепким здоровьем, самым торжественным образом обещает своему брату не курить больше сигар. Неужели подобные обещания должны повлечь за собою иск и исполнение их может быть вынуждено путем наложения штрафа в судебном порядке?» [5, с. 48–49].

Варто помітити, що дослідники, які виступали проти визнання зобов'язань із немайновим змістом, наводили приклади немайнових зобов'язань із підкреслено «легковажним» змістом: обіцянку не ходити у певне місце, не палити, потанцювати тощо, а автори, що підтримують іншу позицію, наводять навпаки більш «серйозні» приклади, наприклад, не заважати сусідам грою на скрипці у певний час.

Як правило, автори наполягали на можливості грошової оцінки зобов'язання (його об'єкту). Так, К. Д. Кавелін вважав, що цивільне право повинне зводитися тільки до відносин щодо майна і зобов'язань, характерною особливістю яких є принципова грошова оцінка [6, с. 3, 63]. Далі автор пише: «Договор, иначе сделка, условие ряда есть соглашение между двумя или более лицами, облеченное в законную форму, о каких-либо действиях, имеющих имущественную ценность и могущих, по закону, быть предметами юридических отношений» [6, с. 126].

І. Н. Трепицин додає, що «пригодны быть объектом обязательств только те, которые имеют имущественный интерес, поддаются *имущественной оценке* или сами по себе, или *ввиду условленной для обеспечения обязательства неустойки*» (курсив мій. — Н. Г.) [7, с. 19].

Ф.-К. Савінії, визначаючи об'єкт зобов'язання, також вказує, що ним (об'єктом) може бути дія, яка має майнові цінність чи має здатність до грошової оцінки [8, с. 8].

Ідея визнання тільки зобов'язань із майновим змістом була підтримана і радянськими вченими. Наприклад, О. С. Іоффе, Ф. І. Гавзе та інші наполягали на майновому характері зобов'язальних правовідносин як на ознаці зобов'язань [9, с. 370–371; 10, с. 155]. Д. М. Генкін відмічав, що предмет цивільного права утворюють майнові відносини у сфері товарно-грошового обороту, що будуються на началах еквівалентності [11, с. 106].

На думку М. М. Агаркова, будь-яке зобов'язання є спрямованим на перехід речей чи є відплатним [12, с. 39]. Хоча іноді цю тезу він спростовував своїми ж словами. Так, автор наводив приклад зобов'язання з приводу утримання від здійснення тих або інших дій: наймач житлоплощі домовляється з наймодавцем, що останній після п'яти годин вечора не займатимеся музикою [12, с. 41]. Очевидно, що в такому зобов'язанні кредитор має немайновий інтерес.

Сучасні цивілісти також стверджують, що немайновий характер зобов'язання неможливий, принаймні вважають, що чинне законодавство цього не допускає, наприклад, Є. А. Суханов, Н. Д. Єгоров [13, с. 9; 14, с. 477].

М. В. Кротов взагалі вважає, що є недоліком легального визначення зобов'язання, відсутність у визначенні вказівки на майновий характер дії, що становить предмет зобов'язального відношення [15, с. 120].

По суті увесь спір зводиться до питання про можливість або неможливість дати судовий захист зобов'язанням, спрямованим на дії, позбавлені майнової цінності [16, с. 104].

Однак майновий характер зобов'язальних правовідносин не всі цивілісти вважають визначальною ознакою зобов'язання. В протилежність усім вищезазначеним думкам інші вчені вважають умову наявності у зобов'язанні майнового інтересу для зобов'язання абсолютно байдужою.

Вірно відмітив Ф. О. Богатирьов: велика різноманітність життєвих інтересів завжди ставила проблему встановлення захисту їх з боку правового порядку. Це відноситься зокрема до нематеріальних (немайнових) інтересів. Упродовж останніх двох століть роль нематеріальних інтересів постійно зростає. Проте, якщо нематеріальні інтереси, що оформляються абсолютними правами (особистими немайними правами), вже отримали досить повну регламентацію і захист, то нематеріальний інтерес у відносному правовідношенні, а саме в зобов'язанні, — ще не розв'язана проблема [2, с. 3].

Більш справедливою здається точка зору, згідно з якою зобов'язання не завжди можуть мати майновий характер. Одним із перших дослідників цього питання у російській цивілістичній науці був Є. В. Пассек, який дійшов висновку, що предметом зобов'язання можуть бути не тільки такі дії боржника, які мають на меті перенесення матеріального об'єкта, а взагалі будь-які дії боржника, якщо вже вони об'єктивно можливі та не суперечать приписам права [16, с. 11].

І. А. Покровський вказував, що твердження про цивільне право як право майнових відносин абсолютно неправильне *petitio principii* [17, с. 135].

Автор вважав, що уявлення про абстрактну «цивільну» людину як про деяку норму того, що єдино заслуговує охорони, грає велику роль і в питанні про визнання або невизнання зобов'язань на дії немайнового характеру. Природно, що з точки зору «господарності» як єдиного розумного базису усього цивільного права, відносини немайнові виходити-муть за межі цього останнього. Середня «цивільна» людина малюється як істота, що живе тільки інтересами майновими — «економічна людина». Але життя виросло вже з цього уявлення; нинішня, навіть середня, шаблонна людина вже цінує відомі немайнові блага — ім'я, честь тощо — і вимагає для них якої-небудь, хоч би і недосконалої, охорони. І чим далі, тим більше ці запити будуть рости. Далі автор доречно наводить слова Редакційної комісії із складання проекту Цивільного кодексу Німеччини: «У висококультурного народу обов'язательство имеет своею задачей обеспечивать не только материальные блага, но и блага идеальные, значение и ценность которых растет вместе с ростом культуры» [18, с. 40].

Визнання немайнового інтересу в зобов'язанні необхідне, якщо ми рухаємося не лише шляхом визнання прав особи взагалі, але і шляхом визнання прав конкретної людської особи [17, с. 138].

В. П. Нечаев навіть не піддавав сумніву справедливості захисту немайнових договорів і покарання за сам факт порушення такого договору, незалежно від спричинення ним майнової шкоди. Обіцянки з'явитися у відповідне місце для вчинення необхідних іншому контрагентові дій, не чинити шуму під час зайняття, забезпечити спокій в квартирі тощо мають часто не меншу важливість, ніж майнові зобов'язання; з іншого боку, порушення, наприклад, господарем готелю обіцянки приготувати кімнати до певного терміну для приїжджої сім'ї, внаслідок чого ця сім'я змушена провести ніч на вулиці за відсутністю приміщення в інших готелях, хоча і не приносить сім'ї майнової шкоди, проте заподіює їй такі незручності, які, поза сумнівом, вимагають відшкодування шляхом покарання винуватця [19, с. 263].

Погляди І. Б. Новицького на можливість існування зобов'язань із немайновим змістом дещо трансформувались у різних його дослідженнях. Так, спочатку він пише, що зобов'язального характеру таке немайнове зобов'язання набуває тільки у зв'язку з можливістю застосування до порушника санкцій майнового характеру [20, с. 354], тобто, як і багато противників визнання зобов'язань із немайновим змістом, визнавав право на існування таких зобов'язань тільки у випадку додавання неустойки як майнового забезпечення зобов'язання.

Пізніше автор міняє свою точку зору на користь визнання зобов'язань із немайновим змістом без якоїсь прив'язки до майнового забезпечення. І. Б. Новицький вважав, що різниці між однією і тією ж послугою, яка

здійснюється оплатно чи безоплатно, нема, тому змістом зобов'язання може бути право вимоги будь-якої правомірної дії, яка має *серйозних характер та заслугує на захист*. Взагалі ж інтереси немайнового характеру можуть скласти, на його думку, зміст зобов'язання: наприклад, немає підстав сумніватися у дійсності договору, за яким наймач житлового приміщення зобов'язується під страхом неустойки утримуватися від гри на музичних інструментах і т. ін., хоч би ніякі майнові інтереси інших мешканців ні прямо, ні побічно не страждали від музики. І. Б. Новицький таким чином формулює межі зобов'язального права: їх складають такі відносини, які позбавлені всякого господарського значення (наприклад, відносини дружби, люб'язність і т. ін.) [21, с. 59].

Ці та подібні міркування містилися також в працях інших учених. І хоча ці ідеї не є загально визнаними і не отримали законодавчого закріплення, твердження про майновий характер зобов'язальних правовідносин вже не так безперечно [22, с. 70].

Прослідкуємо законодавчу традицію з цього питання. У ст. ст. 1528, 1529 Зводу законів Російській імперії прямо не вказувалось на майновий характер зобов'язання, принаймні не йшлося про визнання недійсним немайнового зобов'язання.

Проект Цивільного укладення Російської імперії також не містив вказівки на необхідність майнового інтересу для дійсності зобов'язання. Редакційна комісія із складання проекту Цивільного укладення, пояснюючи зміст ст. 1567 Цивільного укладення стосовно питання про немайнове зобов'язання, виражається не зовсім чітко. Спочатку вказується, що особисто-майнова властивість зобов'язання належить до безперечних аксіом, а потім вказуючи, що, у питанні про те, чи повинна дія, що становить предмет зобов'язання, мати майнову цінність, не існує єдності поглядів, робить висновок, що небажано вводити у визначення зобов'язання поняття майнового інтересу, бо життя на кожному кроці представляє приклад подібних зобов'язань: чим культурніше життя, тим більше розвиваються немайнові зобов'язання, і немає підстави відмовляти їм в захисті.

Формулювання поняття зобов'язання у ЦК України як права кредитора вимагати від боржника здійснення певної дії або утримання від певної дії відкриває можливість для обґрунтування зобов'язань немайнового характеру, оскільки дія боржника не обов'язково буде пов'язана з майновою цінністю, принаймні заборони такої поведінки нема, не кажучи вже про деліктні зобов'язання, де прямо говориться про відшкодування моральної шкоди.

Як в ст. 1528 тому X Зводу законів Російської імперії і в ст. 1 проекту Книги п'ятої Цивільного Укладення, так і в ст. 509 ЦК України залишається місце для логічного конструювання немайнових відносин, оскільки передача майна в них вказана разом із здійсненням або невиконанням інших дій, майновий характер яких прямо не обумовлений [23, с. 22].

У відповідності до ст. 1 ЦК України цивільним законодавством регулюються особисті немайнові та майнові відносини (цивільні відносини), засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників.

Закон прямо не називає відносні немайнові відносини в числі тих, які входять в предмет цивільного права, проте вказані відносини, попри те, що вони носять немайновий характер, мають необхідну ознаку цивільно-правових відносин — ознаку рівності; жоден з учасників цих відносин не має влади (влади в тому сенсі, в якому вона розуміється в публічних відносинах) по відношенню до іншого [2, с. 7].

Ні ст. 509 ЦК України, в якій дається поняття зобов'язання, ні яка-небудь інша стаття загальної частини зобов'язального права не вказують прямо або побічно на те, що предметом зобов'язання може бути тільки дія майнового характеру. Звичайно, приклади зобов'язань, вказані у цій статті, наповнені майновим змістом («передати майно», «сплатити гроші», «виконати роботу»), але це пояснюється очевидним переважанням саме майнових зобов'язань. Якщо звернутися до загальної частини зобов'язального права, то можна побачити, що багато норм цього підрозділу ЦК дійсно призначені для регулювання тільки майнових зобов'язань, наприклад, ті, які розраховані на застосування тільки по відношенню до грошових зобов'язань. В той же час більшість норм цього підрозділу цілком може бути застосована до зобов'язань з нематеріальним інтересом, узяти, приміром, норми про виконання зобов'язань, майже всі норми, за винятком статей, присвячених виконанню грошового зобов'язання, однаково застосовувані і до майнових, і до немайнових зобов'язань [1, с. 90].

У загальній частині зобов'язального права знаходить своє місце інститут попереднього договору, який відносимо до немайнових зобов'язань. Усі договори, що врегульовані у розділі 3 книги 5 ЦК України, породжують майнові зобов'язання, крім договору доручення, що може породжувати немайнове зобов'язання.

Крім цих конструкцій, що передбачені у законі, сторони можуть вступати у інші зобов'язання із нематеріальним змістом. Закон не передбачає вичерпного переліку зобов'язань, тому учасники цивільного обороту мають право вступати в нематеріальне зобов'язання, аби воно не суперечило закону.

Таким чином, можливість існування немайнових зобов'язань не заперчується у законодавстві, а також підтримується багатьма вченими.

При цьому і між авторами останньої категорії не існує протек повної однастайності відносно меж, якими окреслюється коло інтересів, що підлягають захисту права, і за межами яких такий інтерес втрачає властивість інтересу юридичного [16 с. 42].

Навряд чи у всіх випадках, коли особи зобов'язуються не з приводу майна, можна говорити про виникнення зобов'язання. Які ж критерії відрізняють цивільно-правове зобов'язання, хай навіть із не-

матеріальним змістом, від «моральних» обов'язків, які беруть на себе особи?

Окремі автори, що не визнають немайнові зобов'язання, вказують на небезпеку поширення цивільного права на область позаюридичних, моральних відносин. Суди, на їх думку, будуть завалені в цьому випадку позовами через невиконання зобов'язань не палити, піти увечері гуляти, танцювати на балу вальс і тому подібне. Слід сказати, що навряд чи хто-небудь з прибічників зобов'язань з нематеріальним інтересом вважав можливим поширення правового регулювання на цілком моральні відносини [1, с. 90]. Подібні побоювання не виправдані. Йдеться не про поширення правового регулювання на цілком моральні відносини, а про визнання зобов'язального характеру за правовими відносинами.

Б. Виндшейд вважав, що зобов'язанню взагалі дійсному не може бути відмовлено у визнанні тому тільки, що дія не має для кредитора грошової цінності. З цього, звичайно, не слідує, щоб суддя в усіх випадках повинен був подавати руку допомоги, коли потрібно що-небудь, що не має для позивача грошової цінності. Суддя не перевищить своїх прав, якщо він відмовить в допомозі тоді, якщо в основі вимоги лежить примха, і подасть її тоді, коли вимога є вираженням *справедливого*, на його думку, *інтересу*. Але якщо, наприклад, сусід мій зобов'язався припинити гру на інструменті, яка заважає мені в моїх роботах, то чи можна йому надати свободу безкарно порушити договір? [24, с. 2–3].

Тобто бачимо певний критерій відмежування захищених судом зобов'язань і незахищених, а саме: *справедлива вимога*, на відміну від звичайної *примхи* особи. Такий критерій виглядає занадто суб'єктивним.

Є. В. Пассек наводить критерії, які пропонували західні автори, наприклад, Р. Їєрінг писав, що предметом зобов'язання не можуть бути такі дії, які ґрунтуються на інтересах *співіснування і люб'язності*; а Жосеф Кохлер вважав, що всякий *розумний інтерес* досить важливий для того, щоб юридичний порядок привів через нього в рух свій примусовий апарат [16, с. 72].

Французький автор Р.-Ж. Потье допускав, що дія, що не має майнової цінності, може бути умовою зобов'язання, якщо за його невиконання сторони встановили платіж неустойки [16, с. 45]. Співвітчизник вищевказаного автора Є. Годеме вказував, що вигода, яку кредитор отримує від виконання зобов'язання, має бути такою, що може бути оцінена у грошах. Проте досить морального інтересу в особі кредитора, щоб обґрунтувати судовий позов, за умови, що цей моральний інтерес є *серйозним* [25, с. 97–98].

Критерій, за яким можна відділити немайнові зобов'язання та інші немайнові суспільні відносини, який пропонує І. Б. Новицький, не зовсім зрозумілий, а саме: дія, яка є змістом зобов'язання, повинна мати *серйозний характер та заслуговувати на захист*. На такий же критерій указує (але він його критикує) М. М. Агарков у зв'язку з аналізом зарубіжної фахової літератури, де зустрічається таке твердження: дія або

утримання від дії, що становить зміст зобов'язання, повинна мати серйозне значення, у сторін повинен бути намір зобов'язатися, але такий намір не можна припускати, коли йдеться про обіцянку сумісної прогулянки, обіцянку кинути куріння і т.п. Немає зобов'язання у випадку обіцянки прийти увечері до знайомого і виконати у нього сонату Бетховена, обіцянки безкоштовно навчити англійської мови або обіцянки якої-небудь іншої послуги. Санкції, спрямовані на примушення боржника виконати таке зобов'язання, дійсно стали б серйозним обмеженням свободи особи, яка дала таку обіцянку, не виправданим достатньо вагомими підставами [12, с. 39–40].

Також «серйозність» дій боржника пропонується як умова визнання зобов'язання таким, що має правовий захист, у сучасній літературі. Так, вказується, що зміст зобов'язання можуть складати права, вимоги і обов'язки здійснення будь-яких правомірних дій, зокрема спрямованих на задоволення немайнового інтересу, якщо ці дії носять серйозний характер, не суперечать законодавству і не відносяться до сфери моральних взаємовідносин [26, с. 352]. При цьому нема згадки, як відрізнити «серйозне» зобов'язання від «морального».

І. А. Покровський цікаво опонує такій точці зору (мається на увазі схожі ідеї, які висувували сучасники І. А. Покровського). Він наводить варіації подібних критеріїв для відмежування немайнових зобов'язань від інших неюридичних дій: «*серьезный*» інтерес, «*достойный охраны*» інтерес, «*абстрактная ценность*, хотя бы и немущественная, но ценность с точки зрения оборота, с точки зрения общества», «*в вопросе о серьезности интереса суда должна принадлежать опекающая роль*». Далі автор критикує думку, яку коротко можна виразити так: за людиною визнається якась «доза» духовного, яка захищається судом, все інше, «*все выходящее за пределы этой дозы, есть индивидуальная «прихоть»*, вступатися за которую для суда как-то даже зазорно». Людина цінує ідеальне благо нічного спокою, і тому можливо, що договір з сусідніми мешканцями про те, щоб вони не грали після 10 ч. вечора, буде визнаний «опікаючим судом» гідним охорони. Але автор далеко не упевнений в долі договору про те, щоб сусіди не грали тільки відомої п'єси, яка важка для мене в силу яких-небудь спогадів. Чи не буде це визнано примхою? «Абстрактної цінності», «цінності з точки зору обороту» зміст нашого договору, поза сумнівом, не має. А тим часом для мене це питання великої важливості, питання усієї моєї психічної рівноваги, і якщо «опікаючий суд» визнає мій договір недійсним, він принесе мене, живу людську особистість, в жертву абстрактній «цивільній людині», людині «обороту». Чи маєте ви на це право?

Істинно-культурна правосвідомість повинна відповісти «не маю». Нехай життя моє склалося особливо, нехай я став чутливий до того, до чого байдужі інші, але потрібно ж жити і мені. Нехай я дивак, але я все ж людина, і якщо право бажає виконати своє завдання, воно повинне визнати і *право дивака на існування* [18, с. 41].

Дещо розмитим виглядає критерій розмежування майнових і немайнових зобов'язань, запропонованих Є. В. Пассеком. Для відмежування цивільно-правових зобов'язань від інших відносин (неюридичних) автор пропонує критерій інтересу: «естественным мерилем ценности должно было бы, таким образом, служить субъективное чувство управомоченного» [16, с. 72].

Проте певна складність судового захисту за наявності такого критерію приводить автора до усвідомлення того, що необхідно мати точніші «координати» для вирішення вказаної проблеми. Він пише: «ясно, однако, что положить в основание своих решений такой шаткий и неопределенный критерий, как субъективные чувства отдельных лиц, право, не впадая в произвол, не может. При исполнении лежащей на нем задачи — регулирования отношений людей между собой и восстановления нарушенных прав — оно должно, по крайней мере, для громадного большинства случаев, искать более объективного мерилa ценности, и в области имущественных отношений находит его в деньгах» [16, с. 12].

Автор так формулює цей інтерес кредитора: «Действие, составляющее предмет обязательства, обладает имущественной ценностью в том случае, если конечным результатом его совершения должником будет поступление в имущество кредитора или другого лица какого-нибудь материального объекта; в противном случае действие это или представляет для кредитора интерес неимущественный, или не представляет вовсе никакого интереса». Відмежування висловів «представляет для кредитора интерес неимущественный» чи «не представляет вовсе никакого интереса» автор на абзац вище формулює так: «кредитору безразлично, исполнит ли должник свое обязательство или нет» — це немайновий інтерес у зобов'язанні [16, с. 42].

Запропонований критерій надмірно суб'єктивний, тим більше, що зацікавленість у тій чи іншій дії боржника у кредитора може мінятися з часом, надмірно «хистким» є існування зобов'язання із такою умовою його дійсності.

В. Голевинський не вказував прямо, чи визнається ним дійсність немайнового зобов'язання, але він писав, що предмет зобов'язання повинен вміщувати в собі наступні три умови: воно має бути можливе фізично, можливе юридично і мати відому цінність. При цьому під цінністю він розумів майнову цінність чи *суттєву цінність для кредитора*, отримання якої було б для нього бажано [27, с. 2, 3]. Робимо висновок, що автор визнавав немайнові зобов'язання, а критерієм їх відмежування від неюридичних обіцянок є визнання дії боржника такою, що має суттєву цінність для кредитора.

Зовсім інший «інтерес» має на увазі І. Б. Новицький при розмежуванні цивільно-правових зобов'язань і інших відносин, що на них схожі. Він вважав, що грань між зобов'язаннями в юридичному сенсі, тобто супроводжуваними юридичною санкцією, в сенсі можливості застосування примусових заходів державної влади у разі невиконання зобов'язань

ня, і зобов'язаннями (і обіцянками), що не супроводжуються правовою санкцією, проводиться у зв'язку з *характером інтересів*, з приводу яких виникає те або інше відношення. Буває так, що відношення, хоча і має істотне, важливе значення з точки зору держави, суспільства, проте не вимагає примусового захисту від держави, оскільки цілком забезпечується іншими заходами (вплив громадської думки і т. п.). У інших випадках (різних побутових обіцянок) держава не убачає потреби захищати обіцянку примусовими заходами, вважає зайвим закріплювати суспільне відношення в якості правовідношення зважаючи на малозначність інтересу з точки зору держави [21, с. 52].

Але тут ми не бачимо, як держава (в особі суду) має виявити наявність цього інтересу.

Як і у випадку таких критеріїв як «справедлива вимога», «серййозність вимог», критерій «характер інтересів» повністю покладається на розсуд суду, який має виявити справедливість вимог кредитора чи виявити суспільний інтерес у захисті певного зобов'язання. Ці критерії далекі від об'єктивності.

Думаємо, вірний критерій для відмежування зобов'язальних відносин від неюридичних знайдений І. А. Покровським. Він задає питання «Если признать, что имущественный характер не составляет неперменного признака обязательства, то не получим ли мы чрезмерного и опасного расширения сферы гражданского права? Не следует ли здесь тем более поставить какую-либо «веху»? С одной стороны — непотривность закону, добрым нравам и т. д., а с другой стороны — общая для всякого обязательства «веха» — необходимость юридического *animus obligandi* [18, с. 41]. В іншій праці автор вказував, що: «Первым условием для юридической силы всякого — даже имущественного — договора является наличность у договаривающихся воли придать своему соглашению юридический характер (*animus obligandi*)... [17, с. 137].

Ми вже наводили декілька різних думок І. Б. Новицького на критерії розмежування цивільно-правових зобов'язань і неюридичних «зобов'язань», цікаво, що поряд з названими І. Б. Новицький наводить інші критерії, вже слідуючи за І. А. Покровським. Так, автор вказує, що угода про послуги, що зазвичай виконуються в житті за плату, може в конкретному випадку мати безкоштовний характер зважаючи на особливості відносин між цими особами (наприклад, угода відносно консультації і т. п. між колишніми шкільними товаришами, близькими друзями і т. п.). Тому для розмежування юридичних зобов'язань і побутових обіцянок слід мати на увазі також додаткову ознаку — *намір сторін* [21, с. 52].

Тут автор називає вже ту ознаку, що дійсно може допомогти нам у вирішенні питання про юридичний характер тих або інших відносин.

В цьому випадку відпадуть спекуляції на тему визнання чи невизнання немайнових зобов'язань. Вже не буде виникати питання про виникнення зобов'язання у випадку обіцянки прийти на побачення чи на

вечірку. Намір сторін надати відносинам юридичного характеру у цих випадках не вбачається.

Кінець кінцем вірне наступне твердження (І. А. Покровський цитує редакційну комісію Німецького цивільного кодексу): *надо предоставить индивиду право заключать договоры даже необычного содержания: достоин охраны всякий интерес, который не нарушает грани закона или индивидуальной свободы. Нет надобности в иных границах, кроме той, которая требует, чтобы обязательство не противоречило закону или добрым нравам*» [18, с. 41–42].

Тому розмежування юридичних і моральних зобов'язань, на наш погляд, ґрунтується не на наявності в них майнового інтересу, умовою для юридичної сили всякого, в тому числі майнового зобов'язання є наявність волі сторін надати своєму правочину юридичний характер, звісно, це стосується договірних зобов'язань. Власне недоговірні зобов'язання не стикаються із подібною проблемою, оскільки їх виникнення пов'язується із вказівкою закону, а ЦК України, як всім відомо, захищає у гл. 82 не тільки матеріальні цінності (йдеться про відшкодування моральної шкоди).

При застосуванні цього критерію не суд своїм суб'єктивним судженням буде вирішувати «серйозність» зобов'язання — а самі сторони. Але на суд покладається не менш складне завдання — виявити дійсний намір сторін.

Таким чином, робимо висновок, що зміст зобов'язання можуть складати права вимоги і обов'язки здійснення будь-яких правомірних дій, у тому числі, немайнового характеру, якщо ці дії не суперечать законодавству і не відносяться до сфери моральних взаємовідносин. Критерієм відмежування цивільних зобов'язань від моральних обов'язків, обіцянок побутового характеру є наявність у сторін волі надати своєму правочину юридичний характер, якщо цей правочин відповідає вимогам закону, моральним устоям суспільства.

Можна зробити загальний висновок, що чим більше буде зростати культурний, духовний рівень життя у нашій країні, добробут всіх верств населення, тим більше ваги будуть набувати зобов'язання із немайновим змістом. Кінець кінцем не можна заперечувати існування немайнових зобов'язань і контексті застосування, можливо, найголовнішого принципу договірного права, — свободи договору.

Л і т е р а т у р а

1. Богатырев Ф. О. К вопросу о существовании обязательств с нематериальным интересом / Ф. О. Богатырев // Журнал российского права. — 2004. — № 1. — С. 88–100.
2. Богатырев Ф. О. Обязательство с нематериальным интересом : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Ф. О. Богатырев. — М., 2003. — 27 с.
3. Домбровский Е. Неимущественный интерес в гражданском праве / Е. Домбровский // Социалистическая законность. — 1937. — № 8. — С. 94–101.

4. Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 2 / Г. Ф. Шершеневич. — М.: Статут, 2005. — 462 с. — (Классика российской цивилистики).
5. Дербург Г. Пандекты: Обязательственное право: пер. с нем. Т. 2, вып. 3 / Г. Дербург; пер. под ред. П. Соколовского; ред.: А. Э. Вормс, И. И. Вульферт. — 3-е рус. изд. — М., 1911. — 412 с.
6. Кавелин К. Права и обязанности по имуществам и обязательствам в применении к русскому законодательству. Опыт систематического обозрения / К. Кавелин. — С.Пб.: Тип. М. М. Стасюлевича, 1879. — 442 с.
7. Гражданское право губерний Царства Польского и Русского в связи с Проектом гражданского уложения. Общая часть Обязательственного права / И. Н. Трепицын. — Варшава: Тип. Варшав. учеб. окр., 1914. — 363 с.
8. Савиньи Ф. К. Обязательственное право / Ф. К. Савиньи; пер. с нем.: Н. Мандро, В. Фукс. — М.: Тип. А. В. Кудрявцевой, 1876. — 610 с.
9. Иоффе О. С. Советское гражданское право (курс лекций). Ч. 1 / О. С. Иоффе. — Л.: Изд-во ЛГУ, 1958. — 511 с.
10. Гавзе Ф. И. Обязательственное право / Ф. И. Гавзе. — Минск: Изд-во БГУ им. В. И. Ленина, 1968. — 123 с.
11. Генкин Д. М. Предмет советского гражданского права / Д. М. Генкин // Советское государство и право. — 1955. — № 1. — С. 102–109.
12. Агарков М. М. Обязательства по советскому гражданскому праву / М. М. Агарков. — 1940. — 191 с. — (Ученые труды ВИЮН; вып. 3).
13. Гражданское право: учебник. В 2 т. Т. II, полутом 1 / отв. ред. Е. А. Суханов. — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: БЕК, 1999. — 704 с.
14. Гражданское право: учебник. В 3 т. Т. 1 / Н. Д. Егоров, И. В. Елисеев [и др]; отв. ред. А. П. Сергеев, Ю. К. Толстой. — 6-е изд., перераб. и доп. — М.: ТК Велби: Проспект, 2005. — 776 с.
15. Кротов М. В. Обязательственное право / М. В. Кротов // Правоведение. — 1992. — № 1. — С. 120.
16. Пассек Е. В. Неимущественный интерес и непреодолимая сила в гражданском праве / Е. В. Пассек. — М.: Статут, 2003. — 399 с. — (Классика российской цивилистики).
17. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права / И. А. Покровский. — М.: Статут, 1998. — 353 с. — (Классика российской цивилистики).
18. Покровский И. А. Абстрактный и конкретный человек перед лицом гражданского права / И. А. Покровский // Вестник гражданского права. — СПб., 1913. — № 4. — С. 30–50.
19. Нечаев В. Интерес / В. Нечаев // Энциклопедический словарь Ф. А. Брокгауза и И. А. Ефрона. — СПб., 1894. — Т. XIII.
20. Советское гражданское право: учеб. для юрид. высш. учеб. завед. Т. 1 / под ред. Д. М. Генкина. — М.: Госюриздат, 1950. — 496 с.
21. Новицкий И. Б. Общее учение об обязательстве / И. Б. Новицкий, Л. А. Лунц. — М.: Гос. изд-во юрид. лит., 1950. — 416 с.
22. Рожкова М. А. К вопросу об обязательствах и основаниях их возникновения / М. А. Рожкова // Вестник ВАС РФ. — 2001. — № 6. — С. 69–85.
23. Ем В. С. Для них право имеет ценность / В. С. Ем, В. В. Бердников // Неимущественный интерес и непреодолимая сила в гражданском праве / Е. В. Пассек. — М.: Статут, 2003. — 399 с. — (Классика российской цивилистики).
24. Виндшейд Б. Об обязательствах по римскому праву: пер. с нем. / Б. Виндшейд; под ред., с прим. А. Б. Думашевского. — СПб.: Тип. А. Думашевского, 1875. — 603 с.
25. Годэмэ Е. Общая теория обязательств / Е. Годэмэ; пер. с фр. И. Б. Новицкого. — М.: Юрид. изд-во, 1948. — 510 с.
26. Гражданское право: учебник. Ч. 1 / под ред. А. Г. Калпина, А. И. Масляева. — М.: Юрист, 1997. — 472 с.
27. Голевинский В. О происхождении и делении обязательств / В. Голевинский. — Варшава: Тип. О. Бергера, 1872. — 310 с.

А н о т а ц і я

Голубева Н. Ю. Дійсність немайнових зобов'язань за ЦК України. — Стаття.

Стаття присвячена аналізу цивільного законодавства України щодо можливості його застосування до немайнових зобов'язань. Визначені проблемні аспекти досліджуваних питань. Визначені ознаки, що відрізняють цивільно-правове зобов'язання із нематеріальним змістом від «моральних» обов'язків, які беруть на себе особи.

Ключові слова: зобов'язальне право, зобов'язання, немайнове зобов'язання, зміст зобов'язання.

А н н о т а ц и я

Голубева Н. Ю. Действительность неимущественных обязательств по ГК Украины. — Статья.

Статья посвящена анализу гражданского законодательства Украины относительно возможности его применения к неимущественным обязательствам. Определены проблемные аспекты исследуемых вопросов. Определены признаки, которые отличают гражданско-правовое обязательство с нематериальным содержанием от «моральных» обязанностей, которые берут на себя лица.

Ключевые слова: обязательственное право, обязательство, неимущественное обязательство, содержание обязательства.

S u m m a r y

Golubeva N. Y. Reality of non-property commitments to the Civil Code of Ukraine. — Article.

This article analyzes the civil legislation of Ukraine concerning its application to non-property commitments. Problematic aspects of the issues that are being studied are defined. The features that distinguish commitments of civil law with commitment to non-proprietary content and «moral» obligations that assumed by the entity are defined.

Keywords: law of obligations, commitments, non-property commitment, content of commitment.

УДК 347.91/95:340.113

І. В. Андронов

МОВА ЦИВІЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА ТА СУДОВОГО РІШЕННЯ У ЦИВІЛЬНІЙ СПРАВІ

Однією з основних засад цивільного судочинства є принцип державної мови судочинства. Як складові даного принципу в юридичній літературі завжди визначалися наступні положення:

- 1) судочинство в Україні провадиться українською мовою;
- 2) особам, які беруть участь у справі і не володіють державною мовою, забезпечується право давати пояснення рідною мовою та користуватися послугами перекладача;
- 3) судові документи складаються державною мовою.

Однак з прийняттям та набранням чинності Законом України «Про судоустрій і статус суддів» [1], Законом України «Про засади державної мовної політики» [2] та відповідними змінами до ст. 7 Цивільного процесуального кодексу України [3] зміст цього принципу зазнав певної трансформації.

Конституційний Суд України в своєму рішенні від 13 грудня 2011 року у справі № 1-9/2011 за конституційним поданням 54 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень Закону України «Про судоустрій і статус суддів», Кримінально-процесуального кодексу України, Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України зазначив, що реалізація права на судовий захист за певних обставин залежить від забезпечення конституційної гарантії щодо вільного використання в Україні російської та інших мов національних меншин України (ч. 3 ст. 10 Конституції України). Отже положення частин четвертої, п'ятої ст. 12 Закону спрямовані на забезпечення вільного доступу до суду осіб, які володіють регіональними мовами або мовами національних меншин, і жодною мірою не суперечать загальному принципу здійснення судочин-

ства державною мовою в судах України, закріпленому в частині першій цієї статті [4].

Метою даної наукової статті є визначення характеру впливу тих змін, які відбулися в чинному законодавстві, що регулює питання мови судочинства, на процес відправлення правосуддя та судові рішення у цивільних справах.

Для досягнення поставленої мети було сформульовано такі завдання:

— визначити порядок реалізації права громадян на звернення до суду регіональною мовою;

— проаналізувати процесуальні особливості здійснення судового провадження у цивільних справах регіональною мовою;

— з'ясувати особливості ухвалення судових рішень у справах, в яких судовий розгляд здійснювався регіональною мовою.

Відповідно до ч. 4 ст. 12 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» у судах, поряд з державною, можуть використовуватися регіональні мови або мови меншин відповідно до Закону України «Про ратифікацію Європейської хартії регіональних мов або мов меншин» [5] в порядку, встановленому процесуальним законом.

Положення ст. 9 вказаної Хартії передбачають створення у цивільному судочинстві наступних можливостей:

I) передбачити, щоб суди, на клопотання однієї зі сторін процесу, здійснювали провадження регіональними мовами або мовами меншин; і/або

II) якщо сторона має постати перед судом особисто, дозволяти їй користуватися своєю регіональною мовою або мовою її меншини без додаткових витрат; і/або

III) дозволяти подання документів і доказів регіональними мовами або мовами меншин; у разі необхідності із залученням усних і письмових перекладачів.

Вказані вище положення Хартії були імplementовані до законодавства України, яке визначає порядок відправлення правосуддя.

Відповідно до ст. 7 ЦПК України мова цивільного судочинства визначається ст. 14 Закону України «Про засади державної мовної політики». Відповідно до ч. 1 ст. 14 Закону України «Про засади державної мовної політики» судочинство в Україні у цивільних, господарських, адміністративних і кримінальних справах здійснюється державною мовою. У межах території, на якій поширена регіональна мова (мови), що відповідає умовам ч. 3 ст. 8 цього Закону, за згодою сторін суди можуть здійснювати провадження цією регіональною мовою (мовами).

Таким чином, провадження у цивільній справі може здійснюватися як державною мовою, так і регіональною мовою. Регіональною мовою судовий процес може вестися за згодою сторін. В законі не визначено, за чією ініціативою, коли та в якій процесуальній формі повинна надаватися така згода. Оскільки не раціонально вести процес у справі двома мовами (спочатку однією, а потім іншою), доцільно вирішувати питання

про мову судочинства у попередньому судовому засіданні, а якщо воно не проводиться — у підготовчій частині судового засідання. Тому вбачається за необхідне внести зміни до ч. 6 ст. 130 ЦПК України та визначити серед процесуальних дій, які здійснюються суддею при підготовці справи до судового розгляду, в місцевостях, де запроваджена регіональна мова, з'ясування у сторін, якою мовою вони бажають вести судовий процес. Якщо попереднє судове засідання не проводиться, то питання про мову судового провадження повинно вирішуватися у підготовчій частині судового засідання шляхом подання відповідного клопотання обома сторонами, або однією з сторін. Якщо клопотання про ведення судового процесу регіональною мовою заявила лише одна сторона, воно задовольняється судом лише у разі, якщо проти цього не заперече друга сторона. При цьому суддя повинен роз'яснити сторонам їх право обирати мову судового розгляду.

Виходячи з буквального тлумачення положень ч. 1 ст. 14 Закону України «Про засади державної мовної політики» право визначати мову судового провадження є виключним правом сторін. Виникає закономірне питання, чи мають право впливати на вирішення питання про мову судочинства інші особи, які беруть участь у справі. Це питання є найбільш актуальним для третіх осіб, оскільки прокурор, представники органів державної влади та місцевого самоврядування повинні відповідно до вказаного закону в рівній мірі володіти як державною, так і регіональною мовами. Треті особи мають особистий юридичний інтерес в результатах вирішення справи, вони також мають право на захист судом їх прав та охоронюваних законом інтересів, їм також повинні бути надані рівні зі сторонами можливості щодо реалізації ними своїх процесуальних повноважень. Тому їх точка зору про мову судового процесу також повинна враховуватись судом. Таким чином, якщо хоча б одна з сторін або третіх осіб (якщо ними не є органи державної влади або місцевого самоврядування) бажає, щоб слухання справи велось державною мовою, судовий розгляд повинен здійснюватися державною мовою.

Відповідно до ч. 3 ст. 14 Закону України «Про засади державної мовної політики» сторони, які беруть участь у справі, подають до суду письмові процесуальні документи і докази, викладені державною мовою. У межах території, на якій поширена регіональна мова (мови), що відповідає умовам ч. 3 ст. 8 цього Закону, допускається подача до суду письмових процесуальних документів і доказів, викладених цією регіональною мовою (мовами), з перекладом, у разі необхідності, на державну мову без додаткових витрат для сторін процесу. Вказана норма гарантує особам, які звертаються до суду, право скласти позовні заяви та інші процесуальні документи (заяви в порядку наказного та окремого провадження) регіональною мовою. При чому здійснювати переклад цих документів на державну мову заявник не зобов'язаний, оскільки такий переклад здійснюється лише у разі необхідності. Дана норма певним чином законодавчо закріпила вже існуючий стан речей в судовій практиці,

коли значна кількість процесуальних документів, наприклад, в Одеському регіоні, які подаються до судів, складені російською мовою. Однак з цього приводу виникає питання про те, як реалізувати дану норму у випадку складання процесуального документу іншими регіональними мовами. Так, відповідно до ст. 127 ЦПК України після відкриття провадження у справі суд невідкладно надсилає особам, які беруть участь у справі, копії ухвали про відкриття провадження у справі. Одночасно з копією ухвали про відкриття провадження у справі відповідачу надсилається копія позовної заяви з копіями доданих до неї документів, а третій особі — копія позовної заяви. На даний момент суддя ще не знає, чи володіє відповідач у достатній мірі регіональною мовою. Існує єдиний можливий варіант вирішення цієї проблеми. Якщо позовна заява (заява в порядку наказного та окремого провадження) складена регіональною мовою, суд надсилає відповідачу та іншим особам, які беруть участь у справі, копію такої заяви разом із її перекладом на державну мову. В такому разі переклад повинен здійснюватись працівниками апарату суду за рахунок державного бюджету без покладення відповідних витрат на сторони. У протилежному випадку відповідач, який не володіє регіональною мовою, буде позбавлений можливості належним чином підготуватися до захисту проти позову, реалізувати своє право на подання заперечень проти позову або зустрічних позовних вимог.

У справах наказного провадження переклад заяви стягувача має особливе значення, оскільки весь розгляд справи відбувається в письмовій формі без судового засідання та без виклику учасників процесу. Тому в боржника навіть відсутня можливість заявити суду про своє недостатнє володіння регіональною мовою. Між тим процесуальний закон надає боржнику право спорювати виданий судовий наказ шляхом подання до суду заяви про скасування судового наказу. Належним чином реалізувати це своє право боржник може лише ознайомившись з тими підставами, на які посилався стягувач, обґрунтовуючи свої вимоги. Таким чином, копія заяви стягувача у справах наказного провадження, складена регіональною мовою, обов'язково повинна надсилатися боржнику з перекладом на державну мову.

Також не до кінця зрозуміло, на кого покладається обов'язок здійснювати переклад на регіональну мову експертного висновку. Оскільки такий переклад повинен здійснюватись без покладення додаткових витрат на сторони, то це обов'язок суду або експертної установи. З однієї сторони, особи, які беруть участь у справі, знаходяться у процесуальних правовідносинах з судом, а не з експертною установою, тому їх праву отримати висновок експерта в перекладі на регіональну мову відповідає обов'язок суду їм такий переклад надати. З іншої сторони, експертна установа змогла б здійснити переклад висновку більш фахово, скільки в працівників суду можуть виникнути передбачувані складнощі з перекладом спеціальної термінології, яка використовується у висновку експерта.

Відповідно до ч. 5 ст. 14 Закону України «Про засади державної мовної політики» слідчі і судові документи складаються державною мовою. Це означає, що рішення суду у цивільній справі повинне ухвалюватись українською мовою незалежно від того, якою мовою проводився судовий розгляд справи.

Однак ухвалення судового рішення — це складний процес, який включає цілу низку процесуальних дій:

1) обговорення та прийняття рішення складом суду в нарадчій кімнаті;

2) складення та підписання тексту судового рішення всім складом суду;

3) публічне проголошення судового рішення.

Серед цих процесуальних дій на окрему увагу, в контексті питання про мову судових документів, заслуговує саме публічне проголошення судового рішення у випадках, коли проведення судового процесу здійснювалося регіональною мовою. Так, з одного боку, якщо рішення за законом повинне складатися державною мовою, то і проголошуватися воно повинно також державною мовою, оскільки проголошене повинно відповідати записаному. Текст рішення не може змінюватись під час його проголошення. З іншого боку, якщо весь судовий процес здійснюється регіональною мовою, то всі процесуальні дії суду, зокрема й проголошення судового рішення, повинні здійснюватись регіональною мовою. Як вихід з цієї ситуації вбачається складення в нарадчій кімнаті лише вступної та резолютивної частини судового рішення українською мовою з перекладом на регіональну мову та проголошення вступної та резолютивної частин судового рішення регіональною мовою або двома мовами. Остаточо це питання повинна вирішити судова практика.

Відповідно до ч. 6 ст. 14 Закону України «Про засади державної мовної політики» слідчі і судові документи відповідно до встановленого процесуальним законодавством порядку вручаються особам, які беруть участь у справі (обвинуваченому у кримінальній справі), державною мовою, або в перекладі їх рідною мовою або іншою мовою, якою вони володіють. Виникає закономірне питання, якою мовою повинна бути складена повістка про виклик до суду, якщо розгляд справи здійснюється регіональною мовою: вона повинна бути складена державною мовою, регіональною мовою чи двома мовами? ЦПК України відповіді на це питання не містить. Правильним вбачається направлення судових повісток тією мовою, якою ведеться судовий процес, оскільки саме ця мова є зрозумілою всім особам, які беруть участь у справі. Однак це стосується лише направлення судових повісток особам, які беруть участь у справі. Іншим учасникам процесу (свідкам, експертам, спеціалістам тощо) повинні направлятися судові повістки, складені українською мовою. Для цього суди повинні бути забезпечені відповідними бланками судових повісток.

Доволі цікавим також є питання про мову ведення журналу судового засідання під час розгляду справи регіональною мовою. Будучи судовим документом, він повинен складатися українською мовою.

Відповідно до ч. 2 ст. 198 ЦПК України у журналі судового засідання зазначаються такі відомості:

- 1) рік, місяць, число і місце судового засідання;
- 2) найменування суду, який розглядає справу, прізвище та ініціали судді, секретаря судового засідання;
- 3) справа, що розглядається, імена (найменування) сторін та інших осіб, що беруть участь у справі;
- 4) порядковий номер вчинення процесуальної дії;
- 5) назва процесуальної дії;
- 6) час вчинення процесуальної дії;
- 7) інші відомості, визначені цим Кодексом.

Крім того, відповідно до вимог процесуального закону, в журналі судового засідання повинен відображатися зміст окремих процесуальних дій: усного пояснення експерта (ст. 147 ЦПК), заперечення осіб, які беруть участь у справі, а також свідків, експертів, спеціалістів, перекладачів щодо дій головуючого (ч. 3 ст. 160 ЦПК), заяви осіб, яким пред'явлено для ознайомлення речові докази, про ті чи інші обставини, пов'язані з оглядом (ч. 1 ст. 187 ЦПК) тощо. Питання в тому, чи повинні ці процесуальні дії відображатися в журналі судового засідання мовою оригіналу, чи в перекладі секретаря судового засідання. Інше питання — як забезпечити передбачене ЦПК право осіб, які беруть участь у справі, на ознайомлення з журналом судового засідання та подання письмових зауважень щодо неповноти або неправильності їх запису.

Виходячи зі змісту ч. 5 ст. 14 Закону України «Про засади державної мовної політики» журнал судового засідання незалежно від того, якою мовою ведеться судовий процес, повинен складатися державною мовою. За клопотанням осіб, які беруть участь у справі, протягом трьох днів з дня проголошення рішення у справі їм повинен бути наданий журнал судового засідання в перекладі на регіональну мову, якою відбувався хід судового процесу. Письмові зауваження щодо неповноти або неправильності ведення журналу судового засідання можуть бути оформлені також регіональною мовою та можуть, зокрема, стосуватися неправильності, неточності перекладу секретарем судового засідання назви та змісту процесуальних дій тощо.

Таким чином, відповідно до останніх змін, які відбулися у законодавстві, яке регулює порядок відправлення правосуддя, принцип державної мови судочинства включає наступні складові:

- 1) судочинство в Україні провадиться українською мовою або за згодою осіб, які беруть участь у справі — регіональною мовою (у межах території, на якій поширена регіональна мова (мови), що відповідає умовам ч. 3 ст. 8 Закону України «Про засади державної мовної політики»);

2) якщо розгляд справи відбувається державною мовою, особам, які беруть участь у справі і не володіють державною мовою, забезпечується право давати пояснення рідною мовою та користуватися послугами перекладача (переклад на регіональну мову здійснюється без додаткових витрат для сторін процесу);

3) державою забезпечується пріоритет державної мови судочинства над регіональною (у разі, якщо хоча б одна з сторін та третіх осіб бажає, щоб розгляд справи здійснювався державною мовою — судовий розгляд повинен проводитися державною мовою);

4) судові документи складаються державною мовою;

5) у межах території, на якій поширена регіональна мова (мови), допускається подача до суду письмових процесуальних документів і доказів, викладених цією регіональною мовою (мовами), з перекладом, у разі необхідності, на державну мову без додаткових витрат для сторін процесу;

6) судові документи відповідно до встановленого процесуальним законодавством порядку вручаються особам, які беруть участь у справі, державною мовою, або в перекладі їх рідною мовою або іншою мовою, якою вони володіють.

Л і т е р а т у р а

1. Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 7 лип. 2010 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2010. — № 41–42, 43, 44–45. — Ст. 529.
2. Про засади державної мовної політики: Закон України від 3 лип. 2012 р. // Офіційний вісник України. — 2012. — № 61. — Ст. 2471.
3. Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 року // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 40–41, 42. — Ст. 492.
4. Рішення Конституційного Суду України від 13 грудня 2011 року у справі № 1-9/2011 // Вісник Конституційного Суду України. — 2012. — № 1. — С. 37.
5. Про ратифікацію Європейської хартії регіональних мов або мов меншин: Закон України від 15 трав. 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 30. — Ст. 259.

А н о т а ц і я

Андронов І. В. Мова цивільного судочинства та судового рішення у цивільній справі. — Стаття.

Зміст однієї з основоположних засад цивільного судочинства — принципу державної мови судочинства, у зв'язку з прийняттям та набранням чинності цілої низки нормативно-правових актів, які по-новому визначають порядок використання державної мови у процесі відправлення правосуддя, зазнав суттєвої трансформації. Передбачена законом можливість використання регіональних мов у цивільному судочинстві підіймає цілий пласт питань, які потребують як науково-теоретичного аналізу, так і практичного вирішення у судовій практиці.

Ключові слова: правосуддя, судочинство, цивільний процес, принцип судочинства, мова судочинства.

А н н о т а ц и я

Андронов И. В. Язык гражданского судопроизводства и судебного решения по гражданскому делу. — Статья.

Содержание одного из основополагающих принципов гражданского судопроизводства — принципа государственного языка судопроизводства, в связи с принятием и вступлением в силу целого ряда нормативно-правовых актов, которые по-новому определяют порядок использования государственного языка в процессе отправления правосудия, подверглось существенной трансформации. Предусмотренная законом возможность использования региональных языков в гражданском судопроизводстве поднимает целый пласт вопросов, которые нуждаются как в научно-теоретическом анализе, так и в практическом решении судебной практикой.

Ключевые слова: правосудие, судопроизводство, гражданский процесс, принцип судопроизводства, язык судопроизводства.

S u m m a r y

Andronov I. Language of the civil procedure and court decision in civil business. — Article.

The table of contents of one of fundamental principles of the civil procedure — principle of official language of process, in connection with an acceptance and entry by virtue of a number of legal acts that newly determine the order of the use of official language in the process of administering law, was exposed to substantial transformation. Statutory possibility of the use of regional languages in the civil procedure lifts the whole layer of questions, that need both theoretical analysis and in a practical decision by judicial practice.

Keywords: justice, rule-making, civil procedure, principle of justice, language of justice.

Р. Ф. Гонгало

ДЕЯКІ СУЧАСНІ АСПЕКТИ УЧАСТІ ДЕРЖАВ У РОЗГЛЯДІ СПРАВ ЩОДО СПАДКУВАННЯ ЗА ЗАКОНОМ

Цивільним кодексом України введено нове поняття «відумерлість спадщини» (ст. 1277). Аналіз відповідних положень ЦК України дає підстави для висновку про доцільність такого нового поняття, оскільки, незважаючи на подібність правових підстав визнання спадщини виморочною та відумерлою, за юридичною оцінкою правовий режим «відумерлості спадщини» має суттєві відмінності від категорії «виморочне майно». Насамперед йдеться про те, що питання про визнання спадщини відумерлою вирішується не за фактом відсутності (нез'явлення, усунення, відмови, неприйняття) спадкоємців, а за рішенням суду. Крім того, суб'єкт, до якого переходить визнана судом відумерлою спадщина (згідно з ч. 3 ст. 1277 ЦК — це територіальна громада за місцем відкриття спадщини), набуває її не за правом спадкування, а фактично приймає спадщину лише на зберігання. Відповідно до ч. 2 ст. 1280 ЦК у разі пред'явлення вимог спадкоємця, що пропустив строк для прийняття спадщини, що була визнана відумерлою, такий суб'єкт (територіальна громада) має повернути спадкове майно законним правонаступникам спадкодавця, якщо воно збереглося в натурі, або виплатити грошову компенсацію (у разі його продажу). При цьому на нього покладається обов'язок задовольнити вимоги кредиторів спадкодавця (ч. 4 ст. 1277 ЦК). Отже можна стверджувати, що Цивільним кодексом України введено нову концепцію, за якою спадкове правонаступництво суб'єкта, до якого переходить визнана судом відумерлою спадщина, набуває характеру сингулярного [1, с. 279].

Наведене вказує на виправданість відмови в українському праві від поняття «виморочності майна», яке певною мірою набуває змісту конфіскації. З цього приводу варто погодитись з відомим англійським правником Тоні Оноре, який зазначив, що ідея конфіскації державою влас-

ності, власник якої вмирає, не склавши духівниці (заповіту), не є вдовою [2, с. 47].

Повертаючись до розглядуваного нами питання щодо участі держави у відносинах спадкування, зазначимо, що хоча суб'єктами спадкування відумерлої спадщини ЦК України визначає лише територіальну громаду (в особі відповідного органу місцевого самоврядування) за місцем відкриття спадщини, у межах спадкових правовідносин із участю «іноземного елемента» суб'єктом відносин спадкування майна такої спадщини завжди буде відповідна держава.

За традиціями міжнародного приватного права у практиці для вирішення питань щодо набуття державою у власність такого спадкового майна (виморочної чи відумерлої спадщини) застосовуються два загальноновизнані принципи:

1) принцип «окупації», що означає перехід спадкового майна до держави місцезнаходження відповідного майна;

2) визнання за іноземною державою права набувача щодо майна спадщини, яка відкрилась за кордоном, згідно з принципом «тісного зв'язку» спадкодавця з державою — відповідно до особистого закону фізичної особи (*lex patriae* або *lex domicilii*). Проте у такому разі виникає колізія щодо вирішення питань спадкування нерухомого майна.

За певних обставин між державами з приводу набуття прав на таке спадкове майно може виникнути спір. Так, одна держава може висунути спадкові претензії на таке майно за правом перебування його на її території — правом «окупації» (такий принцип, зокрема, існує у США, Австрії [3, с. 506]). Інша ж держава може вважати себе так званим дальнім спадкоємцем (*ultimus haer*) за іншими принципами та вимагати переходу такого майна під свій контроль.

На міжнародному рівні вирішення питань набуття державою майна такої спадщини за означеними принципами традиційно встановлюється у договорах про правову допомогу, укладених між зацікавленими державами. За загальним правилом, рухоме майно померлого передається державі, громадянином якої на момент смерті був спадкодавець, якщо спадкодавець — особа без громадянства — державі його постійного місця проживання, а нерухоме майно переходить у власність держави, на території якої воно знаходиться. Таку конструкцію розподілу спадкових прав та переходу у власність спадкового майна між зацікавленими державами закладено у Кишинівській конвенції про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах від 07.10.2002 р. (ст. 49), а також у двосторонніх договорах України про правову допомогу, укладених із Чеською Республікою від 28.05.2001 р. (ст. 39), Республікою Куба від 27.03.2003 р. (ст. 34), Республікою Польща від 24.05.1993 р. (ст. 38), Литовською Республікою від 07.07.1993 р. (ст. 36), Республікою Грузія від 09.01.1995 р. (ст. 35), Соціалістичною Республікою В'єтнам від 06.04.2000 р. (ст. 35), Республікою Македонія від 10.04.2000 р. (ст. 35), Латвійською Республікою від

23.05.1995 р. (ст. 37), та міжурядових договорах із Республікою Молдова від 13.12.1993 р. (ст. 38), Естонською Республікою від 15.02.1995 р. (ст. 35) тощо.

Однак деякі двосторонні договори щодо вирішення означених питань встановлюють інші правила. Зокрема в Угоді між Україною та Турецькою Республікою про правову допомогу та співробітництво у цивільних справах від 23.11.2000 р. закріплено принцип «окупації», відповідно до якого рухоме та нерухоме майно померлого громадянина однієї з Договірних Сторін, що не має спадкоємця на території другої Договірної Сторони, передається у власність держави, на чій території воно знаходиться (ст. 31).

З огляду на зазначене вважається за доцільне закріпити у національному законодавстві України, зокрема у Законі України «Про міжнародне приватне право», що у випадку відкриття за кордоном спадщини померлого, який є громадянином України, за відсутності спадкоємців за заповітом і за законом, усунення їх від права на спадкування, неприйняття ними спадщини, а також відмови від її прийняття, така спадщина визнається відумерлою в порядку, визначеному законом України, та переходить у власність держави. При цьому держава має набувати прав та обов'язків щодо такої спадщини аналогічно тим, що передбачені ЦК для територіальної громади.

У порядку порівняльного аналізу зазначимо, що Російська Федерація відповідно до ст. 1151 Цивільного кодексу РФ може успадковувати за законом, — якщо відсутні інші спадкоємці, то майно померлого вважається виморочним, а виморочне майно переходить в порядку спадкоємства згідно із законом у власність Російської Федерації. Так само у разі відсутності спадкоємців за законом майно переходить до держави за законодавством Німеччини [4, с. 115] та Швейцарії за правом спадкоємства, тобто держава набуває усіх прав та обов'язків, що пов'язані із спадкуванням. За законодавством Англії та Франції майно виморочної спадщини переходить до держави як безхазяйне. Різними є і терміни щодо визнання спадщини виморочною, наприклад, лише в США залежно від штату на спадкоємців очікують від 5 до 30 років. Так само правовий режим спадкового майна, яке було визнано відумерлою (виморочною) спадщиною, а також права та обов'язки суб'єктів, які згідно з міжнародними договорами набули прав на таке спадкове майно, визначається внутрішнім законодавством держави, до якої перейшло таке майно.

Особливість правосуб'єктності держави у спадкових правовідносинах виявляється у тому, що держава не є традиційним суб'єктом відносин спадкування — її участь у таких правовідносинах зумовлена особливістю правового статусу майна як «відумерлої спадщини», потребою у правовому вирішенні питань подальшої долі такого майна, недопущення можливості втрати його, а також прав та обов'язків спадкодавця для цивільного обороту, перетворення його у безхазяйне тощо. Тому набуття державою права власності на майно відумерлої спадщини не виклю-

чає в подальшому набуття права власності на таке майно іншими суб'єктами цивільного права відповідно до законодавства.

Цивільне законодавство України щодо регулювання відносин спадкування за участю держави характеризується принципово новими підходами, що відповідають загальному духу цивільного права у забезпеченні автономії особистості та невтручання держави у сферу приватноправового життя людини та суспільства. Проте певні питання спадкового права, що стосуються участі держави у відносинах спадкування, ще належить вирішити на законодавчому рівні. Це, зокрема, стосується випадків: набуття державою прав на відумерлу спадщину, що відкрилась за кордоном; коли до складу відумерлої спадщини входять історичні та культурні пам'ятки, літературні, художні твори, інші об'єкти інтелектуальної власності, що мають історичну, культурну, наукову цінність та загальносуспільне значення, адже такі об'єкти не можуть належати лише окремії територіальній громаді, оскільки є суспільним надбанням; коли до складу спадщини входять корпоративні права, насамперед це стосується тих господарських товариств, що створені за участю держави, тощо. При вирішенні цих питань слід виходити з того, що участь держави у цивільних відносинах є правовою формою узгодження загальносуспільних (публічних) інтересів, що становлять квінтесенцію інтересів суспільства, забезпечених цивільним правом, та представлених державою, з індивідуальними інтересами приватної особи. Тому, враховуючи загальноправовий статус держави, участь її у відносинах з приводу спадкування за законом у певних випадках є виправданою та доцільною в інтересах усього суспільства, повинна здійснюватись у загальнокорисних і державно-виправданих цілях.

Характерним для чинного законодавства є положення про те, що держава має право спадкування. ЦК передбачено процедуру переходу спадщини до територіальної громади тільки за умови визнання її відумерлою судом за заявою відповідного органу місцевого самоврядування за місцем відкриття спадщини.

Частиною 1 ст. 1277 ЦК встановлено лише випадки визнання всієї спадщини відумерлою, але з аналізу ч. 3 ст. 1274 ЦК теоретично і практично можливим є випадок, коли спадкоємці відмовляться приймати частку спадщини, від якої відмовився один із спадкоємців на користь іншого, коли підпризначення не існувало. Виходячи з цього можна говорити, що така частка може визнаватися відумерлою, оскільки інших варіантів успадкування такої частки не встановлено. Можна говорити про те, що така частка спадщини має успадковуватися на загальних підставах, тобто розподілятися між всіма спадкоємцями, але, визначаючи особливості її спадкування, слід було б регламентувати всі можливі випадки її спадкування, коли спадкоємців за законом не існує.

Спадщина визнається судом відумерлою (ст. 275 ЦПК) у разі:

- 1) якщо знайти спадкоємців за заповітом і за законом не вдалося;
- 2) усунення спадкоємців від права на спадкування;

3) неприйняття спадкоємцями спадщини [5, с. 855—857];

4) відмови від її прийняття.

У ст. 1277 ЦК та ст. 274 ЦПК ініціатором процесу визнання спадщини відумерлою у суді встановлено лише орган місцевого самоврядування за місцем відкриття спадщини, який є вигодонабувачем. Виходячи ж з того, що всі відомості про зазначені обставини має нотаріус, він зобов'язаний надати всю необхідну інформацію органу місцевого самоврядування за місцем відкриття спадщини. Деякі автори дотримуються концепції [6, с. 66—67], що нотаріуси є заінтересованими особами у визнанні спадщини відумерлою, оскільки саме вони несуть обов'язки з приводу охорони спадкового майна, ведуть спадкові справи, тому вони зацікавлені в тому, щоб спадщина не залишалась відкритою тривалий строк.

Тому в разі відсутності ускладнень у спадковому процесі, наприклад, щодо розшуку спадкоємців, переходу права на спадкування, розгляду спадкових справ судом, заява про визнання спадщини відумерлою подається після спливу одного року з часу відкриття спадщини.

Якщо однорічний термін з моменту відкриття спадщини не закінчився, то у цьому випадку за ст. 276 ЦПК суд відмовляє у прийнятті заяви про визнання спадщини відумерлою. Але положення цієї норми щодо відмови у прийнятті заяви не узгоджується зі стадійністю ЦПК, оскільки нині у ЦПК відсутня норма, яка регламентувала б порядок відмови у прийнятті заяви (ст. 136 ЦПК 1963 р.). За чинним ЦПК суд може або повернути заяву за ст. 121 ЦПК, або відмовити у відкритті провадження у справі за ст. 122 ЦПК. Оскільки у ст. 276 ЦПК йдеться про неможливість розгляду судом справи про визнання спадщини відумерлою раніше ніж мине один рік, то слід говорити про те, що ця справа не підвідомча суду за таких умов, тому суддя повинен відмовити у відкритті провадження у справі за аналогією з п. 1 ч. 2 ст. 122 ЦПК, а не про відмову у прийнятті заяви, оскільки це положення застаріле та не враховує конституційний принцип, передбачений ст. 124 Конституції про те, що юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, які виникають у державі, та право на судовий захист і звернення до суду за судовим захистом не може знаходитись під умовою. Максимальний строк для визнання спадщини відумерлою ні ЦК, ні ЦПК не встановлено.

Раніше держава визнавалась спадкоємцем за законом «третьої» і останньої черги, однак тепер перед переходом спадщини до держави застосовуватиметься процедура її визнання відумерлою. Тобто в тих випадках, коли державою не набуто права і вони не реалізовані (не оформлені), то така спадщина, на думку авторів, має проходити процес визнання її відумерлою.

Деякі автори, обґрунтовуючи строк подання заяви про прийняття спадщини, зазначають про те, що «шість місяців йде на з'ясування питання, чи буде прийнята спадщина спадкоємцями за заповітом або за законом, і ще шість місяців для з'ясування питання, чи є претензії на

спадкове майно з боку інших осіб (співвласників, кредиторів тощо)» [7, с. 1030]. Така концепція не узгоджується з положеннями порядку спадкування, оскільки на вирішення питання про прийняття спадщини або відмови від неї спадкоємцям за заповітом надається строк в шість місяців (ст. ст. 1269, 1273 ЦК), а перехід права на прийняття спадщини зумовлюється продовженням строку до трьох місяців. Положення про права співвласників на пред'явлення претензій до спадкоємців щодо строків взагалі не вирішено.

Застосований у цій нормі термін «заява», а не «позов», свідчить про те, що така справа має розглядатися у порядку окремого провадження. Статтями 274–278 ЦПК регламентується порядок розгляду судом справ про визнання спадщини відумерлою. Така заява за ст. 274 ЦПК подається до суду за місцем відкриття спадщини, тобто тут має місце аналогія закону щодо виключної підсудності (ст. 114 ЦПК) цієї категорії справ. Суд розглядає таку справу за заявою органу місцевого самоврядування [8, с. 330]. При аналізі останнього положення постає питання: орган місцевого самоврядування зобов'язаний чи має право на подання такої заяви до суду? За ст. 45 ЦПК органи місцевого самоврядування беруть участь у процесі у двох формах — шляхом подання заяви та з метою надання висновку у справі на виконання їх повноважень. Тобто як прокурор, так і орган місцевого самоврядування у кожному конкретному випадку повинні самі вирішувати питання про необхідність звернення до суду, але таке звернення в інтересах приватних осіб — це право органу, а не його обов'язок, оскільки у ст. 3 ЦПК закріплено положення, що будь-яка заінтересована особа вправі звернутися до суду, і ніхто її не може змусити до цього, тобто коли особа звернулася до прокурора з проханням про представництво її інтересів у суді, то прокурор може в її інтересах звернутися до суду, якщо він дійде висновку, що має місце порушення закону. Щодо необхідності звернення органу місцевого самоврядування до суду за визнанням спадщини відумерлою одразу ж виникає запитання: якщо спадкову масу складають тільки речі звичайної домашньої обстановки та вжитку, які не мають особливої цінності, та носильні речі спадкодавця, то чи доцільно у кожному випадку покладати на орган місцевого самоврядування обов'язок на звернення до суду про визнання спадщини відумерлою?

Цікавим є інститут визнання спадщини відумерлою й при його застосуванні в міжнародній практиці. Так, у разі смерті іноземного громадянина в Україні відповідно до норм чинного законодавства спадщина не може переходити до України, оскільки українське законодавство передбачає саме спадкування державою спадкового майна. Водночас визнання спадщини, належної громадянину України, відумерлою за кордоном без вказівки в Цивільному кодексі України про права держави на спадкування такого майна позбавить її права спадкування [9, с. 174]. Тому введення інституту визнання спадщини відумерлою в ЦК зобов'язує передбачити в міжнародних договорах правовий зв'язок між громадянством

та правом держави успадковувати належне громадянину України майно, якщо у нього немає спадкоємців за заповітом та за законом. Така подвійна «схема» регламентації спадкового процесу як внутрішньої, так і зовнішньої орієнтації дасть можливість однозначно відповісти на питання, порушені професором М. М. Богуславським та залишені ним без відповіді [10, с. 274]. Така регламентація питань спадкування дозволить відмежувати інтереси спадкоємців і держави, а також інтереси України в міждержавних відносинах.

Література і примітки

1. Юридический энциклопедический словарь / гл. ред. А. Я. Сухарев; редкол.: М. М. Богуславский, М. И. Козирь, Г. М. Миньковский и др. — М.: Сов. энцикл., 1984.
2. Оноре Тонні. Про право. Короткий вступ: пер. з англ. / *Оноре Тонні*. — К.: Сфера, 2004.
3. Международное частное право: учебник / под ред. Г. К. Дмитриевой. — М.: Проспект, 2000.
4. Шумилов В. М. Введение в правовую систему ФРГ / *В. М. Шумилов*. — М.: ООО Изд.-консалтин. компания «ДеКА», 2001.
5. Див. коментарі до ст. ст. 1268, 1269 ЦК: Цивільний кодекс України: наук.-практ. комент. — К.: Ін Юре, 2004. — С. 855–857.
6. Фурса Є. І. Процедура визнання спадщини відумерлою / *Є. І. Фурса* // Предпринимательство, хозяйство и право. — 2001. — № 3. — С. 66–67.
7. Харитоновна Т. Є. Глава 87. Здійснення права на спадкування / *Т. Є. Харитоновна* // Цивільний кодекс України / за заг. ред. Є. О. Харитоновна, О. М. Калітенко. — О.: Юрид. л-ра, 2003. — С. 1030.
8. Цивільний процес України: підручник. — Х.: Одісей, 2012. — 496 с.
9. Окреме провадження в цивільному процесі України: навч. посіб. / за ред. Р. М. Мінченко. — О.: Фенікс, 2010. — 224 с.
10. Богуславский М. М. Международное частное право / *М. М. Богуславский* // Международные отношения. — М., 1982. — С. 274.

А н о т а ц і я

Гонгало Р. Ф. Деякі сучасні аспекти участі держав у розгляді справ щодо спадкування за законом. — Стаття.

Насамперед йдеться про те, що питання про визнання спадщини відумерлою вирішується не за фактом відсутності (нез'явлення, усунення, відмови, неприйняття) спадкоємців, а за рішенням суду. Цивільне законодавство України щодо регулювання відносин спадкування за участю держави характеризується принципово новими підходами, що відповідають загальному духу цивільного права у забезпеченні автономії особистості та невтручання держави у сферу приватноправового життя людини та суспільства.

Ключові слова: спадкування за законом, визнання спадщини відумерлою, майно, за кономом, цивільний процес, відмова від прийняття.

А н н о т а ц и я

***Гонгало Р. Ф.* Некоторые современные аспекты участия государств в рассмотрении дел о наследовании по закону. — Статья.**

Прежде всего речь идет о том, что вопрос о признании наследства выморочным решается не по факту отсутствия (неявка, устранение, отказ, неприятие) наследников, а по решению суда. Гражданское законодательство Украины относительно регулирования отношений наследования с участием государства характеризуется принципиально новыми подходами, соответствующими общему духу гражданского права в обеспечении автономии личности и невмешательства государства в сферу частноправовой жизни человека и общества

Ключевые слова: наследование по закону, признание наследства выморочным, имущество, за рубежом, гражданский процесс, отказ от принятия.

S u m m a r y

***Gongalo R. F.* Some modern aspects of the participation of States in cases of inheritance under the law. — Article.**

First of all it is about the fact that the issue of recognition of the inheritance escheated not decided upon the lack of (non-appearance, elimination, failure, rejection) heirs, and by court. The civil legislation of Ukraine concerning the regulation of relations with the state inheritance characterized fundamentally new approaches, appropriate to the general spirit of civil law to ensure the autonomy of the individual and non-interference in the sphere of private law of human life and society.

Keywords: hereditary succession, inheritance escheated recognition, property abroad, civil procedure, the rejection of the accept.

УДК 347.797:368.23

О. С. Адамова

ДОГОВІР БОДМЕРЕЇ ТА «СІРІ СХЕМИ» ЯК ПЕРЕДУМОВИ ВИНИКНЕННЯ МОРСЬКОГО СТРАХУВАННЯ

Вчені єдині в розумінні, що початковий механізм виникнення морського страхування в якості самостійного договору будувався на договорі морської позики — бодмереї, що втілювало в себе фінансові гарантії дорогого та сполученого із багатьма небезпеками морських перевезень. Найдавніша форма позики виникла в практиці морської торгівлі й була добре відома античним грецьким джерелам IV до н.е. [1, с. 500–501], та пізніше була рецепційована римським правом під найменуванням *foenus nauticum*.

Історичний досвід використання договору бодмереї та подальшого уникання заборони на стягування відсотків за цим договором за допомогою так званих «сірих схем» є цікавим та повчальним для розуміння історії формування морського страхування як самостійного інституту.

Загалом питаннями становлення і розвитку страхування взагалі та морського страхування зокрема в різні часи займалися такі вчені, як А. І. Віцин, Д. В. Дождьов, С. Л. Єфимов, Н. С. Ковалевська, М. А. Ковалевський, В. К. Райхер, Д. В. Савкін, І. І. Степанов та інші.

Дослідженню так званих «сірих схем» приділили увагу в своїх працях Г. В. Васильєв, І. Д. Мартисевич, П. Н. Мілюков, О. І. Чистяков, С. А. Шигільчева та ряд інших вітчизняних науковців.

Але проблеми розвитку договору бодмереї та так званих «сірих схем», які безпосередньо сприяли виникненню та подальшому розвитку морського страхування, не були предметом спеціального дослідження.

Зважаючи на те, що договір бодмереї та так звані «сірі схеми» ніхто спеціально не вивчав, мета пропонованої статті — аналіз становлення та розвитку договору позики античних часів — бодмереї — до кінця XIX ст. н.е.

Для досягнення поставленої мети є необхідним розв'язання таких завдань:

— дослідження договору бодмереї — договору позики, який містив в собі деякі елементи морського страхування;

— законів про заборону стягування відсотків з капіталу, і, як наслідок, застосування різних «некласичних» форм страхування — так званих «сірих схем», які певною мірою сприяли морському страхуванню.

Після рецепції римського права *foenus nauticum* стала засадою для бодмереї — договору позики. Бодмерея представляла собою кредитну операцію, коли кредитор ніс ризик випадкової загибелі речі й міг вчинити позов тільки після повернення корабля боржника в порт, але при цьому договір передбачав нарахування відсотків (*foenus*), і використовувалася для забезпечення перевезень морем різноманітних вантажів. Вважалось, що на отримані в позику кошти боржник-купець зможе здійснити за морем торгіву операцію й поділить дохід із кредитором. Контрактний ризик (*periculum*) переходив до кредитора з моменту, коли корабель повинен вийти в море, й лежав на ньому, поки боржник не впадав у прострочення (D. 22,2,3; Pap. D. 22,2,4 pr) [2, с. 213].

Вимоги кредитора захищались за допомогою спеціального позову — *actio pecunia traiecticia* (D. 15, 1, 3, 8), введеного, очевидно, претором перегринів. Поряд з цим зазвичай (як свідчить Лабеон, — Labeo D. 22, 2, 9) укладався *stipulatio poenae*, який забезпечував кредитора на випадок загибелі речі з вини боржника. В зв'язку із цією стимуляцією *pecunia traiecticia* обговорювалось в працях *prudentes*, які вірогідно, не вважали цей договір позику.

Вважається, що морська позика одночасно містила в собі деякі елементи морського страхування.

Зміст конкретної форми морської позики, закріпленої в письмовій формі кредитного договору його учасників, містився в тому, що обов'язок повернення раніше виданої грошової позики та процентів, належних кредитору, цілком залежав від успішності результату морського перевезення. Кредитор давав судновласнику необхідну для організації плавання грошову суму за умови, що при сприятливому результаті ця сума повертається із сплатою передбаченого відсотка (від 15 до 50 % від обумовленої суми). Якщо морська операція зазнавала невдачі, тобто морське судно гинуло в морській стихії, зникало безвісти або було захоплене піратами із наступним розкраданням всього, що знаходилось на борту судна, то судновласник (або інша особа — вигодонабувач), якому раніше була надана морська позика, звільнявся від обов'язку повернути грошову позику та суму належних процентів. Інакше кажучи, кредитний договір, спираючись на на правові норми звичаю, який склався в морській торгівлі (звичаєве право, звичаї морської торгівлі), набував риси елементів імовірнісного характеру. По суті тут чітко прослідковуються ознаки грошового парі. Належні кредитору за морською позикую проценти по виданій позиці одночасно були й платою за ризик, пов'язаний із здійсненням морського перевезення. Учасники кредитного договору також ставали сторонами встановлюваного страхового правовідно-

шення: кредитор за морською позикою (спочатку міняла-лихвар) — морським страховиком, а позичальник (судновласник) — морським страхувальником.

Морська позика підрозділялась на *bottomry*, тобто грошову позику під заставу знярядженого в плавання судна, та на *respondentia*, тобто грошову позику під заставу вантажу, прийнятого до морського перевезення. І в першому, й в другому випадку до кредитора переходили тільки права застави, тому що судно та вантаж, що перевозився на його борту, відправлялись в завжди небезпечне й ризиковане плавання. Економічний інтерес кредитора до бодмереї містився в процентах за позику.

Слід зазначити, що через алеаторний характер позики та надання її лихварями, можна пояснити те, що першим з відомих в історії актів законодавства у сфері комерційного страхування був закон республіки Генуї від 8 травня 1366 року про заборону страхового договору як такого, що переслідував «барішницькі цілі» [3, с. 111]. Відзначимо, що згадана заборона страхового договору проіснувала досить недовго. Він був скасований 21 жовтня 1369 року декретом дожа Генуї — Габрієля Адорно. Декрет визнавав морське страхування «вельми корисним».

Істориками страхування визнається, що успіху морського страхування неабиякою мірою сприяла наявність заснованих на канонічному праві законів про заборону стягування відсотків з капіталу, і, як наслідок, застосування різних «некласичних» форм страхування — так званих «сірих схем» [4, с. 211].

Стимулом для розвитку останніх форм служило те, що укладення договорів страхування дозволяло успішно обходити різні заборони — наприклад, заборону на стягування відсотків по позиках або заборону на зайняття торгівлею. Остання заборона достатньо тривалий час діяла в Західній Європі відносно вищого та найбільш економічно забезпеченого стану — дворян, що, природно, гальмувало розвиток підприємництва.

Найпростішою й стародавнішою «квазістраховою» сірою схемою по обходу заборони на стягування підвищених відсотків за допомогою механізму, в деяких своїх аспектах близького до страхування, й була бодмерейна позика (морська позика) [3, с. 112–113].

Як впливає із змісту даної схеми, вона сполучає в собі наступні три види економічних відносин [5, с. 5–6]:

- 1) позикові відносини,
- 2) відносини товариства,
- 3) відносини, об'єктом яких є передача ризику по речі.

Зважаючи на наявність відносин товариства ця схема економічно опосередкує участь позичальника в прибутках судновласника і, таким чином, дозволяє обійти, окрім заборони на стягування підвищених відсотків, також і заборону на зайняття торгівлею.

Проте вже в XIII сторіччі церква усвідомила, що бодмерейна позика є у багатьох випадках засобом для обходу її заборони на стягування

відсотків. В результаті цього в 1234 році папа Григорій IX визнав стягування премії в бодмерейній позиці порушенням церковної заборони на лихварство [5, с. 6].

Але комерсанти, стимульовані крайньою необхідністю у кредитних ресурсах для забезпечення морської торгівлі, що розвивалася, знайшли новий спосіб обходу і цієї заборони. Договір бодмерейної позики був розділений на два договори — договір позики та деякий новий договір, об'єктом якого був ризик [6, с. 12–13]. Тепер, вступаючи у позикові відносини, судновласник укладав не договір бодмерейної позики, а два інші договори, формально дотримуючись церковної заборони на стягування премії за бодмерейною позикою.

Саме з другого — ризикового договору в подальшому й виник класичний договір страхування — той, що укладається з комерційною страховою організацією (договір комерційного страхування). При цьому фінансова стабільність діяльності, пов'язаної з укладанням і виконанням таких договорів, була забезпечена шляхом «схрещування» згаданого ризикового договору з такою прадавньою формою соціальної взаємодопомоги, як взаємне страхування.

В Стародавньому Римі було найбільш розвинуте взаємне страхування в різних професійних спілках, колегіях статутного типу. За думкою В. К. Райхера, особливої уваги заслуговують римські професійні спілки. Їх основне ядро складали ремісники й подібні робітники різних професій [7, с. 30].

В Стародавніх Індії та Єгипті були страхові організації професійно-корпоративного типу, переважно організації взаємодопомоги ремісників та торговців. До завдань цих організацій взаємодопомоги входило надання матеріальної допомоги їх членам у разі нещасних випадків, а в разі смерті — осиротілим сім'ям загиблих. При всій недостатності наявних відомостей про дані організації залишається відкритим питання про те, чи існував в них постійний страховий фонд або допомога сплачувалася в порядку подальшої розкладки, — за думкою деяких вчених, тут вже сплачувались регулярні, пов'язані з певними строками страхові внески [8, с. 14].

Взаємне страхування здавна здійснювалося:

1) на основі деякого страхового фонду, який і давав стабільність подібному страхуванню,

2) з метою захисту від соціального ризику — ризику, усвідомлюваного більшістю членів товариства або деякою численною соціальною групою, як такого, для якого необхідна суспільна взаємодопомога (це дозволяло одержати необхідне для стійкого страхування досить велике страхове поле).

Саме взята від взаємного страхування належна організація страхового фонду, а також соціальна значимість ризику, що є об'єктом договору комерційного страхування, і дозволили надалі перейти від «сірих схем» до того комерційного страхування, яке є тепер класичним.

Щодо виникнення національного морського страхування, то на берегах колишньої Російської імперії, до складу якої входила й Україна, історія не залишила яких-небудь згадок про існування морського страхування на території сучасної України в період до Російської імперії.

Вперше у своїй історії російська держава ввела норми комерційного страхового законодавства для регулювання морського страхування.

Вибір цієї сфери страхових відносин для державного регулювання не був випадковим через декілька причин.

По-перше, як вже було зазначено, сфера морської торгівлі з найдавніших часів була одним з найбільш ефективних способів одержання прибутку. Це слугувало добрим стимулом для створення нових форм підприємницьких відносин, до однієї з яких слід віднести й морське страхування, здійснюване в комерційних цілях [7, с. 71].

Друга причина є специфічно російською.

Особливістю розвитку російського підприємництва з найдавніших часів було встановлення державою пріоритету зовнішньої торгівлі над внутрішньою. Цю особливість відзначив ще П. М. Мілюков, який писав, що «...чим далі ми заглиблюємося в історичне минуле Росії, тим більше внутрішня торгівля відсувається на другий план, і тем помітніше переважає над нею торгівля зовнішня...» [9, с. 111]. У правових нормах ця особливість знайшла відбиття, зокрема, у ст. 260 глави X Соборного Уложення 1649 року. У ній встановлювалася така черговість стягнення боргів, при якій іноземці мали перевагу перед російськими людьми.

Найбільш економічно ефективним видом зовнішньої торгівлі була торгівля морська, і в період імперії — коли Росія одержала стійкий доступ до морської торгівлі, пріоритетним напрямком зусиль держави по розвитку зовнішньої торгівлі був розвиток саме морської торгівлі. Маючи ж інтерес у морській торгівлі, російська держава не могла залишити без уваги й морське страхування.

Яку мету переслідував російський законодавець, вводячи регулювання морського страхування?

Для того, щоб дати досить повну відповідь на це питання, необхідно враховувати історію морського страхування в Західній Європі, яка для Росії була зразком у сфері організації підприємництва. Як вже ми зазначали, успіху в Західній Європі морського страхування — першого за часом з видів комерційного страхування, у чималому ступені сприяла наявність заснованих на канонічному праві законів про заборону стягнення процентів з капіталу, що у значній мірі сприяло застосування різних «некласичних» форм страхування — так званих «сірих схем».

Незважаючи на поширеність «протострахування», виділеного з бодмерейної позики, ним не займалися постійні компанії [3, с. 111]. Це було пов'язане з тим, що, законне за формою, подібне «сіре страхування», маючи мету, відмінну від страхування дійсного, в багатьох випадках порушувало не тільки внутрішній зміст правових і церковних заборон, але й насамперед закони страхової економіки. Подібне було чревате

в остаточному підсумку значними негативними наслідками, що не дозволяло успішно займатися такою діяльністю в якості постійної. Особи, що здійснюють дану діяльність, повинні були з'являтися й через досить нетривалий час йти з ринку. Очевидно, саме цим можна пояснити те, що в початковий період розвитку морського страхування ним не займалися в якості постійної діяльності.

Виникає питання: чи йшла Росія в початковий період розвитку комерційного страхування своїм, особливим шляхом, або в ній, як і в Західній Європі, на успішність розвитку страхування значний вплив могло справляти застосування російськими підприємцями страхових «сірих схем», що дозволяли обходити незручні для торговельного обороту законодавчі заборони?

Непрямі вказівки на те, що винахідливий розум страховиків, що діяли в Росії в XVIII—XIX сторіччях, був зовсім не далекий від «сірих схем», можна знайти в О. Віцина.

Так, наприклад, О. Віцин розмірковує:

1) справедливості законодавчих заборон на страхування відсотків по позиці, наданій під заставу корабля (дана проблема звичайно виникає при використанні страхових схем, що дозволяють передати вигодонабувачу — кредиторів або афілійованій з ним особі — кошти, що перевищують законодавчо встановлений відсоток по позиці),

2) проблему страхування цієї позики на випадок благополучного прибуття корабля, а не нещастя з ним (ця проблема характерна для страхових схем, що фактично дозволяють виплачувати відсотки по позиці, пропорційні передбачуваному прибутку й, природно, що перевершують законодавчо встановлений відсоток),

3) питання про правомірність страхування самої страхової премії на той випадок, коли страховий ризик — нещастя — не реалізувався (схеми, відомі в цей час як «зворотне страхування») [10, с. 35—36, 38—39, 62].

Усі ці питання мають безпосереднє відношення до схем, що використовувалися й, більше того, таких, що використовувалися у цей час на практиці страхових «сірих схем».

Є у О. Віцина й аналіз деяких спірних випадків перестрахування — того фінансового інструмента, який дуже зручний при здійсненні ряду «сірих схем».

О. Віцин, що завжди цікавився практикою, заради неї навіть раптово залишив професорську посаду в Санкт-Петербурзькому університеті і, крім того, в 1875 році «по обранню московського купецтва» призначений головою Московського комерційного суду» [11, с. 29—30], навряд чи став би задаватися абстрактними питаннями, не викликаними насущними практичними потребами.

Через усе це припущення про досить широке використання в Росії страхування для реалізації «сірих схем» не представляється настільки неймовірним, тим більше що економічні і юридичні передумови для цього явно існували.

Росія не була ніколи католицькою країною — тією країною, де вплив на систему світського законодавства норм канонічного права католицької церкви, що забороняв стягнення процентів, був би сильним і явним.

У той же час і в її законодавстві подібні заборони й обмеження встановлювалися на досить тривалий час.

У Давній Русі стягнення процентів за договором позики не заборонялося. Про це говорить сама побудова ст. 50 Великої редакції Руської правди «Про рези» (тобто, про відсотки), що починається зі слів — «...Аже хто дасть куни в рез...» [12, с. 42].

Однак у результаті повстання 1113 року розмір відсотків був законодавчо обмежений, що знайшло своє відбиття в інкорпорованому у Велику редакцію Російської правди Статуту Володимира Мономаха («Статуті про рези») [6, с. 13].

Найбільш значним пам'ятником законодавства Московської держави XIV—XV ст. є Судебник 1487 року. Однак він практично не регулює відносини за договором позики. У ньому відносини позики регулює тільки одна стаття, що передбачає відповідальність за неспроможність боржника. Однак, на думку істориків права, разом із Судебником 1497 року в Московській державі продовжував діяти ряд норм Руської правди. Це дозволяє припустити, що в даний період законодавством було дозволено стягувати відсотки за договором позики, але тільки в обмеженому розмірі [13, с. 91].

Виникнення й зміцнення в Росії станово-представницької монархії ознаменувалося введенням істотних обмежень у сфері кредитних відносин.

Норма ст. 255 глави X Соборного Уложення 1649 року, що продовжував діяти як у період петровських реформ, так і багато пізніше них, вводила повну заборону на стягнення процентів по боргах [14, с. 64].

В 1879 році «приклад Заходу й торжество ліберальних економічних поглядів» привели до скасування всіх цих обмежень [15, с. 484—485]. Російський законодавець надав установлення розміру відсотків на повний розсуд сторін за договором позики.

Однак незабаром на Заході, як вже зазначалося вище, почався зворотний рух, до якого приєдналася й Росія.

Через чотирнадцять років — в 1893 році законом знову була обмежена воля встановлення відсотків за договором позики.

Таким чином, і в законодавстві Росії періоду імперії, як у законодавстві будь-якої християнської країни, практично постійно існували певні заборони й обмеження, пов'язані зі стягненням процентів по позиках. На появу подібних норм міг, крім народних повстань, вплинути, особливо в періоди численних російських реформ, також і досвід законодавств — тих західних католицьких країн, де прямий або опосередкований вплив канонічного права був достатньо великим.

Звідси випливає, що в період імперії в Росії досить стабільно існував традиційний стимул для розвитку «страхових сірих схем» — заборони й обмеження на стягнення процентів по позиці.

Свідомство того, що росіяни не цуралися «сірих схем» по обходу заборон на стягнення підвищених відсотків по позиці, можна знайти в підручнику Д. І. Мейєра, де докладно викладається кілька таких схем [16, с. 248]. Разом з тим дані схеми мають такий недолік, що практично всі вони можуть бути виявлені методом так званої «контрольної закупівлі», що застосовувалися за всіх часів в оперативній роботі правоохоронних органів.

Наявність у Росії економічних стимулів і передумов для застосування даних схем робить досить імовірним їхнє використання в російських умовах — в умовах дії законодавчих заборон на підприємницьку діяльність дворян і на стягнення підвищених відсотків по позиці.

Як вже зазначалося, найбільш традиційним страховим механізмом, що дозволяв обходити всі перераховані вище заборони, був механізм морського страхування. Цілком можливо, що однієї із причин, по яких російська держава в особі Катерини II звернулося в першу чергу до питань правового регулювання саме морського страхування, була поширеність «страхових сірих схем», що дозволяли шляхом укладення договорів «сірого страхування» з іноземними страховими організаціями порівняно чесно обходити настільки значимі для Катерини II заборони.

Але слід зазначити, що через складність механізму та великі суми страхових премій бодмерея не набула подальшого поширення. По мірі розвитку фінансово-грошових відносин страхова діяльність виокремила-ся з сфери обігу лихварського та банківського капіталу в самостійну ланку фінансової системи — в страхові компанії (акціонерні та клуби взаємного страхування). Поряд із цим набула необхідного розвитку відповідна інфраструктура, пов'язана із оцінкою ризику мореплавання, що дозволила аргументовано робити судження відносно морехідних якостей судна й професійного досвіду капітана та екіпажу (морський сюрвей) [17, с. 13–14].

Страховими елементами насичений також й інший інститут морського права, що склався в глибокій старовині, але активно діє до наших днів — загальна аварія, при якій збитки, понесені внаслідок зроблених навмисно та розумно надзвичайних витрат або пожертвувань для порятунку судна, вантажу та фрахту від загальної для них небезпеки, розподіляються між судном, фрахтом та вантажем відповідно їх вартості [18, с. 50–51]. Так, в 916 році до н.е. на острові Родос був прийнятий так званий ордонанс, в якому була представлена система розподілу збитку при загальній аварії [19, с. 125–135].

Разом з тим закладений в бодмереї та в загальній аварії принцип розподілу збитків, яких зазнає одна особа між якомога ширшим кругом суб'єктів, одержав свій найбільш закінчений та досконалий вираз в інституті морського страхування.

Поступаючись за строком існування бодмереї та загальній аварії, морське страхування в свою чергу є першим й найстародавнішим зі всіх різновидів страхової справи [3, с. 112–113]. І хоча до початку XX ст. такі

гілки страхування, як, наприклад, особисте або від вогню, перевершили морське страхування за розмахом своїх операцій [20, с. 25—28], не можна забувати про те, що страхування, існуюче сьогодні в найрізноманітніших формах, зобов'язане своїм виникненням і первинним розвитком торговому мореплавству.

Висновки з дослідження і перспективи подальших розробок у цьому напрямі. Протягом багатьох сторіч бодмерея, загальна аварія та морське страхування співіснували паралельно. Проте поступово переваги страхування абсолютно витіснили бодмерею, а інститут загальної аварії був включений в сферу морського страхування.

Страхування завдяки своїм перевагам з часом зробилося невід'ємним елементом морської і перш за все зовнішньої торгівлі.

Вважаємо перспективними подальші дослідження та науковий аналіз договору бодмереї та норм законодавства, яке сприяло використанню так званих «сірих схем», для поглибленого вивчення та розуміння суті інституту морського страхування.

Л і т е р а т у р а

1. Дождев Д. В. Римское частное право : учеб. для вузов / Д. В. Дождев ; под ред. В. С. Нерсесянца. — М. : ИНФРА М — НОРМА, 1996. — 704 с.
2. Законы XII таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана // Памятники римского права. — М. : Зерцало, 1997. — 608 с.
3. Морское и транспортное страхование : (исторический очерк) // Русский вестник страхования. — 1893. — № 3—4.
4. Ле Гофф Ж. Цивилизация средневекового Запада / Ж. Ле Гофф. — М. : ИГ «Прогресс» : Прогресс-Академия, 1992. — 376 с.
5. Степанов И. Опыт теории страхового договора / И. Степанов. — Казань : Изд-во Университет. тип., 1875. — 205 с.
6. Ковалевская Н. С. Развитие коммерческого страхового законодательства в России: начальный этап / Н. С. Ковалевская, М. А. Ковалевский // Страхование право. — 2001. — № 4. — С. 3—29.
7. Райхер В. К. Общеисторические типы страхования / В. К. Райхер. — М. ; Ленинград : Изд-во Акад. наук СССР, 1947. — 284 с.
8. Васильев Г. В. История страхового дела в России : учеб. пособие / Г. В. Васильев, С. А. Шигильчева. — М. : Пресс-сервис, 1997. — 252 с.
9. Милюков П. Н. Очерки по истории русской культуры. Ч. 1. Население, экономический, государственный и сословный строй / П. Н. Милюков. — 3-е изд. — М., 1898. — 228 с.
10. Вицын А. Договор морского страхования по русскому праву / А. Вицын. — СПб., 1865. — 128 с.
11. Гольмстен А. Х. Александр Иванович Вицын / А. Х. Гольмстен // Русское гражданское право : в 2 ч. / Д. И. Мейер. — По испр. и доп. 8-му изд., 1902. — М. : Статут, 1997. — Ч. 1.
12. Древнерусское государство и право : учеб. пособие / под ред. Т. Е. Новицкой. — М. : Зерцало, 1998. — 368 с.
13. Чистяков О. И. Образование Русского централизованного государства и развитие права (XIV — начало XVI в.) / О. И. Чистяков // История государства и права СССР / под ред. О. И. Чистякова, И. Д. Мартысевича. — М. : Изд-во Моск. ун-та, 1985. — Ч. 1.

14. Мартысевич И. Д. Новгородская и Псковская феодальные республики / *И. Д. Мартысевич* // История государства и права СССР / под ред. О. И. Чистякова, И. Д. Мартысевича. — М.: Изд-во Моск. ун-та, 1985. — Ч. 1.
15. Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права / *Г. Ф. Шершеневич*. — 6-е изд. — С.Пб.: Изд. бр. Башмаковых, 1907. — 815 с.
16. Мейер Д. И. Русское гражданское право. В 2 ч. Ч. 2 / *Д. И. Мейер*. — По испр. и доп. 8-му изд. 1902 г. — М.: Статут, 1997. — 455 с.
17. Ефимов С. Л. Морское страхование. Теория и практика: учебник / *С. Л. Ефимов*. — М.: РосКонсульт, 2001. — 448 с.
18. Сидорченко В. Ф. Общая авария / *В. Ф. Сидорченко*. — СПб., 1999. — 132 с.
19. Мещеряков Д. В. Институт общей аварии в современном морском праве / *Д. В. Мещеряков* // Журнал российского права. — 2002. — № 6. — С. 125–135.
20. Савкин Д. В. Некоторые аспекты возникновения и развития института страхования / *Д. В. Савкин* // История государства и права. — 2002. — № 1. — С. 3–29.

А н о т а ц і я

Адамова О. С. Договір бодмереї та «сірі схеми» як передумови виникнення морського страхування. — Стаття.

В статті досліджуються договір бодмереї та так звані «сірі схеми» як наслідок уникнення заборони на стягнення відсотків за договором бодмереї, які стали передумовами виникнення морського страхування. Аналізується шлях розвитку морського страхування в період від Стародавнього Риму до XIX сторіччя.

Ключові слова: морське страхування, мореплавство, бодмерея, позика, кредитор, боржник, судовласник, «сірі схеми», заборона, небезпека, ризик.

А н н о т а ц и я

Адамова Е. С. Договор бодмереи и «серые схемы» как предпосылки возникновения морского страхования. — Статья.

В статье исследуются договор бодмереи и так называемые «серые схемы» как следствие избегания запрета на взыскание процентов по договору бодмереи, которые стали предпосылками возникновения морского страхования. Анализируется путь развития морского страхования в период от Древнего Рима до XIX века.

Ключевые слова: морское страхование, мореходство, бодмерея, займ, кредитор, должник, судовладелец, «серые схемы», запрет, опасность, риск.

S u m m a r y

Adamova O. S. The bottomry contract and «grey charts» as pre-conditions of origin of marine insurance. — Article.

The article is devoted to investigation of the the institute of bottomry and so-called «grey charts» as a result of avoidance of prohibition on the penalty of percents by agreement of the bottomries that became pre-conditions of origin of marine insurance. The way of development of marine insurance is analysed in a period from Ancient Rome to the XIX century.

Keywords: marine insurance, navigator, bottomry, loan, creditor, debtor, shipowner, «grey charts», prohibition, danger, risk.

УДК 342.925:334.788(477)

Ю. В. Семаніва

ВНУТРІШНЯ ОРГАНІЗАЦІЯ РОБОТИ МОРСЬКОЇ АРБІТРАЖНОЇ КОМІСІЇ ПРИ ТОРГОВО-ПРОМИСЛОВІЙ ПАЛАТІ УКРАЇНИ

Питання внутрішньої організації роботи Морської арбітражної комісії при Торгово-промисловій палаті України (далі — МАК) є досить складним і цікавим. Перш за все зазначимо, що внутрішня організація роботи МАК є подібною до внутрішньої організації роботи громадської організації. Разом з тим слід зазначити, що внутрішня організація роботи МАК визначена чинним законодавством та має становити собою виважену структуру. Внутрішня організація роботи МАК за своєю суттю є складовою частиною загальної організації роботи МАК і регламентується Законом України «Про міжнародний комерційний арбітраж» та Регламентом МАК. Одразу зазначимо, що відповідно до ст. 1 Положення про МАК зазначено, що Торгово-промислова палата України затверджує Регламент Міжнародного комерційного арбітражного суду, порядок обчислювання арбітражного збору, ставки гонорарів арбітрів та інших витрат суду, сприяє його діяльності.

Тобто Торгово-промислова палата України, яка відповідно до ст. 1 Закону України «Про торгово-промислові палати в Україні» є недержавною неприбутковою самоврядною організацією, яка об'єднує юридичних осіб, які створені і діють відповідно до законодавства України, та громадян України, зареєстрованих як підприємці, та їх об'єднання, фактично затверджує правила розгляду морських спорів у МАК. У той же час Верховна Рада України виключає будь-яке втручання Торгово-промислової палати України у процес розгляду і вирішення спорів, підкреслюючи, що МАК є самостійною, постійно діючою арбітражною установою, яка здійснює свою діяльність відповідно до Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж».

Створення МАК саме при Торгово-промисловій палаті України, по-перше, відповідає міжнародного досвіду. Як приклад можна навести

Морську арбітражну комісію при Торгово-промисловій палаті Російської Федерації, Міжнародний арбітражний суд морської і внутрішньої навігації (ІМАС, Польща), Дипломований інститут арбітрів (LCIA, Велика Британія), Міжнародну морську арбітражну організацію (ІМАО, Франція) тощо. А по-друге, воно підкреслює незалежність Морської арбітражної комісії від державних органів України. Верховна Рада України виключає будь-яке втручання ТПП України у процес розгляду і вирішення спорів, підкреслюючи, що МАК є самостійною, постійно діючою арбітражною установою, яка здійснює свою діяльність відповідно до Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж». Фактично внутрішня організація роботи МАК будується за принципом роботи об'єднань громадян, якою за своєю правовою природою є Торгово-промислова палата України, створена на основі єдності інтересів для спільної реалізації громадянами своїх прав і свобод.

Держава забезпечує додержання прав і законних інтересів МАК. Втручання державних органів та службових осіб у діяльність МАК, так само як і втручання МАК у діяльність державних органів, службових осіб та у діяльність інших об'єднань громадян, не допускається, крім випадків, передбачених Законом. Разом з тим, як вже було з'ясовано в попередніх підрозділах, правовий статус МАК є набагато ширшим, ніж статус об'єднання громадян. МАК здійснює свою діяльність не тільки в Україні, а й за її межами. Відмінним є також і порядок створення. Не дивлячись на те, що правила внутрішньої організації роботи фактично створює Торгово-промислова палата України, МАК, враховуючи дуалізм її правової природи, здійснює свою діяльність у відповідності до спеціального Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» та норм міжнародних актів. Крім того, само створення МАК також відбулося на підставі цього Закону.

Слід також зазначити, що Морська арбітражна комісія є автономною структурою. Вона не підпорядковується ні уряду, ні міністерствам, ні Торгово-промисловій палаті України. Торгово-промислова палата, звичайно ж, має певні функції та повноваження по відношенню до формування суб'єктивного складу арбітрів, затвердження Регламенту МАК тощо. Разом з тим при призначенні арбітра Президент Торгово-промислової палати України зважає на будь-які вимоги, що ставляться до кваліфікації арбітра угодою сторін, і такі міркування, які можуть забезпечити призначення незалежного і неупередженого арбітра, а в разі призначення одноособового або третього арбітра бере також до уваги бажаність призначення арбітром особи іншого громадянства, ніж громадянство, до якого належать сторони. У зв'язку з чим ми можемо стверджувати, що в основі внутрішньої роботи МАК знаходяться принципи децентралізації, адміністративної та фінансової автономії.

Говорячи про внутрішню організацію роботи МАК, необхідно перш за все зазначити її внутрішню організаційну структуру. Розглянемо всі складові організаційної структури МАК.

Голова МАК і його заступники. Голова МАК і два його заступники призначаються Президією Торгово-промислової палати України строком на 5 років. Голова МАК організує діяльність МАК, виконує функції, передбачені Регламентом, представляє МАК у її відносинах в Україні та за кордоном. Функції заступників голови МАК визначаються головою МАК. Головною особливістю повноважень Голови Морської арбітражної комісії є факт наділення його процесуальними повноваженнями. Так, відповідно до Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» за вимогою однієї зі сторін голова МАК при ТПП України може встановити розмір і форму забезпечення вимог, зокрема прийняти відповідну постанову про накладання арешту на судно чи вантаж іншої сторони, які знаходяться в українському порту. Крім того, до процесуальних повноважень Голови МАК також слід віднести участь у формуванні складу арбітрів та вирішення питання щодо наявності правових підстав при поданні позову на розгляд МАК. Щодо організаційних функцій голови МАК, слід зазначити, що йому підпорядковується секретаріат. Крім того, Голова МАК має повноваження з формальної підстави — порушення строку та порядку сплати арбітражного збору — винести постанову про призупинення чи припинення арбітражного провадження.

Президія МАК. До складу Президії МАК входять за посадою Голова МАК і два його заступники, а також два члени, що призначаються Президією Торгово-промислової палати України строком на 5 років з числа осіб, включених до Рекомендаційного списку арбітрів МАК. Головою Президії МАК є Голова МАК. Президія МАК здійснює функції, віднесені до її компетенції Регламентом, аналізує арбітражну практику, розглядає питання розповсюдження інформації про діяльність МАК, міжнародних зв'язків та інші питання діяльності МАК. Президія МАК подає на затвердження Президії Торгово-промислової палати України Рекомендаційний список арбітрів та пропозиції щодо його зміни. У даному випадку ми також можемо говорити про наявність у Президії МАК певних процесуальних повноважень, пов'язаних з формуванням складу арбітрів. Три члени Президії МАК складають кворум. Рішення Президії МАК приймаються простою більшістю голосів. При рівній кількості голосів голос голови Президії МАК є вирішальним. Рішення Президії МАК оформляються протоколом, який підписується головою Президії МАК і секретарем Президії МАК. У термінових випадках рішення Президії МАК можуть прийматися шляхом опитування його членів з подальшою фіксацією результатів опитування в протоколі. Функції секретаря Президії МАК виконує відповідальний секретар МАК, який бере участь у засіданнях Президії МАК з правом дорадчого голосу. Члени Президії МАК утримуються від участі в обговоренні та прийнятті Президією МАК рішень з питань, що стосуються арбітражних розглядів, в яких вони беруть участь. Президія МАК може передати частину своїх функцій Голові МАК.

Секретаріат МАК. Секретаріат здійснює функції, необхідні для забезпечення діяльності МАК відповідно до Регламенту МАК і підпорядковується Голові МАК. Головною специфікою української моделі арбітражу щодо організації роботи секретаріату Морської арбітражної комісії є той факт, що секретаріат бере активну участь в арбітражному провадженні шляхом звільнення арбітрів від зайвої технічної роботи та через здійснення контролю за ходом розгляду кожної конкретної справи.

Арбітри. Арбітрами можуть бути особи, призначені сторонами за умови дотримання вимог Регламенту, або особи, призначені Президентом Торгово-промислової палати України. Жодна особа не може бути позбавлена права виступати арбітром через її громадянство, якщо сторони не домовились про інше. Сторони можуть за власним розсудом узгодити процедуру призначення арбітра чи арбітрів за умови дотримання положень Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» та Регламенту МАК. Стаття 11 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» передбачає, що при арбітражі з трьома арбітрами кожна сторона призначає одного арбітра, і двоє призначених таким чином арбітрів призначають третього арбітра; якщо сторона не призначає арбітра протягом 30 днів після отримання прохання про це від другої сторони або якщо двоє арбітрів протягом 30 днів з моменту їх призначення не домовляться про призначення третього арбітра, на прохання будь-якої сторони арбітр призначається Президентом Торгово-промислової палати України; при арбітражі з одноособовим арбітром, якщо сторони не домовляться про вибір арбітра, на прохання будь-якої сторони арбітр призначається Президентом Торгово-промислової палати України. Якщо під час процедури призначення, узгодженої сторонами, одна із сторін не дотримується такої процедури; або сторони або два арбітри не можуть досягти згоди згідно з такою процедурою; або третя особа, включаючи установу, не виконує яку-небудь функцію, покладену на неї згідно з такою процедурою; будь-яка сторона може просити Президента Торгово-промислової палати України вжити необхідних заходів. Президія Торгово-промислової палати України за поданням Президії МАК затверджує Рекомендаційний список арбітрів строком на 5 років, в який можуть включатися як громадяни України, так і громадяни інших держав та особи без громадянства, які володіють необхідними спеціальними знаннями в області вирішення спорів, віднесених до компетенції МАК. У рекомендаційних списках арбітрів вказується ім'я та прізвище арбітра, його постійне місце проживання (місто, країна), освіта, спеціальність, вчений ступінь (звання), посада, місце роботи та інші відомості за рішенням Президії МАК.

Разом з тим, враховуючи складну правову природу Морської арбітражної комісії, питання правового статусу арбітрів викликає багато питань та науково-практичний інтерес. Наукові думки з цього приводу є діаметрально протилежними. Дехто вважає, що правовий статус арбітрів подібний до статусу суддів державних судових органів та що

діють офіційно, інші, що арбітри є своєрідними представниками сторін. Почнемо з останньої точки зору. Теоретично можна собі уявити, що дві сторони призначають для розгляду спору рівну кількість арбітрів, які представлятимуть їх інтереси і захищатимуть їх точку зору при вирішенні спору. Вважаємо такий підхід до розуміння статусу арбітрів хибним. Оскільки одним з основних принципів арбітражного розгляду є принцип неупередженості арбітрів, який полягає у тому, що арбітри, в тому числі призначені сторонами, зобов'язані вирішувати справу неупереджено. Крім того, не дивлячись на те, що підставою звернення до МАК є відповідне арбітражне застереження, арбітри не є представниками сторін, оскільки вони не є сторонами арбітражної угоди та не мають зі сторонами договірних відносин.

Зазначимо також, що ані світова практика уніфікованих положень щодо діяльності арбітражу, ані арбітражне застереження, яке рекомендує укладати МАК у разі, якщо сторони бажають розглядати спори по угоді в МАК [1], не містить обов'язку сторін вказувати в арбітражному застереженні конкретних арбітрів. Ефективність арбітражу підвищувалась як раз завдяки ухваленню положень про обов'язкове призначення арбітрів, навіть у разі, якщо сторона або сторони ухиляються від цього. Якщо порівнювати правовий статус арбітра і правовий статус професійного судді, найбільш важлива відмінність полягає у тому, що професійні судді здійснюють свою діяльність від імені держави, а їх діяльність полягає у здійсненні правосуддя ім'ям України. Зазначимо також, що попри демократичний характер арбітражного провадження арбітражна процесуальна діяльність арбітрів підпорядкована вимогам, визначеним Законом України «Про міжнародний комерційний арбітраж» та Регламентом МАК так само, як процесуальна діяльність професійних суддів, яка здійснюється виключно у відповідності до вимог процесуального законодавства. Виконання арбітрами вимог, передбачених Законом України «Про міжнародний комерційний арбітраж» та Регламентом МАК, є вкрай важливим, оскільки єдиною підставою для подальшого можливого скасування Рішення МАК є саме недотримання процедури при розгляді справи в МАК.

Щодо вимог до осіб, які можуть бути арбітрами МАК. Загалом чинне законодавство не містить конкретного переліку вимог до арбітрів, як у випадку з професійними суддями, які мають відповідати вимогам щодо віку, громадянства, освіти тощо. Разом з тим арбітри мають володіти необхідним досвідом і знаннями в галузі торгівельного мореплавства, страхування і морського права. Фактично арбітри мають володіти глибокими спеціальними знаннями в галузі вирішення спорів, які віднесено законом до предметної підсудності МАК. Крім того, арбітром може бути особа, яка є повністю дієздатною. У Франції, наприклад, в Цивільному процесуальному кодексі прямо передбачено, що місія арбітра може бути покладена тільки на фізичну особу, яка є повністю дієздатною. Український законодавець чітко не виписав дану вимогу, однак виходячи

з загальної концепції права, можна стверджувати її існування і в Україні. Також слід зазначити, що арбітром МАК може бути будь-яка особа незалежно від громадянства, якщо сторони не домовились про інше. Це зазначено у статті 11 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» та повністю відповідає Типовому закону ЮНСІТРАЛ.

Таким чином, можна зробити висновок про наявність в арбітрів МАК спеціального статусу, який дозволяє їм виконувати свої функції з вирішення спорів, віднесених до компетенції МАК. Базовими принципами діяльності арбітрів є незалежність арбітрів; неупередженість арбітрів при вирішенні спорів; необхідність чіткого виконання вимог Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» та Регламенту МАК при вирішенні спорів; наявність спеціальних знань з питань, що віднесені до компетенції МАК; наявність в арбітра повної дієздатності.

Слід також зазначити про певні законодавчі гарантії незалежності та неупередженості арбітрів, визначені Законом України «Про міжнародний комерційний арбітраж». Зокрема Законом передбачено наступне. В разі звернення до будь-якої особи у зв'язку з її можливим призначенням як арбітра ця особа повинна повідомити про будь-які обставини, які можуть викликати обґрунтовані сумніви щодо її неупередженості або незалежності. Арбітр з моменту його призначення і протягом всього арбітражного розгляду повинен без зволікання повідомити сторони про такі обставини, якщо він не повідомив їх про ці обставини раніше. Відвід арбітру може бути заявлено тільки в тому разі, якщо існують обставини, що викликають обґрунтовані сумніви щодо його неупередженості або незалежності, або якщо він не має кваліфікації, обумовленої угодою сторін. Сторона може заявити відвід арбітру, якого вона призначила або у призначенні якого вона брала участь, лише з причин, які стали їй відомі після його призначення. Сторони можуть на свій розсуд домовитися про процедуру відводу арбітра за умови додержання вимог цього Закону. В разі відсутності такої домовленості сторона, що має намір заявити відвід арбітру, протягом 15 днів після того, як їй стало відомо про сформування суду або про будь-які обставини, що викликають обґрунтовані сумніви щодо його неупередженості або незалежності, повинна в письмовій формі повідомити суд про мотиви відводу. Якщо арбітр, якому заявлено відвід, сам не відмовляється від посади або інша сторона не погоджується з відводом, питання про відвід вирішується судом. Якщо заяву про відвід при застосуванні будь-якої процедури, узгодженої сторонами, або процедури, передбаченої Законом, не задоволено, сторона, що заявляє відвід, може протягом 30 днів після отримання повідомлення про рішення про відхилення відводу просити Президента Торгово-промислової палати України прийняти рішення про відвід; таке рішення не підлягає ніякому оскарженню; поки таке прохання чекає на своє вирішення, суд, включаючи арбітра, якому заявлено

відвід, може продовжувати арбітражний розгляд та винести арбітражне рішення. У разі, коли арбітр юридично або фактично виявляється неспроможним виконувати свої функції або невиправдано довго не виконує їх з інших причин, його мандат втрачає чинність, якщо арбітр бере самовідвід або сторони домовляються про припинення мандата. В інших випадках, якщо зберігаються розбіжності щодо будь-якої з таких підстав, будь-яка сторона може звернутися до Президенту Торгово-промислової палати України з проханням вирішити питання про припинення дії мандата; таке рішення не підлягає ніякому оскарженню. Самовідвід арбітра або згода сторони на припинення його мандата не означає визнання будь-якої із підстав щодо необ'єктивного чи неупередженого розгляду. Якщо мандат арбітра припиняє чинність або через те, що арбітр сам бере самовідвід з будь-якої іншої причини, або через те, що його мандат скасовується угодою сторін, а також в будь-якому іншому випадку припинення чинності мандата арбітра, новий арбітр призначається згідно з правилами, які були застосовані при призначенні арбітра, якого замінюють [2].

Сьогодні Рекомендаційний список арбітрів МАК складається з 17 арбітрів — відомих науковців та практиків. Список арбітрів містить арбітрів різних національностей, зокрема, українці, росіяни, поляки, німці. Президія ТПП України, виходячи з того, що сторони мають право розраховувати на об'єктивних і професійно бездоганих арбітрів, до питання затвердження їх рекомендаційного списку підходила дуже ретельно. Досить сказати, що серед арбітрів — два академіки і чотири професори, 8 докторів і кандидатів наук, два заслужених діяча науки і техніки України, стільки ж заслужених юристів України, Заслужений юрист Російської Федерації, два лауреати Державної премії України, висококваліфіковані практики, капітани далекого плавання [3].

Найкращою оцінкою діяльності МАК та її арбітрів є той факт, що серед юридичного загалу існує тверда впевненість у тому, що у МАК при ТПП України рішення за домовленістю не приймаються. І це дійсно так. Як зазначив у своєму інтерв'ю Голова МАК при ТПП України, за 16 років роботи в якості арбітра було два випадки, коли арбітри без ознаки корупційних дій лише упереджено поставились до однієї зі сторін під час розгляду справи, і вони обидва були виключені з Рекомендаційного списку. Один із них — іноземець [3].

Слід відмітити, що попри відсутність законодавчо-визначених вимог до осіб, які можуть бути арбітрами МАК, фактично з урахуванням положень чинного законодавства України, арбітрами не можуть бути судді [4], державні службовці, посадові особи органів місцевого самоврядування. Так, відповідно до ч. 2 ст. 127 Конституції України професійні судді не можуть належати до політичних партій та профспілок, брати участь у будь-якій політичній діяльності, мати представницький мандат, обіймати будь-які інші оплачувані посади, виконувати іншу оплачувану роботу, крім наукової, викладацької та творчої. Частиною 2

ст. 53 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» передбачено, що суддя не має права поєднувати свою діяльність з підприємницькою або адвокатською діяльністю, будь-якою іншою оплачуваною роботою (крім викладацької, наукової і творчої діяльності), а також входити до складу керівного органу чи наглядової ради підприємства або організації, що має на меті одержання прибутку. Відповідно до ч. 4 ст. 15 Закону України «Про державну службу» особа, яка вступає на державну службу, зобов'язана до призначення на посаду державної служби вийти зі складу органу управління чи наглядової ради підприємства або організації, що має на меті одержання прибутку (крім випадків, коли особа здійснює функції з управління акціями (частками, паями), що належать державі або територіальній громаді, та представляє інтереси держави або територіальної громади в раді товариства (спостережній раді), ревізійній комісії господарського товариства), припинити іншу оплачувану або підприємницьку діяльність, крім викладацької, наукової і творчої діяльності, медичної практики, інструкторської та суддівської практики із спорту. Зазначене негативно впливає на авторитет МАК, оскільки інші країни (США, Нідерланди, Великобританія тощо) дозволяють професійним суддям та особам, які перебувають на державній службі, бути арбітрами в арбітражному провадженні. Саме це позитивно сприяє утворенню проарбітрабельного середовища, йде на користь постійній позитивній взаємодії між арбітражними органами та державними органами і державними судами. Вирішальним при визначенні арбітра має бути тільки одна ознака — компетентність арбітра [6]. При цьому сторони не повинні враховувати правовий статус такої особи поза межами арбітражного провадження. Крім того, слід зауважити, що наявність в особі відповідної компетенції, відповідних знань та навичок задля того, щоб вирішувати таку складну категорію спорів як морські спори, як правило, є наслідком довгої практичної та теоретичної роботи. У зв'язку з чим вважаємо, що положення українського законодавця щодо неможливості брати участь в арбітражному провадженні у якості арбітра особами, які є суддями або перебувають на державній службі є за своєю суттю дискримінаційними.

У зв'язку з чим пропонуємо доповнити ст. 11 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» положенням про те, що арбітром може бути також особа, яка обіймає посаду судді або перебуває на державній службі чи на службі в органах місцевого самоврядування. У такому випадку її арбітражний гонорар вважається доходом від наукової та творчої діяльності.

Підсумовуючи вище викладене, можна зробити висновок про те, що МАК за внутрішньою організацією роботи поєднує у собі специфічні ознаки внутрішньої організації роботи громадських організацій та внутрішньої організації роботи державних органів.

Л і т е р а т у р а

1. Арбитражная оговорка, рекомендуемая МАК при ТПП Украины [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.ucci.org.ua/arb/mac/ru/clause.html>
2. Про міжнародний комерційний арбітраж : Закон України // Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 25. — Ст. 198.
3. Административное право и процесс: полный курс / Ю. А. Тихомиров. — 2-е изд., доп. и перераб. — М. : Изд. М. Ю. Тихомиров, 2005. — 697 с.
4. Про судоустрій і статус суддів : Закон України // Відомості Верховної Ради України. — 2010. — № 41–45. — Ст. 529.
5. Про торгово-промислові палати в Україні : Закон України // Відомості Верховної Ради України. — 1998. — № 13. — Ст. 52.
6. Про міжнародний комерційний арбітраж : Закон України // Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 25. — Ст. 198.
7. Додин Е. В. Женевские конвенции по морскому праву / Е. В. Додин, С. А. Кузнецов. — 1998. — 25 с. — (Б-ка журн. «Торговое мореплавание»; № 5-II).

А н о т а ц і я

Семаніва Ю. В. Внутрішня організація роботи Морської арбітражної комісії при Торгово-промисловій палаті України. — Стаття.

Зазначена стаття досліджує питання внутрішньої організації роботи Морської арбітражної комісії при Торгово-промисловій палаті України. Розглянуто основні засади внутрішньої організації роботи Морської арбітражної комісії як автономної структури, яка діє на підставі положення, що є частиною Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж». У статті проаналізовано внутрішню організаційну структуру та розглянуто всі її складові. Зокрема проаналізовано повноваження та правовий статус Голови МАК і його заступників, Президії МАК, Секретаріату МАК та арбітрів. Зроблено висновок про те, що МАК за внутрішньою організацією роботи поєднує у собі специфічні ознаки внутрішньої організації роботи громадських організацій та внутрішньої організації роботи державних органів.

Ключові слова: арбітраж, Морська арбітражна комісія, організація роботи арбітражних органів.

А н н о т а ц и я

Семаніва Ю. В. Внутренняя организация работы Морской арбитражной комиссии при Торгово-промышленной палате Украины. — Статья.

Статья исследует вопросы организации работы Морской арбитражной комиссии при Торгово-промышленной палате Украины. Рассмотрены основные принципы внутренней организации работы Морской арбитражной комиссии как автономной структуры, которая действует на основании положения, которое является частью Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже». В статье проанализирована внутренняя организационная структура и рассмотрены все ее составляющие. В частности проанализированы полномочия и правовой статус председателя МАК и его заместителей, Президиума МАК, Секретариата МАК и арбитров. Автором сделан вывод о том, что внутренняя организация работы МАК сочетает в себе специфические черты внутренней организации работы общественных организаций и внутренней организации работы государственных органов.

Ключевые слова: арбитраж, Морская арбитражная комиссия, организация работы арбитражных органов.

S u m m a r y

Semaniva Y. V. Internal organization of the maritime arbitration commission at the ucci. — Article.

This article investigate a question concerning an internal organization of the Maritime Arbitration Commission at the Chamber of Commerce in Ukraine. The basic principles of internal organization of the Maritime Arbitration Commission as an autonomous structure, which operates under the provisions of that part of the Law of Ukraine «On International Commercial Arbitration». The article analyzes the internal organizational structure and describe all of its components. The report analyzes the powers and legal status Chairman and his deputies, the Bureau, Secretariat and arbitrators. It is concluded that the internal organization of Maritime Arbitration Commission combining specific features of the internal organization of the NGOs and the internal organization of the government bodies.

Keywords: arbitrage, Maritime arbitration commission, work of arbitral bodies.

УДК 347.783

*О. О. Кулініч***АВТОРСЬКЕ ПРАВО НА ФОТОГРАФІЧНІ ТВОРИ
ТА ПРАВО ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ НА ВЛАСНЕ ЗОБРАЖЕННЯ:
ВИЗНАЧЕННЯ НАПРЯМКІВ НАУКОВОГО ДОСЛІДЖЕННЯ**

У двадцять першому столітті у зв'язку з розповсюдженням та загальнодоступністю різноманітних технічних засобів фіксації зображень все більше популярності набуває як мистецтво фотографування, так і повсякденна звичайна зйомка. Одним з напрямків у літературно-мистецькій діяльності стало створення колекцій фотографічних творів за різноманітними тематичними напрямками, жанрами. Сучасна технічна апаратура, зокрема мобільні телефони, фотоапарати, відеокамери, веб-камери та інші пристрої дозволяють зафіксувати будь-яку мить з життя, будь-яке об'єктивне вираження будь-чого. Фотоапарати та інші пристрої масштабно використовуються, зокрема у науковій діяльності, при виконанні науково-дослідних проектів, при створенні сюжетів для засобів масової інформації та просто у повсякденному житті пересічними громадянами. Наслідком такого прогресивного розвитку засобів фіксації зображень є необхідність чіткого регулювання відносин щодо визначення умов створення фотографічних творів у конкретних випадках, зокрема з зображенням фізичних осіб чи будь-яких об'єктів (наприклад, стратегічно-важливих для держави) та визначення умов поширення творів з таким зображеннями.

Серед наукових досліджень у сфері регламентації відносин щодо створення та поширення фотографічних творів слід відзначити авторів, які у своїх працях торкаються окремих аспектів даної теми та частково висвітлюють деякі з аспектів обраної тематики дослідження. Характеристиці фотографічних творів як об'єктів авторського права присвячені праці Г. Дорожко, О. Луткової, С. Мазуренко, О. Семенової, Л. Тімофієнко та ін. Окремі питання висвітлювались в ракурсі розкриття змісту та порядку реалізації авторських прав на фотографічні твори у працях І. Абдуліної, Ж. Зварич, К. Омельчука, О. Моргунової, О. Недоруб та ін.

Порядок захисту авторських прав на фотографічні твори розкривався у працях Л. Максимової, В. Мельникова, Н. Суботи та ін. Питання щодо визначення права на власне зображення фізичної особи, охорони прав та інтересів фізичних осіб, зображених на художніх творах, неодноразово були предметом дослідження у наукових працях В. Колосова, П. Погуляєва, Т. Романченко, С. Сліпченко та ін. На жаль, детального висвітлення на рівні монографічних досліджень це питання не отримало. Залишилось поза увагою науковців безліч питань, зокрема щодо охорони використання зображень померлих осіб, реалізації та обмеження права на фотографування фізичних осіб у громадських місцях, умов розповсюдження фотографічних творів із зображенням фізичних осіб без їх відома, визначення меж між приватним та публічним життям при фотографуванні «публічних» фізичних осіб тощо. Все це свідчить про необхідність комплексного підходу до вирішення проблемних питань, що існують у сфері створення та поширення фотографічних творів.

Метою даного дослідження є визначення напрямків вивчення відносин, що виникають при фотографуванні фізичних осіб, при реалізації та захисті авторських прав на фотографічні твори та особистого немайнового права фізичної особи на власне зображення.

Цивільний кодекс України [1] (далі — ЦК України) та Закон України «Про авторське право і суміжні права» [2] не приділяють особливої уваги фотографічному твору як об'єкту авторського права, а лише опосередковано згадують його поміж інших об'єктів авторського права у ст. ст. 433 та 8 відповідно. Фотографії згадуються й у ст. 303 ЦК України серед кола особистих паперів фізичної особи, які є її власністю. Стаття 307 ЦК України визначає засади захисту інтересів фізичної особи при проведенні теле- та відеозйомок. У ст. 308 ЦК України закріплюються положення про охорону інтересів фізичної особи, яка зображена на фотографіях та в інших художніх творах. Одним з недоліків чинного законодавства про авторське право є відсутність визначення категорії «фотографічний твір» та підстав для її розмежування з категорією «фотографія» (під якою звичайно розуміють фотографічні знімки, в яких відсутній творчий характер при їх створенні, а отже й на які не розповсюджується охорона нормами авторського права). Іншим недоліком є відсутність будь-яких критеріїв для визначення творчого характеру фотографічного твору, що ускладнює розгляд справ у судах при визнанні авторських прав на фотографічні твори.

При визначенні статусу авторів фотографічних творів слід звернути увагу, що чинне законодавство, на відміну від законодавства Російської імперії, радянського законодавства, визначило статус автора фотографічних творів рівнозначно з авторами інших видів творів та встановило однакові строки охорони прав як на фотографічні твори, так і на інші види художніх творів. Разом з цим невизначеність лишається щодо можливості реалізації в Україні авторами фотографічних творів права доступу та права слідування, яке закріплюється також за автора-

ми «оригінальних» фотографічних творів у країнах Європейського Союзу. Потребує закріплення у чинному законодавстві категорія «оригінальний твір» та визначення умов кваліфікації твору як оригінального, що й допоможе у подальшому розрізняти фотографічні твори (оригінальні, на які розповсюджується дія авторського права) та фотографії повсякденного чи технічного характеру, які не підпадають під дію законодавства про авторське право, але можуть охоронятися нормами про таємницю приватного життя та ін.

Одним з проблемних питань, яке ще не достатньо врегульовано у чинному законодавстві, є питання охорони права фізичної особи на власне зображення. При співвідношенні права на фотографування та права особи на власне зображення слід відзначити, що перше право обмежується другим. Тобто при фотографуванні фізичної особи фотограф повинен отримати згоду на фотографування особи, за винятком певних випадків, передбачених чинним законодавством. На жаль, деякі з представників засобів масової інформації не звертають уваги на встановлені вимоги чи взагалі роблять вигляд, що для них ніяких обмежень не існує, тому що суспільство має право на доступ до інформації. Насправді це не так. Чинне законодавство закріплює загальну презумпцію згоди особи на її фотографування лише за дотримання двох умов: по-перше, це відкритість проведення зйомки та, по-друге, її проведення на вулиці, на зборах, конференціях, мітингах та інших заходах публічного характеру. У випадку, якщо особа висловлюється проти її зйомки, проведення такої зйомки фотограф повинен припинити. При цьому, на жаль, невизначеним залишається розуміння законодавцем терміну «відкритість зйомки». Звернення до змісту тлумачних словників та матеріалів зарубіжної судової практики дозволяє зробити висновок, що відкритість фотографування — це властивість дій фотографа, що характеризуються через їх явність, неприхованість, несекретність для особи, щодо якої вчиняються.

Зйомки прихованою апаратурою чи за допомогою комп'ютерних Інтернет-програм не допускаються та можуть кваліфікуватись як вторгнення у приватне життя. Для запобігання таємному фотографуванню у деяких країнах вже почали лобювати законопроекти, що висувають технічні вимоги для виробників фото-апаратури по забезпеченню її звуковим супроводом при фотографуванні чи фотоспалахом.

При розгляді спорів про неправомірність фотографування фізичних осіб у судах звертається неодмінна увага на характеристику властивостей технічних засобів, за допомогою яких відбувається процес проведення зйомки. Сучасні технології (зокрема потужні фотооб'єктиви) дозволяють зробити чіткий знімок на досить далекій відстані, тому слід враховувати, що відкритість зйомки та доступність особи для зйомки не свідчать про безумовну згоду на фотографування. Використання таких фотографій за певних умов може тлумачитися як втручання у особисте життя.

Щодо другої умови для правомірності фотографування особи у відкритих місцях слід зазначити наступне. З аналізу змісту ст. 307 ЦК України можна зробити висновок, що зйомки фізичної особи без отримання її згоди допускаються «на вулиці, на зборах, конференціях, мітингах та інших заходах публічного характеру». Отже у даному випадку йде мова про певну територію — вулиці та заходи публічного характеру — збори, конференції, мітинги, тощо.

Як звертають увагу автори одного з коментарів до ст. 307 ЦК України, викликає інтерес як предмет тлумачення формулювання «збори, конференції, мітинги, інші заходи публічного характеру». Публічний характер заходів передбачає доступність їх для необмеженого кола осіб. Збори та конференції можуть бути як публічними, так і доступними для обмеженого кола осіб. Мітинги — це завжди заходи публічного характеру. Зазначення на інші заходи публічного характеру після зазначення на мітинги не дає підстав для висновку про те, що ознака публічності є обов'язковою і для зборів та конференцій. Участь у зборах та конференціях як закритих, так і публічних, означає, що всі учасники та присутні дали згоду на їх знімання. Інша справа, що на публічних зборах та конференціях, як і на мітингах та інших публічних заходах, право знімання належить кожному, а на закритих зборах та конференціях їх організатори та учасники самі вирішують питання про можливість знімання [3, с. 413].

Розкриваючи ознаку публічності здійснення зйомки, слід зазначити, що термін «публічний» тлумачиться як: у присутності публіки, відкритий; суспільний, не приватний [4, с. 514]; всенародний; явний, оголошений, відомий [5, с. 535].

Видається доцільним уточнити це формулювання шляхом зміни його на термін «у громадських місцях». Така зміна є більш конкретною з огляду на тлумачення цього терміну, що міститься у чинному законодавстві.

Так, місцями громадського користування є ті частини будь-якої будівлі, земельної ділянки, вулиці, водного шляху або інших місць, які доступні або відкриті для населення постійно, періодично або час від часу, і включає будь-який комерційний, діловий, культурний, історичний, просвітний, культовий, урядовий, розважальний, рекреаційний або аналогічний об'єкт, який таким чином доступний або відкритий для населення [6].

Більш широке визначення терміну «громадське місце» надається у Законі України «Про заходи щодо попередження та зменшення вживання тютюнових виробів і їх шкідливого впливу на здоров'я населення», як таке, що включає не тільки частину (частини) будь-якої будівлі, споруди, яка доступна або відкрита для населення вільно, але й за запрошенням, або за плату, постійно, періодично або час від часу, в тому числі під'їзди, а також підземні переходи, стадіони [7].

З огляду на неоднозначність тлумачення судами ст. 307 ЦК України — місця проведення зйомки, доцільно все ж таки закріпити презумп-

цію згоди особи на фотографування її у громадських місцях за умови, що проведення зйомки не заборонено, наприклад, правилами внутрішнього розпорядку або відповідними наказами керівників будь-яких закладів, установ, підприємств, організацій.

Відповідно до ч. 3 ст. 307 ЦК України закріплюється положення про те, що у випадках, встановлених законом, може проводитися знімання фізичної особи на фото-, кіно-, теле- чи відеоплівку, в тому числі таємне, без згоди особи.

Розкриваючи положення ч. 3 ст. 307 ЦК України, можна зробити висновок, що крім загальних умов реалізації права на фотографування фізичними особами у звичайних повсякденних умовах, закріплюються на законодавчому рівні спеціальні умови права на фотографування фізичних осіб, якими наділені суб'єкти владних повноважень під час виконання ними службових обов'язків.

В системі чинного законодавства такі випадки необхідно розподілити на дві категорії: по-перше, закріплення права певних посадових осіб на проведення фотозйомки (за необхідністю) при здійсненні ними їх посадових обов'язків та, по-друге, закріплення обов'язку проведення фотографування фізичних осіб як, наприклад, у випадку фотографування, звукозапису, кіно- і відеозйомки засуджених і осіб, узятих під варту (обов'язок посадових та службових осіб органів і установ виконання покарань, слідчих ізоляторів) [8; 9], тобто з метою чіткої фіксації картотеки всіх осіб, які підозрюються чи винні у здійсненні злочину.

Огляд норм чинного законодавства дозволяє зробити висновок, що право на фотографування фізичної особи без отримання її згоди надається певним посадовим особам з метою виконання їх обов'язків, наприклад, запобігання правопорушенню чи фіксації правопорушень, а також з метою здійснення захисту прав та інтересів інших осіб. Слід звернути увагу, що серед обов'язків право на фотографування завжди закріплюється у обов'язковому порядку у нормах чинного законодавства. На відміну від загальних умов фотографування фізичних осіб спеціальні умови фотографування фізичних осіб полягають в тому, що фотографування може здійснюватися приховано, але у випадках, чітко визначених законодавством у рамках виконання службових обов'язків.

Слід звернути увагу, що право на фотографування не є необмеженим. При створенні фотографічних творів не слід забувати про обмеження права на фотографування фізичних осіб чи предметів оточуючого світу, які можуть встановлюватися чинним законодавством, нормами етики та моралі.

До загальних умов обмеження права на фотографування, що міститься у чинному законодавстві України, слід віднести наступні випадки. По-перше, безумовна заборона на фотографування чітко визначає ситуації, коли фотографування не може бути здійснено (наприклад, під час проведення закритих пленарних засідань Верховної Ради України). По-дру-

ге, умовна заборона, що передбачає можливість проведення зйомки за попереднім погодженням з фізичними особами, як, наприклад, у наступних випадках. Крім заборони фотографування, закріпленої у нормативно-правових актах, слід звернути увагу на заборону, що міститься у локальних актах або встановлюється правилами професійної етики для представників тієї чи іншої професії.

Інший рівень заборони — індивідуальна заборона фотографування певної фізичної особи — встановлюється у кожному конкретному випадку на підставі рішення суду.

Обмеження щодо фотографування фізичних осіб умовно можна поділити на загальні (умовні та безумовні), що встановлюються на рівні чинного законодавства відповідних країн та індивідуальні (тільки безумовні), що встановлюються щодо конкретних фізичних осіб на підставі рішення суду. Чітке визначення таких підстав у положеннях чинного законодавства та ознайомлення з ними пересічних громадян частково запобігатиме порушенням у цій сфері.

Іншим напрямком дослідження для розкриття положень обраної теми є визначення порядку та умов поширення фотографічних творів щодо окремих категорій фізичних осіб. Основні положення щодо охорони інтересів фізичної особи, яка зображена на фотографіях та інших художніх творах, регламентуються частиною 308 ЦК України. Слід звернути увагу, що дія ст. 308 розповсюджується не лише на фотографічні твори, але й на інші художні твори, зокрема на: літературні, твори образотворчого мистецтва, архітектурні, твори ужиткового мистецтва, аудіовізуальні твори. У кожному з них в залежності від виду можливо різноманітне відтворення зображення фізичної особи, як, наприклад: словесне, графічне, тощо.

По-перше, одним з режимів є режим розповсюдження фотографічних творів з зображенням фізичних осіб після їх смерті.

Фотографія, інші художні твори, на яких зображено фізичну особу, можуть бути публічно показані, відтворені, розповсюджені лише за згодою цієї особи, а в разі її смерті — за згодою осіб, визначених ч. 4 ст. 303 ЦК України. Згода, яку дала фізична особа, зображена на фотографії, іншому художньому творі, може бути після її смерті відкликана особами, визначеними ч. 4 ст. 303 ЦК України. Витрати особи, яка здійснювала публічний показ, відтворення чи розповсюдження фотографії, іншого художнього твору, відшкодовуються цими особами.

В аспекті даного питання потребують визначення умови і порядок комерційного використання різного роду об'єктів із зображенням фізичних осіб після їх смерті, зокрема картин із зображенням фізичних осіб, які становлять національне надбання, культурну спадщину та мають значну культурно-соціальну цінність. Щодо використання зображення з комерційною метою необхідно чітко визначити обмеження, коли, наприклад, внаслідок такого використання може бути зіпсована добра пам'ять про

померлу особу чи завдана шкода культурній спадщині. Як приклад можна навести зображення Мони Лізи з картини Леонардо да Вінчі, яке використовується одним із ресторанів міста Одеси у перекрученому вигляді, зокрема на рекламних буклетах ресторану (зі справжньою італійською кухнею, де виготовляється піца за рідкісною в Україні традиційною італійською технологією) Мона Ліза тримає у руках велику піцу. У цьому випадку, на наш погляд, має місце порушення особистих немайнових авторських прав, а саме права на недоторканість твору. Адже картина, яка відома у всьому світі, перекручена та використовується у досить непривабливому вигляді зі спотвореним змістом. На жаль, в Україні фактично не здійснюється ефективний контроль за використанням культурної спадщини з комерційною метою. У деяких випадках завдається шкода особистим немайновим правам та інтересам особи, яка зображена на творах, або правам особи, яка є автором твору, але ці дії залишаються безкарними.

В іншому випадку в Одесі було використано зображення Єкатерини Великої для реклами сантехніки. Відома у всьому світі історична особа, про життя та діяльність якої написано сотні книг, царським жестом рекламує... сантехніку, плитку та фарбу в одеському будівельному магазині. За своїм змістом така реклама далека від креативності, а більше свідчить про недалекість автора [10, с. 5].

По-друге, особливості щодо розповсюдження фотографічних творів з зображенням фізичних осіб встановлюються щодо осіб, які позували за плату. Якщо фізична особа позувала авторові за плату, фотографія, інший художній твір може бути публічно показаний, відтворений або розповсюджений без її згоди. На жаль, положення ст. 308 ЦК України видається недосконалим. Не завжди особа «позує за плату», крім цього, необхідно передбачити для правомірності вільного використання фотографічних творів таку підставу, як «позування відповідно до інших домовленостей», коли особа отримує будь-які привілеї чи інші пільги, наприклад, дисконтні карти чи знижки у магазинах за участь у рекламних фотосесіях.

По-третє, особливий режим встановлюється щодо фотографічних творів з зображенням осіб при застосуванні спеціальної мети поширення фотографічного твору — необхідність захисту інтересів особи або інтересів інших осіб. Відповідно до ч. 3 ст. 308 ЦК України фотографія може бути розповсюджена без дозволу фізичної особи, зображеної на ній, якщо це викликано необхідністю захисту її інтересів або інтересів інших осіб. Таким чином, фактично особисте немайнове право на надання дозволу на використання зображення обмежується. У зв'язку з цим виникає питання про визначення окремих випадків, коли допускається обмеження цього права, тобто коли йдеться саме про захист інтересів особи або інтересів інших осіб.

По-перше, щодо самої особи — це, безперечно, у разі зникнення цієї особи (під час її розшуку може використовуватись фото, зображення).

По-друге, у разі дотримання інтересів інших осіб, можна стверджувати про можливість розповсюдження фотографічних творів у «державних або суспільних інтересах» [11, с. 430; 12, с. 17].

При цьому, якщо тлумачити категорію «державний та суспільний інтерес», варто звернути увагу на пропозицію В. Єфременка щодо визначення таких підстав для обмеження права на зображення:

1) зображення державних і громадських діячів, а також історичних осіб. Наприклад, стаття в газеті «Про вибори Президента», де поряд із кожним кандидатом міститься його зображення. Тобто у цьому разі завжди йдеться про обмеження права на використання зображення різних категорій публічних осіб у державних та суспільних інтересах;

2) картини, на яких особи (звичайні перехожі) є лише частиною у зображенні певного ландшафту або певної місцевості;

3) зображення публічних заходів (демонстрацій, мітингів, пікетувань тощо), коли головним об'єктом зображення стають усі учасники події в цілому [13].

Цей перелік, звичайно, не є вичерпним. Крім цих, можуть бути й інші випадки обмеження права на надання дозволу для використання зображення у державних або суспільних інтересах. Слід урахувувати, що під іншими державними або суспільними інтересами можуть розумітись випадки, коли зображення використовується з метою інформування суспільства про пошук злочинців або правопорушників.

Публічне поширення фотографічних творів з зображенням фізичних осіб завжди відбувається за згодою фізичної особи, крім випадків, визначених чинним законодавством. Обмеження права на надання дозволу на використання зображення особи під час розповсюдження фотографічних творів із зображеннями фізичних осіб є необхідним і обумовлено державними (боротьба зі злочинністю), суспільними (інформування суспільства про порушників) або особистими інтересами (пошук зниклих фізичних осіб). Безумовно, у чинному законодавстві неможливо передбачити повний перелік випадків, коли розповсюдження фотографії може бути здійснено без згоди фізичної особи з метою захисту інтересів особи чи інтересів інших осіб, тому всі питання щодо можливих зловживань у таких випадках вирішуватимуться у судовому порядку.

Крім цього, актуальним залишається питання вироблення механізму ефективного захисту права на власне зображення «публічних» фізичних осіб. За загальним правилом, оскільки політичні діячі та посадові особи, які обіймають публічні посади або здійснюють публічну владу на місцевому, регіональному, національному чи міжнародному рівнях, вирішили апелювати до довіри громадськості та погодилися «виставити» себе на публічне політичне обговорювання, то вони підлягають ретельному громадському контролю і потенційно можуть зазнати гострої та сильної громадської критики у засобах масової інформації з приводу того, як вони виконували або виконують свої функції. При цьому зазначені діячі та особи не повинні мати більшого захисту своєї репутації та інших прав

порівняно з іншими особами. У зв'язку з цим межа допустимої критики щодо політичного діяча чи іншої публічної особи є значно ширшою, ніж окремої пересічної особи. Публічні особи неминуче відкриваються для прискіпливого висвітлення їх слів та вчинків і повинні це усвідомлювати [14].

На жаль, засоби масової інформації, посилаючись на зазначене положення, нерідко порушують межі між здійсненням особою її професійних обов'язків та приватним життям. У погоні за сенсаціями про «публічних» осіб журналісти збирають та обнародують інформацію, яка хоча й характеризує «зіркову» особу, але не з професійної, а з особистої сторони, тобто не як фахівця у певній сфері, а як звичайну людину. Бажаним було б вироблення критеріїв розмежування «публічного» життя особи та її приватного життя та закріплення їх у чинному законодавстві для запобігання порушенням права на приватне життя «публічних» осіб.

Така кількість різноманітних режимів публічного поширення фотографічних творів з зображенням фізичних осіб потребує більш детального врегулювання на рівні спеціального нормативно-правового акту.

Отже зазначені проблеми у сучасному суспільстві потребують ефективного вирішення, що частково дозволить підвищити ступінь правової охорони права фізичної особи на зображення, визначити межі приватного та публічного життя «публічних» осіб, визначити порядок та умови фотографування, а також розробити режими поширення фотографічних творів з зображенням фізичних осіб. Зазначені питання можуть бути предметом додаткових досліджень у сфері реалізації та захисту авторських прав на фотографічні твори та права фізичної особи на власне зображення.

Л і т е р а т у р а

1. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 40–44. — Ст. 356.
2. Про авторське право і суміжні права : Закон України від 23 груд. 1993 р. № 3792-III // Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 13.
3. Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України. У 2 т. Т. 1 / [В. Г. Ротань, А. Г. Ярема, В. В. Кривенко, В. Я. Карабань, О. Є. Сонін ; відп. ред. В. Г. Ротань. — 2-ге вид. — Х. : Фактор, 2010. — 800 с.
4. Ожегов С. И. Словарь русского языка : около 57 000 слов / С. И. Ожегов ; под ред. Н. Ю. Шведовой. — [19-е изд., испр.]. — М. : Рус. яз., 1987. — 750 с.
5. Даль В. Толковый словарь живого великорусского языка. В 4 т. Т. 4. И—О / Владимир Иванович Даль. — М. : Рус. яз. : Медиа, 2003. — 779 с.
6. Місце громадського користування: Міжнародна конвенція про боротьбу з бомбовим тероризмом (ст. 1), м. Нью-Йорк, 15.12.1998 р. [Електронний ресурс] // Нормативні акти України. Електронна база даних. — Режим доступу : http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_374
7. Про заходи щодо попередження та зменшення вживання тютюнових виробів і їх шкідливого впливу на здоров'я населення (ст. 1) : Закон України від 22 верес. 2005 р. № 2899-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2005. — № 52. — Ст. 565.

8. Про Державну кримінально-виконавчу службу України (ст. 18) : Закон України № 2713-IV від 23 черв. 2005 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2005. — № 30. — Ст. 409.
9. Про попереднє ув'язнення (ч. 3 ст. 7) : Закон України № 3352-XII від 30 черв. 1993 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1993. — № 35.
10. Панпщук Р. Катерина Великая... рекламирует сантехнику / Роксана Панащук // Слово. — 2012. — 26 апр. — С. 5.
11. Гражданское право. В 4 т. Т. 2. Вещное право. Наследственное право. Исключительные права. Личные неимущественные права : учеб. для студентов вузов, обучающихся по направлению 521400 «Юриспруденция» и по специальности 021100 «Юриспруденция» / [И. А. Зенин, Е. В. Кулагина, Е. А. Суханов, А. Е. Шершобитов]; отв. ред. Е. А. Суханов. — [3-е изд., перераб. и доп.]. — М. : Волтерс Клувер, 2008. — 496 с.
12. Тиллинг Е. Последние тенденции в судебной практике рассмотрения дел по вопросам интеллектуальной собственности / Е. Тиллинг, И. Моцный // Интеллектуальная собственность и реклама. Актуальные вопросы, административная и судебная практика / под ред. И. Шаблинского и Е. Тиллинг. — М. : Альпина Паблишерз, 2010. — С. 11–25.
13. Ефременко В. О праве на собственное изображение [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.internet-law.ru/intlaw/articles/efrem.htm>
14. Про судову практику у справах про захист гідності та честі фізичної особи, а також ділової репутації фізичної та юридичної особи : постанова Верховного Суду України № 1 від 27 лют. 2009 р. // Вісник Верховного Суду України. — 2009. — № 3.

А н о т а ц і я

Кулінич О. О. Авторське право на фотографічні твори та право особи на власне зображення: визначення напрямків наукового дослідження. — Стаття.

Стаття присвячена проблемам охорони авторських прав на фотографічні твори та права особи на власне зображення. Визначається стан дослідження відносин у даній сфері. Характеризується коло проблемних питань, не врегульованих чинним законодавством. Обираються напрямки наступних досліджень з даної тематики.

Ключові слова: фотографічний твір, авторські права, зображення, фізична особа, охорона прав.

А н н о т а ц и я

Кулінич О. А. Авторское право на фотографические произведения и право личности на собственное изображение: определение направлений научного исследования. — Статья.

Статья посвящена проблема охраны авторских прав на фотографические произведения и права личности на собственное изображение. Определяется состояние исследования отношений в данной сфере. Характеризуется круг проблемных вопросов, которые не решены действующим законодательством. Выбираются направления для последующих исследований по данной тематике.

Ключевые слова: фотографическое произведение, авторские права, изображение, физическое лицо, охрана прав.

S u m m a r y

Kulinich O. A. Copyright in photographic works and right of individuals to own image: identify areas of scientific research. — Article.

The article is devoted to the problem of protecting avtorskih rights to photographic works and the individual right to own image. Determined sostsoyanie research relations in the field. Characterized range of problematic issues are not solved the current legislation. Selected areas for posliduyuschih research on the subject.

Keywords: photographic work, copyrights, image, individual, protection of rights.

УДК 347.777

*Г. О. Ульянова***ЗАХИСТ ПРАВ ТВОРЦІВ РЕКЛАМИ ВІД НЕПРАВОМІРНОГО
ВИКОРИСТАННЯ РЕКЛАМНИХ МАТЕРІАЛІВ**

В умовах сьогодення реклама стала невід'ємною частиною нашого життя. Реклама присутня у всіх засобах масової інформації, на вулицях, в громадському транспорті. Враховуючи численність рекламних повідомлень, виробники та замовники реклами докладають все більше зусиль, щоб привернути увагу споживачів, на яких вона розрахована. Результатом таких зусиль доволі часто стають рекламні шедеври, які справляють позитивне враження та надовго запам'ятовуються. Звісно, кожний з замовників реклами зацікавлений у тому, щоб його рекламне повідомлення було оригінальним, а його складові не використовувались у рекламі інших суб'єктів господарювання. Разом з тим споживачам реклами неодноразово доводилось спостерігати схожі за змістом, сюжетом реклами, в яких розповсюджувалась інформація про різні товари. Запозичення у рекламі можуть бути як випадковими, так і цілеспрямованими. Незалежно від того, внаслідок чого створюються практично однакові реклами, при їх розповсюдженні можуть порушуватись права та інтереси споживачів реклами, замовників та виробників реклами. При цьому слід зазначити, що оригінальна реклама або її фрагменти виступають результатом творчої діяльності, які охороняються законодавством у сфері інтелектуальної власності. У зв'язку з цим неправомірне запозичення окремих елементів реклами з метою використання в інших рекламах може призводити також до порушення прав їх творців.

Враховуючи широке коло осіб, права яких можуть порушуватись внаслідок створення тотожних рекламних повідомлень, актуального значення набуває питання правильної кваліфікації дій по запозиченню рекламного матеріалу, визначення законодавства, яке регулює окреслені відносини.

Оскільки внаслідок створення та розповсюдження схожих рекламних повідомлень можуть порушуватись права різних суб'єктів (замовників

реклами, виробників реклами, споживачів реклами), слід зазначити, що в межах даної статті увага буде приділена дослідженню проблеми порушення прав інтелектуальної власності творців реклами при неправомірному використанні рекламних матеріалів.

Проблемним питанням створення та розповсюдження реклами приділяється багато уваги у наукових дослідженнях.

Окремі аспекти правового регулювання рекламної діяльності розглядались у працях вітчизняних та зарубіжних науковців: Ф. П. Котлера, В. С. Кулішенко, Л. В. Мамчур, Є. В. Ромата, Е. Л. Страунінга, А. В. Стрельникова, А. І. Черемної, З. Ш. Шугаїбова та ін.

Проблеми захисту прав інтелектуальної власності у відносинах, що виникають у зв'язку з рекламою, досліджувались у працях: Є. В. Ананьєвої, А. В. Банківського, М. М. Малєїної, Л. В. Мамчур, М. О. Чепелюк, О. Р. Шишки, О. О. Штефан.

Разом з тим проблема запозичення рекламних матеріалів, особливо з позиції права інтелектуальної власності, залишається належним чином не дослідженою.

Метою статті є дослідження законодавства, яке регулює відносини, що виникають у зв'язку зі створенням та розповсюдженням, на предмет забезпечення реалізації творцями реклами права на заборону неправомірного використання рекламних матеріалів та захист порушених прав інтелектуальної власності.

Сучасне законодавство, яке регулює відносини, що виникають у зв'язку зі створенням та розповсюдженням реклами, можна розділити на три категорії:

По-перше, це законодавство, яке регулює безпосередньо рекламні відносини (Закон України «Про рекламу» [1], Угода про співробітництво держав — учасниць СНД у сфері регулювання рекламної діяльності від 19 грудня 2003 р. [2], Порядок накладення штрафів за порушення законодавства про рекламу, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 26 травня 2004 р. № 693 [3] та ін.);

По-друге, законодавство про захист від недобросовісної конкуренції, яке регулює відносини у сфері захисту прав та інтересів суб'єктів господарювання від розповсюдження недобросовісної порівняльної реклами, а також неправомірного використання рекламних матеріалів (Закон України «Про захист від недобросовісної конкуренції» [4]);

По-третє, законодавство у сфері захисту прав інтелектуальної власності (Цивільний кодекс України [5], Закон України «Про авторське право і суміжні права» [6]).

Враховуючи, що метою статті є аналіз проблемних питань захисту прав інтелектуальної власності при неправомірному копіюванні рекламних матеріалів, основану увагу зосередимо саме на цих положеннях законодавства.

Слід зазначити, що Закон України «Про рекламу» дає загальне визначення реклами як інформації про особу чи товар, розповсюдженої

в будь-якій формі та в будь-який спосіб і призначеної сформувані або підтримати обізнаність споживачів реклами та їх інтерес щодо таких особи чи товару.

При цьому як самостійний об'єкт авторського права чи суміжних прав реклама не розглядається.

Про рекламу як об'єкт права інтелектуальної власності зазначено в Угоді про співробітництво держав — учасниць СНД у сфері регулювання рекламної діяльності від 19 грудня 2003 р., відповідно до ст. 9 якої реклама може цілком або частково бути об'єктом авторського права й суміжних прав [2].

Цивільний кодекс України, Закон України «Про авторське право і суміжні права» не передбачає рекламу у переліку об'єктів авторського права та суміжних прав. Разом з тим це не виключає можливості визнання реклами або її складових об'єктом права інтелектуальної власності, оскільки перелік об'єктів авторського права та суміжних прав є невичерпним. Тому за умови відповідності критеріям охороноздатності, встановленим у законодавстві про авторське право і суміжні права, реклама в цілому або її складові елементи можуть отримати відповідну правову охорону за законодавством про авторське право і суміжні права.

Крім того, враховуючи, що реклама містить інформацію щодо суб'єкта господарювання, товари та послуги, при її створенні використовуються також такі об'єкти права інтелектуальної власності, як засоби індивідуалізації учасників цивільних правовідносин, товарів та послуг (торговельні марки, комерційні найменування, географічні зазначення).

Отже, якщо реклама або її складові виступають самостійним об'єктом права інтелектуальної власності, одним із учасників правовідносин, які виникають у зв'язку з рекламою, є творець, який відповідно до чинного законодавства наділяється майновими та немайними правами інтелектуальної власності. Відповідно до ст. 424 Цивільного кодексу України до майнових прав інтелектуальної власності належать право на використання об'єкта права інтелектуальної власності; виключне право дозволяти використання об'єкта права інтелектуальної власності; виключне право перешкоджати неправомірному використанню об'єкта права інтелектуальної власності, в тому числі забороняти таке використання; інші майнові права інтелектуальної власності, встановлені законом. Згідно ст. 423 Цивільного кодексу України право на визнання людини творцем (автором, виконавцем, винахідником тощо) об'єкта права інтелектуальної власності; право перешкоджати будь-якому посяганням на право інтелектуальної власності, здатному завдати шкоди честі чи репутації творця об'єкта права інтелектуальної власності; інші особисті немайнові права інтелектуальної власності, встановлені законом. Крім зазначених немайнових прав, відповідно до ст. 14 Закону України «Про авторське право і суміжні права» автору також належать право вибрати псевдонім, зазначати і вимагати зазначення псевдоніма замість

справжнього імені автора на творі і його примірниках і під час будь-якого його публічного використання; забороняти під час публічного використання твору згадування свого імені, якщо він як автор твору бажає залишитись анонімом.

Разом з тим не всі права інтелектуальної власності, передбачені у законодавстві, залишаються за творцем реклами або її складових. Досліджуючи правовий статус автора рекламного твору, Л. Мамчур слушно зазначає, що особливістю фактичного статусу автора залишається відсутність у нього не лише традиційного комплексу майнових прав (крім права на винагороду), але й практично повна відсутність традиційних можливостей для реалізації особистих немайнових прав, передбачених ст. 14 Закону України «Про авторське право і суміжні права» [7, с. 35].

Специфіка правовідносин, які виникають у зв'язку зі створенням та розповсюдженням реклами, пов'язана з тим, що переважно їх суб'єктами зі сторони виробників реклами виступають професійні суб'єкти господарювання (рекламні агентства, компанії), які і укладають договори про створення реклами з її замовниками. Відносини ж між творцями реклами та рекламними агентствами переважно будуються на підставі договорів замовлення про створення та використання об'єктів права інтелектуальної власності або трудових договорів. При цьому за автором залишаються немайнові права інтелектуальної власності, тоді як майнові права у більшості випадків переходять до рекламного агентства або замовника реклами.

Незважаючи на те, що за автором залишаються немайнові права, вони не знаходять належної реалізації у відносинах, які виникають у зв'язку зі створенням та розповсюдженням реклами. Зокрема це стосується реалізації права на ім'я. Як правило у рекламних повідомленнях, незалежно від того яким чином вони розповсюджуються, не зазначається ім'я його творців. Однак це ніяким чином не значить, що права автора реклами або її складових елементів можуть ігноруватись та порушуватись. Незалежно від умов реалізації немайнових прав автора мають дотримуватись при виготовленні нової реклами. Слід звернути увагу на те, що у законодавстві допускається можливість не зазначати ім'я автора. Так, відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 14 Закону України «Про авторське право і суміжні права» [6] автору належать особисте немайнове право вимагати визнання свого авторства шляхом зазначення належним чином імені автора на творі і його примірниках і за будь-якого публічного використання твору, якщо це практично можливо. Якщо вести мову про практичну можливість зазначення імені та прізвища автора або його псевдоніму у рекламі, то вона існує. Але слід враховувати, що метою реклами є розповсюдження інформації про товари, послуги або суб'єкта господарювання — замовника реклами, а не про її автора. Крім того, на практиці, коли заходить мова про виробника реклами, як правило вказується рекламне агентство, а не окремі автори рекламного твору.

Досліджуючи проблему зазначення відомостей про автора реклами у рекламному повідомленні, М. Гура зазначає, що у більшості випадків це буде не вигідним для замовника, позаяк спричинюватиме додаткові витрати, пов'язані зі збільшенням обсягу реклами та розсіюванням уваги споживача реклами [8].

Враховуючи обмежене коло прав автора реклами або її складових елементів, постає питання щодо можливості реалізації та захисту його прав та інтересів у разі неправомірного копіювання рекламних матеріалів.

Заборона на незаконне запозичення рекламних матеріалів передбачена у декількох нормативно-правових актах. Так, відповідно до ст. 8 Закону України «Про рекламу» заборонено копіювання та імітування тексту, зображення, музичних чи звукових ефектів, що застосовуються в рекламі інших товарів, якщо інше не передбачено законами України у сфері інтелектуальної власності. Встановлюючи загальну заборону на копіювання рекламних матеріалів, законодавство про рекламу допускає можливість наявності такого дозволу у законодавстві, яке регулює відносини інтелектуальної власності. Відповідно виникає питання, що це за випадки? Як вже зазначалось, законодавство у сфері інтелектуальної власності не містить спеціальних положень щодо створення та захисту реклами. Отже до відносин, які виникають у зв'язку зі створенням реклами або її окремих складових, як об'єктів права інтелектуальної власності, застосовуються загальні положення законодавства у зазначеній сфері. Як вже відмічалось, одним із майнових прав інтелектуальної власності є право уповноваженої особи дозволяти іншим суб'єктам використовувати результати творчої діяльності. Звісно, при створенні реклами замовник зацікавлений, щоб його рекламні матеріали, особливо якщо вони розроблені спеціально за його замовленням (оригінальні слогани, музичний супровід, цікаві персонажі), не використовувались іншими суб'єктами. Реалізація такого бажання є цілком можливою, якщо в угоді про створення реклами буде зроблено відповідне застереження. Найбільш вигідним для замовника реклами буде закріплення у договорі з виробником реклами положення, відповідно до якого майнові права інтелектуальної власності на рекламу переходять до нього. З іншої сторони, доволі часто під час створення реклами використовуються вже існуючі і доволі відомі твори, переважно музичні, літературні, художні. В такому випадку згоду на їх використання слід отримувати у їх творця або його правонаступника (якщо строк охорони виключних майнових прав не закінчився і такі твори не перейшли у суспільне надбання). В такому випадку використання творів у одній або декількох різних рекламах буде залежати від того, на яких умовах буде укладено договір щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності з правовласником. Якщо, наприклад, за договором буде видано невиключну ліцензію на використання фрагменту музичного твору у рекламі, це не обмежить право творця надати таку ж ліцензію на

використання того ж музичного твору іншим особам для використання його у рекламі. Немає підстав і для обмеження права на використання у рекламі різних суб'єктів творів, які перейшли у суспільне надбання. Таким чином, відповідно до законодавства у сфері інтелектуальної власності існує можливість використання одних і тих же об'єктів авторського права, суміжних прав у різних рекламах.

Крім права надавати дозвіл на використання результатів творчої діяльності, творці, а також їх правонаступники наділяються правом забороняти іншим особам використовувати об'єкти права інтелектуальної власності. Це право може бути реалізовано й при встановленні заборони на використання реклами або окремих її складових елементів, які виступають результатом творчої діяльності.

На жаль, незважаючи на існуючі можливості правомірного використання результатів творчої діяльності у різних рекламах, на практиці зустрічаються непоодинокі випадки неправомірного запозичення окремих фрагментів реклами.

Окрім Закону України «Про рекламу», запозичення без згоди правовласника рекламних матеріалів визнається також неправомірним Законом України «Про захист від недобросовісної конкуренції». Відповідно до ст. 4 Закону неправомірне використання чужих рекламних матеріалів без дозволу (згоди) суб'єкта господарювання, який раніше почав використовувати їх або схожі на них позначення у господарській діяльності, що призвело чи може призвести до змішування з діяльністю цього суб'єкта господарювання, визнається недобросовісною конкуренцією [4].

Таким чином, у законодавстві встановлено заборони на запозичення рекламних матеріалів. У зв'язку з цим виникає питання, якими з цих положень можуть скористуватись творці реклами або її складових у разі їх неправомірного використання.

Щодо закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» слід відзначити, що відповідно до ст. 2 Закон застосовується до відносин, у яких беруть участь суб'єкти господарювання у зв'язку з недобросовісною конкуренцією, у тому числі у разі вчинення ними дій за межами України, якщо ці дії мають чи можуть мати негативний вплив на конкуренцію на її території, якщо інше не встановлено міжнародними договорами України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Виходячи зі сфери застосування даного закону слід зазначити, що він спрямований на захист прав та інтересів суб'єктів господарювання, які перебувають у конкурентних відносинах. Для того, щоб суб'єкт міг звернутись за захистом прав у випадку неправомірного використання належних йому рекламних матеріалів, має існувати декілька умов: по-перше, особа має виступати суб'єктом господарювання; по-друге, між суб'єктами господарювання мають існувати конкурентні відносини; по-третє, така реклама має використовуватись суб'єктом господарювання; по-четверте, неправомірне використання рекламних матеріалів призвело чи може призвести до змішування з діяльністю суб'єкта господарюван-

ня — власника таких рекламних матеріалів. Відповідно за захистом прав, порушених внаслідок копіювання рекламних матеріалів, за вказаним законом можуть звертатись безпосередньо замовники такої реклами. Разом з тим права інтелектуальної власності на рекламні матеріали виникають у їх творця з моменту їх створення та вираження в об'єктивній формі. Відповідно такі права можуть бути порушені ще до розповсюдження реклами, внаслідок чого автору може бути завдана суттєва шкода.

Отже творці реклами не зможуть належним чином захистити свої права інтелектуальної власності відповідно до Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції».

Крім того, виникає ще одне питання при дослідженні проблеми неправомірного використання реклами. Яким чином може захистити права рекламне агентство? Якщо майнові права на об'єкти інтелектуальної власності належать агентству, воно зможе звернутись з вимогою про заборону використання рекламних матеріалів та вимагати відшкодування збитків, завданих неправомірним використанням результатів творчої діяльності. Однак не слід виключати випадків, коли майнові права інтелектуальної власності на рекламні матеріали в повному обсязі переходять до замовника реклами. Відповідно до законодавства про авторське право і суміжні права особою, уповноваженою на заборону використання рекламних матеріалів, стане безпосередньо їх замовник. Разом з тим, якщо рекламні матеріали, розроблені одним рекламним агентством, будуть постійно використовуватись іншими виробниками реклами, це може завдати не лише майнових збитків, а й зашкодити діловій репутації. З однієї сторони, створення реклами може проходити багато етапів, на вимогу замовника можуть розроблятись декілька проектів майбутньої реклами. Тому це затратний як за часом, так і за фінансами проект. З іншої сторони, під час розповсюдження реклами не зазначається ні творець рекламних матеріалів, ні рекламне агентство, яке виступало стороною договорів про створення реклами. У зв'язку з чим при появі «реклам-близнюків» в першу чергу замовник реклами буде звертатись із звинуваченням про передання іншим суб'єктам господарювання його рекламних матеріалів на адресу рекламного агентства. Тому дії рекламних агентств, які запозичують та неправомірно використовують чужі рекламні матеріали, мають також бути визнані недобросовісною конкуренцією.

Щодо закону України «Про рекламу» слід зазначити, що відповідно до ст. 4 використання у рекламі об'єктів авторського права і (або) суміжних прав здійснюється відповідно до вимог законодавства України про авторське право і суміжні права. З положень даної статті вбачається, що цей закон не регулює відносини, пов'язаних з використанням об'єктів авторського права та суміжних прав у рекламі, відповідно й не регулює відносин у сфері захисту прав інтелектуальної власності на рекламні матеріали.

Виходячи з наведеного творець реклами може захистити свої права внаслідок неправомірного копіювання його рекламних матеріалів відповідно до законодавства у сфері інтелектуальної власності. Разом з тим постає наступне питання, в яких випадках та в яких межах автор реклами може звертатись за захистом належних йому прав. Це залежить від декількох обставин: по-перше, від того, чи розповсюджена реклама чи ні; по-друге, від розподілу прав інтелектуальної власності між учасниками відносин, які виникають у зв'язку з рекламою.

Щодо першої обставини слід зазначити, що відповідно до законодавства момент створення рекламних матеріалів та момент виникнення самої реклами в розумінні закону України «Про рекламу» не співпадають. Відповідно до Закону України «Про рекламу» рекламою є розповсюджена інформація, тобто доведена до невизначеного кола осіб.

В. Погуляев зазначає, що саме з моменту розповсюдження, доступності невизначеному колу осіб рекламна інформація стає рекламою [9].

На думку Л. Мамчур, моментом появи реклами як об'єкта правового регулювання є її створення як первісної інформації, про що свідчать вимоги законодавця до змісту реклами. Рекламні відносини виникають та існують задовго до моменту розповсюдження як кінцевого етапу обігу реклами в суспільстві, тому визначення має наголошувати, що реклама — це не розповсюджена, а призначена до розповсюдження інформація [10].

На відміну від реклами права на самі рекламні матеріали, як об'єкти авторського права, виникають з моменту їх створення та вираження в об'єктивній формі. Одним із порушень авторських прав, які зустрічаються на етапі створення реклами, є привласнення рекламних матеріалів особою, яка не є їх автором та пред'явлення замовнику від власного імені. Такі дії можуть бути кваліфіковані як плагіат, який передбачає оприлюднення (опублікування), повністю або частково, чужого твору під іменем особи, яка не є автором цього твору. Крім того, можуть допускатись порушення майнових прав автора, зокрема права на отримання належної винагороди за створення рекламних матеріалів. В першу чергу, з метою недопущення порушення права на отримання винагороди слід приділяти належну увагу визначенню розміру та порядку виплати винагороди при укладанні договорів замовлення на створення реклами, якщо автор не перебуває у трудових відносинах з рекламним агентством, а виступає самостійною стороною відповідного договору.

Складніше автору захистити права внаслідок неправомірного використання рекламних матеріалів вже розповсюдженої реклами. Якщо майнові права на рекламу передані замовнику реклами або перейшли до рекламного агентства, автор втрачає право забороняти іншим суб'єктам запозичувати та використовувати рекламні матеріали. Якщо ж автор надав право на використання творів лише при виготовленні певної реклами, їх запозичення в іншій рекламі буде виступати грубим порушенням прав інтелектуальної власності. В такому випадку автор зможе

вимагати припинення подальшого використання у рекламі належних йому об'єктів інтелектуальної власності, а також відшкодування завданих внаслідок цього збитків.

Разом з тим за автором зберігається немайнове право, яке передбачає можливість забороняти іншим особам перекручувати або іншим чином спотворювати об'єкт авторського права, внаслідок чого буде завдано шкоду честі та діловій репутації автора. Однак видається, що реалізувати зазначене право при неправомірному використанні рекламних матеріалів буде не легко. Для того, щоб заборонити неправомірне використання рекламних матеріалів, необхідно буде довести, що до реклами як твору внесені суттєві зміни, а також що внаслідок таких дій завдано шкоду честі та репутації автора. Знов-таки здійснити спробу реалізувати це право автор може на етапі розроблення рекламних матеріалів, якщо запропонована ним реклама зазнає суттєвих змін без його згоди.

Коли ж реклама розповсюджена, в першу чергу від неправомірного використання рекламних матеріалів шкоди може зазнавати сам замовник реклами.

Висновки. Таким чином, проведене дослідження дозволяє робити наступні висновки.

Незважаючи на те, що творці реклами або її окремих складових елементів наділяються майновими та немайновими правами інтелектуальної власності, вони не всі можуть бути в повному обсязі реалізовані у правовідносинах, які виникають у зв'язку зі створенням та розповсюдженням реклами. Особливо це стосується немайнових прав інтелектуальної власності (права на ім'я, права на збереження цілісності твору тощо).

Серед різних нормативно-правових актів, які встановлюють заборони на неправомірне використання рекламних матеріалів, творці реклами можуть здійснювати захист належних їм прав на підставі законодавства у сфері інтелектуальної власності.

Проведене дослідження дозволило виявити чимало проблем, які виникають у зв'язку з неправомірним копіюванням рекламних матеріалів. Не всі з них найшли остаточне розв'язання, а тому можуть виступати предметом подальших наукових розвідок. Адже пошук законодавчих та практичних механізмів попередження неправомірного копіювання рекламних матеріалів є необхідною умовою захисту прав та інтересів учасників відносин, які виникають у зв'язку зі створенням та розповсюдженням реклами, серед яких важливе місце посідають творці реклами.

Л і т е р а т у р а

1. Про рекламу : Закон України від 3 лип. 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 39. — Ст. 181.
2. Угода про співробітництво держав — учасниць СНД у сфері регулювання рекламної діяльності від 19.12.2003 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua>

3. Порядок накладення штрафів за порушення законодавства про рекламу : постанова Кабінету Міністрів України від 26 трав. 2004 р. № 693 // Офіційний вісник України. — 2004. — № 21. — Ст. 1440.
4. Про захист від недобросовісної конкуренції : Закон України від 7 черв. 1996 р. // Відомості Верховної Ради. — 1996. — № 36. — Ст. 164.
5. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. // Відомості Верховної Ради. — 2003. — № 40–44. — Ст. 356.
6. Про авторське право і суміжні права : Закон України від 23 груд. 1993 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 13. — Ст. 64.
7. Мамчур Л. Особливості правового статусу автора рекламного твору / Л. Мамчур // Теорія і практика інтелектуальної власності. — 2011. — № 6. — С. 32–37.
8. Гура М. Реклама як об'єкт авторського права / М. Гура // Юридична газета. — 2004. — № 17.
9. Погуляев В. Воздействие на нарушителей авторских и смежных прав по законодательству о рекламе / В. Погуляев // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. — 2005. — № 10. — С. 26.
10. Мамчур Л. В. Правове регулювання реклами (цивільстичний аспект) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Л. В. Мамчур. — Л., 2006. — 203 с.

А н о т а ц і я

Ульянова Г. О. Захист прав творців реклами від неправомірного використання рекламних матеріалів. — Стаття.

Стаття присвячена аналізу нормативно-правових актів, які встановлюють заборону на неправомірне використання рекламних матеріалів. У відносинах, які виникають у зв'язку зі створенням та розповсюдженням реклами, права інтелектуальної власності реалізуються не в повній мірі, що обумовлює й особливості захисту прав творців рекламних матеріалів у випадку їх неправомірного використання.

Ключові слова: реклама, автор реклами, виробник реклами, замовник реклами, неправомірне використання реклами, захист прав інтелектуальної власності.

А н н о т а ц и я

Ульянова Г. А. Защита прав творцов рекламы от неправомерного использования рекламных материалов. — Статья.

Статья посвящена анализу нормативно-правовых актов, которые устанавливают ограничения на неправомерное использование рекламных материалов. В отношениях, которые возникают в связи с созданием и распространением рекламы, права интеллектуальной собственности не реализуются в полной мере, что обуславливает и особенности защиты прав творцов рекламных материалов в случае их неправомерного использования.

Ключевые слова: реклама, автор рекламы, производитель рекламы, заказчик рекламы, неправомерное использование рекламы, защита прав интеллектуальной собственности.

S u m m a r y

Ulianova G. A. Copyright protection from the illegal use advertisement. — Article.

The article devoted to comprehensive analysis the legislation, which sets limits on the illegal use of advertising. The author elucidates the peculiarities of copyright protection in the legal relations arising from advertisement.

Keywords: advertisement, author of advertisement, producer of advertisement, customer of advertisement, illegal use of advertisement, protection of intellectual property rights.

УДК 349.442(477)

*О. О. Квасніцька***ІСТОРИЧНИЙ РОЗВИТОК ТА СТАНОВЛЕННЯ БУДІВЕЛЬНОГО
ЗАКОНОДАВСТВА У ПРАВОВОМУ ДОСВІДІ УКРАЇНИ**

Сучасне вивчення правового регулювання будівельної діяльності неможливе без врахування історичного досвіду будівельного (містобудівного) законодавства, його періодизації та основних тенденцій розвитку містобудівного законодавств на конкретних історичних етапах. Протягом історичного та соціального розвитку суспільства, політичних устроїв поступово формувалось та набувало нових правових форм будівельне законодавство і, як наслідок, змінювалися напрямки його регулювання.

Враховуючи, що будівельне законодавство є частиною містобудівного законодавства, у рамках даної статті через дослідження історичних етапів розвитку та сучасного стану містобудівного законодавства аналізується процес становлення та реформування безпосередньо будівельного законодавства. Розуміючи, що сфера містобудівної діяльності є занадто широкою та входить до предмету регулювання адміністративного, земельного, господарського права, дослідження матиме суто господарський характер, так як будівельна діяльність, хоча й пов'язана з територіальним плануванням та зонуванням, що відноситься до елементів містобудівної діяльності, її основу становлять організаційно-господарські та господарсько-виробничі правовідносини.

В юридичній літературі нормативному регулюванню будівельної діяльності присвячені статті правників господарників, цивілістів, адміністративістів, економістів (Є. Є. Ключниченко, М. Ю. Кудрявцева, А. Н. Асаула, В. Ф. Попондопула, В. Ф. Яковлевої, Н. О. Доценко-Білоус, І. Г. Пірожкова, В. В. Козик, В. А. Січевалюк, Н. С. Кузнецова, Н. В. Олійник та ін.), зустрічаються публікації з приводу кодифікації законодавства у сфері містобудування (І. О. Ізорова, І. М. Миронець), окремо зустрічаємо дослідження архітектурно-містобудівельного законодавства у роботах істориків та дослідження технічного характеру (Л. В. Качемцева, У. Іваночко). Такий інтерес викликаний тим, що бу-

дівельна діяльність, окрім державного регулювання, наявності системи господарських зв'язків, включає значний масив приписів технічного регулювання.

Між тим, незважаючи на певний інтерес науковців до будівельного законодавства, слід зазначити відсутність ґрунтовних напрацювань, за допомогою яких можливо з'ясувати історію вітчизняного будівельного законодавства, а питання кодифікації містобудівного законодавства розглядаються без врахування існуючої правової системи в Україні, Господарського кодексу України, який у змозі врегулювати значну частину питань, пов'язаних з державним регулюванням, фінансуванням та здійсненням будівельної діяльності.

Отже потреба у детальному опрацюванні існуючого матеріалу, у дослідженні генезису правових норм, що регламентують відносини у сфері будівництва є актуальною та необхідною для правового досвіду України.

Мета даної статті полягає у визначенні періодизації розвитку будівельного законодавства, виявленні характерних ознак окремих періодів, аналізу сучасного стану будівельного законодавства та пропозицій щодо підвищення ефективності правового регулювання будівельної діяльності.

Щоб знайти тенденцію правового розвитку походження та становлення будівельного законодавства (містобудівного законодавства), завдання полягає у співставленні діючого нормативно-правового масиву з тим, який існував у минулому юридичному досвіді. Слід зазначити, що становлення будівельного (містобудівного) законодавства проходило відповідні етапи, які звісно умовно поділяються на певні періоди у зв'язку з тим, що в якості критерію такої періодизації стоїть поєднання історичних нарисів та нормативно-правових актів. Так розвиток будівельного законодавства характеризується наступними періодами:

- кодифікація будівельних правил за часів Київської Русі;
- будівельне законодавство за часів кріпосного права;
- дореволюційний період регулювання сфери будівництва;
- період регулювання будівельної діяльності за радянських часів;
- період становлення та реформування будівельного законодавства у незалежній Україні.

Періодизація будівельного законодавства (містобудівного законодавства) розпочинається ще за часів первісного ладу (на рівні будівництва житла). До такого висновку дозволяють дійти історичні дослідження Біскупінського городища (середина I тисячоліття до н.е.), а саме «вся внутренняя территория городища была разрезана параллельными улицами, а между ними, вплотную примыкая друг к другу торцовыми сторонами, стояли жилые дома, перекрытые общей двускатной крышей» Правильность планировки и примерное равенство домов (10×9 метров) указывают на наличие сильной управляющей власти, которой очевидно владел глава родовой общины» [1, с. 150]. Наявність трактату Вітрувія (I тисячоліття до н.е.) [2], який є історичною пам'яткою та визначає ха-

ракти і напрям розвитку мистецтва і творчості часів Відродження, також є підтвердженням існування певної регламентації планування і будівництва.

Однак початок кодифікації будівельного законодавства пов'язують з Ярославом Мудрим, так як саме в XI ст. вперше в історії Київської Русі було прийнято «Будівельний статут» — перший кодифікований документ, що регламентував вимоги до здійснення будівельного процесу. Розвиток будівельного законодавства характеризується пізнанням культури античного світу і середньовічної культури Візантії унаслідок прийняття християнства та відмови від язичницьких Богів. У цей період виникають зародки цехової організації майстрів будівельної справи, розробляються правила будівництва, що знаходять своє відображення у «Будівельному статуті» й у «Руській Правді» Ярослава Мудрого (1020 р.).

За часів кріпосного права розвиток будівельного законодавства, у якості цілісної галузі, пов'язують з діяльністю Петра I [3, с. 28], хоча окремі необхідні документи містобудівного характеру датуються XVI—XVII ст. Так, перші письмові свідчення стосовно існування будівельного підряду відносяться до 1574 р. і стосуються приватних підрядів, коли відносини оформлялися у вигляді підрядних грамот або записів [4, с. 164]. Нормативне закріплення відносин будівельного підряду відбулося у 1595 р. царським наказом «О заготовлении материалов для строения Смоленской крепости» [5, с. 450], яким закріплювалися спеціальні норми про договори будівельного підряду за участю держави. У подальшому більшість нормативно-правових актів, що застосовувалася до договорів підряду, до кінця XX ст. мали державну направленість, оскільки держава являлася однією із сторін договору будівельного підряду, а сам договір розглядався як державний контракт, необхідний для здійснення внутрішніх функцій держави.

У 1714 р. Петром I був виданий указ «О каменном строении Петербурга», яким було введено заборону на здійснення кам'яного будівництва в інших містах країни, окрім Санкт-Петербургу. У 1718 р. указом Петра I була створена Головна поліцмейстерська канцелярія, орган, за допомогою якого здійснювалося регулювання міського будівництва та благоустрою. У 1719 р. Петро I затвердив регламент Камер-колегії, яким впроваджувалося в обов'язки укладати договори підряду для державних потреб. За часів царювання Петра I з'являються перші нормативні акти про культове будівництво, головною метою яких було встановлення обов'язковості отримання дозволу на будівництво.

Правове регулювання містобудівної діяльності тих часів характеризувалося проблемами «регулярності» планування столиці, фінансуванням будівництва, художньою регламентацією; протипожежними заходами, вузькою «географічною направленістю», адже більшість нормативно-правових актів мали обмежену дію у просторі (лише Санкт-Петербургом). І. Г. Пірожкова зазначає що «юридические механизмы обеспечения

действия правовых новелл лежали в русле общегражданских отношений того времени, которые определялись традиционными нормативными постулатами крепостного права: для реализации своих замыслов царь часто прибегал к действиям насильственного, по сути, крепостнического характера» [3, с. 30].

У 1737 році було прийнято будівельний кодекс «Должность архитектурной экспедиции», яким передбачалась «регулярна забудова» — з геометричною правильністю планування, єдиними правилами і прийомами будівництва, симетричністю при забудові вулиць, співвідношенням висоти створених споруд і їх розмірів).

В подальшому регулювання будівництва відбувалося на рівні указів, так, Катерина II у 1763 р. видала указ «О сделании всем городам, их строениям и улицам специальных планов, по каждой губернии особо», відповідно до якого у країні розпочалися роботи з перепланування міст на регулярній основі. У другій половині XVIII ст. відзначено дві сфери застосування типізації — приватно-житлове та казенне будівництво. Застосовувалися типові проекти, або так звані «зразкові проекти», які затверджувалися Сенатом одночасно з планами міст.

XIX століття відносять до періоду реформування будівельного законодавства. Так, у 1811 р. були прийняті «Урочные реестры по части гражданского строительства и по военным работам» (містили вимоги щодо затрат робочої сили і кількості матеріалів на будівництво). У 1832 р. був виданий загальний нормативний збірник «Урочное положение на все общие работы, производящиеся при крепостях, государственных зданиях и гидротехнических сооружениях», який у 1869 р. було затверджено урядом.

У 1837 р. було прийнято «Строительный устав», який став частиною повного зібрання зводу законів, що регулювали будівництво, кодифікованих на той час. «Строительный устав» складався із семи розділів і двадцяти однієї глави, в яких були викладені: положення про установи для керування будівельною частиною (розділ 1), про типи казенних (2 розділ), церковних (3 розділ) і громадських будинків (4 розділ), про правила побудови міст та устрою у них вулиць, площ, мостів, фабрик і приватних будинків (5–6 розділ) і селищ (7 розділ) [6, с. 227].

«Урочное положение на все общие работы, производящиеся при крепостях, государственных зданиях и гидротехнических сооружениях» 1869 р. було направлено на впровадження нової техніки, збільшення якості будівельних робіт, містило вказівки щодо вибору і іспиту матеріалів, вимоги щодо засобів безпеки під час розібрання споруд, вимоги щодо засобів безпеки при виконанні будівельних робіт, правила і норми для забудови житлових приміщень, визначалась приблизна вартість квадратного метру різних споруд, вимоги до проектів споруд і приміщень, норми затрат будівельних матеріалів, порядок виробництва будівельних робіт, вимоги до здійснення надбудов нових поверхів на існуючих спорудах та ін. Необхідно відзначити, що у той час Росія була

єдиною країною в світі, яка мала такий нормативний акт у сфері будівництва. Урочне положення неодноразово переглядалося та проіснувало до 1930 року, до появи «Свода производственных строительных норм». Поряд зі «Строительным уставом», «Урочным положением на все общие работы, производящиеся при крепостях, государственных зданиях и гидротехнических сооружениях» діяли «Нормы проектирования и расчета несущих (преимущественно мостовых) конструкций», які були прийняті Міністерством шляхів сполучення Росії.

Період ХХ століття необхідно поділити на два етапи розвитку будівельного законодавства. Перші роки Радянської влади пов'язані з житловою, виробничою кризою, що стало наслідком Першої світової війни, громадянської війни, революції 1917 року і практично повним припиненням будівельної діяльності. Основи будівельного законодавства, закладені в період проведення реформ 1837–1864 рр., за радянських часів не були збережені.

Першим документом Радянської республіки у житловій сфері був Декрет Всеросійського Центрального Виконавчого комітету 20/VIII-1918 р. «Об отмене права частной собственности на недвижимость в городах». З 1917 року по 1923 рік у СРСР створювалися санітарні норми устрою і утримання житла. У період НЕПу були відмінені принципи житлового розподілу, у 1922 р. було прийнято Закон «О праве надстройки», а з 1924 року Постановою ЦВК СРСР, СНК СРСР «О жилищной кооперации» був запроваджений інститут кооперативної власності у вигляді житлових товариства та приватне будівництво отримало певний розвиток. Починаючи з 1926 р. у СРСР створюється структура проектних організацій державного підпорядкування для здійснення проектування військових, громадських, промислових, інженерних, інфраструктурних об'єктів, виключивши можливість здійснення приватної проектної практики. Постановою ЦВК і РНК СРСР від 4 січня 1928 р. «Про житлову політику» [7] передбачалося заохочення на будівництво великих житлових будинків за рахунок приватного капіталу шляхом встановлення спеціальних пільг, перелік яких в подальшому був регламентований Постановою РНК СРСР від 17 квітня 1937 р. «Про збереження житлового фонду та поліпшення житлового господарства в містах» [8].

У 1927–1930 роках «Урочное положение на все общие работы, производящиеся при крепостях, государственных зданиях и гидротехнических сооружениях» було повністю переглянуте і була видана нова нормативна збірка — «Свод производственных строительных норм». Проте внаслідок громіздкості і складності викладу, наявності безлічі формул і використання вузькоспеціальної термінології він був мало доступним для практичного застосування [9]. Слід зазначити, що окрім регламентації порядку здійснення будівництва, вимог до матеріалів та проектування на рівні підзаконних актів вирішувалися питання фінансування капітального будівництва державних об'єктів. Однак у цей період фінан-

сування будівництва здійснювалося виключно за рахунок державних коштів та законодавством не була передбачена можливість залучати кошти від населення будь-яким способом, у тому числі шляхом їх об'єднання, як це було впроваджено у 20-ті роки.

Метод безповоротного фінансування капітального будівництва державних підприємств промисловості, транспорту і зв'язку був встановлений Постановою ЦВК і СНК СРСР від 9 березня 1934 р. «О безвозмездном финансировании капитального строительства государственных предприятий...» [10]. Постановою СНК СРСР від 26 лютого 1938 р. «Об улучшении проектного и сметного дела и об упорядочении финансирования строительства» [11] були затверджені Правила про договори підряду на капітальне будівництво, положення яких деталізувалися інструкціями міністерств та відомств.

Даний період розвитку будівельного законодавства характеризувався значною кількістю відомчих норм і технічних умов, мало погоджених одні з одними і «засмічених» приватними рекомендаціями, практика проектування складалася хаотично, відповідальність залишалася не врегульованою.

У 1950-х роках на зміну «Урочному положенню....» 1869 р. прийшла методика розрахунку будівельних конструкцій та основним зводом нормативних документів для будівництва стали будівельні норми і правила (БНіП). Структура БНіП включала в себе: 1) будівельні матеріали, деталі і конструкції; 2) норми будівельного проектування; 3) правила проведення і приймання будівельних робіт; 4) кошторисні норми на будівельні роботи. З розвитком технологій, збільшенням об'ємів і потреб будівництва будівельні норми і правила переглядалися у 1962, 1974, 1982 роках. Постановою Ради Міністрів СРСР від 24 серпня 1955 р. «Об упорядочении планирования, укрепления хозяйственного расчета, финансовой дисциплины и улучшения сметного дела в строительстве» були затверджені правила фінансування будівництва [12], які втратили свою силу 1988 р. Даною Постановою були затверджені нові Правила про договори підряду на капітальне будівництво, укладення таких договорів продовжувало здійснюватися на підставі нормативних відомчих або міжвідомчих інструктивних вказівок адміністративного характеру. У подальшому Правила переглядалися та у 1969 р. були прийняті нові Правила про договори підряду на капітальне будівництво, які значно відрізнялися від Правил 1955 р.

У 1955 році відбулася переорієнтація у житловому, громадському та промисловому будівництві: було зроблено акцент на спорудження об'єктів будівництва за типовими проектами, «без надмірностей», на основі індустріальних методів будівництва. Згідно з Постановою ЦК КПУ і Ради Міністрів від 22 вересня 1955 р. будівництво житлових, культурно-побутових будинків здійснювалося за типовими проектами, за індивідуальними — можливо було лише в окремих випадках за дозволом Держбуду УРСР.

За дорученням Ради Міністрів СРСР Держаним комітетом Ради Міністрів СРСР у справах будівництва були затверджені норми будівельного проектування, які містили в собі правила будівельного проектування.

Постановою ЦК КП України та Ради Міністрів УРСР «Про розвиток житлового будівництва в Українській РСР» від 24 серпня 1957 р. не лише визначалися напрямки республіканської політики у сфері житлового будівництва, але передбачалося збільшення обсягів житлового будівництва за рахунок, у тому числі, коштів населення [13]. Відповідно 30 квітня 1958 року Постановою Ради Міністрів УРСР було затверджено Положення про житлово-будівельні колективи та індивідуальних забудовників у містах, селищах міського типу Української РСР [14]. Питання правового режиму джерел капітального будівництва вирішувалося за допомогою рішень Пленуму ЦК КПКР і XXIII з'їзду партії 1965 р. Так, забезпечення капітального будівництва фінансовими ресурсами здійснювалося за допомогою: коштів державного бюджету, власних коштів соціалістичних підприємств, кредитних ресурсів Будбанку і Держбанку СРСР [15].

У кінці 1980-х років у країні була сформована ієрархічна система нормативних документів, що регулювали будівельну діяльність, будівельні норми і правила (БНіП), державні стандарти на будівельні матеріали, деталі, конструкції, що містили вимоги до цих виробів промислового виробництва, стандарти Системи проектної документації для будівництва (розробленої в кінці 1970-х рр.) з вимогами до робочих проєктів у сфері будівництва, санітарні норми і правила і т.д. Отже правове регулювання будівельної діяльності за часів радянського союзу у більшій частині здійснювалося на підставі нормативної та рекомендаційної бази, що включала значну кількість технічних норм.

Довгий час правове регулювання містобудування знаходилося у спільній компетенції Союзу РСР і союзних республік. Загальносоюзне правове регулювання здійснювалося за допомогою урядових і відомчих нормативних актів. Республіканське містобудівне законодавство деталізувало загальносоюзні нормативні правові акти і пристосовувало їх до місцевих умов.

Після розпаду СРСР та з проголошенням у 1991 році незалежності України, з прийняттям Конституції України пов'язаний наступний період реформування будівельного законодавства, що характеризується деталізацією, великим обсягом нормативно-правових актів, у тому числі норм технічного спрямування, складною системою законодавства, яка включає значну кількість законодавчих актів.

З прийняттям у 1992 році Закону України «Про основи містобудування», у 1999 р. — «Про архітектурну діяльність», у 2000 р. — «Про планування і забудову територій», «Про особливості приватизації об'єктів незавершеного будівництва», у 2002 р. — «Про генеральну схему планування території України», у 2005 р. — «Про порядок прий-

няття рішень про розміщення, проектування, будівництво ядерних установок і об'єктів, призначених для поводження з радіоактивними відходами, які мають загальнодержавне значення», у 2006 р. — «Про комплексну реконструкцію кварталів (мікрорайонів) застарілого житлового фонду» був сформований новий підхід країни до будівельного законодавства, основних правових конструкцій, правового статусу учасників будівельної діяльності (коло яких було значно розширено у зв'язку з переходом до ринкових механізмів економіки), способів та порядку здійснення будівництва, засобів державного регулювання та контролю.

Закон України «Про основи містобудування» від 16 листопада 1992 р. визначив правові, економічні, соціальні та організаційні засади містобудівної діяльності в Україні, закріпив поняття та вимоги до містобудівної діяльності, визначив основні напрямки державного регулювання будівельної діяльності та компетенцію органів у сфері містобудування. Складовими містобудівної діяльності стали: прогнозування розвитку населених пунктів і територій; планування; забудова та інше використання територій; проектування; будівництво об'єктів містобудування, спорудження інших об'єктів; реконструкція історичних населених пунктів при збереженні традиційного характеру середовища; реставрація та реабілітація об'єктів культурної спадщини, створення інженерної інфраструктури; створення транспортної інфраструктури.

Постановою Кабінету Міністрів від 27 грудня 2001 р. «Про затвердження Порядку державного фінансування капітального будівництва» вперше було надано визначення поняттю «капітального будівництва», а в подальшому будівництво за державні кошти було регламентовано низкою підвідомчих актів, та на сьогодні дане питання окрім вищевказаних нормативних актів регулюється Бюджетним кодексом України, Законом України «Про здійснення державних закупівель», Законом України «Про державно-приватне партнерство», Постановою Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку використання коштів, передбачених у державному бюджеті для підтримки будівництва вуглеторфодобувних підприємств і здешевлення кредитів для їх технічного переоснащення» від 2 квітня 2012 р. № 286 та ін.

Відповідно до Декрету Кабінету Міністрів України «Про стандартизацію та сертифікацію» від 10 травня 1993 р. державні будівельні норми та правила, які були у спадок прийняті від колишнього СРСР, були прирівняні до державних стандартів України та стали вагомим джерелом будівельного законодавства. На сьогодні значна увага приділяється технічному регулюванню, що підтверджується прийняттям Законів України «Про стандартизацію», «Про підтвердження відповідності», «Про акредитацію органів з оцінки відповідності», «Про стандарти, технічні регламенти та процедури відповідності». Розпорядженням Кабінету Міністрів схвалена Концепція розвитку технічного регулювання та споживчої політики у 2006–2010 рр., змістовна конструкція якої констатує невідповідність технічного регулювання основним положенням ЄС та вка-

зує проблеми, які спричиняють уповільнення розвитку системи технічного регулювання.

Наряду з вищевказаними законами питання технічного регулювання будівельної діяльності регламентовано ч. 1 ст. 15 Господарського кодексу України, Законом України від 5 листопада 2009 р. «Про будівельні норми», Постановами Кабінету Міністрів України від 20 грудня 2006 р. «Про затвердження Технічного регламенту будівельних виробів, будівель і споруд»; від 1 березня 2006 р. № 240 «Про затвердження Правил підтвердження придатності нових будівельних виробів для застосування»; від 7 жовтня 2003 р. № 1585 «Про затвердження Технічного регламенту модулів оцінки відповідності та вимог щодо маркування національним знаком відповідності, які застосовуються в технічних регламентах з підтвердження відповідності»; Розпорядженнями Кабінету Міністрів України від 14 липня 2010 р. «Про затвердження Концепції реалізації державної політики з нормативного забезпечення будівництва в Україні на період до 2015 р.»; від 12 жовтня 2011 р. «Про затвердження Порядку застосування будівельних норм, розроблених на основі національних технологічних традицій, та будівельних норм, гармонізованих з нормативними документами Європейського союзу».

З розвитком підприємницької активності питання здійснення будівельної діяльності суб'єктами господарювання та правове регулювання відносин у сфері будівництва стало вирішуватися за допомогою приписів Господарського кодексу України від 16 січня 2003 р., Законів України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» від 1 червня 2000 р., «Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності» від 6 вересня 2005 р., «Про екологічну експертизу» від 9 лютого 1995 р., «Про відповідальності підприємств, їх об'єднань, установ і організацій за правопорушення у сфері містобудування» від 14 жовтня 1994 р., постанов Кабінету Міністрів України «Про ліцензування господарської діяльності, пов'язаної із створенням об'єктів архітектури» № 1396 від 5 грудня 2007 р., «Деякі питання виконання підготовчих і будівельних робіт» від 13 квітня 2011 р. № 466, «Питання прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів» від 13 квітня 2011 р. № 461, «Про затвердження Порядку проведення експертизи містобудівної документації» від 25 травня 2011 р. № 548, наказів Міністерства регіонального розвитку та будівництва України від 27 січня 2009 р. № 47 «Про затвердження Ліцензійних умов провадження господарської діяльності у будівництві, пов'язаної із створенням об'єктів архітектури» і т.д.

Питання фінансування та залучення грошових коштів на будівництво житла урегульовано Законами України «Про інвестиційну діяльність» від 18 вересня 1991 р., «Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю» від 19 червня 2003 р. Між тим, з прийняття відповідних законодавчих актів гарантованості у реалізації суб'єктивних прав учасники будівельних правовідносин не отримали. Проблеми, які існували та продовжують існувати

у фінансуванні та залученні грошових коштів від фізичних та юридичних осіб на будівництво житла спричинили прийняття 3 березня 2006 року Указу Президента «Про заходи щодо вдосконалення державного регулювання у сфері будівництва житла та стабілізації ситуації на первинному ринку житла».

Договірні правовідносини у сфері будівництва регулюються приписами Господарського та Цивільного кодексів, Постановою Кабінету Міністрів України «Про затвердження Загальних умов укладення і виконання підряду в капітальному будівництві» від 1 серпня 2005 р. № 668, Наказом Державного комітету України з будівництва та архітектури «Про затвердження Примірною договору підряду в капітальному будівництві» від 27 жовтня 2005 р. № 3 та ін.

Порівнюючи будівельне законодавство на перших етапах незалежності України із сучасним, слід констатувати, що воно зазнало значних змін. З прийняттям Законів України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо сприяння будівництву» від 16 вересня 2008 р. та «Про запобігання впливу світової фінансової кризи на розвиток будівельної галузі та житлового будівництва» від 25 грудня 2008 р. було внесено чимало змін до базових нормативних актів, регулюючих складну та обтяжливу документами дозвільного характеру процедуру капітального будівництва.

За останні роки в Україні активне проведення правової реформи зумовило прийняття десятків нормативно-правових актів і появу нових правових способів і засобів державної дії на будівельну діяльність. Неодноразово змінювалися дозвільні процедури у сфері будівництва, зазнали зміни механізми фінансування об'єктів будівництва, питання ліцензування, нагляду і контролю за веденням будівельної діяльності, правовий статус учасників цих правовідносин, процедури проведення будівельного процесу і прийняття об'єктів будівництва в експлуатацію.

18 липня 2007 року Розпорядженням Кабінет Міністрів України схвалив Концепцію Містобудівного кодексу України [16], метою якого стала систематизація норм містобудівного законодавства та вдосконалення правового забезпечення містобудівної діяльності. Проект Містобудівного кодексу України (реєстр. № 6400 від 18 травня 2010 р. внесений народним депутатом України Сербінін Ю.С.) [17] розрахований на створення сприятливих умов для подальшого розвитку містобудівної діяльності та підвищення рівня гарантій для інвестицій у будівництво, готується на друге читання Верховною Радою України.

Сучасне реформування будівельного законодавства пов'язане з прийняттям Закону України «Про регулювання містобудівної діяльності» від 17 лютого 2011 р. [18]. З ухваленням нового Закону України «Про регулювання містобудівної діяльності» втратив чинність Закон України «Про планування та забудову території» та українське співтовариство у черговий раз отримало нові «правила гри» і значну кількість змін, більш ніж у 20 інших законів, що регулюють будівельну діяльність.

З прийняттям Закону України «Про регулювання містобудівної діяльності» була змінена концепція реалізації будівельних проектів, зазнали змін дозвільна процедура у здійсненні будівництва, строки та порядок отримання документів дозвільного характеру, з'явився поділ об'єктів будівництва за категоріями складності та новий порядок введення об'єктів будівництва в експлуатацію.

Між тим існуючий масив нормативно-правового регулювання будівельної діяльності в Україні (навіть оновлений) залишає прогалини у визначеннях правових понять (дефініцій), відсутня цілісна державна інформаційно-правова система регулювання містобудівної діяльності, в яку входить і будівельна діяльність, а великий обсяг нормативного матеріалу не дозволяє вирішити проблем, пов'язаних із організацією та здійсненням будівельної діяльності.

Аналіз розвитку та становлення будівельного законодавства в Україні дозволяє констатувати, що українська правова система втілила в себе багато положень, які існували за часів Радянського Союзу. При цьому, враховуючи інтеграційні процеси та адаптацію національного законодавства до європейських стандартів, будівельне законодавство зазнало значних змін та потребує подальшої гармонізації. Однак ефективність правового регулювання будівельної діяльності залежатиме від наступних умов:

- наявності продуманої концепції вдосконалення системи законодавства у сфері будівництва;
- юридичної доктрини, на підставі якої буде проведена модернізація господарського законодавства і правової системи;
- дотримання меж правового регулювання;
- дотримання вимог законодавчої техніки;
- мір розробленості процесуальних механізмів дії закону.

Для ефективності, дієвості будівельного законодавства вбачається необхідність у нарощуванні нормативного змісту Господарського кодексу України за рахунок імплементації до нього норм чинних нормативно-правових актів у сфері будівництва, поповнення новими нормами за рахунок скорочення кількості законів у даній сфері. При цьому, враховуючи, що будівельне законодавство є безсистемним, слід розробити саме систему нормативних актів, що регулюють правовідносини суб'єктів господарювання у сфері будівельної діяльності на основі класифікацій, системи термінів і понять, побудови древа нормативних актів, перевірених правозастосовчою практикою.

Л і т е р а т у р а

1. Бунин А. В. История градостроительного искусства. Т. 1 / А. В. Бунин. — М.: Гос. изд-во лит. по строительству и архитектуре, 1953. — 530 с.
2. Витрувий. Десять книг об архитектуре / *Витрувий*. — Репринт. изд. — М., 2006. — 328 с.

3. Пирожкова И. Г. Правовая регламентация градостроительства в первой четверти XVIII в. / И. Г. Пирожкова // Правовые вопросы строительства. — 2007. — № 2. — С. 28—31.
4. Редкин П. Юридические записки. Т. 1 / П. Редкин. — М., 1841. — 465 с.
5. Акты, собранные в библиотеках и архивах Российской Империи Археологической экспедиции Императорской Академии наук. Т. 1. — СПб., 1836. — 776 с.
6. Власюк А. И. Эволюция строительного законодательства России в 1830-е — 1910-е годы / А. И. Власюк // Памятки русской архитектуры и монументального искусства: города, ансамбли, зодчие. — М.: Наука, 1985. — С. 226—246.
7. О жилищной политике: постановление ЦИК СССР, СНК СССР от 4 янв. 1928 г. // Собрание законов. — 1928. — № 6. — С. 49.
8. О сохранении жилищного фонда и улучшении жилищного хозяйства в городах: постановление ЦИК и СНК СССР от 15 окт. 1937 г. // Решение партии и правительства по хозяйственным вопросам: сб. док. — М.: Политиздат, 1967. — Т. 2. — С. 617.
9. Строительные нормы и правила — история создания [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://spad.kiev.ua/news/1169-stroitelnye-normy-i-pravila-istoriya-sozdaniya.html>.
10. О безвозмездном финансировании капитального строительства государственных предприятий...: постановление ЦИК и СНК СССР от 9 марта 1934 г. // Собрание законов СССР. — 1934. — № 15. — С. 105.
11. Об улучшении проектного и сметного дела и об упорядочении финансирования строительства: постановление СНК СССР от 26 февр. 1938 г. // Собрание законов СССР. — 1938. — № 9. — С. 58.
12. Об упорядочении планирования, укреплении хозяйственного расчета, финансовой дисциплины и улучшения сметного дела в строительстве: постановление Совета Министров СССР от 24 авг. 1955 г. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.consultant.ru/online/base/?req=doc;base=ESU;n=6881>.
13. Про розвиток житлового будівництва в Українській РСР: постанова ЦК КП України і Ради Міністрів УРСР від 24 серп. 1957 р. № 988 // ЗП УРСР. — 1957. — № 12. — С. 154.
14. Про затвердження Положення про житлово-будівельні колективи та індивідуальних забудовників у містах, селищах міського типу Української РСР: постанова Ради Міністрів УРСР від 30 квіт. 1958 р. № 514 // ЗП УРСР. — 1958. — № 4. — С. 83.
15. О совершенствовании планирования и усиления экономического стимулирования промышленного производства: постановление ЦК КПСС и Совета Министров СССР от 4 окт. 1965 г. // СП СССР. — 1965. — № 19—20. — С. 153.
16. Про схвалення Концепції Містобудівного кодексу України: розпорядження Кабінету Міністрів України від 18 лип. 2007 р. № 536-р // Офіційний вісник України. — 2007. — № 53. — С. 105.
17. Містобудівний кодекс України. Проект Закону від 18.05.2010 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?pf3511=37713.
18. Про регулювання містобудівної діяльності: Закон України від 17 лют. 2011 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2011. — № 34. — С. 1544.

А н о т а ц і я

Квасницька О. О. Історичний розвиток та становлення будівельного законодавства у правовому досвіді України. — Стаття.

Публікацію присвячено дослідженню періодизації будівельного законодавства, генезису правових норм, що регламентують правовідносини в сфері будівництва. Проаналізовані основні етапи розвитку та сучасний стан містобудівельного законодавства, на

підставі чого зроблені самостійні висновки та пропозицій щодо підвищення ефективності правового регулювання будівельної діяльності.

Ключові слова: будівельне законодавство, містобудівне законодавство, будівництво, будівельна діяльність, кодифікація, господарська діяльність, господарсько-правове регулювання.

А н н о т а ц и я

***Квасницкая О. А.* Историческое развитие и становление строительного законодательства в правовом опыте Украины. — Стаття.**

Публикация посвящена исследованию периодизации строительного законодательства, генезиса правовых норм, которые регламентируют правоотношения в сфере строительства. Проанализированы основные этапы развития и современное состояние градостроительного законодательства и, как результат, сделаны самостоятельные выводы и предложения относительно повышения эффективности правового регулирования строительной деятельности.

Ключевые слова: строительное законодательство, градостроительное законодательство, строительство, строительная деятельность, кодификация, хозяйственная деятельность, хозяйственно-правовое регулирование.

S u m m a r y

***Kvasnitska O. O.* Historical development and becoming of a build legislation is in legal experience of Ukraine. — Article.**

The publication is devoted research of periodization of a build legislation, genesis of legal norms which regulate legal relationships in the field of building. An author analyzed the basic stages of development and modern state of town-planning legislation, and as a result, independent conclusions were done and suggestion in relation to the increase of efficiency of the legal adjusting of a build activity.

Keywords: build legislation, town-planning legislation, building, build activity, codification, economic activity, commercial-legal adjusting.

УДК 347.77.01

О. В. Басай

ПЕРВИННІ ПІДСТАВИ ВИНИКНЕННЯ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Внаслідок творчої, інтелектуальної діяльності створюються об'єкти, які відрізняються за способом їх вираження в об'єктивній формі, призначенням, можливими способами їх використання, розповсюдження тощо. Різноманітність об'єктів інтелектуальної власності обумовлює розроблення та закріплення на законодавчому рівні спеціальних умов їх правової охорони. Різняться й підстави та умови набуття прав на окремі категорії об'єктів інтелектуальної власності.

Правильне визначення підстав виникнення цивільних прав та обов'язків у галузі інтелектуальної власності має важливе не лише теоретичне, а й практичне значення, так як є важливою передумовою можливості реалізації конституційного права на результати інтелектуальної творчої діяльності.

Відповідно до ст. 11 Цивільного кодексу України (ЦК України) [1] однією із підстав виникнення цивільних прав і обов'язків є створення літературних, художніх творів, винаходів та інших результатів інтелектуальної, творчої діяльності. Створення об'єктів права інтелектуальної власності розглядається як первинна підстава виникнення прав та обов'язків. При цьому, враховуючи, що об'єкт права інтелектуальної власності може бути створено виключно фізичною особою, у наукових дослідженнях зазначається, що створення твору має розглядатись як підстава виникнення цивільних прав та обов'язків саме у творця.

Разом з тим суб'єктами права інтелектуальної власності є не лише творці. Законодавство допускає правонаступництво у праві інтелектуальної власності. Треті особи можуть набувати майнові права інтелектуальної власності на підставі договорів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності, при спадкуванні тощо. Однак у законодавстві передбачені випадки, в яких права на об'єкт інтелектуаль-

ної власності виникають безпосередньо у юридичних осіб, при цьому про правонаступництво мова не йде. Зокрема одним з таких випадків є виникнення прав на комерційне зазначення.

У зв'язку з цим викликає заперечення позиція, відповідно до якої первинною підставою виникнення прав інтелектуальної власності визнається лише створення нових результатів творчої, інтелектуальної діяльності.

Проблемам виникнення та реалізації прав на результати інтелектуальної, творчої діяльності присвячені наукові роботи фахівців різних галузей права, зокрема: В. С. Дроб'язко, О. В. Жилінкової, О. М. Мельник, О. П. Сергєєва, О. О. Підпригори, О. О. Рузакової, О. І. Харитонової, Є. О. Харитонова, Р. Б. Шишки.

При визначенні правових засад виникнення та охорони прав інтелектуальної власності переважно увага приділяється дослідженню підстав виникнення прав на окремі категорії об'єктів інтелектуальної власності. Так, виникнення та реалізація прав на об'єкти авторського права та суміжних прав досліджувались у працях: І. І. Ващинця, О. В. Жилінкової, О. П. Орлюк, В. Д. Понікарова, Г. В. Чурпіти та ін.

Питанням виникнення та реалізації прав на об'єкти промислової власності присвячені праці: Г. О. Андрощука, Ю. Л. Бошицького, Є. Ш. Гарєєва та ін.

Однак комплексні дослідження первинних підстав виникнення цивільних прав у сфері інтелектуальної власності у наукових дослідженнях відсутні. Разом з тим визначення первинних підстав виникнення прав інтелектуальної власності має важливе не лише теоретичне, а й практичне значення, адже дозволяє визначити їх особливості залежно від категорії об'єктів інтелектуальної власності, момент виникнення таких прав.

Мета наукової статті полягає у визначенні підстав виникнення цивільних прав у сфері інтелектуальної власності, які можуть бути віднесені до первинних.

Серед підстав виникнення цивільних прав у сфері інтелектуальної власності головне місце займає створення результатів інтелектуальної, творчої діяльності. Адже саме створення об'єктів права інтелектуальної власності є результатом діяльності, притаманної лише людині. Визнаючи створення об'єктів права інтелектуальної власності основною підставою виникнення цивільних прав у сфері інтелектуальної власності, слід зазначити, що зміст прав, які виникають у творців, не є однаковим. Сукупність прав, які виникають у творця внаслідок створення результатів інтелектуальної діяльності, залежить від декількох чинників.

По-перше, об'єм прав, який виникає у творця, залежить від об'єкту права інтелектуальної власності. Всі результати інтелектуальної, творчої діяльності отримали у наукових дослідженнях поділ на чотири основні категорії: об'єкти авторського права та суміжних прав; об'єкти права промислової власності; об'єкти, віднесені до засобів індивідуалі-

зації учасників цивільного обігу, товарів та послуг; нетрадиційні об'єкти права інтелектуальної власності. В основу такого поділу об'єктів права інтелектуальної власності покладено зокрема умови та порядок виникнення прав інтелектуальної власності, зміст прав правовласника, сферу та мету використання.

Так, за загальним правилом майнові та немайнові права на об'єкт авторського права виникають з моменту створення твору, при цьому для виникнення і здійснення авторського права не вимагається реєстрація твору чи будь-яке інше спеціальне його оформлення, а також виконання будь-яких інших формальностей. В даному випадку можна говорити, що майнові та немайнові права виникають саме в силу факту створення твору. Однак таке положення не передбачено для інших об'єктів права інтелектуальної власності.

Створення об'єктів права промислової власності (винаходів, корисних моделей, промислових зразків) є підставою виникнення у їх винахідника, автора промислового зразка немайнових прав, права звернутись із заявкою про реєстрацію таких об'єктів та майнового права на їх використання за умови, що інші суб'єкти не отримали охоронний документ (патент) на тотожний об'єкт. Адже для того, щоб виникли виключні майнові права на винахід, корисну модель, промисловий зразок, необхідним є проведення реєстрації та отримання охоронного документу (патенту). Тому, хоча створення об'єктів промислової власності і є первинною підставою виникнення прав інтелектуальної власності, їх зміст залежить від отримання охоронного документу.

По-друге, об'єм прав, який виникає при створенні об'єкту права інтелектуальної власності, залежить від умов їх створення. Створення об'єктів права інтелектуальної власності може відбуватись за власним бажанням творця або на виконання укладених ним договорів. Зокрема відповідно до ст. 430 ЦК України за договором про створення за замовленням і використання об'єкту права інтелектуальної власності особисті немайнові права інтелектуальної власності на об'єкт, створений за замовленням, належать творцеві цього об'єкта. Майнові права інтелектуальної власності на об'єкт, створений за замовленням, належать творцеві цього об'єкта та замовникові спільно, якщо інше не встановлено договором. Відповідно у договорі може бути передбачено, що всі майнові права на об'єкт, створений за замовленням, будуть належати замовнику. Схожа ситуація виникає й щодо службових творів. Відповідно до ст. 429 ЦК України передбачено належність майнових прав інтелектуальної власності на об'єкт, створений у зв'язку з виконанням трудового договору, працівнику, який створив цей об'єкт, та юридичній особі, де він працює, спільно, якщо інше не передбачено договором. Відповідно до Законів України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» [2] та «Про охорону прав на промислові зразки» [3] право на одержання патенту на службовий винахід, корисну модель, промисловий зразок має роботодавець винахідника, автора. Таким чином створення твору може

бути підставою виникнення у творця лише немайнових прав, та права на отримання винагороди, тоді як майнові права будуть належати замовнику, роботодавцеві тощо.

Крім того, важливою умовою створення будь-якого об'єкту права інтелектуальної власності є дотримання прав та інтересів третіх осіб, особливо коли це стосується створення складних, складених, похідних творів. Так, відповідно до ст. 19 Закону України «Про авторське право і суміжні права» [4] упорядник збірника користується авторським правом за умови дотримання ним прав авторів кожного з авторів, включених до складеного твору.

Не менш важливе значення має дотримання при створенні об'єктів права інтелектуальної власності принципів гуманності і моралі. Результати інтелектуальної творчої діяльності, які суперечать публічному порядку, нормам моралі не отримують правову охорону. Відповідно такі твори, хоча й за суттю будуть виступати результатом творчої діяльності, але в силу приписів закону їх автор не отримає всіх прав інтелектуальної власності.

Таким чином, створення літературних, художніх творів, винаходів та інших результатів інтелектуальної, творчої діяльності, є первинною підставою виникнення цивільних прав та обов'язків у галузі інтелектуальної власності. Разом з тим об'єм прав та обов'язків, який виникає у творця та інших суб'єктів, не є однаковим та залежить від категорії об'єктів інтелектуальної власності, підстав створення об'єкта тощо.

Як вже зазначалось, створення результатів інтелектуальної діяльності виступає первинною підставою виникнення цивільних прав не щодо всіх об'єктів інтелектуальної власності. Первинною підставою виникнення цивільних прав та обов'язків на окремі об'єкти інтелектуальної власності є їх використання.

Так, відповідно до ч. 2 ст. 489 ЦК України право інтелектуальної власності на комерційне найменування є чинним з моменту першого використання цього найменування та охороняється без обов'язкового подання заявки на нього чи його реєстрації і незалежно від того, є чи не є комерційне найменування частиною торговельної марки. Отже виникнення права на комерційне найменування пов'язується з моментом першого його використання.

Створення комерційного найменування не розглядається як підстава виникнення прав на нього. Враховуючи мету та сферу використання комерційного найменування його власниками визнано фізичних осіб — суб'єктів підприємницької діяльності та юридичних осіб (ст. 159 Господарського кодексу України) [5]. Про розробника комерційного найменування у законодавстві не зазначається, що є цілком логічним. Адже не завжди комерційне найменування вирізняється оригінальністю та творчою складовою. Крім того, відповідно до законодавства допускається можливість використання особами однакових комерційних найменувань, якщо це не вводить в оману споживачів щодо товарів, які вони вироб-

ляють та (або) реалізують, та послуг, які ними надаються (ч. 4 ст. 489 ЦК України).

Слід звернути увагу, що визначаючи використання комерційного найменування підставою виникнення прав інтелектуальної власності у його власника, ЦК України чітко не визначає, що саме має розумітись під таким використанням.

По-перше, на відміну від об'єктів авторського права, права промислової власності, для яких визначено перелік дій, які визнаються їх використанням, для комерційного найменування ця категорія не розкривається. Враховуючи, що комерційне найменування відноситься до засобів індивідуалізації, можна припустити, що способи використання комерційного найменування є практично аналогічними способам використання торговельної марки. Так, відповідно до ч. 4 ст. 16 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» [6] використання знака визнається: нанесення його на будь-який товар, для якого знак зареєстровано, упаковку, в якій міститься такий товар, вивіску, пов'язану з ним, етикетку, нашивку, бирку чи інший прикріплений до товару предмет, зберігання такого товару із зазначеним нанесенням знака з метою пропонування для продажу, пропонування його для продажу, продаж, імпорт (ввезення) та експорт (вивезення); застосування його під час пропонування та надання будь-якої послуги, для якої знак зареєстровано; застосування його в діловій документації чи в рекламі та в мережі Інтернет.

По-друге, у ЦК України не визначено, що слід вважати моментом першого використання комерційного найменування. Наприклад, чи можна вважати закріплення в установчих документах юридичної особи її комерційного найменування підставою виникнення прав на нього? Чи буде достатнім для виникнення прав на комерційне найменування виготовити упаковку для продукції з нанесенням на неї комерційного найменування? В зазначених прикладах про існування комерційного найменування буде відомо обмеженому колу осіб, які безпосередньо пов'язані з юридичною особою. З іншої сторони виникає питання, чи слід момент першого використання пов'язувати з доведенням комерційного найменування до широкого загалу. Наприклад, коли комерційне найменування використовується у рекламі, або товар було представлено на виставці в упаковці з нанесеним комерційним найменуванням. В такому випадку комерційне найменування стає відомим необмеженому колу осіб.

Слід звернути увагу, що Господарський кодекс України визначає умови використання комерційного найменування у господарській діяльності. Відповідно до ст. 159 ГК України правовій охороні підлягає як повне, так і скорочене комерційне найменування суб'єкта господарювання, якщо воно фактично використовується ним у господарському обігу. При цьому у кодексі не визначено, що включає фактичне використання комерційного найменування у господарському обігу.

Крім того, комерційне найменування може виступати елементом торговельної марки, але при цьому підлягає правовій охороні як самостійний об'єкт права інтелектуальної власності. У зв'язку з цим виникає питання, чи буде моментом першого використання комерційного найменування його використання саме як складової частини торговельної марки.

По-третє, у ЦК України не встановлено вимог щодо періодичності використання комерційного найменування для збереження за його власником прав інтелектуальної власності. Так, наприклад, якщо власник торговельної марки не використовує її протягом трьох років без поважних причин, будь-яка особа має право звернутися до суду із заявою про дострокове припинення дії свідоцтва повністю або частково. На відміну від національного законодавства у Цивільному кодексі Російської Федерації (ст. 1540) [7] встановлено правило, відповідно до якого виключне право на комерційне позначення припиняється, якщо правовласник не використовує його безперервно протягом року.

Крім комерційного найменування, з моменту використання отримує правову охорону просте зазначення походження товару. Відповідно до Закону України «Про охорону прав на зазначення походження товарів» [8] правова охорона простого зазначення походження товару надається на підставі його використання. Слід звернути увагу, що простим зазначенням походження товарів визнається будь-яке словесне чи зображувальне (графічне) позначення, що прямо чи опосередковано вказує на географічне місце походження товару. Ним може бути і назва географічного місця, яка вживається для позначення товару або як складова частина такого позначення. Правова охорона простого зазначення походження товару полягає у недопущенні використання зазначень, що є неправдивими (фальшивими) чи такими, що вводять споживачів в оману щодо дійсного географічного місця походження товару.

Також до первинних підстав виникнення прав у сфері інтелектуальної власності відносять використання об'єктів промислової власності та торговельних марок на праві попереднього користувача. Суть права попереднього користувача полягає в тому, що будь-яка особа, яка до дати подання заявки на винахід, корисну модель, промисловий зразок, торговельну марку або, якщо було заявлено пріоритет, до дати пріоритету заявки в інтересах своєї діяльності добросовісно використала зазначені об'єкти в Україні або здійснила значну і серйозну підготовку для такого використання, має право на безоплатне продовження такого використання або використання, яке передбачалося зазначеною підготовкою.

Право попереднього користувача відноситься до первинних підстав виникнення права на використання об'єктів промислової власності, так як не потребує реєстрації, отримання охоронних документів та дозволу від інших суб'єктів. Особливість права попереднього користувача полягає в тому, що для його виникнення потрібно поєднання двох основних

умов: по-перше, це винайдення винаходу, корисної моделі, створення промислового зразка незалежно від особи, яка звернулася за отриманням охоронного документу на тотожний об'єкт права промислової власності; по-друге, це використання такого об'єкту промислової власності або здійснення суттєвої підготовки до такого використання. При цьому не потрібно ні отримання згоди від патентовласника чи власника свідоцтва на торговельну марку на використання об'єктів промислової власності, ні виплати винагороди за таке використання.

Отже, виступаючи первинною підставою виникнення прав у сфері інтелектуальної власності, право попереднього користувача об'єднує в собі створення та використання об'єктів промислової власності.

Висновки. Проведене дослідження дозволяє зробити наступні висновки. Створення об'єктів права інтелектуальної власності є основною первинною підставою виникнення цивільних прав у сфері інтелектуальної власності. Разом з тим створення об'єктів права інтелектуальної власності не є єдиною первинною підставою виникнення цивільних прав у зазначеній сфері, що обумовлено особливостями окремих категорій об'єктів інтелектуальної власності, зокрема об'єктів промислової власності та засобів індивідуалізації. Первинною підставою виникнення прав інтелектуальної власності на окремі з таких об'єктів, наприклад, комерційне найменування, у законодавстві визначено їх використання.

Враховуючи, що створення твору не завжди виступає єдиною підставою виникнення права інтелектуальної власності, слід розрізняти момент створення твору та момент виникнення майнових прав інтелектуальної власності. Це обумовлено тим, що немайнові права в будь-якому випадку виникають у творця з моменту створення об'єкта інтелектуальної власності та вираження його в об'єктивній формі. Тому незалежно від результату творчої праці виникнення немайнових прав, якщо вони передбачені у законодавстві, має пов'язуватись зі створенням твору, а не дотриманням будь-яких формальних процедур. Тоді як для виникнення виключних майнових прав у випадках, передбачених законом, необхідним є отримання охоронних документів або дотримання інших формальних процедур.

Враховання як правових, так і договірних засад регулювання відносин, які виникають у зв'язку зі створенням об'єктів права інтелектуальної власності, має важливе значення для визначення прав та обов'язків, які виникають у творця та інших учасників таких відносин, що обумовлює необхідність їх подальшого наукового дослідження.

Окремі положення чинного законодавства, які визначають підстави набуття цивільних прав у сфері інтелектуальної власності, потребують уточнення та конкретизації. Зокрема потребує визначення перший момент використання комерційного найменування, а також способи використання комерційного найменування. Крім того, з метою уникнення спірних ситуацій між декількома користувачами тотожних комерційних

найменувань, вважається доцільним визначити на законодавчому рівні правові наслідки невикористання комерційного найменування протягом певного строку.

Л і т е р а т у р а

1. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. // Відомості Верховної Ради. — 2003. — № 40–44. — Ст. 356.
2. Про охорону прав на винаходи і корисні моделі : Закон України від 15 груд. 1993 р. № 3687-XII // Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 7. — Ст. 32.
3. Про охорону прав на промислові зразки : Закон України від 15 груд. 1993 р. № 3688-XII // Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 7. — Ст. 34.
4. Про авторське право і суміжні права : Закон України від 23 груд. 1993 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 13. — Ст. 64.
5. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 18, 19–20, 21–22. — Ст. 144.
6. Про охорону прав на знаки для товарів і послуг : Закон України від 15 груд. 1993 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 7. — Ст. 36.
7. Гражданский кодекс Российской Федерации [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.consultant.ru>
8. Про охорону прав на зазначення походження товарів : Закон України від 16 черв. 1999 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1999. — № 32. — Ст. 267.

А н о т а ц і я

Басай О. В. Первинні підстави виникнення прав інтелектуальної власності. — Стаття.

Стаття присвячена визначенню та характеристиці первинних підстав виникнення прав інтелектуальної власності. У статті розглядаються такі первинні підстави виникнення прав інтелектуальної власності, як створення твору, використання об'єктів інтелектуальної власності, використання об'єктів промислової власності на праві попереднього користувача.

Ключові слова: первинні підстави виникнення прав інтелектуальної власності; створення твору, використання твору, право попереднього користувача.

А н н о т а ц и я

Басай А. В. Первичные основания возникновения прав интеллектуальной собственности. — Статья.

Статья посвящена определению и характеристике первичных оснований возникновения прав интеллектуальной собственности. В статье рассматриваются такие первичные основания возникновения прав интеллектуальной собственности, как: создание произведения, использование объектов интеллектуальной собственности, использование объектов промышленной собственности на праве преждепользования.

Ключевые слова: первичные основания возникновения прав интеллектуальной собственности; создание произведения, использование произведения, право преждепользования.

S u m m a r y

Basay A. V. Primary grounds for the origin of intellectual property rights. — Article.

The article covers the description of primary grounds for the origin of intellectual property rights. Creation work, use of objects of intellectual property rights, previous use as a primary grounds for the origin of intellectual property rights were considered in the article.

Keywords: primary grounds for the origin of intellectual property rights, use of production, previous use.

УДК 811.112.2:81'271:316.46.058

*Н. В. Петлюченко***МОДЕЛЬ ХАРИЗМАТИЧНОЇ КОМУНІКАЦІЇ
У НІМЕЦЬКОМУ ТА УКРАЇНСЬКОМУ
ПУБЛІЧНОМУ ДИСКУРСІ**

В харизме надо родиться!
Віктор Черномирдін

Лінгвістичні студіювання феномена харизми базуються на тому, що *публічна особистість* (політик, юрист, вчений, артист, спортсмен, священнослужитель та ін.) як носій мови виявляє себе й свою суб'єктність через спілкування — ту ділянку комунікативно-суспільної діяльності, що не можлива без мови й мовлення. Мовлення людини досить повно відбиває її внутрішній світ і таким чином стає джерелом знань про її особистість (Г. І. Богін, Ю. М. Караулов, О. С. Кубрякова, О. М. Шахнарович, О. Г. Задворна, В. В. Красних, С. О. Сухих). Тому фокусування лінгвістичних студій на публічній особистості як *Homo loquens* (людини-мовця) (J. Huizinga), яка досягає впливу та утримує його серед іншого за допомогою мовних засобів, — важливий крок на шляху вивчення мовленнєвої діяльності публічної фігури (В. І. Карасик, П. Г. Крючкова, М. В. Ляпон, С. І. Потапенко), її комплексного відображення у форматі дискурс-портретів (Л. П. Крисін, Р. К. Потапова, І. Ф. Ухванова-Шмигова, В. Д. Черняк). Залучення паравербальних та екстралінгвальних складників до кола лінгвістичних досліджень дискурсу публічної особистості як носія мови розширює поняття *мовної особистості* та вимагає введення поняття *комунікативної, або дискурсивної особистості* (В. І. Карасик, А. Г. Баранов, Л. В. Солощук), яка діє в континуальному дискурсивному просторі і використовує разом із мовним кодом інші семіотичні коди залежно від специфіки спілкування. Найвні дослідження дискурсивних практик публічних політичних лідерів, таких як Антоніо Салазар, Беніто Муссоліні, Франциско Франко (P. Danler), Адольф Гітлер (C. Schnauber, J. Kopperschmidt, D. Laak), Уго Чавес (A. Bolívar),

Герхард Шредер, Гельмут Коль (Т. В. Юдіна), визначених в історії та соціології як харизматичні, сьогодні не дають відповіді на питання про способи їхнього мовленнєвого впливу в контексті публічної харизми. До того ж ці дослідження не враховували специфіки саме усного модусу дискурсу, що дає змогу найповніше розкрити механізми вербального й паравербального впливу публічного харизматика-мовця.

Згідно з Ю. Н. Карауловим, у структурі мовної особистості виділяються три рівні: (1) вербально-семантичний рівень (або структурно-системний), (2) когнітивний рівень (або тезаурусний), (3) прагматичний рівень (мотиваційний) [2, с. 35–37]. Ця трирівнева модель дозволяє розглядати різноманітні якісні ознаки мовної особистості в межах трьох істотних характеристик — вербально-семантичної, або власне мовної, когнітивної (пізнавальної) і прагматичної. У структурі мовної особистості можна виділити ядерні й змінні складові [2, с. 37]. Так, певна домінанта, зумовлена *національно-культурними традиціями й пануючою в суспільстві ідеологією*, дає можливість виділення в загальномовній картині світу харизматика її ядерної, загальнозначущої, інваріантної частини. Остання може розцінюватися як аналог поняття базової особистості, під якою розуміється структура особистості, спільна для всіх членів суспільства, й така, що формується під впливом сімейного, виховного, соціального середовища.

Дослідження мотиваційно-прагматичного рівня мовної особистості публічного харизматика є основним для розуміння її специфічної структури. При цьому *інваріантом* тут необхідно вважати уявлення харизматика про зміст буття, мету життя людини й людства, тоді як *змінну* частину становлять його індивідуальні мотиви й мета. На вищому, мотиваційному рівні, за яким спостерігають й аналізують за допомогою лінгвістичних методик, виявляються не мета й мотиви, а *стійкі комунікативні потреби*, що породжуються ними і інформують про внутрішні настанови, мету й мотиви харизматичної особистості. Сстійкі комунікативні потреби харизматичної особистості, зокрема, харизматичного політика, полягають, насамперед, у вираженні переконаності у вірності здійснюваних ним дій, які очікуються й збігаються з уявленням народу.

Для встановлення зв'язку між рівнями в структурі мовної харизматичної особистості необхідна *екстралінгвістична інформація*, що постачається соціальною складовою мови й пов'язана з «історією» мовної соціалізації цієї особистості. Для переходу на мотиваційно-прагматичний рівень використовуємо інформацію про соціальне функціонування мовної особистості, про її соціальні ролі й референтні групи, тобто про «актуальну соціалізацію», що створює ситуативні домінанти й вносить «перекручування» у відносно стійку картину світу. Але оскільки харизматична особистість не тільки соціальна, але й індивідуальна, і насамперед індивідуальна, іншою інформаційною складовою повинна бути *емоційно-афективна*, що характеризує її інтенціональність у комуніка-

тивно-діяльній сфері. У цілому, виокремлюють два основних різновиди харизми: соціально детермінована *політична* харизма, яка ґрунтується на виняткових лідерських властивостях політика на зламах розвитку суспільства, а також *особистісна* харизма, що пов'язується із привабливістю людини й притаманна майже від народження (нім. *Ursprungsscharisma*) як публічно відомим особистостям (кінозіркам, футбольним кумирам та ін.), так і людині взагалі.

Позачасова й інваріантна частина в структурі мовної особистості пов'язується, насамперед, з *національним колоритом* [8]. Усе, що стосується національного характеру і національної специфіки, має тільки один часовий промір — історичний. Історичне в структурі мовної особистості збігається з її інваріантною частиною, тому можна поставити знак рівності між *історичним, інваріантним й національним* стосовно мовної особистості. Зміст поняття етносу й етнічної самосвідомості, які для харизматика є визначальними у його взаємодії з народом, опирається на ряд наступних ознак: спільність походження, спільність історичних доль, спільність культурних цінностей і традицій, спільність мови, емоційних і символічних зв'язків, спільність території. Тому особистість харизматичного політика завжди глибоко національна і її універсальність може визначатися тільки рамками її *національної універсальності* [9, с. 463].

Глибинна аналогія між мовною особистістю й національним характером полягає в тому, що носієм національного й у тому, і в іншому випадку виступає відносно стійка в часі, тобто *інваріантна* в масштабі самої особистості, *частина в її структурі*, що є продуктом тривалого історичного розвитку й об'єктом передачі досвіду між поколіннями. Національне пронизує всі рівні організації мовної особистості, на кожному з них набуваючи своєрідної форми втілення, і застиглий, статичний, і інваріантний характер національного в структурі мовної особистості відбивається в самій мові на динамічній, історичній складовій [3, с. 189–190]. Це положення є відправним при зіставленні харизматичних мовних особистостей у німецькій та українській мовах. Поряд із системно-структурними даними й соціальними (соціолінгвістичними) характеристиками мовної спільноти, до якої належить харизматична мовна особистість, що нами розглядається, особливе значення мають відомості психологічного плану, зумовлені приналежністю досліджуваної особистості до вузької референтної групи або окремого мовного колективу (наприклад, члени однієї партії, прихильники одного публічного руху) і такі, що визначають ті ціннісно-настановчі критерії, які й створюють унікальний, неповторний естетичний і емоційно-риторичний колорит її дискурсу, дискурсу харизматичної особистості.

Мовна особистість, пише Ю. Н. Караулов, це такий об'єкт, що може бути досліджений тільки на моделях [2, с. 236–237]. При спробі прямого вивчення реальних осіб, конкретних індивідуальностей як мовних особистостей, до яких відносяться, наприклад, харизматичні публічні особис-

тості, ми можемо зіштовхнутися із двома видами ситуацій: або ми маємо вичерпну протокольну фіксацію створених цією особистістю текстів, або, спостерігаючи за поведінкою конкретної людини, ми можемо мати у своєму розпорядженні досить повну картину її дій, її поведінки, її вчинків протягом певного часу. Поєднати ці два контексти при спостереженні за реальними об'єктами неможливо, а кожний з них окремо виявляється необхідним, але недостатнім для узагальнення й типізації, для відтворення структури й закономірностей функціонування мовної особистості [11].

Для розуміння процесу харизматизації публічного лідера було розроблено *модель харизматичної комунікації*, основу якої, за Максом Вебером, становить приписування (нім. *Zuschreibung*) лідеру народом харизматичних ознак. Основними етапами перетворення публічного лідера на харизматизованого є: (1) відправлення публічним лідером послання народу, (2) здійснення впливу через аргументи та заклики, (3) усвідомлення народом аргументами і закличками послання, (4) збіг відправленого змісту з очікуваним, (5) піднесення народу, (6) здійснення спільних дій на основі довіри, (7) виникнення харизматичного екстазу, (8) приписування лідеру харизматичних ознак [4, с. 93–94].

Послання (нім. *Botschaft*) становить собою триєдність особистості публічного лідера, його дій і пропаганди і повинно максимально відповідати очікуваним уявленням народу про цього політика, коли народ, у свою чергу, готовий сприйняти це послання лідера й здійснити ряд сумісних з його/її закличками дій. Вербальна реалізація послання здійснюється через аргументи й заклики, якими аудиторія опановує й наповнює їх своїм змістом. Якщо зміст послання, направлено «згори», збігається зі сприйнятим значенням «знизу» й обидва вони сплавляються в єдине ціле, тоді можна говорити про успішну харизматичну комунікацію, результатом якої є виникнення *стану довіри*. Стосунки на основі довіри дають змогу кожному індивідові з натовпу уявити собі, що він/вона перебуває в особистому контакті з лідером, яким захоплюється, якому довіряє, а отже, *вірить* у нього. Під вірою в цьому контексті розуміємо прийняття будь-яких суджень за істинні, що завжди пов'язано з певною формою довіри [14, с. 71]. Завдяки застосуванню піар-технологій та активному використанню політиками медійних ресурсів, відсоток збігу змісту послання лідера з «очікуваннями» народу буде завжди досить високим, що слугує як засіб штучного створення харизматичного іміджу політика [5] і свідчить про можливість імітації харизми (нім. *inszeniertes Charisma*) [15]. Джерелами піднесеного стану публічного лідера слугують його/її жагуча переконаність у правильності вчинених дій, віра у високі ідеї, усвідомлення себе здатним на здійснення змін у масштабах країни або світу, а також історичність, епохальність публічної ситуації, у якій бере участь сам лідер. Зазначений мотиваційний блок налаштовує його й аудиторію на спільну емоційну хвилю, унаслідок чого виникає різкий сплеск емоцій у всіх учасників комуні-

кації, тобто *харизматичний екстаз*, своєрідний *unio mystica* (містичне поєднання з Богом). У цей момент між лідером і аудиторією зникають суб'єктно-об'єктні відносини, лідер не відокремлює себе від неї, а вона асоціює себе з образом лідера й приписує йому всі властивості, якими той, за його уявленнями, наділений або які він/вона повинен мати. Надалі публічний лідер сприймається як харизматичний, і всі його/її наступні послання (звертання) до народу будуть сприйматися також як харизматичні (рис. 1).

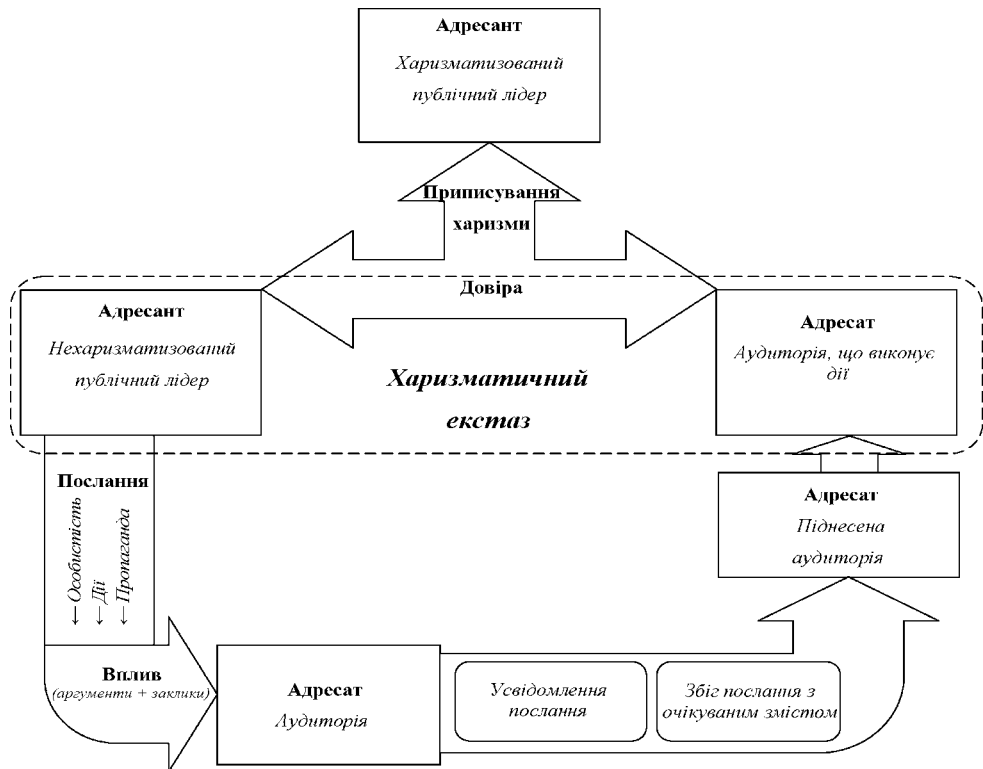


Рис. 1. Модель харизматичної комунікації

Ступінь стану харизматичного піднесення багато в чому залежить від екстраординарних зовнішніх умов (криза, революція), а також таких особистісних якостей лідера, як мотивація, цільові настанови, характер, тип особистості, індивідуальний стиль прийняття рішень, ораторський дар захоплювати своїми виступами великі скупчення людей та ін. Частотність, повторюваність таких ситуацій, коли публічний лідер все частіше й частіше занурюється в стан піднесення в момент комунікації зі

своїми прихильниками, зумовлює метонімічне перенесення моментного емоційного стану на постійну властивість людини.

Кажучи про емоційну енергетику харизматичного публічного лідера й про її зіставлення у двох культурах, Німеччини й України, необхідно враховувати відмінність у розумінні такого терміна, як *енергія*, що, на думку П. Н. Донця, може бути зарахована до найважливіших культурно-фізичних першо- або глибинних елементів культури різних народів [1, с. 316–318]. Питання про те, наскільки різним може бути енергетичний потенціал у різних народів, є досить спірним. Німцям, зокрема, приписуються досить високі енергетичні показники «для збереження прагнення й занепокоєння» [17, с. 73]. У Л. Фробеніуса знаходимо характеристики відмінностей західної й східної енергетичних специфік, сформульовані ним у межах концепції виховання, «пайдеуми»: «Західна пайдеума характеризується «організованим фурором», постійною силою свого впливу, східна — різкою зміною терплячого спокою й дикого екстазу, тобто нічим не обмеженого буйства. Його сила при цьому незрівнянно більша, ніж у першому випадку» [13, с. 112].

Таку властивість російського менталітету як повільне розгойдування з наступним бурхливим фіналом можна визнати архетипною, тому що його можна зустріти протягом тривалого часу, наприклад, у багатьох народних піснях, які часто починаються повільно й неспішно, однак потім раптово переходять до бурхливої, стрімкої фази (наприклад, знаменита «Калинка»). Німецька ритміка також у багатьох моментах відрізняється від російської та української, що виявляється зокрема в характері трудової діяльності німців: «Рене Шеваль якось помітив, що знаменита німецька «машина» рухається в досить повільному ритмі, але без зупинок і нервозності. Брак жвавості при цьому корегується за рахунок більшої регулярності. Оскільки німець не дозволяє собі відволікатися і витримує робочий план, він ніколи не запізнюється. Проблеми не накривають його з головою, а якщо виникають, то вирішуються крок за кроком» [16, с. 15].

Аналізуючи специфіку харизматичного піднесення німецьких і українських публічних лідерів, необхідно також враховувати відмінність у темпераментах і специфіках *холодності/теплоти* міжлюдських взаємин у двох культурах. Так, Н. А. Бердяєв, використовує для опису православної церкви епітет «теплий», а в українській мові епітет «теплий» пронизує всю поезію Тараса Шевченка, Івана Франка, Миколи Зерова, Миколи Вороного при описуванні українських ночей, вітрів, взаємин, дахів, будинків та ін. Трагування національного характеру й темпераменту українців робиться у межах їхньої «кордоцентричності», яка пов'язується із такими емоційністю, сентиментальністю, ліризмом, мрійливістю ментальності українців [10, с. 43]. Я. К. Радевич-Винницький у своїх працях наводить враження іноземців від мови українських козаків, яка вважалась ніжною, вишуканою, сповненою зменшувальних форм та незвичайно витончених зворотів [6, с. 216]. Навпаки, західні культури

часто сприймаються носіями інших культур як «холодні», «мертві», «такі, що відштовхують», напр., порівн. враження одного з поляків, що мешкає у ФРН: «Щоразу, повертаючись до Німеччини, я відчуваю, начебто опинився в холодильній камері, у якій з мене вивірюється польська безтурботність» [1, с. 319].

Цікаво, що для німецького менталітету характерне сприйняття видатних лідерів своєї країни насамперед у контексті конкретної історичної ситуації й тієї ролі, яку вони в ній відіграли. Цим визначаються такі міфологічні характеристики німецьких публічних харизматів, як «втілення нації», «рівний Німеччині» (Г. Гагерн), «залізний Канцлер», «будівник рейху» (О. Бісмарк), «заспокійливий фактор для Німеччини в післявоєнні роки», «пам'ятник свого часу» (К. Аденауер), «канцлер-об'єднувач» (Г. Коль). Для українського менталітету, у свою чергу, характерна схильність до перетворення людини в легенду, національного героя, символу національної української ідеї, що відбивають відповідні міфологічні характеристики українських харизматичних публічних лідерів: «видатний син», «великий учений», «патріот» (М. Грушевський), «легендарна особистість», «революціонер-бунтар» (Н. Махно), «відважний борець за незалежну республіку» (Симон Петлюра), «природжений вождь», «символ української національної ідеї» (В. Чорновіл) [4, с. 167].

У процесі успішної комунікації харизматичного лідера зі своїми прихильниками вирішальним фактором є підтримка високого рівня харизматичного екстатичного стану між адресантом і адресатом (адресатами) цього ланцюжка, що, у першу чергу, визначається наступними характеристиками *адресанта — харизматичного лідера*: (1) мотивація дій, (2) цілеустановка, (3) емоційний стан, (4) фенотип, (5) зовнішня умова (криза). У розумінні структури особистості харизматичного політика вирішальним є вивчення його мотиваційного блоку, оскільки *мотивація, комунікативні потреби* харизматичної особистості є визначальними при виборі харизматичним лідером певних мовленнєвих стратегій і тактик [12, с. 28–29].

Кваліфікація мовної особистості харизматика відповідно до виконуваної нею в тій або іншій ситуації ролі (функції) може служити підставою для характеристики її мовної поведінки, але така кваліфікація не може бути вирішальною для виявлення власне *комунікативних потреб*. При уточненні кількість комунікативних потреб або починає примножуватися (наприклад, потреба в аргументації, потреба в оперуванні текстами духовної культури, потреба у використанні підмов та ін.), або навпаки, слідуючи лінією їх типізації й укрупнення, дослідники співвідносять комунікативні потреби з функціями мови, і тоді говорять про фатичну, номінативну, пізнавальну, емотивну, апелятивну, волюнтативну та інші потреби. Цей ряд незакінчений і логічно непослідовний, оскільки, наприклад, номінативна функція (потреба) не існує сама по собі, а входить як складова частина в усі інші; емотивна й волюнтативна потреби є різновидом апелятивної функції, що впливає.

В основі комунікативних потреб харизматика може лежати «взаємна потреба», причиною якої є наступна спільна умова: недостатність особистості в будь-якому відношенні є ніби імпульсом, що спонукає шукати її доповнення в іншій особистості. В умовах публічної комунікації швидше потрібно говорити не про суто комунікативні потреби, а про потреби *комунікативно-діяльнісні*, оскільки публічна комунікація пов'язана з досягненням певної мети (одержання влади) і ґрунтується на певному типі, насамперед, соціальних взаємин. *Афірмація й неґація* адресата є для харизматичного лідера визначальними в його комунікативних потребах. Харизматичний лідер точно знає, до якого табору відноситься колективний адресат, яку роль він відіграє в комунікації, тому він абсолютно правильно вибирає положення, за («афірмація») і проти («неґація») яких виступає адресат.

Як відзначено вище, для дослідження мовної особистості харизматичного політика у першу чергу релевантним є прагматичний рівень, оскільки на цьому рівні мовна особистість пов'язана з навколишнім світом і потребує його. Ця об'єктивна необхідність, відбиваючись у психіці, випробується нею як потреба. Над потребами перебувають інтереси, а над останніми домінують ідеали. Як особливий момент виділяється настанова особистості. Настанова, або *цілеустановка* — це обрана особистістю позиція, що полягає в певному відношенні до поставленої мети та завдань і виражається у виборчій мобілізованості й готовності до діяльності [7, с. 520]. Будь-яка настанова особистості виникає при входженні суб'єкта в ситуацію й прийнятті ним поставлених у цій ситуації завдань. Відповідно, настанова, як один з компонентів спрямованості особистості, а в нашому випадку — мовної особистості, залежить від того, що суб'єктивно важливо для індивіда. *Спрямованість особистості* тлумачиться як сукупність стійких, незалежних від сформованої ситуації мотивів, що орієнтують поведінку й діяльність особистості [7, с. 520]. Спрямованість особистості характеризується її інтересами, схильностями, переконаннями, ідеалами, у яких виражається світогляд людини. Настанова складається й постійно перебудовується в процесі діяльності особистості. Таким чином, настанова особистості, що включає в себе цілий спектр компонентів, починаючи від елементарних потреб і потягів, закінчуючи світоглядними поглядами, є явищем динамічним [7, с. 521].

Необхідно підкреслити, що саме тип сприйняття *образу* публічного лідера є вирішальним у розумінні феномену публічної харизми. Сприйняття політика як харизматичного може відбуватися в пасивному режимі, опором навіюванню й за активної участі з боку адресата. При *пасивному сприйнятті* навіювання адресата очікують, що рівень побоювань, глибина проблеми, що порушується, і інтенсивність мовного навіювання будуть відповідати нормі. У ситуації з *активним сприйняттям навіювання* реципієнт ніби допомагає переконати себе, особливо якщо він сподівається, що все відбувається в його інтересах. Коли адресат *активно пручається навіюванню*, то тут повинні враховувати-

ся кілька можливих ситуацій. Якщо має місце попереднє оброблення, «вагомість» основної атаки обернено пропорційна ефективності висловлень, що готуються. Якщо ж мовні властивості атакуючих висловлень порушують очікування, вироблені в результаті «спростовувальної підготовки», опір зменшується.

Стосовно мовної особистості харизматичного публічного лідера у двох лінгвокультурах, ми можемо підсумувати, що для сприйняття образу харизматичного лідера характерний саме другий тип режиму сприйняття — активне сприйняття навіювання. У процесі харизматичної комунікації адресат «допомагає» переконати себе, оскільки він і його лідер перебувають на одній емоційній хвилі. Збіг інтересів досягає максимального ступеня саме тому, що слухач обов'язково налаштовується на емоційний стан промовця (публічного лідера). У ході впливу спостерігається пряме співвідношення між інтенсивністю використаних лідером мовних засобів у впливі, що активно здійснюється, і подоланням спротиву, що є результатом підтримуючої, спростувальної або змішаної передпідготовки. Цілісність образу харизматичного лідера буде підсилуватися спільністю мотивів, цілеспрямованості, емоційного стану, фенотипних переваг і спільністю дій у період кризи.

Також при лінгвокультурологічній інтерпретації феномена харизми необхідно виходити із того, що в образі харизматичної публічної особистості відбивається колективна свідомість суспільства, і конкретна публічна ситуація змушує народ шукати свого публічного ідола. У кожній революційній фазі німецької й української історії артикулюється насамперед бажання народу знайти такого лідера, який би стовідсотково відповідав публічним очікуванням і культурним стереотипам різним із протилежних сторін і втілював у собі певні уподобання, які кожний народ притуляє до своїх публічних лідерів, називаючи його (народу) уподобання його (лідера) харизмою.

Л і т е р а т у р а

1. Донец П. Н. Основы общей теории межкультурной коммуникации: научный статус, понятийный аппарат, языковой и неязыковой аспекты, вопросы этики и дидактики : монография / П. Н. Донец. — Х. : Штрих, 2001. — 386 с.
2. Караулов Ю. Н. Русский язык и языковая личность / Ю. Н. Караулов. — М. : Наука, 1987. — 264 с.
3. Леонтьев А. А. Основы психолингвистики / А. А. Леонтьев. — М. : Смысл, 1999. — 287 с.
4. Петлюченко Н. В. Харизматика : мовна особистість і дискурс : монографія / Н. В. Петлюченко. — О. : Астропринт, 2009. — 464 с.
5. Почепцов Г. Г. Имиджелогия / Г. Г. Почепцов. — М. ; К. : Рефл-бук-Ваклер, 2004. — 574 с.
6. Радевич-Винницький Я. К. Україна: від мови до нації / Я. К. Радевич-Винницький. — Дрогобич : Вид. фірма «Відродження», 1997. — 360 с.
7. Рубинштейн С. Л. Основы общей психологии / С. Л. Рубинштейн. — СПб. : Питер, 2001. — 702 с.

8. Седых А. П. Языковая личность и этнос (национально-культурные особенности коммуникативного поведения русских и французов) / *А. П. Седых*. — М. : Компания Спутник+, 2004. — 269 с.
9. Сорокин П. А. Основные черты русской нации в двадцатом столетии / *П. А. Сорокин* // *О России и русской философской культуре. Философы русского зарубежья*. — М. : Наука, 1990. — С. 463–489.
10. Тараненко О. О. Про демінутив як вияв національної ментальності (деякі міжмовні паралелі) / *О. О. Тараненко* // *Проблеми зіставної семантики : зб. наук. ст. / відп. ред. О. О. Тараненко*. — К. : Вид. центр КНЛУ, 2009. — Вип. 9. — С. 43–52.
11. Шахнарович А. М. Языковая личность и языковая способность / *А. М. Шахнарович* // *Язык — система. Язык — текст. Язык — способность*. — М. : Изд-во РАН, 1995. — С. 260–276.
12. Янко Т. Е. О понятиях коммуникативной структуры и коммуникативной стратегии (на материале русского языка) / *Т. Е. Янко* // *Вопросы языкознания*. — 1999. — № 4. — С. 28–55.
13. Frobenius L. Paideuma. Umriss einer Kultur- und Seelenlehre / *L. Frobenius*. — Dusseldorf : Diederichs, 1953. — 113 S.
14. Klaus G. Sprache der Politik / *Georg Klaus*. — Berlin : Dt. Verl. der Wissenschaft, 1971. — 294 S.
15. Lenze M. Postmodernes Charisma : Marken und Stars statt Religion und Vernunft / *Malte Lenze*. — 1. Aufl. — Wiesbaden : Dt. Univ.-Verl., 2002. — X, 217 S.
16. Nippel W. Virtuosen der Macht : Herrschaft und Charisma von Perikles bis Mao / *Wilfried Nippel*. — München : Beck, 2000. — 319 S.
17. Nuss B. Das Faustsyndrom: ein Essay über die Mentalität der Deutschen / *B. Nuss*. — Bonn ; Berlin : Bouvier, 1992. — 213 S.

А н о т а ц і я

Петлюченко Н. В. Модель харизматичної комунікації у німецькому та українському публічному дискурсі. — Стаття.

Статтю присвячено вивченню специфіки мовної комунікації харизматичного лідера у німецькому та українському публічних дискурсах.

Ключові слова: мовна особистість, харизма, харизматичний лідер, комунікація, піднесення, приписування.

А н н о т а ц и я

Petlyuchenko N. V. Model of charismatic communication in German and Ukrainian public discourse. — Article.

The article deals with the specifics of language communication of a charismatic leader in German and Ukrainian public discourse.

Keywords: linguistic personality, charisma, charismatic leader, communication, inspiration, attribution.

С у м м а р у

Petlyuchenko N. V. Charismatic Communication Model in German and Ukrainian Public Discourse. — Article.

The article deals with the specifics of language communication of a charismatic leader in German and Ukrainian public discourse.

Keywords: linguistic personality, charisma, charismatic leader, communication, inspiration, attribution.

УДК 81'271.1:316.47/48

*В. Я. Мизецкая***ОСОБЕННОСТИ ВЕРБАЛЬНОЙ КОММУНИКАЦИИ
В КОНФЛИКТНОМ ДИСКУРСЕ**

Вопросы вербальной лингвистической конфликтологии привлекают все больше внимание ученых, поскольку затрагивают важнейшую сферу жизни социума, взаимоотношения между отдельными людьми, группами, коллективами.

Существуют различные определения конфликта. На наш взгляд, достаточно удачным является следующее определение: конфликт это «форма отношений между потенциальными или актуальными субъектами социального действия, мотивация которых обусловлена противостоящими ценностями и нормами, интересами и потребностями» [2, с. 94].

В настоящей статье мы сфокусируем внимание на вербальных аспектах конфликтной ситуации в зависимости от её формы, которая может быть направлена на конвергенцию, т.е. сотрудничество и взаимодействие, или на дивергенцию, т.е. обострение противоречий.

Таким образом, конфликт может развиваться в двух контекстах — кооперативном или конфронтационном (конкурентном). Соответственно можно выделить позитивные и деструктивные приемы вербальной коммуникации в конфликте.

В кооперативном контексте участники ситуации имеют «долгосрочную» ориентацию и озабочены не только достижением своих целей, но и поддержанием хороших отношений в дальнейшем.

«Кооператоры» настроены на признание легитимности интересов друг друга и поиск решения, удовлетворяющего потребностям обеих сторон.

Конфликты в этом случае имеют тенденцию рассматриваться как общая проблема, которая должна быть решена так, чтобы все стороны в конечном счете оказались в выигрыше [4, с. 118–119].

На стимулирование кооперативного взаимодействия направлены, в частности, следующие стратегии:

1) стратегия «подставь другую щеку»: она взывает к совести и доброй воле оппонента. Этот подход характерен для многих религиозных направлений и течений, предполагающих отказ от насилия;

2) сдерживающая стратегия. Эта стратегия основывается на политике «кнута и пряника», поощряя кооперацию и наказывая некооперацию. Она имеет более утилитарный характер и часто описывается как рационалистическая;

3) некарательная стратегия. Эта стратегия делает акцент на поощрении кооперации и нейтрализации агрессивного поведения.

Все эти стратегии получают отражение в соответствующих фреймах концепта «конфликт».

Фреймовая ситуация «кооперация» предполагает широкое использование речевых актов, направленных на поиски общих интересов, точек соприкосновения в конфликте. Отсюда частое появления таких «примирительных», контактоустанавливающих фраз, предполагающих включенность собеседника в ситуацию, как «Давайте попробуем найти конструктивное решение проблемы»; «Я думаю, у нас много общего», «Мы, как и вы, заинтересованы в решении этого вопроса»; «Давайте сообща, совместными усилиями найдем выход из создавшегося положения».

Соответственно в английском языке эту же функцию выполняют такие высказывания, как «Let us find a decision together»; «Let us find a common strategy»; «We are both interested in compromise» и др.

В данном случае партнеры не стремятся подчеркнуть различия в подходах к проблеме, стараются понять и в какой-то степени принять точку зрения другой стороны. Ключевыми словами в слотах данного фрейма будут лексемы из тематического поля «общность интересов». Это прилагательные «общий», «совместный», «взаимный», «слаженный»; «common», «mutual», «cooperative» и др., наречия «вместе», «совместно»; «together»; существительные «взаимодействие», «кооперация», «сотрудничество», «согласованность»; «cooperation», «agreement», «interactivity» и др.

При попытках мирного разрешения конфликта используются различные формы или стратегии влияния, в том числе:

— убеждение, понимаемое как сознательное аргументированное воздействие на конкурентов с целью изменения их суждений, намерений или решений. В этом случае на первый план выдвигаются различные средства аргументации, базирующиеся на силлогизмах и других формулах, хорошо известных в логике;

— внушение, т.е. сознательное, неаргументированное воздействие, влияние, прежде всего на эмоциональное состояние другого коммуниканта, что сказывается на использовании значительного числа различных аксиологических элементов из тематической группы «хорошо/плохо», однако речевые средства аргументации, подтверждающие данные оценочные характеристики, практически отсутствуют. К таким средствам эмоционального воздействия можно отнести следующие высказы-

вания, в которых отрицательные оценки определенных категорий людей не подкрепляются никакими доводами:

«Эти люди настоящие вредители — они испортят нам всё дело». «Мы должны добиться устранения людей, которые мешают нам с вами решить поставленную задачу»; «He is just a stupid non-professional guy» и др.

Такое же эмоциональное воздействие, но уже положительного свойства, оказывают высказывания с мелиоративной оценочностью: «Вы наши настоящие друзья!»; «Вместе мы горы свернем!»; «We see eye to eye with you!». Во всех этих случаях экспрессивная декларативность вытесняет собственно аргументацию. Воздействие подобных высказываний тем ощутимее, чем больше используются паралингвистические средства. Большое значение имеет тембр и модуляции голоса, громкость и интонационный контур высказывания;

— просьба, т.е. обращение к адресату с призывом удовлетворить потребности или желания инициатора воздействия, что предполагает использование различных реквезитивов, т.е. конструкций-просьб: «Не могли бы вы сделать одолжение?»; «У нас к вам просьба...»; «Не могли бы вы нам помочь в решении этого вопроса?»; «Will you grant one request?»; «Will you be so kind to help us?» и др.

— манипулирование, т.е. скрытое от адресата побуждение к принятию решений, необходимых для достижения инициатором своих собственных целей. При этом для манипулятора важно, чтобы адресант считал эти мысли, чувства, решения своими собственными. В частности, используются такие формы манипуляции, как а) подразнивающие высказывания, типа «Тебя что так легко задеть (обмануть, заставить подчиниться)?»; или «подзадоривающие» высказывания, где адресант нарочно подчеркивает сомнение в компетенции, способностях адресата, например: «Вряд ли ты сможешь это сделать»; «I am not sure that you are able to do it» и др.; б) невинный обман, введение в заблуждение; в) замаскированные под малозначительные и случайные высказывания оговор или клевета. Например, сюда можно отнести такие высказывания, как: «Sometimes Mike signs papers after a good deal of drink». В этой фразе ставятся под сомнение деловые качества упоминаемого лица, его способности отдавать себе отчет в своих поступках, чувствовать ответственность за порученное дело и т.д., хотя в действительности Майкл не злоупотребляет спиртным и сказанное о нем является неправдой. При опровержении данного утверждения у адресанта есть хорошая зацепка, чтобы отступить: наречие *sometimes* снимает категоричность с данного утверждения; г) преувеличенная демонстрация своей неопытности, неосведомленности, чтобы пробудить у адресата стремление помочь, сделать за манипулятора его работу и проч. В вербальном плане это получает отражение в таких фразах, как: «Не уверен, что справлюсь один»; «Вряд ли это по силам одному человеку»; «I am not sure I'll cope with it» и др. Обычно такие фразы достаточно эффективны, так как значительно повышают самооценку адресата;

д) «невинный» шантаж, например, «дружеские» намеки на промахи и нарушения, допущенные адресатом в прошлом, шутливые упоминания «старых грехов» или личных тайн адресата. В этом случае появляются такие фразы-клише, как: «Кто старое помянет, тому глаз вон»; «Не будем ворошить прошлое»; «We'll not mention our frolics» и т.д. Адресант явно дает понять собеседнику, что при случае может вспомнить все его «шалости», из чего следует, что последнему следует быть поговорчивее.

Операции по манипулированию прежде всего используются в тех случаях, когда один из коммуникантов стремится к разрешению конфликта путем неявно выраженного установления своего доминирования.

Теперь подробнее остановимся на другой форме конфликта — конкурентной. В конкурентной ситуации существуют тенденции воспринимать других лиц негативно, у индивида возникают подозрительные и враждебные установки по отношению к этим лицам, психологическая закрытость, тенденция быть агрессивным, добиваться односторонних преимуществ для себя, рассматривать адресата как противника. В конкурентных ситуациях моральная ориентация легитимизирует борьбу за выигрыш [3, р. 13–32].

При этом часто наблюдается использование коммуникантом приемов «нечестной игры».

Адресат в этом случае рассматривается как средство или помеха в достижении каких-либо целей, а значит, должен быть использован или нейтрализован. Общение перестает вестись по правилам равного партнерства и развивается субъектно-объектный тип взаимодействия, предполагающий использование специфических приемов воздействия на собеседника, направленных на достижение своих целей и связанных либо с его использованием, либо с его нейтрализацией, устранением как помехи [1, с. 307].

Конфликт здесь представлен фреймом «конкуренция», не предполагающим кооперацию. Вербальное поведение участников характеризуется в этом случае значительным числом таких речевых актов, которые предполагают наличие предупреждения (суггестивов) или угрозы (экспозитивов) как в явном, так и завуалированном виде. Иллокутивная сила подобных высказываний заключается в стремлении заставить коммуниканта-противника поступить в соответствии с желанием угрожающего. Угроза может возыметь действие или, наоборот, еще более обострить конфликт. В данном случае многое зависит от социального статуса того собеседника, который подвергается угрозе. Недооценка сил противника может привести к обратному по сравнению с ожидаемым перлокутивному эффекту — отказу повиноваться, соглашаться, искать компромиссные решения и т.д. Человек, которому угрожают, может занять ещё более жесткую позицию и перейти в наступление, проявить агрессию как физического, так и вербального свойства. Естественными репликами-реакциями в данном случае являются, напри-

мер, такие: «Кто вы такой чтобы мне угрожать?!»; «Damn your intimidation!» и проч.

Вербальные индикаторы угрозы включают такие выражения, как: «Смотрите не пожалейте»; «Смотрите, вам будет плохо!»; «Как бы вы не пожалели»; «Вам следует подумать и изменить свою точку зрения, иначе последствия для вас будут плачевными»; «You'd better change your mind, otherwise the consequences may be deplorable for you» и проч.

Если же при этом нарушаются правила этикета, то угрожающий может прибегнуть и к обценной лексике и к различным неформальным способам угрозы, например, таким фразам как: «Ты у меня ещё попляшешь!»; «Я тебе ещё задам жару!»; «I'll give it hot to you!» и др.

Усилению конфликта в рамках фрейма «конкуренция» способствует деструктивная критика, т.е. высказывание пренебрежительных или оскорбительных суждений о личности конкурента, грубое агрессивное осуждение, поношение или осмеяние его дел и поступков. Разрушительность такой критики состоит в том, что она не позволяет человеку «сохранить лицо».

Конкретными формами деструктивной критики являются такие, как — принижение личности партнера по общению, его интеллектуальных возможностей, например, использование уничижительных формул: «Да что тебе объяснять, — всё равно не поймешь»; «Why should I spend time on such a dull person as you» и др.;

— высмеивание того, что критикуемый не в состоянии изменить: внешности, социального и национального происхождения, тембра голоса, речевых дефектов и т.д. Примером подобной деструктивной позиции может послужить такое высказывание, как «I know that I speak to an Irish idiot!» или «Какой-то коротышка ещё будет мне указывать, что делать!!».

Как видим, маркером конфликтогенной ситуации здесь являются различные инвективы (idiot, a dull person, etc.)

Ещё один деструктивный элемент это игнорирование, т.е. умышленное невнимание к партнёру, его высказываниям и действиям, что проявляется в демонстративном пропуске слов собеседника мимо ушей, отсутствии реплик-реакций на реплики-вопросы партнера, показная смена темы разговора без объяснения причин подобного поведения.

Без сомнения, мы рассмотрели только некоторые вопросы, касающиеся вербального поведения конфликтующих сторон. Проблема эта многогранна и затрагивает различные аспекты собственно лингвистического и экстралингвистического характера.

Совершенно очевидно, что вопросы вербальной коммуникации в конфликтных ситуациях требуют дальнейшего изучения. Это поможет поиску путей к урегулированию конфликтов и нахождению компромиссных решений в спорах, дискуссиях, в том числе политического и правового характера.

Л и т е р а т у р а

1. Гришина Н. В. Психология конфликта / Н. В. Гришина. — 2-е изд. — СПб.: Питер, 2008. — 544 с.
2. Здравомыслов А. Г. Социология конфликта / А. Г. Здравомыслов. — М.: Аспект Пресс, 1995. — 131 с.
3. Deutsch M. Constructive Conflict Resolution: Principles, Training and Research / M. Deutsch // Journal of Social Issues. — 1994. — Vol. 50, N 1. — P. 13–32.
4. Johnson D. Constructive Conflict in the Schools / D. Johnson, R. Johnson // Journal of Social Issues. — 1994. — Vol. 50, N 1. — P. 117–137.

А н н о т а ц и я

Мизецкая В. Я. Особенности вербальной коммуникации в конфликтном дискурсе. — Статья.

Статья посвящена проблемам вербальной коммуникации в ситуации возникновения конфликта. Подробно анализируются два базовых фрейма — фрейм «кооперация» и фрейм «конфронтация». Особое внимание уделяется средствам вербальной актуализации поведения участников конфликтной ситуации.

Ключевые слова: конфликтная ситуация, фрейм, кооперация, конфронтация, вербальная коммуникация, позитивные и деструктивные приемы, стратегия общения.

А н о т а ц і я

Мизецька В. Я. Особливості вербальної комунікації в конфліктному дискурсі. — Стаття.

Стаття присвячена проблемам вербальної комунікації у конфліктному дискурсі. Ретельно проаналізовані базові фрейми — фрейм «кооперація» та фрейм «конфронтація». Особливу увагу надано вербальним засобам актуалізації поведінки учасників конфліктної ситуації.

Ключові слова: конфліктна ситуація, фрейм, кооперація, конфронтація, позитивні та деструктивні засоби, стратегії спілкування.

S u m m a r y

Mizetska V. Y. Verbal communication in conflict situations. — Article.

This article is devoted to the problem of verbal aspect of communication. Two basic frames » cooperation» and «confrontation» are analyzed in detail. Special attention is paid to the means of verbal actualization of the above- mentioned frame situations.

Keywords: conflict, verbal communication, frame, cooperation, confrontation, positive and destructive means, strategy of communication.

НАШІ АВТОРИ

Адамова О. С., докторант кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук, доцент

Андронов І. В., доцент кафедри цивільного процесу Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

Антонюк У. В., завідувач кафедри трудового, екологічного, земельного та аграрного права Івано-Франківського факультету Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

Басай О. В., докторант кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

Василенко М. Д., професор кафедри права Європейського Союзу та порівняльного правознавства Національного університету «Одеська юридична академія», доктор фізико-математичних наук, професор

Голубева Н. Ю., докторант кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук, доцент

Гонгало Р. Ф., доцент кафедри цивільного процесу Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

Дмитрик О. О., доцент кафедри фінансового права Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», доктор юридичних наук

Дрішлюк А. І., доцент кафедри цивільного процесу Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук, доцент, суддя апеляційного суду Одеської області

Ємельянов С. Л., завідувач кафедри правової інформатики Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат технічних наук, доцент, член-кореспондент Академії зв'язку України

Каракаш І. І., завідувач кафедри аграрного, земельного та екологічного права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук, професор

Кас'яненко Л. М., завідувач кафедри фінансового права Національного університету державної податкової служби України, доктор юридичних наук, доцент

Квасніцька О. О., доцент кафедри господарського права і процесу Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

Кібік О. М., завідувач кафедри національної економіки Національного університету «Одеська юридична академія», доктор економічних наук, професор

Кізлова О. С., завідувач кафедри цивільного та господарського права і процесу Міжнародного гуманітарного університету, доктор юридичних наук, доцент

Коломієць П. В., здобувач кафедри фінансового права Національного університету державної податкової служби України

Кормич Б. А., професор кафедри морського та митного права Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор

Кулініч О. О., докторант кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук, доцент

Кучерявенко М. П., завідувач кафедри фінансового права національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України

Латковська Т. А., професор кафедри адміністративного та фінансового права Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор

Лукашев О. А., доцент кафедри фінансового права національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», доктор юридичних наук, доцент

Мізецька В. Я., завідувач кафедри іноземних мов Національного університету «Одеська юридична академія», доктор філологічних наук, професор

Мінченко Р. М., завідувач кафедри цивільного процесу Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор

Монаєнко А. О., проректор з наукової роботи Класичного приватного університету, доктор юридичних наук, доцент

Ніщимна С. О., декан юридичного факультету Чернігівського державного інституту економіки і управління, кандидат юридичних наук, доцент

Онищук Н. Ю., науковий співробітник Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування Національної академії правових наук України, кандидат юридичних наук

Петлюченко Н. В., завідувач кафедри германських та романських мов Національного університету «Одеська юридична академія», доктор філологічних наук

Погрібний С. О., професор кафедри цивільного процесу Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, член-кореспондент НАПрН України, заступник голови Приморського районного суду м. Одеси

Подцерковний О. П., завідувач кафедри господарського права і процесу Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України

Семаніва Ю. В., заступник завідувача секретаріату Комітету Верховної Ради України з питань правосуддя

Сирота І. М., професор кафедри трудового права та права соціального забезпечення Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

Скуріхін С. М., завідувач кафедри військової підготовки Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

Ульянова Г. О., докторант кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права Національного університету «Одеська юридична академія»

Харитонов Є. О., завідувач кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України

Харитонova О. І., завідувач кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор

Хохуляк В. В., доцент кафедри конституційного, адміністративного і фінансового права Чернівецького факультету Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук, доцент

Царьова Л. К., професор кафедри адміністративного та фінансового права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук, доцент

Чанишева Г. І., завідувач кафедри трудового права та права соціального забезпечення Національного університету «Одеська юридична академія», декан соціально-правового факультету, доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України

Чернадчук В. Д., завідувач кафедри цивільно-правових дисциплін та банківського права ДВНЗ «Українська академія банківської справи НБУ», доктор юридичних наук, професор

Якубовська Н. О., докторант кафедри міжнародного права та міжнародних відносин Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук, доцент

З М І С Т

Передмова	5
Розділ 1	
СУЧАСНІ ПРОБЛЕМИ АДМІНІСТРАТИВНОГО ТА ФІНАНСОВОГО ПРАВА	
<i>Т. А. Латковська</i>	
Розвиток науки фінансового права — запорука розвитку Української держави	9
<i>Б. А. Кормич</i>	
Еволюція режиму найбільшого сприяння у митному регулюванні	19
<i>А. О. Монаєнко</i>	
Сучасні проблеми застосування бюджетного законодавства України	27
<i>Н. П. Кучерявенко</i>	
К проблеме о межинституциональной природе регулирования бюджетных доходов ..	37
<i>Л. К. Царьова</i>	
Правова природа відносин, що складаються в сфері емісійної діяльності держави	48
<i>В. Д. Чернадчук</i>	
Заходи впливу Національного банку України за порушення банківського законодавства: актуальні питання теорії та практики	57
<i>Л. М. Кас'яненко, П. В. Коломієць</i>	
Особливості правового регулювання елементів спрощеної системи оподаткування як традиційного виду спеціального податкового режиму	68
<i>В. В. Хохуляк</i>	
Наука фінансового права у Новоросійському університеті м. Одеси (кін. XIX — поч. XX ст.)	75
<i>А. А. Лукашев</i>	
К проблеме комплексности в финансово-правовом регулировании	87
<i>О. О. Дмитрик</i>	
Фінансовий закон: поняття й ознаки	99
<i>С. О. Ніцимна</i>	
Фінансовий контроль як складова фінансової діяльності держави та місцевих органів влади	110
<i>Н. Ю. Онищук</i>	
Відповідальність суб'єктів фінансових правовідносин	121

- С. Л. Ємельянов*
Проблемні аспекти класифікації інформації з обмеженим доступом в Україні 130
- С. М. Скуріхін*
Форми правового виховання офіцерського складу Збройних Сил України 141

Розділ 2**АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ЦИВІЛІСТИКИ ТА СТАЛОГО СОЦІАЛЬНОГО РОЗВИТКУ**

- Є. О. Харитонов*
Категорії «приватне право», «цивільне право України» та «цивільне законодавство України»: до проблеми співвідношення 157
- О. І. Харитонova*
До проблеми виокремлення категорії «творчі правовідносини інтелектуальної власності» 170
- Р. М. Мінченко*
Касаційне провадження: об'єкти та суб'єкти касаційного провадження 182
- О. П. Подцерковний*
Про проблеми застосування способів захисту порушеного права (на прикладі вимог про визнання права власності у заставних відносинах) 190
- Г. І. Чанишева*
Співвідношення трудового договору із цивільно-правовими договорами про працю 203
- І. І. Каракаш*
Право власності та користування на землях лісогосподарського призначення 214
- О. С. Кізлова*
Стан дослідження категорії застави у цивілістиці 227
- С. О. Погрібний*
Про правову природу зобов'язань гаранта за банківською гарантією 234
- А. І. Дрішлюк*
Вплив судової практики Верховного Суду України на систему джерел цивільного та цивільно-процесуального права України 245
- У. В. Антонюк*
Правова охорона земель: міжнародний та європейський досвід 257
- О. Н. Кибик*
Предпосылки инновационного развития экономической системы Украины 266
- N. O. Yakubovska*
International development cooperation — moral duty or legal obligation? 273
- М. Д. Василенко*
Просунута співпраця, диференціація і субсидіарність в правовій основі інноваційного регулювання в країнах — членах ЄС 283
- І. М. Сирота*
Пенсійна реформа та новації її здійснення в солідарній системі 294
- Н. Ю. Голубева*
Дійсність немайнових зобов'язань за ЦК України 300

<i>І. В. Андронов</i>	
Мова цивільного судочинства та судового рішення у цивільній справі	313
<i>Р. Ф. Гонгало</i>	
Деякі сучасні аспекти участі держав у розгляді справ щодо спадкування за законом	321
<i>О. С. Адамова</i>	
Договір бодмереї та «сірі схеми» як передумови виникнення морського страхування	329
<i>Ю. В. Семаніва</i>	
Внутрішня організація роботи Морської арбітражної комісії при Торгово-промисловій палаті України	339
<i>О. О. Кулініч</i>	
Авторське право на фотографічні твори та право фізичної особи на власне зображення: визначення напрямків наукового дослідження	349
<i>Г. О. Ульянова</i>	
Захист прав творців реклами від неправомірного використання реklamних матеріалів	360
<i>О. О. Квасніцька</i>	
Історичний розвиток та становлення будівельного законодавства у правовому досвіді України	370
<i>О. В. Басай</i>	
Первинні підстави виникнення прав інтелектуальної власності	383
<i>Н. В. Петлюченко</i>	
Модель харизматичної комунікації у німецькому та українському публічному дискурсі	392
<i>В. Я. Мизецкая</i>	
Особенности вербальной коммуникации в конфликтном дискурсе	402
Наші автори	408

Наукове видання

НАУКОВІ ПРАЦІ

Національного університету
«Одеська юридична академія»

Том XII

*Українською, російською
та англійською мовами*

Редактор-коректор *Л. В. Шепельська*
Технічний редактор *Т. В. Іванова*

Підписано до друку 05.11.2012. Формат 70×100¹/₁₆. Папір офсетний.
Гарнітура «Літературна». Друк офсетний. Ум. друк. арк. 33,8.
Тираж 300 прим. Зам. № 222.

Видавництво і друкарня «Юридична література»
65009, м. Одеса, вул. Піонерська, 7. Тел. 777-48-79
Свідоцтво суб'єкта видавничої справи
ДК № 4284 від 23.03.2012 р.

Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія». Т. XII / редкол.: С. В. Ківалов (голов. ред.) [та ін.] ; відп. за вип. В. М. Дрьомін. — Одеса : Юридична література, 2012. — 416 с.
Укр., рос. та англ. мовами.
ISBN 978–966–419–135–4.

У збірнику наукових праць Національного університету «Одеська юридична академія» опубліковано статті провідних учених НУ ОЮА, докторів та кандидатів наук, а також визначних правників з інших вузів України.

Збірник статей розрахований на фахівців, що працюють у сфері юриспруденції, студентів-юристів, а також юристів-практиків, які цікавляться тенденціями розвитку правового життя сучасного суспільства.

ББК 67(4Укр-2Од)я43
УДК 34(477-25Од)(082)