

Юридична Україна

ЩОМІСЯЧНИЙ НАУКОВИЙ ЖУРНАЛ

№ 9 (117) 2012

Заснований у січні 2003 р.



Співзасновники:

Київський регіональний центр
Національної академії правових наук України,

Науково-дослідний інститут
приватного права і підприємництва
Національної академії правових наук України,

ТОВ "Юрінком Інтер"

Видавець: ТОВ "Юрінком Інтер"

Згідно з постановою президії Вищої атестаційної комісії України від 18.11.2009 р.
№ 1-05/5 журнал "Юридична Україна" включено до переліку наукових фахових
видань України, в яких можуть публікуватися результати дисертаційних робіт
на здобуття наукових ступенів доктора і кандидата юридичних наук.

Київ – 2012

РЕДАКЦІЙНА РАДА:

О. Л. Копиленко —
доктор юридичних наук, професор
(голова ради),
О. В. Скрипнюк —
доктор юридичних наук, професор,
(заступник голови ради),
Л. К. Воронова —
доктор юридичних наук, професор,
В. Г. Гончаренко —
доктор юридичних наук, професор,
В. В. Коваленко —
доктор юридичних наук,
О. Д. Крупчан —
кандидат юридичних наук,
Є. Б. Кубко —
доктор юридичних наук, професор,
В. В. Луць —
доктор юридичних наук, професор,
В. Т. Маляренко —
доктор юридичних наук, професор,
В. К. Мамутов —
доктор юридичних наук, професор,
Н. М. Мироненко —
доктор юридичних наук, професор,
Н. Р. Нижник —
доктор юридичних наук, професор,

М. І. Панов —
доктор юридичних наук, професор,
Л. В. Підпалов —
заслужений юрист України,
Д. М. Притика —
доктор юридичних наук,
П. М. Рабінович —
доктор юридичних наук, професор,
М. В. Руденко —
доктор юридичних наук, професор,
М. Я. Сегай —
доктор юридичних наук, професор,
М. Ф. Селівон —
кандидат юридичних наук,
М. О. Теплюк —
заступник Керівника Апарату
Верховної Ради України —
Керівник Головного
юридичного управління,
В. М. Шаповал —
доктор юридичних наук, професор,
Ю. С. Шемшученко —
доктор юридичних наук, професор.

РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ:

О. Д. Крупчан —
кандидат юридичних наук
(голова колегії),
В. В. Коваленко —
доктор юридичних наук
(заступник голови колегії),
В. С. Ковальський —
доктор юридичних наук
(заступник голови колегії),
А. Б. Гриняк —
кандидат юридичних наук,
М. К. Галянтич —
доктор юридичних наук,
О. Л. Копиленко —
доктор юридичних наук, професор,

В. В. Луць —
доктор юридичних наук, професор,
Н. М. Мироненко —
доктор юридичних наук, професор,
В. Д. Примак —
кандидат юридичних наук,
М. Я. Сегай —
доктор юридичних наук, професор,
О. В. Скрипнюк —
доктор юридичних наук, професор,
І. С. Примак —
завідувач редакції періодичних науково-
практичних видань.

Журнал рекомендовано до друку Вченою радою Науково-дослідного інституту
приватного права і підприємництва Національної академії правових наук України
(протокол № 7 від 25.07.2012 р.).

ЗМІСТ

ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

<i>Ковальський Віктор</i> . Функції права: ціннісний та сутнісний виміри.	4
<i>Черниш Володимир, Нелін Олександр</i> . До питання про реформування органів нотаріату в Україні	10
<i>Волинець Віталій</i> . Соціальна функція держави і соціальна політика: правові проблеми реалізації	15
<i>Бондарева Катерина</i> . Правовий вимір інституціоналізації транзитивних політичних режимів	23
<i>Маланій Оксана</i> . Правове регулювання укладення та припинення трудових договорів на території Східної Галичини у міжвоєнний період (1918–1939 рр.)	30

ФІНАНСИ, ПОДАТКИ, БЮДЖЕТ

<i>Колодій Інна</i> . До питання організації функціонування системи інформаційної безпеки банківських структур	36
--	----

ПИТАННЯ РОЗВИТКУ ПРИВАТНОГО ПРАВА

<i>Бакалінська Ольга</i> . Особливості застосування понять добросовісності, розумності та справедливості в цивільному праві	41
<i>Гриняк Андрій</i> . Порука та гарантія як способи забезпечення виконання підрядних договорів	47
<i>Микитин Віталій</i> . Цивільно-правові способи захисту майнових прав інтелектуальної власності	53

ЕКОНОМІКА І ПРАВО

<i>Алієва-Барановська Віра</i> . Осучаснення Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність»	62
<i>Кузьменко Марина</i> . Місце господарсько-правової відповідальності у сфері захисту економічної конкуренції	67

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ НАУКИ

<i>Яра Олена</i> . Теоретичні та практичні питання кримінально-правової охорони та захисту прав інтелектуальної власності	73
---	----

СУД І ПРАВООХОРОННІ ОРГАНИ

<i>Городовенко Віктор</i> . Засади побудови судової системи України	78
<i>Таликін Євген</i> . Ознаки господарської процесуальної форми як судової форми захисту прав та інтересів	87
<i>Хотинська-Нор Оксана</i> . Роль та значення роз'яснень пленуму суду касаційної інстанції в контексті реформування судової системи України	95

УДК 340.11

Віктор Ковальський,

доктор юридичних наук, доцент,

Президент видавничої організації «Юрінком Інтер»

ФУНКЦІЇ ПРАВА: ЦІННІСНИЙ ТА СУТНІСНИЙ ВИМІРИ

У статті розглядаються основні наукові підходи до розуміння суті функцій права, розкривається роль зазначених функцій у процесі розвитку правової державності.

Ключові слова: функція права, правовий вплив, сутнісні ознаки права.

Функції права відіграють найбільш активну роль у правовій системі. Вони розкривають складну взаємодію напрямів впливу права на соціум і тому стають найбільш дієвими компонентами ефективності права, одним із відправних структурних компонентів цієї системи [1]. У функціях права відображуються потреби суспільного розвитку, адже ці функції є наслідком законодавчої політики і концентрують у собі відповідні потреби, трансформуючи їх у позитивне право, публічні обов'язки, суспільні інтереси. Змінюються, збільшуються суспільні інтереси — змінюються та розширюються функції права. І навпаки, зменшуються ці потреби — це відбивається і у функціях права, про що свідчить, наприклад, історичний досвід побудови соціалізму і комунізму в окремо взятій країні [2].

Безперечно, за історичні проміжки часу відбувся перехід від статичного розуміння функцій права до динамічного, тобто від однобічного (командного) до їх дихотомічного (соціально-ціннісного) характеру. Тому, на нашу думку, доцільно об'єднувати функції права подвійним визначенням, як, наприклад: функція організаційна та інтегративна (організаційно-інтегративна), інформаційна та комунікативна (інформаційно-комунікативна), соціальна та економічна (соціально-економічна), культурна та виховна (культурно-виховна), аксіологічна та регулятивна (регулятивно-аксіологічна) [3]. Одна компонента функції має відбивати її стабільність, інша — динаміку, змінність відповідно до суспільно-правового розвитку.

Узагалі термін «функція» є досить ба-

гатозначним. У біології під функцією розуміється самодостатня специфічна діяльність організму або окремого органа (головного мозку, кінцівок тощо); у кібернетиці функція означає цілеспрямовану дію певної системи (структури), а в математиці функція — перемінна величина, що змінюється залежно від зміни іншої величини [4]. Значним внеском у теорію функцій є розробки науковців-кібернетиків. У відомій роботі американських кібернетиків Р. Акоффа і Ф. Емері зазначається, що функцію не можна відривати від структури — функціональне уявлення про природу речей є цілком сумісним із структурним розумінням природи цих речей [5].

У правовій науці функція права визначається як соціальна роль права (держави) спрямовано діяти у макро- або мікросередовищі, тобто встановлювати соціальні відносини, надавати їм правового визначення, привносити певну інформацію у соціальні контакти. Функції права, зокрема, тлумачаться як об'єктивно визначені основні напрями правового впливу щодо певного об'єкта, визначаючи види діяльності (політичної, громадської, правомірної, протиправної, ризикованої, небезпечної тощо), статус особи (компетенційний, професійний, діловий тощо), суспільну свідомість (активну, пасивну, деградовану тощо), правові режими об'єктів регулювання тощо. Тому важливим є виокремлення певних критеріїв класифікації функцій (наприклад, за суб'єктом, об'єктом, способами, засобами та формами реалізації). Так, розрізняють загальнодержавні функції (політична, соціальна, економічна, культурна, ідеологічна, екологічна тощо),

функції окремих типів держав, зокрема владні (законодавча, виконавча, судова), основні (політична, економічна, фінансова, культурна, ідеологічна) та додаткові (інформаційна, інтегративна, прогностична, програмна), зовнішні та внутрішні функції держави. Функції права поширюються на суспільні відносини; вони визначають і, водночас, визначаються соціальним призначенням права в різних сферах суспільного життя [6]. При цьому розрізняють функції права загальносоціальні (політична, економічна, соціальна, ідеологічна) та спеціальні (регулятивна, охоронна, установча, інформаційна).

Функції права реалізуються через систему права, зокрема через галузі, інститути, норми, договори, прецеденти, а також через акти застосування права чи шляхом відповідної діяльності органів державної влади [7]. У свою чергу, реалізація функції права може здійснюватися зовні у певній історичній формі, соціальне значення якої також має різні складові. Так, охоронна функція права має кілька складових, одна з яких, зокрема, визначає її належність до правоохоронної системи (кари, примусу, обмежень), інша — до правового статусу особи, захисту від охоронного (карного, примусового) впливу, третя — до запобіжного напрямку функціонування права. Тому в складі охоронної функції права треба структурно розрізняти, зокрема, карально-репресивну, карально-обвинувальну, захисну, запобіжну форми реалізації цієї функції права.

Поняття «функція права» передбачає філософське, загальноправове та галузеве трактування. Так, філософське трактування функції права спирається на опосередкування категоріями узагальнюючого змісту, якими є світоглядні, ідейні, соціологічні категорії («сенс права», «справедливість права», «моральність права», «образ права») тощо. При цьому треба враховувати, що залишаються нез'ясованими багато питань, вирішення яких мало б формувати синтезовані знання щодо типів праворозуміння, стратегічних державотворчих рішень, інтегрованого розуміння функцій права. Загальноправове трактування функцій права вимагає їх прочитання в контексті

категорій «примусове право», «регулятивне право», «обмежувальне право», «звичаєве право» тощо. Галузеве трактування, зокрема охоронної функції права, стосується конкретних понять та визначень, зокрема понять «правові обмеження», «охорона права», «захист права», «склад правопорушення» [8].

У сучасній юриспруденції розроблені концепції функцій, що базуються на розмежуванні права і закону, на категоріях «легізм», «юснатуралізм», «правовий лібертарізм» [9], на інтегральній класифікації права, започаткуванні категорії «правова реальність» [10]. Слід погодитися з філософом С. І. Максимовим у тому, що в будь-якому підході є як сильні, так і слабкі сторони, як можливості, так і межі в загальному розумінні права [11]. Так, він досить чітко, на нашу думку, розкриває складність і рухливість розуміння реальності права. По-перше, це правовий позитивізм, який акцентується на зовнішньому боці правової реальності, сукупності правових норм, забезпечених примусовою силою держави. По-друге, це правовий об'єктивізм, що базується на соціальній обумовленості права, його вкоріненості у соціальне життя. По-третє, це правовий суб'єктивізм, в якому дістає вияв ідеалістично-моральна інтерпретація права, що розкриває активну роль суб'єкта права. По-четверте, це правова інтерсуб'єктність, яка базується на змістовому значенні права, його незмінних силі та авторитеті в процесі взаємодії суб'єктів права, їх комунікації та узгодженні власної позиції з позицією іншої сторони або сторін.

Спробу розкрити зміст функції права зробив свого часу відомий радянський вчений-юрист В. Г. Смирнов, який стверджував, що «поняття «функція права» синтезує завдання і способи регулювання суспільних відносин, що визначаються єдністю мети і методів їх регулювання. Завдання і методи не можуть бути зрозумілими без з'ясування структури і змісту предмета, на який впливає право, а поняття функції права фактично відображає в сукупності предмет, завдання і метод регулювання [12].

Таким чином, йдеться про поняття, в якому у певній єдності відображено со-

ціальне призначення правового регулювання (з нього випливають завдання) і метод регулювання (він визначається предметом і завданнями регулювання).

Безперечно, що розкриття змісту функції права виходячи з його зовнішнього боку, зокрема методу правового регулювання, є концентрованим виразом позитивістського трактування функції права, з чим погодитися навряд чи можливо. Більш сучасні підходи до трактування функції права, на наш погляд, мають діставати свій вияв у інтерсуб'єктному підході, в якому втілюється роль функції права обумовлювати взаємодію у певному соціумі, інтегрувати соціальні відносини, позиції, інтереси у певній правовій ментальності людини.

Вплив права на соціальні відносини є об'єктивним процесом, який у контексті функції права локалізує взаємодію суб'єктів права; вона концентрується у ментальній готовності етносу (соціальної групи, колективу, корпоративної спільноти тощо) до певного правового порядку. Існує припущення, що в системі функцій права, поряд з юридичними і соціальними функціями, слід вирізнити онтологічні функції, тобто роль права у бутті, його вплив на буття, який здійснюється опосередковано через діяльність людей [13].

Веручи до уваги вищезазначене, ми вправі говорити про внутрішньоіманентні аспекти (зокрема йдеться про ідеологічний, прагматичний та емпіричний) функцій права. Власне, це аспекти впливу права, яке визначається як ідея (мета, місія), поширення через канали суспільного спілкування, державні інституції, ЗМІ тощо, сприймається крізь призму правової культури або ментальності і дістає вияв у певних соціальних відносинах та правових фактах.

Певне уявлення про ідеологічний аспект функціонального впливу права можна отримати, аналізуючи текст чинної Конституції України, в якому виокремлюються та перемешуються функції права. Зокрема про організаційно-інтегративну функцію йдеться у статтях 3, 10, 13, 16, 17, 18, 23, 24, 44, 45, 46, 49, 52, 53, 54, 59, 91, 99, 106, 107, 116, 119, 126, 129, 130, 138, 143; соціально-економічну функцію — у стат-

тях 1, 13, 15, 16, 21, 32, 36, 42, 44, 46, 47, 49, 85, 92, 95, 115, 116, 119, 132, 138, 143; інформаційно-комунікативну — у статтях 17, 31, 32, 34, 50, 92; культурно-виховну — у статтях 52, 92, 12, 11, 35, 36, 49, 53, 54, 66, 85, 92, 116, 119, 132, 137, 138, 143; регулятивно-аксіологічну — у статтях 6, 20, 24, 26, 29, 30, 33, 36, 39, 40, 41, 44, 45, 46, 54, 57, 67, 72, 75, 77, 76, 82, 85, 88, 91, 92, 95, 103, 106, 117, 127, 128, 137, 140, 252 Конституції України.

Функції права отримують втілення в основних напрямках діяльності Української держави, зокрема в державних та регіональних програмах. Прагматичний аспект функцій права впливає із завдань базових нормативно-правових актів у конкретний історичний період, обслуговування і захисту соціально-прийнятних інтересів. Залежність функцій права від цих завдань та інтересів дістає вияв у тому, що вони є тісно пов'язані між собою, адже часто безпосередньо обумовлюють саме існування функцій, визначають їх зміст, а також суттєво впливають на історично обумовлені форми їх реалізації, на функціонування певних державних інституцій. Отже, функції й функціонування права є пов'язаними проявами його дії [14]. У цьому зв'язку необхідно розрізнити основні (сутнісні) та похідні (атрибутивні) завдання функцій права. Перші, так би мовити, основні, завдання відбиваються, на нашу думку, в принципах та напрямках політики держави (внутрішньої, соціальної, правової), напрямках та стилі управлінської діяльності (авторитарному, демократичному, технократичному). Інші, або похідні, завдання втілюються у правових режимах, певному напрямі діяльності (обвинувальному — в досудовому слідстві чи каральному — у внутрішній політиці держави, соціальному захисті прав і свобод людини, вертикально підпорядкованій бюджетній політиці, у певних засобах підтримки національної валюти, забезпечення митних режимів, захисті вітчизняного товаровиробника тощо) і спираються саме на конституційні принципи державної внутрішньої політики.

Прагматичний аспект функцій права, в свою чергу, забезпечується певними за-

собами, способами, ресурсами державної діяльності. Соціальні об'єкти, цінності, з приводу й навколо яких формуються функції права, визначають властивості цих функцій, їх роль і межі впливу на законодавчу систему, на внутрішню політику, практику правозастосування.

Функції права випливають з якості права. Сутнісні ознаки права (нормативність, впорядкованість, стабілізуючий вплив на суспільні відносини, а також державна забезпеченість) мають надзвичайно важливе значення для розуміння природи тих чи інших функцій права. Російські теоретики права з цього приводу дотримуються думки, що право практично нездійсненне без державного апарату і процесуальної форми його діяльності, спрямованої на застосування правових норм, вирішення спорів, примус до виконання й дотримання права, покарання правопорушників. Йдеться, таким чином, про інституціоналізацію функцій права, що полягає в єдності нормативної основи правопорядку і спеціального апарату, спроможного забезпечити реалізацію (включаючи охорону, захист, відновлення) правових норм через правовідносини [15]. У своїй сукупності функції права мають спрямовувати його дію на підтримку людини, демократизацію держави й розбудову громадянського суспільства, на забезпечення як загальносоціальних, так і приватних інтересів. Функції права сприяють втіленню у життя певних державних пріоритетів, що потребує не тільки впорядкування, а й усунення конфліктів, колізій, локалізації соціальних суперечностей тощо.

Іманентно-емпіричний аспект функції права закріплений у політичних і правових документах, у програмах і державних концепціях перетворень в Українській державі; багато положень, безпосередньо пов'язаних з емпіричним аспектом функцій права, міститься у статусних законах, зокрема про діяль-

ність органів міліції, про прокуратуру, про судоустрій, про банки і банківську діяльність, про систему виконавчого провадження, виконання покарань тощо. Емпірично поширення тих чи інших правових відносин і правових фактів обумовлено наявністю або появою нових систематизованих (консолідованих, кодифікованих або інкорпорованих) нормативно-правових актів. Йдеться про соціальне призначення правотворчості, яка встановлює певні стандарти, вимоги до правової поведінки, а не про «дарування» юридичним або фізичним особам певних можливостей або благ. Ми маємо на увазі саме об'єктивне право, на підставі якого вимальовуються стандартні правові ролі, в яких особа виступає як правоактивний суб'єкт [16].

Важливість функцій відбивається у сутнісних ознаках права, включаючи мету, завдання, зміст інститутів і норм права, межі впливу тощо, а також роль, яку відіграють саме конституційні норми у формуванні засад, котрі у сукупності визначають соціальну і правову сутність держави, спрямовують діяльність її керівних та уповноважених органів. Тобто функції права мають бути каталізатором розвитку правової державності. В них втілюється соціальна сутність і спрямований поступ української держави до демократії, до людини і громадянина. Взагалі, функції права, як і сутність права, мають розглядатися у безпосередньому зв'язку з процесами соціалізації індивідів і самої держави, демократизації політичного життя за активної участі громадян у процесі правотворчості. Суб'єкт функцій права існує для права, а право існує та визначається ним; суб'єкт — це та персона, чією свідомістю, ментальністю та діяльністю створюється, діє право, чії ідеали та намагання реалізуються у праві; він є тим центром, що визначає правопорядок, існуючі правові норми, зв'язки та правовідносини.

ПРИМІТКИ

1. У точному розумінні правова система представляє цілісну єдність правових актів і норм національного права, поділених на основі внутрішнього узгодження на частини (правові інститути і галузі), які відповідно до предмета і методу правового регулювання пов'язані між собою ієрархічними і координаційними зв'язками та мають своїм центром правові принципи, що в концентрованому вигляді виражають сутність, мету, основні завдання та функції права

([Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://ru.wikipedia.org/Правова система>). Додамо, що правова система включає також інформаційно-правовий простір, який має як зовнішній, так і внутрішній напрями детермінації, історичні, етнічні та культурні особливості існування; структурно така система включає такі важливі компоненти, як законодавство, правозастосування, правосвідомість, базові відносини, які стабілізують, упорядковують та охороняють суспільний лад, правовий порядок, інтереси суспільства та людини.

2. За радянських часів, як відомо, дія правових норм підкріплювалася силою політичних норм, тобто право як загальнолюдська цінність перетворювалося на право більшості; командно-адміністративна система підміняла правову систему, а охоронна функція права набувала надзвичайного примусового значення (див.: Ковальський В. С. Охоронна функція права / В. С. Ковальський. — К. : Юрінком Інтер, 2010. — 336 с.

3. Потрібно зазначити, що до розуміння такого визначення функцій дійшли визначні вчені-юристи часів перебудови (див.: Правовая система социализма. Функционирование и развитие : в 2 кн. / отв. ред. А. М. Васильев. — М. : Юрид. лит., 1987. — Кн. 2. — 327 с.

4. Новий глумачний словник української мови / 2-ге вид., випр. — К. : Аконіт, 2007. — Т. 3. — С. 375.

5. Так, слід розрізняти зовнішні й внутрішні функції речей або подій, які залежать від їх структури. Наприклад, годинники (механічні, кварцеві, сонячні тощо) іманентно слугують для визначення часу; компас вказує постійний напрямок на північ; термометр (механічний, електричний) вказує на рівень температури; автомобільний транспорт виконує функцію доставки вантажів або пасажирів. Кожна інша річ, що структурно належить до класу перелічених речей, виконує зазначені функції самим фактом належності до цього класу. У даному разі різні за структурою речі (механізми) виконують стабільну функцію, що є зовнішньою стороною стосовно самої речі (механізму). Водночас, особа, наділена здатністю вчинювати різні операції, дії (а отже, додамо, і в змозі виконувати різні ролі, в тому числі правові) щодо придбання речі, її передачі тощо, реалізує властиву не лише їй, а й багатьом іншим особам, внутрішню функцію (див.: Акофф Р. О целеустремленных системах / Р. Акофф, Ф. Эмери ; пер. с англ. — М. : Советское радио, 1974. — С. 34—39.

6. Загальна теорія держави і права : підруч. для студ. юрид. вищ. навч. закладів / М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко [та ін.] ; за ред. В. М. Цвіка, О. В. Петришина. — Х. : Право, 2009. — С. 157.

7. Юридична енциклопедія : в 6 т. / редкол. : Ю. С. Шемшученко (гол. редкол.) [та ін.]. — К. : Українська енциклопедія, 2004. — Т. 6. — С. 312—317.

8. Понятійний склад утворюють, наприклад, такі взаємопов'язані поняття, як «правова поведінка», «правомірна поведінка», «протиправна поведінка», «правопорушення», «злочин», «порушення авторського права і суміжних прав», «кваліфіковане порушення авторського права і суміжних прав» тощо. Тут, як зазначає М. І. Панов, простежується чітка закономірність: із зменшенням обсягу поняття збільшується кількість елементів, що створюють його зміст. Однак виявляється й інша закономірність: поняття менш загального рівня узагальнення мають містити елементи понять високого рівня узагальнення. У цьому, власне, і дістає вияв методологічний аспект формування правових понять і понятійних складів юридичної науки. Порушення цієї логіко-гносеологічної процедури призведе до помилок не тільки при побудові системи понять у будь-якій з юридичних наук, а й до помилок у правотворчості (див.: Панов М. І. Методологічні проблеми формування понятійного апарату правової науки / М. І. Панов // Правова система України: історія, стан та перспективи : у 5 т. / за заг. ред. В. М. Цвіка, О. В. Петришина. — Х. : Право, 2008. — Т. 1. — С. 109—129.

9. Нерсисянц В. С. Юриспруденция. Введение в курс общей теории права и государства / В. С. Нерсисянц. — М. : НОРМА-ИНФРА, 1999. — С. 24—45.

10. Бачинин В. А. Філософія права : підруч. для юрид. спец. вищих навч. закладів / В. А. Бачинин, В. С. Журавський, М. І. Панов. — К. : Ін Юре, 2003. — 472 с.

11. Максимов С. І. Філософія права: сучасні інтерпретації : вибр. праці: статті, аналіт. огляди, переклади (2003—2010) / С. І. Максимов. — Х. : Право, 2010. — С. 72—99.

12. Смирнов В. Г. Функции советского уголовного права / В. Г. Смирнов. — Л. : Изд-во ЛГУ, 1965. — С. 9—15.

13. Вважається, що природне право є за своєю суттю онтологічним. Воно орієнтується на гармонійні відносини з буттям, на втілення у буття з метою не нашкодити йому. Порядок, як основне онтологічне призначення права, забезпечується на основі таких цінностей, як справедливість, свобода, рівність тощо. Позитивне право також здійснює онтологічні функції, але лише тією мірою, в якій в ньому втілюється природне право. Вплив природного (ідеального) права на соціальне буття здійснюється як безпосередньо через вплив на правосвідомість

суб'єктів права, так і через матеріальні механізми позитивного права. При цьому онтологічні функції права включають упорядковуючу (структурування буття), інтегруючу і антропологічну функції, які відображають призначення права щодо буття в цілому, буття соціуму і буття людини. Носіями онтологічних функцій права виступають певні суб'єкти, інститути і саме право як особлива реальність. Онтологічні функції мають свій вияв у просторі публічного і приватного права (див.: Ситар І. М. Онтологічні функції права : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : 12.00.12 / І. М. Ситар ; Львів. держ. ун-т внутр. справ. — Л., 2008. — 16 с.).

14. Теорія держави і права. Академічний курс : підручник / за ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко ; 2-ге вид., перероб. і допов. — К. : Юрінком Інтер, 2008. — С. 319.

15. Общая теория государства и права. Академический курс : в 3 т. / отв. ред. М. Н. Марченко. — М. : НОРМА, 2007. — Т. 2. — С. 58.

16. Ковальський В. С. Правотворчість: теоретичні та логічні засади : монографія / В. С. Ковальський, І. Козінцев. — К. : Юрінком Інтер, 2005. — С. 14.

Ковальський Віктор. Функції права: ціннісне і сутнісне вимірювання.

В статті розглядаються основні наукові підходи к розумінню функцій права, розкривається роль вказаних функцій в процесі розвитку правової державності.

Ключевые слова: функція права, правове впливання, сутнісні ознаки права.

Kovalsky Viktor. Functions of law: values and the essential dimensions.

The article discusses the basic scientific approaches to understanding the functions of law, elucidates the role of these functions in the development of the legal state.

Key words: function of law, legal effect, the essential features of the law.

УДК 347.961

Володимир Черниш,

кандидат юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри нотаріату Київського університету туризму,
економіки і права,
Президент Академії нотаріату України,
заслужений юрист України,

Олександр Нелін,

доктор юридичних наук,
доцент Київського університету туризму, економіки і права,
академік Академії нотаріату України

ДО ПИТАННЯ ПРО РЕФОРМУВАННЯ ОРГАНІВ НОТАРІАТУ В УКРАЇНІ*

У статті проаналізовано стан модернізації нотаріального законодавства та сформульовано пропозиції щодо реформування українського нотаріату як інституту позасудового захисту цивільних прав фізичних та юридичних осіб.

Ключові слова: нотаріат, правовий статус нотаріуса, реформування українського нотаріату, інститут позасудового захисту цивільних прав фізичних та юридичних осіб.

Нотаріат в Україні — це система органів та посадових осіб, на які покладено обов'язок засвідчувати права, а також факти, що мають юридичне значення, та вчиняти інші нотаріальні дії, передбачені Законом України «Про нотаріат», для надання їм юридичної вірогідності [1]. Цей закон визначив правові засади сучасного нотаріату і вперше в Україні поряд із державним увів і приватний нотаріат.

З плином часу усі розбіжності були нівельовані і, більше того, наявність у визначенні складової «приватний» наразі не відповідає смислово навантаженню визначення поняття нотаріату та виконанню ним повноважень від імені держави. З урахуванням євроінтеграційних напрямів розвитку правової системи України, і нотаріату зокрема, виникла необхідність реформування українського нотаріату.

Міністерство юстиції України оперативно відреагувало на актуальність цього питання і розробило Концепцію реформування органів нотаріату в Україні (затверджена наказом Міністерства юстиції України від 24.12.2010 р.

№ 3290/5), в якій визначено сучасний стан інституту нотаріату, цілі, пріоритетні завдання та стратегічні напрями, окреслено механізм її реалізації та очікувані результати [2].

Головною метою реформування нотаріату було визначено сприяння становленню цілісного підходу до визначення правового статусу нотаріуса, реалізації принципу сприяння громадянам та організаціям у здійсненні їхніх прав і законних інтересів відповідно до міжнародних стандартів, а також поступового і системного реформування нотаріату в Україні як інституту позасудового захисту цивільних прав фізичних та юридичних осіб.

Метою цієї статті є актуалізація уваги до реформування органів нотаріату в Україні відповідно до світового досвіду країн, в яких існує класичний нотаріат латинського типу.

На наш погляд, актуальність цього питання відповідає контексту гармонізації українського законодавства з міжнародним правом, зокрема європейським. Норми, які регулюють організацію і діяльність нотаріату, становлять само-

* Рекомендовано до друку кафедрою загальноюридичних та кримінально-правових дисциплін Київського університету туризму, економіки і права.

стійну галузь законодавства. Разом із тим, законодавство про нотаріат тісно пов'язане з такими галузями законодавства, як цивільне, цивільно-процесуальне, шлюбно-сімейне і трудове. При здійсненні будь-яких нотаріальних дій нотаріусам доводиться не лише використовувати правила нотаріального провадження, а й звертатися до норм земельного і банківського права та інших галузей законодавства. Так, посвідчуючи угоди (договори, заповіти, доручення, шлюбні контракти та ін.) нотаріус керується нормами цивільного законодавства, роз'яснює їх зміст громадянам, які до нього звернулися. Саме тому при реформуванні органів нотаріату потрібно пам'ятати, що законодавство про нотаріат має комплексний характер, величезну кількість підзаконних нормативно-правових актів, які часто суперечать один одному і які необхідно привести у відповідність до чинного законодавства України та європейських стандартів.

Концепція реформування органів нотаріату в Україні та чинне законодавство України про нотаріат позиціонує український нотаріат як інститут позасудового захисту цивільних прав громадян. На підтвердження цього можна навести такі аргументи. По-перше, на органи нотаріату покладено обов'язок засвідчувати безспірні права, а також безспірні факти, що мають юридичне значення. Будучи аутентичними за своєю правовою природою, нотаріальні акти є достовірними і достатніми доказами права чи факту у разі їх оскарження в суді. По-друге, ст. 4 Закону України «Про нотаріат» наділяє нотаріуса правом давати роз'яснення з питань вчинення нотаріальних дій і консультацій правового характеру, що не лише запобігає цивільним правопорушенням, а й гарантує безконфліктний характер їх розвитку. По-третє, у випадках, передбачених законом, нотаріальні акти забезпечуються примусовим виконанням, спрямованим на поновлення порушених прав. Отже, у системі правозахисних органів нотаріату належить важливе місце, тому інститут позасудового захисту цивільних прав громадян треба зберегти.

Однак законодавчо не врегульовано пенсійне, соціальне забезпечення нотаріусів, система оподаткування доходів

нотаріусів. Відсутня правова база, яка б давала можливість нотаріусу як представнику державної публічної влади мати чітко визначений правовий статус.

За чинним законодавством нотаріус прирівняний до підприємця, який сплачує податки і відповідає за заподіяну шкоду. Зрозуміло, що нотаріуса не можна вважати державним службовцем, тому що він не є працівником державної установи. Але в силу того, що нотаріус не займається підприємницькою діяльністю, а виконує передані йому деякі державні функції, він не може бути просто фізичною особою. Його варто було б визнати публічною посадовою особою. Наприклад, нотаріусом України, а не нотаріусом якогось нотаріального округу. Виходячи з цього, варто було б переглянути зміст гербової печатки нотаріуса України, запровадити спеціальні бланки нотаріальних документів нового зразка, які будуть необхідною складовою документального забезпечення нотаріального процесу.

Тому, щоб не втратити інститут нотаріату, при реформуванні органів нотаріату чітко визначити правовий статус нотаріуса України, дати науково-обґрунтоване визначення нотаріату, вказати мету і завдання нотаріату.

Згідно зі ст. 59 Конституції України кожному громадянину гарантоване право на одержання правової допомоги, в тому числі надання населенню послуг нотаріального характеру. Нотаріат разом з іншими правовими інститутами забезпечує реалізацію цього конституційного права громадян. Але громадяни не захищені від ризиків у зв'язку з вчиненням нотаріальних дій у державних нотаріальних конторах, тому що немає особистої відповідальності нотаріуса цих контор за заподіяну шкоду. Сьогодні відшкодовується у повному розмірі лише шкода, заподіяна особі внаслідок незаконних дій або недбалості приватного нотаріуса. Тому в проекті нового Закону України «Про нотаріат і нотаріальну діяльність» необхідно записати норму про страхування нотаріуса України на випадок заподіяння шкоди клієнтові. Наприклад, страхування може проводитись у двох формах, а саме:

— нотаріус може укласти з органом страхування договір службового страхування;

— нотаріус може внести на спеціальний рахунок до банківської установи страхову заставу.

Як варіант, пропонуємо постановою Кабінету Міністрів України затвердити Порядок відповідальності за заподіяну шкоду нотаріусами України.

Не менш важливою проблемою є встановлення єдиного підходу до оплати вчинюваних нотаріальних дій. Так, за вчинення нотаріальних дій державні нотаріуси справляють державне мито у розмірах, встановлених чинним законодавством.

За надання державними нотаріусами додаткових послуг правового характеру, які не пов'язані із вчинюваними нотаріальними діями, а також технічного характеру справляється окрема плата у розмірах, що встановлюються головними управліннями юстиції Ради Міністрів Автономної Республіки Крим, обласних, Київської та Севастопольської міських державних адміністрацій.

Водночас, приватні нотаріуси за вчинення нотаріальних дій справляють плату, розмір якої визначається за домовленістю між нотаріусом та громадянином або юридичною особою.

Оплата додаткових послуг правового характеру, що надаються приватними нотаріусами і не належать до вчинюваної нотаріальної дії, проводиться за домовленістю сторін.

Ми вважаємо, що необхідно усунути колізію нормативно-правових актів, що регулюють діяльність нотаріату, привести у відповідність між собою податкове і бюджетне законодавство, у законодавчому порядку визначити, щоб усі нотаріуси України справляли державне мито у розмірах, встановлених чинним законодавством.

Виходячи із публічного статусу нотаріуса, особливостей його діяльності (не нотаріус шукає громадян, щоб надати їм нотаріальні послуги, а самі громадяни ідуть до нотаріуса за одержанням цієї допомоги), з метою усунення «цінової» конкуренції між нотаріусами, пропонуємо постановою Кабінету Міністрів України чи наказом Міністерства юстиції України, затвердити розмір державного мита за вчинення нотаріальних дій нотаріусами України.

Водночас, з метою усунення подвійно-

го оподаткування і надання нотаріусам можливості належним чином виконувати свої обов'язки, варто було б доопрацювати податкове законодавство в частині підстав і порядку уплати податків нотаріусами.

Необхідно зазначити, що перехід до ринкової економіки потребує посилення правового регулювання господарських відносин. У свою чергу, це потребує й удосконалення правового регулювання діяльності інституту нотаріату, тому що зараз посвідчення угод вимагає творчого підходу до їх складання, співпраці нотаріуса й заінтересованих осіб. Тому останні дедалі частіше звертаються до послуг нотаріуса, аби впевнитися в тому, що угода чи заява відповідатиме чинному законодавству і не викликатиме ніяких непередбачених негативних наслідків.

Пропонуємо при реформуванні українського нотаріату, окрім повноважень щодо вчинення нотаріальних дій, в новому Законі України «Про нотаріат та організацію нотаріальної діяльності в Україні» дозволити нотаріусам, як самостійний напрям нотаріальної діяльності, надання консультацій з питань забезпечення оформлення прав на нерухоме майно; участь нотаріусів у врегулюванні конфліктних ситуацій шляхом процедури медіації; збір необхідних документів на реєстрацію прав і юридичних осіб; участь у зборах органів управління юридичних осіб з питань виборності (призначення) органів управління, розпорядження майном тощо.

На думку Ю. О. Заїки, яку ми поділяємо, за наявності безспірних доказів родинних зв'язків між спадкодавцем і особою, яка претендує на спадщину, та відсутності заперечень з боку інших зацікавлених осіб, право встановлювати факт наявності родинних зв'язків між спадкодавцем і особою, яка звернулася із заявою про прийняття спадщини, надати органам нотаріату [3; 4].

Зазначимо, що законодавець дозволив адвокату, зацікавленій особі (Закон України «Про адвокатуру (ст. 6)») збирати відомості про факти, які можуть бути використані як докази у цивільній справі, а також запитувати й отримувати документи або їх копії, які необхідні для виконання доручення клієнта. Пропону-

ємо у новому Законі України «Про нотаріат та організацію нотаріальної діяльності в Україні» дозволити нотаріусам збирати відомості про факти, які можуть бути використані як докази у цивільній справі.

На нашу думку, особливої уваги при реформуванні органів нотаріату заслуговує інститут квазінотаріату. Однак і новий Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р., і Закон України «Про нотаріат» від 02.09.1993 р., і Концепція реформування органів нотаріату в Україні, затверджена наказом Міністерства юстиції України від 24.12.2010 р. № 3290/5, підтвердили інститут квазінотаріату, тобто наділення непрофесійних посадових осіб правом вчиняти окремі нотаріальні дії.

Так, в Україні, у населених пунктах, де немає державних нотаріусів, посадові особи виконавчих комітетів сільських, селищних і міських рад народних депутатів вчиняють нотаріальні дії. Учинення нотаріальних дій за кордоном покладається на консульські установи України. До нотаріально посвідчених документів прирівнюються заповіти громадян, які перебувають: на лікуванні в лікарнях, інших стаціонарних лікувально-профілактичних закладах, санаторіях або проживають у будинках для престарілих та інвалідів — посвідчені головними лікарями та заступниками по медичній частині або черговими лікарями лікарень, санаторіїв, а також директорами і головними лікарями будинків для престарілих та інвалідів; у плаванні на морських суднах або суднах внутрішнього плавання, що ходять під прапором України — посвідчені капітанами цих суден; у розвідувальних, арктичних та інших подібних до них експедиціях — посвідчені начальниками цих експедицій. До нотаріально посвідчених документів прирівнюються також заповіти й доручення: а) військовослужбовців та інших осіб, які перебувають на лікуванні в госпіталах, санаторіях та інших вій-

ськово-лікувальних закладах — посвідчені начальниками, їх заступниками по медичній частині, старшими і черговими лікарями цих закладів; б) військово-службовців, а в пунктах дислокації військових частин, де немає нотаріусів, посадових осіб та органів, що вчиняють нотаріальні дії, також заповіти робітників і службовців, членів їхніх сімей і членів сімей військовослужбовців — посвідчені командирами (начальниками) цих частин; в) осіб, які перебувають у місцях позбавлення волі — посвідчені начальниками місць позбавлення волі.

Ми вважаємо, що посвідчення заповітів посадовими особами здебільшого носить формальний характер. Зазвичай ці посадові особи не мають базової юридичної освіти, і, як свідчить судова практика, саме ця категорія осіб допускає такі порушення встановлених вимог оформлення заповіту, які зумовлюють визнання його в судовому порядку недійсним [5; 6].

Отже, питання квазінотаріату, тобто наділення непрофесійних посадових осіб правом вчиняти окремі нотаріальні дії є досить актуальним.

У цілому можна зробити висновок, що запропоновані нововведення є лише частиною великої глобальної нотаріальної реформи, яка не лише розширить повноваження нотаріусів, а й ускладнить їх роботу, збільшить коло обов'язків та ступінь відповідальності.

На сьогоднішньому етапі необхідна зосереджена і скоординована діяльність всіх учасників процесу реформування органів нотаріату в Україні, щоб ця реформа сприяла цілісному підходу до визначення функцій нотаріату, наданню населенню послуг правового та нотаріального характеру відповідно до міжнародних стандартів, а також поступового і системного реформування українського нотаріату як інституту позасудового захисту цивільних прав фізичних та юридичних осіб.

ПРИМІТКИ

1. Закон України «Про нотаріат» від 02.09.1993 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1993. — № 39. — Ст. 383.

2. Концепція реформування органів нотаріату в Україні : затверджена наказом Міністерства юстиції України 24.12.2010 р. № 3290/5.

3. Заїка Ю. О. Спадкове право в Україні: становлення і розвиток : монографія / Ю. О. Заїка. — К. : КНТ, 2007. — С. 171.
4. Нелін О. І. Еволюція спадкового права в Україні (історико-правовий аспект) : монографія / О. І. Нелін. — К., 2009. — С. 360.
5. Заїка Ю. О. Зазнач. праця.
6. Нелін О. І. Зазнач. праця.

Черныш Владимир, Нелин Александр. К вопросу реформирования органов нотариата в Украине.

В статье проанализированы модернизации нотариального законодательства и сформулированы предложения относительно реформирования украинского нотариата как института внесудебной защиты гражданских прав физических и юридических лиц.

Ключевые слова: *нотариат, правовой статус нотариуса, реформирование украинского нотариата, институт внесудебной защиты гражданских прав физических и юридических лиц.*

Chernysh Volodymyr, Nelin Alexander. On the reform of notarial service in Ukraine.

In the article state of modernization of the notarial legislation was analyzed and made proposals for the reform of Ukrainian notarial service as an institution of extrajudicial protection of civil rights of individuals and legal entities.

Key words: *notarial service, the legal status of the notary, the reform of Ukrainian notarial service, institute of extra-judicial protection of civil rights of individuals and legal entities.*

УДК 342.3

Віталій Волинець,

кандидат політичних наук, доцент

СОЦІАЛЬНА ФУНКЦІЯ ДЕРЖАВИ І СОЦІАЛЬНА ПОЛІТИКА: ПРАВОВІ ПРОБЛЕМИ РЕАЛІЗАЦІЇ

У статті досліджено поняття соціальної функції сучасної держави в аспекті конституційно-правового закріплення принципів соціальної державності як цілей державотворчого процесу сучасної України. Автор розкриває зміст основних теоретико-методологічних підходів до правового визначення поняття соціальної функції та соціальної держави, аналізує стан і проблеми реалізації соціальної функції у практиці державного будівництва в Україні.

Ключові слова: система функцій держави, соціальна функція, соціальна держава, соціальні права людини, державна соціальна політика, соціальне законодавство.

Науково-правове вивчення процесів розвитку сучасних держав ставить перед теорією держави і права важливе завдання щодо аналізу не лише інституціональної структури та зв'язків між основними елементами держави і системи державної влади (навіть якщо вони досліджуються в контексті їх взаємодії з громадянським суспільством, про необхідність чого пише І. Гладуняк [1]), а й процесу їх діяльності, який набуває свого виразу через реалізацію основних функцій держави. Значена методологічна переорієнтація, яка притаманна багатьом сучасним теоретично-правовим дослідженням феномена держави та його розвитку, видається значимою з огляду на те, що вона дозволяє суттєво змінити наукові акценти і перенести їх із власне інституціональної парадигми дослідження держави (що була домінуючою у другій половині ХХ ст.) на функціональний підхід, який розкриває насамперед загальне соціальне призначення держави і пояснює її існування і розвиток через процес практичної реалізації тих функцій, які є соціально значимими і зумовлюють соціальну потребу в існуванні самого інституту держави і державної влади. Таким чином, з-поміж ряду нових проблем, що постали перед наукою теорії держави і права, однією з найбільш важливих є систематизація та вивчення функцій держави і, зокрема, соціальної функції, роль якої істотно підноситься у контексті конституційного проголошення України соціальною дер-

жавою (йдеться не тільки про ст. 1 Конституції України, а й про інші конституційні норми, в яких розкривається зміст соціальної функції Української держави [2]), для якої соціально-гуманістична спрямованість утворює її сутність та визначає основні цілі діяльності [3].

Актуальність звернення до цієї проблематики зумовлюється такими причинами. По-перше, нові підходи у тлумаченні змісту та сутності прав людини, які виходять з того, що держава вже не може обмежуватися виключно гарантуванням так званих «негативних» прав і свобод людини (які передбачають лише невтручання держави у ті сфери, які конститууються невідчужуваними та природними потребами людини, що впливають з самого поняття індивіда як розумної, вільної та соціальної істоти), повинна здійснювати ще й цілеспрямовану позитивну діяльність щодо практичного забезпечення прав «другого покоління», які передбачають активну та ефективну взаємодію інститутів державного регулювання і суспільної саморегуляції, заклали теоретичну основу для фундаментального переосмислення ролі держави у процесі регулювання суспільних відносин, а також побудови нових моделей систематизації та класифікації її базових функцій. Справді, як доводить О. Пушкіна, постання соціальної державності «змушує нас звертатись до прискіпливого аналізу саме тих прав людини, реалізація яких передбачає активну

допомогу з боку держави, забезпечення яких не може відбутися шляхом звичайного усунення держави або перетворення її на славнозвісного ліберального «нічного сторожа» [4]. У результаті чого сьогодні дедалі більш поширеною стає теорія, яка досліджує соціальну функцію не просто як одну з багатьох інших у загальній системі функцій сучасної держави, а саме як таку, що належить до групи базисних, без якої за визначенням неможливий ані розвиток, ані існування будь-якої сучасної держави. Таким чином, актуалізується науково-правова потреба у перегляді усталеного сприйняття «ієрархії» функцій держави на користь збільшення питомої ваги її соціальної функції.

По-друге, у сучасній науці теорії держави і права наразі існує декілька підходів до визначення того, чим є соціальна держава і як вона повинна реалізовувати свою діяльність. Зокрема це теорії «мінімальної соціальної держави», «соціально орієнтованої ринкової держави», «держави загального добробуту», «патерналістської держави» тощо [5]. До того ж, наразі дедалі частіше лунає думка про назрілу потребу «модернізації» як загальної ідеї, так і конкретних моделей соціальної держави [6]. У кожному з цих випадків змінюється не лише загальне визначення основних властивостей та завдань соціальної держави, а також способів їх забезпечення, а й тлумачення поняття соціальної функції держави, переліку тих механізмів, які держава може і повинна застосовувати в процесі її реалізації. Все це спричиняє потребу більш глибокого аналізу соціальної функції держави в аспекті її зв'язку з розвитком та спрямованістю соціальної політики України, а також державної політики країни в цілому.

По-третє, як засвідчує статистика та дані різноманітних міжнародних організацій, рівень соціального забезпечення громадян України продовжує невпинно знижуватись. Так, станом на початок 2012 р. прожитковий мінімум (у середньому за рік) складав 1050 грн, у той час, як мінімальна пенсія складала 848 грн, що на 19,23% менше прожиткового мінімуму. Все це не лише посилює соціальну напругу в суспільстві, а й сти-

мулює соціальні збурення як на місцевому, так і на загальнонаціональному рівні. Вирішення цих проблем пов'язане не тільки із запровадженням нових соціальних стандартів життя громадян України та фундаментальним переглядом основ і механізмів соціальної політики держави, а й з теоретичним обґрунтуванням ролі соціальної функції держави, яка насправді є головним показником того, наскільки в реальності Україна наближається до проголошеної цілі побудови сучасної соціальної держави. Все це робить питання теоретично-правового дослідження соціальної функції одним з найбільш актуальних для Української держави як у загальнонауковому, так і у власне практичному аспектах.

Таким чином, ставлячи на меті нашого дослідження комплексну характеристику соціальної функції держави у контексті проблем забезпечення ефективної соціальної політики в Україні, ми повинні вирішити такі конкретні завдання: а) визначити поняття соціальної функції держави та способи його тлумачення у вітчизняній та зарубіжній юридичній думці, б) встановити основні кореляції та зв'язки між соціальною функцією держави та її соціальною політикою, в) визначити правові засоби та шляхи посилення ефективності реалізації соціальної функції держави в Україні.

Серед вітчизняних дослідників, які безпосередньо займалися питаннями забезпечення соціальної функції держави з позицій теорії держави і права, слід назвати монографічні дослідження О. Скрипнюка [7], Ф. Шульженка [8], А. Сіленко [9], В. Куценко [10], Я. Паська [11], а також змістовні цикли статей А. Карковської [12], О. Панкевича [13] та В. Якубенка [14]. Утім, навіть з огляду на існування доволі значної кількості джерел вивчення соціальної держави та її функцій, слід зазначити, що до сьогоднішнього дня в Україні бракує розвідок, які б були присвячені виявленню ролі та місця соціальної функції в системі функцій Української держави, а також тих змін, яких зазнає соціальна політика держави внаслідок зазначеної «функціональної переорієнтації» пріоритетів соціального розвитку України.

У юридичній науці соціальна держава часто описується як високорозвинена, правова, демократична держава, яка визначає людину найвищою соціальною цінністю, забезпечує її права та свободи, гідні умови існування, безпеку і добробут, вільний розвиток та волевиявлення, самореалізацію творчого (трудового) потенціалу шляхом політичної та ідеологічної багатоманітності, соціальної спрямованості економіки, проведення активної соціальної політики на принципах громадянського суспільства, соціальної справедливості, рівності, солідарності та відповідальності, а її соціальна політика як діяльність держави щодо створення та регулювання соціально-економічних умов життя суспільства з метою підвищення добробуту членів суспільства, усунення негативних наслідків функціонування ринкових процесів, забезпечення соціальної справедливості та соціально-політичної стабільності у країні. З цього безпосередньо випливає, що реалізація соціальної функції завжди пов'язана з певним рівнем розвитку держави, який характеризується конституційно-правовим визнанням людини та її прав вищою соціальною цінністю, метою діяльності держави і її органів. Тому можна стверджувати, що соціальна функція держави спрямована насамперед на створення умов, які забезпечують нормальне життя людини, її вільний розвиток, створення рівних можливостей для усіх громадян у досягненні соціального добробуту, соціальну захищеність особистості [15]. Хоча, поряд із подібним «широким» тлумаченням змісту соціальної функції держави, існує й інший, більш «вузький» підхід, який редукує значення і роль соціальної функції виключно до недопущення зростання рівня соціальної напруги та її зняття заходами соціального характеру [16].

Звісно, проблема гарантування соціальної безпеки належить до групи базових для будь-якої держави. Зокрема, як вказується у Законі України «Про основи національної безпеки України», до загроз національній безпеці у соціальній сфері належать: невідповідність програм реформування економіки країни і результатів їх здійснення визначеним соціальним пріоритетам; неефективність

державної політики щодо підвищення трудових доходів громадян, подолання бідності та збалансування продуктивної зайнятості працездатного населення; криза системи охорони здоров'я і соціального захисту населення і, як наслідок, небезпечне погіршення стану здоров'я населення; поширення наркоманії, алкоголізму, соціальних хвороб; загострення демографічної кризи; зниження можливостей здобуття якісної освіти представниками бідних прошарків суспільства; прояви моральної та духовної деградації суспільства; зростання дитячої та підліткової бездоглядності, безпритульності, бродяжництва.

Утім, як видається, таке надмірне «звуження» змісту соціальної функції держави та її своєрідна «мінімізація» не є виправданими ані у практичному, ані у науковому сенсі, адже, аналізуючи найважливіші проблеми Української держави у соціальній сфері, необхідно визнати, що до них належать: демографічна криза (загроза утворення дефіциту робочої сили, передусім кваліфікованої; збільшення демоекономічного навантаження на працездатне населення та соціальні статті бюджету у зв'язку із старінням населення; гальмування науково-технічного прогресу); соціально несправедлива та обтяжлива для бюджету система пільг та субсидій населенню, що не забезпечуються фінансовими можливостями держави; незадовільний рівень та низька якість індивідуальних послуг, що надаються населенню, передусім освітніх (брак новітніх навчальних ресурсів, обмежений доступ до отримання повної середньої освіти дітей з невеликих і віддалених від районного центру шкіл, незабезпеченість педагогічними кадрами, проблеми подальшої інтеграції вищої освіти України в Європейський освітній простір) та оздоровчих (недостатня кількість кваліфікованих медичних кадрів, неефективність профілактичних програм, відсутність страхової медицини, недостатність високотехнологічного обладнання для інтенсивної терапії та реанімації, неефективне використання вже наявного обладнання та відсутність мотивації до випуску такого обладнання в Україні, відсутність у переважній більшості регіонів спеціалізо-

ваного медичного транспорту, фельдшерських та фармацевтичних пунктів у сільській місцевості тощо); низький рівень продуктивності праці в економіці (відсутність належної мотивації у працівників до легальної продуктивної зайнятості, невідповідність професійно-кваліфікаційного рівня робочої сили потребам економіки та ринку праці; наявність тіньових відносин на ринку праці. До речі, про небезпеки надмірного «звуження» поняття соціальної функції держави, а отже, й загального змісту феномена соціальної державності, попереджав відомий російський юрист В. Чиркін [17].

Водночас, говорячи про права людини та про забезпечення її гідного існування, не можна обходити увагою те, що у суспільстві завжди наявні такі верстви і такі специфічні відносини, які прямо передбачають активну діяльність держави. Причому ця діяльність повинна забезпечуватись відповідними та достатніми матеріальними, інформаційними, фінансовими, організаційними і правовими ресурсами, які використовуються державою не лише для уникнення соціального збурення (насправді, такі збурення можуть придушуватись силовими методами, про що засвідчує досвід авторитарних і тоталітарних держав у ХХ ст.), а й з метою підтримання та стимуляції сталого соціального розвитку окремих індивідів, їх груп і суспільства в цілому. Якщо підходити до визначення поняття соціальної функції держави з цих позицій, стає очевидним, що вона включає у себе складний комплекс заходів щодо надання соціальних послуг громадянам та їх соціальної підтримки [18]. Ці заходи мають на меті забезпечення цілого ряду нових цілей, роль яких актуалізується у контексті становлення України як соціальної держави.

Як приклад можна навести завдання подолання бідності. З погляду державної соціальної політики, його розв'язання включає у себе: удосконалення законодавства щодо порядку та критеріїв визначення мінімальної заробітної плати та законодавче забезпечення запровадження мінімальної погодинної заробітної плати як державного соціального стандарту; зменшення навантаження на фонд опла-

ти праці шляхом перерозподілу між роботодавцями і працівниками платежів та зборів і розширення бази оподаткування; усунення диспропорцій у міжпосадових та міжгалузевих співвідношеннях оплати праці працівників бюджетної сфери, значне підвищення її розмірів; залучення необхідних інвестицій у виробництво та людський капітал; забезпечення захисту права працівників на своєчасне та у повному розмірі отримання заробітної плати, а також погашення заборгованості, що накопичилася; істотне зменшення питомої ваги населення, яке перебуває за межею бідності, та зміцнення позицій середнього класу.

Серед існуючих теоретико-методологічних моделей визначення змісту соціальної функції можна спостерігати різні підходи. Наприклад, на думку В. Кулапова та О. Малька, реалізація соціальної функції включає у себе такі напрями діяльності, як: встановлення і забезпечення мінімальних соціальних стандартів життя, підтримку тих, хто в силу об'єктивних обставин не може повноцінно працювати, забезпечення зайнятості, розвиток пенсійного забезпечення, страхування, сфери охорони здоров'я [19]. Погоджуючись у цілому з позицією цих авторів, слід все ж таки зауважити, що наразі соціальна політика держави містить у собі й цілий ряд інших складових елементів, потреба в яких актуалізується у сучасних умовах державного і правового розвитку України. В теоретичному плані це переконливо доводить С. Корецька [20]. Зокрема варто згадати молодіжну соціальну політику, а також державну політику щодо сім'ї, жінок і дітей, яка включає у себе систему державних заходів, що спрямовуються на: постійне збільшення розміру матеріальної допомоги на виховання дітей; виявлення будь-якої дискримінації жінок на ринку праці; надання цілеспрямованої підтримки закладам позашкільної освіти та виховання; повноцінну підготовку молоді, яка здобула вищу чи середню професійну освіту, до самостійного життя в суспільстві; запровадження ефективного механізму для збільшення доступу молоді до високоякісної освіти та ринку праці; досягнення належного рівня фізичного здоров'я молоді; підтримку

діяльності громадських та релігійних організацій, спрямовану на піднесення національного патріотизму та зміцнення духовності молодих громадян; розвиток відкритої співпраці з громадськими інституціями, які виражають інтереси молоді, дітей та жінок, органами шкільного та студентського самоврядування, молодіжними громадськими і жіночими організаціями; всебічне сприяння розвитку молодіжного житлового будівництва.

Так само дедалі важливішу роль у процесі реалізації соціальної функції держави відіграє державна політика в сфері охорони здоров'я, яка реалізується через: надання кожному громадянину гарантованого переліку безоплатних медичних послуг; запровадження єдиної системи показників якості роботи медичних закладів; зміщення акцентів у фінансуванні охорони здоров'я на користь первинної допомоги; запровадження обов'язкового медичного страхування та заохочення додаткового добровільного медичного страхування; створення умов для повноцінної життєдіяльності інвалідів, пріоритетного оздоровлення ветеранів війни і праці; безоплатне забезпечення дітей-інвалідів ліками, медичними засобами, спеціальним харчуванням, створення умов для їх повноцінного життя у суспільстві; розроблення і впровадження дієвого механізму контролю за виробництвом, імпортом та реалізацією фармацевтичної продукції; пропагування здорового способу життя тощо.

На сьогоднішній день законодавство України у соціальній сфері включає у себе десятки різноманітних нормативно-правових актів. Серед останніх, які створили нові механізми реалізації соціальної функції держави, слід назвати насамперед Закон України «Про соціальний діалог в Україні» від 23.12.2010 р., в якому саме поняття соціального діалогу було визначено як процес визначення та зближення позицій, досягнення спільних домовленостей та прийняття узгоджених рішень сторонами соціального діалогу, які представляють інтереси працівників, роботодавців та органів виконавчої влади і органів місцевого самоврядування, з питань формування та реалізації державної соціальної та економічної політики, регулюван-

ня трудових, соціальних, економічних відносин.

Однак забезпечення соціальної функції держави пов'язане не тільки з наявністю необхідної кількості законів та інших нормативно-правових актів, а й з ефективністю інституціональної складової цього процесу. Подібно до інших функцій держави, реалізація соціальної функції не може здійснюватись без відповідних суб'єктів, на які покладені повноваження щодо розробки та реалізації державної соціальної політики. Зокрема в системі органів виконавчої влади діє Міністерство соціальної політики України, основними завданнями якого є: 1) формування державної політики щодо забезпечення державних соціальних стандартів та державних соціальних гарантій для населення, координація розроблення проектів прогнозів і державних програм з питань соціальної та демографічної політики; 2) формування і реалізація державної політики щодо регулювання ринку праці, процесів трудової міграції, визначення правових, економічних та організаційних засад зайнятості населення і його захисту від безробіття; 3) формування і реалізація державної політики стосовно визначення державних соціальних гарантій щодо прав громадян на працю, оплату праці, а також щодо нормування та стимулювання праці, професійної кваліфікації робіт і професій, умов праці; 4) формування та реалізація державної політики у сфері пенсійного забезпечення громадян; 5) формування основних напрямів державної політики та здійснення відповідно до закону державного нагляду у сфері загальнообов'язкового державного соціального страхування, проведення соціального діалогу з питань формування та реалізації державної соціальної політики, регулювання соціально-трудова відносин; 6) формування та реалізація державної політики щодо надання адресної соціальної допомоги вразливим верствам населення, у тому числі малозабезпеченим та багатодітним сім'ям; 7) формування державної політики у сфері надання соціальних послуг людям похилого віку, інвалідам, бездомним громадянам, іншим соціально вразливим верствам населення; 8) формування

та реалізація державної політики у сфері соціального захисту ветеранів, інвалідів, людей похилого віку, громадян, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи, жертв нацистських переслідувань, жертв політичних репресій, захисту прав депортованих за національною ознакою осіб, які повернулися в Україну; 9) формування і реалізація державної політики щодо соціальної та професійної адаптації військовослужбовців, звільнених у запас або відставку, та тих, які підлягають звільненню у зв'язку з реформуванням Збройних Сил України та інших військових формувань; 10) формування і реалізація державної політики з питань сім'ї та дітей; 11) формування і реалізація державної політики щодо забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків; 12) участь у розробленні та реалізація державної політики щодо попередження насильства в сім'ї. Так само реалізація соціальної функції держави пов'язана й з діяльністю інших органів державної влади, а також з тими інститутами громадянського суспільства, які дозволяють координувати соціальну діяльність держави з об'єктивними соціальними інтересами та потребами суспільства.

Таким чином, узагальнюючи результати проведеного нами дослідження, можемо сформулювати такі **висновки**. По-перше, визнання стратегічним пріоритетом державного і суспільного розвитку України втілення принципів соціальної держави мало своїм необхідним наслідком підвищення ролі і значення соціальної функції держави, яка набула властивостей однієї з пріоритетних у державному і правовому розвитку України.

По-друге, реалізація соціальної функ-

ції держави передбачає постійну взаємодію інституціональних і нормативних чинників. Перші з них покликані створити дієву систему органів державної влади, місцевого самоврядування та інститутів громадянського суспільства, які б мали достатні повноваження для здійснення державної соціальної політики (органи державної влади і місцевого самоврядування) та суспільного контролю за її реалізацією (інститути громадянського суспільства). Другі — спрямовуються на розвиток законодавчої бази для ефективного забезпечення соціальної функції, правове регулювання соціальних відносин, а також охорону і захист соціальних прав людини і громадянина. У цьому соціальна функція держави виявляє свою спорідненість з функцією охорони та захисту прав і свобод людини і громадянина.

По-третє, важливою формою забезпечення планомірної і координованої діяльності держави в частині реалізації її соціальної функції є розробка програм соціального розвитку як на загальнодержавному, так і на регіональному рівні, які б, маючи на меті соціальний захист та соціальне забезпечення громадян, брали до уваги також регіональну специфіку і місцеві соціальні проблеми. Це передбачає формування гнучкої соціальної політики держави, яка б створювала матеріальну та фінансову базу для широкої участі місцевих органів влади у сфері соціального забезпечення і захисту громадян. Подібна деконцентрація і децентралізація влади в частині реалізації соціальної функції дозволить не лише підвищити ефективність соціальної діяльності держави в цілому, а й максимально наблизити її до соціальних потреб та інтересів громадян.

ПРИМІТКИ

1. Гладунок І. В. Розвиток системи політичного управління в сучасній Україні / І. В. Гладунок. — К. : Ін Юре, 2008. — С. 141—144.

2. Конституція України: Науково-практичний коментар / ред. кол. : В. Я. Тацій, Ю. П. Битяк, Ю. М. Грошевой [та ін.]. — Х. : Право, 2003. — С. 13—14.

3. Сокуренок В. В. Гуманістична спрямованість соціальної держави / В. В. Сокуренок // Право України. — 2000. — № 11. — С. 28—29.

4. Пушкіна О. В. Система прав і свобод людини та громадянина в Україні: теоретичні і практичні аспекти забезпечення / О. В. Пушкіна. — К. : Логос, 2006. — С. 190.

5. Куркин Б. А. Социальное государство: каким ему быть? / Б. А. Куркин, С. Н. Рожнов // Право и образование. — 2008. — № 4. — С. 93—101.

6. Права человека и правовое социальное государство в России / отв. ред. Е. А. Лукашева. — М. : НОРМА ; ИНФРА-М, 2011. — С. 24—34.
7. Скрипнюк О. В. Соціальна, правова держава в Україні: проблеми теорії і практики / О. В. Скрипнюк. — К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2000. — С. 202—244.
8. Шульженко Ф. П. Соціально-правова держава в Україні: проблеми становлення та модернізації : монографія / Ф. П. Шульженко. — К. : КНЕУ, 2007. — С. 295—357.
9. Сіленко А. О. Соціальна держава: територія перемін / А. О. Сіленко. — О. : Видавничий центр УДАЗ, 2000.
10. Куценко В. І. Соціальна держава (проблеми теорії, методології, практики) / В. І. Куценко [та ін.] ; ред. В. І. Куценко. — К. : Заповіт, 2003.
11. Пасько Я. І. Соціальна держава і громадянське суспільство: співпраця versus протистояння : монографія / Я. І. Пасько. — К. : ПАРАПАН, 2008.
12. Краковська А. Є. Соціальна функція в системі функцій сучасної держави: теоретико-правові проблеми дослідження / А. Є. Краковська // Держава і право : зб. наук. праць. Юридичні і політичні науки. — К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2009. — Вип. 44. — С. 117—124; Краковська А. Є. Проблеми теоретико-правового обґрунтування ролі соціальної функції в системі функцій сучасної держави / А. Є. Краковська // Верховенство права і демократія : матер. методол. семінару (Острог, 02.10.2009 р.). — К. : Логос, 2009. — С. 74—77; Краковська А. Є. Соціальні права людини в контексті їх теоретико-правового обґрунтування і розвиток громадянського суспільства / А. Є. Краковська // Громадянське суспільство в Україні: проблеми забезпечення правотворчої діяльності : матер. міжнар. конф. (Київ, 07.04.2008 р.). — К. : НДІ приватного права і підприємництва, 2008. — С. 255—258; Краковська А. Є. Соціальна функція Української держави: теоретико-правові і нормативні проблеми забезпечення / А. Є. Краковська // Законодательное обеспечение экономической политики государства и юридическое образование : матер. междунар. науч.-практ. конф. (Донецк-Святогорск, 16—17.04.2009 г.) / под ред. А. Г. Бобкова. — Донецк : Юго-Восток, 2009. — С. 58—60.
13. Панкевич О. Діяльність соціальної держави у гуманітарній сфері: до характеристики деяких сучасних тенденцій / О. Панкевич // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. праць. — Вип. 9. — О. : Астропринт, 2000. — С. 231—238; Панкевич О. До питання про основні завдання соціальної держави (загальнотеоретичний аспект) / О. Панкевич // Вісник Академії правових наук України. — 2000. — № 2. — С. 183—191; Панкевич О. Соціальна демократична держава як організатор соціального партнерства / О. Панкевич // Вісник Львівського інституту внутрішніх справ. — 2000. — № 2. — С. 51—58.
14. Якубенко В. М. Принципи соціальної держави / В. М. Якубенко // Право України. — 2002. — № 6. — С. 33—38; Якубенко В. М. Соціальна держава чи правова? / В. М. Якубенко // Держава і право : зб. наук. праць. Юридичні і політичні науки. — К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2002. — Вип. 18. — С. 50—56; Якубенко В. М. Від соціальної держави до «соціальної глобалізації» / В. М. Якубенко // Держава і право : зб. наук. праць. Юридичні і політичні науки. — К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2001. — Вип. 12. — С. 24—29.
15. Загальна теорія держави і права : підручник / за ред. М. В. Цвіка, О. В. Петришина. — Х. : Право, 2009. — С. 98.
16. Червонюк В. І. Теория государства и права : учебник / В. И. Червонюк. — М. : ИНФРА-М, 2007. — С. 123.
17. Чиркин В. Е. Социальное государство: некоторые вопросы теории и практики / В. Е. Чиркин // Гражданин и право. — 2008. — № 5. — С. 99—106.
18. Малько А. В. Теория государства и права : учебник / А. В. Малько. — М. : Юристъ, 2006. — С. 48.
19. Кулапов В. Л. Теория государства и права : учебник / В. Л. Кулапов, А. В. Малько. — М. : НОРМА, 2008. — С. 67.
20. Корецька С. О. Соціальна політика України: теорія, методологія, механізми реалізації : монографія / С. О. Корецька. — Донецк : Юго-Восток, 2009.

Волынец Виталий. Социальная функция государства и социальная политика: правовые проблемы реализации.

В статье исследовано понятие социальной функции современного государства в аспекте конституционно-правового закрепления принципов социальной государственности как целей в процессе становления современной Украины. Автор раскрывает содержание основных теоретико-методологических подходов к правовому определению понятия социальной функции и социального государства, анализирует состояние и проблемы реализации социальной функции в практике государственного строительства в Украине.

Ключевые слова: система функций государства, социальная функция, социальное государство, социальные права человека, государственная социальная политика, социальное законодательство.

Volynets Vitaliy. Social function of the state and social policy: problems of law implementation.

The article studies the concept of social function of the modern state in the aspect of constitutional law fixing of the social state principles and goals of state development of modern Ukraine. The author shows the contents of the main theoretical and methodological approaches to the legal definition of a social function and social state, analyzes the status and problems of implementing a social function in the practice of state building in Ukraine.

Key words: state functions system, social function, social state, social rights, state social policy, social legislation.

УДК 342.34

Катерина Бондарева,асистент кафедри цивільно-правових дисциплін юридичного факультету
Київського національного університету культури і мистецтв

ПРАВОВИЙ ВИМІР ІНСТИТУЦІОНАЛІЗАЦІЇ ТРАНЗИТИВНИХ ПОЛІТИЧНИХ РЕЖИМІВ

У статті досліджується специфіка правової інституціоналізації транзитивних політичних режимів. Автор аналізує основні властивості функціонування і розвитку права в умовах переходу держави від недемократичних до демократичних політичних режимів. Особлива увага надається характеристиці нормативно-правових засобів забезпечення утвердження демократичних інститутів державної влади.

Ключові слова: *правова інституціоналізація, система законодавства, політичний транзит, демократизація, політичний режим, верховенство права, права людини.*

Поглиблена увага сучасної теорії держави і права до проблем визначення та вивчення форми держави зумовлює активізацію науково-юридичних досліджень як самих елементів, які входять у форму держави, так і тих зв'язків, які утворюються між ними. Усталено основними елементами форми держави, які ставали предметом змістовних юридичних студій до останнього часу, були форма державного правління (це поняття є всебічно дослідженим як у вітчизняній, так і у зарубіжній державно-правовій теорії) та форма територіального устрою держави. Втім, протягом останнього десятиріччя можна засвідчити тенденцію до дедалі більш активного вивчення й такого елемента форми держави, як форма політичного режиму, який до цього часу переважно вивчався у межах політичної теорії. Загалом, зазначені зміни в структурі науково-правових досліджень форми держави є цілком виправданими, адже поглиблений юридичний аналіз політичних режимів не лише дозволяє значно повніше описати методи реалізації державної і політичної влади, а й відкриває широкі перспективи для вивчення способів та рівнів взаємодії держави і суспільства. Причому зазначена взаємодія може вивчатися не лише у власне політологічному аспекті (у цьому плані варто згадати змістовну монографію І. Гладуняка, у якій висвітлюються фундаментальні проблеми розвитку системи політичного управління, що охоплює сферу взаємодії демократичної держави і громадянського суспільства [1]),

а й через призму права, правового регулювання і правових відносин.

Актуальність звернення до проблематики інституціоналізації транзитивних політичних режимів зумовлюється декількома причинами. По-перше, процеси, що мали місце у Східній Європі та інших країнах світу в останню чверть минулого століття, істотно актуалізували питання вивчення такого типу політичних режимів, як транзитивні. Як зазначав С. Гантінгтон, разом із «третьою хвилею» демократизації (на його думку, для країн Східної Європи цей процес було спричинено фактом розпаду СРСР [2]) перед науковцями постала об'єктивна потреба у вивченні різноманітних аспектів транзитивних режимів, що фактично одночасно поєднували у собі як авторитарні, так і демократичні ознаки. Причому, якщо на самому початку основна увага надавалась політичним аспектам демократизації, то згодом сформувалася теорія інституціонально-правового та управлінського забезпечення демократизації цих процесів. Більше того, як стало очевидним, саме право і правова система в цілому часто ставали гарантом стабільності і незмінності демократичних процесів, що було запорукою незворотності демократичних транзитів.

По-друге, не можна не зазначити, що до сьогодення дня політичний режим в Україні не може вважатися остаточно демократичним. У цьому сенсі є всі підстави для того, щоб стверджувати про «затяжний транзит», у результаті чого як у функціонуванні самої Української

держави, так і у методах її взаємодії з громадянським суспільством (наразі цим поняттям описується «вільне демократичне правове суспільство, яке орієнтовано на конкретну людину, створює атмосферу поваги до правових традицій і законів, загальногуманістичних ідеалів, забезпечує свободу творчої та підприємницької діяльності, створює можливість досягнення благополуччя і реалізації прав людини і громадянина, органічно виробляє механізми обмеження і контролю за діяльністю держави» [3]) досі поєднані методи, притаманні як авторитарним, так і демократичним політичним режимам. Тому аналіз специфіки правової інституціоналізації транзитивних політичних режимів дозволяє не лише краще осягнути їх сутність, а й запропонувати конкретні правові засоби та механізми успішного завершення демократизаційного процесу.

По-третє, слід зазначити, що подальший розвиток не тільки системи органів державної влади (цей аспект було всебічно висвітлено і проаналізовано у монографії В. Скрипнюк [4]), а й правової системи України в цілому, передбачає посилення демократичних інститутів, утвердження принципів правової і соціальної держави. Для цього вельми актуальним та важливим є адекватне розуміння того стану правового забезпечення базових інститутів держави і громадянського суспільства, які власне й дозволяють говорити про рівень демократії в Україні та про її якість.

Таким чином, ставлячи на меті визначення специфіки правової інституціоналізації транзитивних політичних режимів, ми повинні розв'язати такі конкретні завдання: а) окреслити основні теоретико-методологічні підходи до вивчення транзитивних політичних режимів у сучасній правовій науці; б) встановити визначальні ознаки транзитивних політичних режимів; в) виявити роль права та його інститутів у розвитку цього типу політичних режимів та її трансформації в усталені демократії.

Як засвідчує загальний аналіз теоретико-правових джерел вивчення транзитивних політичних режимів, наразі існує досить велика кількість способів визначення не лише їх сутності, а й того, в який спосіб вони повинні описуватися. Зокрема, наголошуючи на доцільності виділення певних «перехідних» політич-

них режимів, відомий американський теоретик Б. Барбер, який є автором доволі популярної сьогодні концепції «сильної демократії» (*strong democracy*), вказував на те, що більш правильним є вжиток такого поняття, як «авторитарна демократія», суть якого полягає у тому, що в процесі переходу від авторитарного до демократичного режиму утворюється специфічна система державної влади, коли основні владні повноваження концентруються в руках представників відносно незначної групи осіб (як правило, вони представляють виконавчу гілку влади, що дозволяє їм швидко та оперативно запроваджувати ті чи інші демократичні механізми та інститути), які шляхом високого рівня централізації влади намагаються забезпечити в суспільстві порядок, а також відповідний рівень демократизації як системи державного управління, так і суспільних відносин у цілому [5]. На думку іншого дослідника Ч. Бейтса, суть транзитивних політичних режимів полягає у тому, що вони забезпечують доволі високий рівень політичних та економічних свобод громадян при збереженні закритості системи державного управління, а також невизнанні принципу політичної рівності, який, на думку цього фахівця, є центральною ідеєю організації та функціонування демократії і демократичних режимів [6].

Утім, поряд з зазначеними, існують й інші способи тлумачення транзитивних політичних режимів. Наприклад, такий вітчизняний дослідник, як В. Горбатенко, обґрунтовує доцільність аналізу транзитивних політичних режимів в аспекті більш широкого поняття модернізації, яке тлумачиться ним як внутрішня здатність держави і суспільства до якісної еволюції, або «сукупність різного роду економічних, політичних, державно-правових, психологічних, культурологічних зрушень та перетворень конкретного суспільства у напрямі його осучаснення і постійного вдосконалення; наближення соціальних і політичних систем та їхніх фрагментів до максимально можливого рівня розвиненості» [7]. У цьому сенсі транзитивний режим постає як перехідна форма від авторитарного (або тоталітарного) режиму до демократичного. Щоправда, на думку цілого ряду авторів, зазначений перехід може мати подвійну спрямованість:

а) коли ми маємо справу з поступальним рухом від авторитаризму до демократії»; б) коли демократизаційні процеси в силу цілого ряду обставин гальмуються, що спричиняє наростання «редемократизаційних» тенденцій і поступове згортання демократичних реформ. Останній випадок у сучасній науці часто описується поняттям «*failed democracy*».

Звісно, важко сперечатися з тим, що сам феномен транзитивного політичного режиму має динамічний і тимчасовий характер, оскільки його результатом завжди є або постання демократичного режиму, або реставрація авторитаризму. У цьому аспекті цей тип політичних режимів принципово відрізняється від всіх інших (незалежно від їх сутнісних властивостей). Однак, на наше переконання, такий «тимчасовий» характер жодною мірою не знецінює науково-юридичні дослідження самої стадії переходу, коли на практиці спостерігається поєднання різних правових інститутів, а саме право отримує цілий ряд специфічних ознак і властивостей, що дозволяють краще зрозуміти як його генезу, так і ті зміни, що відбуваються на всіх рівнях і щодо всіх елементів правової системи (наразі поняття «правова система» вживається у значенні «сукупності внутрішньо узгоджених, взаємопов'язаних, соціально однорідних юридичних засобів, за допомогою яких держава справляє необхідний нормативно-організуючий вплив на суспільні відносини» [8]).

Отже, незважаючи на всі відмінності у тлумаченні феномена транзитивних політичних режимів, можна виділити їх загальні стійкі властивості, які визнаються практично всіма без виключення науковцями. Зокрема, якщо виходити з критерію формування механізму демократичної влади (саме цього, як вважає В. Червонюк, не вистачає авторитарним політичним режимам [9]), то тоді транзитивним слід вважати такий політичний режим, який не лише прагне створити передумови для демократизації державних і суспільних інститутів, а й робить реальні кроки у напрямі практичного запровадження демократичних принципів організації та реалізації державної влади. Зрозуміло, що сам процес демократизації охоплює різні сфери та різні рівні. Утім, для транзитивних режимів однією з найважливіших і першочергових сфер, де власне інституціона-

лізується демократія, є право. Подібна роль права у транзитивних політичних режимах зумовлюється декількома причинами.

По-перше, відмова від силових методів державного управління, які виправдовуються політичною або ідеологічною доцільністю, з необхідністю змушують державну владу шукати певні альтернативні регулятори суспільних відносин, які спроможні сприяти демократизації держави і суспільства, і одночасно можуть бути визнані суспільством як легітимні. За визначенням В. Сердюка, легітимність — це становище, «якого спромоглася досягти влада шляхом здійснення процедури легітимації, з метою зміцнення віри підвладних суб'єктів у необхідність саме тих політичних інститутів, що запропоновані цією владою як потрібні суспільству, і означає згоду народу з владою, коли він добровільно визнає її право приймати рішення, що повинні виконуватися» [10]. Таким альтернативним регулятором може виступити лише право і правове регулювання. Причому наразі ми маємо на увазі саме правове регулювання, яке, за словами І. Іщенко, «завжди реалізується як складний комплекс взаємодії цілого ряду засобів і методів правового регулювання, які чітко усвідомлюються суб'єктами правового регулювання» [11], а не лише загальний правовий вплив, який ще не може вважатися початковим етапом демократизаційного процесу. Тому для транзитивних політичних режимів саме на правовому рівні відбуваються перші і найбільш радикальні зміни, які покликані забезпечити широку політичну участь громадян, гарантувати принцип народного суверенітету, утвердити різноманітні форми народовладдя, сприяти децентралізації, деконцентрації влади та розвитку системи місцевого самоврядування, сприяти становленню громадянського суспільства та його інститутів, створити систему гарантій прав і свобод людини і громадянина, запровадити у державну і суспільну практику принципи верховенства права, законності, поділу влади, народного суверенітету, пріоритету прав і свобод людини і громадянина тощо.

По-друге, саме право виявляється тією сферою, де через нормотворчу і законотворчу діяльність можна максимально швидко сформулювати притаманні демокра-

тичному політичному режиму інститути. Більше того, ця оперативність зміни системи законодавства стає запорукою прискорених темпів запровадження відповідних інститутів і практик у суспільне життя (щоправда, наявність демократичних правових інститутів ще не означає, що вони автоматично реалізуються на практиці, але це питання порушуватиметься нами пізніше). Причому завдяки характерному для права цілепокладанню, держава на конституційному рівні закріплює цінності та пріоритети державного будівництва і суспільного розвитку. Тобто однією з перших сфер, у якій офіційно закріплюється та інституціоналізується демократичний транзит, постає правова, чи, точніше, — конституційно-правова сфера. Тобто навіть в умовах несформованості демократії та незавершеності транзиту на конституційному рівні проголошується демократичний характер держави і політичного режиму. Зазначений процес тісно пов'язаний з установчою функцією конституцій, завдяки якій не тільки фіксуються норми щодо основних політичних та соціально-економічних інститутів держави, а й «визначаються ті параметри і принципи, якими характеризується розвиток і вдосконалення діяльності цих інститутів» [12].

Нарешті, по-третє, саме правове регулювання в умовах транзитивних політичних режимів дозволяє створити максимально сприятливу атмосферу для розвитку інститутів громадянського суспільства, без чого неможливий ані успішний процес утвердження демократичної системи державного управління, ані формування нового типу демократичної правової і політичної культури [13]. Адже, на думку багатьох дослідників, демократична держава і громадянське суспільство є двома невід'ємними складовими частинами будь-якого сучасного соціуму [14]. З цього погляду, не можна не погодитися з тим, що в умовах транзитивних політичних режимів, які ставлять на меті докорінну зміну методів взаємодії між державою і суспільством, а отже, й формування демократичних суспільних відносин, право стає однією з головних умов і гарантій посилення громадянського суспільства та його інститутів. До речі, це дозволяє пояснити той факт, що у конституційному законодавстві держав, котрі знаходяться у стані

політичного транзиту, така велика увага надається посиленню інститутів громадянського суспільства.

Таким чином, спираючись на право і засоби правового регулювання, транзитивні політичні режими намагаються, з одного боку, демократизувати систему державної влади, а з іншого — сприяти розвитку громадянського суспільства та відповідної демократичної культури. Інколи її ще позначають поняттями громадянської культури — *civic culture*, та культури громадянства — *culture of citizenship*. У цьому сенсі вельми цікавим видається дослідження Томаса Бріджеса «Культура громадянства: віднаходячи постсучасну громадську культуру» (1997 р.), який доводить, що наразі саме новий тип культури громадянства, як протилежності «тотальній політиці», може стати запорукою від нарощування авторитарних тенденцій у сучасних державах [15].

Реалізація першої групи цілей досягається за рахунок змістовного реформування всієї системи законодавства та конституційного закріплення базових принципів і цінностей, які притаманні демократичним політичним режимам. Насамперед це принципи народовладдя, верховенства права, поділу влади, відповідальності держави перед суспільством, пріоритету прав і свобод людини і громадянина, законності, соціальної спрямованості діяльності держави, розвитку місцевого самоврядування тощо. Водночас цей напрям інституціоналізації транзитивних політичних режимів передбачає посилення та правове забезпечення ряду базових інститутів, які дозволяють реалізовувати найважливіші демократичні процедури. Перш за все — це, безумовно, інститут виборів та пов'язані з ним вибори до органів державної влади і місцевого самоврядування, що можуть бути охарактеризовані як форма здійснення народовладдя і водночас «безпосередня участь громадян у здійсненні державної влади, як завдяки безпосередньому волевиявленню з конкретних питань суспільного і державного життя при формуванні представницьких органів влади, так і через виділення шляхом голосування представників для виконання функцій здійснення державної влади згідно з волею та інтересами громадян, висловлених на виборах» [16]. При цьому, звісно, йдеться не про фор-

мальну процедуру виборів, адже сама по собі вона притаманна як авторитарним, так і тоталітарним політичним режимам, а про таку процедуру, що задовольняє чітко визначеним демократичним стандартам із дотриманням основних демократичних принципів виборчого права (рівність, свобода, таємність голосування, транспарентність виборчого процесу тощо [17]). З цього погляду, навіть за умови нерозвиненості багатопартійності, а також несформованості стійкої правової і політичної виборчої культури, транзитивні політичні режими в процесі своєї інституціоналізації намагаються максимально забезпечити дотримання принципів виборчого права, що, власне, й виступає основою легітимації цих режимів і запорукою незворотності їх курсу на демократизацію.

Так само важливим кроком у напрямі правової інституціоналізації транзитивних політичних режимів стає активний розвиток системи місцевого самоврядування як «пріоритетного інституту громадянського суспільства, завдяки якому воно проникає у сферу діяльності держави, беручи участь у формуванні та контролі за її діяльністю» [18], адже завдяки їй не лише вибудовується один з елементів громадянського суспільства, а й утворюються нові типи зв'язків між державною владою і громадянами на територіальному рівні, що дозволяє максимально наблизити систему державного управління до об'єктивних потреб громадян та територіальних громад.

Що ж до другої групи цілей, то вони забезпечуються насамперед формуванням законодавчої основи та відповідною правовою інституціоналізацією самого громадянського суспільства, яке отримує можливість не лише автономно розвиватись, а й здійснювати поточний контроль (наприклад, завдяки ЗМІ, різноманітним неурядовим організаціям, громадським об'єднанням, громадським рухам тощо) над діяльністю державної влади, її службових та посадових осіб. Водночас відбувається активний процес правової інституціоналізації нового типу економічних відносин, які засновані на вільній конкуренції, запровадженні ринкових механізмів регулювання економічних відносин (щоправда, наразі саме поняття ринку часто переосмислюється у термінах «соціально орієнтованого ринку»), запобіганні монополізму тощо.

Все це, в результаті процесу правової інституціоналізації, створює політичну та економічну основу для розвитку громадянського суспільства.

Утім, говорячи про загальну тенденцію до демократизації, яка утворює один із головних аспектів або вимірів транзитивних політичних режимів, не можна забувати й інший не менш важливий вимір, пов'язаний з такими чинниками, як: збереження ряду інститутів авторитарної влади, вплив редемократизації, неусталеність демократичної правової культури, нерозвиненість громадянського суспільства тощо. Тобто, як специфічний синтез інститутів двох типів політичних режимів, транзитивні режими не можуть бути витлумачені лише як «неусталені демократії». У цьому контексті необхідно звернути увагу на цілий ряд правових інститутів, а також на деякі загальні властивості правової системи, які істотно відрізняють в юридичному плані транзитивні політичні режими від демократичних. До них, на нашу думку, слід віднести такі.

По-перше, це збереження високого рівня концентрації державної влади, що часто виправдовується необхідністю проведення швидких (а подекуди й «шокових») реформ. При цьому вибудовуються сильні вертикалі влади, вся повнота якої концентрується у руках доволі вузького кола осіб. Як засвідчує досвід двох останніх десятиліть, здебільшого таким центром концентрації державної влади стає інститут президента, який доволі часто не тільки набуває широких повноважень (насамперед у сфері виконавчої і законодавчої влади, хоча об'єктивно цей інститут впливає й на діяльність органів судової влади), а й виводиться з-під відповідальності, оскільки формально за успішність демократизації держави і суспільства відповідають уряд та урядові інститути. Подібне посилення президентської влади іноді дає підстави говорити про формування супрезидентських республік із транзитивним політичним режимом.

По-друге, неусталений характер економічних, культурних та соціальних зв'язків часто призводить до неможливості забезпечення прав людини (особливо соціальних та економічних). Тому, попри формальне проголошення на конституційному рівні цілого ряду прав людини і громадянина, у транзитивних по-

літичних режимах ці права практично завжди виявляються недостатньо забезпеченими, що підтверджується відсутністю реальних юридичних та інших механізмів їх забезпечення, охорони та захисту. Більше того, у разі гальмування демократизаційних процесів, транзитивна держава доволі легко порушує не тільки соціально-економічні, а й політичні права людини, що стає одним із головних свідчень початку редемократизації.

По-третє, в процесі правової інституціоналізації транзитивних політичних режимів завжди зберігають притаманні авторитарним режимам методи управління та реалізації державної влади. Тобто держава на правовому рівні закріплює за собою право і можливість діяти із порушенням демократичних принципів і стандартів, якщо це виправдовується мотивами політичної доцільності, або необхідністю оперативного прийняття загальнозначимих державних рішень.

Таким чином, узагальнюючи результати проведеного дослідження, можемо сформулювати такі **висновки**. По-перше, теоретико-методологічна значущість юридичних студій специфіки правової інституціоналізації транзитивних політичних режимів зумовлюється тим, що це дозволяє не лише більш глибоко і комплексно описати правові аспекти та правову сутність процесів демократизації політичних режимів та переходу від держави авторитарного типу до демократичної, а й розбудувати теоретичну основу для аналізу транзитивних політичних режимів як відносно самостійного типу, що, незважаючи на свій перехідний характер, суттєво відрізняється як від автори-

тарних, так і від демократичних політичних режимів.

По-друге, в процесі транзиту правовий фактор набуває однієї з вирішальних ролей, оскільки завдяки його нормативності транзитивна держава вирішує одразу три групи важливих завдань: а) заміна силових методів управління правовими, б) створення і правове забезпечення становлення і функціонування демократичних інститутів державної влади, в) правова інституціоналізація інститутів громадянського суспільства і забезпечення їх автономності та засобів контролю над державною владою.

По-третє, характерною ознакою правової інституціоналізації транзитивних політичних режимів є поєднання авторитарних і демократичних методів у функціонуванні держави та державному управлінні. Тому правове регулювання супроводжується сильною концентрацією влади (як правило, навколо вищого органу виконавчої влади або інституту президента), браком реальних гарантій забезпечення прав і свобод людини і громадянина (часто ці права носять лише формальний або декларативний характер), намаганням викривити або спотворити зміст базових демократичних інститутів (через фальсифікації виборів, нехтування результатами референдумів, обмеженням повноважень органів місцевого самоврядування тощо). Все це створює ситуацію рухомого балансу між двома тенденціями демократизації і редемократизації, який може змінюватись як в один, так і в інший бік, що зрештою спричиняє або успішність демократичного транзиту, або появу так званої «failed democracy».

ПРИМІТКИ

1. Гладуняк І. В. Розвиток системи політичного управління в сучасній Україні / І. В. Гладуняк. — К. : Ін Юре, 2008.

2. Хантингтон С. Третья волна. Демократизация в конце XX века / С. Хантингтон. — М. : РОССПЭН, 2003. — С. 302.

3. Теория государства и права : учебник / отв. ред. В. Д. Перевалов. — М. : НОРМА, 2006. — С. 346—347.

4. Скрипнюк В. М. Розвиток системи державної влади в Україні: конституційно-правові аспекти : монографія / В. М. Скрипнюк. — К. : Логос, 2010.

5. Barber B. R. Strong Democracy. Participatory Politics for a New Age / B. R. Barber. — Berkeley: University of California Press, 1984. — P. 140.

6. Beitz C. R. Political Equality: An Essay in Democratic Theory / C. R. Beitz. — Princeton : Princeton U.P., 1989. — P. 217.
7. Горбатенко В. П. Стратегія модернізації суспільства: Україна і світ на зламі тисячоліть : монографія / В. П. Горбатенко. — К. : Видавничий центр «Академія», 1999. — С. 11.
8. Вступ до теорії правових систем / за заг. ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. — К. : Юридична думка, 2006. — С. 14.
9. Червонюк В. И. Теория государства и права : учебник / В. И. Червонюк. — М. : ИНФРА-М, 2007. — С. 168.
10. Сердюк В. Легітимність влади як один з її основних атрибутів / В. Сердюк // Юридична Україна. — 2006. — № 11. — С. 15.
11. Іщенко І. Проблеми співвідношення понять «правове регулювання» і «правовий вплив» у сучасній теорії права / І. Іщенко // Юридична Україна. — 2011. — № 8. — С. 25.
12. Скрипнюк О. В. Конституція України та її функції: проблеми теорії і практики реалізації / О. В. Скрипнюк. — К. : Академія правових наук України, 2005. — С. 94.
13. Медведчук В. В. Україна: актуальні проблеми розвитку суспільства, держави і права / В. В. Медведчук. — К. : Інтерпрес ЛТД, 1999. — С. 144.
14. Політична система: сучасні проблеми розвитку громадянського суспільства і держави : монографія : у 2 т. / О. В. Петришин, Р. Ф. Гринюк [та ін.]. — К. : Логос, 2010. — Т. 1: Громадянське суспільство в політичній системі : теоретико-методологічний і конституційно-правовий аспекти дослідження. — С. 435.
15. Bridges T. The Culture of Citizenship: Inventing Postmodern Civic Culture / T. Bridges. — Washington: CRVP, 1997. — P. 93—132.
16. Государственное право Российской Федерации : курс лекций / под ред. О. Е. Кутафина. — М. : Юрид. лит., 1993. — С. 130.
17. Граф И. В. Конституционное право зарубежных стран / И. В. Граф, Д. Г. Жаромских. — Тюмень : Изд-во ТГУ, 2000. — С. 79.
18. Батанов О. В. Що таке місцеве самоврядування з точки зору права? / О. В. Батанов // Правова держава : щорічник наукових праць Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. — К., 2007. — Вип. 18. — С. 178.

Бондарева Катерина. Правовое измерение институционализации транзитивных политических режимов.

В статье исследуется специфика правовой институционализации транзитивных политических режимов. Автор анализирует основные свойства функционирования и развития права в условиях перехода государства от недемократических к демократическим политическим режимам. Особое внимание уделяется характеристике нормативно-правовых средств обеспечения утверждения демократических институтов государственной власти.

Ключевые слова: правовая институционализация, система законодательства, политический транзит, демократизация, политический режим, верховенство права, права человека.

Bondareva Kateryna. Legal dimension of transitive political regimes institutionalization.

The article investigates the specificity of transitive political regimes legal institutionalization. The author analyzes the main properties of functioning and development of law in while the transition from non-democratic to democratic political regimes. Particular attention is paid to the characteristics of legal means to ensure the adoption of democratic institutions of state power.

Key words: legal institutionalization, system of legislation, political transit, democratization, political regime, the rule of law, human rights.

УДК 340.12:349.2

Оксана Маланій,здобувач кафедри загальної теорії держави і права
Львівського державного університету внутрішніх справ

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ УКЛАДЕННЯ ТА ПРИПИНЕННЯ ТРУДОВИХ ДОГОВОРІВ НА ТЕРИТОРІЇ СХІДНОЇ ГАЛИЧИНИ У МІЖВОЄННИЙ ПЕРІОД (1918—1939 рр.)*

Проаналізовано законодавство, що регулювало укладення та припинення трудових договорів на території Східної Галичини у складі Другої Речі Посполитої (1918—1939 рр.). Визначено порядок укладення та підстави припинення трудових договорів.

Ключові слова: трудовий договір, строки трудового договору, випробування при прийнятті на роботу, підстави припинення трудового договору, розрахункова книжка.

Територія Східної Галичини у міжвоєнний період знаходилась у складі Другої Речі Посполитої (1918—1939 рр.). Повоєнні соціально-економічні труднощі, економічні кризи, зростання безробіття призводили до погіршення життя населення, що, в свою чергу, сприяло появі соціальних протестів. Надзвичайно гострою була ситуація на території українських воєводств, де рівень безробіття був вищим, а заробітної плати — нижчим, ніж у промислово розвинутих корінних польських землях. Масове безробіття давало можливість роботодавцям порушувати трудове законодавство і права робітників, які часто погоджувалися працювати на будь-яких умовах. Основними причинами робітничих страйків була несвоєчасна виплата заробітної плати та незаконне звільнення. Необхідність поєднання інтересів найманих робітників та роботодавців зумовлювала пошук відповідних шляхів для вирішення соціально-економічних суперечностей, які виникали в процесі трудової діяльності. Фактором стабілізації став трудовий договір, що гарантував дотримання прав робітників та роботодавців, зобов'язуючи сторони не порушувати норми трудового законодавства.

Ці ж питання є актуальними в нових історичних умовах — для сучасної Укра-

їни, оскільки вдосконалення трудового законодавства щодо формування змісту трудового договору сприяє захисту прав найманих робітників та роботодавців. Вважаємо, що законодавство міжвоєнної Польщі, яке регулювало укладення та припинення трудових договорів, потребує дослідження в плані порівняння з сучасним українським законодавством, зокрема й з метою поглиблення знань з історії держави і права України.

Зазначимо, що питанням правового регулювання укладення та припинення трудових договорів займалися сучасники досліджуваного періоду Роман Євген Нараївський та Вацлав Адамецькі. Зокрема Р. Е. Нараївський, досліджуючи проблеми укладення трудових договорів, позитивно оцінював положення польського законодавства щодо чіткого визначення строку випробування при прийнятті на роботу [1]. В. Адамецькі аналізував положення законодавства щодо відповідальності робітника за недбалість та появу на роботі в нетверезому стані [2]. Також питання трудових договорів, зокрема щодо форми укладення та строків, жваво обговорювалося в тогочасній пресі [3].

Радянські дослідники трудових відносин на території Західної України у міжвоєнний період вважали, що трудові права робітників постійно порушувалися

* Рекомендовано до друку кафедрою загальної теорії держави і права Навчально-наукового інституту права, психології та економіки Львівського державного університету внутрішніх справ.

шляхом незаконного звільнення та не своєчасною виплатою заробітної плати (М. Зільберман) [4]. Матеріальна відповідальність за страйки, передбачена законодавством про трудові договори в 1928 р., також була прямим порушенням трудових прав робітників (І. Васюта) [5].

Сучасний український науковець О. Липитчук, досліджуючи діяльність судів у Другій Речі Посполитій, зазначає, що на середину 20-х років ХХ ст. кількість звернень щодо недотримання трудового законодавства настільки зросла, що уряд у 1928 р. змушений був створити спеціальні суди праці, які займались виключно трудовими спорами [6].

Щодо регулювання укладення та припинення трудових договорів на території Східної Галичини у складі Другої Речі Посполитої (1918—1939 рр.), то комплексного дослідження в українській правовій науці на даний час немає.

Метою статті є аналіз польського законодавства про порядок укладення та підстави припинення трудових договорів у міжвоєнний період.

Реалізація поставленої мети передбачає вирішення таких завдань:

— виявити закони Міністерства праці та соціальної опіки і Розпорядження Президента, які регулювали питання укладення та припинення трудових договорів у Другій Речі Посполитій та здійснити їх історико-правовий аналіз;

— визначити порядок укладення, зміст та підстави припинення трудових договорів;

— здійснити порівняльно-правовий аналіз законодавства про укладення та припинення трудових договорів Другої Речі Посполитої та сучасного законодавства України.

Регулювання укладення та припинення трудових договорів здійснювалося на основі Розпоряджень Президента Другої Речі Посполитої «Про трудові договори робітників» і «Про трудові договори службовців» (pracownikow umyslowych) від 16.03.1928 р.

Зважаючи на те, що переважну більшість українського населення Східної Галичини складали робітники, а не службовці, більш детально зупинимось на характеристичі змісту трудових дого-

ворів, сторонами яких виступали роботодавці та робітники.

Трудовим договором вважалася угода між роботодавцем і робітником, за якою робітник зобов'язувався виконувати роботу, визначену цією угодою, а роботодавець зобов'язувався виплачувати робітникові заробітну плату.

Трудовий договір міг укладатися як в усній, так і в письмовій формі до того, як допустити робітника до роботи. Сторони домовлялися про місце роботи, трудову функцію робітника, розмір оплати праці. Сукупність умов, які визначали взаємні права і обов'язки сторін, складала зміст трудового договору. Одним із основних обов'язків роботодавця було вжиття заходів для забезпечення охорони життя і здоров'я робітників під час праці.

Щодо строків укладення трудового договору слід зазначити, що трудовий договір міг бути: випробувальним; безстроковим, що укладався на невизначений строк; укладеним на визначений строк, встановлений за погодженням сторін; таким, що укладається на час виконання певної роботи.

Випробувальний строк встановлювався з метою перевірки відповідності робітника роботі, яка йому доручалася. Термін випробування не міг перевищувати 7 днів. Українське законодавство про працю встановлює, що строк випробування при прийнятті на роботу робітників не може перевищувати 1 місяця (ст. 27 Кодексу законів про працю України).

Під час випробувального строку трудовий договір міг бути розірваний будь-якою з сторін. Якщо цього не відбулося, то після закінчення випробувального строку договір вважався таким, що укладений на невизначений строк [7].

Недоліком польського міжвоєнного законодавства про договори праці вважаємо невизначеність категорій осіб, щодо яких не встановлювався випробувальний строк при прийнятті на роботу. Натомість сучасне трудове законодавство України до таких категорій відносить: осіб, які не досягли 18 років; молодих робітників після закінчення професійних навчально-виховних закладів; молодих спеціалістів після закінчення вищих навчальних закладів; осіб, звільнених у

запас з військової служби; інвалідів, направлених на роботу відповідно до рекомендації медико-соціальної експертизи (ст. 26 Кодексу законів про працю України).

Законодавство Другої Речі Посполитої визначало підстави припинення трудового договору: закінчення строку, на який було укладено трудовий договір; виконання певної роботи, яка була предметом договору; смерть робітника; призов робітника на військову службу.

Сторони могли розірвати трудовий договір, укладений на невизначений строк, попередивши про це за два тижні. Роботодавець мав право розірвати безстроковий договір тільки за умови проведення розрахунку з працівником. В Державному архіві Львівської області знаходимо свідчення про порушення даної норми законодавства. Так, у 1938 р. Дрогобицький суд праці розглядав справу про незаконне звільнення робітника Хруща Романа, якого роботодавець не попередив про це у відповідний термін. За рішенням суду відповідач Едвард Важнов сплатив позивачеві суму в розмірі двотижневої заробітної плати [8].

Закон забороняв роботодавцям повідомляти про розірвання безстрокового договору в період: тимчасової непрацездатності робітника, спричиненої нещасним випадком чи хворобою (протягом 4 тижнів); військових навчань, на які викликали робітника; перебування робітника у відпустці.

Строковий трудовий договір підлягав розірванню достроково без попередження про це в разі невиконання зобов'язань, що були зазначені в договорі, будь-якою з сторін. Роботодавець мав право достроково розірвати договір у випадку: закриття підприємства внаслідок повені чи пожежі; недотримання робітником правил техніки безпеки під час виконання професійних обов'язків; вчинення за місцем роботи розкрадання майна роботодавця; нез'явлення на роботу протягом 3 днів поспіль або 6 днів протягом місяця без поважних причин; розповсюдження таємної інформації, що стосувалася процесу виробництва.

Варто зазначити, що право на дострокове розірвання трудового договору на основі зазначених підстав сторони могли

реалізувати протягом 7 днів з моменту виявлення фактів порушення.

Законодавець зобов'язував роботодавця видати робітникові на його вимогу письмове свідоцтво про його роботу на даному підприємстві із зазначенням трудової діяльності та часу роботи. При цьому заборонялося вписувати у свідоцтво коментарі та зауваження, які змогли б зашкодити робітнику в подальшому працевлаштуванні.

Водночас на підприємствах з зайнятістю понад 4 робітники обов'язковим було ведення розрахункових книжок (*książeczka obrachunkowa*), що видавалися всім робітникам не пізніше 7 днів після прийняття на роботу. В розрахунковій книжці містилися відомості про трудову діяльність робітника, умови праці, витяг з трудового договору про права і обов'язки сторін, виплату заробітної плати, заохочення та нагороди за успіхи в роботі, коментарі роботодавця щодо відповідності робітника займаній посаді чи виконуваній роботі, а також відомості про стягнення. Книжки зберігались у робітників, а за потреби надавались роботодавцю, який після здійснення відповідного запису повертав їх разом з виплатою заробітної плати. Міністр праці і соціальної опіки міг видати дозвіл деяким підприємствам не запроваджувати розрахункові книжки [9]. Розрахункові книжки можемо вважати аналогом сучасної трудової книжки. Звичайно, з певними відмінностями, зокрема щодо терміну їх оформлення, зберігання та відомостей про стягнення (ст. 48 Кодексу законів про працю України).

Зауважимо, що, за даними Міністерства праці та соціальної опіки, на території східних воєводств у 1929 р. було 5077 промислових підприємств, з них 1699 мали по 4 робітники кожне [10]. Відповідно, тисячі робітників Східної Галичини були позбавлені права мати розрахункові книжки.

Законодавець зобов'язував роботодавців здійснювати виплату заробітної плати 1 раз на 2 тижні. Виплата заробітної плати здійснювалася у робочі дні за місцем роботи. Заборонялося провадити виплату заробітної плати у магазинах, питних закладах, їдальнях. Дана норма в основному збігається з положенням чин-

ного законодавства України про оплату праці (ст. 24 Закону України «Про оплату праці» від 24.03.1995 р. № 108/95-ВР).

Розмір оплати праці визначався умовами трудового договору. Якщо договір укладався на час виконання певної роботи, то оплата здійснювалася за фактично виконану роботу, але не рідше як 1 раз на 2 тижні. Однак за міністром праці і соціальної опіки залишалося право надання дозволу роботодавцям у певних галузях промисловості здійснювати виплату заробітної плати 1 раз на місяць. Порядок обчислення заробітної плати, розмір відрахувань та тарифи оплати праці затверджувалися інспектором праці відповідного округу.

Позитивним положенням польського законодавства про трудові договори вважаємо категоричну заборону здійснювати оплату праці в натуральній формі. З метою контролю за нарахуванням і виплатою платні роботодавці заводили облікові книжки із зазначенням прізвищ робітників, датою виплати та суми заробітку і терміну, за який проводиться розрахунок, які зберігалися протягом 5 років [11].

При припиненні трудового договору з підстави смерті робітника законодавство зобов'язувало роботодавця протягом місяця виплатити родині померлого одноразову матеріальну допомогу. Розмір виплати залежав від двох факторів — часу праці робітника на підприємстві та родинних стосунків померлого з тими, хто перебував на його утриманні. Так, якщо робітник працював на підприємстві 10 років, то родичі отримували допомогу в розмірі його 2-тижневого заробітку, якщо — 20 років, то, відповідно, розмір матеріальної допомоги дорівнював сумі 4-тижневої заробітної плати. Тільки дружина та діти померлого могли претендувати на такі розміри допомоги, за умови, що за життя робітника перебували на його утриманні. Інші ж родичі померлого робітника, які перебували на його утриманні, мали право на виплату, що складала половину зазначеної норми. Зауважимо, що обов'язкових виплат родичам померлого за рахунок підприємства законодавством України не передбачено. Іноді ця обставина вказується у контракті.

Законодавство про трудові договори передбачало матеріальну відповідальність робітників за шкоду, заподіяну підприємству внаслідок порушення покладених на них трудових обов'язків: псування або знищення через недбалість матеріалів, виробів, інструментів, обладнання; порушення спокою (страйк); невиходу на роботу; спізнення чи самовільного залишення робочого місця; появи на роботі в нетверезому стані; недотримання правил охорони праці. Розмір штрафу, що стягувався за одне порушення, складав четверту частину денного заробітку робітника, а загальний розмір стягнення відшкодування з заробітної плати не перевищував її десятої частини.

Матеріальна відповідальність застосовувалася роботодавцем безпосередньо за виявленням порушення, але не пізніше 3 днів з моменту його вчинення. Стягнені штрафи використовувалися для потреб робітників підприємства [12].

Для всіх підприємств із зайнятістю понад 20 робітників роботодавці розробляли правила внутрішнього трудового розпорядку (*regulamin pracy*), що регламентували організацію праці та були обов'язковими для виконання сторонами трудового договору.

Правила внутрішнього трудового розпорядку складалися в письмовій формі та вивішувалися на видному місці протягом місяця з часу набрання чинності Законом «Про трудові договори робітників» або з часу відкриття підприємства.

У правилах висвітлювалися всі аспекти організації праці на підприємстві: порядок прийняття і звільнення робітників; основні обов'язки робітників та роботодавця; час початку і закінчення роботи та час, наданий для відпочинку і харчування; графік роботи по змінах; перелік вихідних і святкових днів; час і місце отримання заробітної плати; правила охорони праці і пожежної безпеки; час і місце видання робітникам спецодягу; відповідальність робітників за порушення трудових обов'язків.

Законодавство встановлювало такий порядок прийняття і затвердження правил внутрішнього трудового розпорядку: роботодавець розробляв правила та вивішував на видному місці; робітники протягом тижня ознайомлювалися з прави-

лами; роботодавець подавав проект правил на узгодження інспектору праці відповідного округу; протягом 2 тижнів інспектор перевіряв відповідність правил нормам трудового законодавства; у разі відповідності інспектор затверджував правила, а роботодавець доводив їх зміст до відома робітників; аж тоді правила набирали чинності.

Зауважимо, що інспектор праці відмовляв у затвердженні, якщо вимоги правил погіршували становище робітників, і зобов'язував роботодавця протягом 3 днів їх замінити відповідно до закону. Робітник мав право розірвати трудовий договір впродовж 2 тижнів з дня ознайомлення з правилами. Якщо правила внутрішнього трудового розпорядку погіршували права робітника, гарантовані йому умовами трудового договору, то він міг звернутися до суду протягом місяця з часу набрання чинності правилами. У гірничих підприємствах правила внутрішнього трудового розпорядку затверджувалися інспектором праці та гірничим управлінням [13].

До роботодавців, які порушували порядок припинення трудових договорів та неправильно здійснювали відрахування із заробітних плат робітників, застосовувалося покарання у вигляді штрафу від 50 до 1000 злотих і/або арешту до 6 тижнів. А порушення строків видання свідоцтва про трудову діяльність та розрахункової книжки при звільненні, втрата розрахункової книжки, виплата заробітної плати в натуральній формі, недотримання порядку затвердження правил внутрішнього трудового розпорядку та порушення цих правил робітниками тягло за собою штраф у розмірі від 10 до 500 злотих. До порушників, які виявилися не спроможними сплатити штраф, застосовувався арешт на строк 2 тижні.

Незважаючи на це, права робітників, гарантовані їм трудовими договорами, часто порушувались, про що свідчать вимоги страйкарів та справи в судах праці.

Доходимо висновку, що регулювання укладення та припинення трудових договорів на території Східної Галичини у міжвоєнний період здійснювалося на основі Розпоряджень Президента Другої Речі Посполитої та відповідних міністерств «Про трудові договори робітни-

ків» 1928 р., «Про трудові договори службовців» 1928 р., Міністерства праці та соціальної опіки і Міністерства промисловості та торгівлі «Про порядок затвердження правил внутрішнього трудового розпорядку в гірничих підприємствах» 1928 р. та низки інших нормативно-правових актів. Ними визначалися порядок укладення та підстави припинення трудового договору, зміст і строки трудового договору, випробування при прийнятті на роботу, порядок ведення розрахункових книжок, порядок затвердження правил внутрішнього трудового розпорядку. Також встановлювалася відповідальність за порушення умов трудових договорів.

В умовах економічних криз та масового безробіття робітники Східної Галичини, шукаючи роботу, щоб прогнати сім'ю, погоджувалися працювати навіть при порушенні прав, гарантованих їм умовами трудового договору. Результати проведених інспекцією праці перевірок свідчать про те, що більшість роботодавців нехтували нормами законодавства про працю, зловживали умовами випробувального терміну, тривалістю робочого часу, порядком виплати заробітної плати, розраховуючи на безвихідь робітників.

Опрацьовані джерела в порівнянні з сучасним трудовим законодавством України не пропонують механізмів регулювання переведення на іншу роботу, переважного права на залишення на роботі при звільненні працівників у зв'язку із змінами в організації виробництва і праці, переважного права на укладення трудового договору в разі поворотного прийняття на роботу, не визначають категорії робітників, до яких не застосовується випробування при прийнятті на роботу. Недоліком законодавства Другої Речі Посполитої, що регулювало укладення та припинення трудових договорів, вважаємо те, що правила внутрішнього трудового розпорядку були обов'язковими тільки для підприємств із зайнятістю понад 20 осіб, що обмежувало права робітників дрібних підприємств. Перспективними напрямками досліджень трудового законодавства Другої Речі Посполитої вважаємо вивчення норм, що регулювали оплату праці.

ПРИМІТКИ

1. Нараївський Р. Е. Правовий порадник / Р. Е. Нараївський. — Коломия : Рекорд, 1932. — С. 483.
2. Adamiecki W. Gospodarcze znaczenie bezpieczeństwa pracy / W. Adamiecki. — Warszawa : Instytut spraw społecznych, 1934. — S. 26.
3. Жовнір В. Форма договорів / В. Жовнір // Неділя. — 1937. — 28 березня. — Ч. 12. — С. 9.
4. Зільберман М. Й. Революційна боротьба трудящих Західної України (1924—1928 рр.) / М. Й. Зільберман. — Львів : Вид-во Львів. ун-ту, 1968. — С. 46.
5. Васюта І. К. Становище робітничого класу Західної України в період тимчасової часткової стабілізації капіталізму (1924—1929 рр.) / І. К. Васюта // Наукові записки. Історична серія / за ред. П. Т. Рущенко. — К. : Радянська школа, 1957. — Вип. II. — С. 47.
6. Липитчук О. Структура та діяльність судів праці в міжвоєнній Польщі / О. Липитчук // Вісник Львівського університету. Серія юридична. — 2002. — Вип. 37. — С. 192.
7. Rozporządzenie o umowie o prace robotników // Dziennik Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej. — 1928. — № 35. — Poz. 324.
8. ДАЛО. — Ф. 1206. — Оп. 1. — Спр. 1733. — Арк. 1—12.
9. Rozporządzenie w sprawie zezwolenia niektórym kategorjom zakładów pracy na nieprowadzenie części rozrachunkowej w ksiąteczkach obrachunkowych. // Dziennik Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej. — 1928. — № 96. — Poz. 848.
10. Коріненко П. С. Новітня історія України / П. С. Коріненко, А. К. Фартушняк. — Тернопіль : Астон, 2007. — Ч. 3. — С. 352—354.
11. Rozporządzenie wydane w porozumieniu z Ministrami: Przemysłu i Handlu, Skarbu, Spraw Wojskowych, Komunikacji, Poczty i Telegrafów, Robot Publicznych oraz Reform Rolnych w sprawie ksiąg płacy i wykazów wypłat robotniczych oraz ksiąg niezbędnych dla kontroli nad stosunkiem pracy // Dziennik Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej. — 1928. — № 96. — Poz. 847.
12. Ustawa o przeznaczeniu wpływów z kar pieniężnych na akcje kulturalno-oswiatowa i opiekuncza na rzecz robotników // Dziennik Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej. — 1933. — № 32. — Poz. 274.
13. Rozporządzenie w sprawie instancji odwoławczych i trybu postępowania przy zatwierdzaniu regulaminów pracy w zakładach podległych ustawom górnicy z wyjątkiem hut // Dziennik Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej. — 1928. — № 88. — Poz. 781.

Маланий Оксана. Правове регулювання заключення і прекращення трудових договорів на території Восточної Галиції в міжвоєнний період (1918—1939 гг.). Проаналізовано законодавство, регулювавше заключення і прекращення трудових договорів на території Восточної Галиції в складі Другої Речі Посполитої (1918—1939 гг.). Определен порядок заключення і основи прекращення трудових договорів.

Ключевые слова: трудовой договор, сроки трудового договора, испытание при приеме на работу, основания прекращения трудового договора, расчетная книжка.

Malanii Oksana. Legal regulation of conclusion and termination of labor contracts in Eastern Galicia in the interwar period (1918—1939).

Analyzed of legislation governing the conclusion and termination of labor contracts in Eastern Galicia as part of the Second Rzeczpospolita (1918—1939). Defined order of the conclusion and the reasons for termination of employment contracts.

Key words: employment contract, terms of employment contract, the test case of employment, grounds for termination of contract, passbook.

УДК 336.719.2(477)

Інна Колодій,викладач кафедри цивільно-правових дисциплін
Чернігівського державного технологічного університету

ДО ПИТАННЯ ОРГАНІЗАЦІЇ ФУНКЦІОНУВАННЯ СИСТЕМИ ІНФОРМАЦІЙНОЇ БЕЗПЕКИ БАНКІВСЬКИХ СТРУКТУР*

У статті розглядаються основні питання організації функціонування системи інформаційної безпеки банківських структур. Визначені загальноправові та специфічні для банківської діяльності принципи захисту банківської інформації з урахуванням методологічних підходів до їх визначення та систематизації.

Ключові слова: інформаційна безпека банку, система захисту банківської інформації, засоби захисту банківської інформації.

Сучасний розвиток суспільства характеризується все більшою його залежністю від інформаційних процесів. Зі вступом України в світовий інформаційний простір, за сучасних темпів розвитку інформаційних технологій проблема формування цілісної та науково обґрунтованої системи забезпечення інформаційної безпеки стає все більш актуальною як на загальнодержавному, так і на галузевому рівні.

За останні роки в Україні реалізовано комплекс заходів, спрямованих на удосконалення інформаційної безпеки банківських структур. Сформовані правові та організаційні механізми захисту банківської інформації і протидії загрозам інформаційної безпеки банківських структур. Разом з тим, аналіз стану інформаційної безпеки банківських структур свідчить про те, що, незважаючи на заходи, які застосовуються, її рівень не повністю відповідає потребам особи, суспільства та держави.

Метою цієї статті є аналіз загальноправових та специфічних для банківської діяльності принципів захисту інформації з урахуванням методологічних підходів до їх визначення та систематизації. Реалізація відповідної мети передбачає виконання таких завдань: дослідження комплексу заходів, спрямованих на збереження банківської таємниці; виявлення взаємозв'язку між принципами захисту інформації характерними для

підприємницької діяльності в цілому та специфічними для банківської діяльності.

При дослідженні та аналізі основних аспектів організації функціонування системи інформаційної безпеки банківських структур в Україні були використані праці І. А. Безклубого, М. І. Зубок, В. П. Паліюка, О. Е. Радутного, Г. О. Світличної, М. П. Стрельбицького, Л. М. Стрельбицької та ін.

Наявність досить великої кількості законодавчих актів, які так чи інакше регулюють інформаційні відносини суб'єктів підприємництва, ще не означає, що в Україні діє досконала система інформаційної безпеки, оскільки загальнообов'язкові положення галузевих законодавчих актів визначають права державних органів влади, управління та нагляду за доступом до банківської інформації [1].

Л. В. Щукін стверджує, що основою забезпечення інформаційної безпеки є вирішення трьох взаємозалежних проблем: проблеми захисту інформації, що перебуває в системі, від впливу внутрішніх і зовнішніх загроз; проблеми захисту інформації від інформаційних загроз; проблеми захисту зовнішнього середовища від загроз із боку інформації, що перебуває в системі [2].

Безпека інформації в сучасних умовах комп'ютеризації інформаційних процесів має принципове значення для попе-

* Рекомендовано до друку кафедрою цивільно-правових дисциплін Чернігівського державного технологічного університету.

редження незаконного і часто злочинного використання цінних відомостей. Завдання забезпечення безпеки банківської інформації реалізується комплексною системою захисту інформації, яка здатна вирішити безліч проблем, що виникають у процесі роботи з такою інформацією.

Визначальним у проблематиці теорії організації інформаційної безпеки є з'ясування її напрямів на засадах комплексного підходу щодо методів захисту. Умовно можна визначити такі напрями організації захисту: правові, управлінські, інженерно-технологічні. У складі останніх як автономні визначаються програмно-математичні (комп'ютерні програмні продукти захисту) [3].

Важливим елементом в комплексній системі захисту банківської інформації є управлінсько-аналітична робота, спрямована на аналіз і оцінку ефективності системи захисту та розробку напрямів її удосконалення відповідно до виникаючих ситуаційних проблем.

Необхідність управління в суспільстві є закономірним наслідком об'єктивної потреби організувати та узгодити спільну діяльність людей, їх відносини між собою [4]. Звідси стає зрозумілим значення організаційного фактора для проведення державної політики в різних сферах, для правильного формування структури державного-управлінського механізму, вибору засобів, які будуть застосовуватись у процесі управляючого впливу, а також характеру зв'язків між управляючими та тими, ким управляють [5].

У теорії управління існує декілька способів визначення й зміни компетенції органів, тобто нормативного закріплення предметів ведення, прав та обов'язків. Зокрема централізація — здійснення функцій тільки центральними органами; децентралізація — передача частини функцій нижчестоящим та місцевим органам; деконцентрація — розосередження функцій управління за «горизонталлю» і за «вертикаллю» (включаючи функціональні аспекти); делегування — взаємоузгоджене переадресування повноважень органам різних рівнів; субсидіарність — взаємодоповнена діяльність різних ланок влади та управління [6].

В основу організації банківського регулювання та нагляду покладена комбінована модель, що базується на поєднанні певних елементів трьох відомих у світовій практиці підходів: неформаль-

ний базується, головним чином, на консультаціях, переговорах та попередженнях; формалізований вимагає активної перевірки шляхом експериментування на місцях з боку органу банківського контролю; легалістичний підхід базується на обговоренні сукупності показників, яких повинен дотримуватися банк, і на делегуванні повноважень з перевірки та контролю банківської документації на місцях незалежними аудиторами [7]. Вибір моделі, яка включає елементи всіх трьох підходів, на практиці означає встановлення сфери діяльності та функції органу банківського регулювання і нагляду. В Україні це Національний банк України.

У ст. 22 Закону України «Про Національний банк України» [8] зазначено, що структура Національного банку будується за принципом централізації з вертикальним підпорядкуванням. Національний банк наділений правом самостійно вирішувати питання організації, створення, ліквідації та реорганізації структурних підрозділів та установ Національного банку України, його підприємств, затверджувати їх статuti та положення. Зрозуміло, що філія центрального банку не може мати статусу юридичної особи і не може видавати нормативні акти, а уповноважена діяти від імені Національного банку України в межах отриманої від нього компетенції на підставі затвердженого положення [9].

Вагоме значення Національного банку України в управлінні банківською системою проявляється в тому, що він, насамперед, бере активну участь у відносинах управління грошовими коштами фінансово-економічної діяльності держави та здійснює фінансовий контроль (валютний, банківський тощо).

Організація інформаційного забезпечення Національного банку України визначається складом керованих об'єктів предметної області, задач, даних і сукупністю інформаційних потреб користувачів НБУ. Згідно із визначенням інформаційне забезпечення включає повний набір показників, документів, класифікаторів, файлів, баз даних, методів їх використання в роботі Національного банку України, а також способів подання, нагромадження, зберігання, перетворення, передавання інформації для всіх категорій користувачів у необхідній формі та за вимогами часу.

До організації інформаційного забезпечення органів Національного банку України висувається низка вимог. Найважливішими з них є такі: забезпечення для широкого кола користувачів можливостей роботи в реальному режимі; формування для управління оперативних баз даних, які реально знаходяться в базах даних низових структур інформаційної системи Національного банку України (по суті, це є створення і використання сховищ даних); автоматичне формування зведень на кожному рівні ієрархії структури Національного банку України на основі звітних файлів; гарантування безпеки електронних документів і збереження банківської інформації; забезпечення цілісності інформації у разі відмови апаратури [10].

На думку російського вченого О. А. Степанова, в рамках правового регулювання використання та розвитку інформаційно-електронних технологій можуть бути виділені два головних напрями, пов'язані із забезпеченням інформаційно-електронної безпеки, тобто зі створенням і реалізацією норм, що визначають порядок доступу та використання електронних банків даних конфіденційної інформації, а також даних, що стосуються розвитку біоелектронних та психоінформаційних технологій; з процедурою подання позовів при порушенні балансу суспільних та особистих інтересів, що передбачає розробку норм для вирішення конфліктних ситуацій, що виникають в зв'язку з застосуванням і розвитком комп'ютерних технологій в сфері зберігання конфіденційної інформації в електронному вигляді, а також у сфері біоінженерії та психокомп'ютерної регуляції [11].

На банк покладається обов'язок реалізувати комплекс заходів для забезпечення збереження банківської таємниці. Для цього банком можуть бути розроблені відповідні внутрішні нормативно-правові акти, які б визначали конкретні умови реалізації відповідних заходів щодо охорони інформації, яка становить банківську таємницю, в межах відповідного банку [12].

Одним із важливих нормативних документів банку з безпеки є Положення про комерційну таємницю і конфіденційну інформацію, яке оголошується наказом по банку. Положення передбачає перелік відомостей, що становлять ко-

мерційну таємницю і конфіденційну інформацію банку. В ньому зазначають, яким посадовим особам така інформація може доводитись в повному обсязі, порядком її захисту в установах банку, хто відповідає за організацію заходів захисту, відповідальність за розголошення відомостей, що становлять комерційну таємницю. В наказі може визначатися склад комісії, яка буде розглядати і визначати цінність банківської інформації, подавати пропозиції керівникові банку про прийняття рішення щодо надання відповідній інформації статусу комерційної таємниці чи конфіденційної інформації.

Наказом також можуть передбачатися заходи щодо роботи персоналу стосовно збереження ним у таємниці службової інформації.

Досліджуючи питання збереження в таємниці відомостей, що становлять комерційну таємницю банку, О. О. Качан зазначає, що при визначенні складу комерційної таємниці необхідно виходити з економічної вигоди і безпеки банку. Занадто таємна діяльність банку може призвести до втрати прибутку, бо умови ринку вимагають широкої реклами. Зневажливе ставлення до комерційної таємниці також може призвести до негативних результатів [13].

В. Б. Харченко акцентує увагу на тому, що віднесення інформації до переліку відомостей, що не становлять комерційної таємниці, не накладає на її володільця обов'язку відкрити до неї вільний доступ усіх бажаючих. Більше того, володільця такої інформації правомочний застосувати організаційні та інші заходи щодо обмеження доступу до такої інформації фізичних та юридичних осіб, які не мають визначеного законом права ознайомлюватися з нею. Разом з тим, у випадку розголошення або іншого використання такої інформації володільця останньої неправомочний вимагати заборони на її поширення та відшкодування спричиненої шкоди [14].

На думку В. С. Цимбалюка, при формуванні системи інформаційної безпеки виникає необхідність застосування методів інтеграції та агрегації складових систем як її підсистем, що можливо при адаптації до предметної сфери теорії алгоритмізації, моделювання, теорії систем тощо. Підтримку інформаційної системи він визначає як комплекс організаційних, правових та інженерно-тех-

нологічних заходів щодо збереження, охорони та захисту життєво важливих інтересів суб'єктів інформаційної діяльності [15].

Відповідно, виявлення чинного або ймовірного каналу несанкціонованого доступу до інформації, а також запобігання його появі можливе лише за наявності постійного контролю й аналізу об'єкта захисту, рівня безпеки інформаційних ресурсів у джерелі і каналі поширення інформації. Уразливим є будь-який елемент інформаційних ресурсів та інформаційних систем [16].

Таким чином, система технічного захисту інформації є утворенням, призначеним для досягнення мети захисту інформації, а відтак — однією з центральних категорій у сфері технічного захисту інформації. Але на сьогодні зміст самого поняття системи технічного захисту інформації має досить широкую інтерпретацію, що свідчить про його недостатню дослідженість. Так, закріплене на нормативному рівні визначення терміна «система захисту інформації» охоплює організовану сукупність методів і засобів технічного захисту інформації [17].

Чинне законодавство не містить ані визначення терміна «методи технічного захисту інформації», ані переліку таких методів, що суттєво ускладнює ситуацію.

Що стосується засобів технічного захисту інформації, то до їх складу віднесено засоби контролю та спеціальні інженерно-технічні споруди, засоби і системи [18]. Знову ж таки, місце і роль засобів технічного захисту інформації, до яких віднесено захищені програми і технічні засоби забезпечення інформаційної діяльності, програмні і технічні засоби захисту інформації, залишаються невизначеними.

Організаційні засоби захисту інформації (на практиці їх також називають адміністративними) регламентують процеси функціонування автоматизованої банківської системи через управління персоналом, тобто запровадження відпо-

відних інструктивних матеріалів про конфіденційність інформації, захист від встановлення прослуховуючої апаратури в службових приміщеннях, обмеження доступу, навіть у приміщеннях, де знаходяться АРМ НБУ, АРМ-2, АРМ-1, АРМ адміністратора БД тощо.

Апаратні засоби захисту здійснюються за допомогою спеціальних пристроїв як функціонуючих автономно, так і вмонтованих у конфігурацію ЕОМ. Вони забезпечують передусім надійну роботу апаратури, захист цілісності програмного забезпечення, забороняють несанкціонований доступ до баз даних. Велике значення мають апаратні засоби захисту інформації в комунікаціях передавання інформації в локальних і глобальних банківських мережах, особливо для підтримки закритості системи електронних платежів [19].

У даній статті ми спробували узагальнити існуючі підходи до класифікації засобів захисту інформації та на їх підставі розробити узагальнену класифікацію, яка б дозволила у процесі побудови системи захисту банківської інформації у кожному окремому випадку скласти повний перелік характерних ймовірних способів вчинення атак на банківську інформацію, що стало б вагомим на шляху формування концепції протидії злочинності.

Усе вищезазначене свідчить про необхідність прийняття відповідного спеціального законодавства щодо банківської таємниці та комерційної таємниці банку. Уявляється необхідним визначити єдині підходи до охорони інформації, віднесеної до комерційної таємниці банку, з відображенням їх у законодавстві України про працю. Крім того, проведений аналіз змісту права на банківську таємницю і комерційну таємницю банку свідчить про неоднозначність їх тлумачення та необхідність подальших досліджень у сфері банківського сектору.

ПРИМІТКИ

1. Зубок М. І. Організаційно-правові основи безпеки банківської діяльності в Україні : навч. посіб. для студ. вищ. навч. закл. — 2-ге вид., допов. / М. І. Зубок, Л. В. Ніколаєва. — К. : Істина, 2000. — С. 12.

2. Щукін Л. В. Щодо обґрунтування поняття «інформаційна безпека» / Л. В. Щукін // Інформаційна безпека людини, суспільства, держави. — 2009. — № 1(1). — С. 31—32.

3. Основи інформаційного права України : навч. посіб. / В. С. Цимбалюк, В. Д. Гавлов-

- ський, В. В. Гриценко [та ін.] ; за ред. М. Я. Швеця, Р. А. Калюжного та П. В. Мельника. — К. : Знання, 2004. — С. 217.
4. Дюрягин И. Я. Право и управление / И. Я. Дюрягин. — М. : Юрид. лит., 1981. — С. 37.
 5. Административное право : учебник / под ред. Ю. М. Козлова, Л. Л. Попова. — М. : Юристъ, 2000. — С. 483—484.
 6. Тихомиров Ю. А. Курс административного права и процесса / Ю. А. Тихомиров. — М., 1998. — С. 216.
 7. Костіна Н. І. Банки: сучасні інформаційні технології : навч. посіб. / Н. І. Костіна, В. М. Антонов, Н. І. Ганах. — Ірпінь : Нац. академія ДПС України, 2004. — С. 94.
 8. Про Національний банк України : Закон України від 20.05.1999 р. № 679-XIV // Відомості Верховної Ради України. — 1999. — № 29. — Ст. 238.
 9. Орлюк О. П. Банківська система України. Правові засади організації / О. П. Орлюк. — К. : Юрінком Інтер, 2003. — С. 119.
 10. Сендзюк М. А. Інформаційні системи в державному управлінні : навч. посіб. / М. А. Сендзюк. — К. : КНЕУ, 2004. — С. 169—170.
 11. Степанов О. А. Ключевые аспекты правового регулирования использования и развития информационно-электронных технологий / О. А. Степанов // Государство и право. — 2004. — № 4. — С. 71.
 12. Закон України «Про банки і банківську діяльність» : наук.-практ. ком. / за заг. ред. В. С. Стельмаха. — К. : Ін Юре, 2006. — С. 296.
 13. Качан О. О. Банківське право : навч. посіб. / О. О. Качан. — К. : Школа, 2004. — С. 228—229.
 14. Харченко В. Б. Комерційна таємниця як об'єкт права інтелектуальної власності та категорія кримінального права / В. Б. Харченко // Вісник господарського судочинства. — 2009. — № 1. — С. 85.
 15. Цимбалюк В. С. Інформаційна безпека підприємницької діяльності: визначення сутності та змісту поняття за умов входження України до інформаційного суспільства (глобальної кіберцивілізації) / В. С. Цимбалюк // Підприємництво, господарство і право. — 2004. — № 3. — С. 90—91.
 16. Гуцалюк М. В. Організація захисту інформації : навч. посіб. / М. В. Гуцалюк, Н. А. Гайсенюк. — К. : Альтпрес, 2005. — С. 62.
 17. ДСТУ 3396.0-96. Технічний захист інформації. Основні положення. — Введено вперше; Чинний від 01.01.1997. — К.: Держстандарт України, 1997. — С. 3.
 18. Там само. — С. 5.
 19. Сендзюк М. А. Зазнач. праця. — С. 173.

Колодий Інна. К вопросу организации функционирования системы информационной безопасности банковских структур.

В статье рассматриваются основные вопросы организации функционирования системы информационной безопасности банковских структур. Определены общеправовые и специфические для банковской деятельности принципы защиты банковской информации с учетом методологических подходов к их определению и систематизации.

Ключевые слова: информационная безопасность банка, система защиты банковской информации, средства защиты банковской информации.

Kolodiy Inna. To the question of organization of functioning of the system of informative safety of bank structures.

The basic questions of organization of functioning of the system of informative safety of bank structures are examined in the article. The general legal and bank-specific principles of the bank information protection are determined, taking into account the methodological approaches when determining and systematization them.

Key words: bank information security, system of defence of bank information, facilities of defence of bank information.

УДК 347.129(477)

Ольга Бакалінська,

кандидат юридичних наук, доцент

ОСОБЛИВОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ ПОНЯТЬ ДОБРОСОВІСНОСТІ, РОЗУМНОСТІ ТА СПРАВЕДЛИВОСТІ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ*

У статті розкриваються особливості застосування «класичних» оціночних понять цивільного права: добросовісності, розумності та справедливості. Визначаються теоретико-правові підходи до їх конкретизації в нормах міжнародних договорів та рішеннях судів.

Ключові слова: оціночні категорії, добросовісність, розумність, справедливість.

Інтенсифікація правового регулювання приватноправових відносин призводить до зростання кількості нормативних джерел, що містять оціночні поняття, зокрема такі, як добросовісність, розумність та справедливість. Основною функцією оціночних понять є здійснення індивідуального регулювання [1]. Індивідуальне регулювання — передбачене нормами права рішення, що стосується кожного конкретного випадку, яке приймається на розсуд суб'єктів і входить до предмета правового регулювання питань, які недоцільно, а часом і неможливо, заздалегідь передбачити в юридичних нормах. Воно має носити суто піднормативний характер [2]. Використання оціночних понять у правозастосовчій практиці дозволяє припустити, що підставою для прийняття певного рішення у конкретній справі є не тільки об'єктивна відповідність певної ситуації відповідній нормі права, а й внутрішнє переконання (розсуд) особи, яка застосовує відповідну норму права з оціночним поняттям. Перш за все, оціночні поняття у цивільно-правовому регулюванні об'єктивно необхідні і за відповідних умов задають певний ступінь стабільності та регулятивної міцності, вони ніби є природною зв'язкою нормативно-правового формалізму і практичного життя [3]. Розширення сфери застосування в цивільно-правових відносинах норм з оціночними поняттями є показником розвитку суспільних відносин, а також специфічною формою реалізації диспо-

зитивного методу регулювання цивільно-правових відносин. Крім того, ще однією підставою застосування оціночних понять у цивільно-правовому регулюванні є необхідність подолання невизначеності в цивільному праві та усунення прогалин, наявних у цивільно-правовому регулюванні. З огляду на це, застосування понять добросовісності, розумності та справедливості в цивільному праві і процесі, які за своєю природою є оціночними, дозволяє забезпечити гнучкість, еластичність приватноправового регулювання.

Питання теоретичного обґрунтування та практичного застосування оціночних понять завжди привертало увагу вчених. Дослідженню питання застосування оціночних понять присвячені праці С. Алексєєва, В. Асмуса, В. Біленко, А. Васильєва, В. Жеребкіна, І. Зайцева, Т. Коломєць, В. Косовича, П. Лютікова, В. Примака, І. Тітко, І. Турчин-Кукаріної, та ін. Серед сучасних російських дослідників виділяються праці: Є. Богданова, О. Богданової, В. Грибанова, Т. Дроздової, Д. Левіної, М. Лук'яненко, Р. Нигматдинова, А. Малиновського. В українській правовій науці питання застосування оціночних понять у цивільному праві і процесі є недостатньо дослідженими. Питання комплексного дослідження правових аспектів застосування оціночних понять цивільного права є актуальним з огляду на те, що окремі «класичні» оціночні поняття цивільного права набувають своє закріплення в

* Рекомендовано до друку кафедрою комерційного права Київського національного торговельно-економічного університету.

господарському, житловому, сімейному праві і визначають зміст та особливості захисту прав і законних інтересів учасників відповідних правовідносин.

Метою статті є дослідження особливостей застосування «класичних» оціночних понять цивільного права, таких як: добросовісність, розумність та справедливість.

Аналіз норм цивільного законодавства дозволяє зробити висновок, що воно оперує величезною кількістю оціночних понять, одні з яких мають розгорнуте визначення, інші позначаються одним терміном, точний зміст яких не визначений [4]. Деякі містяться в складі імперативних норм, інші — у складі диспозитивних норм. Серед них можна назвати поняття «добросовісність», «систематичність», «розумність», «справедливість» і т. п.

У зв'язку з розширенням сфери застосування норм оціночними поняттями в сфері приватного права України постає питання відпрацювання чітких критеріїв і меж їх тлумачення. Невизначеність підходів до визначення змісту норм з оціночними поняттями може призвести до негативних наслідків, які проявляються в помилковому уявленні про те, що оціночні поняття можна трактувати як і кому заманеться. В цілому погоджуючись з думкою Д. Левіної про те, що «... використовуючи оціночні поняття, суб'єкти отримують можливість здійснювати індивідуальну регламентацію суспільних відносин. У зв'язку з тим, що законодавець не визначає і не інтерпретує оціночні поняття, така можливість надається суб'єктам, які застосовують правові норми з оціночними поняттями» [5]. Ми не можемо погодитися з її позицією про те, що суб'єкти наділяються правом вільного тлумачення і застосування оціночних понять, самостійної оцінки фактів у сфері правового регулювання. Хоча, безумовно, застосування в правовому регулюванні норм з оціночними поняттями зумовлює творчий підхід до здійснення права. На нашу думку, варто погодитися з О. Фетисовим, що в цьому випадку більш коректно говорити про відносне наділення (тобто тільки в чітко визначених і нормативно-регламентованих межах) суб'єкта свободою тлумачення і застосування відповідних норм [6]. Крім того, ці межі визначаються не тільки імпера-

тивами правозастосування, а й встановлюються за допомогою тих самих оціночних понять (зокрема добросовісності, розумності та справедливості) [7]. В оціночних поняттях фіксуються лише найбільш загальні ознаки узагальнених явищ. Ось чому деякі вчені справедливо називають оціночні поняття ситуаційними [8].

Тлумачення оціночних понять у цивільному обігу можуть здійснювати будь-які суб'єкти права, зокрема фізичні та юридичні особи, державні та судові органи. Найбільшого правового значення набувають у такому разі акти тлумачення норм права, що здійснюються судом, оскільки його рішення носять обов'язковий для виконання характер для учасників спору, в тому числі й у примусовому порядку. Позиція щодо тлумачення цивільно-правових норм з оціночними поняттями всіма учасниками цивільно-правових відносин заснована на тому факті, що більшість цивільних правовідносин відбувається поза рамками судового розгляду. Крім того, загальні засади цивільного законодавства закріплені в ст. 3 ЦК України, зокрема: свобода договору, свобода підприємницької діяльності, судового захисту цивільного права та інтересу, добросовісності, розумності і справедливості, а також здійснення цивільних прав на цих засадах (ст. 12 ЦК України) дозволяють учасникам цивільних правовідносин не тільки самостійно вступати в правовідносини, самостійно визначаючи їх зміст, а й у разі необхідності обирати судовий орган, що має прийняти відповідне рішення.

Сторони вправі звернутися до суду для офіційного тлумачення оціночних понять лише в разі наявності розбіжностей в розумінні того чи іншого поняття. Рішення суду щодо визначення змісту цього поняття буде обов'язковим для сторін. За таких умов принципове значення для особи, що застосовує норму з оціночними поняттями, буде мати чітка регламентація процесу тлумачення оціночних понять. Особливо враховуючи те, що однією зі специфічних властивостей процесу застосування і тлумачення оціночних понять є те, що він, на відміну від деяких інших процесів, має яскраво виражений суб'єктивний характер [9]. Справа в тому, що в законі не завжди можливо визначити чітко визначені пра-

вила поведінки. Наприклад, якщо при заподіянні майнової шкоди будь-якого виду (пошкодження речі, втрати доходу і т. д.) розмір заподіяної шкоди об'єктивно існує у вигляді ціни речі або розміру доходу, які можна з'ясувати в торгівлі або з відповідних документів, то щодо компенсації моральних страждань роль відповідного експерта може виконати тільки суд [10]. У подібних випадках законодавець віддає вирішення питань на розсуд суду і учасників цивільних правовідносин (наприклад, при призначенні розумного строку виконання зобов'язань, визначення добросовісності придбання речі тощо), надаючи їм певну свободу розсуду.

Разом з тим свобода в цивільному праві не може бути безмежною. Безмежна свобода, як правило, веде до заподіяння шкоди іншим особам, чого в праві, покликаному забезпечити баланс інтересів різних учасників правовідносин, бути не повинно. Отже, з метою недопущення можливих зловживань правом свобода розсуду учасників цивільних правовідносин, як і суду, повинна мати свої межі. В якості таких меж судового розсуду і виступають принципи добросовісності, розумності і справедливості.

Крім того, презумпція добросовісності дій учасників цивільно-правових відносин виступає як один із способів обмеження дії принципу свободи договору. Можна виділити цілу низку недійсних правочинів внаслідок порушення засад добросовісності при їх укладанні: кабальні угоди, угоди, вчинені під впливом обману, насильства або погрози, угоди, вчинені за межами повноважень. Моральний зміст розглянутих понять передбачає в їх реалізації прояв моральних якостей учасників цивільних правовідносин, а також осіб, що застосовують положення ЦК України, які містять посилення на розумність і добросовісність. Уявляється, що незалежний суд, котрий володіє високим моральним статусом і користується повагою з боку суспільства, може стати основою у формуванні належної позиції з питання застосування понять розумності і добросовісності в приватному праві. Однак для цього необхідно вирішити ряд типових проблем, до яких належать підвищення юридичної кваліфікації суддів; їх моральних якостей; боротьба з корупцією, «телефонним правом» і т. п. [11]. Вважаємо, що, перш

за все, суд покликаний повернути мораль у наше суспільство, хоча держава не повинна відмовлятися і від історично притаманної їй ролі виховання громадян у дусі шанобливого ставлення до вимог закону і моральних норм. Обов'язок кожного громадянина дотримуватися прийнятих у суспільстві норм моральності, зокрема сумлінної і розумної поведінки в загальноновизначених межах, що має бути ефективно підкріплена силою державного примусу.

У ряді випадків законодавець, використовуючи для формулювання норм права оціночні поняття, сам дає їм легальне визначення чи іншим чином встановлює критерії оцінки явищ, визначених цими термінами, або доручає їх встановлення іншим органам. Якщо ж законодавець не фіксує зазначених критеріїв у нормативних актах, інтерпретатор за необхідності сам вишукує їх за межами права. Рамки свободи вибору цих критеріїв визначаються конкретно-історичними умовами, морально-етичними нормами або навіть конкретними ситуаціями, в яких діє відповідна норма права. Розвиток міжнародного співробітництва та гармонізація законодавства в сфері цивільно-правового обороту призвела до формування якісно нових підходів до закріплення змісту класичних оціночних понять цивільного права, зокрема таких, як добросовісність, розумність та справедливність.

Так, значною віхою у розвитку торгового права (*lex mercatoria*) стала розробка Принципів міжнародних комерційних договорів [12]. Стаття 1.7 Принципів наказує: «Кожна сторона зобов'язана діяти відповідно до прийнятих в практиці міжнародної торгівлі добросовісністю і чесною діловою практикою». Таким чином, добросовісність у даному акті постає у вигляді об'єктивного стандарту, співвідносного з чесною діловою практикою. Більше того, згідно зі статтями 4.8, 5.9 Принципів добросовісність може використовуватися як засіб для визначення змісту не закріпленої в договорі умови або визначення зобов'язання, яке презюмується в договорі. В літературі зазначається, що положення ст. 1.7 Принципів прогресивніше, ніж положення ст. 7 Конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів, що стосується добросовісності переважно в аспекті її тлумачення, і «більшою мірою

сприяє розвитку конструктивного торгового обороту» [13].

Можна з упевненістю сказати, що з точки зору способу регулювання договірних правовідносин першим важливим кроком до європейського договірного права стали Принципи європейського договірного права (The Principles of European Contract law), створені за підтримки Європарламенту і Комісії ЄС [14]. У Принципах європейського договірного права, складених Оле Ландо, особливе місце відводиться і принципу добросовісності (ст. 1:105). Передбачається, що кожна сторона зобов'язана діяти відповідно до цього принципу, і сторони не можуть обмежити цей обов'язок. Крім того, сторони можуть вільно укладати договори та встановлювати їх зміст відповідно до цього принципу (ст. 1:102). Слід зазначити, що в Принципах часто зустрічається термін «розумність», зокрема, «розумна умова», «розумна сторона», «розумна ціна» і т. п. Варто зазначити, що це поняття часто розглядається як еквівалент добросовісності, особливо в праві Англії. У Принципах європейського договірного права також міститься положення, що «розумність повинна оцінюватися, виходячи з того, що особи діють добросовісно в такій же ситуації, в якій їх дії вважаються розумними». Крім того, як зазначається, «вимога вірності умовам договору, по суті, підкреслює значення, яке надається добросовісності і розумності» [15].

Визначення змісту норм з оціночними поняттями здійснюється шляхом тлумачення і конкретизації їх змісту. Оціночні поняття свідомо збережені законодавцем як невизначені приписи з дуже обмеженою інформаційною структурою, тобто в самій природі цих понять, на думку М. Лук'яненко, закладена необхідність їх пізнання [16]. Правильне та однакове розуміння правових приписів є діяльністю з їх тлумачення. Процес тлумачення в юридичній літературі досить часто розглядається через призму інтерпретації [17]. Метою інтерпретації оціночних понять є процес заміщення оціночних понять точними, що визначають емпіричні властивості явищ і предметів, виражених в оціночних поняттях. Критерієм (мірою) оцінки різного роду явищ, позначених оціночними поняттями, є зразки, стандарти, що складаються в тій чи іншій сфері людської діяльності.

Ці стандарти характеристики явищ і предметів складаються стосовно певного виду явищ, предметів або ситуацій в певний час. Таким чином, стандарти, що складаються в тій чи іншій сфері людського життя і діяльності, слугують критерієм не тільки для оцінки відповідних явищ, а й для конкретизації, уточнення сенсу самих оціночних термінів і виразів, розгортання їх змісту в більш конкретних характеристиках.

Під конкретизацією оціночних понять цивільного права слід розуміти розкриття та встановлення змісту оціночного поняття в різних джерелах як правового, так і неправового характеру. На думку В. В. Єршова, конкретизацію оціночних щодо певних правових норм можна визначити як специфічний підвид індивідуального судового регулювання, що характеризується відходом від загальної правової норми до положення індивідуального судового регулювання, що здійснюється в результаті розкриття, деталізації та поглиблення її якісних і кількісних характеристик з урахуванням індивідуальних обставин спору, що розглядається [18].

На наш погляд, при тлумаченні потрібно прагнути до з'ясування не просто «букви» закону, а і його «духу». Р. Кніпер підкреслює, що методи тлумачення, поведження з текстом законів і включення його до системи, розуміння законодавчої інтенції, врахування життєвих обставин, що змінюються, охоплення «змісту справедливості» норм на тлі компромісу інтересів і розподілу ризиків у конкретних життєвих обставинах повинні розвиватися, поєднуючи практику з теорією [19].

Прикладом тлумачення оціночних понять добросовісності, розумності та справедливості може бути така справа. Судова палата у господарських справах Верховного Суду України у своїй постанові (від 21.11.2006 р. у справі № 3-3994к06) про стягнення штрафу за прострочення виконання зобов'язання цілком обґрунтовано зазначила, що, задовольнивши позовні вимоги про стягнення неустойки у розмірі 360% загальної вартості робіт за договором, господарські суди не врахували положень ст. 3, ч. 3 ст. 509 ЦК України, відповідно до яких загальними засадами, та, водночас, засадами, на яких має ґрунтуватися зобов'язання між сторона-

ми, є добросовісність, розумність і справедливість, а також не взяли до уваги приписи ч. 3 ст. 551 ЦК України, за якими розмір неустойки може бути зменшений за рішенням суду, якщо він значно перевищує розмір збитків, та за наявності інших обставин, які мають істотне значення. При цьому без належної уваги та оцінки залишилися такі обставини, як дійсна вартість робіт за договором, ступінь виконання зобов'язання боржником, розмір відсотків неустойки у порівнянні з можливими збитками кредитора [20].

У практиці Суду Європейського Союзу (далі — Суд ЄС) досить часто використовується принцип добросовісності, який поряд із принципами справедливого ставлення і пропорційності складає зміст принципу справедливості, що став імперативною основою права ЄС. У практиці ЄС принцип добросовісності тлумачиться через критерії «знав — не знав, не міг знати». Так, у рішенні у справі № 36/72 «Меганк проти Комісії ЄС» [21], Меганк, крім основної заробітної плати, отримував допомогу по багатодітності як глава сім'ї, на яку, за формальними підставами не міг претендувати. При цьому одержувач знав, що він не має жодної належної підстави для отримання допомоги, і факт переплати був очевидний для нього. Проте Судом було встановлено, що допомога сплачувалася в ті самі періоди, коли відбулося підвищення його зарплати як працівника ЄС, що не дозволило Меганку виявляючи належну дбайливість, визнати недоречною виплату допомоги. Документи, підписані Меганком, не містили жодного посилення на виплату окремої допомоги по багатодітності, яка не була частиною зарплати. Враховуючи ці обставини, суд ЄС визнав поведінку позивача такою, що

повністю відповідає принципу добросовісності. Таким чином, Суд ЄС визнав добросовісною особу, яка в силу об'єктивних причин не знала і не могла знати про те, що вона користується без достатніх підстав, хоча сама вжила всіх необхідних заходів для припинення їх використання з моменту виявлення необґрунтованості користування.

В іншій справі Суд ЄС визнав порушенням принципу добросовісності наявність факту надання продавцем неповної інформації про товар, який реалізується, що призвело до заподіяння збитків [22].

На підставі викладеного можна дійти таких висновків. У результаті інтенсивної нормотворчої діяльності в останні роки кількість застосувань оціночних понять цивільного права у законах та інших нормативних актах значно збільшилася. Це свідчить про тенденцію зростання їх значення в системі цивільного права і необхідність їх аналізу.

Варто зазначити, що такі оціночні категорії, як добросовісність, розумність і справедливість при закріпленні їх у текстах нормативно-правових актів набувають значення загальних засад або презумпцій. Разом з тим, перед цивільно-правовою наукою постає питання теоретичного та змістовного обґрунтування практики застосування цих оціночних понять, особливо враховуючи їх значний морально-етичний вплив на всю систему регулювання цивільно-правових відносин. Введення в цивільний обіг таких оціночних понять, як добросовісність, розумність та справедливість, створює підвалини до розширення сфери застосування правозастосовчого розсуду і, разом з тим, створює передумови для усунення прогалин в праві.

ПРИМІТКИ

1. Алексеев С. С. Функции применения права / С. С. Алексеев, И. Я. Дюрягин // Правоведение. — 1972. — № 2. — С. 25—33.

2. Кашанина Т. В. Оценочные понятия в советском праве : дис. ... канд. юрид. наук / Т. В. Кашанина. — Свердловск, 1974. — С. 4.

3. Фетисов О. Е. Оценочные понятия в праве: проблемы теории и практики : дис. ... канд. юрид. наук / О. Е. Фетисов. — Тамбов, 2009. — С. 67.

4. Нурмагамбетов А. А. Оценочные понятия как критерии ограничения свободы гражданско-правового договора / А. А. Нурмагамбетов // Журнал российского права. — 2007 (по материалам сайта Юридическая библиотека ЮРИСТЛИБ [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://w\Av.juristlib.ru>).

5. Левина Д. Н. Теоретические проблемы толкования и применения оценочных понятий : автореф. дис. на соискание учен. степени канд. юрид. наук / Д. Н. Левина. — Н. Новгород, 2007. — С. 4.
6. Фетисов О. Е. Оценочные понятия в праве: проблемы теории и практики : дис. ... канд. юрид. наук / О. Е. Фетисов. — Тамбов, 2009. — С. 67.
7. Ермакова К. П. Пределы судебного усмотрения : дис. ... канд. юрид. наук / К. П. Ермакова. — М., 2010. — С. 168.
8. Комиссаров К. И. Правоприменительная деятельность суда в гражданском процессе / К. И. Комиссаров // Советское государство и право. — 1971. — № 3. — С. 74—75.
9. Левина Д. Н. Знач. праця. — С. 35—37.
10. Татарников А. В. Принципы разумности и добросовестности в гражданском праве России : дис. ... канд. юрид. наук / А. В. Татарников. — М., 2010. — С. 118.
11. Аболонин В. О. К вопросу о морали, нравственности и воспитательной роли суда в гражданском процессе / В. О. Аболонин // Арбитражный и гражданский процесс. — 2008. — № 4, 5. — С. 5.
12. Принципы международных коммерческих договоров (Принципы УНИДРУА) [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.unidroit.org/.../blackletter2010-russia>.
13. Кукин А. Соотношение Принципов УНИДРУА и Венской Конвенции международной купли-продажи товаров / А. Кукин // Законодательство и экономика. — 2000. — № 4. — С. 48.
14. Principles of European Contract Law. Parts I and II / Ed.: O. Lando, H. Beale. — The Hague ; London ; Boston : Kluwer Law, 2000; Principles of European Contract Law. Part III / Ed. : O. Lando, E. Clive, A. Prum, R. Zimmerman. — The Hague ; London ; New York : Kluwer Law, 2003.
15. Mazeaud D. Un droit europeen en quete d'identite. Les principes du droit europeen des contrats. — Dalloz Chr, 2007. — 2962 p.
16. Лукьяненко М. Ф. Оценочные понятия гражданского права: разумность, добросовестность, существенность / М. Ф. Лукьяненко. — М. : Статут, 2010. — С. 117.
17. Левина Д. Н. Теоретические проблемы толкования и применения оценочных понятий : автореф. дис. на соискание учен. степени канд. юрид. наук / Д. Н. Левина. — Н. Новгород, 2007. — С. 107.
18. Ершов В. В. Судебное правоприменение (Теоретические и практические проблемы) / В. В. Ершов. — М., 1991. — С. 35.
19. Книпер Р. Толкование, аналогия и развитие права: проблемы разграничения судебной и законодательной власти / Р. Книпер // Государство и право. — 2003. — № 8. — С. 8.
20. Примак В. Д. Вина і добросовісність у цивільному праві / В. Д. Примак. — К. : Юрінком Інтер, 2008. — С. 73—74.
21. Judgment of the Court (Second Chamber) of 30 may 1973, Case 36—72. Francois Maganck v. Commission of the European Communities // European Court reports. — 1973. — P. 0052.
22. Hondius E. Good faith in European Contract Law—a first publication of the Trento common core project // European Review of Private Law 3. 2002. — P. 471—472.

Бакалинская Ольга. Особенности применения понятий добросовестности, разумности и справедливости в гражданском праве.

В статье раскрываются особенности применения «классических» оценочных понятий гражданского права добросовестности, разумности и справедливости. Определяются теоретико-правовые подходы к их конкретизации в нормах международных договоров и решениях судов.

Ключевые слова: оценочные категории, добросовестность, разумность, справедливость.

Bakalinska Olga. Peculiarities of terms good faith, reasonability and fairness in civil law.

The article describes the peculiarities of application of traditional civil law evaluation categories of good faith, reasonability and fairness and determines theoretical and legal approaches to their specification in provisions of international treaties and court decisions.

Key words: evaluation categories, good faith, reasonableness, fairness.

УДК 347.454

Андрій Гриняк,

кандидат юридичних наук,

вчений секретар НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

ПОРУКА ТА ГАРАНТІЯ ЯК СПОСОБИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ ПІДРЯДНИХ ДОГОВОРІВ

Статтю присвячено дослідженню правової природи таких способів забезпечення виконання підрядних зобов'язань, як порука та гарантія. Обґрунтовується можливість їх застосування для забезпечення виконання підрядних договорів. Акцентовується увага на широкому підході до розуміння відповідальності поручителя при застосуванні поруки у підрядних зобов'язаннях та необхідності удосконалення чинного законодавства в сфері надання можливості страховим організаціям видавати гарантії.

Ключові слова: підрядні договори, види забезпечення, виконання зобов'язання, порука, гарантія, цивільно-правова відповідальність, страхування.

Розпочинаючи аналіз питань, пов'язаних із необхідністю доктринального осмислення інститутів поруки та гарантії як існуючих «стимулів» належного виконання підрядних договорів, доцільно зазначити, що порука є одним із найдавніших інститутів цивільного права, витоки якого беруть свій початок із основ римського права. Однак радянська правова доктрина, як і тогочасне законодавство, не сприймали поруку як дієвий спосіб забезпечення виконання підрядних зобов'язань у зв'язку із невідповідністю її принципам планової системи управління економікою.

Важливе значення цього правового інституту при забезпеченні виконання підрядних договорів у наш час не викликає сумніву, оскільки не всі можливі способи забезпечення виконання підрядних зобов'язань можуть бути дієвими при забезпеченні виконання робіт різної складності. Зокрема, як зазначається у літературі, неустойка та завдаток не повною мірою здатні гарантувати інтереси кредитора у належному виконанні зобов'язань. Застава не може бути застосована у тих випадках, коли у боржника відсутнє майно, яке може бути передане у заставу. Саме цю нішу зайняла порука, яка не потребує наявності будь-якого майна у боржника, а інтерес кредитора забезпечується за допомогою залучення додаткового боржника, майнове становище і ділові якості якого не викликають сум-

нівів у кредитора [1]. Саме цим і забезпечуються інтереси кредитора, якому гарантується належне виконання зобов'язань за підрядним договором, шляхом залучення поручителя, який, володіючи необхідними дозволами та навиками, зобов'язується завершити виконання робіт та передати їх результат замовнику, якщо цього не зможе здійснити боржник (підрядник) за основним зобов'язанням.

Зважаючи на законодавчу дефініцію поруки, під якою розуміється договір, за яким поручитель поручається перед кредитором боржника за виконання ним свого зобов'язку, можемо припустити, що порукою забезпечуються будь-які цивільно-правові зобов'язання, в тому числі підрядні. Такий висновок видається таким, що впливає з самої природи поруки та ґрунтується на чинному законодавстві, яке не містить жодних обмежень щодо забезпечення порукою будь-яких зобов'язань. Зважаючи на це, слушним видається категоричний висновок В. А. Белова щодо неможливості існування заборон, які б стосувалися забезпечення порукою зобов'язань із відшкодування завданої шкоди або повернення безпідставно набутого майна [2]. Виходячи з цього викликає непогодження висловлена у літературі позиція, за якою забезпечене порукою зобов'язання, яке має виконати поручитель у разі його порушення боржником, є зобов'язання грошове, оскільки сплата основного бор-

гу становить предмет грошового, а не будь-якого іншого зобов'язання [3].

Водночас недоцільно заперечувати існування так званих непередаваних зобов'язань, які не зможе виконати поручитель у силу їх тісного зв'язку з особою боржника. У літературі виділяють три групи таких непередаваних зобов'язань: 1) зобов'язання, що носять особистий характер; 2) негативні зобов'язання, предметом яких є утримання від вчинення певних дій; 3) зобов'язання, предметом яких є індивідуально-визначена або незамінна річ [4].

Тобто при забезпеченні порукою так званих «непередаваних зобов'язань» поручитель зобов'язаний лише відшкодувати шкоду та (або) сплатити неустойку. На нього не може бути покладено обов'язок виконання зобов'язання в натурі, однак у підрядних зобов'язаннях поручитель повинен виконати зобов'язання замість боржника, а також відшкодувати шкоду та сплатити штрафну неустойку, якщо в договорі підряду не буде передбачено інше. Зважаючи на вищеведене, доходимо висновку про відсутність підстав для заперечення можливості укладення договору поруки для забезпечення зобов'язань із виконання робіт, згідно з яким поручитель має виконати замість боржника його зобов'язання. Разом із тим слід враховувати, що, якщо для такого виконання робіт поручителем вимагатиметься ліцензія чи інший спеціальний дозвіл, то виконання такого роду робіт іншим підрядником, який виступає поручителем у зобов'язанні, є неможливим. Наприклад, одним із обов'язків підрядника за договором підряду на проведення пошукових робіт може бути обов'язок із проведення підривних робіт. Інший же підрядник, що виступає поручителем за договором поруки на забезпечення основного зобов'язання із проведення пошукових робіт, не володіючи відповідним дозволом на проведення підривних робіт, не вправі буде у випадку невиконання чи неналежного виконання основним боржником провести такі підривні роботи. В той час, як здійснення інших видів робіт за цим договором таким поручителем є цілком можливим, оскільки замовник зацікавлений у одержанні необхідного результату робіт, а не іншої компенсації за неможливість такого виконання.

Таким чином, сутність поруки як одного із видів забезпечення виконання підрядних зобов'язань полягає в тому, що кредитор в особі поручителя фактично отримує додаткового виконавця робіт, до якого може пред'явити вимогу у обсязі всіх невиконаних основним боржником зобов'язань за договором підряду.

Разом із тим може виникнути запитання щодо того, який же інтерес підрядника від участі в договорі поруки на стороні поручителя, оскільки він виступає стороною інших договірних зобов'язань і, крім того, у випадку невиконання (неналежного виконання) основного зобов'язання боржником може бути додатково залучений до його виконання. На перший погляд, покладення на себе, хоча б навіть і гіпотетично, якихось додаткових обов'язків позбавлене здорового глузду. Однак не слід, по-перше, відкидати можливості існування між двома, наприклад, будівельними компаніями домовленості про надання такого роду підтримки один щодо одного. По-друге, цілком сміливо можемо припустити ймовірність бажань таких компаній щодо одержання додаткового доходу таким способом, адже законодавець у ч. 1 ст. 558 ЦК України безпосередньо передбачив право поручителя на оплату таких послуг.

Однією з особливостей виконання забезпечувального зобов'язання, що виникає із поруки, є комплексний характер обов'язку поручителя, який, на думку Т. В. Боднар, проявляється в тому, що поручитель: а) поручається перед кредитором боржника за виконання ним свого обов'язку; б) відповідає перед кредитором за порушення зобов'язання боржником (мається на увазі відповідальність у її вузькому розумінні) [5].

Загалом погоджуючись з висловленим підходом щодо необхідності загального розуміння відповідальності поручителя за договором поруки у вузькому її значенні, зазначимо, що застосування поруки у підрядних зобов'язаннях має свої особливості, які відображаються у широкому підході до розуміння відповідальності поручителя. На думку І. В. Спасибо-Фатєєвої, у вузькому розумінні відповідальність поручителя визначається як відповідальність за невиконання або неналежне виконання забезпеченого порукою зобов'язання боржника, що прояв-

ляється у відшкодуванні збитків, сплаті неустойки, а за грошовими зобов'язаннями також і сплаті процентів за користування грошовими коштами [6]. При широкому трактуванні відповідальність поручителя розуміється як обов'язок поручителя виконати те саме, до чого зобов'язаний боржник відповідно до умов основного зобов'язання [7]. В літературі трапляється й інший, так званий «змішаний», підхід, за яким поручитель, дізнавшись, що основне зобов'язання боржника не виконано або виконано неналежним чином, може за своїм вибором або виконати зобов'язання боржника в натурі, тобто надати кредитору саме те, про що зобов'язувався боржник, або сплатити кредитору суму, яка повністю покривала б кредитору всі збитки, викликані невиконанням» [8].

Виходячи із усього вищеведеного, вважаємо, що застосування поруки у підрядних зобов'язаннях найбільш доцільно відображається у широкому підході до розуміння відповідальності поручителя, оскільки інтерес кредитора у таких договорах полягає у виконанні певного роду робіт відповідним спеціалістом (заміщаюча порука або, по-іншому, порука-виконання), а не в одержанні відшкодування та неустойки за вузьким підходом чи наявності у поручителя права вибору щодо виконання роботи в натурі або сплаті грошових сум, які повністю покривали б кредитору всі збитки, викликані невиконанням.

Особливістю такого способу забезпечення виконання підрядних договорів, як порука, є також встановлена законом (ч. 3 ст. 553 ЦК) можливість множинності осіб на стороні поручителя. Аналогічно тому, як боржник і поручитель відповідають перед кредитором як солідарні боржники, солідарно відповідають перед кредитором і особи, які спільно дали поруку. Крім того, договором поруки може бути встановлена додаткова (субсидіарна) відповідальність поручителя (ч. 1 ст. 554 ЦК). На нашу думку, таку саму відповідальність має на увазі законодавець і в ч. 3 ст. 554 ЦК України, говорячи про «інше», відмінне від солідарної відповідальності кількох поручителів.

Після виконання поручителем обов'язків за підрядним договором, забезпеченим порукою, кредитор повинен вручити йому документи, які підтверджу-

ють виконання ним обов'язку боржника. В такому випадку до поручителя, який належним чином виконав зобов'язання, забезпечене порукою, переходять усі права кредитора в цьому зобов'язанні. Наприклад, один підрядник за договором будівельного підряду зобов'язався у визначені договором будівельного підряду строки побудувати і здати в експлуатацію будинок. Інший же підрядник виступив поручителем за договором поруки на забезпечення виконання основного зобов'язання із будівництва такого будинку та зобов'язався побудувати (у випадку невиконання основним боржником) та добудувати (у випадку неналежного виконання основним боржником) цей самий будинок. При виконанні поручителем такого роду робіт та здачі будинку в експлуатацію на додаткового підрядника, який належним чином виконав зобов'язання, забезпечене порукою, переходять усі права кредитора в цьому зобов'язанні, зважаючи на що він буде вправі вимагати компенсації всіх понесених ним збитків на задоволення вимог замовника за договором.

Такий порядок заміни кредитора в підрядних зобов'язаннях, на нашу думку, може розглядатись як суброгація, зважаючи на те, що, по-перше, умови, визначені договором підряду, за боржника виконує інша особа, до якої і переходить право вимагати належного виконання зобов'язання на свою користь. По-друге, новий кредитор набуває той обсяг прав, що належали первісному кредитору. По-третє, зобов'язання між первісним кредитором і основним боржником припиняються, а права такого кредитора переходять до поручителя на підставі законодавчо встановленої у ст. 556 ЦК України норми.

Особливим способом забезпечення виконання підрядних договорів є також і гарантія, за якою банк, інша фінансова установа, страхова організація (гарант) гарантує перед кредитором (бенефіціаром) виконання боржником (принципалом) свого обов'язку. Виходячи із передбаченої у ст. 560 ЦК України дефініції, можемо констатувати, що у відносинах за гарантією беруть участь три суб'єкти — гарант, бенефіціар та принципал. Бенефіціаром виступає особа, яка має право висунути вимогу до гаранта, а принципалом — особа, яка звертається

до гаранта з проханням про надання гарантії на користь третьої особи (бенефіціара). Бенефіціарами та принципалами можуть виступати як фізичні, так і юридичні особи, в тому числі й фізичні особи—підприємці. Натомість гарантами можуть виступати лише фінансові установи, до яких законодавець відніс банки, інші фінансові установи та страхові організації. До інших фінансових установ, які можуть гарантувати належне виконання замовником розрахункових зобов'язань із підрядником, постачальником матеріалів, устаткування (якщо за договором підряду на замовника покладено такі обов'язки) тощо, можна віднести кредитні спілки, інвестиційні фонди і компанії, що зареєстровані у встановленому законом порядку та вправі гарантувати належне виконання таких зобов'язань.

Виходячи зі змісту ст. 560 ЦК України та спеціальної норми ст. 1 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг», страхові компанії також належать до фінансових установ та можуть виступати гарантами. Щоправда, слід звернути увагу на існуючу законодавчу суперечність між загальною нормою ч. 1 ст. 560 ЦК, ст. 1 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» та статтями 6—7 Закону України «Про страхування» при віднесенні страхових організацій до осіб, які можуть виступати гарантами. Так, законодавець у Законі України «Про страхування» не включив до переліку операцій, що сформульовані в імперативній формі, можливість страхових організацій видавати гарантії, обмеживши тим самим їх права у здійсненні таких операцій та одержанні відповідних доходів.

Такі зміни є необхідними, оскільки гарантія, видана нефінансовою установою, не може вважатися дійсною. Якщо сторони мали на увазі встановити відносини гарантії, але гарант є неналежним, відповідне зобов'язання, як зазначається в юридичній літературі, має бути визнане судом недійсним. Якщо ж сторони, скориставшись відкритим переліком видів забезпечення виконання зобов'язань, встановлять забезпечення з назвою «гарантія», яке передбачатиме відповідальність за порушення грошового зо-

бов'язання боржником особи, що не є фінансовою установою, то відповідно до загальних положень про забезпечення виконання зобов'язань таке забезпечення має бути акцесорним, отже, відповідатиме юридичній природі поруки як особисте акцесорне забезпечення і забезпечить виконання зобов'язання у свій спосіб [9]. Таким чином, суд, вирішуючи питання щодо недійсності забезпечення виконання підрядного зобов'язання, повинен встановити дійсні, реальні наміри сторін щодо сутності забезпечувального зобов'язання.

Гарантія набирає чинності з дня її видачі, якщо в ній не встановлено інше, і діє протягом строку, на який вона видана. І хоч гарантія забезпечує належне виконання принципалом його зобов'язання перед бенефіціаром (основного зобов'язання), вона є самостійним і незалежним від основного зобов'язання, на забезпечення виконання якого видано гарантію, в тому числі у випадках, коли в ній є посилання на цю обставину. Саме це зумовлює притаманні гарантії такі ознаки, як безвідкличність, непередаваність прав за гарантією іншій особі, особливий підстави припинення [10].

Тобто, як бачимо, основною рисою, що відокремлює гарантію від інших видів забезпечення виконання зобов'язань, є її незалежність від основного зобов'язання. Так, припинення основного зобов'язання із виконання робіт або визнання його недійсним не тягне за собою припинення гарантії, навіть тоді, коли в гарантії міститься посилання на такий підрядний договір. До такого висновку доходимо на підставі аналізу загальної норми ч. 3 ст. 565 ЦК України, за якою гарант, який після пред'явлення до нього вимоги кредитором дізнався про недійсність основного зобов'язання або про його припинення, повинен негайно сповістити про це кредитора та боржника. Однак при отриманні, незважаючи на таке повідомлення, повторної вимоги бенефіціара гарант зобов'язаний його задовольнити. Відмовитися від задоволення вимог кредитора гарант може тільки тоді, коли такі вимоги не відповідають умовам гарантії або сплив строк дії гарантії.

Аналіз особливостей цього специфічного способу забезпечення виконання зобов'язань дозволив окремим дослідни-

кам цілком слушно вказувати на своєрідну умовність визнання гарантії незалежною від основного зобов'язання, оскільки, як зазначає І. Й. Пучковська, з одного боку, незалежна гарантія не може виникнути без певного зобов'язання, яке вона має забезпечувати, а з другого — видана гарантія є самостійним, не зв'язаним з дійсністю припиненням виконання основного зобов'язання [11].

У підрядних зобов'язаннях, забезпечених гарантією, самостійність гарантії доцільно розглядати лише щодо основного зобов'язання — у відносинах гаранта та бенефіціара, оплату проведених робіт якому гарантує така фінансова установа. У відносинах же бенефіціара з принципалом бенефіціар зобов'язаний користуватися гарантією відповідно до домовленості із принципалом, і в цих відносинах право бенефіціара заявити вимогу за гарантією виявляється залежним від основного зобов'язання. Більше того, бенефіціар завжди надає згоду на пропозицію принципала про забезпечення зобов'язання з боку конкретного банку або іншої фінансової установи. Бенефіціар також може безпосередньо вказати на ті чи інші банки або фінансові установи, гарантії яких він бажав би отримати у забезпечення основного зобов'язання. Або в іншому випадку бенефіціару потрібен час для того, щоб він міг перевірити ліквідність фінансової установи або банку, гарантія яких йому пропонується як забезпечення зобов'язання.

Отже, зважаючи на те, що на практиці розрізняють певні види банківської гарантії: гарантії виконання, гарантії повернення авансового платежу й гарантії вибірки кредитних коштів (витребування коштів) тощо, доходимо висновку, що як замовник, так і підрядник можуть виступати і бенефіціаром, і принципалом у таких зобов'язаннях. Оскільки гарантією виконання може виступати гарантія, що видана на прохання виконавця робіт (принципала), за якою гарант зобов'язується у випадку неналежного виконання підрядником (прин-

ципалом) умов укладеного між ним і замовником (бенефіціаром) договору підряду здійснити останньому платіж у межах вказаної суми й забезпечувати виконання грошових зобов'язань. Не менш дієвою за умов звернення підрядника з проханням гарантувати ним виконання зобов'язання є гарантія повернення платежу, за якою гарант зобов'язується у випадку неналежного виконання підрядником зобов'язань відшкодувати відповідно до умов договору підряду певну суму або суми, авансовані чи виплачені замовником підряднику та не повернені йому.

Разом із тим, і замовник вправі за договорами підряду звернутися до гаранта з метою одержання, для прикладу, безумовної банківської гарантії, за якою гарант здійснить оплату проведених робіт після простої першої вимоги підрядника (бенефіціара), навіть якщо вона не підтверджена доказами неналежного виконання замовником (принципалом) своїх договірних зобов'язань.

Гарант, що одержав у встановленому порядку вимогу від бенефіціара, зобов'язаний негайно повідомити про це боржника й передати йому копії вимоги разом з доданими до неї документами. Разом з цим він повинен розглянути вимогу кредитора разом з доданими до неї документами в установленій у гарантії строк, а в разі його відсутності — у розумний строк, і встановити відповідність вимоги й доданих до неї документів умовам гарантії та сплатити останньому відповідну грошову суму (ст. 564 ЦК України).

Таким чином, під гарантією як способом забезпечення виконання підрядних зобов'язань пропонуємо розуміти письмове зобов'язання банку чи іншої фінансової установи, що діє протягом визначеного строку та видається на прохання учасника підрядних відносин (принципала) виконати іншому учаснику таких правовідносин (бенефіціару) грошове зобов'язання за умови надходження вимоги про таке виконання.

ПРИМІТКИ

1. Цивільне право України. Особлива частина : підручник / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, Р. А. Майданіка. — 3-тє вид., перероб. і допов. — К. : Юрінком Інтер, 2010. — С. 59.

2. Белов В. А. Поручительство. Опыт теоретической конструкции и обобщения арбитражной практики / В. А. Белов. — М. : ЮрИнфоР, 1998. — С. 27.

3. Цивільне право : підручник : у 2 т. / В. І. Борисова (кер. авт. кол.), Л. М. Баранова, Т. І. Бегова [та ін.] ; за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. — Х. : Право, 2011. — Т. 2. — С. 64.
4. Цивільне право України. Особлива частина : підручник / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, Р. А. Майданика. — 3-тє вид., перероб. і допов. — К. : Юрінком Інтер, 2010. — С. 64.
5. Боднар Т. В. Теоретичні проблеми виконання договірних зобов'язань : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.03 / Т. В. Боднар. — К., 2005. — С. 368.
6. Спасибо-Фатєєва І. Поручка і гарантії як способи забезпечення зобов'язань / І. В. Спасибо-Фатєєва // Підприємництво, господарство і право. — 2002. — № 3. — С. 22.
7. Брагинский М. И. Обязательства и способы их обеспечения: неустойка, залог, поручительство, банковская гарантия (Комментарий к новому ГК РФ) / М. И. Брагинский. — М. : АО «Центр деловой информации», 1995. — Вып. 1. — С. 69.
8. Звягинцева М. Об ответственности поручителя / М. Звягинцева // Законодательство и экономика. — 2000. — № 5. — С. 21.
9. Цивільне право : підручник : у 2 т. / В. І. Борисова (кер. авт. кол.), Л. М. Баранова, Т. І. Бегова [та ін.] ; за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. — Х. : Право, 2011. — Т. 2. — С. 71.
10. Сібільов М. Структура та основний зміст загальних положень про зобов'язання у проекті нового Цивільного кодексу України / М. М. Сібільов // Українське право. — 1997. — Число 1. — С. 72—73.
11. Цивільне право : підручник : у 2 т. / В. І. Борисова (кер. авт. кол.), Л. М. Баранова, Т. І. Бегова [та ін.] ; за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. — Х. : Право, 2011. — Т. 2. — С. 73.

Гриняк Андрей. Поручка и гарантия как способы обеспечения исполнения подрядных договоров.

Статья посвящена исследованию правовой природы таких способов обеспечения исполнения подрядных обязательств, как поручка и гарантия. Обосновывается возможность их приложения для обеспечения исполнения подрядных договоров. Акцентируется внимание на широком подходе к пониманию ответственности поручителя при применении поручки в подрядных обязательствах и необходимости усовершенствования действующего законодательства в сфере предоставления возможности страховым организациям выдавать гарантии.

Ключевые слова: подрядные договоры, виды обеспечения, исполнение обязательства, поручительство, гарантия, гражданско-правовая ответственность, страхование.

Gryniak Andriy. Bail and guarantee as methods of providing of implementation of inferior agreements.

The article is devoted research of legal nature of such methods of providing of implementation of inferior obligations as bail and guarantee. Possibility of their application is grounded for providing of implementation of inferior agreements. Attention is accented on the wide going near understanding of responsibility of guarantor at application of bail in inferior obligations and necessity of improvement of current legislation in the sphere of grant possibility insurance organizations to give out guarantees.

Key words: contracts to produce a work, the types of security, performance of an obligation, bail, guarantee, civil liability, insurance.

УДК 347.7

Віталій Микитин,викладач кафедри цивільного права і процесу юридичного факультету
Тернопільського національного економічного університету,
здобувач НДІ інтелектуальної власності НАПрН України

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВІ СПОСОБИ ЗАХИСТУ МАЙНОВИХ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ*

У статті проаналізовані поняття та класифікація цивільно-правових способів захисту майнових прав інтелектуальної власності. Приведена судова практика застосування цивільно-правових способів захисту майнових прав інтелектуальної власності. Проаналізовано особливості відшкодування моральної шкоди за порушення майнових прав інтелектуальної власності.

Ключові слова: інтелектуальна власність, майнові права інтелектуальної власності, захист майнових прав інтелектуальної власності, цивільно-правові способи захисту майнових прав інтелектуальної власності.

Цілі кодифікації законодавства в сфері інтелектуальної власності викликали необхідність виявлення основних способів, які можуть бути застосовані в процесі судового захисту майнових прав інтелектуальної власності, і виділення їх як загальних положень, які забезпечують одноманітність у здійсненні цивільно-правового захисту порушених інтелектуальних прав. Відповідно до статей 16 та 432 ЦК України судовий захист майнових прав інтелектуальної власності [1] з урахуванням істотності порушеного права та наслідків порушення цього права здійснюється способами, передбаченими Цивільним кодексом України [2]. Відповідно до ст. 432 ЦК України у разі порушення майнових прав автора їх захист здійснюється, зокрема, шляхом визнання права, відновлення становища, яке існувало до порушення права, припинення дій, що порушують право або створюють загрозу його порушення, компенсації моральної шкоди, публікації рішення суду про допущене порушення [3].

Перераховані способи захисту майнових прав авторів у цілому повторюють універсальні способи захисту цивільних прав, передбачені ст. 16 ЦК України, до яких належать:

- 1) визнання права;
- 2) визнання правочину недійсним;
- 3) припинення дії, яка порушує право;

4) відновлення становища, яке існувало до порушення;

5) примусове виконання обов'язку в натурі;

6) зміна правовідношення;

7) припинення правовідношення;

8) відшкодування збитків та інші способи відшкодування майнової шкоди;

9) відшкодування моральної (немайнової) шкоди;

10) визнання незаконними рішення, дій чи бездіяльності органу державної влади, органу влади АР Крим або органу місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб [4].

Питання цивільно-правових способів захисту майнових прав інтелектуальної власності було предметом досліджень ряду авторів, серед яких виділимо В. Ф. Яковлева, П. А. Варул. Серед останніх досліджень слід відмітити праці О. В. Андрієнко, Ю. В. Білоусова, І. С. Канзафарової, В. О. Кучер, В. В. Луця, С. О. Погрібного, З. В. Ромовської, К. Г. Степаненко, Р. О. Стефанчука, А. В. Ткач, Я. М. Шевченко, А. С. Штефан та ін. Але комплексних досліджень цивільно-правових аспектів захисту майнових прав інтелектуальної власності на даний час практично немає.

Метою даної статті є теоретико-правове дослідження цивільно-правових спо-

* Рекомендовано до друку кафедрою цивільного права і процесу юридичного факультету Тернопільського національного економічного університету.

собів захисту майнових прав інтелектуальної власності.

Стаття 16 ЦК України перераховує основні способи захисту цивільних прав. Деякі з цих способів є одночасно і заходами відповідальності, зокрема відшкодування збитків. Інші, як, наприклад, присудження до виконання обов'язку в натурі, до заходів відповідальності не належать і тому можуть застосовуватися незалежно від умов відповідальності, наприклад, незалежно від вини особи, яка порушила зобов'язання.

Першим із способів захисту права інтелектуальної власності є визнання права, яке може полягати, наприклад, у публікації в пресі про те, що якийсь твір, виданий з порушенням права на ім'я, тобто без зазначення прізвища автора, є витвором конкретного автора, або публікації у пресі інформації про те, що володарем суміжних прав на конкретну фонограму є така-то звукозаписна фірма. Зазначений спосіб захисту особливо актуальний у випадках порушення особистих немайнових прав авторів [5]. Однак до цього способу вдаються і для захисту виняткових прав, пред'являючи вимоги про визнання права до особи, яка заперечує або іншим чином не визнає право, порушуючи тим самим інтереси правовласників. Перш за все, даний спосіб захисту використовують, коли наявність у особи, наприклад, авторського, патентного права (як майнового, так і особистого немайнового) або права на засоби індивідуалізації піддається сумніву, заперечується або є загроза таких дій. Однак дана вимога може бути пред'явлена не тільки, коли заперечується приналежність інтелектуального права тій чи іншій особі, а й у разі заперечення охороноздатності твору (винаходу і т. п.) як такого, наприклад у силу його нетворчого характеру. У цьому сенсі доводиться тільки шкодувати про відсутність у законодавстві загальної норми, згідно з якою творчий характер діяльності автора (співавторів) передбачається доти, поки не доведено протилежне. Вважаємо, що з метою захисту майнових та немайнових прав автора доцільно передбачити в Україні норму про те, що творчий характер діяльності автора (співавторів) передбачається доти, поки не доведено протилежне [6].

Визнання права є, як правило, необхідною передумовою для застосування

інших передбачених законодавством України способів захисту порушених прав. Наприклад, для того, щоб стягнути збитки, пов'язані з незаконним використанням твору, або вимагати припинення дій, що порушують виключні права, позивач повинен спочатку довести, що він володіє авторським правом на цей твір. Так, господарським судом було відмовлено в задоволенні позовних вимог, заявлених товариством з обмеженою відповідальністю до акціонерного товариства, про відшкодування збитків у зв'язку з порушенням відповідачем виключних прав позивача на художній фільм. На обґрунтування своїх вимог позивач (ТОВ) представив договір, укладений між ним і третьою особою, за яким були придбані виключні права на спірний фільм. Однак у ході дослідження матеріалів справи було встановлено, що третя особа сама придбала у виробника аудіовізуального твору виключні права за договором, в якому була відсутня умова про можливість передачі цих прав. Оскільки додаткових угод з даного питання до господарського суду представлено не було, він дійшов висновку, що третя особа не мала права передавати виключні права на використання твору позивачеві, а позивач, у свою чергу, не може бути визнаний володарем виключних прав і вимагати їх захисту.

В якості другого способу захисту права інтелектуальної власності, слідом за ст. 16 ЦК України, ст. 432 ЦК України називає відновлення становища, яке існувало до порушення права, і припинення дій, що порушують право або створюють загрозу його порушення. Заявлені вимоги можуть бути виражені, наприклад, у припиненні підготовки до випуску в світ бездоговірною видання або компакт-диска, заборону реклами і пропозиції на продаж примірників твору, заборону продажу або іншого введення в цивільний оборот селекційного досягнення тощо [7; 8]. Даний спосіб включає фактично два самостійні заходи захисту: відновлення колишнього положення і припинення вчинення певних дій.

Необхідність у застосуванні першого заходу виникає, коли порушене право в результаті не припиняє свого існування і може бути реально відновлене шляхом усунення наслідків неправомірних дій. Найчастіше цей спосіб застосовується при захисті особистих немайнових прав,

а тому ми не будемо ґрунтовно зупинятися на ньому, проте зазначимо, що у багатьох випадках відновлення права далеко не завжди є адекватним способом захисту, наприклад, коли твір, виданий з порушенням авторських прав, вже став доступним невизначеному колу осіб. У таких випадках більш надійним інструментом слугує заявлена до суду вимога про припинення дій, що порушують право, яке в авторсько-правовій сфері може бути застосоване практично завжди і заявлятися як в сукупності з іншими засобами захисту, так і самостійно [9]. Слід звернути увагу, що як захід, спрямований на відновлення порушеного майнового права та припинення дій, що порушують або створюють загрозу порушення права автора чи іншого правовласника, можуть бути застосовані конфіскаційні заходи захисту. Можливість використання даного способу захисту виникла з внесенням до законодавства про авторське право відповідної норми, а саме п. 4 ст. 52 Закону України «Про авторське право і суміжні права» (далі — Закон) [10], яка передбачає можливість конфіскації в судовому порядку контрафактних примірників творів, фонограм і т. п., а також матеріалів і обладнання, що використовуються для виготовлення і відтворення контрафактної продукції. При цьому Закон визначив контрафактними примірники творів і фонограм, виготовлення та розповсюдження яких тягне за собою порушення авторських та суміжних прав.

Стаття 52 Закону передбачає, що за рішенням суду вилучені контрафактні примірники творів (у тому числі комп'ютерні програми і бази даних), фонограм, відеограм, програм мовлення на вимогу особи, яка є суб'єктом авторського права і (або) суміжних прав і права якої порушено, можуть бути передані цій особі. Якщо ця особа не вимагає такої передачі, то контрафактні примірники підлягають знищенню, а матеріали і обладнання, що використовувалися для відтворення контрафактних примірників, підлягають відчуженню із перерахуванням виручених коштів до Державного бюджету України.

Можливість звернення в дохід держави обладнання, устаткування та матеріалів, використаних для порушення виключних прав, обумовлена тим, що дані матеріальні об'єкти самі по собі не є не-

законними (контрафактними), а лише використовувалися в цілях, що суперечать закону, і, будучи у власності держави, можуть бути використані в законних і корисних цілях або бути передані державою будь-яким особам для подібного легального використання.

Слід звернути увагу на те, що найбільш дієвими і затребуваними практикою є такі способи захисту виключних прав, як відшкодування збитків та виплата компенсації. Цими способами задовольняється майновий інтерес потерпілого при порушенні його майнових (виключних) прав. Оскільки заходи захисту цивільних прав спрямовані на відшкодування збитків потерпілому в повному обсязі, а зовсім не на його додаткове збагачення в рамках єдиного охоронюваного правовідношення, можливе застосування лише одного з названих способів захисту: або відшкодування збитків, або сплата компенсації [11].

За змістом ст. 52 Закону [12] основною формою компенсації заподіяної потерпілому матеріальної шкоди є відшкодування збитків, які включають у себе реальні збитки та упущену вигоду. Висуваючи вимогу про відшкодування збитків, правовласник повинен довести факт наявності збитків, їх розмір, а також те, що збитки були завдані діями порушника. Зазвичай при порушенні виключних прав збитки проявляються у формі упущеної вигоди, тобто тієї суми, яку правовласник міг отримати, якби порушник уклав договір з правовласником і використовував твір або інший об'єкт, що охороняється за плату. Як упущену вигоду слід розглядати як мінімум незаконно отриманий прибуток. У той самий час обґрунтування розміру завданих збитків є завданням потерпілого. Ним же доводиться сам факт порушення виключного права. Такий спосіб відновлення порушеного права для володаря виключного права скрутний, оскільки вимагає подання до судових органів доказів факту наявності збитків, документів, що підтверджують їх розмір, а також доказів того, що збитки були завдані діями конкретного порушника. Одним із таких документів є, наприклад, договір, який був укладений на використання конкретного твору між правовласником і користувачем, а потім, у зв'язку з виходом у світ контрафактних примірників, був розірваний користувачем.

Відповідно до ст. 22 ЦК України під збитками розуміються: витрати, зроблені особою, право якої порушено, втрата або пошкодження майна, а також недоотримані доходи, які б ця особа одержала, якби її право не було порушено. У літературі зазвичай наголошується, що в даному випадку відшкодуванню підлягають також витрати на надання юридичної допомоги щодо захисту порушених прав, судові витрати, сплата держмита, здійснення судової експертизи та інші. Однак ці витрати мають іншу правову природу, ніж збитки, і стягуються в особливому порядку, встановленому процесуальним законодавством (глава 8 Цивільного процесуального кодексу України). Підтвердженням цьому слугує, крім іншого, той факт, що судові витрати стягуються не з особи, чие виключне право порушене, а з сторони, що програла.

У сфері захисту виняткових прав потерпілі набагато частіше стикаються не з реальними збитками, а з упущеною вигодою, яка могла бути отримана правовласником в умовах нормальної реалізації належних йому виключних прав. При цьому, за загальними правилами судочинства, обґрунтування розміру завданого збитків, включаючи упущену вигоду, — завдання самого потерпілого, який повинен довести не тільки факт порушення належних йому прав, а також причинний зв'язок між порушенням його прав і збитками, які при цьому виникли [13]. Оскільки довести наявність збитків і документально обґрунтувати їх розмір, особливо в частині упущеної вигоди, буває не завжди просто, правовласник має можливість компенсувати понесені збитки шляхом стягнення з порушника всього доходу, отриманого ним внаслідок порушення виключних прав [14].

При виборі способу захисту порушеного права не можна не враховувати складність процесу доказування збитків, пов'язаних, зокрема, з важкістю визначення доходів правопорушників. У зв'язку з цим законом передбачена така міра відповідальності, як виплата компенсації. Проте її застосування можливе лише у випадках порушення з метою отримання прибутку (ст. 52 Закону). Можливість власникові виключних прав вимагати від порушника замість відшкодування збитків виплати компенсації передбачена у випадках захисту автор-

ських і суміжних прав, а також прав на товарні знаки і найменування місць походження товарів. Вимога виплати компенсації — найпоширеніший спосіб захисту авторських прав. Вона була заявлена в якості однієї з позовних вимог (а іноді і єдиної) у більшості судових справ за позовами про захист виключних прав. Популярність даного способу пояснюється тим, що позивач повинен довести лише сам факт порушення його виключних прав, але не зобов'язаний обґрунтовувати ні наявність будь-яких збитків, ні заявлений розмір компенсації, оскільки останнє віднесено до компетенції суду [15].

Так, у практиці господарського суду була справа, згідно з якою рекламне агентство пред'явило позов до ТОВ про стягнення з відповідача компенсації у зв'язку з відтворенням на вітрині магазину малюнка, володарем авторських прав на який є клієнт. Оскільки позивач не довів, що мав намір використовувати твір у підприємницькій діяльності і поніс через використання відповідачем малюнка витрати або втратив можливість отримання реальних доходів, судом першої інстанції в позові було відмовлено. Згодом вказане рішення було скасовано з наступних підстав. Встановлена законодавством у сфері інтелектуальної власності міра відповідальності за порушення авторських прав застосовується на вибір позивача замість відшкодування збитків або стягнення компенсації. Вимога про сплату компенсації могла бути задоволена за наявності доказів тільки не санкціонованого використання твору, тобто факту правопорушення. Крім цього, слід мати на увазі, що суд не вправі стягнути компенсацію за порушення виключного права нижче мінімального розміру, встановленого законом.

Таким чином, можна зробити висновок, що компенсацію як спосіб захисту майнових прав інтелектуальної власності слід розглядати як самостійний, не відносячи його ні до одного з відомих способів захисту права, що поєднує в собі спрощений порядок доведення, властивий неустойці, і визначення розміру якої здійснюється під контролем суду (така процедура властива компенсації моральної шкоди). При цьому ні та, ні інша характеристика не виключають можливості віднесення даної міри захисту до заходів цивільно-правової відповідальності, оскільки як альтернатива відшкоду-

вання збитків дана міра покладає додаткове обтяження на правопорушника.

Враховуючи викладене, компенсацію за порушення майнових прав інтелектуальної власності можна визначити як самостійну міру цивільно-правової відповідальності, яка проявляється в діях правовласника щодо порушника його виключного права про виплату грошової суми в межах, встановлених законом замість відшкодування збитків, підставою для якої є факт порушення права.

Крім перерахованих вище способів захисту, що застосовуються найчастіше для захисту майнових прав, компенсації може підлягати і моральна шкода. За допомогою даного правового інституту в своїй більшості здійснюється захист особистих немайнових прав. За загальними правилами компенсації моральної шкоди, яка встановлена Цивільним кодексом України, форма і розмір такої компенсації визначаються судом незалежно від розміру та форми відшкодування майнової шкоди [16; 17; 18].

Щодо застосування цього заходу захисту в суддів, юристів-практиків і вчених до цих пір залишається багато питань, що стосуються правової природи цього заходу, умов його застосування, порядку визначення розміру компенсації, оскільки закон лише у загальних рисах регулює ці питання і залишає великий простір для юридичної дискусії. Останнім часом на тлі кількох судових процесів, пов'язаних з порушенням авторських прав, коли на користь правовласників з порушників стягувалися досить істотні грошові суми, ця дискусія набула не тільки теоретичного, а й великого практичного значення. У судах стикаються різні точки зору, а основний аргумент тих осіб, проти яких були винесені судові рішення про стягнення компенсації, полягає в тому, що присуджена компенсація не є справедливою, вона надмірно висока і не відповідає тяжкості вчиненого правопорушення, іншим обставинам справи. У свою чергу, це відбувається через те, що не існує будь-яких критеріїв, чітких правил застосування норм, що передбачають компенсацію моральної шкоди, в тому числі і при заподіяній шкоди інтелектуальним правам [19].

У ст. 23 ЦК України вказано, що моральна шкода полягає: 1) у фізичному болю та стражданнях, яких фізична осо-

ба зазнала у зв'язку з каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я; 2) у душевних стражданнях, яких фізична особа зазнала у зв'язку з протиправною поведінкою щодо неї самої, членів її сім'ї чи близьких родичів; 3) у душевних стражданнях, яких фізична особа зазнала у зв'язку із знищенням чи пошкодженням її майна; 4) у приниженні честі та гідності фізичної особи, а також ділової репутації фізичної або юридичної особи [20].

Зобов'язання щодо компенсації моральної шкоди за порушення особистих немайнових прав автора виникає у винної сторони за наявності чотирьох взаємопов'язаних умов:

1) моральної шкоди, тобто негативних змін, виражених у тому, що автор при порушенні його прав відчував моральні чи фізичні страждання;

2) протиправних дій порушника прав, тобто дій заподіявача шкоди, які суперечать нормам цивільного законодавства, що регулює право інтелектуальної власності;

3) причинного зв'язку між порушенням особистих немайнових прав авторів і моральною шкодою, тобто таке порушення повинно бути необхідною умовою настання негативних наслідків у вигляді фізичних чи моральних страждань;

4) провини порушника особистих немайнових прав автора.

Статтею 60 Цивільного процесуального кодексу України передбачено, що кожна сторона повинна довести ті обставини, на які вона посилається як на підставу своїх вимог і заперечень. Отже, якщо автор відчував моральні чи фізичні страждання при порушенні його особистих немайнових прав, він повинен довести це в суді.

Аналіз судової практики щодо компенсації моральної шкоди за порушення авторських прав дозволяє дійти висновку, що судді зазвичай застосовують «презумпцію моральної шкоди». Дійсно, суд наділений досить широкими повноваженнями щодо визначення розміру компенсації моральної шкоди, проте не має права відмовляти в її відшкодуванні, якщо потерпілий відповідно до закону має право на таке відшкодування. Іншими словами, встановивши сам факт порушення, суд передбачає моральну шкоду заподіяною і далі розглядає питання про розмір її компенсації в грошо-

вій формі. На наш погляд, така позиція не цілком логічна, оскільки часто через бажання помститися кривдникові позивачі надмірно завищують розмір грошової компенсації. Крім того, вони вважають можливим заявляти вимоги про компенсацію моральної шкоди з кожного, в тому числі й незначного, приводу. У зв'язку з цим судам слід при визначенні розміру компенсації моральної шкоди належним чином оцінювати надані автором докази того, що він відчував моральні чи фізичні страждання [21]. Необхідно зазначити, що моральні страждання можуть послужити приводом для виникнення згодом фізичних страждань. Наприклад, автор, що страждає на серцево-судинне захворювання, побачивши в газеті свою статтю, опубліковану під чужим ім'ям, зазнав нервового потрясіння, внаслідок чого у нього стався інфаркт. Фізичні страждання набагато легше довести, ніж моральні, оскільки вони майже завжди можуть бути підтвержені всілякими письмовими документами.

Найчастіше, виносячи рішення про компенсацію моральної шкоди при порушенні авторських прав, судді не дотримуються правил, передбачених ст. 210 ЦПК України, тобто виносять немотивовані рішення, обґрунтовуючи розмір компенсації лише посиланням на «розумність» і «справедливість». На наш погляд, таке посилання не можна вважати конкретним і достатнім, і в рішенні суду розмір компенсації повинен бути обов'язково мотивованим [20].

При порушенні авторських прав, крім проблем доведення наявності моральних страждань і винесення мотивованого рішення, на наш погляд, має місце ще одна проблема — визначення розміру компенсації моральної шкоди.

Четверта книга Цивільного кодексу України передбачає ще один спосіб захисту. Йдеться про публікацію рішення суду про допущене порушення. Даний спосіб захисту може використовуватися для захисту особистого немайнового або майнового права, при цьому у випадку порушення виключного права вимога повинна пред'являтися безпосередньо до порушника. Подібний спосіб захисту являє собою своєрідний виняток із загальної характеристики інших заходів захисту, як захід майнового характеру. Дана міра захисту спрямована не на відновлення майнової сфери потерпілого, а на

захист його доброго імені та пов'язаних з цим інших особистих немайнових і майнових прав.

Перераховані і розглянуті способи захисту прав правовласником є основними і частіше застосовуються і можуть використовуватися для захисту прав як самостійно, так і в поєднанні з іншими способами захисту, до яких можна віднести способи, передбачені ст. 16 ЦК України і не зазначені в спеціальних нормах законодавства про інтелектуальну власність. Так, примус до виконання обов'язку в натурі, може бути застосований тільки у разі порушення стороною договірних зобов'язань, як, наприклад, порушення ліцензійного договору (ст. 1109 ЦК України) або договору про створення на замовлення і використання об'єкта права інтелектуальної власності (ст. 1112 ЦК України). У цьому сенсі вимога реального виконання в авторсько-правовій сфері не має особливого практичного значення, оскільки ні автор твору, ні його замовник, за загальним правилом, не можуть примусити один одного до виконання основних обов'язків за договором — створення твору та його використання. У свою чергу, стягнення договорної неустойки можливе тільки в тому випадку, якщо вона прямо передбачена договором [23].

Припинення або зміна правовідносин, визнання спірної операції недійсною і застосування наслідків її недійсності, а також застосування наслідків недійсності нікчемного правочину також представляють собою досить затребувані способи захисту майнових прав інтелектуальної власності, проте більшою мірою — у зв'язку з порушеннями, здійсненими в рамках договірних правовідносин. При цьому до відносин сторін застосовуються загальні правила глав 16, 50 і 53 ЦК України, що регламентують питання недійсності правочинів, припинення зобов'язань, зміни та розірвання договору. Так, наприклад, за загальним правилом, передбаченим п. 2 ст. 651 ЦК України, одностороння зміна або розірвання договорів, що укладаються автором твору, допускаються в судовому порядку при істотному порушенні договору контрагентом або в інших випадках, передбачених законом або договором (наприклад п. 9 ст. 1109 ЦК). Недійсним може бути визнаний ліцензійний договір у разі, якщо він не був за-

реєстрований в установленому порядку у Державному департаменті інтелектуальної власності. Захист інтелектуальних прав може здійснюватися і шляхом визнання недійсним акта державного органу або органу місцевого самоврядування або шляхом незастосування такого акта, що суперечить закону. Дані вимоги припустимі як при договірному, так і позадоговірному використанні об'єктів інтелектуальної власності у разі, якщо розглядуваним актом порушені або оспорені права заявника або іншим чином створені перешкоди для їх реалізації. Наприклад, дані способи захисту можуть бути заявлені зацікавленою особою при виданні державним органом або органом місцевого самоврядування акта, який встановлює додаткові випадки вільного використання творів, що охороняються авторським правом, якщо такі положення не передбачені законодавством України або суперечать йому.

Крім способів, передбачених чинним законодавством, четверта частина Цивільного кодексу України в ряді випадків конкретизує можливість застосування, а іноді вводить нові норми, які використовуються при захисті права інтелектуальної власності.

Істотним питанням у сфері захисту прав авторів є реалізація, в тому числі гарантія реалізації, його права на винагороду. При цьому слід зазначити, що Закон гарантує лише право автора на винагороду за використання службового твору (п. 3 ст. 16 Закону) [24].

Що ж стосується права на винагороду, що належить іншим авторам творів, винаходів та інших об'єктів права інтелектуальної власності, то слід зазначити, що згадка про обов'язок виплатити автору винагороду міститься в окремих статтях Закону, проте зазначений нормативний акт не виділяє право на винагороду в якості самостійного майнового права автора. Важливість самостійного регулювання зазначеного права пов'язана в першу чергу з необхідністю надання йому ефективного правового захисту.

Завершуючи характеристику цивільно-правових способів захисту інтелектуальних прав, не можна не зазначити, що законодавством передбачені спеціальні заходи, спрямовані на забезпечення позовів з даної категорії справ. Наявність таких заходів — важлива гарантія реалізації передбачених законом способів

захисту, оскільки несвоєчасне їх застосування може у результаті призвести до неможливості відновлення порушених інтелектуальних прав.

Відповідно до ст. 53 Закону в порядку забезпечення позову в справах про порушення виключних прав можуть бути прийняті забезпечувальні заходи, встановлені процесуальним законодавством, у тому числі може бути накладено арешт на об'єкти інтелектуальної власності [25]. Суд, однак, не обмежений зазначеними нормами цивільного законодавства і має право застосувати інші заходи щодо забезпечення позову (забезпечувальні заходи), передбачені ст. 152 ЦПК України. Забезпечення позову допускається на будь-якій стадії розгляду справи, якщо невжиття таких заходів може утруднити чи зробити неможливим виконання судового акта.

На закінчення зазначимо, що в цілому законодавство України надає авторам та іншим правовласникам досить потужний набір правових засобів не тільки для реалізації своїх прав в умовах нормального розвитку суспільних відносин, а й для їх ефективного захисту в разі порушення або оспорювання. Правильне розпорядження цими правовими можливостями багато в чому є завданням самих правовласників. Не принижуючи важливості та значущості ролі держави у забезпеченні правової захищеності своїх громадян, їх наукового і творчого потенціалу, не слід, однак, забувати про те, що право інтелектуальної власності — це сфера приватних інтересів і приватного права.

Дослідження загальних для всіх об'єктів права інтелектуальної власності способів цивільно-правового захисту дозволило автору зробити такі висновки.

1. *Виявлення основних способів, які можуть бути застосовані для захисту прав на результати інтелектуальної діяльності та засоби індивідуалізації, і виділення їх як загальних положень, які забезпечують одноманітність у здійсненні цивільно-правового захисту порушених інтелектуальних прав, було однією з цілей кодифікації законодавства в сфері інтелектуальної власності.*

2. *Дослідження конфіскаційних заходів захисту права інтелектуальної власності, що застосовуються до контрафактних матеріальних носіїв, в яких виражені результати інтелекту-*

альної діяльності або засоби індивідуалізації, дозволило обґрунтувати неприпустимість законодавчого закріплення можливості передачі власникам інтелектуальних прав на їх прохання матеріальних носіїв, визнаних контрафактними, в рахунок відшкодування збитків, оскільки подібна можливість вступає в суперечність з основними принципами цивільно-правової відповідальності. На відміну від заходів захисту, цивільно-правова відповідальність покладає на правопорушника додаткові обтяження майнового характеру, а включення конфіскаційних санкцій в рахунок відшкодування збитків істотно вплинула б на майнові наслідки для правопорушника.

3. У той самий час передбачена законом можливість звернення в дохід держави обладнання, устаткування та матеріалів, використаних для порушення виключних прав, обумовлена тим, що дані матеріальні об'єкти самі по собі не є незаконними (контрафактними), а лише використовувалися в цілях, що суперечать закону, і, будучи у власності держави, можуть бути використані в законних і корисних цілях або бути передані державою будь-яким особам для подібного легального використання.

4. Компенсацію за порушення виключного права слід розглядати як самостійний спосіб захисту майнових прав інтелектуальної власності, не відносячи його ні до одного з відомих способів захисту права, що поєднує в собі спрощений порядок доведення, властивий неустойці, і визначення розміру якої здійснюється під контролем суду (така процедура властива компенсації моральної шкоди). При цьому ні та, ні інша характеристика не виключають можливості віднесення даної міри захисту до заходів цивільно-правової відповідальності, оскільки як альтернатива відшкодування збитків, дана міра покладає додаткове обтяження на правопорушника.

5. Необхідно встановити критерії визначення розміру компенсації моральної шкоди за порушення особистих немайнових прав авторів, тобто визначити якусь середню величину, яка б була базисом, і суд зміг би від неї відштовхуватися при винесенні рішень у конкретних справах, тим більше, що такі критерії законодавцю вдалося встановити для визначення розміру компенсації при порушенні виключних (майнових) прав.

ПРИМІТКИ

1. Білоусов Ю. В. Судовий захист цивільних прав: окремі питання процесуальної юрисдикції / Ю. В. Білоусов // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права. — Хмельницький, 2004. — № 3 (11). — С. 45—50.
2. Штефан А. С. Право на захист авторського права і суміжних прав: цивільно-правовий аспект / А. С. Штефан // Питання інтелектуальної власності. — К., 2008. — Вип. 6. — С. 60—74.
3. Ткач А. В. Способи захисту авторського права і суміжних прав / А. В. Ткач // Моральні основи права. — Івано-Франківськ, 2010. — С. 417—419.
4. Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 40—44. — Ст. 356.
5. Стефанчук Р. О. Спеціальні способи захисту особистих немайнових прав фізичних осіб у цивільному законодавстві України / Р. О. Стефанчук // Правова держава. — К., 2007. — Вип. 18. — С. 337—345.
6. Цивільний кодекс України : коментар. — Х. : ТОВ «Одіссей», 2003. — С. 302—306.
7. Ткач А. В. Знач. праця.
8. Шевченко Я. М. Захист і охорона суб'єктивних цивільних прав: сучасний стан і перспективи розвитку / Я. М. Шевченко // Держава і право у світлі сучасної юридичної думки. — К., 2010. — С. 277—283.
9. Стефанчук Р. О. Знач. праця.
10. Закон України «Про авторське право і суміжні права» від 23.12.1993 р. № 3792-XII // Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 13. — Ст. 64.
11. Кучер В. О. Окремі способи захисту права власності: проблемні питання / В. О. Кучер // Науковий вісник. — Л., 2009. — Вип. 1. — С. 97—105.
12. Закон України «Про авторське право і суміжні права» від 23.12.1993 р. № 3792-XII // Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 13. — Ст. 64.

13. Канзафарова І. С. Захист цивільних прав: окремі аспекти / І. С. Канзафарова // Держава і право. — К., 2004. — Вип. 25. — С. 272—276.
14. Цивільний кодекс України : коментар. — Х. : ТОВ «Одіссей», 2003. — С. 302—306.
15. Ткач А. В. Зазнач. праця.
16. Степаненко К. Г. Критерії визначення розміру компенсації моральної шкоди в кримінальному судочинстві України / К. Г. Степаненко // II Всеукраїнські наукові читання з кримінальної юстиції пам'яті професора В. П. Колмакова. — О., 2011. — С. 325—327.
17. Стефанчук Р. О. Компенсація моральної шкоди як спосіб захисту особистих немайнових прав: проблеми та шляхи вирішення / Р. О. Стефанчук // Університетські наукові записки. — Хмельницький, 2007. — № 1(21). — С. 67—83.
18. Стефанчук Р. О. Спеціальні способи захисту особистих немайнових прав фізичних осіб у цивільному законодавстві України / Р. О. Стефанчук // Правова держава. — К., 2007. — Вип. 18. — С. 337—345.
19. Андрієнко О. В. Переживання моральної шкоди та психологічні заходи по її компенсації / О. В. Андрієнко // Вісник. — Сер.: Психологія. — Х., 2008. — № 807. — Вип. 40. — С. 13—20.
20. Цивільний кодекс України : коментар. — Х. : ТОВ «Одіссей», 2003. — С. 302—306.
21. Стефанчук Р. О. Компенсація моральної шкоди як спосіб захисту особистих немайнових прав: проблеми та шляхи вирішення / Р. О. Стефанчук // Університетські наукові записки. — Хмельницький, 2007. — № 1(21). — С. 67—83.
22. Степаненко К. Г. Критерії визначення розміру компенсації моральної шкоди в кримінальному судочинстві України / К. Г. Степаненко // II Всеукраїнські наукові читання з кримінальної юстиції пам'яті професора В. П. Колмакова. — О., 2011. — С. 325—327.
23. Ткач А. В. Зазнач. праця.
24. Закон України «Про авторське право і суміжні права» від 23.12.1993 р. № 3792-XII // Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 13. — Ст. 64.
25. Там само.

Микитин Виталий. Гражданско-правовые способы защиты имущественных прав интеллектуальной собственности.

В статье проанализированы понятия и классификация гражданско-правовых способов защиты имущественных прав интеллектуальной собственности. Приведена судебная практика применения гражданско-правовых способов защиты имущественных прав интеллектуальной собственности. Проанализированы особенности возмещения морального вреда за нарушение имущественных прав интеллектуальной собственности.

Ключевые слова: интеллектуальная собственность, имущественные права интеллектуальной собственности, защита имущественных прав интеллектуальной собственности, гражданско-правовые способы защиты имущественных прав интеллектуальной собственности.

Mykytyn Vitalii. Civil protective method of intellectual property rights protection.

Notions and classification of civil-legal means of intellectual property rights protection are analysed in the article. Judicial practice of the application of the civil-legal means of intellectual property rights protection is presented. Peculiarities of compensation the moral damage for violation the intellectual property rights are analysed.

Key words: intellectual property, intellectual property rights, protection of intellectual property rights, civil-legal means of intellectual property rights protection.

УДК 339.54(477)

Віра Алієва-Барановська,

доктор наук у галузі економіки, заступник декана Інституту реклами

ОСУЧАСНЕННЯ ЗАКОМУ УКРАЇНИ «ПРО ЗОВНІШНЬОЕКОНОМІЧНУ ДІЯЛЬНІСТЬ»

Висвітлюються положення Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» від 16.04.1991 р. № 959-ХІІ, які були з нього вилучені впродовж понад 20 років зберігання Законом чинності.

Ключові слова: зовнішньоекономічна діяльність, державне регулювання зовнішньоекономічної діяльності, ліцензування зовнішньоекономічної діяльності, Світова організація торгівлі.

Закон України «Про зовнішньоекономічну діяльність» від 16.04.1991 р. № 959-ХІІ ухвалила Верховна Рада Української РСР дванадцятого скликання, якщо за точку відліку брати «сталінську» Конституцію. Римське число «ХІІ» якраз і вказує на те, якого скликання була Верховна Рада. Згодом з легкої руки народного депутата Верховної Ради України чотирнадцятого скликання Олександра Лавриновича (потім він був першим заступником Голови Верховної Ради і Міністром юстиції України) дванадцята Верховна Рада стала вважатися першою. Ця Рада була обрана ще за радянських часів, але за демократичними принципами (було багато претендентів на кожне депутатське місце). Ця Рада проголосила незалежність України. 28 жовтня 2012 р. Україна мала обирати свій парламент VII скликання. Звертаємо увагу на цікаву річ: окремі літери латинського алфавіту використовуються замість числівників.

З часу ухвалення Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» сплило понад 20 років. З точки зору сучасної юриспруденції це досить тривалий термін. Сучасні закони довго не живуть. Довготривалість законів залишилася у минулому. Нині здається фантастичним те, що у Стародавньому Римі «Закон XII таблиць» зберігав чинність впродовж однієї тисячі років. Тодішні школярі його вивчали напам'ять, як нинішні вивчають таблицю множення. Закон діяв спочатку у Західній Римській імперії, а потім і у Східній Римській імперії (Візантії).

До Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» неодноразово вносилися зміни, але він жодного разу не викладався у новій редакції.

Зовнішньоекономічна діяльність та її правове регулювання викликає інтерес у низки дослідників. Їй присвячено статті, книги, розділи у книгах, зокрема у підручниках і посібниках з господарського права. Зовнішньоекономічною діяльністю України опікуються, наприклад, А. К. Вишняков, І. І. Дахно, В. І. Кисіль, В. К. Мамутов, О. Х. Юлдашев. З того конкретного питання, що є предметом цієї статті, публікацій не доводилося зустрічати.

Мета цієї статті полягає у висвітленні тих положень Закону України від 16.04.1991 р. № 959-ХІІ, які з нього були вилучені, та оцінити доцільність такого осучаснення.

Автор цієї статті вирішила проаналізувати, що ж у тексті Закону від 16.04.1991 р. № 959-ХІІ залишилося і що було усунуто. З цією метою було взято першопочатковий текст Закону та текст Закону станом на 23.02.2012 р., коли до нього в останній раз вносилися зміни на час написання цієї статті. Те, що залишилося у тексті, було виділено жирним шрифтом. Було отримано досить наочну картину. Текст Закону охоплює 59 сторінок тексту формату А-4. З огляду на це немає можливості у журнальній статті показати отриманий результат. Неминуче доводиться словесно сказати про те, що ж було вилучено з тексту Закону.

У даній статті не йдеться про ті нові

положення, які з'явилися у тексті Закону України від 16.04.1991 р. № 959-ХІІ. Цей аспект відображено у статті автора цих рядків «Еволюція державного регулювання вітчизняної зовнішньоекономічної діяльності», наданій влітку 2012 р. виданню «Наукові праці МАУП».

Зрозуміло, що скрізь у тексті Закону замість слів «Українська РСР» з'явилось слово «Україна». Зникло словосполучення «республік Союзу РСР».

Відбулися певні зміни у понятійному апараті. Наприклад, поняття «аудит» нині формулюється інакше, ніж у першопочатковому тексті Закону. Нині його розуміють як перевірку публічної бухгалтерської звітності, обліку, первинних документів та іншої інформації щодо фінансово-господарської діяльності суб'єктів господарювання з метою визначення достовірності їх звітності, обліку, його повноти і відповідності чинному законодавству та встановленим нормативам.

Наприкінці існування СРСР аудит розуміли як перевірку фінансово-господарської та комерційної (у т. ч. зовнішньоекономічної) діяльності, яка проводиться за плату спеціалізованими госпрозрахунковими організаціями на договірних засадах і результати якої можуть використовуватися, зокрема, з метою оподаткування.

Змінилося і розуміння демпінгу, про що свідчить наступне порівняння.

Першопочатковий варіант

Демпінг — продаж товарів за цінами, нижчими від контрактних на міжнародних товарних ринках, за умови, що низький рівень ціни не зумовлюється відповідним рівнем витрат виробництва цього товару.

Нині

Демпінг — ввезення на митну територію країни імпорту товару за ціною, нижчою від порівнянної ціни на подібний товар у країні експорту, яке заподіє шкоду національному товаровиробнику подібного товару.

Вважаємо, що і «аудит», і «демпінг» нині сформульовано краще, ніж раніше.

Статті «Принципи зовнішньоекономічної діяльності» (ст. 2), «Суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності» (ст. 3),

«Види зовнішньоекономічної діяльності» (ст. 4) змін не зазнали, що за юридичною стійкістю нагадує німецький Цивільний кодекс 1896 р., який пережив кайзера, Веймарську республіку, А. Гітлера та інші часи.

Спочатку суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності мали право на її здійснення після державної реєстрації їх як учасників такої діяльності. У Києві на Львівській площі, 8, де знаходилося Міністерство зовнішньоекономічних зв'язків і торгівлі, на початку незалежності вишиковувалися черги заявників на реєстрацію, хоч, насправді, сенсу у такій реєстрації немає. Реєстрація вигідна хіба що чиновникам, які керують нею. Реєстрація надавала можливості для вимагання і одержання хабарів. Про масштаби хабарництва у зв'язку з цим автор статті інформації не має.

Раніше у ст. 6 зазначалося, що зовнішньоекономічний договір (контракт) підписувався:

— лише фізичною особою (якщо вона в установленому порядку вважалася підприємцем без створення юридичної особи);

— двома особами юридичної особи.

Нині положення про підписання сформульовано краще. Сказано, що зовнішньоекономічний контракт укладається суб'єктом зовнішньоекономічної діяльності або його представником. Це вже непогано. Навіть міжнародні договори у сфері публічного права можуть підписуватися однією особою. Немає логіки у тому, щоб зовнішньоекономічний контракт (а він же може бути і мізерним) підписували дві особи. На жаль, як раніше, так і нині, не роз'яснено, що ж мається на увазі під простою письмовою формою. Насправді простою вона не є, бо встановлені певні канони. Свого часу було «Положення про форму зовнішньоекономічних договорів (контрактів)», затверджене наказом Міністерства зовнішньоекономічних зв'язків і торгівлі України від 05.10.1995 р. № 75. Йому на зміну прийшло «Положення про форму зовнішньоекономічних договорів (контрактів)», затверджене наказом Міністерства економіки та з питань європейської інтеграції України від 06.09.2001 р. № 201 (зарєєстроване у Міністерстві юстиції України 21.06.2001 р. за № 883/6024).

Обидва «Положення» мали встановлену обов'язкову структуру зовнішньоекономічного контракту, тому довільною формою, на наш погляд, цей контракт вважати не можна. Його структура є регламентованою.

Зі ст. 6 вилучено колізійні прив'язки. Поки в Україні не було спеціального Закону України «Про міжнародне приватне право», то наявність цих прив'язок у Законі України «Про зовнішньоекономічну діяльність» була доцільною. За потреби можна було за аналогією закону використовувати колізійні прив'язки і в інших ситуаціях, окрім зовнішньоекономічної діяльності. Нині в Україні є Закон України «Про міжнародне приватне право» від 23.06.2005 р. № 2709-IV і найкраще місце для колізійних прив'язок — саме там.

Змін зазнала і ст. 9 «Органи державного регулювання зовнішньоекономічної діяльності».

Як відомо, в Україні спочатку було окреме міністерство — МЗЕЗторг. Його злили з Мінекономіки. Отже, згадка про МЗЕЗторг з тексту Закону випала. Що менше міністерств — то краще. Функції МЗЕЗторгу перейшли «центральному органу виконавчої влади з питань економічної політики», тобто тому, що нині відоме як Міністерство економічного розвитку і торгівлі.

Рада Міністрів УРСР стала Кабінетом Міністрів. По суті уряд зберіг всі попередні функції у сфері зовнішньоекономічної діяльності.

З Національного банку України знято таку функцію, як здійснення обліку і розрахунків за наданими і одержаними державними кредитами і позиками, провадження операцій з централізованими державними кредитами і позиками, які виділяються з Державного валютного фонду у розпорядження Нацбанку.

Функції Нацбанку були викладені ширше і краще.

Зате функції Державного управління митного контролю Української РСР за своєю сутністю залишилися тими самими і для Державної митної служби України.

Зі ст. 11 «Принципи оподаткування при здійсненні зовнішньоекономічної діяльності» були вилучені положення про податкові пільги. Пільги, очевидно, люблять підприємці в усьому світі. В Україні любов до пільг особливо поширена.

За першопочатковим текстом Закону пільги надавалися суб'єктам зовнішньоекономічної діяльності, які відповідали таким критеріям:

— їх експорт перевищує імпорт (нетто-експортери) за фінансовий рік;

— обсяг їх експорту складає не менше 5% від обсягу реалізованих за фінансовий рік товарів;

— вони стабільно експортують наукові, наукоємні товари, а також товари, у вартості яких частка доданої вартості складає не менше 30%.

Зазначеним суб'єктам зовнішньоекономічної діяльності надаються пільги у строках амортизації основних виробничих фондів у вигляді:

— норм прискореної амортизації основних виробничих фондів, що використовуються для виробництва експортних товарів;

— пільгових норм амортизації основних фондів, створених за рахунок нових інвестицій, що використовуються для виробництва експортних товарів;

— норм амортизації на імпортне обладнання, яке використовується для виробництва експортних товарів, не менших, ніж ті, що встановлені в країні походження такого обладнання.

Вважаємо, що скасування податкових пільг було доцільним. В умовах української дійсності наявність пільг означає наявність додаткових можливостей для корупції. Податкові пільги суперечать також канонам Світової організації торгівлі. Вона пільг не любить. Податкові пільги спотворюють конкуренцію у міжнародній бізнесовій діяльності.

У спадщину від радянських часів Україні дісталася практика обов'язкового розподілу державних валютних коштів. Статтею 12 було запроваджено обов'язковий розподіл виручки в іноземній валюті від зовнішньоекономічної діяльності між валютними фондами суб'єктів цієї діяльності і Державним валютним фондом і валютними фондами місцевих Рад.

Обов'язковому розподілу підлягала виручка в іноземній валюті від усіх суб'єктів цієї діяльності, які мали постійне місцезнаходження або постійне місце проживання на території України. Обов'язковий розподіл валютної виручки вписувався у принципи «соціалістич-

ної зрівнялівки», коли за рахунок передовиків кормилися інші.

Стаття передбачала встановлення стабільних п'ятикратних нормативів для визначення обсягу передачі виручки.

За передачу валюти суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності одержували компенсацію в діючій на території України валюті за встановленим Національним банком курсом, який діяв на дату надходження валютних коштів на рахунок суб'єкта зовнішньоекономічної діяльності.

Обов'язковий розподіл валютної виручки здійснювався банківськими установами. Обов'язковий розподіл виручки в іноземній валюті мав здійснюватися впродовж 30 робочих днів з часу надходження коштів в іноземній валюті до відповідної банківської установи.

Якщо компенсація у національній валюті вчасно не перераховувалася, то втрачалось право на одержання відповідних сум в іноземній валюті від суб'єкта зовнішньоекономічної діяльності.

Були передбачені й інші положення у зв'язку з розподілом валютної виручки між тими, хто її заробив, і тими, хто хотів її мати.

Отже, розподіл валютної виручки відійшов в історію. Ринкові відносини і соціалістичні оборудки виявилися несумісними.

Декретом Кабінету Міністрів України від 11.01.1993 р. № 4-93 було зупинено дію:

— частини 4 ст. 13 у частині встановлення ставок ввізного мита Єдиним митним тарифом України;

— частини 7 ст. 13, що стосувалася митних правил.

Зазначеним Декретом було зупинено і дію останньої частини ст. 14, яка стосувалася надання кредитів іноземним суб'єктам господарської діяльності чи одержання у них кредитів. Національному банку надавалося право запроваджувати ліцензування надання і одержання кредитів у іноземній валюті.

Зупинено дії зазначених частин вже майже впродовж 20 років.

Найбільших змін у Законі України «Про зовнішньоекономічну діяльність» зазнало ліцензування і квотування операцій.

У назві ст. 16 — «Ліцензування і квотування зовнішньоекономічних операцій» слово «квотування» вилучене. Стаття 16 стала абсолютно новим текстом відповідно до Закону України від 16.11.2006 р. № 360-V. Тоді на фінішну пряму виходив процес приєднання України до Світової організації торгівлі. Механізми ліцензування, встановлені ще за часів СРСР, не відповідали критеріям СОТ. Стаття 16 неминує вимагала осучаснення, що й було зроблено.

Першопочатковий текст ст. 17 «Заборона окремих видів експорту та імпорту» був збережений, але статтю доповнено цілою низкою нових положень, за рахунок чого вона стала значно більшою за обсягом.

Стаття ж 18 — «Порядок встановлення і використання технічних, фармакологічних, санітарних, фітосанітарних, ветеринарних та екологічних стандартів та вимог» зазнала змін навпаки. Раніше була досить великою за обсягом. Намагалася безпосередньо регулювати надзвичайно широке коло питань. Чинна ж нині редакція статті є бланкетною. У ній зафіксовано, що заходи, стандарти та вимоги до товарів, що імпортується в Україну, визначаються законодавством України. Вважаємо такий підхід правильним. Попри бажання, одна стаття не може повно і адекватно регулювати величезне коло різноманітних аспектів.

У першопочатковому тексті Закону від 16.04.1994 р. № 959-XII ст. 20 робила наголос на антимонопольних заходах. Законом України від 20.11.2003 р. № 1294-IV назву статті було змінено. Тепер наголос робиться на зовнішньоекономічній конкуренції. У такому осучасненні був резон. Захист економічної конкуренції — явище осяжніше і зрозуміліше, ніж боротьба з монополіями.

Частини 5, 6, 7, 8 ст. 20 були вилучені, оскільки відповідно до Закону України від 20.11.2003 р. № 1294-IV ч. 1 ст. 20 стала бланкетною.

У ст. 22 із заголовку та тексту усунуто слово «ревізія», яке там виконувало роль синоніму слова «аудит». Законодавець тим самим визнав, що аудит і ревізія — речі різні.

Спочатку передбачалося, що:

— за результатами кожного року Держкомстат складає і видає статис-

тичні відомості у внутрішніх та світових (зовнішньоторговельних) цінах про стан і структуру зовнішньоекономічних зв'язків;

— Мінфін складає відомості про стан і структуру зовнішньоторговельного і платіжного балансів, розрахунковий баланс, баланс зовнішньої заборгованості та про золотовалютні резерви.

Зазначене вище змінено, мабуть, на краще. Держкомстат щоквартально складає і публікує статистичну інформацію про стан і структуру зовнішньоторговельного балансу, а Мінфін — складає відомості про стан і структуру зовнішньої державної заборгованості.

Осучаснено заходи України у відповідь на дискримінацію та недружні дії. Переформулювання заходів відбулося у зв'язку зі вступом України до СОТ. Переформульовано також ст. 31, що стосується недобросовісної конкуренції.

Суттєвих змін зазнала і ст. 37 (про спеціальні санкції).

Отже, на підставі викладеного можна дійти таких висновків.

1. Осучаснення Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» від 16.04.1991 р. № 959-XII у цілому відбувалося у правильному напрямі, який наближав Україну до стандартів і вимог Світової організації торгівлі.

2. Давно слід було б усунути з термінологічного апарату (ст. 1 «Визначення термінів») окремі терміни, які вже є застарілими з огляду на членство України у СОТ.

3. З урахуванням досвіду, накопиченого Україною від свого членства у СОТ, як перший і найпростіший захід, слід було б негайно пройтися по тексту Закону від 16.04.1991 р. № 959-XII і вилучити з нього застарілі положення, які там могли залишитися.

ПРИМІТКИ

1. Закон Української Радянської Соціалістичної Республіки «Про зовнішньоекономічну діяльність» // Відомості Верховної Ради УРСР. — 1991. — № 29. — Ст. 377.

2. Вишняков А. К. «Регулирование внешнеэкономической деятельности в Украине» / А. К. Вишняков. — Х. : Одиссей, 2005. — 256 с.

3. Правове регулювання зовнішньоекономічної діяльності : навч. посіб. / Г. О. Анцелевич, В. О. Голубева, Т. В. Злуніцина [та ін.] ; за заг. ред. О. Х. Юлдашева. — К. : МАУП, 2005. — 272 с.

4. Омельченко А. Місце та роль законодавства України про зовнішньоекономічну діяльність в системі законодавства України / А. Омельченко // Право України. — 2011. — № 6. — С. 5—12.

Алиева-Барановская Вера. Осовременивание Закона Украины «О внешнеэкономической деятельности».

Освещаются положения Закона Украины «О внешнеэкономической деятельности» от 16.04.1991 г. № 959-XII, которые были из него изъяты в течение свыше 20 лет сохранения Законом силы.

Ключевые слова: внешнеэкономическая деятельность, государственное регулирование внешнеэкономической деятельности, лицензирование внешнеэкономической деятельности, Всемирная торговая организация.

Aliyeva-Baranovska Vira. Modernization of the Law of Ukraine «On external economic activity».

Provisions of the Law of Ukraine «On external economic activity» of April 16th, 1991 № 959-XII which were deleted from it during more than 20 years of its being in force have been elucidated.

Key words: external economic activity, state regulation of external economic activity, licensing of external economic activity, World Trade Organization.

УДК 346.546

Марина Кузьменко,

аспірантка кафедри підприємницького права

Київського університету права Національної академії наук України

МІСЦЕ ГОСПОДАРСЬКО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ У СФЕРІ ЗАХИСТУ ЕКОНОМІЧНОЇ КОНКУРЕНЦІЇ*

У статті проведено аналіз основних особливостей господарсько-правової відповідальності та визначено місце такої відповідальності у сфері захисту економічної конкуренції. Зокрема поєднання публічних і приватних інтересів, яке має місце під час застосування господарсько-правової відповідальності, законодавчо визначена система санкцій, а також наявність меж такої відповідальності, порядку застосування заходів її реалізації та можливості звільнення від відповідальності засвідчують особливу природу правовідносин у сфері захисту економічної конкуренції.

Ключові слова: антиконкурентні узгоджені дії, господарсько-правова відповідальність, звільнення від відповідальності.

Юридична відповідальність у сфері захисту економічної конкуренції передбачає можливість застосування за порушення законодавства про захист економічної конкуренції заходів кримінальної, адміністративної, цивільно-правової та господарсько-правової відповідальності. При цьому останній з названих різновидів юридичної відповідальності застосовується найчастіше.

Причини такої правозастосовчої практики криються у особливій правовій природі зазначеного виду юридичної відповідальності у сфері захисту економічної конкуренції. Водночас господарсько-правова відповідальність у зазначеній сфері не була належним чином досліджена.

Питання застосування господарсько-правової відповідальності у сфері захисту економічної конкуренції досліджували українські науковці, зокрема: О. Бакалінська [1], Ю. Журик [2], О. Каштанов [3], Н. Саніахметова [4], І. Шуміло [5] та інші. Крім того, правова природа відповідальності у сфері захисту економічної конкуренції досліджувалася Ц. Велжановським (Cento Veljanovski) [6], М. Ю. Козловою [7], Ф. Лойе (Philip Lowe) [8], Г. Сідаком (Gregory Sidak) [9], Ю. К. Тотєвим [10] та іншими вченими.

Мета цієї статті — визначити основні

особливості господарсько-правової відповідальності у сфері захисту економічної конкуренції, її характерні риси, що зумовлюють її місце у сфері захисту економічної конкуренції.

Захист економічної конкуренції є одним із конституційних принципів, який визначений положеннями ст. 42 Конституції України. Його реалізація забезпечується функціонуванням різних складових системи права, де однією з основних є інститут юридичної відповідальності у сфері захисту економічної конкуренції.

До нього входять різні види юридичної відповідальності — кримінальна, адміністративна, цивільно-правова та господарсько-правова. Водночас практика їх застосування у зазначеній сфері є неоднаковою. Характеризуючи рівень їх правового і методичного забезпечення, а також аналізуючи кількісні показники застосування різних видів юридичної відповідальності, можна дійти висновку про особливе місце господарсько-правової відповідальності у сфері захисту економічної конкуренції. Зазначена теза підтверджується, зокрема, такими аргументами.

По-перше, однією з особливостей господарсько-правової відповідальності у

* Рекомендовано до друку кафедрою господарського права та процесу Київського університету права Національної академії наук України.

сфері захисту економічної конкуренції, на нашу думку, є гармонійне поєднання як публічних, так і приватних інтересів при її застосуванні. Загалом така характеристика є притаманною багатьом видам юридичної відповідальності у сфері захисту економічної конкуренції [11]. Проте у випадках застосування господарсько-правової відповідальності вона проявляється найбільш яскраво.

Свідченням цього може бути, наприклад, рішення органу Антимонопольного комітету України про порушення певним суб'єктом господарювання законодавства про захист економічної конкуренції, яке містить положення, що стосуються захисту публічного державного інтересу та суспільного блага — економічної конкуренції. Водночас таке рішення у сукупності з іншими фактами може стати підставою для захисту інтересів окремої особи шляхом застосування заходів у вигляді відшкодування шкоди, завданого таким порушенням законодавства про захист економічної конкуренції.

Таким чином, господарсько-правова відповідальність у вказаній сфері є не лише мірою державного впливу на суб'єкта, який вчинив порушення законодавства про захист економічної конкуренції, а й у кожному конкретному випадку, залежно від обставин справи, виступає еквівалентом для відшкодування завданої шкоди.

Ще однією характерною ознакою господарсько-правової відповідальності, яка, на нашу думку, заслуговує на увагу в силу її значимості, є особлива система санкцій, в яких реалізовується така відповідальність. До зазначеної системи можна віднести і адміністративно-господарські санкції, зокрема грошові санкції у вигляді накладення адміністративно-господарських штрафів (ст. 251 ГК України, ст. 52 Закону України «Про захист економічної конкуренції», ст. 21 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції») та організаційно-правові санкції, а саме: вилучення незаконно одержаного прибутку (доходу) (ст. 253 ГК України) і товарів з неправомірно використаним позначенням та копій виробів іншого суб'єкта господарювання (ст. 254 ГК України, ст. 25 Закону

України «Про захист від недобросовісної конкуренції»), спростування неправдивих, неточних або неповних відомостей (ст. 256 ГК України, ст. 26 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції»), примусовий поділ (ст. 53 Закону України «Про захист економічної конкуренції»). Окрім названих, до системи санкцій можна віднести також відшкодування збитків, передбачене положеннями ст. 255 ГК України, а також, у разі, якщо суб'єкт господарювання не сплатив штраф у строк, визначений законодавством, до нього застосовується особливий захід відповідальності — пеня. Відповідно до ч. 5 ст. 58 Закону України «Про захист економічної конкуренції» за кожний день прострочення сплати штрафу стягується пеня у розмірі півтора відсотки від суми штрафу.

Порівнюючи таку розгалужену систему санкцій господарсько-правової відповідальності та, наприклад, заходи кримінальної або адміністративної відповідальності, можна зробити висновок про наявність законодавчо визначеного широкого їх спектру, а отже — можливість більш варіативно застосовувати такі заходи у разі вчинення порушення законодавства про захист економічної конкуренції.

Отже, правова природа господарсько-правової відповідальності у сфері захисту економічної конкуренції знаходить відображення у системі санкцій, визначених законодавством про захист економічної конкуренції.

Проте зазначена ознака має безпосереднє відношення ще до однієї особливості господарсько-правової відповідальності у сфері захисту економічної конкуренції, а саме — законодавчо визначених меж такої відповідальності. Фактично такі межі є однією з необхідних умов здійснення господарської діяльності та забезпечуються деліктоздатністю учасника господарських відносин, тобто здатністю самостійно відповідати за взятими на себе зобов'язаннями, яка забезпечується наявністю у нього відокремленого майна на праві власності, господарського відання або оперативного управління [12].

При застосуванні санкцій за порушення законодавства про захист економічної

конкуренції, залежно від їх правової природи, розмір таких санкцій визначається виходячи з різних підстав. Ними можуть бути або обсяг доходу (виручки) від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) суб'єкта господарювання за останній звітний рік, що передував року, в якому накладається штраф згідно зі ст. 52 Закону України «Про захист економічної конкуренції»; або відповідна кількість товарів з неправомірно використаним позначенням чи копії таких виробів у випадках, визначених ст. 25 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», або розмір завданих збитків — у разі застосування господарської санкції у вигляді відшкодування збитків, передбаченого положеннями ст. 224 ГК України.

При цьому необхідно зауважити, що, окрім визначеної законом бази для застосування санкції, господарсько-правова відповідальність має особливі межі суб'єктного складу для такого застосування. Зазначена теза стосується випадків, передбачених ч. 3 ст. 52 Закону України «Про захист економічної конкуренції», згідно з положенням якої під доходом (виручкою) суб'єкта господарювання від реалізації продукції розуміється сумарна вартість доходу (виручки) від реалізації продукції усіх юридичних та фізичних осіб, що входять до групи, яка визнається суб'єктом господарювання відповідно до ст. 1 зазначеного Закону. Таким чином, законодавцем визначена взаємозалежність між суб'єктом господарювання та групою, до якої такий суб'єкт входить, адже розмір санкції, що накладається на такого суб'єкта, обраховується на підставі фінансових показників діяльності усієї групи, а не тільки його одного як порушника. Аналогічні підходи використовуються у разі, якщо санкцією за порушення є вилучення товарів з неправомірно використаним позначенням та копій виробів іншого суб'єкта господарювання. У такому разі зазначені дії можуть бути вчинені як стосовно виробника, так і стосовно продавця вказаних товарів.

Отже, господарсько-правова відповідальність характеризується відповідними межами, критерії визначення яких встановлені законодавством про захист

економічної конкуренції, та які не є характерними для будь-якого іншого виду відповідальності.

При цьому не можна лишити поза увагою іще одну особливість господарсько-правової відповідальності у сфері захисту економічної конкуренції, а саме — нормативно визначений порядок застосування заходів її реалізації. Адже, окрім вищезгаданої системи санкцій за порушення законодавства про захист економічної конкуренції, і Господарський кодекс України, і закони України «Про захист економічної конкуренції» та «Про захист від недобросовісної конкуренції» містять положення щодо притягнення до відповідальності та визначають процесуальний порядок застосування таких заходів відповідальності. На підставі вказаних законів були прийняті також інші підзаконні нормативно-правові акти, які входять до законодавства про захист економічної конкуренції, які ще більше деталізують порядок виявлення і припинення порушень, а також застосування санкцій. Зокрема одним із таких актів є Правила розгляду справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції, затверджені розпорядженням Антимонопольного комітету України від 19.04.1994 р. № 5, зареєстровані у Міністерстві юстиції України 06.05.1994 р. за № 90/299 (у редакції розпорядження Антимонопольного комітету України від 29.06.1998 р. № 169-р (із змінами).

Враховуючи зазначене, можна говорити про особливу процедуру застосування господарсько-правової відповідальності у сфері захисту економічної конкуренції.

Крім зазначеного, необхідно звернути увагу на ще одну ознаку господарсько-правової відповідальності у сфері захисту економічної конкуренції, яка не є характерною для інших видів юридичної відповідальності. Йдеться про можливість звільнення від відповідальності за деякі порушення законодавства про захист економічної конкуренції. До таких порушень належать різні види антиконкурентних узгоджених дій. Відповідно до ч. 5 ст. 6 Закону України «Про захист економічної конкуренції» учасник таких дій може бути звільнений від відповідальності, якщо раніше за інших учас-

ників цих дій добровільно повідомив про порушення Антимонопольний комітет України чи його територіальне відділення та надав інформацію, яка має суттєве значення для прийняття рішення у справі.

Практика застосування аналогічної норми в інших країнах (зокрема країнах Європейського Союзу [13], США [14], Росії [15]) свідчить про високий ступінь ефективності такої норми законодавства. Проте, незважаючи на існування такої норми, випадків звільнення суб'єктів господарювання від господарсько-правової відповідальності за порушення законодавства про захист економічної конкуренції протягом часу дії зазначеного Закону зафіксовано не було.

Водночас ми схильні вважати, що правовий інститут звільнення від відповідальності необхідно розглядати більш широко. Адже, на наш погляд, до його складових належать не тільки випадки повної відсутності застосування санкцій до суб'єкта господарювання, а й зменшення розміру санкцій. Органами Антимонопольного комітету України при визначенні розміру штрафів за порушення законодавства про захист економічної конкуренції враховується ряд обставин, зокрема тривалість і повторність вчинення порушення, поведінка суб'єкта господарювання після виявлення ознак правопорушення, його фінансове становище, істотність впливу на конкуренцію на конкретному ринку тощо [16]].

Тому, на нашу думку, обґрунтовано можна говорити про практику застосування окремих видозмінених складових правового інституту звільнення від господарсько-правової відповідальності у сфері економічної конкуренції як ознаку, що не є характерною для інших видів юридичної відповідальності у вказаній сфері.

Таким чином, проаналізовані риси господарсько-правової відповідальності вказують на її особливу правову природу у сфері захисту економічної конкуренції. Проте без аналізу практики фактичного застосування зазначеного виду відповідальності не можна визначити ступінь її ефективності у вказаній сфері.

У 2011 р. Антимонопольним комітетом України, як державним органом із

спеціальним статусом, метою діяльності якого є захист економічної конкуренції у підприємницькій діяльності, на порушників законодавства про захист економічної конкуренції було накладено штрафів на суму 43,5 млн грн, що більш ніж у півтора рази перевищує показник 2010 р. При цьому зазначені штрафи були накладені за наслідками розгляду органами Антимонопольного комітету України протягом 2011 р. 4488 справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції (за 2010 р. — 3271, 2009 р. — 3971 справ, 2008 р. — 1616 справ) [17].

Оскільки відомості про застосування кримінальної та цивільно-правової відповідальності у досліджуваній сфері відсутні, то, порівнюючи наведені показники застосування заходів господарсько-правової відповідальності із практикою притягнення до адміністративної відповідальності у сфері захисту економічної конкуренції (за останні два роки органами Комітету було складено чотири протоколи про адміністративне порушення, у 2009 р. — 5 протоколів, у 2008 р. — 9 протоколів) [18], явною є кількісна перевага застосування саме заходів господарсько-правової відповідальності.

На наш погляд, це пояснюється відсутністю нормативно визначеного порядку застосування заходів адміністративної відповідальності у сфері захисту економічної конкуренції, а також роллю органів Антимонопольного комітету України у розгляді справ про адміністративні порушення. Відповідно до ст. 255 КУпАП названий орган державної влади може у визначених законом випадках лише складати протоколи про такі порушення, а справи про адміністративні порушення, зокрема у сфері економічної конкуренції, розглядають районні, районні у місті, міські чи міськрайонні суди (судді). Таким чином, для органу Антимонопольного комітету України простішим є варіант самостійного розслідування факту неправомірної поведінки та прийняття відповідного рішення у справі, аніж передача матеріалів на розгляд іншому державному органу.

Таким чином, правова природа господарсько-правової відповідальності у сфері захисту економічної конкуренції, яка

фактично втілюється у правозастосовчій практиці органів Антимонопольного комітету України, вказує на особливе місце зазначеного виду юридичної відповідальності у сфері захисту економічної конкуренції.

Отже, маємо підстави для таких висновків. Господарсько-правова відповідальність у сфері захисту економічної конкуренції характеризується поєднанням приватних та публічних інтересів при її застосуванні, наявністю системи санкцій, не притаманних іншим видам юридичної відповідальності, а також її законодавчо визначеними межами. Крім того, виокремлення господарсько-правової відповідальності з-поміж інших видів юридичної відповідальності у зазначеній сфері відбувається за рахунок наявності процесуально визначених за-

сад її застосування, та, у окремих випадках — можливості звільнення суб'єктів господарювання від відповідальності.

Додатковим підтвердженням ефективності правозастосування правового інституту господарсько-правової відповідальності у сфері захисту економічної конкуренції виступають фактичні показники її застосування, які значно перевищують аналогічні показники застосування інших видів юридичної відповідальності.

Таким чином, сукупність названих ознак господарсько-правової відповідальності за порушення законодавства про захист економічної конкуренції забезпечують їй особливе місце у сфері захисту економічної конкуренції.

ПРИМІТКИ

1. Бакалінська О. О. Захист економічної конкуренції: організаційно-правові засади державного управління : дис. ... канд. юрид. наук / О. О. Бакалінська ; НАН України, Інститут держави і права ім. В. М. Корецького. — К., 2003. — 210 с.
2. Журик Ю. В. Антимонопольно-конкурентне право України : навч. посіб. / Ю. В. Журик. — К. : Центр учбової літератури, 2011. — 272 с.
3. Каштанов О. С. Правовий захист від антиконкурентних дій в економічній конкуренції : дис. ... канд. юрид. наук / О. С. Каштанов ; Одеська нац. юрид. академія. — О., 2005. — 213 с.
4. Саніахметова Н. О. Конкурентне законодавство у питаннях та відповідях : посібник / Н. О. Саніахметова. — К. : Центр комерційного права, 2002. — 74 с.
5. Шуміло І. А. Відповідальність за порушення законодавства про захист конкуренції : дис. ... канд. юрид. наук / І. А. Шуміло ; Нац. юрид. академія України імені Ярослава Мудрого. — Х., 2001. — 212 с.
6. Veljanovski Cento. Cartel Fines in Europe: Law, Practice and Deterrence / Cento Veljanovski // World Competition. — 2007. — Vol. 29. — P. 65—87.
7. Козлова М. Ю. Антимонопольное право РФ : учеб. пособ. / М. Ю. Козлова. — Волгоград : Изд-во ВолГУ, 2003. — 89 с.
8. Lowe Philip. Cartels, fines and due process [Електронний ресурс] / Philip Lowe // GCP. The online magazine for global competition policy. — 2009. — Режим доступу : <http://www.cba.org>.
9. Sidak Gregory. Abolishing the price squeeze as a theory of antitrust liability / Gregory Sidak // Journal of Competition Law & Economics. — 2008. — № 4(2). — P. 279—309.
10. Тотьев К. Ю. Конкурентное право (Правовое регулирование деятельности субъектов конкуренции и монополий). — 2-е изд., перераб. и доп. / К. Ю. Тотьев. — М. : РДЛ, 2003. — 480 с.
11. Паращук С. А. Конкурентное право (правовое регулирование конкуренции и монополии) / С. А. Паращук. — М. : Городец-издат, 2002. — С. 152.
12. Науково-практичний коментар Господарського кодексу України / кол. авт. : Г. Л. Знаменський, В. В. Хахулін, В. С. Щербина [та ін.] ; за заг. ред. В. К. Мамутова. — К. : Юрінком Інтер, 2004. — С. 537.
13. Leniency Programs and Cartel Prosecution [Електронний ресурс] // International Journal of Industrial Organization. — 2003. — 21(3), p. 347—379. — Режим доступу : http://www.barcelonagse.eu/tmp/pdf/motta_leniency.pdf.
14. Leniency Program in Competition Law of the USA [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.justice.gov/atr/contact/newcase.html>.

15. Сообща о картельном сговоре! Раздел на официальном сайте Федеральной антимонопольной службы России [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.fas.gov.ru/about/structure/cartel/>.

16. Науково-практичний коментар Господарського кодексу України / кол. авт. : Г. Л. Знаменський, В. В. Хахулін, В. С. Щербина [та ін.] ; за заг. ред. В. К. Мамутова. — К. : Юрінком Інтер, 2004. — С. 394.

17. Звіт про діяльність Антимонопольного комітету України за 2011 рік [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://www.amc.gov.ua/amc/control/uk/publish/article?art_id=212425&cat_id=212422.

18. Там само.

Кузьменко Марина. Место хозяйственно-правовой ответственности в сфере защиты экономической конкуренции.

В статье проанализированы основные особенности хозяйственно-правовой ответственности и определено место такой ответственности в сфере защиты экономической конкуренции. В частности, сочетание публичных и частных интересов, которое имеет место при применении хозяйственно-правовой ответственности, законодательно определенная система санкций, а также наличие границ такой ответственности, порядка применения мер ее реализации и возможность освобождения от ответственности свидетельствуют об особой природе правоотношений в сфере защиты экономической конкуренции.

Ключевые слова: антиконкурентные согласованные действия, хозяйственно-правовая ответственность, освобождение от ответственности.

Kuzmenko Maryna. Place of business liability within economic competition.

The article analyzes the main features of economic and legal responsibility and the place of this type of responsibility within the protection of economic competition. In particular, the combination of public and private interests, which occurs during the use of economic and legal responsibility, legally defined system of sanctions and the availability of such liability limits, the application of measures of its implementation and possible dismissal from it confirm the special nature of relations in the field of economic competition.

Key words: cartels, anti-competitive actions, business legal liability, exemption from liability, leniency program.

УДК 343.4

Олена Яра,

кандидат юридичних наук, доцент,
декан юридичного факультету Національного університету
біоресурсів і природокористування України

ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРАКТИЧНІ ПИТАННЯ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ ТА ЗАХИСТУ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Досліджуються теоретичні та практичні питання кримінально-правової охорони та захисту прав інтелектуальної власності.

Ключові слова: *теорія, практика, кримінальне право, законодавство, охорона, захист, інтелектуальна власність.*

Сьогодні в Україні система правової охорони та захисту інтелектуальної власності перебуває у стадії завершення формування. Закладені на початку дев'яностих років минулого століття основи національної системи регулювання цієї важливої сфери мали надзвичайно важливе значення для подальшого її розвитку. Водночас виявилися як серйозні проблеми та недоліки функціонування самої системи, так і питання, пов'язані з охороною та захистом прав інтелектуальної власності, що істотно позначилося на розвитку національного науково-технологічного і творчого потенціалу, стримуванні притоку зарубіжного капіталу та становлення нової інноваційної моделі розвитку країни, ускладнювало відносини України з провідними державами світу.

Правові підходи до теоретичних і практичних питань охорони та захисту прав інтелектуальної власності ми знаходимо в працях науковців різних галузей права: Д. М. Бахраха, О. Д. Святоцького, О. П. Світличного, О. П. Сергеева, В. В. Сташиса, В. Я. Тація, Я. М. Шевченко, Р. Б. Шишки та ін. Проте ці питання недостатньо розроблені в науці кримінального права, розкриття їх, а також формування концептуального підходу до охорони та захисту прав інтелектуальної власності обумовлюють актуальність цієї статті.

Аналіз законодавства у сфері інтелектуальної власності дає підстави зазначити, що у багатьох нормативно-правових актах вживаються поняття «охорона» і «захист». Наприклад, зі змісту ч. 1 ст. 1

Кримінального кодексу України випливає, що основним завданням Кодексу є забезпечення охорони певних суспільних відносин та соціальних благ, а також запобігання злочинам [1].

У науці кримінального права під загальним об'єктом злочину розуміють сукупність усіх соціальних цінностей, які охороняються кримінальним правом від злочинних посягань. Родовий об'єкт — це об'єкт групи однорідних злочинів, тобто певна сфера соціальних цінностей. Роль родового об'єкта є визначальною для правильної побудови Особливої частини кримінального законодавства [2].

Отже, основною функцією кримінального права як галузі права є охоронна функція, яка зумовлена охороною властивими кримінальному праву заходами тих суспільних відносин, що регулюються іншими галузями права [3].

Якщо ми звернемося до Конституції України, то у багатьох статтях зустрінемо слова «захист» і «охорона». В ч. 4 ст. 13 Конституції прописано, що держава забезпечує захист прав усіх суб'єктів права власності і господарювання, соціальну спрямованість економіки, тоді як у ст. 49 Конституції зазначається, що кожен має право на охорону здоров'я, медичну допомогу та медичне страхування. Крім того, найбільший зв'язок словосполучень «охорона» і «захист» ми також знаходимо у нормах (статті 34, 35, 39 та ін.) Основного Закону. Наприклад, у ч. 1 ст. 36 Конституції зазначається, що громадяни України мають право на свободу об'єднання у політичні партії та громад-

ські організації для здійснення і захисту своїх прав і свобод та задоволення політичних, економічних, соціальних, культурних та інших інтересів, за винятком обмежень, встановлених законом в інтересах національної безпеки та громадського порядку, охорони здоров'я населення або захисту прав і свобод інших людей [4].

Спеціальне законодавство у сфері інтелектуальної власності включає в себе положення, пов'язані з охороною та захистом прав інтелектуальної власності. Наприклад, у ст. 51 Закону України «Про авторське право і суміжні права» зазначається, що захист особистих немайнових і майнових прав суб'єктів авторського права і (або) суміжних прав здійснюється в порядку, встановленому адміністративним, цивільним і кримінальним законодавством. У своїй більшості в нормах спеціального законодавства у сфері інтелектуальної власності, як і в самих законах, які регулюють цю сферу суспільних відносин, вживається поняття «охорона» [5]. Водночас у Законі України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» (ст. 35), зазначено, що захист прав на відповідний об'єкт здійснюється у судовому та іншому встановленому законом порядку [6].

Про зв'язок охорони та захисту зазначається також і в Угоді TRIPS, що є однією з найважливіших угод СОТ. Відповідно до вимог частини III Угоди TRIPS «Захист прав інтелектуальної власності» країни-учасниці зобов'язуються забезпечити на своїй території дію таких процедур, які дозволяють здійснювати заходи, що запобігають порушенню законодавства у сфері охорони прав інтелектуальної власності та їх недопущення [7].

Можливо і далі наводити приклади вживань слів «охорона» і «захист» у національному та міжнародному законодавствах, але вони не дадуть нам відповіді, що мав на увазі законодавець, вживаючи ці слова. Звідси виникає теоретичне питання про з'ясування змісту охорони та захисту прав інтелектуальної власності, враховуючи, що серед науковців різних галузей права існують різні тлумачення цих понять. Ці теоретичні дискусії про з'ясування змісту охорони та захисту прав власності, у тому числі й прав інтелектуальної власності, тривають протягом тривалого часу.

На думку Д. М. Бахраха, до порушення прав діють заходи охорони, а після

порушення — заходи захисту. При цьому під охороною він розуміє сукупність різних взаємопов'язаних заходів, які здійснюються як державними, так і громадськими організаціями і спрямовані на попередження порушень, усунення причин, які їх спровокували, і таким чином сприяють нормальному процесу реалізації громадянами своїх прав і свобод. Захистом він вважає примусовий (щодо зобов'язаної особи) спосіб здійснення суб'єктивного права, який застосовується в установленому законом порядку компетентними органами або самою правомочною особою з метою поновлення порушеного права [8]. О. П. Сергєєв, розглядає право на захист як самостійне суб'єктивне право і реальну правову можливість, що здійснюється власником у рамках цивільного права під час порушення або оспорювання і реалізується в рамках виникаючих при цьому охоронних цивільних правовідносин [9]. О. Д. Святоцький зазначає, що охоронні норми приписують утримуватися від вчинення протиправних дій, безпосередньо регулюють відносини, що виникають у зв'язку з порушенням адміністративно-правової системи, та відносини, пов'язані із застосуванням заходів адміністративного попередження, припинення, а також адміністративних стягнень [10].

На тісний зв'язок охорони і захисту звертає увагу О. П. Світличний, який на підставі аналізу законодавства з охорони прав на об'єкти інтелектуальної власності робить висновок, що захист — це сукупність законних заходів, спрямованих на відновлення порушеного або оспорюваного права та вжиття заходів щодо запобігання правопорушенню, які застосовуються правомочною особою, компетентним органом, судом в інтересах заінтересованої особи. Він зазначає, що охорона не припиняє свою дію у момент порушення прав, а продовжує діяти на всіх стадіях реалізації таких прав, у тому числі під час захисту, таким чином забезпечуючи одну із її охоронних функцій і розглядає охорону у більш широкому значенні, ніж захист. На його думку, охорона — це сукупність заходів, спрямованих на забезпечення і реалізацію законних прав, а також на захист прав у випадку їх порушення або оспорювання [11].

Я. М. Шевченко зауважує, що «поняття охорони включає в себе поряд із заходами економічного, політичного, ідеоло-

гічного характеру, що забезпечують нормальне регулювання суспільних відносин, попередження правопорушень, усунення причин, які їх породжують (регулятивні норми), також і заходи, спрямовані на поновлення чи визнання прав при порушенні чи оспорюванні їх, а саме — захист (охоронні норми)» [12]. Це дало підстави Р. Б. Шишці зазначити, що охорона та захист прав інтелектуальної власності різні як за своїм функціональним призначенням, так і за підставами дії правового механізму. Основне призначення охорони — попередження правопорушень у сфері інтелектуальної власності, тоді як для захисту характерне відновлення правового становища потерпілої особи чи компенсація втраченої переваги. На його думку, якщо захист прав інтелектуальної власності здійснюється внаслідок скоєння їх порушення, то охорона є постійною; охорона може здійснюватися в широкому та у вузькому сенсі, при цьому вчений підкреслює чітку тенденцію до визнання правової охорони більш широким поняттям порівняно з правовим захистом, зазначаючи, що захисні норми спрямовані насамперед на відновлення порушеного права та усунення перешкод у його здійсненні вчиненням відповідних дій, тоді як захист здійснюється лише в разі наявності факту порушення суб'єктивних прав [13].

Поділяючи думки шановних науковців, зазначимо, що кримінально-правова охорона та захист прав інтелектуальної власності співвідносяться. Охорона та захист прав у сфері інтелектуальної власності здійснюються протягом усього часу існування об'єкта права інтелектуальної власності і діють до моменту припинення майнових прав власності, підставами чого є юридичні факти.

Окрім того, охорона та захист прав інтелектуальної власності безпосередньо пов'язані із результатами інтелектуальної, творчої діяльності особи. Кваліфікуючою ознакою кримінальної відповідальності за порушення прав у сфері інтелектуальної власності є завдання суб'єкта прав інтелектуальної власності матеріальної шкоди, але кримінально-правова охорона здійснюється також і щодо немайнових прав особи. Звідси кримінальна відповідальність у сфері порушення прав інтелектуальної власності пов'язана з відносинами особистих немайнових прав інтелектуальної власності

та прав власності на результати інтелектуальної творчої діяльності, які, у свою чергу, є майновими і відображають існуючий розподіл матеріальних цінностей кожного із об'єктів права інтелектуальної власності.

Отже, охорона та захист прав інтелектуальної власності здійснюється за допомогою політичних, економічних, організаційних, правових та інших заходів. Однак, як слушно зазначає В. Я. Тацій, тільки кримінальне законодавство створює необхідну правову основу для боротьби зі злочинністю [14], не є виключенням і боротьба зі злочинністю у сфері інтелектуальної власності. Тобто кваліфікувати суспільно небезпечне діяння — означає застосувати до особи, що його вчинила, ту норму кримінального закону, яка точно відповідає характеру і необхідним ознакам відповідного діяння [15].

Не ставлячи під сумнів роль норм цивільного права у врегулюванні прав інтелектуальної власності, ми повинні зазначити, що і кримінальне право не стоїть осторонь тих проблемних питань, які існують у сфері інтелектуальної власності.

Прикладом зв'язків норм цивільного і кримінального права можуть слугувати норми кримінально-правової охорони авторського права і суміжних прав США.

Для американської системи охорони авторських і суміжних прав характерним є те, що кримінальна відповідальність за законодавством США не відмежовується від цивільної, а настає одночасно з нею. Параграф 501 Розділу 17 Зводу законів «Авторське право» США має назву «Порушення авторського права». Згадана норма є бланкетною. Для визначення такої категорії, як ексклюзивні права, використовується посилання на §§ 106—118 даного нормативного акта. При цьому норми § 501 закладають основу для реалізації як цивільно-правової, так і кримінально-правової охорони авторського права і суміжних прав. Далі ці норми деталізуються в наступних параграфах.

Параграф 506 «Порушення авторського права, що мають кримінальний характер» визначає, які саме діяння є злочинами. Згідно з п. «а» даного параграфу особа, яка вперше навмисно порушує авторське право з метою одержання прибутків, підлягає штрафу в розмірі до 10 тис. доларів, або позбавленню волі на строк до одного року або одночасно і

штрафу, і позбавленню волі, а якщо таке порушення стосується звукозаписів або кінострічок — штрафу в розмірі 25 тис. доларів або позбавленню волі на строк до одного року, або одночасно і штрафу, і позбавленню волі. Повторне вчинення згаданих злочинів тягне покарання у вигляді штрафу в розмірі до 50 тис. доларів, або позбавлення волі на строк до двох років. Окрім цього, згідно з п. «b» даного параграфу суд має додатково до призначеного покарання винести рішення про конфіскацію і знищення виготовлених з порушенням авторського права та інших ексклюзивних прав копій творів, а також пристроїв, приладів і обладнання, що використовувалися для їх виготовлення.

Згідно з п. «с» даного параграфу злочином також є розміщення на примірниках аудіовізуальних творів недостовірного маркування про те, що згаданий твір перебуває під захистом авторського права у випадку, якщо винний знав про недостовірність такого маркування. Покаранням за цей злочин є штраф у розмірі 2,5 тис. доларів. Таке само покарання згідно з п. «d» має призначатися особі, винній у знищенні маркування про те, що твір перебуває під захистом авторського права.

Також злочином є умисне подання неправильних даних про твір, наприклад, це може стосуватися подання перекладу як оригінального твору тощо. У цьому випадку покаранням за цей злочин згідно з п. «e» § 506 є штраф у розмірі 2,5 тис. доларів [16].

Публічний інтерес держави покликаний захистити суб'єктів прав інтелектуальної власності і є обов'язком перед людиною. Тобто результати творчої діяльності особи ми повинні розглядати через призму охорони та захисту прав людини взагалі. Створюючи належні умови для творчості людини, держава повинна створити і такі правові механізми охорони та захисту прав інтелектуальної власності, які б поставили перепони на шляху порушення прав власників, а у разі їх порушення — забезпечити ефективний правовий захист.

Чинне законодавство у сфері інтелектуальної власності гарантує громадянину охорону та захист порушених прав. Здійснюючи правову охорону суб'єктів прав інтелектуальної власності, держава за допомогою кримінального законодав-

ства бере під охорону права і свободи людини та громадянина. Захищаючи у першу чергу інтереси громадянина, держава захищає й інтереси суспільства, тобто приватно-публічний інтерес, де, крім інтересів творців об'єкта права інтелектуальної власності, існують і інтереси держави. Саме кримінальне законодавство покликане забезпечити правову охорону інституту прав інтелектуальної власності від злочинних посягань та запобігання злочинам.

На підставі наведеного можна сформулювати концептуальний підхід до охорони та захисту прав інтелектуальної власності у науці кримінального права, що полягає у такому:

1) забезпечення прав людини й громадянина і, перш за все, охорони та захисту його прав і законних інтересів є основним завданням кримінального законодавства;

2) кримінально-правова охорона та захист як самої творчості так і її результатів;

3) охорона та захист прав інтелектуальної власності, хоча і мають свої відмінності і відрізняються певними ознаками, відбивають найголовніші закономірності зв'язків різних правових інститутів, спрямованих на розв'язання основних завдань у сфері інтелектуальної власності і покликаних забезпечити охорону прав інтелектуальної власності відповідно до національного та міжнародного законодавства;

4) право інтелектуальної власності є міжгалузевим інститутом, відносини, пов'язані з інтелектуальною власністю, регулюються всіма правовими інститутами держави, покликаними забезпечити їх належну правову охорону та захист;

5) застосування кримінального законодавства пов'язано зі сферою дії кримінально-правової норми, яка передбачає кримінальну відповідальність особи за порушення прав інтелектуальної власності, яке містить склад злочину.

Що стосується кожного окремого злочину у сфері порушення прав інтелектуальної власності як явища об'єктивної дійсності, то він завжди конкретний і, крім ознак, властивих для злочинів даного виду, характеризується значною кількістю властивих тільки йому особливостей.

ПРИМІТКИ

1. Кримінальний кодекс України : Закон України від 05.04.2001 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 25—26. — Ст. 131.
2. Коржанский Н. Й. Объект и предмет уголовно-правовой охраны / Н. Й. Коржанский. — М. : Академия МВД СССР, 1980. — С. 83.
3. Кримінальне право України. Загальна частина : підручник / Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, Л. М. Кравченко [та ін.] ; за ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. — 3-тє вид., перероб. і допов. — К. : Юрінком Інтер, 2007. — С. 14.
4. Конституція України від 28.06.1996 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.
5. Про авторське право і суміжні права : Закон України від 23.12.1993 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 13. — Ст. 64.
6. Про охорону прав на винаходи і корисні моделі : Закон України від 15.12.1993 р. // Відомості Верховної Ради. — 1994. — № 7. — Ст. 32.
7. Цибульов П. Заочний семінар «Основи інтелектуальної власності» / П. Цибульов. — 2005. — № 7. — С. 64—70.
8. Бахрах Д. Н. Административное право : учебник / Д. Н. Бахрах. — М. : БЕК, 1996. — С. 47.
9. Гражданское право : учебник : в 3 т. — 4-е изд., перераб. и доп. / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — М. : Статут, 1998. — Т. 1. — С. 289.
10. Святоцький О. Д. Охорона інтелектуальної власності / О. Д. Святоцький. — К. : Ін Юре, 2004. — С. 5.
11. Світличний О. П. Організаційно-правові засади охорони прав на торговельну марку : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 / О. П. Світличний. — К., 2007. — С. 86—87.
12. Шевченко Я. М. Власник і право власності / Я. М. Шевченко. — К. : Юрінком, 1994. — С. 130.
13. Шишка Р. Б. Охорона прав суб'єктів інтелектуальної власності у цивільному праві України : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.03 / Р. Б. Шишка. — Х., 2004. — С. 319—325, 359—360.
14. Кримінальне право України. Загальна частина : підручник / Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, Л. В. Криворучко [та ін.] ; за заг. ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. — 3-є вид., перероб. і допов. — К. : Юрінком Інтер, 2007. — С. 9.
15. Кудрявцев В. Н. Общая теория квалификации преступлений / В. Н. Кудрявцев. — М. : Юрид. лит., 1972. — С. 352.
16. Звід законів США. Розділ 17. Авторське право (реферативний огляд) // Захист прав інтелектуальної власності: досвід Сполучених Штатів Америки : зб. док., матер., статей / за заг. ред. О. Д. Святоцького. — К. : Ін Юре, 2003. — С. 35—40.

Яра Елена. Теоретические и практические вопросы уголовно-правовой охраны и защиты прав интеллектуальной собственности.

Исследуются теоретические и практические вопросы уголовно-правовой охраны и защиты прав интеллектуальной собственности.

Ключевые слова: теория, практика, уголовное право, законодательство, охрана, защита, интеллектуальная собственность.

Jara Olena. Theoretical and practical questions of crime and legal protection and defence of intellectual property rights.

The theoretical and practical questions are researched concerning criminal protection and defence of intellectual property rights.

Key words: theory, practice, criminal law, legislation, protection, defence, intellectual property.

УДК 347.99

Віктор Городовенко,кандидат юридичних наук,
голова Апеляційного суду Запорізької області**ЗАСАДИ ПОБУДОВИ СУДОВОЇ СИСТЕМИ УКРАЇНИ**

У статті аналізується законодавство про судоустрій з метою визначення засадничих положень організації судової системи. Виділяються такі положення побудови судової системи, як територіальність, спеціалізація, інстанційність, виключність і повнота судової влади, утворення суду на підставі закону, єдність і доступність судової системи.

Ключові слова: *судова система, засади організації судової системи.*

Конституція України встановлює, що система судів загальної юрисдикції в Україні будується за принципами територіальності й спеціалізації (ст. 125) [1]. Аналогічний підхід було застосовано і в п. 1 ст. 18 Закону України «Про судоустрій України» від 07.02.2002 р. Новий Закон України «Про судоустрій і статус суддів» від 07.07.2010 р. пішов у цьому аспекті далі, доповнивши даний перелік ще одним принципом судової системи — інстанційності (п. 1 ст. 17) [2]. При цьому ані в Законі, ані в жодному іншому нормативно-правовому акті не визначений зміст і елементи вказаних принципів. Отже, виникає запитання: а яким же є цей зміст, і, що більш важливо, — чи варто розглядати територіальність, спеціалізацію й інстанційність в якості принципів; чи дотримані всі ознаки правових принципів у вказаних вимогах закону? Відповідь на це запитання і є предметом нашого дослідження. Також ми проаналізуємо законодавство про судоустрій з метою визначення інших засадничих положень організації судової системи, що є досить актуальним під час судової реформи.

Цікаво зазначити, що вітчизняні дослідники намагаються відшукати інші принципи організації й функціонування судової системи України. Так, О. М. Овчаренко, посилаючись на міжнародні стандарти, відносить до них доступність правосуддя [3]. Відповідно до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 07.07.2010 р. судова система забезпечує доступність правосуддя для кожної особи в порядку, встановленому Конституцією та законами України. Дійсно, формулювання згаданої норми дозволяє віднести доступність правосуддя до засадничих положень організації судової системи.

На підставі аналізу міжнародно-правових документів Н. В. Сібільова робить висновок про те, що до принципів організації і функціонування судової влади належать: (а) забезпечення кожному, хто намагається в судовому порядку захистити свої права та інтереси, реалізацію цього права шляхом утворення розвиненої мережі судів, наближених до населення і наділених повноваженнями розгляду справи у повному обсязі по суті; (б) забезпечення розгляду справи незалежним, неупередженим судом, створеним відповідно до закону, у фаховості якого впевнена особа, що звертається до суду за захистом своїх прав і інтересів; (в) реалізація права особи на оскарження рішень та перегляд справи вищим судом (у випадках, передбачених внутрішнім законодавством) шляхом утворення мережі судів, наділених повноваженнями перегляду справ в апеляційному порядку; (г) відповідна процесуальна процедура розгляду і вирішення спору, що визначається особливостями його предмета [4]. Як ми бачимо, ті положення, що містяться в міжнародних стандартах у царині судоустрою, суттєво відрізняються від формулювань чинного законодавства за формою. Хоча, якщо заглибитися в детальний аналіз їхнього змісту, то тут також можна виокремити і територіальність, і доступність, і опосередковано — спеціалізацію як засіб підвищення фахового рівня правосуддя. Сама дослідниця доходить обґрунтованого висновку про те, що вказані вимоги не визначають і не деталізують схему побудови судової системи, але орієнтують держави на те, щоб в основу судових систем, при всій можливій їх різноманітності, були покладені саме такі стандарти [5].

І. В. Назаров відносить принципи судо-

вої системи до принципів права — публічного, регулятивного, матеріального і об'єктивного. Він поділяє ці принципи на: (а) міжгалузеві (принцип єдності, територіальності, фінансування судів з держбюджету та ін.) і (б) галузеві (принцип інстанційності); за способом закріплення їх у законодавстві — це (а) норми-принципи (прямо сформульовані в конкретних нормах права) і (б) принципи, виведені з норм; за характером нормативного джерела — це (а) конституційні принципи побудови судової системи і (б) принципи, що закріплені в законодавстві про судоустрій [6].

Поряд із принципами на побудову судової системи впливають і чинники іншого рівня, які не набувають статусу принципів, а мають значення властивостей, рис, ознак тощо. Аналіз судових систем країн світу, передовсім країн Європи, свідчить, що це історичні, культурні, ментальні чинники, а головне — особливості правової системи, її поетапного розвитку, що зумовлюють і суттєві характеристики судової системи. Останні декілька десятиріч непересічне значення для розвитку судових систем Європи набувають наднаціональні, інтеграційні процеси, які відбуваються на теренах спільного європейського простору. Варто зазначити, що навіть ті країни, які не входять до Європейського Союзу, також зазнають значного впливу міжнародних судових установ, зокрема Європейського суду з прав людини. Після рішень останнього ряд країн — членів Ради Європи були вимушені проводити структурні правові реформи, у тому числі у галузі судоустрою.

Аналіз судових систем країн Європи свідчить, що ані конституційні тексти, ані законодавство прямо не визначає принципи організації або функціонування судової системи. Можна знайти переліки принципів судової влади, правосуддя, принципи окремих видів судових процесів, але не принципи судової системи. Дійсно, більш глибокий аналіз судових систем дозволяє опосередковано виділити певні принципові підходи, які існують в діяльності судових систем [7]. Частково це зумовлено тією правовою культурою, технікою викладення нормативного матеріалу, що притаманний нашій правовій системі, коли всі поняття мають бути чітко визначені. В Європі такий позитивізм є скоріше винятком, ніж правилом.

Цікаво, що навіть законодавство Ро-

сійської Федерації про судоустрій не є таким чітким щодо формулювання принципів судової системи, як вітчизняне. Відповідно до ст. 4 Федерального конституційного Закону РФ «Про судову систему РФ» № 1-ФКЗ від 31.12.1996 р. правосуддя в РФ здійснюється виключно судами, утвореними відповідно до Конституції РФ і цього Федерального конституційного закону. Утворення надзвичайних судів і судів, не передбачених цим законом, не допускається. Отже, у такий спосіб проголошується утворення судів виключно у законний спосіб, а також заборона створення надзвичайних судів. Окрім того, аналіз норм вказаного закону дає підстави виділити такі принципи, як єдність судової системи, самостійність судів і незалежність суддів (статті 3, 5) [8].

Отже, викладене дає нам підстави поставити під сумнів конституційно визначений підхід, згідно з яким судова система України будується саме на принципах. Незважаючи на те, що ст. 125 Конституції України прямо визначає ці принципи, які також закріплені й в Законі України «Про судоустрій і статус суддів», наявність цих правових положень ще не дає нам права називати їх «принципами», адже вони не мають усіх ознак, які вирізняють принципи права [9].

Стосовно судової системи найбільший сумнів викликає загальний характер «принципів» судової системи та їх реалізація на всіх рівнях і в усіх ланках судової системи. Приміром, у Верховному Суді з моменту прийняття Закону України «Про судоустрій і статус суддів» до листопада 2011 р. не був реалізований принцип спеціалізації; в адміністративних судах немає спеціалізації суддів, оскільки переважна більшість справ, які розглядаються цими судами — справи соціального забезпечення (до 90% від загальної кількості справ, які розглядають ці суди) [10]. У місцевих загальних судах також відсутня спеціалізація суддів з огляду на недостатнє кадрове укомплектування цих судів. Інстанційність в адміністративному судочинстві має досить специфічний прояв, оскільки різні судові установи виконують функції декількох інстанцій; окрім того, в цих судах обмежено право на оскарження судових рішень по ряду категорій справ. Територіальність у системі адміністративних судів також має досить специфічні прояви. Окрім того, принципи мають бути найбільш стабільними нормами права, од-

нак протягом останніх десятиріч зміст принципів вітчизняної судової системи постійно змінювався. Аналіз еволюції законодавства про судоустрій свідчить, що наповнення принципів залежить значною мірою від волі законодавця. З цього приводу Н. В. Сібільова обґрунтовано ставить під сумнів доцільність віднесення до принципу термінологічне вживання поняття, зміст якого невідомий, а така визначальна ознака принципу, як нормативність, відсутня взагалі [11].

Отже, вважаємо, що запропоновані законодавцем «принципи» судової системи, є скоріше її засадами. Цей термін зустрічається в науковій юридичній літературі. Так, Р. О. Куйбіда, досліджуючи проблеми реформування судової системи України, визначає перелік «засад» судової системи, фактично ототожнюючи їх з принципами [12].

Аналіз чинного законодавства свідчить, що, окрім прямо передбачених законодавством про судоустрій принципів територіальності, спеціалізації й інстанційності, можна виділити й інші засадничі положення.

Виключність і повнота судової влади означає поширення її на всі питання відання державної влади відповідно до її функціонального призначення. Положення, закріплене в ч. 1 ст. 124 Конституції України та п. 1 ст. 5 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 07.07.2010 р., про те, що «правосуддя в Україні здійснюється виключно судами; делегування функцій судів, а також привласнення цих функцій іншими органами чи посадовими особами не допускається», означає, що ніякий інший орган, крім суду, не вправі здійснювати судову владу. Навіть якщо діяльність того чи іншого органу в зовнішньому прояві імітуватиме процедуру провадження правосуддя, визнати її правосуддям не можна, оскільки її не виконав суд. Тим самим суспільством і державою сьогодні вже начебто усвідомлюється і поділяється ідея, що виключно суд здійснює правосуддя і жодні інші органи здійснювати його не можуть.

Постановлення рішення з конкретної справи є прерогативою суду, що підкреслює виключність судових рішень. Держава довіряє лише суду право вирішення питань законності й доцільності використання примусових повноважень держави, зокрема: (а) в установленому законом порядку застосувати цивільно-правові санкції з цивіль-

ної справи; (б) визнавати особу винною у вчиненні злочину, призначити кримінальне покарання у кримінальній справі. Лише суд вправі прийняти рішення щодо заходів, що обмежують конституційні права та свободи людини і громадянина, щодо застосування заходів медичного характеру тощо. Рішення суду у конкретній справі обов'язкові для виконання всіма державними й посадовими особами.

Вимога, щоб судова влада здійснювала лише судом, має важливе значення. Акти судової влади, тобто рішення, ухвали, вироки, постанови, не можуть бути скасовані або змінені жодним іншим органом, а лише вищим судом за наявності передбачених законом підстав. Крім того, вони підлягають обов'язковому виконанню всіма органами, установами, організаціями, посадовими особами і громадянами [13]. Також акти судової влади мають особливий порядок набуття чинності, який не потребує їхнього перезатвердження будь-яким іншим органом держави.

Повнота судової влади є визначальною в діяльності суду влади із вирішення юридично значущих справ, здійснення судового контролю. Він означає, що судова влада поширюється на всі сфери життя суспільства, на всю територію держави і на все населення без яких-небудь виключень і обмежень. З її відання не можуть бути виключені, наприклад, кримінальні справи про державну безпеку або тероризм, справи по обвинуваченню вищих посадових осіб держави, питання перевірки будь-яких дій і актів органів державної влади, суспільних органів і організацій, інших суб'єктів у правовій сфері за мотивами, не пов'язаними з підсудністю і підвідомчістю суперечки. У системі поділу влади це означає, що судова влада наділена обсягом повноважень у сфері вирішення юридично значущих справ і судового контролю, які не можуть бути обмежені ніким і нічим, окрім Конституції України.

Вилучення окремих категорій справ із судової юрисдикції є незаконним, на що неодноразово вказував у своїх рішеннях Європейський суд з прав людини [14]. Відповідно до його правової позиції суд у значенні п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод має бути наділений повною компетенцією із вирішення справи: «Орган судової влади має бути спроможним вирішити спір про цивільні права і обов'язки відповідно до по-

ложень Конвенції, а тому він повинен мати право зупинятися на питаннях права і факту, які відносяться до справи, яку він розглядає; у кримінальному судочинстві суд повинен мати повноваження оцінювати співрозмірність вини і покарання» [15].

Важливою складовою цього принципу є неприпустимість обмеження конституційних повноважень судової влади законом, іншим актом або діями органів державної влади. Основу цього положення закладено ст. 55 Конституції України, яка гарантує кожному судовий захист прав і свобод, і відповідно накладає обов'язок встановити в державно-правовій системі принципу недопустимості обмеження сфери дії судової влади.

Основний Закон України, гарантуючи справляння правосуддя лише судом, указує, що судочинство покладено на Конституційний Суд і суди загальної юрисдикції. Створення особливих чи надзвичайних судів не допускається (ст. 124 Конституції України; п. 4 ст. 3 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»). При цьому зміст цих понять ні в Конституції України, ні в Законі України «Про судоустрій і статус суддів» не розкрито. Застосування ретроспективного інструментарію приводить до висновку про те, що під особливими судами слід розуміти відокремлені судові установи із власною системою інстанцій для розгляду виділених із загального масиву певних категорій справ (як правило, кримінальних). Надзвичайними судами вважаються суди, які утворюються одноразово, для розгляду конкретної (як правило, кримінальної) справи на підставі спеціального акта органу державної влади [16]. Як правило, справи, для слухання яких формуються паралельні судовій системі окремі суди, мають яскраво виражений політичний характер. До надзвичайних судів прийнято відносити революційні трибунали, трійки ОГПУ, які існували у перші роки радянської влади, надзвичайні суди у Франції (питання державної безпеки), які існували з 1963 по 1983 рр., надзвичайні суди ФРН (політичні злочини). Як надзвичайні слід класифікувати і суди з питань боротьби з тероризмом, створені в США після вересневої трагедії 2001 р. Існування таких установ в демократичній правовій державі є неприпустимим [17; 18].

Не можна вважати надзвичайними адміністративні, воєнні та інші спеціалізо-

вані суди. Такі суди формуються з метою розгляду певної категорії справ, однак принципи їх діяльності, обсяг повноважень та порядок їх реалізації, порядок формування і відставки суддівського корпусу і т. д. є ординарними, не відрізняються або відрізняються незначним чином від загального порядку. Метою судової спеціалізації є найбільш кваліфікований розгляд тієї чи іншої категорії справ, які мають значну специфіку.

Аналіз чинного законодавства дає підстави стверджувати, що на сьогодні в Україні немає жодних правових передумов для утворення надзвичайних або особливих судів, а правосуддя відбувається виключно в законодавчо визначених межах. Гарантією щодо недопущення привласнення суддівських функцій є кримінальна відповідальність за відповідні дії (розділ XVII Особливої Частини КК України) [19].

Утворення суду на підставі закону має дві основні складові: процедурну — суд має бути утвореним на підставі закону, та процесуальну — склад суду має бути сформований відповідно до процесуального законодавства.

Процедурний аспект законності складу суду визначається міжнародними стандартами і законодавством про судоустрій. Однією з вимог Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод є утворення суду на підставі закону. Прецедентна практика Європейського суду з прав людини виходить із того, що «метою і призначенням пункту 1 статті 6 є вимога про те, щоб судоустрій у демократичному суспільстві не залежав від виконавчої влади, а регулювався законом, який виходить від парламенту. Частина 1 ст. 6 Конвенції передбачає, що кожна деталь у питаннях, які стосуються судоустрою, повинна регулюватися законодавством, через офіційний акт парламенту, у тому випадку, якщо законодавство визначає, принаймні, організаційну структуру судоустрою» [20]. В іншому рішенні Суд вказав, що «судова організація в демократичному суспільстві не повинна залежати від розсуду виконавчої влади, а має регулюватися законом, який ухвалюється в парламенті» [21].

Визначаючи органи, які належать до суду, створеного на підставі закону в Україні, слід керуватися Конституцією України та Законом «Про судоустрій України». Згідно з ч. 3 ст. 124 КУ судо-

чинство здійснюється Конституційним Судом України та судами загальної юрисдикції. Пунктом 1 ст. 17 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» чітко визначена структура судів загальної юрисдикції України, яку складають: (1) місцеві суди; (2) апеляційні суди; (3) вищі спеціалізовані суди; (4) Верховний Суд України. Найвищим судовим органом у системі судів загальної юрисдикції є Верховний Суд України. Вищими судовими органами спеціалізованих судів є відповідні вищі спеціалізовані суди.

У Законі України «Про судоустрій і статус суддів» від 07.07.2010 р. визначено, що суди загальної юрисдикції утворюються і ліквідовуються Президентом України за поданням Міністра юстиції України на підставі пропозиції голови відповідного вищого спеціалізованого суду (п. 1 ст. 20). А п. 3 згаданої статті уточнює, що підставами для утворення чи ліквідації можуть бути «зміна визначеної цим Законом системи судів, потреба поліпшити доступність правосуддя або зміна адміністративно-територіального устрою».

На думку міжнародних експертів, утворення судів Президентом України не відповідає європейським стандартам, а «суди мають утворюватися за законом (актом, прийнятим Парламентом країни), який визначатиме їхні основні складові, функції, кількість і т. д.» [22]. Варто зазначити, що висновки експертів щодо ролі глави держави в утворенні судів є обґрунтованими. Вітчизняна практика знає випадки, коли Президентом України було безпідставно ліквідовано суди під час політичної кризи, пов'язаної з протистоянням гілок влади. Отже, під час судової і наступного етапу конституційної реформи варто відмовитися від утворення і ліквідації судів Главою держави, передавши це повноваження Верховній Раді України — єдиному законодавчому органу країни. На нашу думку, парламентська процедура вирішення даного питання сприятиме зміцненню незалежності суддів й зменшить випадки довільної, безпідставної зміни судової системи країни.

Щодо процесуального аспекту законності складу суду, то справа має бути розглянута тим судом у судовій системі, до юрисдикції якого вона віднесена законом і тим складом суду (колегіальним або одноособовим), як це визначено у законі. Відповідно до ст. 8 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» ніхто не може

бути позбавлений права на розгляд його справи в суді, до підсудності якого вона віднесена процесуальним законом. Суддя розглядає справи, одержані згідно з порядком розподілу судових справ, установленим відповідно до закону. На розподіл судових справ між суддями не може впливати бажання судді чи будь-яких інших осіб. Слід підкреслити, що це положення не слід розуміти таким чином, що справу буде розглядати певний суддя, якого бажає бачити сторона (за вибором сторін), адже це суперечить засаді безсторонності й незалежності судової влади. Йдеться лише про конкретний суд, визначений законом. Відповідні положення закріплюються у правилах визначення складу суду й підсудності справи в процесуальному законодавстві. Особливе значення в цьому контексті мають чіткість викладення норм про підсудність справ і заборона спорів про підсудність, що є предметом регулювання процесуального законодавства. Окрім того, важливою гарантією дотримання законності при визначенні складу суду є введений судовою реформою 2010 р. автоматизований порядок поділу справ, який виключає суб'єктивний елемент із даного процесу.

Єдність судової системи є іншою важливою засадою побудови судової системи і походить від ідеї єдності державної влади. Як зазначає М. М. Марченко, на основі однієї й тієї самої тези — про приналежність влади народу — в різних країнах і за різних політичних обставин робляться досить суперечливі висновки. У СРСР та його східноєвропейських сателітах обґрунтовувався висновок про єдність і неподільність влади народу. В якості винятку допускалася теза про поділ компетенції й функцій. В західних країнах на підставі аналогічної тези про всевладність і єдиновладдя народу робився висновок про формально-юридичний і фактичний поділ влади, а іноді й функцій. Цей висновок закріплювався в законодавстві й конституційних актах [23]. Україна після розпаду СРСР також сприйняла вказаний принцип. Відповідно до правової позиції Конституційного Суду України «в Україні вся влада належить народові. Влада народу є первинною, єдиною і невідчужуваною та здійснюється народом шляхом вільного волевиявлення через вибори, референдум, інші форми безпосередньої демократії у порядку, визначеному Конституцією та законами України, через органи держав-

ної влади та органи місцевого самоврядування, сформовані відповідно до Конституції та законів України» [24].

Пунктом 4 ст. 17 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» визначено, що єдність системи судів загальної юрисдикції забезпечується: єдиними засадами організації та діяльності судів; єдиним статусом суддів; обов'язковістю для всіх судів правил судочинства, визначених законом; забезпеченням Верховним Судом України однакового застосування судами (судом) касаційної інстанції норм матеріального права; обов'язковістю виконання на території України судових рішень; єдиним порядком організаційного забезпечення діяльності судів; фінансуванням судів виключно з Державного бюджету України; вирішенням питань внутрішньої діяльності судів органами суддівського самоврядування [25].

Варто зазначити, у новому Законі України «Про судоустрій і статус суддів» було лише скориговано повноваження Верховного Суду України, який вже не забезпечує однакове застосування законодавства всіма судами загальної юрисдикції. Це завдання тепер покладається на вищі спеціалізовані суди, які, всупереч сумнівам, висловленим під час судової реформи 2010 р., досить вдало його виконують. Особливо варто відзначити ефективну діяльність Вищого спеціалізованого суду із розгляду цивільних і кримінальних справ, який розпочав свою діяльність у листопаді 2010 р., однак за півтора роки функціонування довів свою спроможність виконувати покладені на нього законодавством функції, зокрема щодо забезпечення єдності правозастосування в загальних судах. Цьому сприяє виконання даним судом таких повноважень, як: аналіз судової статистики, вивчення й узагальнення судової практики; надання методичної допомоги судам нижчого рівня з метою однакового застосування норм Конституції та законів України у судовій практиці на основі її узагальнення та аналізу судової статистики; надання спеціалізованим судам нижчого рівня рекомендаційних роз'яснень з питань застосування законодавства щодо вирішення справ відповідної судової юрисдикції (пункти 3, 4 п. 1 ст. 32 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»). Цей факт доводить висловлену І. В. Назаровим тезу про те, що принцип єдності судової влади не залежить виключно від статусу вищого суду країни та ступеня кон-

центрації його повноважень. Цей принцип насамперед передбачає закріплення й дотримання єдиних принципів побудови й функціонування судової системи, єдиний статус суддів, рівні умови фінансування й матеріально-технічного забезпечення судів, рівне представництво в органах суддівського самоврядування судів всіх видів, виконання судових рішень незалежно від того, який суд його виніс, та ін. [26].

Доступність судової системи як засада її побудови слідує із положення п. 3 ст. 3 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», згідно з яким судова система України повинна забезпечувати доступність правосуддя для кожної особи в порядку, визначеному законами. На жаль, конкретний зміст даної засади законодавством не конкретизується, набуваючи розвитку в наукових дослідженнях. О. М. Овчаренко констатує, що зміст принципу доступності правосуддя розкривається через сукупність правових, соціальних та економічних елементів, та відносить до правових (інституційних) елементів такі: (а) територіальна наближеність суду; (б) універсальність юрисдикції суду; (в) його компетентність; (г) стабільність судової системи [27].

На думку І. М. Жаровської, перспективними напрямками удосконалення доступу до правосуддя є такі: (а) встановлення зручної, простої та зрозумілої процедури звернень до суду; (б) встановлення доступної вартості державних мит та судових витрат; (в) гарантування надання доступної правової допомоги інвалідам, особам пенсійного віку та іншим особам, які з об'єктивних причин не мають заробітку або доходу; (г) гарантування дієвого представництва інтересів громадян у суді інвалідам, особам пенсійного віку та іншим особам, які з об'єктивних причин не мають заробітку або доходу, через органи прокуратури та органи місцевого самоврядування; (д) встановлення чітких термінів розгляду справ у суді; (е) покращення ефективної процедури виконання судових рішень [28].

Наведені висновки науковців ґрунтуються на положеннях європейських угод і прецедентної практики Європейського суду з прав людини. Уперше поняття «право на доступ до суду» пролунало в рішенні Суду у справі «Голдер проти Сполученого Королівства». У своєму рішенні Суд указав: якби п. 1 ст. 6 Конвенції розумівся як такий, що стосується виключно прова-

дження у справі, що вже розпочата в суді, Договірна держава могла б, не порушуючи цього припису, позбутися судової системи чи обмежити судову юрисдикцію щодо певних видів провадження й доручити цю справу іншим органам, які залежать від уряду. Характеристики справедливості, публічності й оперативності, судового провадження були б марними за його відсутності (тобто доступу до суду. — Авт.) [29]. У рішенні у справі «Добертен проти Франції» від 25.02.1993 р. Суд зазначив, що «держави мають організувати свою судову систему в такий спосіб, щоб їхні суди були спроможні задовольнити кожну вимогу ст. 6 Конвенції» [30]. Отже, Європейський суд з прав людини безпосередньо пов'язує питання організації судового устрою зі створенням умов для реалізації права громадян на доступ до суду. На реалізацію цих положень спрямований новий Закон України «Про судоустрій і статус суддів», значна частина новацій якого узгоджується із міжнародними стандартами.

Останні соціологічні дослідження свідчать, що для громадян основним елементом доступності правосуддя є фінансовий. Так, опитування, проведене в рамках програми ООН «Розвиток громадянського суспільства» на Львівщині у 2011 р., засвідчило, що 47% респондентів не вважають правосуддя повною мірою доступним. Опитані критикують передовсім високі витрати на судовий розгляд та брак інформації. Більше чверті опитаних заявили, що офіційні суми витрат, пов'язані зі зверненнями до суду (мити, інженерно-технічне забезпечення), для них є обтяжливими. Також чимало громадян не мають можливості звернутися до суду саме через відсутність коштів на адвоката. 57% опитаних в апеляційному суді відповіли, що не можуть собі дозволити винайняти адвоката, аби підготувати справу до суду. Дослідження також засвідчило відмінності у сприйнятті якості судочинства між різними суспільними верствами. Показово, що якістю роботи суду переважно задоволені забезпечені громадяни, які користуються послугами юристів і отримують рішення на свою користь [31].

На вирішення проблеми фінансової доступності судової влади значною мірою спрямований новий Закон України «Про судовий збір», який набрав чинності з 01.11.2011 р. Задля забезпечення фінансової доступності звернення до суду ч. 2

ст. 3 Закону встановлений досить широкий перелік винятків, коли судовий збір не сплачується (приміром, за подання заяви про перегляд Верховним Судом України судового рішення у разі встановлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні справи судом, позовної заяви про відшкодування шкоди, заподіяної особі незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органу державної влади та іншими органами). Певні нарікання викликали розміри ставок судового збору, зокрема за низкою категорій вони підвищені. Однак існуючі до введення в дію цього Закону ставки вже не відповідали реаліям часу. Окрім того, важливою новацією Закону, який спрямовано на покращення фінансування судової влади, є порядок розподілу судового збору. Згідно зі ст. 9 Закону судовий збір сплачується за місцем розгляду справи та зараховується до спеціального фонду Державного бюджету України. Кошти судового збору спрямовуються на забезпечення здійснення правосуддя, зміцнення матеріально-технічної бази судів, включаючи створення та забезпечення функціонування Єдиної судової інформаційної системи, веб-порталу судової влади, комп'ютерних локальних мереж, сучасних систем фіксування судового процесу, придбання та обслуговування комп'ютерної і копіювально-розмножувальної техніки, впровадження електронного цифрового підпису тощо [32].

Побудова судової системи обумовлюється різноманітними суспільними чинниками (історичними, культурними, ментальними, економічними), а також особливостями правової системи країни. У більшості країн світу не існує чітко визначених принципів судової системи, лише на підставі аналізу особливостей її побудови й функціонування можна виокремити певні закономірності розвитку. Аналіз чинного законодавства свідчить, що, окрім прямо передбачених Конституцією України і законодавством про судоустрій принципів територіальності, спеціалізації й інстанційності, можна виділити інші засадничі положення її побудови. Це виключність і повнота судової влади, утворення суду на підставі закону, єдність судової системи, доступність судової системи.

ПРИМІТКИ

1. Конституція України : наук.-практ. ком. / В. Б. Авер'янов, О. В. Батанов, Ю. В. Баулін [та ін.]. — Х. : Право ; К. : Ін Юре, 2003. — С. 612.
2. Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 07.07.2010 р. № 2453-VI // Офіційний вісник України. — 2010. — № 55/1/. — С. 7. — Ст. 1900.
3. Овчаренко О. М. Доступність правосуддя та гарантії його реалізації : монографія / О. М. Овчаренко. — Х. : Право, 2008. — С. 33.
4. Сібільова Н. В. Теоретичні основи побудови судової системи України / Н. В. Сібільова // Право України. — 2009. — С. 38—45.
5. Там само. — С. 38.
6. Назаров І. В. Судові системи країн ЄС та України: генезис та порівняння : монографія / В. І. Назаров. — Х. : Фінн, 2011. — С. 21, 32, 33.
7. Судебные системы европейских стран / пер. с фр. Д. И. Васильева и с англ. О. Ю. Кобыкова. — М. : Междунар. отношения, 2002. — 336 с.
8. О судебной системе Российской Федерации: Федеральный конституционный закон от 15.12.1996 г. // Собр. законодательства РФ. — 1997. — № 1. — Ст. 1.
9. Уварова О. О. Роль принципів права в процесі правозастосування : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : 12.00.01 / О. О. Уварова. — Х. : Б.в., С. 8.
10. Огляд даних про стан здійснення правосуддя у 2010 р. : Офіц. веб-портал судової влади України [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://www.court.gov.ua/sudova_statystyka/556457874511/. — Заголовок з екрану.
11. Сібільова Н. В. Зазнач. праця. — С. 39.
12. Куйбіда Р. О. Реформування правосуддя в Україні: стан і перспективи : монографія / Р. О. Куйбіда. — К. : Атіка, 2004. — С. 31—47.
13. Організація судових та правоохоронних органів : підруч. для студ. юрид. спец. вищих навч. закл. / І. Є. Марочкін, Н. В. Сібільова, В. П. Тихий [та ін.] ; за ред. І. Є. Марочкіна і Н. В. Сібільової. — Х. : Одіссей, 2009. — С. 25.
14. Де Сальвіа М. Прецеденты Европейского суда по правам человека. Руководящие принципы судебной практики, относящейся к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод: Судебная практика с 1960 по 2002 гг. / М. де Сальвіа. — СПб. : Юрид. центр Пресс, 2004. — С. 562—585.
15. Там само. — С. 554.
16. Конституція України : наук.-практ. ком. / В. Б. Авер'янов, О. В. Батанов, Ю. В. Баулін [та ін.]. — Х. : Право ; К. : Ін Юре, 2003. — С. 619.
17. Боботов С. В. Правосудие во Франции : учеб. пособ. / С. В. Боботов. — М. : Изд-во «ЕАВ», 1994. — С. 32.
18. Конституція України : наук.-практ. ком. / В. Б. Авер'янов, О. В. Батанов, Ю. В. Баулін [та ін.]. — Х. : Право ; К. : Ін Юре, 2003. — С. 619.
19. Кримінальний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 25. — Ст. 131.
20. Гомьен Д. Европейская конвенция о правах человека и Европейская социальная хартия: право и практика / Д. Гомьен, Д. Харрис, Л. Зваак. — М. : Изд-во МНИМП, 1998. — С. 219.
21. Де Сальвіа М. Зазнач. праця. — С. 374.
22. Спільний висновок щодо Закону України «Про судоустрій і статус суддів» № 588 / 2010 : ухвалений Венеціанською комісією на 84-му пленарному засіданні (Венеція, 15—16.10.2010 р.) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/\(newsforwebarchive\)?openview](http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/(newsforwebarchive)?openview). — Заголовок з екрану.
23. Марченко М. Н. Проблемы теории государства и права : учебник / М. Н. Марченко. — М. : ТК Велби, Изд-во «Проспект», 2008. — С. 305.
24. Рішення Конституційного Суду України у справі про здійснення влади народом від 05.10.2005 р. № 6-рп/2005 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.ccu.gov.ua/uk/doccatalog/list?currDir=9891>. — Заголовок з екрану.
25. Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 07.07.2010 р. № 2453-VI // Офіційний вісник України. — 2010. — № 55/1/. — С. 7. — Ст. 1900.
26. Назаров І. В. Зазнач. праця. — С. 432.
27. Овчаренко О. М. Зазнач. праця. — С. 74.

28. Жаровська І. М. Доступність права: теоретико-правові проблеми : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : 12.00.01 / І. М. Жаровська. — Х. : Б.в., 2006. — С. 11, 16.

29. «Голдер проти Сполученого Королівства». Рішення Європейського суду з прав людини від 21.02.1975 р. // Европейский суд по правам человека: Избр. решения : в 2 т. — Т. 1 / под ред. В. А. Туманова. — М. : НОРМА, 2000. — С. 39—80.

30. «Добертен проти Франції». Рішення Європейського суду з прав людини від 25.02.1993 р. // Вибрані рішення Європейського суду з прав людини (1993—2002 рр.): Праці Львів. лаборат. прав людини і громадянина НДІ держ. буд-ва та місцевого самоврядування АПрН України: Серія II: Коментарі прав і зак-ва. — Вип. 3. — Х. : Консум, 2003. — С. 154—156.

31. Стадник Г. Заможні українці більш задоволені судочинством [Електронний ресурс] / Г. Стадник. — Режим доступу : <http://www.judges.org.ua/dig2136.htm>. — Заголовок з екрану.

32. Про судовий збір : Закон України від 08.07.2011 р. № 3674-VI // Офіційний вісник України. — 2011. — № 59. — С. 110. — Ст. 2349.

Городовенко Виктор. Основы построения судебной системы Украины.

В статье анализируется законодательство о судостроительстве с целью определения основ построения судебной системы. Выделяются такие исходные положения построения судебной системы, как территориальность, специализация, инстанционность, исключительность и полнота судебной власти, образование суда на основании закона, единство и доступность судебной системы.

Ключевые слова: *судебная система, основы организации судебной системы.*

Gorodovenko Viktor. Compositional basics of judicial system of Ukraine.

The author analyses Ukrainian legislation on judiciary in order to determine basics of the judicial system organization. The author distinguishes such initial principles of judicial system composition, such as territoriality principle, specialization, court instances, exceptional nature and completeness of judiciary, establishing court on legal grounds, unity of the judicial system and access to justice.

Key words: *judicial system, basics of judicial system organization.*

УДК 346.14+346.9

Євген Таликін,

кандидат юридичних наук,

доцент кафедри господарського права

Східноукраїнського національного університету імені Володимира Даля

ОЗНАКИ ГОСПОДАРСЬКОЇ ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ ФОРМИ ЯК СУДОВОЇ ФОРМИ ЗАХИСТУ ПРАВ ТА ІНТЕРЕСІВ

У статті йдеться про систему ознак господарської процесуальної форми, котрі притаманні їй як одному з видів судової процесуальної форми. Автор узагальнює досвід ряду теоретичних праць та на підставі загальних положень формує свій погляд на спільність ряду якостей, що відрізняють судову процесуальну форму від інших форм захисту прав та інтересів. Також у статті аналізуються умови використання загальних ознак для подальшого окреслення специфіки господарської процесуальної форми.

Ключові слова: форма, процес, ознака, захист, універсальність, правосуддя.

Дослідження господарської процесуальної форми посідає одне з провідних місць у науці. Складність та змінюваність об'єкта розгляду обумовлює наявність різноманітних підходів до вивчення зазначеного явища. В теоретичних напрацюваннях відсутня єдність з приводу загальних позицій та окремих складових господарської процесуальної форми. Нетривалий час існування, наявність у світі різноманітних способів організації вирішення господарських спорів, конкуренція з традиційними судовими формами вказують на підвищену актуальність обґрунтування теоретико-правових засад господарської процесуальної форми.

Господарська процесуальна форма досліджувалась у працях значної кількості вчених. Варто згадати таких процесуалістів, як О. А. Беляєвич, С. В. Васильєв, О. М. Вінник, Г. Л. Дуднікова, К. І. Комісаров, А. А. Латкін, В. К. Мамутов, Б. М. Поляков, Д. М. Притика, Г. П. Тимченко та інших. Разом з тим, окремі аспекти потребують оновлення існуючих поглядів та конкретизації наукових положень. Зокрема більш детальному науковому дослідженню мають бути піддані ознаки господарської процесуальної форми. В умовах нестабільності господарської юрисдикції, конкуренції з цивільною та адміністративною судовими формами захисту, нестійкості критеріїв формування компетенції господарського суду навряд чи виправдане

зосередження тільки на специфіці господарської процесуальної форми та повне нівелювання загальних ознак судової форми. Адже в літературі обґрунтовано підкреслюється, що наявність ефективної, внутрішньо узгодженої системи форм, способів та процесуальних засобів захисту порушених суб'єктивних прав та охоронюваних законом інтересів, створення та підтримання якої слід розглядати як складову обов'язку держави щодо захисту прав суб'єктів господарювання, є важливою юридичною гарантією розвитку підприємництва і забезпечення правового порядку в сфері суспільного виробництва [1]. Правильним, з нашого погляду, буде шлях конкретизації спільних ознак та виділення особливостей обраного виду судочинства. Тому, з урахуванням складної ієрархії форм захисту, вважаємо найбільш корисним виявлення ознак, властивих усім судовим процесуальним формам, а далі на їхній основі — специфічних ознак, притаманних лише господарській процесуальній формі.

Метою статті є визначення ознак господарської процесуальної форми, притаманних їй як виду судової процесуальної форми.

У науці з приводу ознак господарської процесуальної форми висловлені різноманітні міркування. Найбільш авторитетною та поширеною позицією стали положення, котрі свого часу сформулю-

вав К. І. Комісаров і які визначили основу уявлення про ознаки процесуальної форми. До таких він відносив нормативність, беззаперечність, системність та універсальність [2]. Позиція К. І. Комісарова активно підтримується в науці, зокрема аналогічні думки висловили С. В. Васильєв [3], В. Д. Чернадчук, В. В. Сухонос, В. П. Нагребельний, Д. М. Лук'янець [4], В. В. Ярков [5].

Однак така позиція є далеко не єдиною. Запропоновані ознаки підлягають критиці з боку інших процесуалістів. Зокрема А. А. Латкін переконливо доводить, що запропоновані ознаки не є специфічними власне для процесуальної форми, їх можна віднести і до ознак процесуальної норми, процесуального законодавства в цілому [6].

Іншим компетентним підходом є погляд А. А. Мельникова, котрий розглядав сутність процесуальної форми через такі ознаки:

- 1) розгляд та вирішення справ здійснюється незалежними суддями;
- 2) розгляд справ здійснюється у відкритому судовому засіданні;
- 3) участь у процесі усіх зацікавлених осіб з обсягом процесуальних прав, котрі дають їм реальну можливість захисту, є обов'язковою;
- 4) існують інститути перевірки законності та обґрунтованості судових постанов;
- 5) законність і обґрунтованість самих рішень є обов'язковою вимогою [7].

Окреслена думка знайшла широку підтримку в процесуальній літературі.

Разом із тим, подібний підхід критикується окремими процесуалістами через змішування ознак та принципів, що зводить сутність процесуальної форми виключно до принципів процесуального права [8; 9].

Досить специфічною є позиція В. М. Горшеньова, який загальними ознаками процесуальної форми визначав поняття процесуального провадження, процесуальної стадії та процесуального режиму [10]. Однак з кваліфікацією вказаних правових явищ в якості ознак процесуальної форми навряд чи можна погодитися через те, що вони являють собою її структурні елементи.

У сучасній процесуальній літературі

також відсутня єдність у розгляді ознак господарської процесуальної форми. Зокрема Т. В. Сахнова вбачає ознаки процесуальної форми в нормативності, системності, формальній визначеності, динамізмі та стабільності [11].

На думку О. В. Єгорової, існують такі ознаки цивільної процесуальної форми:

- 1) призначення для впорядкування діяльності щодо здійснення правосуддя в цивільних справах;
- 2) закріплення цивільної процесуальної форми нормами цивільного процесуального права;
- 3) залежність цивільної процесуальної форми від системи принципів цивільного процесуального права;
- 4) надання процесуальних гарантій учасникам цивільного процесу;
- 5) системність цивільної процесуальної форми [12].

А. Р. Хакимулін вказує на існування досить широкого переліку особливостей або ознак процесуальної форми:

- 1) відповідність принципам процесуального права;
- 2) особам, що беруть участь у справі, надається система процесуальних прав та гарантій таких прав;
- 3) закон вичерпно визначає коло осіб, котрі мають право брати участь в розгляді спору;
- 4) кожен з учасників процесу володіє тільки йому притаманним набором процесуальних прав, посідає своє, суворо визначене місце в процесі;
- 5) дії кожного з учасників суворо регламентовані;
- 6) послідовність процесу характеризується стадійністю: стадії змінюються послідовно й у заздалегідь встановленому порядку;
- 7) цільова спрямованість процесу: процесуальна форма покликана гарантувати досягнення мети процесуальної діяльності — відновлення і захисту порушених суб'єктивних прав та охоронюваних законом інтересів [13].

Разом з тим, автор доповнює вказаний перелік та доходить висновку, що основною відмінною ознакою є те, що така форма є позовною за загальним правилом [14].

Деякі автори не посилаються на будь-які ознаки господарської процесуальної

форми, але виділяють її риси. Наприклад, В. С. Анохін відносить до рис господарської процесуальної форми:

- 1) визначеність законом;
- 2) винесення рішення на підставі доказування;
- 3) участь в розгляді справи осіб, зацікавлених у судовому рішенні [15].

Інші процесуалісти називають аналогічні фактори вже якісними особливостями [16].

І. В. Кананович викладає риси арбітражної (господарської) процесуальної форми, в якості яких пропонує вважати:

- 1) пов'язаність суду та інших учасників процесу в своїй діяльності правовими нормами;
- 2) рівність можливостей сторін у захисті своїх прав та законних інтересів;
- 3) нормативне регулювання послідовності, форми та змісту процесуальних дій;

4) дозволеність вчиняти учасникам процесу тільки ті дії, що передбачені процесуальними нормами [17].

Висловлена також думка про наявність в арбітражній (господарській) процесуальній формі таких характеристик:

- 1) законодавчої врегульованості;
- 2) імперативності правових норм;
- 3) обов'язковості участі в якості одного із суб'єктів арбітражного суду;
- 4) визначеності процесуальних дій нормами права;
- 5) правового характеру дій [18].

А. А. Латкін конкретизує ознаки арбітражної (господарської) процесуальної форми в категорії «вимоги», обумовлюючи вказаний підхід нерозривною єдністю форми та змісту процесуальної діяльності. При цьому ознаки процесуальної форми трансформуються у вимоги процесуальної форми до змісту процесу [19].

Отже, спектр наукових поглядів на ознаки господарської процесуальної форми є вельми широким, але не всі наукові здобутки відповідають сучасному стану та тенденціям розвитку господарської юрисдикції. В обраному аспекті дослідження, на нашу думку, одним із ключових моментів є визначення критеріїв виділення ознак господарської процесуальної форми, оскільки від точки відліку буде залежати напрям наукового пошуку та характер отриманих результатів.

У науці запропоновані певні методологічні підходи до формулювання ознак галузевої процесуальної форми. Зокрема О. В. Єгорова обґрунтовує, що в характеристиці ознак поняття «цивільна процесуальна форма» мають бути присутніми тільки ті, які: по-перше, є «загальними» ознаками, притаманними усій цивільній процесуальній формі як цілісному правовому поняттю; по-друге, мають характеризувати її не з позицій якості — поєднання позитивних та негативних моментів — а з точки зору її сутності (тобто «структури») [20].

З подібним підходом можна погодитися лише частково. Безсумнівно, справедливим є зауваження щодо необхідності врахування в якості ознак лише загальних характеристик. Однак отожднення сутності форми з її структурою та протиставлення якості видається нам надто категоричним. У питанні виділення ознак господарської процесуальної форми підхід має бути більш зваженим та гнучким, адже питання сутності та якості господарської процесуальної форми є тісно пов'язаними та взаємно обумовленими.

Важливим вихідним положенням є також те, що господарська процесуальна форма — це вид судової процесуальної форми і входить до цього більш об'ємного поняття. Разом із тим, господарська процесуальна форма входить до іншого кола об'єктів порівняння, виділеного за принципом спрямованості на захист прав та інтересів суб'єктів господарювання. Слід звернути увагу на зауваження, зроблене А. Р. Хакимуліним стосовно цивільної процесуальної форми, де вказані в науці ознаки навряд чи характеризують її як самостійне правове явище — більшою мірою ці ознаки мають застосування до загального поняття процесуальної форми [21]. Подібна теза буде справедливою і щодо господарської процесуальної форми.

Зважаючи на загальнофілософські засади визначення змісту поняття «ознаки», враховуючи, що поряд з ознаками господарської процесуальної форми існують інші її характеристики, а саме: властивості, вимоги, структура тощо, вважаємо доцільним виділення ознак господарської процесуальної форми в порівнян-

ні з іншими формами захисту прав та інтересів суб'єктів. У сучасній юридичній науці доводиться, що дієвість порівняльного аналізу пов'язується, зокрема, з правильним вибором об'єктів (порівнювати можна лише ті об'єкти, які зумовлені єдиними причинами їх виникнення або перебувають на одному рівні суспільного розвитку) [22].

У нашому дослідженні ми будемо виходити з того, що істотними ознаками господарської процесуальної форми є ті характеристики, що відрізняють її від інших форм захисту прав суб'єктів господарювання. Порівняння в рамках кола, обмеженого формами захисту прав та інтересів суб'єктів господарювання, дозволяє виділити ті характеристики господарської процесуальної форми, що обумовлюють її ідентифікацію як такої. Разом із тим, обраний аспект наукового пошуку обмежує результат лише тими ознаками, що мають значення в рамках правового призначення господарської процесуальної форми, позбавляючись характеристик, притаманних їй в якості елементу інших класів, що мають розглядатися в рамках відповідних напрямів наукового пошуку.

У науці відсутній сталий підхід до визначення та класифікації форм захисту прав та законних інтересів. Серед форм захисту суб'єктивних прав та інтересів називаються такі: судова, альтернативна, нотаріальна [23], самозахист [24; 25], державні та недержавні форми [26], претензійна [27], форма третейського розгляду [28], змішана [29] тощо. Не входячи в складні суперечності з приводу питання, котре само собою вимагає окремого дослідження, зауважимо, що для мети нашої роботи зупинимось на найбільш достеменно визначених формах захисту, котрі, як правило, не викликають спорів у науці. Тому в якості об'єктів групи порівняння доцільно розглядати судову, адміністративну, нотаріальну, альтернативну форми та самозахист. Відповідно, специфічними ознаками судової форми будуть ті риси, котрі властиві їй та не притаманні іншим формам.

Теоретики процесуального права традиційно підкреслюють специфіку судового захисту. В науковій літературі вка-

зується, що судова форма захисту посідає пріоритетне місце серед форм захисту, існує постійно та носить універсальний характер [30; 31; 32; 33]. Своєрідну роль судової форми захисту Г. П. Тимченко пов'язує з такими моментами:

1) судова форма захисту являє собою діяльність судів, котрі є носіями судової влади відповідно до Конституції;

2) судова форма максимально пристосована до вирішення спорів, пов'язаних із порушенням чи можливістю порушення суб'єктивних прав та законних інтересів, оскільки діяльність судів з вирішення спорів відбувається в особливій процесуальній формі;

3) судова форма захисту носить універсальний характер, оскільки в судовому порядку може захищатися будь-яке суб'єктивне право та законний інтерес [34].

Із викладеним варто погодитися, зауваживши, що пристосованість до вирішення спорів внаслідок перебігу в процесуальній формі потребує само собою окремого пояснення і є явищем складним, результатом дії значної кількості факторів процесуальної форми.

Отже, судова процесуальна форма є *універсальною*, що проявляється в можливості захисту за її допомогою будь-яких прав та інтересів. Крім того, універсальність судової форми обумовлює її пріоритетність над іншими формами, адже вона може мати місце і після застосування інших позасудових форм вирішення конфлікту. Також універсальність судової форми вказує на стабільність її результату: судові рішення завжди є остаточним вирішенням справи, в той час як інші форми можуть набути такого характеру тільки за бажанням сторін конфлікту.

Науковці зауважують на самостійне значення арбітражної (господарської) процесуальної форми. Зокрема Т. А. Григор'єва веде мову про те, що арбітражна (господарська) процесуальна форма може бути використана для захисту суб'єктивних прав, котрі регламентуються іншими галузями права [35]. Додамо, що господарська процесуальна форма з успіхом використовується для усунення різного роду конфліктів у суспільстві — не тіль-

ки вирішення спорів, а й здійснення судового контролю, попередження правопорушень. Аналогічна ситуація спостерігається і в інших видах судочинства. Загальною тенденцією є те, що судова компетенція тягнє до розширення. Зв'язок між матеріальним та процесуальним правом конкретизується, поглиблюється його зворотний бік, а процесуальні механізми підлягають автономному удосконаленню. Основою розширення сфери застосування судової форми є досягнення нею такого рівня розвитку, котрий надає їй *самостійної правової цінності*. Інші ж форми захисту прав та інтересів більш обмежені матеріальним конфліктом, для усунення якого використовуються, тому говорити про їхню самостійність на сучасному етапі розвитку сфери захисту немає підстав.

На думку А. Н. Єрмакова, судова та адміністративна форми відрізняються владним характером повноважень органів та посадових осіб, котрі здійснюють захист [36]. Однак судова форма пов'язана не просто із здійсненням влади, а й з певною якістю влади, котра її здійснює. Сучасним соціальним стандартом є положення про те, що судова влада посідає рівноправне місце в суспільстві, а здійснення правосуддя є основною (якщо не єдиною) її функцією. Судова діяльність з позиції владного змісту характеризується системою підвищених вимог до суб'єктів її здійснення. Порядок формування і діяльності судів, гарантії їхньої незалежності, підвищена відповідальність — вказують на здійснення судового захисту не просто в рамках владних повноважень. Судова влада в царині постановлення індивідуальних рішень (власне діяльність, що охоплюється поняттям захисту прав та інтересів) є найвищою в державі. Рішення, прийняті при реалізації адміністративної форми захисту, підлягають судовому контролю і можуть бути змінені. Рішення ж судової влади не підконтрольні жодному іншому органу із владними повноваженнями. Використовуючи певну термінологічну аналогію, можемо висловитися, що владний характер судової форми захисту володіє вищою юридичною силою. Тому судова форма володіє такою ознакою, як *найвищий владний характер повноважень юрисдикційного органу*.

На відміну від інших форм захисту, судова відрізняється наявністю системи деталізованих правил процедури, розрахованих на постійне застосування. Окреслюючи специфіку судової форми захисту, Д. М. Фурсов вказує на найбільш регламентований порядок розгляду та вирішення спорів, заснований на конституційному закріпленні системи судових органів, котрий істотно відрізняється від інших форм захисту права [37]. Про це говорить і А. Р. Канюкаєва, вказуючи, що судовий захист прав та охоронюваних законом інтересів здійснюється в особливому, детально регламентованому законом порядку [38]. Також правильним є зауваження Г. П. Тимченка про те, що процесуальна форма має місце лише тоді, коли законодавством послідовно, всебічно, уніфіковано регулюється весь хід та умови розгляду юридичної справи, починаючи від порушення справи і закінчуючи винесенням рішення [39]. Тому наступною ознакою процесуальної форми є *регламентарний характер*.

Окремо слід зауважити, що вказана ознака стосується деталізації, повноти охоплення, стандартності, що відрізняють судову форму від інших. Однак вона не тотожна запропонованим у науці ознакам нормативності, формальної визначеності і тому подібних. Власне нормативність та формальна визначеність притаманні усім правовим явищам, оскільки є загальновизнаними ознаками права. В літературі піддаються справедливій критиці тези про те, що судова процесуальна форма встановлюється виключно законом, має суто імперативний характер [40]. Сучасні наукові дослідження доводять, що метод процесуального права часто можна характеризувати як імперативно-диспозитивний [41]. Подібні зауваження слід визнати доречними. За структурою джерел нормативного регулювання та рівнем імперативності процесуальні галузі права не істотно відрізняються від інших галузей публічного права. Питома вага таких джерел, як роз'яснення вищих судів та судова практика в процесуальних галузях права, навіть перевищує середню.

Для судової форми захисту характерним є також тісний зв'язок з поняттям

правосуддя, що є істотною характеристикою змісту такої діяльності. Традиційно саме правосуддя як діяльність з вирішення спорів є ядром, основою, невід'ємною рисою судової діяльності. Правосуддя в розрізі характеристики діяльності є поняттям об'ємним, що давно переросло свій технічний аспект і асоціюється з категоріями справедливості, належності, незалежності. В науці справедливо звертається увага на те, що правосуддя є міжнародним стандартом захисту, самодостатнім з позиції вимог захисту прав особистості та вимог правової держави [42], а судовий захист генетично пов'язаний з правами людини, тими цінностями громадянського суспільства, що є орієнтирами соціального розвитку та удосконалення суспільних відносин [43]. Інші форми захисту прав та інтересів подібного навантаження не несуть. Отже, судова форма захисту має ознаку *реалізації соціального, ідеологічного стандарту справедливості*.

Таким чином, ми вважаємо, що судовій процесуальній формі захисту в аспекті системи форм захисту прав та інтересів притаманні такі ознаки:

- 1) універсальність;
- 2) самостійне значення;
- 3) найвищий владний характер повноважень юрисдикційного органу;

- 4) регламентарний характер;
- 5) реалізація соціального, ідеологічного стандарту справедливості.

На нашу думку, виділені ознаки характеризують судову процесуальну форму як збірну категорію, що об'єднує усі види судочинства, в розрізі її ролі і значення в суспільстві в порівнянні з іншими формами захисту прав та інтересів. Система процесуальних форм захисту являє собою складне комплексне багаторівневе утворення. Науковці справедливо стверджують, що процесуальні форми захисту прав та охоронюваних законом інтересів, з одного боку, є системою більш елементарних частин, її складових, а з іншого — виступають в якості компоненту більш широкої системи [44]. Як збірна категорія «судова процесуальна форма» об'єднує в собі різні види процесуальних форм, серед яких господарська процесуальна форма володіє притаманними тільки їй специфічними ознаками. Подальша деталізація запропонованих ознак, а також порівняння в рамках кола судових процесуальних форм сприятимуть формуванню об'ємної індивідуальної характеристики господарської процесуальної форми.

ПРИМІТКИ

1. Беяневич О. А. Про форми захисту прав суб'єктів господарювання / О. А. Беяневич // Українське комерційне право. — 2007. — № 8. — С. 62—69.
2. Комиссаров К. И. Последовательно прогрессивное развитие советского гражданского процессуального права / К. И. Комиссаров // Проблемы действия и совершенствования советского гражданского процессуального законодательства : межвуз. сборник науч. тр. СЮИ. — Свердловск, 1982. — С. 4—9.
3. Васильев С. В. Хозяйственное судопроизводство Украины : учеб. пособ. / С. В. Васильев. — Х. : Эспада, 2002. — С. 15—16.
4. Господарське процесуальне право України : підручник / В. Д. Чернадчук, В. В. Сухонос, В. П. Нагребельний, Д. М. Лук'янець. — Суми : ВТД «Університетська книга», 2006. — С. 26.
5. Арбитражный процесс / под ред. В. В. Яркова. — М. : Юристъ, 2002. — С. 20.
6. Латкин А. А. Процессуальная форма разрешения дел в арбитражном суде первой инстанции : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.15 / А. А. Латкин. — Самара, 2003. — С. 28.
7. Мельников А. А. Правовое положение личности в советском гражданском процессе / А. А. Мельников. — М. : Наука, 1969. — С. 28.
8. Чечина Н. А. Основные направления развития науки советского гражданского процессуального права / Н. А. Чечина. — Л. : Изд-во Ленингр. ун-та, 1987. — С. 51—52.
9. Егорова О. В. Сущность гражданской процессуальной формы : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.15 / О. В. Егорова. — СПб., 2001. — С. 57—59.

10. Теория юридического процесса / под ред. В. М. Горшенева. — Х., 1985. — С. 85.
11. Сахнова Т. В. Курс гражданского процесса : теоретические начала и основные институты / Т. В. Сахнова. — М. : Волтерс Клувер, 2008. — С. 47.
12. Егорова О. В. Зазнач. праця. — С. 42.
13. Хакимулин А. Р. Особенности механизма судебной защиты субъективных гражданских прав и охраняемых законом интересов в исковом процессе : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.15 / А. Р. Хакимулин. — Ярославль, 2004. — С. 81.
14. Там само. — С. 82.
15. Анохин В. С. Арбитражное процессуальное право России : учебник / В. С. Анохин. — М. : Владос, 1999. — С. 4.
16. Арбитражный процесс : учеб. пособ. / под ред. Р. Е. Гукасяна и В. Ф. Тараненко. — М. : Юрид. лит., 1996. — С. 16.
17. Кананович И. В. Арбитражный процесс: схемы и комментарии / И. В. Кананович. — М. : Юриспруденция, 1999. — С. 12.
18. Арбитражный процесс : учеб. для вузов / под общ. ред. Я. Фархтдинова [и др.]. — СПб. : Питер, 2003. — С. 18.
19. Латкин А. А. Зазнач. праця. — С. 28—29.
20. Егорова О. В. Зазнач. праця. — С. 44.
21. Хакимулин А. Р. Зазнач. праця. — С. 82.
22. Бигич О. Л. Порівняльне правознавство: природа та методологічне значення : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / О. Л. Бигич. — К., 2002. — С. 9.
23. Тимченко Г. П. Способи та процесуальні форми захисту цивільних прав : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Г. П. Тимченко. — Х., 2002. — С. 69.
24. Беляневич О. А. Про форми захисту прав суб'єктів господарювання / О. А. Беляневич // Українське комерційне право. — 2007. — № 8. — С. 62—69.
25. Антонюк О. І. Право учасників цивільних правовідносин на самозахист : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : 12.00.03 / О. І. Антонюк. — Х., 2004. — С. 6.
26. Ермаков А. Н. Меры защиты в арбитражном процессуальном праве : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.15 / А. Н. Ермаков. — Саратов, 2002. — С. 30.
27. Абова Т. Е. Охрана хозяйственных прав предприятий / Т. Е. Абова. — М. : Юрид. лит., 1975. — С. 104.
28. Григорьева Т. А. Проблемы арбитражной юрисдикции в России. История возникновения и пути решения на современном этапе : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.15 / Т. А. Григорьева. — Саратов, 2002. — С. 157.
29. Вершинин А. П. Способы защиты прав в суде : дис. ... докт. юрид. наук в форме научн. докл. : 12.00.03 / А. П. Вершинин. — СПб., 1998. — С. 14.
30. Тимченко Г. П. Зазнач. праця. — С. 55.
31. Воложанин В. П. Несудебные формы разрешения гражданско-правовых споров / В. П. Воложанин. — Свердловск : Средне-Уральское книжное изд-во, 1974. — С. 33.
32. Осипов Ю. К. Подведомственность юридических дел / Ю. К. Осипов. — Свердловск : Средне-Уральское книжное изд-во, 1973. — С. 94—95.
33. Чечот Д. М. Субъективное право и формы его защиты / Д. М. Чечот. — Ленинград : Изд-во Ленингр. ун-та, 1968. — С. 53.
34. Тимченко Г. П. Зазнач. праця. — С. 67—68.
35. Григорьева Т. А. Зазнач. праця. — С. 158.
36. Ермаков А. Н. Зазнач. праця.
37. Фурсов Д. А. Предмет, система и основные принципы арбитражного процессуального права: современные проблемы теории и практики : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.04 / Д. А. Фурсов. — М., 2003. — С. 71.
38. Канюкаева А. Р. Система процессуальных форм защиты в российском праве : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / А. Р. Канюкаева. — Самара, 2009. — С. 103.
39. Тимченко Г. П. Зазнач. праця. — С. 55.
40. Латкин А. А. Зазнач. праця. — С. 26—29.
41. Паскар А. Л. Цивільні процесуальні правовідносини : структурно-функціональний аналіз : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : 12.00.03 / А. Л. Паскар. — К., 2009. — С. 4.

42. Тимченко Г. П. Зазнач. праця. — С. 55.
43. Морозова Л. А. Государственно-правовые отношения в обновляющейся федерации / Л. А. Морозова // Советское государство и право. — 1991. — № 4. — С. 21.
44. Канюкаева А. Р. Зазнач. праця. — С. 14.

Талыкин Евгений. Признаки хозяйственной процессуальной формы как судебной формы защиты прав и интересов.

В статье излагается система признаков хозяйственной процессуальной формы, присущих ей в качестве вида судебной процессуальной формы. Автор обобщает опыт ряда теоретических работ и на основе общих положений формирует свой взгляд на общность ряда признаков, которые отличают судебную процессуальную форму от других форм защиты прав и интересов. Также в статье анализируются условия использования общих признаков для дальнейшего выявления специфики хозяйственной процессуальной формы.
Ключевые слова: форма, процесс, признак, защита, универсальность, правосудие.

Talykin Eugene. Signs of economic forms of procedural justice as a form of protection of the rights and interests.

The article describes the economic system of signs procedural form, distinguishing it from the civil procedural form. The author summarizes the experience of a number of theoretical studies and on the basis of general provisions form his views on jurisprudence, which is a major factor in the separation of specific features of economic procedural form. The article also analyzes the economic conditions of adaptation to the requirements of procedural form of economic relations.

Key words: form, process, sign, defence, universality, justice.

УДК 347.9

Оксана Хотинська-Нор,
кандидат юридичних наук

РОЛЬ ТА ЗНАЧЕННЯ РОЗ'ЯСНЕНЬ ПЛЕНУМУ СУДУ КАСАЦІЙНОЇ ІНСТАНЦІЇ В КОНТЕКСТІ РЕФОРМУВАННЯ СУДОВОЇ СИСТЕМИ УКРАЇНИ

У статті розглядаються питання, пов'язані зі статусом рекомендаційних роз'яснень пленуму суду касаційної інстанції з позиції проведеного реформування вітчизняної системи судоустрою та ролі суду касаційної інстанції у формуванні судової практики, сформульовано кінцеву мету таких роз'яснень, обґрунтовано необхідність наявності повноважень із надання роз'яснень у пленумі вищого спеціалізованого суду.

Ключові слова: єдність судової практики, постанова пленуму, рекомендаційні роз'яснення, суд касаційної інстанції.

Постійне реформування, якого зазнає вітчизняна судова система, диктує загальну необхідність у пошуку нових шляхів розв'язання тих проблем, що залишилися невирішеними або ж виникли в царині здійснення правосуддя у зв'язку із запропонованими реформуванням новаціями.

Слід зазначити, що процес реформування судової гілки влади в Україні триває настільки довго, що інколи важко згадати, коли він розпочався та які етапи пройшов. Здавалося, лише недавно був прийнятий Закон України «Про судоустрій і статус суддів» (далі — Закон), практика застосування окремих положень якого тільки напрацьовується, як Указом Президента України від 17.05.2012 р. № 328/2012 з метою напрацювання пропозицій щодо змін до Конституції України було утворено Конституційну Асамблею, яка у своєму складі, серед інших, створює комісію з питань правосуддя. І якщо про конкретні новації говорити передчасно, то сам факт майбутніх змін до розділу VIII Конституції України «Правосуддя» сумнівів не викликає та не заперечується.

У будь-якому випадку сучасний стан речей у сфері судоустрою потребує переосмислення багатьох відомих постулатів, які з прийняттям згаданого Закону зазнали змін, що носили певною мірою «революційний» характер для вітчизня-

ної судової системи. І хоча багато з них дискутуються юридичною спільнотою, позитивне спрямування окремих новацій є незаперечним.

Зокрема зміни, яких зазнала інстанційна побудова судової системи України, сприяли утвердженню цілісного (консолідованого) інституту суду касаційної інстанції з формуванням нових підходів до усвідомлення його правового статусу та повноважень. Саме різноманітність останніх вказує на визначальне значення ролі суду касаційної інстанції та покладених на нього завдань.

Відповідно до ст. 31 Закону у системі судів загальної юрисдикції як суди касаційної інстанції з розгляду цивільних і кримінальних, господарських, адміністративних справ діють вищі спеціалізовані суди, до повноважень яких Законом віднесено, зокрема, надання судам нижчого рівня методичної допомоги, а також рекомендаційних роз'яснень з питань застосування законодавства щодо вирішення справ відповідної судової юрисдикції, які мають на меті забезпечення однакового застосування норм Конституції та законів України.

Цікавою з точки зору нормотворчої техніки та буквального тлумачення є конструкція п. 4 ст. 32 Закону, яка саме і закріпила за судами касаційної інстанції окреслені вище повноваження. Зокрема вона містить дві складові: 1) надання ме-

тодичної допомоги судам нижчого рівня та 2) надання рекомендаційних роз'яснень з питань застосування законодавства. При цьому мета — однакове застосування норм Конституції та законів України, законодавчо визначена лише у випадку із повноваженнями з надання методичної допомоги. Таким чином, постає запитання: чи мають на меті забезпечення єдності в процесі нормозастосування судами, з точки зору законодавця, рекомендаційні роз'яснення вищого спеціалізованого суду і чи можна їх розглядати як складову методичної допомоги судам нижчого рівня?

Не маючи на меті розглянути в цій публікації увесь спектр проблем, пов'язаних із позапроцесуальними повноваженнями вищих спеціалізованих судів, які останнім часом жваво обговорюються в суспільстві, спробуємо дати оцінку рекомендаційним роз'ясненням суду касаційної інстанції з позиції проведених реформ у вітчизняній системі судоустрою.

Зауважимо, що питання, пов'язані із забезпеченням єдності судової практики, наданням судами рекомендаційних роз'яснень, завжди перебували в полі зору як вітчизняних, так і зарубіжних науковців та практиків, серед яких С. М. Брагусь, Т. М. Добровольська, Н. Карнаух, Н. Кондратенко, Д. В. Кухнюк, Д. Д. Луспеник, В. В. Сердюк, С. А. Хомяков та інші.

Отже, згідно зі ст. 36 Закону роз'яснення рекомендаційного характеру з питань застосування спеціалізованими судами законодавства при вирішенні справ відповідної судової юрисдикції надає таке структурне утворення вищого спеціалізованого суду, як пленум, єдиними актами якого є постанови. Однак, як відомо, не всі постанови пленуму вищого спеціалізованого суду, за своїм змістом є рекомендаційними роз'ясненнями, оскільки шляхом прийняття постанов пленум також вирішує низку організаційних питань, що входять до його компетенції, зокрема призначення та звільнення з посади секретаря пленуму, затвердження Регламенту пленуму, положення про Науково-консультативну раду вищого спеціалізованого суду та її персональний склад, визначення персонального складу редакційної колегії друкованого органу.

І знову законодавець, визначаючи повноваження щодо надання роз'яснень окремим пунктом при формулюванні компетенції пленуму вищого спеціалізованого суду, уникає нормативного закріплення мети таких роз'яснень. Водночас, вписавши, що надання роз'яснень з питань застосування законодавства здійснюється за результатами узагальнення судової практики, законодавець таким чином скеровує нас до мети такого узагальнення, яка відповідно до п. 2 ч. 2 ст. 36 Закону полягає у забезпеченні однакового застосування норм права при вирішенні справ відповідної судової юрисдикції. Тому припущення, що зазначена мета не притаманна рекомендаційним роз'ясненням пленуму, нівелює законодавчо визначену значимість узагальнення практики застосування матеріального і процесуального закону. Крім того, при визначенні статусу пленуму вищого спеціалізованого суду в Законі наголошено, що останній діє для вирішення питань, пов'язаних із забезпеченням єдності судової практики у справах відповідної судової юрисдикції.

У контексті зазначеного виникає незгодженість щодо формулювання кінцевої мети рекомендаційних роз'яснень, оскільки Закон оперує такими конструкціями, як «забезпечення єдності судової практики» та «забезпечення однакового застосування норм права».

Процес застосування норм права є передумовою формування масиву судової практики в різних формах її прояву — рішеннях суду у справах окремої категорії, проведених узагальненнях, сформульованих правових позиціях. Застосування норм права здійснюється судом при вирішенні конкретної справи за конкретних обставин у відповідній процесуальній формі. Про судову практику ж прийнято говорити у випадку наявності однотипних судових рішень, які можуть виокремлюватись за різними критеріями (наприклад, категорія справ, застосування конкретної норми матеріального чи процесуального права тощо).

Термін «єдність» в українській мові тлумачиться як цілісність, схожість, цілковита подібність [1]. Тому єдність судової практики може досягатись у випадку одноманітного застосування суда-

ми тієї самої норми права за схожих обставин. Вважаємо недоречним у цьому випадку використовувати термін «однакове», оскільки кожна судова справа є за своїми характеристиками (суб'єктним складом, обставинами, правовідносинами) індивідуальною.

Але навіть у випадку її використання ця позиція законодавця зазнає критики, оскільки, як зазначив В. В. Сердюк, «якщо виникає необхідність надавати роз'яснення з метою забезпечення однакового застосування законодавства судам нижчих інстанцій, як того вимагає стаття Закону, то суд касаційної інстанції міг би, наприклад, санкціонувати певні положення, вироблені судовою практикою, які суперечили б нормам процесуальних законів та Конституції України в силу їх найбільшої поширеності» [2]. Повністю погоджуючись із цим, зауважимо, що одноманітне, за термінологією законодавця — однакове застосування норм права, не означає їх правильне застосування. У зв'язку з викладеним підтримуємо пропозицію щодо впровадження та використання конструкції «забезпечення правильного застосування судами норм права».

Таким чином, рекомендаційні роз'яснення пленуму вищого спеціалізованого суду мають на меті забезпечити правильне застосування судами норм права при вирішенні справ, що, в свою чергу, сприяє досягненню більш загальної мети — єдності судової практики.

У контексті зазначеного хотілося б звернути увагу, що рекомендаційні роз'яснення пленуму вищого спеціалізованого суду хоча і є дієвим нормативно-закріпленим способом досягнення єдності судової практики, якому приділяється особлива увага, проте не єдиним, оскільки задекларована мета досягається й іншими засобами в процесі здійснення повноважень вищих спеціалізованих судів. Йдеться, в першу чергу, про інформаційні листи вищих спеціалізованих судів.

Слід зазначити, що такої форми реалізації компетенції судів касаційної інстанції безпосередньо Законом не передбачено. Однак нормативне закріплення за вищим спеціалізованим судом повноважень з надання методичної допомоги судам нижчого рівня дає можливість на

практиці скеровувати цю допомогу в найбільш зручній та доступній для судової системи спосіб. Інформаційні листи є формою вираження результатів розгляду судом касаційної інстанції окремих питань застосування судами законодавства, про що інформуються суди нижчого рівня.

Практика діяльності Вищого адміністративного суду України та Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ показує, що при доведенні інформаційних листів до відома судів нижчого рівня, ними дотримується принцип інстанційності: листи направляються до судів апеляційної інстанції, які, в свою чергу, доводять викладену в них інформацію до відома судів першої інстанції. Такий підхід є цілком виваженим, оскільки дозволяє вищим судовим органам спеціалізованих судів належним чином організувати свою роботу як у напрямі надання необхідних роз'яснень, так і у напрямі налагодження співпраці з судами нижчого рівня, сконцентровуючи свою увагу на найбільш значущих для судової практики питаннях.

Зауважимо, що така форма забезпечення єдності судової практики, як інформаційні листи вищих спеціалізованих судів, потребує більш детального аналізу в рамках окремого дослідження, оскільки відсутність безпосередньо її законодавчого закріплення дає можливість широко та, що важливо, по-різному використовувати аналізоване повноваження, а це, в свою чергу, не сприяє розвитку принципу єдності суду касаційної інстанції, який жваво дискутується в науковому середовищі.

Повертаючись до питання значення рекомендаційних роз'яснень пленуму вищого спеціалізованого суду, розглянемо їх в аспекті проведеної реформи системи судоустрою, внаслідок якої повноваження вищих спеціалізованих судів та Верховного Суду України зазнали суттєвих змін.

Із набуттям чинності Закону надання рекомендаційних роз'яснень з питань застосування законодавства щодо вирішення справ відповідної судової юрисдикції стало компетенцією пленумів виключно вищих спеціалізованих судів. Пленум

Верховного Суду України такого повноваження позбавлений. Ці законодавчі новації зумовили хвилю бурхливих спорів як серед науковців, так і серед представників суддівського корпусу, багато з яких побоюються, що зазначені зміни не сприятимуть єдності судової практики. Деякі ж вчені висловлюють досить прогресивні думки з приводу того, що рекомендаційні роз'яснення у вигляді постанов пленуму суду касаційної інстанції в контексті забезпечення єдності судової практики втрачають свою актуальність [3]. Не маючи на меті критикувати наведені позиції, спробуємо зрозуміти, наскільки вони є обґрунтованими з точки зору проведених реформ.

На нашу думку, законодавець недаремно відніс повноваження щодо надання рекомендаційних роз'яснень до компетенції пленумів вищих спеціалізованих судів. Діючи як суди касаційної інстанції, на відміну від Верховного Суду України, вищі спеціалізовані суди мають безпосередню можливість формувати судову практику, розглядаючи справи в касаційному порядку. Переглядаючи судові рішення, вони мають можливість спостерігати за позитивними чи негативними тенденціями розвитку правозастосування. Відтак саме вищі спеціалізовані суди сьогодні володіють повною інформацією щодо існуючих спірних питань, які виникають при розгляді справ відповідної юрисдикції. Це, в свою чергу, дозволяє їм оперативно реагувати на будь-які недоліки, що виникають при застосуванні законодавства судами нижчого рівня, що в контексті дієвості судового захисту має вкрай важливе значення.

Побоювання щодо можливості виникнення ситуації, за якої існуватимуть декілька постанов різних пленумів вищих спеціалізованих судів з приводу застосування одних і тих самих норм законодавства, є, на наше переконання, передчасними і поки що безпідставними. З моменту прийняття Закону і до цього часу між постановами пленумів вищих спеціалізованих судів не виникало жодної колізії чи конкуренції. Проте це питання все ж таки краще було б належним чином врегулювати, наприклад, шляхом запровадження певних форм співпраці пленумів при підготовці постанов з пи-

тань, які мають «міжюрисдикційне» значення. Таку ідею, зокрема, пропагує заступник Голови Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ М. Й. Вільгушинський, зазначаючи, що «співпраця у напрямі забезпечення єдності судової практики є необхідною умовою правильного застосування судами законодавства на шляху розбудови правової держави, в якій людина визнається найвищою соціальною цінністю» [4]. Форми такої співпраці можуть бути різними: від запрошення до участі на стадії підготовки проєктів постанов пленуму представників усіх вищих спеціалізованих судів, аж до обов'язкової участі таких осіб на засіданні пленуму при прийнятті відповідної постанови у другому читанні.

Насамкінець, необхідно відмітити, що роз'яснення пленуму суду касаційної інстанції як ефективний засіб надання допомоги судам у правильному застосуванні законів набувають неабиякого значення у зв'язку з суттєвими змінами та доповненнями чинного матеріального та процесуального законодавства, прийняттям Кримінального процесуального кодексу України, Митного кодексу України та інших нормативних актів.

У постановах пленуму з питань застосування законодавства сконцентровані в узагальненому вигляді напрацьовані багаторічною практикою підходи до вирішення питань, що виникають при розгляді справ окремої категорії, які ґрунтуються на досвіді багатьох суддів, вчених, інших осіб, які побічно мають відношення до формування судової практики. Незважаючи на те, що вони носять рекомендаційний характер, роз'яснення підлягають обов'язковому врахуванню судами при здійсненні правосуддя, оскільки їх ігнорування може призвести до скасування чи зміни судового рішення. Таким чином, вони сприяють не лише прийняттю правильного судового рішення у справі, а й забезпечують його стабільність. При цьому жодним чином не порушується принцип незалежності судді, оскільки роз'яснення пленуму слугують дороговказом, орієнтиром для судді при застосуванні тієї чи іншої норми, допомагаючи йому правильно вирішити конкретну справу.

ПРИМІТКИ

1. Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і гол. ред. В. Т. Бусел. — К. ; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2009. — С. 361.
2. Сердюк В. В. Правова природа роз'яснень пленуму суду касаційної інстанції / В. В. Сердюк // Юридична Україна. — 2012. — № 5 (113). — С. 86.
3. Гвоздецкий А. Судебное единение. Украинские судьи и ученые, а также судьи из европейских стран обсудили механизмы достижения единства судебной практики / А. Гвоздецкий // Юридическая практика. — 2012. — № 17. — С. 4.
4. Вільгушинський М. Й. Позапроцесуальні повноваження Верховного Суду України та вищих судів щодо забезпечення єдності судової практики / М. Й. Вільгушинський // Часопис цивільного і кримінального судочинства. — 2012. — 3 (6). — С. 146.

Хотинская-Нор Оксана. Роль и значение разъяснений пленума суда кассационной инстанции в контексте реформирования судебной системы Украины.

В статье рассматриваются вопросы, связанные со статусом рекомендационных разъяснений пленума суда кассационной инстанции с позиции реформирования отечественной системы судостроительства и роли суда кассационной инстанции в процессе формирования судебной практики, сформулирована конечная цель таких разъяснений, обоснована необходимость наличия полномочий по даче разъяснений у пленума высшего специализированного суда.

Ключевые слова: единообразие судебной практики, постановление пленума, рекомендационные разъяснения, суд кассационной инстанции.

Khotynska-Nor Oksana. Role and value of clarifications to plenum of court of cassation instance in context of court system of Ukraine reforming.

The issues connected with the status of recommendative clarifications to the plenum of court of cassation instance from the position of implemented reforming of the domestic judicial system, and the role of the court of cassation instance in the forming of court practice are considered in the article. The ultimate purpose of such clarifications is formed; the necessity of the plenum of the high specialized court to have authorities to give the clarifications is proved.

Key words: court system unity, resolution of the plenum, recommendative clarifications, court of cassation instance.

Видавництво «Юрінком Інтер» п р о п о н у є :



Смокович М. І.

Визначення юрисдикції адміністративних судів та розмежування судових юрисдикцій : монографія / Смокович М. І. — К. : Юрінком Інтер, 2012. — 304 с. — Бібліогр.: с. 273—301.

ISBN 978-966-667-519-7.

Монографію присвячено дослідженню теоретико-правових та практичних питань щодо визначення юрисдикції адміністративних судів та розмежування судових юрисдикцій (адміністративної, господарської, конституційної, кримінальної та цивільної). У ході дослідження встановлено та охарактеризовано загальні та особливі критерії розмежування судових юрисдикцій. Проаналізовано судову практику щодо вирішення зазначених проблем. Визначено поняття «виборчий спір», уточнено поняття «адміністративний договір». Висвітлено особливості визначення адміністративної юрисдикції в окремих категоріях справ. Особливу увагу приділено розгляду адміністративними судами спорів щодо правовідносин, пов'язаних з виборчим процесом чи процесом референдуму, спорів за зверненням суб'єкта владних повноважень, спорів про припинення повноважень народних депутатів України та депутатів місцевих рад. Запропоновано доповнення та зміни до чинного законодавства щодо розмежування судових юрисдикцій.

Розраховано на наукових та практичних працівників, суддів, адвокатів, викладачів, аспірантів, студентів, а також широкого кола осіб, яких цікавлять проблеми адміністративного права та адміністративного судочинства.



Відшкодування моральної та матеріальної шкоди : навч. посіб. / М. К. Галянтич, А. Б. Гриняк, А. І. Дрішлюк, Т. С. Ківалова [та ін.] ; за ред. М. К. Галянтича. — К. : Юрінком Інтер, 2011. — 624 с. — Бібліогр. в кінці тем.

ISBN 978-966-667-487-9.

У навчальному посібнику досліджується інститут відшкодування шкоди в законодавчому, науковому, практичному аспектах. Включено окрему оглядову теоретичну частину з найважливіших питань відшкодування шкоди. Посібник містить методичні вказівки, теоретичні положення до кожної теми, підбірку судової практики, перелік літератури. Здійснюється порівняльний аналіз чинних правових норм, роз'яснюється їх сутність і можливості практичного застосування. Узагальнено значний обсяг нормативно-правових актів, практика їх застосування судами усіх рівнів, у т. ч. і практика Європейського суду з прав людини з питань відшкодування матеріальної та моральної шкоди.

Розрахований на студентів, аспірантів, викладачів юридичних вищих навчальних закладів, а також юристів і всіх, хто цікавиться питаннями відшкодування моральної та матеріальної шкоди.

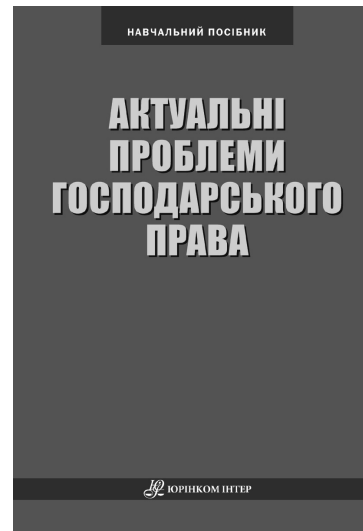
Видавництво «Юрінком Інтер» п р о п о н у є :

Актуальні проблеми господарського права : навч. посіб. / за ред. В. С. Щербини. — К. : Юрінком Інтер, 2012. — 528 с. — Бібліогр.: с. 526—527.

ISBN 978-966-667-522-7.

У навчальному посібнику розглядаються теоретичні і практичні аспекти загальної частини курсу «Актуальні проблеми господарського права». Висвітлено основні концепції господарсько-правової науки та тенденції розвитку господарсько-правових досліджень в Україні.

Розрахований на викладачів, аспірантів, студентів юридичних факультетів та вищих навчальних закладів, а також юристів, яких цікавлять проблеми господарського права.

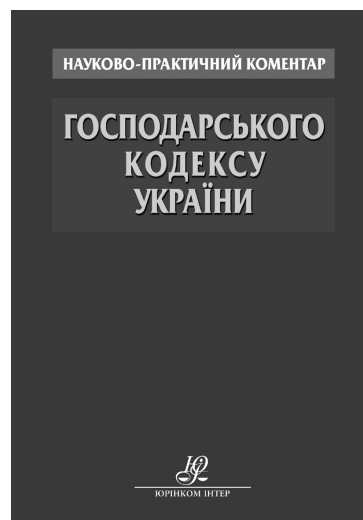


Науково-практичний коментар Господарського кодексу України / О. А. Беяневич, О. М. Вінник, В. С. Щербина [та ін.] ; / за заг. ред. Г. Л. Знаменського, В. С. Щербини. — 3-тє вид., перероб. і допов. — К. : Юрінком Інтер, 2012. — 776 с.

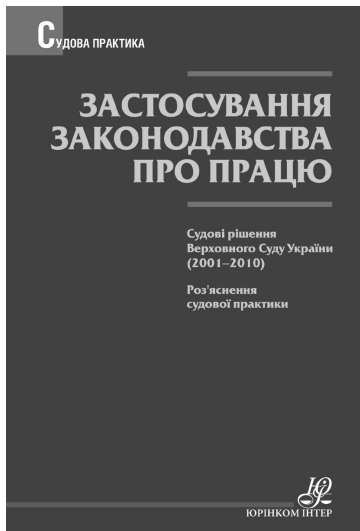
ISBN 978-966-667-507-4.

У третьому виданні науково-практичного коментаря, авторами якого є провідні вчені-юристи, враховано не лише новели Господарського кодексу України, а й нові нормативно-правові акти та численні зміни в поточному законодавстві, спрямовані на вдосконалення правового регулювання суспільних відносин у сфері господарювання.

Для працівників народного господарства, юристів-консультантів, суддів, прокурорів, адвокатів, дослідників та викладачів права, студентів вищих юридичних навчальних закладів.



Видавництво «Юрінком Інтер» п р о п о н у є :

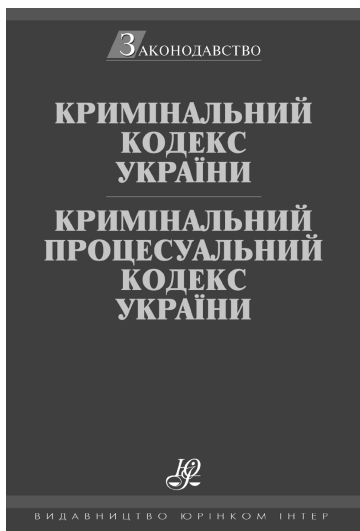


Застосування законодавства про працю / за заг. ред. А. Г. Яреми ; кол. авт. : А. Г. Ярема, В. Г. Ротань, А. В. Лужанський. — К. : Юрінком Інтер, 2012. — 752 с.

ISBN 978-966-667-516-6.

Ця книга являє собою добірку рішень Верховного Суду України, які постановлені за результатами розгляду трудових спорів у 2001—2010 роках і відображають сформульовані цим судом правові позиції з найбільш важливих питань, що зберігають значення на час видання книги. Ці рішення не тільки є накопиченим досвідом правотлумачення і правозастосування, а й мають безпосереднє юридичне значення, оскільки на них можна посилатися при обґрунтуванні наявності підстав для перегляду Верховним Судом України рішень у зв'язку з неоднаковим застосуванням судами касаційної інстанції одних і тих самих норм матеріального права.

Книга адресована суддям, адвокатам, прокурорам, іншим фахівцям, професійна діяльність яких пов'язана з тлумаченням і застосуванням актів законодавства про працю.



Кримінальний кодекс України. Кримінальний процесуальний кодекс України. — К. : Юрінком Інтер, 2012. — 608 с.

ISBN 978-966-667-527-2.

У збірнику наведено Кримінальний кодекс України (зі змінами у зв'язку з прийняттям Кримінального процесуального кодексу України), а також Кримінальний процесуальний кодекс України, прийнятий Верховною Радою України 13 квітня 2012 р., більшість його положень набирає чинності через шість місяців після опублікування. Цей Кодекс, як основна складова частина оновленого кримінального процесуального законодавства України, визначатиме порядок кримінального провадження на території нашої держави.

ДО УВАГИ АВТОРІВ!

До друку в журналі приймаються наукові статті, які раніше не були опубліковані в інших виданнях. При їх підготовці просимо додержуватися вимог Постанови ВАК України «Про підвищення вимог до фахових видань, внесених до переліків ВАК України» від 15.01.2003 р. № 7-05/1 щодо змісту наукових статей.

Разом зі статтею слід надавати рекомендацію кафедри (відділу) вищого навчального або наукового закладу та рецензію кандидата чи доктора наук із відповідної спеціальності.

Рукопис має бути виготовлено українською мовою та віддруковано шрифтом № 14 на принтері, з розміщенням рядків тексту через півтора інтервали, поля — 3 см. Перелік використаних літературних джерел слід наводити в кінці статті в порядку появи відповідних посилань. При оформленні статей слід дотримуватися ДСТУ ГОСТ 7.1:2006 «Система стандартів з інформації, бібліотечної та видавничої справи. Бібліографічний запис. Бібліографічний опис. Загальні вимоги та правила складання».

На початку рукопису авторам необхідно зазначити індекс УДК (Універсальної десятикової класифікації), а після даних про автора та назви статті наводити анотації на неї українською, російською та англійською мовами. Орієнтовний обсяг кожної анотації — 500 друкованих знаків. Анотації мають супроводжуватися перекладом прізвища, імені автора та назви статті на відповідну мову (у журналі анотації і ключові слова російською та англійською мовами друкуються в кінці опублікованого матеріалу, анотація і ключові слова українською — на початку статті). До кожної анотації слід додавати перелік ключових слів (до десяти окремих слів або словосполучень) відповідною мовою.

Автор несе персональну відповідальність за додержання ним при підготовці статті норм чинного законодавства (зокрема щодо захисту прав на об'єкти інтелектуальної власності), достовірність викладених відомостей (у тому числі імен і найменувань згаданих у статті фізичних та юридичних осіб), цитат і посилань на літературні джерела та норми актів законодавства, правильність визначення індексу УДК і перекладів анотацій на статтю.

У тексті статті посилання на використані літературні джерела слід зазначити порядковим номером, виділеним двома квадратними дужками, згідно з переліком джерел. Авторські пояснення і приклади слід наводити в дужках безпосередньо в тексті статті. Всі матеріали подаються у трьох примірниках, один з яких має бути підписаний автором.

Загальний обсяг статті не повинен перевищувати 24 тисяч друкованих знаків (разом із пробілами), тобто 12 сторінок тексту. До рукопису необхідно додавати його електронну копію, записану у вигляді окремого електронного документа на стандартній дискеті.

Редакція залишає за собою право редагувати рукопис, скорочувати його, змінювати назву статті та вводити (змінювати) рубрикацію внутрішніх частин текстового матеріалу. Подані матеріали (рукописи), включно з тими, які визнано неприйнятними, редакція не повертає.

Автор, який подав матеріали для друку, вважається таким, що погоджується на подальше безоплатне їх розміщення на сайтах видавництва правової літератури «Юрінком Інтер» і Національної бібліотеки України імені В. І. Вернадського.

До поданих матеріалів слід додавати довідку про автора із зазначенням прізвища, імені, по батькові, наукового ступеня та вченого звання (за наявності), місця основної роботи, посади, домашньої адреси, номерів контактних телефонів.

Гонорари за опубліковані в журналі статті не сплачуються.

ЮРИДИЧНА УКРАЇНА № 9 (117) 2012

Співзасновники:

Київський регіональний центр
Національної академії правових наук України,

Науково-дослідний інститут
приватного права і підприємництва
Національної академії правових наук України,

ТОВ «Юрінком Інтер»

Видавець: ТОВ «Юрінком Інтер»

Головний редактор — В. Д. Примак, кандидат юридичних наук

Над випуском працювали:

*Володимир Примак, Олена Смірнова, Майя Ромась,
Святослав Каравасев, Михайло Черненко, Лариса Сисоєва*

Оригінал-макет виготовлено комп'ютерним центром
ТОВ «Юрінком Інтер»
Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи до державного реєстру видавців,
виготівників і розповсюджувачів видавничої продукції
серія ДК № 3954 від 13.01.2011 р.

Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації
серія КВ № 15736-4208ПР від 26.10.2009 р.
Підписано до друку 05.09.2012. Формат 70×100/16.
Папір офсетний № 1. Друк офсетний. Обл.-вид. арк. 9,5. Умовн. друк. арк. 8,45.
Тираж 600 прим. Зам. № .

Адреса редакції та видавця: 04209, м. Київ, вул. Героїв Дніпра, 31-б.
Тел. 411-69-08, 412-04-75. Факс 413-81-44.
<http://www.yuricom.com.ua>. E-mail: jukr@yuricom.kiev.ua.
Видавництво правової літератури «Юрінком Інтер».
Редакція журналу «Юридична Україна».

Віддруковано у ЗАТ «Віпол». Адреса: 03151, Київ-151, вул. Волинська, 60.
Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців, виготівників і розповсюджувачів
видавничої продукції — серія ДК № 752 від 27.12.2001 р.

Редакція не завжди поділяє позицію авторів публікацій.
За достовірність викладених фактів відповідає автор.
Передплатний індекс журналу «Юридична Україна» — 01757.

Передплатний індекс комплекту:
газета «Юридичний вісник України» і журнали «Юридична Україна»
та «Бюлетень законодавства і юридичної практики України» — 08440.

З приводу придбання журналів минулих випусків звертайтеся за тел. 411-69-08, 411-64-03.