

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ

Одеський національний університет ім. І. І. Мечникова

Odessa National University Herald

• Вісник Одеського
національного університету

В І С Н И К

*ОДЕСЬКОГО
НАЦІОНАЛЬНОГО
УНІВЕРСИТЕТУ*

ТОМ 12. Випуск 11

Правознавство

2007

НАУКОВА БІБЛІОТЕКА ОНУ ІМЕНІ І. І. МЕЧНИКОВА

Редакційна колегія журналу: В.А. Сминтина (головний редактор), О.В. Запорожченко (заступник головного редактора), Є.Л. Стрельцов (заступник головного редактора), С.Н. Андрієвський, Ю.Ф. Ваксман, Л.М. Голубенко, В.В. Заморов, І.М. Коваль, В.Г. Кушнір, В.В. Менчук, В.І. Труба, А.В. Тюрін, Є.А. Черкез, Є.М. Черноіваненко

Редакційна колегія серії: А. С. Васильєв, д-р юрид. наук (науковий редактор); І.С. Канзафарова, канд. юрид. наук (заступник наукового редактора); О.І. Миколенко, канд. юрид. наук (відповідальний секретар); М. О. Баймуратов, д-р юрид. наук; О. В. Дзера, д-р юрид. наук; І. М. Кучеренко, д-р юрид. наук; А.А. Музика, д-р юрид. наук, Є. Л. Стрельцов, д-р юрид. наук; В. Л. Яроцький, д-р юрид. наук; В.І. Труба, канд. юрид. наук; Є.Д. Стрельцова, канд. юрид. наук; Т.О. Гончар, канд. юрид. наук; З.В. Кузнецова, канд. юрид. наук.

Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу
масової інформації: серія КВ № 11463-336Р від 07.07.2006 р.

Мова видання: українська, російська, англійська

Затверджено до друку вченою радою Одеського національного
університету ім. І. І. Мечникова

Протокол № 4 від 18 грудня 2007 року.

Адреса редколегії:

65026, м. Одеса, вул. Дворянська, 2

Одеський національний університет ім. І. І. Мечникова

© Одеський національний університет
ім. І. І. Мечникова, 2007

З М І С Т

ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

В. П. Плавич

РОЗУМІННЯ ПРАВА: ПРОБЛЕМИ ТА СУЧАСНІ ПІДХОДИ ДО ЙОГО
ДОСЛІДЖЕННЯ..... 5

І. В. Борщевський

ТЕОРЕТИЧНІ ЗАСАДИ КОДИФІКАЦІЇ ЗАКОНОДАВСТВА..... 16

Б. С. Бачур

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ЗЕМЕЛЬНИХ ВІДНОСИН НА
УКРАЇНСЬКИХ ЗЕМЛЯХ, ЩО ВВІЙШЛИ ДО СКЛАДУ РОСІЙСЬКОЇ
ДЕРЖАВИ (ІІ ПОЛОВИНА ХVІІ – І ПОЛОВИНА ХІХ СТ.) 22

СІМЕЙНЕ ПРАВО

Л. М. Зілковська

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВЛАШТУВАННЯ ДІТЕЙ-СИРИТ І ДІТЕЙ,
ПОЗБАВЛЕНИХ БАТЬКІВСЬКОГО ПІКЛУВАННЯ 31

ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО

Н. А. Абрамов

О СООТНОШЕНИИ ОБЩЕГО И СПЕЦИАЛЬНОГО ЗАКОНОВ 37

О. П. Подцерковний

ПОДАЛЬША КОДИФІКАЦІЯ ТА КОМПАКТИЗАЦІЯ
ГОСПОДАРСЬКОГО ЗАКОНОДАВСТВА НА БАЗІ ГОСПОДАРСЬКОГО
КОДЕКСУ УКРАЇНИ..... 42

П. П. Билык

ПРОБЛЕМЫ ФОРМИРОВАНИЯ АНТИМОНОПОЛЬНО-
КОНКУРЕНТНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА 55

| | | |
|----------------------|---|----|
| М. Отченаш | КАТЕГОРІЯ ФІНАНСОВОЇ ІНФОРМАЦІЇ В АСПЕКТІ ПРАВА УЧАСНИКІВ ГОСПОДАРСЬКИХ ТОВАРИСТВ НА ОТРИМАННЯ ІНФОРМАЦІЇ | 61 |
| Р. С. Сергеев | САНКЦИИ ЗА ПРЕВЫШЕНИЕ ДОГОВОРНЫХ ВЕЛИЧИН – ШТРАФ ИЛИ ПОВЫШЕНИЕ ТАРИФА?..... | 70 |

ГОСПОДАРСЬКИЙ ПРОЦЕС

| | | |
|------------------------|--|----|
| А. В. Смітюх | ЩОДО УНІФІКАЦІЇ ЦИВІЛЬНОГО, АДМІНІСТРАТИВНОГО ТА ГОСПОДАРСЬКОГО СУДОЧИНСТВА В ХОДІ РЕФОРМИ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ..... | 77 |
| В. В. Коваль | ПРАВОВАЯ ПРИРОДА ИСКА В ХОЗЯЙСТВЕННОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ..... | 84 |
| В. Д. Найфлейш | МЕХАНІЗМ ПРИЙНЯТТЯ РІШЕННЯ В ГОСПОДАРСЬКОМУ СУДОЧИНСТВІ | 90 |
| Т. В. Степанова | ЩОДО ЗБІЛЬШЕННЯ РОЗМІРУ ДЕРЖАВНОГО МИТА В ГОСПОДАРСЬКИХ СУДАХ. | 97 |

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО

| | | |
|------------------------|---|-----|
| О. М. Миколенко | МАТЕРІАЛЬНІ ТА ФОРМАЛЬНІ СКЛАДИ ЗЛОЧИНІВ | 101 |
| О. А. Чуваков | ПОНЯТТЯ ТА ОЗНАКИ БАНДИТИЗМУ В КРИМІНАЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ 1917-1922 р. | 106 |

ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

УДК 340.34.01

В. П. Плавич, д-р філос. наук, канд. юрид. наук, професор, академік,
завідувач кафедри загальноправових дисциплін та міжнародного права
Одеський національний університет ім. І. І. Мечникова
Економіко-правовий факультет
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

**РОЗУМІННЯ ПРАВА:
ПРОБЛЕМИ ТА СУЧАСНІ ПІДХОДИ ДО ЙОГО ДОСЛІДЖЕННЯ**

Досліджується процес розвитку сучасного праворозуміння. Вводиться уявлення про категорію права як інструмент наукового пізнання. Пропонується варіант усвідомлення долі права шляхом тлумачення волі та мислення. Обґрунтовано необхідність нової парадигми права. Показано, що сьогодні теорія і філософія права потребують дослідницького, методологічного антропоцентризму.

Ключові слова: право, інтегративне праворозуміння, правова свідомість, правова реальність.

Правова доктрина за усіх часів стояла перед дилемою співвідношення права і держави, як загальнолюдських цінностей та волі апарату держави, відповідно. Тому, в залежності від політичної заангажованості відповідних наукових кіл, свого часу були сформовані два основних підходи до сутності права: позитивістський та природно-правий, які заперечували один одного за усіма параметрами їх концептуального змісту: перший вважає за право волю держави та абсолютизує її імператив, відкидаючи будь-яку філософську основу розуміння сутності права; другий – заперечує необхідність загальнообов'язкового характеру права та передбачає в його аксіологічній основі загальнолюдські цінності. Згодом від цих класичних полярних поглядів на розуміння права відійшли менш консервативні напрямки, але жоден із них не міг гармонійно сполучити їх переваги: формалізованість позитивізму та онтологічну соціоцентричність природноправового підходу. Розуміння права є наріжним каменем демократичного розвитку суспільства і держави, тому проблема вироблення оптимальної моделі праворозуміння вимагає від нас вдаватися до поєднання цих полюсів правової доктрини.

Право не слід сприймати як витвір соціально-економічного детермінізму, воно створюється завжди з урахуванням ширших, чи вузких меж свободи вибору: людська воля відіграє головну роль у процесі фіксації конкретного змісту юридичних правил¹. Усвідомлення долі права повинне прямувати шляхом тлумачення «волі» та «мислення». Йдеться не просто про «мислення» в значенні раціонально-розумової діяльності, а про людське усвідомлення взагалі (афекти, судження тощо), представлене в єдності його принципу, що міститься в картезіанському *cogito ergo sum* (мислю, отже, існую).

¹ Див., напр.: Хоффе О. Политика. Право. Справедливость. Основополагающие идеи в философии права и государства. – М., 1994; Бержель Ж.Л. Общая теория права / Пер. с франц. – М.: Изд. Дом NOTA BENE, 2000.

За К.Марксом же, право, є лише системою примусу, створеною для збереження привілеїв класу власників. Революція призведе до виникнення безкласового суспільства, а держава і право “відімруть” за непотрібністю підтримувати режим придушення. Погляд марксистів спрямований у майбутнє, коли соціальна гармонія буде виражати первісне добро, яке закладено в людину, вияв якого тепер не буде унеможливлуватися інститутом приватної власності. Однак, такий соціальний рай не може виникнути відразу – звідси маємо парадокс у вигляді перехідного, а насправді нескінченного періоду, коли роль держави, а разом з нею і апарату примусу непомірно зростає [1, с. 597].

Для марксистів право – лише засіб нав'язати всьому населенню те, що домінуюча частина суспільства вважає вигідним для своїх економічних інтересів, а єдина функція тих, хто здійснює право на практиці, – забезпечити реалізацію цих інтересів. Марксистська модель «соціалізму» скрізь мала наслідком значне посилення права та його репресивних функцій, ніж їх відміну [2, с. 24-25]. Для марксистів право може походити лише від держави. Воно – знаряддя політики влади. Право і справедливість – класові поняття і не мають загальнолюдського характеру. А звідси – втрата права самотності й перетворення його на засіб для здійснення поточної політики держави; абсолютизація детермінізму і заперечення концепції вільної волі; невизнання відмінності між казуальною і нормативною науками, і, як наслідок, ототожнення нормативного і дескриптивного підходів до права; абсолютизація фундаментального релятивізму і партикуляризму як противаги універсальності права; невизнання відмінності між легальністю і легітимністю права і, як наслідок, заперечення ціннісної проблематики у правовій сфері [1, с. 594-599].

Право належить до числа найбільш важливих та складних суспільних явищ. Для того, щоб визначити, що таке право, слід зрозуміти із чим, з якими явищами воно пов'язане та звідки воно походить. Право слід розглядати як специфічний механізм вияву логічної структури соціальних взаємодій, у результаті дії якого визначаються юридичні формули як основа для розробки відповідних нормативних приписів. Логіка є гносеологічним механізмом породження права, наслідком його реалізації та методом розкриття його сутності [3, с. 39].

На думку автора, в якості теоретичної бази для розробки концепції проблеми обґрунтування права, природи принципів права може розглядатися концепція деліберативної демократії, розроблена на основі комунікативного розуміння права. Необхідно також переглянути застарілу філософську парадигму буття, що лежить в основі методології вітчизняного правознавства. Метод матеріалістичної діалектики, будучи розробленим на наукових досягненнях початку ХІХ століття, пов'язаний із помилками цієї епохи, такими як „еволюціонізм, європоцентризм та холічне розуміння історії, властиве історизму” [4], тому для наукового дослідження права як соціального регулятора сьогодні є доцільним використання юридичною наукою при розробці методології досліджень суспільних наук початку ХХІ ст., таких як антропологія, психологія, соціологія і семіотика. Зрозуміти природу юридичних протиріч у сучасному суспільстві, здійснити аналіз ефективності правового регулювання видається можливим лише при використанні сучасної лінгвістичної парадигми та основаної на ній теорії комунікативної дії [5, с. 127].

Характеризуючи різні філософські методи, такі як герменевтика, семіотика, феноменологія, на наш погляд, правильно оперувати саме категорією „сучасні підходи” через те, що матеріалістична діалектика як методологічна база юриспруденції, будучи недосконалою, застарілою філософською концепцією, не

може носити звання „традиційної” концепції. За аксіологічного підходу до права переконуються: право — це певний інтегральний феномен, витoki якого у самій людині, і у цій своїй якості воно являє собою певну систему цінностей, принципів, норм, взятих у поєднанні із живою креативною діяльністю, яка, окрім багато чого іншого важливого для життя, формує та реалізує ці цінності, принципи, норми з урахуванням багатоманітності життя, реальних ситуацій, фактів, особливостей людей. „Не можна знайти право, якщо його немає в самій людині” [6, с. 145].

Одним з важливих завдань вітчизняної науки на сучасному етапі має бути розроблення концепції, присвяченої питанням перспективного розвитку права. Б.О.Кістяківський говорить про багатоманітність прояву права: „Право є і державно-організаційне, і соціальне, і психічне, і нормативне явище” [7, с. 191]. Про інтегративне правознавство пишуть сьогодні багато авторів. Зокрема, мова йде про А.С.Яценко, Г.Дж.Бермана і Дж.Холла та ін., але в них немає ніякої спільної концепції або хоча б відносно єдиного бачення проблеми [8, с. 36-37].

Слід погодитися з думкою П.Рабіновича, який зазначає, що плюралізм праворозуміння й надалі буде постійно притаманним будь-чій та будь-якій правовій свідомості, у тому числі й такому її прояву, як правові погляди юридичної науки. І хоча у ній, особливо останнім часом, і робляться спроби сконструювати уніфіковане, „інтегральне” праворозуміння, однак і серед авторів таких спроб воно не стає загальновизнаним та однозначним. Принаймні, на сьогодні стосовно проблеми праворозуміння чітко простежуються плюралізм інтегральності.

Отже, змістовна плюралістичність загального праворозуміння була, є і, гадаємо, завжди залишатиметься його непереборною, нездоланною властивістю. У кожному випадку використання в навчальній чи в науковій літературі терміну-поняття „право” — варто застерігати, в якому власне сенсі його вжито. Це зауваження стосується й усіх похідних від нього прикметників: „правова” (дійсність, реальність, сфера, система, свідомість, норма, тощо), „правовий” (порядок, акт, факт тощо), „правове” (життя, почуття, тощо), „правові” (явища, джерела, форми, договори, тощо) [9, с. 17].

У сучасній юридичній теорії та практиці головна увага має бути приділена особливостям практичного впровадження раціонального змісту ліберальних ідей в процесі державного та правового будівництва в Україні. Необхідно звернутися, як зазначає М.Ф.Орзіх, до пошуку доктринальної формули закономірностей юридичного індивідуального буття суспільного життя за допомогою двох „зрізів” проблеми: право у особистості, та особистості в праві [10, с. 29].

З точки зору автора, розуміння сутності права, або праворозуміння є початковою, вихідною категорією юриспруденції. „Вихідне розуміння сутності права пов’язане із сутністю людини”. Сутність людини наддержавна — не держава створює людину, а людина державу. Тому визначальним праворозумінням для всієї юриспруденції є наддержавне праворозуміння [11]. Водночас визначальний характер наддержавної природи права не заперечує важливості її державного виміру.

Сучасна наука про право характеризується розмаїттям різних типів праворозуміння, тобто наукового пізнання і пояснення права як своєрідного та відносно самостійного, цілісного системного явища духовного життя суспільства. Вони розміщуються в рамках координат трьох основних напрямів у науковому

пізнані права (залежно від філософського фундаменту їх осмислення). Це природно-правові, соціологічні та нормативістські концепції права.

З появою неklasичної парадигми соціального знання, коріння якої сягає феноменології Є. Гусерля і В. Ведільтея (середина ХХ ст.), сформувався уявлення про констатуючу діяльність суб'єкта як частини об'єктивного. У центр уваги нової суб'єктивістської парадигми були поставлені не об'єктивні процеси соціальної упорядкованості, а порядок, який формується у свідомості суб'єкта в процесі інтерпретації ним соціальної дійсності. Людина не відображає у своїй свідомості світ, а конструє його, і в такий спосіб наповнює іншим смислом, який обумовлюється належністю суб'єкта до певного типу культури, соціального, ціннісного, контекстуального простору².

Відповідно змінилося і завдання юридичної науки. Вона намагається осмислити залежність права від людини. Посилення процесів глобалізації в сучасному світі та перспективи побудови гуманістичної, ліберально-демократичної цивілізації відіграли роль суттєвих стимулів до інтеграційних пошуків, спрямованих на теоретичні побудови, здатні «примирити» позитивістський і природно-правовий напрями у розвитку сучасного правознавства. Пошуки розгортаються в площині інтегративного праворозуміння, точніше інтегрального типу праворозуміння (системне пізнання права об'єктивно спрямовує на інтегральний підхід у його пізнанні). Причому інтегральний підхід застосовується в найширшому розумінні слова: від поняття інтеграції, яка здатна подолати предметні полярності всередині всіх типів праворозуміння, до поняття інтеграції, спрямованої на нову, загальнонаукову методологічну єдність позитивістських, природно-правових і соціологічних пізнавальних моделей. В останній позиції, звичайно, не йдеться про створення єдиної універсальної теорії права, а виключно про вектор розвитку правової думки у третьому тисячолітті [12, с. 61].

У вказаному аспекті ефективність інтегративного праворозуміння буде визначатися концептуальними рамками тієї загальнонаукової парадигми, методологічний потенціал якої стане на заваді еkleктичному (механістичному) поєднанню різних типів праворозуміння, результати якого навряд чи можна назвати науковими. У такому аспекті зростає роль категорії права як інструмента наукового пізнання. На наш погляд, пізнавальний потенціал категорії «права» може реалізуватися виключно в системному зв'язку. По-перше, з такими поняттями, як природне право, позитивне право і правовий порядок, що є предметоутворюючими, відповідно, для природно-правових, нормативістських і соціолого-юридичних наукових моделей пізнання права. По-друге, через систему категорій галузевих і прикладних юридичних наук. По-третє, у зв'язку з предметоутворюючими поняттями інших наук, які так чи інакше використовують поняття «право» для змістовного розкриття суті свого предмета тощо. По-четверте, в рамках наукової парадигми, здатної відповідати трьом основним вимогам: міждисциплінарність; синтез, що спроможний відкрити нову реальність за умови дотримання дисциплінарної семантики термінологічної означеності понять, як вони утвердилися в класичній юридичній науці; відмова від механістично-редукціоністських конструкцій в процесі наукового пізнання права,

² Круглый стол: проблемы современного правопонимания // История государства и права. — 2003. — № 6. — С. 2—16; Рабинович П. Проблемы трансформации методологии вітчизняного правознавства: досягнення, втрати, перспективи // Вісник Академії правових наук України. — 2002. — № 4.

які втратили свій пізнавальний ресурс у рамках нової світоглядної і загальнонаукової парадигми.

Як зазначає Ж.Карбон'є, людина – єдина з усіх інших живих істот наділена властивістю бути юридичною істотою. Вона здатна виробляти норми і дотримуватись їх, тоді як інші живі істоти здатні лише мати звички. Людина має абстрактну здатність створювати і сприймати юридичне [13, с. 26].

Право й людина – пов'язані явища (їхні взаємовідносини вивчає антропологія права). У «боротьбі за право» люди можуть проявити свої не найкращі якості. Звідси і завдання права – бути стабілізатором, сприяти вирішенню конфліктів і стимулювати прояв кращих людських якостей. Розвиток права в ідеалі – це олюднення права, рух до людського права шляхом удосконалення людини [14, с. 11, 14]. Лінійні позитивні різногалузеві статичні правові норми за проведеними дослідженнями виникають та формуються як такі саме в різнолінійних нормах правосвідомості, проходячи еволюцію у процесуальній правовій нормі від ірраціональних до раціональних норм правосвідомості як норм статичного права. На наш погляд, позитивна правова наука, лінійно верифікуючи правову дійсність, не здатна істинно визначити правову сутність нелінійних правових явищ, що домінують. Наявність певного обсягу знань ще не визначає справжнього рівня правосвідомості, він конкретизується розумінням сутності правотворчості, права, правових норм, їх вимог, цілей, призначення, відповідності моральним принципам тощо. Людина кожної цілі відтворює у своїх правових ролях норми права. Вона сама є одночасно і нормотворцем, і виконавцем певних правових норм [15, с. 8, 11].

Відновлення загубленого «за Буттям» призначення людини є єдиною вагомою перспективою досліджень у сфері наукового усвідомлення долі права та пошуків його подальших шляхів. Саме тому усвідомлення долі права повинно прямувати шляхом тлумачення «волі» та «мислення».

Існує особлива потреба вирізнити й зрозуміти думки, пов'язані з правом. Оскільки думка зайняла зараз найвищий ранг, то й право потрібно розглядати як напрям думки. Право й моральні устої, дійсний світ права й моральності можна охопити думкою, через думку цей світ набуває осмисленої форми [16, с. 615].

Значну частину права складають ціннісні формальні якості інтелектуальної та вольової діяльності. А з усіх формальних цінностей право, як найбільш досконала форма, відіграє найважливішу роль. Право більшою мірою дисциплінує людину, ніж логіка і методологія, або ніж систематичні вправи волі [16, с. 335]. Право своїми окремими сторонами, вважав Б.О.Кістяковський, належить до різних сфер. При цьому в кожній з цих сфер право потребує окремого дослідження. Знання, отримані в результаті таких досліджень, мають зводитися в окремі поняття: 1) державно-організаційне, 2) соціально-наукове, 3) психологічне і 4) нормативне. Зазначений вчений розглядав три основні складові частини соціального: суспільство, державу і людину. Досліджуючи людину, він визначав її як суспільного індивіда, який у суспільстві стає таким через самоусвідомлення (індивідуальний дух). Людина, на думку Б.О.Кістяковського, – це основа права, «уповноважена та дисциплінована правом особа, основа правопорядку», тоді як «особа людини і сукупність осіб, тобто суспільство, складають основу як права, так і держави» [17, с. 20-22].

Дійсне суб'єктивне право виявляється, насамперед, як зумовлене потребами суб'єкта домагання, звернене до сфери людських благ або цінностей. Природна необхідність споживання благ вимагає пристосування індивідів до суспільних умов із тим, щоб підпорядкувати собі їх з метою задоволення своїх потреб.

Виступаючи як зовнішнє вираження волі суб'єкта, спрямованої на задоволення його потреби, домагання становить природний зміст суб'єктивного волевиявлення, якою б не була його суспільна форма (політична, моральна, релігійна тощо). Дійсне домагання передбачає його задоволення. Домагання і задоволення – це два полюси взаємовідносин суб'єктів, природні виявлення їхніх воль, які втілюються в ту чи іншу суспільну форму. Перше виступає як субстрат суб'єктивного права, друге – як субстрат правового обов'язку. Правами та обов'язками стають найбільш важливі домагання суб'єктів та їх задоволення, що виражають життєво необхідні інтереси (для кожного суспільства їх коло різне). Домагання як субстрат суб'єктивного права є носієм правомочності. Суб'єктивне право постає перед нами як подвійне явище – як домагання і як правомочність, або, якщо завгодно, як правомочне домагання [18, с. 9-10].

Автор вважає, що право необхідно характеризувати певною мірою як ірраціональне, моральне явище (такий підхід щодо розуміння природи права ми знаходимо, зокрема, у Платона та Гегеля). Але право – це не лише ірраціональне явище, а й реально чинні юридичні норми, інститути, системи права тощо. Якби право було лише ірраціональним моральним явищем і його існування залежало від зовнішніх випадковостей і чужого свавілля, то воно було б, як зазначив В.Соловйов, «пустим словом». Як наполягав філософ, «дійсне право є те, яке містить у собі умови свого існування, тобто забезпечує себе від порушень». Аби бути дієвим у сучасному суспільстві, право повинне мати конкретні механізми у вигляді певних юридичних процедур, юридичних механізмів правозастосування, захисту права тощо [19, с. 20-22].

Слід зауважити, що феноменів права існує величезна безліч, концепцій також немало, а ідея одна. Концепт виражає змістовну єдність усіх концепцій права, отже, є змістовим ядром ідеї. На відміну від ідеї, концепт формується через висловлювання індивіда в процесі диспуту та через оформлення його концепції, яка знову актуалізує смисл поняття. При визначенні терміна (тобто фіксації смислу за допомогою поняття) різноосмисленість його не зникає, тому будь-яке визначення, за образним висловленням Ж.Дерріда, містить «і те, що є, і те, чим може стати це є». Отже, нескінченний розвиток думки й смислів потребує введення «фігури» концепту, завдяки якому можливе виявлення особливостей у тому, що повторюється, дослідження сполученості різних смислів, виявлення в різному одного смислу. Дослідження концепту «право» дає можливість вивчати динаміку розвитку права у часі. Концепт поєднує, зводить смисли «права» до єдиного універсального смислу. Таким чином, концепт формується у процесі концептуалізації інваріантів права (його феноменів) та продовжує розвиток у царині теорії доти, поки існує феноменальна основа та її фундаментальне віддзеркалення в ідеї. Концепт права є концептуальною оболонкою, котру кожне суспільство наповнює конкретним змістом. Оскільки у правовій науці обґрунтовується розподіл на правові сім'ї, основу яких утворює різноманітне розуміння природи права і цінності закону, то і взаємовідносини, що складаються між державою, суспільством та індивідом у кожній окремій правовій сім'ї, обумовлюють можливості типології феноменів права.

У процесі тривалої дискусії про праворозуміння визначилися два основні напрями: легістський, що визначає право тільки як державні веління, і лібертарний, що розглядає право як форму і міру свободи, рівності, як джерело, втілення і критерій справедливості. При цьому слід враховувати об'єктивну

обумовленість права, його соціальну і культурну основу, які воно покликане відобразити.

У працях М.Козюбри, В.Казимірчука, Г.Мальцева, В.Нерсисянца, В.Журавського, О.Зайчука, О.Копиленка, Н.Оніщенко, Л.Явича та інших знає критики вузьке антидемократичне визначення права і формулюється широке його поняття, що включає в себе права і обов'язки особи, правосвідомість, правовідносини. На думку цих авторів, наявність у законодавстві «мертвих», недіючих норм, декларативних принципів, які не відповідають сутності суспільних відносин, спростовує твердження про збіг законодавства та права. Замість ізольованого, диференційованого вивчення окремих аспектів правової діяльності зараз запропоноване її узагальнене усвідомлення, уявлення про цінність правової структури суспільства, про багатогранність підходів до праворозуміння, про необхідність поєднання системного, структурно-функціонального підходів до вивчення правової дійсності з нормативно-ціннісним, аксіологічним підходом.

Широкий підхід до праворозуміння не означає заперечення нормативності права, що визначає правову міру можливої і необхідної поведінки. Як зазначають деякі представники юридичної науки (прибічники жорсткого розмежування понять «право» і «закон»), існує можливість існування правових норм і без відображення їх у законах та інших санкціонованих державою формах, тобто незалежно від держави. Представники широкого трактування права виходять з того, що право – це не тільки сукупність норм, а й діяльність суб'єктів права, які дотримуються правових приписів, застосовують і виконують їх у процесі правових відносин [19, с. 63]. Ідея різнобічного, багатосистемного підходу до права дозволила поглибити його розуміння як єдиного цілого феномена.

Перехід від вузьконормативного (легістського) розуміння права як права влади до лібертарного розуміння права як міри свободи встановлює гуманістичний, ціннісний зміст права, збагачує наше уявлення про право і правову систему, сприяє створенню особливої поваги до права і правомірності поведінки, ціннісних орієнтацій суспільства, держави і людей [20, с. 4-5].

Сьогодні теорія і філософія права потребують дослідницького, методологічного антропоцентризму, що дозволить, з одного боку, глибше проникнути в сутність права через пізнання природи людини, а з іншого боку, допоможе краще зрозуміти природу людини через пізнання сутності права. «Своєрідність нинішньої соціально-історичної ситуації полягає в тому, що в ній зійшлися разом катастрофічне і ренесансне начала, тенденції загибелі старого і народження нового. У межах людського духу вони схрестилися як різнонаправлені світоглядні вектори, породжуючи безліч найгостріших психологічних і морально-правових дисонансів» [20, с. 4-5]. У цьому особливість сучасного духовного клімату і почуття тих, хто живе і усвідомлює право в нинішню епоху.

Конвергування принципів справжнього права і правильного використання індивідуальної автономії – це шлях, який ґрунтується на розумних рішеннях совісті і сприяє демократичному праворозумінню [21, с. 92]. Залежно від праворозуміння складається та існує правова реальність. У праворозумінні відображаються уявлення людей про суспільство, особистість, духовні та нормативні цінності. У правосвідомості виявляються не тільки знання і мислення, а й уява та воля, почуття і вся людська душа [22]. З погляду логіки, право – судження (тобто виражений у словах зв'язок між двома мислимими змістами, що виражається в їх частковому логічному збігу), яке встановлює певний порядок

(тобто певне постійне співвідношення між елементами безкінечного) як належний. Таким чином, праву притаманні всі ознаки сили в реальному правопізнанні, тобто в психологічному, соціологічному, історичному і політичному розгляді, водночас праву не притаманна жодна з ознак сили в юридичному правопізнанні, тобто в нормативному і логічному аспектах [22].

Право в його основній сутності є необхідним для людини образом її духовного життя на землі, необхідна форма зустрічі між верховним благом і людською душею. «Право є, насамперед, право людини бути незалежним духом, право буття і право волі, право самостійно звертатися до Бога, шукати, знаходити, сповідати і здійснювати уявлену і переважну досконалість», чи інакше: «Право є атрибут духу, його спосіб життя, його необхідний прояв. А правосвідомість є воля до вірного права і до єдиної, верховної мети права» [23, с. 94].

Перехідна правова епоха будь-якого часу є перехідним, конкретно-історичним циклом соціальної активності правосвідомості, як правило, кризовим циклом соціальної активності, що свідчить про відсутність спадкоємності правосвідомості. У телеологічних правозаконозмінах еволюційного (коеволюційного) плану характерна наявність, вважаємо, максимальної девіантної трансгресії правосвідомості на етапі кризового, перехідного, ідейно-світоглядного буття права і закону [24, с. 70-74].

Максимальна девіантна трансгресія правосвідомості на етапі кризового, перехідного, ідейно-світоглядного буття права і закону ідентифікує абсолютну соціальну активність та самостійність правосвідомості як девіантної, яка свідчить про зміну або можливість зміни кризового циклу соціальної активності правосвідомості на некризовий (максимальна кількість злочинів, порушень трудової дисципліни тощо, незадоволення станом законодавства первинних суб'єктів правосвідомості, зменшення чисельності первинних суб'єктів правосвідомості внаслідок погіршення їх життя тощо).

Критеріями другої, ідеологічної, соціалізації матеріально-знакового права як формування національного закону є різні властивості одного, конкретно-історичного циклу соціальної активності правосвідомості, у межах певної історико-правової концепції позитивної правової науки, культури. Будь-які девіації пізнання як права не визнаються за правові, що ідеологічно скомпресовані, звужені та ідейно структуровані, правова свідомість стає основою творення своєї іншоформи – законосвідомості, яка має тепер первинними суб'єктами юридичні, а вторинними – фізичні особи. Тобто відбулась стійка ідеологічна переструктурація, а разом з цим здійснилась неприродна дизасиметрія права і закону так само, як дизасиметрія ментальних первинних прав (фізичні особи) та ідеологічних вторинних прав (юридичні особи). Ідеологічна соціалізація права здійснюється, як правило, у межах одного конкретно-історичного циклу соціальної активності правосвідомості, є односторонньою, поверховою, формальною, позитивною, з формальною спадкоємністю відповідного конкретно-історичного циклу соціальної активності правосвідомості, яка зовсім не враховує спадкоємності між конкретно-історичними циклами соціальної активності правосвідомості.

У різних циклах соціальної активності правосвідомості відбувається зміна розвитково-трансформаційного принципу нелінійності (телеологічності) пізнання на лінійний (позитивний) варіант його законодавчої фіксації як принципу права. Критерієм зміни принципу нелінійності права на лінійність є зміна функції правосвідомості, яка виявляється або в зміцненні, або в

послабленні спадкоємності правосвідомості як підструктуро-підсистеми етнотрадиції (що дорівнює національній свідомості). Саме за рахунок нових правових девіацій правосвідомості, які розвиваються як неделінквентні, спроможні генеруватися прогресивно нові, модернізуючі та інтуїтивні пізнавальні тенденції, орієнтації, цінності або суперечності чи протидії як у процесах загального світоправоосмислення, так і в різних методах і методологіях правосвітовиміру, які теж як цілковито девіантні не змогли б стати новими, не будучи недевіантними. У практичній площині девіації правосвідомості визнаємо тільки ті прогресивними, що створюють нове правосвітобачення, узгоджене з доміантними світовими тенденціями правового розвитку [25, с. 119-125].

Зміст права складає не фізично відчутна предметність, а норми, цінності і змісти. Оперуючи ними, людське мислення вибудовує специфічну за своїми ознаками і властивостями реальність, що називається правовою. У цієї реальності, незважаючи на те, що природа її компонентів має переважно духовний, ідеальний характер, повинен бути соціокультурний субстрат, без якого ні норми, ні цінності, ні смисли права не змогли б впливати на людину. Субстратом звичайно називають такі, що здатні почуттєво сприйматися, основи ідеально-духовних реалій, які впливають на людину. Оскільки всі ті духовні форми, що так чи інакше пов'язані з людиною, обтяжені матеріальністю, то субстратність присутня практично всюди, включаючи найтонші і піднесені духовні прояви на зразок музики, релігії і моральності. Право в даному випадку не є винятком.

У права, як і у інших явищ, є причини його появи, розвитку і функціонування. Але існують ще і причини цих причин, тобто загальні основи буття правової реальності. Маючи метафізичний, онтологічний, культурологічний, антропологічний, екзистенціальний характер, ці основи не є предметом чистої юриспруденції, а утворюють предмет філософії права. Розмірковуючи про неї, філософія виходить далеко за межі теорії права і занурюється в питання, що стосуються природи буття і небуття, хаосу і порядку, цивілізації і культури, добра і зла тощо.

Отже, можна зробити висновок, що через пульсуючу ритміку відносин внутрішніх протилежностей будь-яка правова реалія перебуває у властивій їй якості, розпадається і знову об'єднується в цілісність, залишається собою і стає іншою, піддається впливу ентропії та активно протидіє їй. Суспільство визначає нові шляхи свого розвитку, людство робить так би мовити, генеральну чистку свого існування. В історичній реальності між соціоінтентною та гомоінтентною засадами завжди перемагає остання. Політичне суспільство поступається місцем суспільству громадянському, зовнішнє – внутрішньому, яке виходить на майдани історії з новими гаслами і думками: понад усе конкретна людина, її конкретне життя [26, с. 45-46].

Література

1. Дудченко В. В. До історико-матеріалістичного вчення про право: Збірник наукових праць. Юридичні і політичні науки, вип. 34. – Київ: Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2006.
2. Ллойд Д. Идея права / Пер. с англ. – М.: ЮНОНА., 2002.
3. Козловський А. А. Гносеологічна природа права (філософсько-правовий аналіз). Автореф. дис. докт. юрид. наук – К., 2000.
4. Попер К. Не считаая историцизма // Вопросы философии – 1998. – № 8-10.

5. Денисенко В. В. Лингвистическая парадигма как современная методологическая основа общей теории права // Право и политика. – 2007. – № 9 (93). – С.127.
6. Самичулин В. К. Закат права или переоценка ценностей // Право и политика. – 2005 – № 12. – С. 145.
7. Кистяковский Б. А. Философия и социология права.– СПб, 1998.
8. Козлихин И. Ю. О нетрадиционном подходе к праву // Правоведение. – 2006. – № 1 (264). – С. 36-37.
9. Алаїс С. І. Проблеми праворозуміння в основних школах права: Автореф. дис. ...канд. юрид. наук. – К., 2003.
10. Мірошніченко М. Право: терміно-поняття, поняття, категорія // Право України. – 2006. – № 3. – С 29.
11. Бергер П., Лукман Т. Социальное конструирование реальности. Трактат о социологии знания. — М., 1995.
12. Карбонье Жан. Юридическая социология. — М., 1986.
13. Бігун В. С. Антропологія, аксіологія та соціологія права. До питання про праворозуміння // Часопис Київського університету права. — 2005. — № 4. — С. 26.
14. Ковальській В. С, Козінцев Г. П. Правотворчість: теоретичні та логічні засади. – К.: Юрінком Інтер, 2005.
15. Гегель Г. Основи філософії права, або Природне право і державознавство / Пер. з нім. Р.Осадчука та М.Кушніра. – К.: Юніверс, 2000.
16. Кистяковский Б. А. Социальные нормы и право. – М., 1916.
17. Юцик О. І. Суб'єктне право – вихідний пункт дослідження права // Держава і право: 36. наук. праць. Юридичні і політичні науки. – Вип. 21. – К.: Ін-т держави і права ім. В.М.Корецького НАН України, 2002. – С 20-22.
18. Плавич В. П. Правове регулювання трансформаційної економіки України і розвиток національного законодавства. – К.: Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2002.
19. Правові системи сучасності. Глобалізація. Демократизм. Розвиток / За ред. В.С.Журавського. – К.: Юрінком Інтер, 2003.
20. Бачинін В. А., Журавський В. С, Панов М. І. Філософія права. – К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2003.
21. Плавич В. П. Право і економіка: проблеми функціонування та розвитку: Навч. посібник. – Одеса: Астропринт, 2003.
22. Ильин И. А. Собр. соч.: В 10 т. — Т. 1. — О революции. О религиозном кризисе наших дней. — М.: Русская книга, 2001.
23. Цит. за: Мельничук О. С., Льїн І. О. Про душевно-духовну сутність права // Юридичні читання молодих вчених: Збірник матеріалів всукраїнської наукової конференції 23-24 квітня 2004 р. – К.: НПУ ім. М.П.Драгоманова. – 2004.
24. Дмітрієнко Ю. М. Нелінійна природа правової свідомості як телеологічна сутність правових рефлексій // Ученые записки Таврического национального университета им. В. И. Вернадского. – Т. 16 (55). – № 1. Философия. Социология. – Симферополь: ТНУ им. В. И. Вернадского. – 2003. – С. 70-74.
25. Дмітрієнко Ю. М. Традиційні та нетрадиційні моделі правових посттоталітарних рефлексій // Ученые записки Таврического национального университета им. В. И. Вернадского. – Т. 15 (54). – № 2. Философия. Социология. – Симферополь: ТНУ им. В. И. Вернадского. – 2002. – С. 119-125.

26. Верников М. Суспільство очима конкретної людини: екзистенціально-соціальна онтологія // Філософські пошуки. – Вип. 17-18. – Львів. – Одеса: Cogito. – Центр Європи., 2004. – С.45-46.

В. П. Плавич

Одесский национальный университет им. И. И. Мечникова
Экономико-правовой факультет, кафедра общеправовых дисциплин и
международного права
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

ПРАВООПОНИМАНИЕ: ПРОБЛЕМЫ И СОВРЕМЕННЫЕ ПОДХОДЫ К ЕГО ИССЛЕДОВАНИЮ

Резюме

Исследуется процесс развития современного правовопонимания. Автором вводится представление о категории права как инструменте научного познания. Предлагается вариант осознания судьбы права путём толкования воли и мышления. Обоснована необходимость новой парадигмы права. Автором обосновано, что сегодня теория и философия права требуют исследовательского, методологического антропоцентризма.
Ключевые слова: право, интегративное правовопонимание, правовое сознание, правовая реальность.

V. P. Plavich

Odessa National University
Frantsuzsky Bulvar, 24/26, Odessa, 65058, Ukraine

UNDERSTANDING OF RIGHT: PROBLEMS AND CONTEMPORARY APPROACHES OF ITS RESEARCH

Summary

The process of development of modern law awareness is researched. The notion of law category as the instrument of scientific cognition is introduced by the author. The way of realization of the law destiny by the will and thinking interpretation is preferred. The necessity in new law paradigm is substantiated. The author has successfully showed, that the theory and philosophy of law today needs the research and methodological anthropocentrism.
Key words: law, integrative law awareness, law consciousness, legal reality.

УДК 340.136

І. В. Борщевський, канд. юрид. наук, доцент
Одеський національний університет ім. І. І. Мечникова
Економіко-правовий факультет, кафедра загальноправових дисциплін та
міжнародного права
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

ТЕОРЕТИЧНІ ЗАСАДИ КОДИФІКАЦІЇ ЗАКОНОДАВСТВА

У статті здійснюється аналіз теоретичних засад кодифікації законодавства, як постійної форми розвитку і упорядкування правотворчості та систематизації і одна з найефективніших форм забезпечення реалізації регулятивної та охоронної функції права.

Ключові слова: кодифікація, законодавство, правотворчість, систематизація.

Реформування національної правової системи має на меті забезпечення реалізації прав і свобод людини і громадянина у повсякденному житті і практичній діяльності, удосконалення діяльності державних органів, становлення системи права та системи законодавства, розвиток демократії, зміцнення законності та правопорядку в суспільстві і в державі.

Правова реформа супроводжується прийняттям органами державної влади, іншими суб'єктами, що наділені такими повноваженнями, багатьох законів та підзаконних нормативно-правових актів, які покликані формувати єдиний механізм правового регулювання суспільних відносин, функціонування національної правової системи загалом.

Водночас, слід зазначити, що динамічний розвиток правової системи шляхом створення нових нормативно-правових актів, внесення змін та доповнень до уже існуючих, подолання колізій, значною мірою порушує системність сучасного законодавства, що негативно впливає на врегулювання суспільних відносин.

Важливу роль у забезпеченні системності правового регулювання суспільних відносин, з одного боку, відіграє правотворчість – правова форма діяльності держави, компетентних державних органів за участю суб'єктів громадянського суспільства, інших учасників цієї юридичної діяльності, метою якої є прийняття нових правових норм, з іншого – динамізм економічних, політичних, культурних відносин висуває до правового регулювання нові вимоги, передусім здійснення своєчасної правової регламентації цих відносин, що забезпечити складний та тривалий правотворчий процес повністю не в змозі.

Саме тому важливе значення в сучасних умовах, поряд із правотворчістю, має відігравати систематизація законодавства як одна із провідних форм його упорядкування. Саме тому метою даної роботи є аналіз визначальних засад кодифікації законодавства. Загальнотеоретичні та практичні аспекти систематизації законодавства досліджувало багато науковців, а саме: В.М.Баранов, С.М.Братусь, С.В.Бобровник, Д.А.Керімов, Н.М.Оніщенко, Т.М.Рахманіна, Н.М.Пархоменко, В.Ф.Сіренко, О.І.Ющик та ін. Вони зробили суттєвий внесок у формування теорії систематизації законодавства.

Водночас, наявність як об'єктивних (активна правотворча діяльність органів державної влади, що часто має безсистемний характер; положення нормативно-правових актів, що мають різну юридичну силу, суперечать один одному та ін.), так і суб'єктивних (низький рівень культури суб'єктів правотворчої діяльності та

ін.) причин зумовлюють суттєву активізацію дослідження проблем систематизації законодавства. Викладене дає підстави стверджувати, що перед фахівцями-теоретиками стоїть завдання розробки науково обґрунтованих рекомендацій щодо ефективності проведення систематизації законодавства, використання найбільш результативних форм упорядкування нормативного матеріалу.

У теорії права переважна більшість науковців (О.В.Зайчук, Н.М.Оніщенко, О.Ф.Скакун та ін.) під систематизацією законодавства розглядають діяльність, пов'язану з упорядкуванням і вдосконаленням законодавчих та інших нормативно-правових актів, зведення їх в єдину внутрішньо узгоджену систему [1, с. 256; 2, с. 8-13]. Систематизація законодавства, як різновид правової діяльності, передбачає здійснення суб'єктами права комплексу заходів, що спрямовані на упорядкування і вдосконалення нормативно-правових актів у певну науково обґрунтовану систему.

Системність, як важлива ознака системи законодавства, визначає не тільки місце нормативно-правових актів, а й забезпечує зручність користування ними на практиці. Крім того, систематизація законодавства має на меті усунення можливих протиріч та прогалин у законі та в праві, дає підстави оперативно знаходити необхідні правові приписи, а в підсумку забезпечує ефективне правове регулювання суспільних відносин загалом.

У результаті проведення такої юридичної діяльності відновлюється структурованість нормативного матеріалу, збалансовується співвідношення і взаємодія законів і підзаконних нормативно-правових актів, їх гармонійність та функціональне призначення.

Усе це визначає важливу роль систематизації законодавства, яка забезпечує системність правового регулювання суспільних відносин, підвищення ефективності діючої правової системи, динамічний розвиток її підсистем.

Традиційно в юридичній науці розрізняють такі форми систематизації законодавства, як: інкорпорація, консолідація, кодифікація та звід законів, проте останнім часом активно використовуються нові: облік, уніфікація та ін.

Водночас, однією із найскладніших форм систематизації законодавства є кодифікація. Як зазначає Н.М.Пархоменко, кодифікація – це важлива передумова забезпечення якості та ефективності правового регулювання суспільних відносин, усунення прогалин та протиріч у праві, зміцнення законності та правопорядку в суспільстві та в державі загалом, становлення та розвитку національної правової системи шляхом удосконалення законодавства, що є, на її думку, актуальною проблемою і потребує подальшої теоретико-методологічної розробки та практичної реалізації [3, с. 11].

Серед науковців існують різноманітні підходи до визначення змісту поняття цього різновиду юридичної діяльності.

Так, на думку В.С.Нерсесянца, кодифікація законодавства – це форма докорінної переробки чинних нормативних актів, що є в певній сфері відносин, спосіб якісного впорядкування законодавства, забезпечення його погодженості і компактності, а також розчистки нормативного масиву, звільнення від застарілих норм, що не виправдали себе [4, с. 359].

О.І.Ющик вважає, що кодифікація передбачає впорядкування законодавчого матеріалу, спрямована на його переробку шляхом виключення повторів, протиріч, усунення прогалин, перетворення характеру і спрямованості матеріалу тощо. Але на відміну від поточної законотворчості, яка створює нові законодавчі акти з тих чи інших проблем, кодифікація впорядковує значну частину вже існуючого і чинного законодавства, як правило, його змінюючи, доповнюючи та

перетворюючи [5, с. 90]. Автори монографії «Систематизації законодавства України: проблеми та перспективи вдосконалення» (С.В.Бобровник, Н.М.Онщенко та ін.) під кодифікацією розуміють діяльність правотворчих органів держави щодо створення нового систематизованого нормативно-правового акта, яка здійснюється шляхом глибокої і всебічної переробки чинного законодавства і внесення до нього суттєвих змін. У процесі кодифікації до проекту створюваного акта запроваджуються діючі норми, що не втратили свого значення, а також нові норми, які вносять якісні зміни в регулювання певної сфери суспільних відносин [6, с. 155].

Змістовними для розробки теоретико-методологічних засад кодифікації, як особливої форми систематизації нормативно-правових актів, є напрацювання Д.В.Чухвічева, який аналізує основні теоретичні та практичні питання, пов'язані з законодавчим регулюванням, з процесом створення, зміни та відміни нормативних правових актів. Щодо кодифікації, то її, на думку автора, можна визначити як особливий вид систематизації законодавства, що являє собою вираження норм права, які містяться в систематизованих нормативно-правових актах, в одному новому акті, прийняття якого позбавляє законної сили всі ці акти [7, с. 214].

Узагальнюючи викладені вище різноманітні підходи до визначення поняття кодифікації законодавства, слід зазначити, що в цілому вчені сходяться на думці, що це особливий вид систематизації законодавства, який передбачає впорядкування законодавчого матеріалу, спрямоване на його переробку шляхом виключення повторів, протиріч, усунення прогалин, зміни характеру і спрямованості матеріалу тощо.

Хоча, серед фахівців-теоретиків є й інші думки. Так, С.С.Алексеев кодифікацію права також називає одним із різновидів правотворчості. Зокрема, на його думку, це вид правотворчості, при якому забезпечується системне нормативне регламентування даного виду суспільних відносин шляхом видання єдиного, юридично і логічно цілісного, внутрішньо узгодженого нормативного акта, що виражає зміст і юридичну специфіку структурно відокремленого підрозділу системи права. Головна особливість кодифікації полягає у тому, що упорядкування нормативного матеріалу відбувається у межах особливого, найбільш високого виду правотворчості – системної правотворчості [8, с. 254].

В.М.Баранов вважає, що кодифікація являє собою різновид не правосистематизуючої, а правотворчої діяльності. Автор зазначає, що систематизація має справу з уже готовим законодавчим матеріалом (привести в систему можна те, що вже є в наявності), а кодифікація – це, по суті справи, створення нових нормативно-правових актів, то слід визнати, що традиційний поділ систематизації на види не відображає реального положення речей. Кодифікація не вкладається у межі систематизації, а є самостійною, причому основною формою удосконалення законодавства [9, с. 5].

Протилежну точку зору обстоює А.С.Піголкін, який звертає увагу на те, що під час такої систематизації нові норми права не формулюються, а лише в новій формі закріплюються вже раніше діючі в законодавстві [10, с. 45].

На нашу думку, кодифікація – це така юридична діяльність, що поєднує в собі властивості інших різновидів цієї діяльності, йдеться про правотворчість та систематизацію. Щодо властивостей правотворчості, то слід зазначити, що в результаті кодифікації створюється новий нормативно-правовий акт, в якому, з одного боку, містяться новостворені правові норми, з іншого – існують риси систематизації, а саме: у процесі кодифікації законодавства долаються колізії, повтори, протиріччя, порушення єдності та системності правових приписів.

Крім того, слід зазначити, що при здійсненні кодифікації активно використовуються інші форми систематизації законодавства, зокрема облік та інкорпорація (збір і аналіз нормативно-правових актів відповідно до предмета правового регулювання) та консолідації (об'єднання в окрему главу чи розділ правових норм, що містяться в різних нормативно-правових актах).

Отже, кодифікація законодавства – це форма упорядкування нормативно-правових актів, що поєднує ознаки як правотворчості (створення нових норм права), так і систематизації (виключення повторів, протиріч, усунення прогалин) законодавства. Ця властивість є основною для кодифікації.

Доповнити характеристику кодифікації як особливої форми систематизації законодавства має з'ясування інших основних властивостей, що їй притаманні:

1. Кодифікація законодавства здійснюється лише суб'єктами, що наділені такими повноваженнями. Важливою передумовою ефективності систематизації законодавства є рівень культури кодифікаційної діяльності учасників законотворчості. Культура правової діяльності учасників законотворчості поєднує професійні правові знання, вміння, навички з політичними, етичними, соціологічними, економічними та іншими видами культури.

З'ясовуючи проблеми онтології та деонтології юриста, С.С.Сливка зазначає, що використання неюридичних культур у юридичній діяльності має ґрунтуватися на певній пропорційності. Захоплення одними видами культур і недооцінка інших призводить до неякісної професійної культури. Тому компоненти юридичної діяльності є видами практично всіх видів культур, проте ієрархія цих культур у кожному правовому явищі різна. Будь-яке правове явище є культурологічним. Культурологічною є, відповідно, і діяльність юриста [11, с. 27].

2. Кодифікація законодавства здійснюється на відповідних принципах: загальних (верховенства права, верховенства закону, демократизму, гуманізму та ін.), а також, на думку Д.В.Чухвичева, – спеціалізованих (своєчасність, повнота, єдина спрямованість).

У ст. 8 Конституції України проголошується визнання та дія в Україні принципу верховенства права. Конституція України має найвищу юридичну силу. Закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України і повинні відповідати їй. Отже, принцип «верховенства права» має самостійне значення порівняно із принципом «верховенства закону», їх не можна ні ототожнювати, ні протиставляти.

Принцип верховенства права характеризує первинність права перед державою [12, с. 57-65], на відміну від принципу верховенства закону – ієрархії джерел права – примату конституції над законами. Принцип верховенства права має сенс у разі, якщо право розуміється не як сукупність норм, встановлених державою, а як сукупність правил належного, правил поведінки (масштабу, міри), корпусу правил, які легітимовані суспільством, базуються на історично досягнутому рівні соціальної етики [13, с. 3-13].

3. Кодифікація законодавства передбачає не лише зміну змісту, а й форми нормативно-правового акта. Як зазначав Н.М.Коркунов, кодифікація не обмежується зміною лише форми, вона дає систематизоване об'єднання змісту. Кодекс є не тільки новою формою старого закону, а новим законом у повному розумінні цього слова [14, с. 305]. Формою прояву кодифікаційної діяльності, як найбільш складної та досконалої форми систематизації законодавства, зазначає Н.М.Оніщенко, є створення єдиного юридично і логічно цілісного, внутрішньо узгодженого нормативно-правового акта. Він у своїй структурі, як правило, має

загальну частину, в якій дістають відображення галузеві принципи, що визначають характер і зміст даної галузі права в цілому [15, с. 82-87].

4. Має певну мету. Головною метою кодифікації є системність законодавства, його стрункість, структурна досконалість, а отже, цілісний характер, всезагальність, відсутність прогалин, які також порушують системність [7, с. 215].

5. Результатом кодифікації законодавства є прийняття нового кодифікованого акта. Цей документ, як зазначають деякі науковці (А.С.Піголкін, Т.Н.Рахманіна, А.В.Міцкевич та ін.), будучи підсумком удосконалення законодавства, являє собою зведений акт, впорядковану сукупність взаємопов'язаних принципів. Він є єдиним внутрішньо узгодженим документом, що включає в себе як перевірені життям, суспільною практикою діючі норми, так і нові правила, зумовлені динамікою соціального життя, назрілими потребами розвитку суспільства [16, с. 130].

Отже, кодифікація законодавства – це форма упорядкування нормативно-правових актів, що поєднує ознаки як правотворчості (створення нових норм права), так і систематизації (виключення повторів, протиріч, усунення прогалин) законодавства. Вона здійснюється лише суб'єктами, що наділені такими повноваженнями, на відповідних принципах, передбачає не лише зміну змісту, а й форму нормативно-правового акта, результатом якої є прийняття нового кодифікованого акта. Різновидами такого нормативно-правового акта є кодекс, статут.

Залежно від обсягу вирізняють три види кодифікації: загальна, галузева та спеціальна. Загальна кодифікація передбачає створення ряду кодифікованих актів в усіх галузях законодавства з наступним узгодженням системи таких актів шляхом прийняття «Кодексу кодексів».

Галузева кодифікація охоплює нормативно-правові акти окремої галузі або підгалузі законодавства. Значна частина галузей сучасного законодавства України кодифікована (зокрема, прийняті КК України, КІЖ України та ін).

Спеціальна кодифікація має на меті групування норм одного або декількох правових інститутів у межах окремої галузі або підгалузі законодавства.

Отже, кодифікація – це специфічна форма упорядкування нормативно-правових актів, яка має змішаний характер, адже, з одного боку, поєднує ознаки правотворчості (прийняття, зміна, або скасування правових норм), а з іншого – систематизації (впорядкування вже прийнятих норм залежно від певних критеріїв), створення єдиного (нового чи оновленого), цілісного, внутрішньо узгодженого нормативно-правового акта (кодекс та ін.).

Розгляд кодифікації законодавства, як постійної форми розвитку й упорядкування правотворчості та систематизації, дає підстави стверджувати, що це одна з найефективніших форм забезпечення реалізації регулятивної та охоронної функції права. Підвищення ролі правової науки та юридичної практики є важливою передумовою ефективного використання кодифікації законодавства, що в підсумку має забезпечити ефективність правового регулювання суспільних відносин та розвиток державно-правової системи.

Література

1. Скакун О. Ф. Теорія держави і права: Підручник / Пер. з рос. – Харків, 2001.
2. Зайчук О. В., Онїценко Н. М. Поняття, зміст, сутність та види систематизації законодавства // Правова держава. – Вип. 14. – К., 2003. – С. 8-13.

3. Пархоменко Н.М. Кодифікація законодавства: теоретико-історичні аспекти // Часопис Київського університету права. – 2005. – № 3. – С. 11.
4. Проблемы общей теории права и государства / Под общ. ред. В.С.Нерсисянца. – М., 2004.
5. Ющик О. І. Правова реформа і систематизація законодавства України // Систематизації законодавства в Україні: проблеми теорії і практики. Матеріали міжнародної науково-практичної конференції. – К., 1999. – С. 90.
6. Систематизація законодавства України: проблеми та перспективи вдосконалення. – К., 2003.
7. Чухвичев Д. В. Законодательная техника. – М., 2003.
8. Алексеев С. С. Общая теория права: В двух томах. – Т. II. – М., 1982.
9. Баранов В. М. Систематизация и кодификация нормативно-правовых актов. – Нижний Новгород, 1998.
10. Систематизация законодательства в Российской Федерации / Под ред. А.С. Пиголкина. – СПб., 2003.
11. Слеска С. С. Філософія права: Навч. посібник. – Львів, 2006.
12. Гайворонський В. Джерела права // Вісник Академії правових наук України. – 2001. – № 3. – С. 57-65.
13. Заєць А. Принцип верховенства права (теоретико-методичне обґрунтування) // Вісник Академії правових наук України. – 1998. – № 1. – С. 3-13.
14. Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. – СПб., 1893.
15. Оніщенко Н. М. Кодифікація та інкорпорація як методи систематизації законодавства // Правова держава. – Вип. 8. – К., 1997. – С. 82-87.
16. Пиголкин А. С. Законотворчество в Российской Федерации. – М., 2000.

И. В. Борщевский

Одесский национальный университет им. И. И. Мечникова
Экономико-правовой факультет, кафедра общеправовых дисциплин и
международного права
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

**ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ПРИНЦИПЫ КОДИФИКАЦИИ
ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА**

Резюме

В статье осуществляется анализ теоретических принципов кодификации законодательства, как постоянной формы развития и упорядочения правотворчества и систематизации и одна из самых эффективных форм обеспечения реализации регулятивной и охранительной функции права.

Ключевые слова: кодификация, законодательство, правотворчество, систематизация.

I. V. Borschevski

Odessa National University
Frantsuzsky Bulvar, 24/26, Odessa, 65058, Ukraine

THEORETICAL LEGISLATION CODIFICATION PRINCIPLES

Summary

The article performs the analysis of theoretical legislation codification principles, as permanent development form and regulating law making and systematizations and one of the very effective realization guaranteeing forms of regulative and protective function of right.

Key words: codification, law, law making, systematization.

УДК 347.235

Б. С. Бачур, канд. юрид. наук, доцент
Одеський національний університет ім. І. І. Мечникова
Економіко-правовий факультет, кафедра загальноправових дисциплін та
міжнародного права
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

**ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ЗЕМЕЛЬНИХ ВІДНОСИН НА
УКРАЇНСЬКИХ ЗЕМЛЯХ, ЩО ВВІЙШЛИ ДО СКЛАДУ
РОСІЙСЬКОЇ ДЕРЖАВИ
(ІІ ПОЛОВИНА XVII – І ПОЛОВИНА XIX СТ.)**

Статтю присвячено проблемі дослідження процесу правового регулювання земельних відносин на українських землях у другій половині XVII – першій половині XIX ст. нормами цивільного звичаєвого права України.

Ключові слова: звичай, цивільне звичаєве право, землеволодіння, земельна власність, давність володіння, заволодіння, чиншове право, сервітутне право, спільна власність.

Проблема походження й розвитку земельної власності та її правове регулювання надзвичайно складна й багатогранна, адже земля завжди була й буде головним джерелом існування людей, основою їхньої господарської діяльності, яка визначає сенс і характер сучасних економічних процесів.

В умовах провадження земельної реформи в нашій державі, коли лише 25 жовтня 2001 р. Верховна Рада України ухвалила новий Земельний Кодекс, будь-які наукові погляди на історичні форми розвитку земельних відносин вже потенційно містять елементи актуальності. Адже в практичному плані врахування багатовікових історичних традицій при реформуванні українського села дозволить запобігти певним ускладненням, що можуть виникати під час здійснення заходів із розпаювання земель і утворення фермерських господарств.

Метою даної роботи є дослідження процесу правового регулювання земельних відносин на українських землях у II половині XVII – I половині XIX ст. нормами цивільного звичаєвого права України для виявлення витоків формування та закріплення права власності на землю в Україні на сьогоденному етапі. Зазначену проблему досліджували Д.Багалеї, І.Грозовський, О.Гуржій, В.Дядиченко, М.Слабченко та деякі інші дослідники.

Після приєднання України до Росії в 1654 р. на українських землях, що увійшли до її складу, була поширена чинність Соборного уложення 1649 р. царя Олексія Михайловича. Одним із джерел уложення був Литовський статут, звідки було взято 66 статей, багато глав уложення були навіть розташовані за зразком статуту.

Найчастіше судді використовували цей кодекс тоді, коли в писаних джерелах місцевого права не знаходили необхідних норм, що регулювали земельні відносини. На підставі норм Соборного уложення вирішувалися судові справи щодо права власності на землю, порядку користування й розподілу спільної власності, строків давності на викуп землі, давності як підстави для

набуття права власності на землю і, насамперед, прав селян, рядових козаків і цілих громад на володіння землею [1, с. 49]. Соборне уложення 1649 р. було розвитком норм Руської правди й Литовського статуту, але в нових історичних умовах, коли цивільні відносини були вже настільки різноманітними, що не могли регламентуватися тільки нормами звичаєвого права.

Норми цивільного звичаєвого права, що регулюють земельні відносини, особливо до початку XVIII ст., дедалі частіше порушувалися великими землевласниками, до яких уже належала й козацька старшина, а на Лівобережжі, Слобожанщині, Півдні України вони витіснялися писаними російськими законами. Ф.Морошкін відзначає, що в Соборному уложенні вже існує розходження між поняттями "володіння" і "власність", причому "володіння" ділиться на законне і незаконне, добросовісне і недобросовісне, насильницьке, підроблене, і в той же час уложення не відокремлює його від власності. До законного володіння віднесене володіння потомствене, володіння в поєднанні із власністю становить другу половину речових прав [2, с. 49]. Уперше в уложенні давність заволодіння вже не була підставою для права власності, і якщо "ви старо володієте землею після батька, діда, прадіда, ви можете називати її власним вічним, потомственным володінням, але якщо ви на це володіння не маєте кріпосного акта, то ваша власність не більш ніж володіння" [2, с. 50].

Основним способом набуття прав власності на землю стає договір, і уложення передбачало додаткові юридичні дії, що забезпечують права власника: передатний запис на договорі, відказна грамота, складання довідок, ведення писцових книг. Ще до указу Петра I про єдиноспадкування уложення закріпило в правовому положенні землеволодіння спадкове (вотчинне) і умовне (помісне) (ст. 5, глава 16) [3, с. 164].

В уложенні цивільно-правові норми регулюють питання, пов'язані з правом власності, зобов'язальним правом, спадковим, з'являються норми сервітутного права. Розширення сфери цивільно-правових відносин було пов'язане зі зміною конкретно-історичних умов, і насамперед формуванням нових форм власності: а) державна (безпосередньо царська); б) колективна (власність волосна, міської громади, церковна); в) приватна власність вотчинників-феодалів; г) умовне право на землю (помісне володіння) [4, с. 42].

Для подальшого розвитку земельних відносин в Україні особливий інтерес представляє введення в уложення інституту сервітуту – юридичного обмеження права власності одного суб'єкта на користь права користування інших суб'єктів цивільних правовідносин. Виникнення й розвиток земельних сервітутів (предіальних, особистих) пов'язане з розкладанням общинного землеволодіння й появою приватної власності на землю.

На території України сервітутні правовідносини переважали до Люблінської унії (1569 р.) на Правобережній Україні, де селяни мали право власності на землю, а в час уложення й до включення Литви до складу Росії (кінець XVIII ст.) сервітутні правовідносини поширилися й на Лівобережну Україну.

На території українських земель, що перебували під владою Польщі, застосовувалося польське сервітутне законодавство, згодом після розкрячення селян і розширення класу власників у Київській, Подільській, Волинській губерніях установа сервітутів мало вже масовий характер [5, с. 36].

У Соборному уложенні виділялися речові сервітуту, що юридично обмежують права власника в інтересах невизначеного кола осіб (ст. 238, глава 10)

[3, с. 142], а також були законодавчо встановлені особисті сервітути-обмеження на користь певних осіб, спеціально обумовлених у законі (ст. 279, глава 10) [3, с. 149]. Уложення досить докладно регламентує права й обов'язки власника землі та особи, яка має на цю землю сервітутне право. Землевласник, на землі якого мають яке-небудь право користування інші особи, вправі вимагати, щоб вони не виходили за межі цих прав, але сам він не повинен порушувати законних інтересів інших осіб. Власник землі, не обтяжений сервітутом, вправі використовувати її на свій розсуд (ст. 238-243, глава IX) [3, с. 142-143].

Одним із найважливіших результатів народної революції (1648 – 1657 рр.) була ліквідація земельної власності польських магнатів і шляхти й ополячених українських землевласників, а також досить швидкий економічний розвиток Лівобережної України.

На підставі рішень Переяславської Ради 8 січня 1654 р. й "Березневих статей" 1654 р. Лівобережна Україна з окраїнами входила до складу Московського царства на правах політичної й правової автономії. Ця територія одержала назву Гетьманщини і тут продовжували діяти норми місцевого звичаєвого права, польсько-литовського законодавства, Магдебурзького права.

У ході визвольної війни землі Лівобережної України стали власністю Війська Запорізького, а з 1650 р. поступово відновлювалося шляхетське й зароджувалося старшинське землеволодіння.

Процес "займанщини", що почався ще на початку XVII ст., найяскравіше виявився в роки війни на Лівобережній Україні. Там, де вільних земель було обмаль, вільна "займанщина" переходила в обмежену. Обмеження вводилися за згодою сільської громади. Підставою для володіння "займанщиною" було спадкове право й давність користування. Козацька старшина прагнула закріпити за собою землі, але вже не на підставі норм звичаєвого права, а одержанням гетьманських і царських грамот.

На думку В.А.Смоля, придбані селянами землі шляхом "займанщини" були власністю селян [6, с. 38]. О.І.Гуржій, навпаки, вважає, що захоплені селянами й козаками землі були в їхньому володінні, але не були їхньою власністю [7, с. 67-68]. У науковій літературі з даного питання й сьогодні немає єдиної точки зору. На наш погляд, О.І.Гуржій більш об'єктивно підійшов до даної проблеми, оскільки вся земля феодалів ставала власністю Війська Запорізького. Вона не могла бути власністю селян, які, володіючи землею, відбували повинності й платили податки.

У ході війни була припинена дія більшості норм польсько-литовського права, що регулювали земельні відносини, і насамперед "Статуту на волоки".

Говорячи про розвиток козацького права, заснованого на нормах звичаєвого права, необхідно мати на увазі, що в ході подальшої диференціації козацтва під відновленням "старожитніх прав і вільностей" селяни й рядові козаки розуміли норми звичаєвого права, у той час як козацька старшина й українська шляхта прагнули до повернення їй юридичного статусу польської шляхти до 1648 р., що ґрунтувався на Литовських статутах і закріплював монопольне право шляхти на земельну власність. У "Березневих статтях" був уже чітко сформульований правовий статус селян і козаків: "Хто козак, той буде вільність козацьку мати, а хто орний селянин, той буде посаду звичну його царській величності віддавати, як і раніше цього" [8, с. 450].

Правове регулювання земельних відносин – роздавання земель козацькій старшині у власність або у володіння, виникнення нової форми умовної земельної

власності – рангових земель – відбувалося на підставі виданих Б.Хмельницьким універсалів. Більшість норм звичаєвого права, що стали основою "козацького права", була визнана державною владою – спочатку законодавством Речі Посполитої, а потім (після 1654 р.) і Росією. Так, наприклад, у царській грамоті від 27 березня 1654 р. говорилося: "і судитись їм веліли від своїх старших за своїми колишніми правами" [9].

У звичайному праві запорожців не існувало різниці між кримінальним і цивільним правом. Що ж стосується відомостей про норми цивільного звичаєвого права, що регулюють земельні відносини, то їх збереглося дуже мало, але в козацькому праві існували такі поняття, як "власність", "давність володіння", "право першого володіння", як, наприклад, у справі про давність володіння в скарзі вдови козака, в якій вона просить повернути їй землі, оскільки "чоловік 13 років володів, обзаводив їх працею своєю" [10, с. 610]. Знали козаки й "право першого володіння" (*ius primi occupantis*), посилаючись, як правило, на норми звичаєвого права. Кіш вирішував такі справи на користь позивачів і це рішення було безапеляційне.

І.Грозовський підкреслює, що норми звичаєвого права встановлювали порядок володіння й користування землею, лісами, угіддями. Земля й усі угіддя були спільною власністю, нею міг користуватися кожен, хто мав можливість її обробити [11, с. 59].

До початку XVIII ст. спільні землі належали вже як групам сільських громад, так і окремим громадам. У першому випадку вони називалися вільними, але на праві не володіння, а користування.

Однією з поширених форм землеволодіння в даний період у козаків і шляхти було сьабринне землеволодіння, виникнення якого було пов'язане з розпадом єдиної складної родини на окремі сім'ї, які зберегли спільне володіння землями й угіддями. Ця форма землеволодіння відрізнялася як від общинної, так і від подвірної, котра розглядається рядом дослідників як особиста форма володіння, оскільки оформлення прав на володіння землею відбувалося не від імені "двору", а певної особи. Особиста форма володіння землею була поширена на території всієї Лівобережної України.

Певну наукову цінність має дослідження внутрішньої організації сьабринних господарств, принципи землеволодіння й правових відносин серед їхніх членів. М.Слабченко вважає, що підставою для сьабровства була спільність крові, у міру розпадання споріднення виникло "назване братерство", "братерство на вибір". Земля, що перебувала із часів прадідів у нерозділеному вигляді, стала ділитися на певні рівні частини, але частини не реальні, а ідеальні, і знову могли виникнути родинні відносини, "коли власники ідеальних частин женилися між собою" [12, с. 290]. Появу сьабрового землеволодіння він пов'язував із "займанщиною" вільних земель, куди бігли і чужі і родичі. Вони ставали співвласниками величезних ділянок землі, які за нормами звичаєвого права в силу безупинно вкладеної в неї праці визнавалися їхньою власністю [12, с. 286].

І.Луцицький, займаючись даною проблемою, звертає увагу на те, що при "займанщині" можна було б чекати виникнення подвірного землеволодіння, але, судячи з даних опису Румянцева, виникає общинне володіння, тобто повна відсутність особистої власності [13, с. 96, 102].

Цікаво, що козацька старшина, прагнучи залишити за собою захоплені шляхом "займанщини" землі, беручи участь у Генеральному описі Малоросії, проведеному графом Румянцевим у 1765 р., прагнула до того, щоб її землі

ввійшли в нього як "власні", а не отримані шляхом захоплення [9, с. 413].

У той же час в описі містилася велика кількість скарг на захоплення козацькою старшиною козачих земель.

При сябринному землеволодінні власник мав право на користування землею, мав і право голосу при розподілі землі, і найімовірніше ця організація була все-таки більшою мірою не родова, а економічна. Сябри користувалися тільки ідеальними частками, які проте могли відчувувати, але зробити реальний розподіл вони могли тільки вийшовши зі спілки сябрів.

На думку М.Слабченка, сябровство спочатку виникло на Правобережжі під впливом двох причин – загального розвитку польського права й еволюції норм цивільного звичаєвого права України [12, с. 282]. На Лівобережжі особиста земельна власність, що виникла шляхом "займанщини", виникала найбільш звичним способом набуття прав на землю за нормами звичаєвого права. Д.Багалеї із цього приводу наводить документ щодо походження права на землю козаків: "Земля належить козакам за давнім займанням та за стародавнім безперечним володінням" [14, с. 573].

В описі Румянцева відзначалося: "Кожний косить, де схоче і скільки схоче", "землею бере, де схоче" [9, с. 408]. Таким чином, було ніби два шляхи для утворення особистої земельної власності: шляхом розподілу "суспільних земель" і особиста "займанщина". В українському праві особиста "займанщина" визнавалася достатньою підставою для юридичного володіння.

Суспільній "займанщині" у вигляді сябрового землеволодіння передувала особиста, іноді ці процеси йшли паралельно, усе залежало від місцевих умов, але особиста земельна власність устанавлюється в XVIII столітті дуже швидко, тому що на нових землях обшинні порядки не встигали затвердитися.

Наявність порожніх земель створювала умови до відновлення середнього селянського господарства, оскільки була можливість збільшити свій земельний наділ. Але селяни, на відміну від козаків, не завжди прагнули цього, оскільки це призводило до збільшення повинностей.

До початку XVIII століття швидко росло старшинське землеволодіння, що існувало в декількох формах: "зуполне володіння", "тимчасове володіння", або "рангове". На думку В.А.Дядиченко, "зуполне володіння" можна віднести до володіння на правах повної власності, оскільки ці землі можна було продати, купити, обміняти, успадковувати, тощо. "Тимчасове володіння" із числа полкових рангових земель давалося "до ласки пана гетьмана" [15, с. 46].

На наш погляд, варто погодитися з точкою зору О.І.Гуржія, що "зуполне володіння" не можна вважати повною власністю і що до початку XVIII ст. феодална власність, у тому числі й старшинська, мала, як і раніше, становий і умовний характер [16, с. 11].

За рішенням гетьмана в будь-який момент і "зуполне володіння" могло перетворюватися на "тимчасове" або земля могла бути перерозподілена.

Однак немає сумнівів у тому, що на початку XVIII ст. норми звичаєвого права залишалися основним джерелом права на Лівобережній Україні, оскільки заїмка землі, користування угіддями, продаж і купівля землі регулювалися нормами цивільного звичаєвого права.

Царський уряд наказував гетьманові й старшині судитися за "давніми правами і звичаями". Гетьманські універсали, що встановлюють правила володіння й спадкування землі, також ґрунтувалися на нормах звичаєвого права.

Не втратив свого значення й Литовський статут 1588 р. О.Ф.Кистяковський

установив, що більшість рукописних списків, знайдених на Полтавщині та Чернігівщині, написані українською мовою [15, с. 316]. На цей статут додять часті посилалися в універсалах, що стосуються земельної власності й гетьманів. Так, наприклад, в указі гетьмана К.Розумовського від 18 серпня 1749 р. відзначалося, що всі цивільні справи варто вирішувати "за колишніми звичаями і ухваленними пунктами, не порушуючи прав і вільностей старожитніх". Зокрема, у ньому було дозволено селянам переходити з місця на місце, але заборонялося "забирати із собою нажите ними із власницьких земель, щоб не заподіяти збитку власникові" [17, с. 481].

Після смерті гетьмана І.Скоропадського (1722 р.) генеральна старшина в умовах відсутності гетьманської влади (для управління Малоросією Петром І було створено І Малоросійську колегію) колективно правила Гетьманщиною й мала право роздавати землі. Цікаво, що козацька старшина вважала роздавання землі "давнім звичаєм", тобто давньою нормою звичаєвого козацького права.

Судячи зі збережених документів, рядовим козакам заборонялася купівля-продаж землі, але за указом Катерини II від 20 жовтня 1768 р. [18, с. 215] визнавалося право власності на землю козаків, однак мова йшла про землеволодіння козацької старшини.

Соціальна диференціація вже була значною серед козацтва, що навіть згадування про те, що хто-небудь із заможних козаків вийшов "із простих і бідних козаків", уважалося образою [19, с. 731].

На Правобережній Україні війна середини XVII ст., період "руїни" спричинили зростання заборгованості феодалів, оскільки з початку XVIII ст. величезного поширення тут набула посесія – заставна оренда, за допомогою якої вони розплачувалися із кредиторами. Процес розширення великого землеволодіння на Поділлі, Волині, у Київському воеводстві йшов за рахунок освоєння нових земель за допомогою посаджених на чинші селян.

Правове та економічне становище селян регламентувалося інвентарями, які склалися при зміні власника маєтку, при переході маєтків у спадщину, при здаванні в "оренду або заставну посесію".

Однак, як підкреслює А.І.Баранович, у магнатських архівах інвентарів було мало, оскільки, з погляду феодалів, ціннішими були документи, що доводять їхні права на маєтки. Документи, що стосуються судових процесів, у питаннях, пов'язаних із земельною власністю, ґрунтувалися на писаних законах, а не на нормах цивільного звичаєвого права [20, с. 85-93].

Особливий інтерес становить такий специфічний для України інститут, як чиншове право. Чиншове право, починаючи з XI ст., розвивалося як під впливом німецького, так і руського права. Селяни, що сиділи на землях приватних власників, якщо не потрапляли в число холопів, залишалися на милості у власника, а за володіння, або, краще сказати, потомствене користування землею, обкладалися повинностями й грошовим оброком – чиншем.

Чиншове право входить у сферу звичаєвого права, і до XVIII ст. не тільки землі й повіті, але навіть сусідні маєтки розрізнялися своїми чиншовими звичаями [21, с. 31]. Оскільки система володіння землею на праві повної чиншової власності була заснована на нормах цивільного звичаєвого права, а не на законі, тому ні в Литовському статуті, ні в наступних законодавствах вона не була врегульована, хоча й не заперечувалася польськими законами.

Фактичні права чиншовиків були досить широкими: вони могли її дарувати, міняти, продавати, закладати, віддавати в посаг, заповісти в спадщину, але при

цьому передбачалося, що "користування перехідною з рук у руки ділянкою не може виходити ні з маєтності вотчинника, ні з тих умов, на яких її було надано чиншовику" [22, с. 9]. Іншими словами, сутність чиншового права полягала в тому, що воно допускало набуття прав земельної власності вродздріб. При цьому зберігалися всі атрибути права власності: володіння, користування, розпорядження. У чиншовому праві ми ще раз зіштовхуємося із проблемою розмежування понять "власність" і "володіння". Як відзначає С.Дибовський, чиншове володіння було безстановим володінням, і навіть якщо ним володів не селянин, а шляхтич, воно не могло стати "панським", а чиншовик не одержував усіх шляхетських прав, тому шляхта прагнула до набуття земського й ленного права, зміцнюючи за собою землю на спадкоємному праві дідича – пана [21, с. 34].

Римське право створенням даного інституту залучало вільних осіб на чужій землі широтою прав, прив'язувало їх до землі гарантією потомственного й відчужуваного користування, одержанням доходів із земельної власності. Водночас власник мав постійний прибуток у вигляді чиншу. Єдиною умовою було утримання землі в порядку та збереження її об'єктивної ціни [23, с. 466-467].

Практично на таких же умовах виникало чиншове право й на українських землях, але й тут, як і для римських юристів, одним із найскладніших було питання про строки, оскільки вони могли бути терміновими (у випадку несплати чиншу) і безстроковими.

Вічно-чиншові відносини настільки наближаються до поняття "власність", що "власність, обмежена ними, існує майже тільки номінально, оскільки вони обіймають собою зміст права власності й насамперед право користування, вилучення вигід на свій розсуд, право розпорядження" [24].

До початку XIX ст., а на півдні України – до кінця XVIII ст. з початком розвитку капіталістичних відносин, збільшенням експорту зерна, коли земля набувала дедалі більшу цінність, частіше стали вдаватися до письмових актів при оформленні вічно-чиншового права. Але чиншові володіння, засновані на письмових актах, непомітно зливалися з "володінням за звичаєм", тобто на підставі усного договору.

Таким чином, виникнення інституту чиншового права на українських землях було викликано специфічними соціально-економічними умовами, і насамперед впливом так званого "німецького права". Подальший його розвиток призвів до ще більшого розмивання понять "власність" і "володіння", оскільки існування протягом декількох сторіч вічно-чиншових відносин призвело до виникнення спадкового землеволодіння, при якому положення чиншовиків наближалося до положення власників.

Аналіз історичних особливостей формування інституту власності допомагає в розумінні сьогоденних проблем встановлення та закріплення права власності на землю та потребує подальшого глибокого дослідження.

Література

1. Ткач А. П. Суд і розправа Ф.Чуйкевича – пам'ятник феодального права України XVIII ст. // Вісник Київ. ун-ту. – 1962. – Вип. I, № 5. – С.122-127.
2. Морошкин Ф. Л. Об уложении и его последующем развитии. – М., 1839. – 63 с.
3. Российское законодательство X-XX вв. – М.: Юрид. лит., 1985. – Т. 3. – 511 с.
4. Рубаник В. Е., Ковалёва А. Л. К вопросу о развитии основных черт права в

Соборном Уложении 1649 г. // Проблемы законности. – 1997. – № 32. – С. 41-50.

5. Збырит В. Е. Историко-правовые аспекты становления и развития земельных сервитуты // Проблемы законности. – 2000. – № 41. – С. 33-37.

6. Смолий В. А. Основні тенденції класової боротьби на Україні доби пізнього феодалізму // Укр. іст. журн. – 1983. – № 9. – С. 37-48.

7. Гуржій О. І. Про характер земельної власності та землеволодіння на Україні доби пізнього феодалізму (Історичні дослідження. Вітчизняна історія) // Респ. міжвід. сб. – К., 1986. – Вип. 12.

8. Архив Южной и Западной России. – Спб., 1879. – Т. X.

9. Багалий Д. Генеральная опись Малороссии. Эпизод из деятельности графа П.А.Румянцева-Задунайского // Киев. старина. – 1883. – № 11. – С. 402-432.

10. Скальковский А. Как судили и рядили в Сечи Запорожской // Киев. старина. – 1886. – № 6. – С. 604-621.

11. Грозовський І. Звичаєво право Запорозької Січі // Рад. право. – 1991. – №10. – С. 58-60.

12. Слабченко М. Опыты по истории права Малороссии XVII и XVIII вв. – Одесса, 1911. – 292 с.

13. Лучицкий И. Следы общинного землевладения в Левобережной Украине в XVIII в. // Отечественные записки. – 1882. – Ноябрь. – С. 91-116.

14. Багалеї Д. Матеріали для історії колонізації і быта степної окраїни Московського державства в XVI–XVIII ст. – Х., 1886. – 358 с.

15. Дядиченко В. А. Нариси суспільно-політичного устрою Лівобережної України кінця XVII – початку XVIII ст. – К.: Вид-во АН УРСР, 1959. – 530 с.

16. Гуржій А. І. Еволюція феодальних відносин на Лівобережній Україні в першій половині XVIII в. – К.: Наук. думка, 1986. – 133 с.

17. Лазаревский А. Универсал гетмана К. Розумовского // Киев. старина. – 1885. – Июль. – С. 477-482.

18. Хрестоматія з історії держави і права України: Навч. посібник: У 2 т. / За ред. В.Д.Гончаренка. – К.: Ін. Юре, 1997. – Т. 1. – 464 с.

19. Бакаї Н. Из дела об оскорблении гетманской чести (из дел генеральной войсковой канцелярии) // Киев. старина. – 1884. – № 10. – С. 730-739.

20. Баранович А. И. Магнатское хозяйство на юге Волыни в XVIII в. – М.: Изд-во АН СССР, 1955. – 182 с.

21. Дыбовский С. О чиншевом праве // Журн. гражданского и уголовного права. – Спб., 1885. – Вип. 5. – С. 31-66.

22. Рудченко И. Записка о землевладении в юго-западном крае. Обзор законодательства и фактического положения. – К., 1882. – 180 с.

23. Дождев Д. В. Римское частное право / Под ред. В.С. Нерсесянца. – М.: Норма, 2000. – 765 с.

24. Гантовер Л. В. О происхождении и сущности вечно-чиншевого владения. – Спб.: Изд-во мин-ва юстиции, 1884. – Вип. I. – 88 с.

Б. С. Бачур

Одесский национальный университет им. И. И. Мечникова
Экономико-правовой факультет, кафедра общеправовых дисциплин и
международного права
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

**ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ЗЕМЕЛЬНЫХ ОТНОШЕНИЙ
НА УКРАИНСКИХ ЗЕМЛЯХ, КОТОРЫЕ ВОШЛИ В СОСТАВ
РОССИЙСКОГО ГОСУДАРСТВА
(II ПОЛОВИНА XVII – I ПОЛОВИНА XIX СТ.)**

Резюме

В статье рассматривается одна из важнейших проблем – возникновения права собственности на землю по нормам гражданского обычного права Украины, определены предпосылки возникновения одного из специфических институтов права, возникших на территории Украины – чиншевого права.

Ключевые слова: обычай, гражданское обычное право, землевладение, земельная собственность, давность владения, завладение, чиншевое право, сервитутное право, общая собственность.

B. S. Bachur

Odessa National University

Frantsuzsky Bulvar, 24/26, Odessa, 65058, Ukraine

**LEGAL ADJUSTMENT OF LANDED RELATIONS ON UKRAINIAN
EARTHS, WHICH WENT INTO COMPOSITION OF RUSSIAN STATE
(II HALF XVII – I HALF XIX A.)**

Summary

The process of the evolution of the rules of the common law that regulated the land relations according to the historical and socio-economic changes that took place in Ukraine is analysed in the article. The author focuses his attention on the rules of civil common law that did not undergo the big changes during the learning period and can be used at the modern stage of reforming of land law and civil-law institution in Ukraine.

Key words: custom, civil common law, landownership, land ownership, land-tenure, statute of limitations of ownership, occupation, servitude law, joint ownership, public ownership.

СІМЕЙНЕ ПРАВО

УДК 347.163

Л. М. Зілковська, канд. юрид. наук, доцент, заступник декана
Одеський національний університет, кафедра цивільно-правових дисциплін,
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

**ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВЛАШТУВАННЯ ДІТЕЙ-СИРИТ І
ДІТЕЙ, ПОЗБАВЛЕНИХ БАТЬКІВСЬКОГО ПІКЛУВАННЯ**

Стаття присвячена проблемі влаштування дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування. Автор пропонує шляхи вирішення неузгодженостей між правовим положенням усиновителя й опікуна.

Ключові слова: сирота, піклування, опіка, усиновлювач, гармонійний розвиток особи.

Проблеми влаштування дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування, є предметом обговорень і досліджень політиків, соціологів, релігійних діячів, юристів. Однак упорядкування відносин у зазначеній сфері має здійснюватися за певними правилами, законами, оскільки чітке правове регулювання і дотримання законності при влаштуванні дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування, є запорукою дотримання прав дитини.

Правовим проблемам влаштування дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування, було присвячено низку праць за радянських часів, зокрема Н.М.Єршовою, О.М.Нечасвою, І.М.Кузнєцовою, Я.М.Пігач, В.С.Гопанчуком. В Україні правові проблеми влаштування дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування, були предметом досліджень (на рівні монографічних досліджень) таких науковців, як В.П.Мироненко, О.І.Карпенко, В.Ю.Москалюк, О.О.Грабовська, а також автора даної статті. Однак системного аналізу всіх, встановлених сімейним законодавством форм влаштування дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування, після прийняття нового Сімейного кодексу України (далі – СК) до сьогодні проведено не було.

Метою цієї статті є саме здійснення такого аналізу. Автор ставить перед собою наступні завдання: визначити окремі особливості кожної з форм влаштування дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування; окреслити коло проблем у правовому регулюванні кожної з них; сформулювати пропозиції щодо вдосконалення законодавства в сфері правового регулювання влаштування дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування.

Міжнародне законодавство визнає необхідним для дитини сімейного оточення для повного і гармонійного розвитку її особи, а у разі тимчасового або постійного позбавлення сімейного оточення або неможливості залишення в такому оточенні у разі загрози порушення її власних якнайкращих інтересів, має право на особливий захист і допомогу, що надаються державою [1]. Вітчизняне сімейне законодавство також визнає пріоритет сімейного виховання дитини і має це забезпечувати, а також брати під свою охорону кожную дитину-сироту і дитину, позбавлену батьківського піклування (ст. 5 СК). Одним із завдань держави, на нашу думку, є не тільки особливий захист і допомога дітям-сиротам і дітям, позбавленим батьківського піклування шляхом надання соціальних пільг і преференцій, а й розвиток і популяризація різних форм їх сімейного влаштування.

Перш, ніж розглянути особливості кожної з форм влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, слід визначитись з цими категоріями дітей. Закон «Про забезпечення організаційно-правових умов соціального захисту дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування» від 13 січня 2005 р. до категорії «дитина-сирота» відносить дитину, в якій померли чи загинули батьки, а до категорії «діти, позбавлені батьківського піклування», – дітей, які залишилися без піклування батьків у зв'язку з позбавленням їх батьківських прав, відібранням у батьків без позбавлення батьківських прав, визнанням батьків безвісно відсутніми або недієздатними, оголошенням їх померлими, відбуванням покарання в місцях позбавлення волі та перебуванням їх під вартою на час слідства, розшуком їх органами внутрішніх справ, пов'язаним з ухиленням від сплати аліментів та відсутністю відомостей про їх місцезнаходження, тривалою хворобою батьків, яка перешкоджає їм виконувати свої батьківські обов'язки, а також підкинутих дітей, батьки яких невідомі, дітей, від яких відмовилися батьки, та безпритульних дітей. У пропонованій статті ми будемо дотримуватися саме такого визначення поняття «дитина-сирота» і «дитина, позбавлена батьківського піклування».

Розділ IV СК, визначає такі форми влаштування дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування: усиновлення (глава 18), опіка та піклування над дітьми (глава 19), патронат над дітьми (глава 20), прийомна сім'я (глава 20-1), дитячий будинок сімейного типу (глава 20-2).

СК поняття усиновлення визначає як прийняття усиновлювачем у свою сім'ю особи на правах дочки чи сина, що здійснене на підставі рішення суду, а у разі усиновлення дитини, яка є громадянином України, але проживає за межами України, – на підставі нормативних актів консульської установи або дипломатичного представництва України (ст. 207, 282 СК). Метою здійснення усиновлення закон визначає найвищі інтереси дитини для забезпечення стабільних та гармонійних умов її життя.

На сьогодні СК досить детально регулює порядок усиновлення. Пріоритетним напрямком усиновлення є, безумовно, усиновлення подружжям, внаслідок чого створюється повна сім'я, яка найкраще забезпечує можливості та умови для всебічного фізичного, психічного, морального та духовного розвитку дитини [2, с. 46]. Однак, зважаючи на визнання за одинокою особою права на сім'ю (ч. 3 ст. 3 СК), немає сенсу забороняти одинокій особі бути усиновлювачем. Усиновлення, напевно, є найоптимальнішою і переважною формою влаштування дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування. Виникнення правовідносин з усиновлення характеризується особливим юридичним складом, специфіка якого полягає в одночасному виникненні сімейних правовідносин і припиненні або інших сімейних відносин, або відносин з опіки та піклування. У науковій літературі поняття усиновлення як форми влаштування дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування, викликає найменше спорів. Ми ж відстоюємо позицію, що усиновленням є прийняття усиновлювачем у свою сім'ю особи, що здійснене на підставі рішення суду (юридичного акта), внаслідок якого між усиновлювачем та його родичами, з однієї сторони, та усиновлюваним і його нащадками – з іншої сторони, виникають такі ж права та обов'язки, як між батьками і дітьми, а також родичами за походженням. Правова регламентація такої форми влаштування дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування, як опіка та піклування здійснюється цивільним і сімейним

законодавством в Україні. Однак, ні ЦК, ні СК не надають визначення поняття опіки та піклування, визначаючи тільки їх мету та завдання. Опіка та піклування встановлюються з метою забезпечення особистих немайнових і майнових прав та інтересів малолітніх, неповнолітніх осіб, а також повнолітніх осіб, які за станом здоров'я не можуть самостійно здійснювати свої права і виконувати обов'язки (ч. 1 ст. 55 ЦК).

Певні розбіжності містяться в ЦК і СК стосовно вибору терміну, яким позначаються особи, що потребують опіки та піклування. ЦК стосовно дітей визначає, що опіка встановлюється над малолітніми особами, які позбавлені батьківського піклування, а піклування встановлюється над неповнолітніми особами, які позбавлені батьківського піклування (ст. 58, 59 ЦК). Ст. 243 СК визначає категорію дітей, над якими встановлюється опіка, піклування – це діти-сироти і діти, позбавлені батьківського піклування. Передусім впадає в око відмінність у визначенні категорії дітей, які потребують опіки та піклування. Як бачимо, ЦК не виділяє як окрему категорію поняття «діти-сироти» і взагалі не оперує поняттям «діти» при визначенні осіб, які не досягли повноліття, що потребують опіки та піклування, і визначає їх як «малолітні особи» та «неповнолітні особи». Натомість у СК використано такі терміни, як «малолітня дитина» та «неповнолітня дитина» (ст. 6 та інші СК).

Зрозуміло, що поняття «діти, позбавлені батьківського піклування», є більш широким і може включати в себе і поняття «дитина-сирота». На нашу думку, цивільне законодавство також має містити певне уточнення щодо визначення кола осіб, які охоплюються поняттям «осіб, позбавлених батьківського піклування». Для прикладу можна навести досвід правового регулювання опіки та піклування в РФ, ЦК якої містить узагальнююче положення щодо категорії неповнолітніх, над якими встановлюється опіка і піклування. Частина 3 ст. 31 ЦК РФ встановлює, що опіка і піклування над неповнолітніми встановлюються за відсутності у них батьків, усиновлювачів, у разі позбавлення судом батьків батьківських прав, а також у випадках, коли такі громадяни з інших причин залишились без батьківського піклування, зокрема, коли батьки ухиляються від їх виховання або захисту їхніх прав та інтересів [3, с. 64].

Однією з особливостей такої форми влаштування дітей як опіка та піклування є те, що опіка та піклування не тягнуть тих наслідків, які встановлені законодавством при усиновленні, зокрема щодо взаємного існування прав та обов'язків між усиновленим і усиновлювачем в сфері спадкування.

Слід зазначити, що ст. 56 ЦК передбачає прийняття закону, який би визначав органи, на які покладено здійснення опіки та піклування, їх права та обов'язки щодо забезпечення прав та інтересів фізичних осіб, які потребують опіки та піклування, та інших нормативно-правових актів. Прийнятий Закон «Про забезпечення організаційно-правових умов соціального захисту дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування», на нашу думку, не відповідає завданням держави в сфері забезпечення і захисту соціальних прав дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, оскільки поза його увагою залишилося багато питань у цій сфері суспільного життя. На сьогодні органи опіки та піклування продовжують користуватися у своїй діяльності й Правилами опіки та піклування, затвердженими наказом Державного комітету України у справах сім'ї та молоді, Міністерства освіти України, Міністерства охорони здоров'я України, Міністерства праці та соціальної політики України 26.05.1999 р. № 34/166/131/88, зареєстрованими в Міністерстві юстиції України 17.06.1999 р. за

№ 387/3680, незважаючи на те, що вони вже застаріли, однак за відсутності іншого нормативно-правового акту, який би відповідав вимогам ЦК та СК і більш детально врегулював повноваження органів опіки та піклування в сфері захисту особистих немайнових прав та інтересів дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування, а також особливості їхнього влаштування, вони вимушені використовувати у своїй діяльності і їх.

Серед інших нормативно-правових актів, існування яких передбачає ЦК, слід назвати досі не прийнятий нормативно-правовий акт Кабінету Міністрів України, який би визначав підстави виникнення права на оплату послуг опікуна та піклувальника, її розмір та порядок виплати (ст. 73).

Що стосується такої форми влаштування дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування, як патронат, то тут у правовому регулюванні також дуже багато суперечностей і «білих плям». СК, не надаючи визначення поняттю «патронат» або «патронатне виховання», в ст. 252 визначає поняття договору про патронат. За договором про патронат орган опіки та піклування передає дитину-сироту або дитину, позбавлену батьківського піклування, на виховання у сім'ю іншої особи (патронатного вихователя) до досягнення дитиною повноліття, за плату. Слід зауважити, що СК, визначаючи в ст. 255, що патронатний вихователь має захищати дитину, її права та інтереси як опікун або піклувальник, без спеціальних на те повноважень, водночас не встановлює правила, що патронатному вихователю надається статус опікуна або піклувальника і не встановлює тих заборон, зокрема, у сфері здійснення правочинів, які встановлені для опікуна та піклувальника.

Стосовно такої форми влаштування дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування, як влаштування в прийомну сім'ю, слід сказати, що СК в ст. 256-1 дає таке визначення прийомної сім'ї: це сім'я, яка добровільно взяла на виховання та спільне проживання від одного до чотирьох дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування. Тут також слід відзначити, що СК, визначаючи в ч. 4 ст. 256-2 те, що прийомні батьки є законними представниками прийомних дітей і діють без спеціальних на те повноважень як опікуни або піклувальники, не встановлює тих вимог, які висуваються до опікунів та піклувальників, що, на нашу думку, має бути виправлене. Хоча, зауважимо, що правові основи створення прийомної сім'ї є більш врегульованими, порівняно з патронатним вихованням. Так, постановою Кабінету Міністрів України від 26 квітня 2002 р. № 565 затверджено Положення про прийомну сім'ю і, як додаток до нього, – Договір про влаштування дітей на виховання та спільне проживання у прийомній сім'ї. Слід відзначити, що ч. 4 ст. 256-4 СК передбачає затвердження Кабінетом Міністрів України Положення про прийомну сім'ю та типового договору про влаштування дітей до прийомної сім'ї. На нашу думку, така термінологічна неузгодженість у назві договору має бути усунута.

Що стосується влаштування дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування, то ст. 256-5 СК визначає дитячий будинок сімейного типу як окрему сім'ю, що створюється за бажанням подружжя або окремої особи, яка не перебуває у шлюбі, для забезпечення сімейного виховання та спільного проживання не менш як п'яти дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування. Постановою Кабінету Міністрів України від 26 квітня 2002 р. № 564 затверджено Положення про дитячий будинок сімейного типу і як додаток до нього, – Угоду про організацію діяльності дитячого будинку сімейного типу. Тут також простежується термінологічна неузгодженість щодо назви договору про

влаштування дітей до дитячого будинку сімейного типу, оскільки ч. 4 ст. 256-8 СК називає його «типовий договір про організацію діяльності дитячого будинку сімейного типу». Слід також зважати на те, що законодавець відмовився від використання такого терміну в цивільному законодавстві, як «угода».

Проаналізувавши законодавство України в сфері регулювання форм влаштування дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування, визначивши певні його особливості і недоліки, головним, на нашу думку, є те, що поза правовим регулюванням залишилося власне визначення поняття «форма влаштування дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування». Зважаючи на викладене, пропонуємо під такою формою розуміти законодавчо встановлений порядок передання дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування, у сім'ю або дитячу установу і забезпечення їм умов виховання, духовного та фізичного розвитку, здобуття освіти, налагодження відпочинку, забезпечення умов для прояву їхніх здібностей, захисту їхніх прав та інтересів. Це визначення, на нашу думку, має передувати нормам СК, які врегульовують форми влаштування дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування (усиновлення, опіку та піклування над дітьми, патронат над дітьми, прийомну сім'ю, дитячий будинок сімейного типу). Пропонуємо доповнити Розділ IV СК «Влаштування дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування» преамбулою, в якій закріпити пропонуване загальне визначення поняття «форма влаштування дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування».

Крім цього, слід зробити висновок, що діти-сироти і діти, позбавлені батьківського піклування, на сьогодні мають слабку соціальну захищеність. Через недосконалість законодавства в цій сфері правового регулювання суспільних відносин існує необхідність вжиття термінових, дійових заходів для суттєвого поліпшення законодавчого регулювання влаштування дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування, шляхом внесення відповідних змін до чинних підзаконних нормативних актів з метою їх відповідності вимогам СК і ЦК, а також прийняття нормативно-правових актів, передбачених ЦК і СК, які на сьогодні не прийнято.

Зауважимо, що розглянутими питаннями не вичерпується вся проблематика правового регулювання влаштування дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування. Порушені в статті проблеми законодавчого регулювання влаштування дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування, потребують подальшого детального вивчення в сфері кожної з її форм.

Література

1. Конвенція про права дитини (Конвенція ратифікована Постановою Верховної Ради України № 789-ХІІ від 27.02.91 р.) // Інформаційно-правова система «Нормативні акти України».
2. Зілковська Л. М. Правове регулювання усиновлення в Україні: Дис... канд. юрид. наук: 12.00.03. – К., 2002.
3. Гражданский кодекс Российской Федерации: С постатейным приложением материалов практики Конституционного Суда Российской Федерации, Верховного Суда Российской Федерации, Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации / Сост. Д. В. Мурзин. – М.: НОРМА, 2001.

Л. М. Зилковская

Одесский национальный университет им. И. И. Мечникова
Экономико-правовой факультет, кафедра гражданско-правовых дисциплин
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ УСТРОЙСТВА ДЕТЕЙ-СИРОТ И ДЕТЕЙ, ЛИШЕННЫХ РОДИТЕЛЬСКОЙ ЗАБОТЫ

Резюме

Статья посвящена проблеме устройства детей-сирот и детей, лишенных родительской заботы. Автор предлагает пути устранения несогласованностей между правовым положением усыновителя и опекуна.

Ключевые слова: сирота, забота, опека, усыновитель, гармоничное развитие личности.

L. M. Zilkovska

Odessa National University
Frantsuzsky Bulvar, 24/26, Odessa, 65058, Ukraine

LEGAL REGULATION OF ARRANGING CHILDREN-ORPHANS AND CHILDREN DEPRIVED OF PATERNAL ANXIETY

Summary

The article is devoted to the problem of arranging children-orphans and children deprived of paternal anxiety. An author offers the ways of decision of inconsistencies between legal position of that who adopts and guardian.

Key words: orphan, anxiety, guardianship, a person who adopts, harmonious development of individual.

ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО

УДК 347.113

Н. А. Абрамов, канд. юрид. наук, профессор

Одесский национальный университет им. И. И. Мечникова

Экономико-правовой факультет, кафедра административного и хозяйственного права

Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

О СООТНОШЕНИИ ОБЩЕГО И СПЕЦИАЛЬНОГО ЗАКОНОВ

В статье рассматривается проблема согласования норм общих и специальных законов. Делается вывод о том, что нормы Хозяйственного кодекса Украины и нормы Гражданского кодекса Украины должны разграничиваться не путем соотношения специальных и общих норм, а путем разграничения предметов регулирования Кодексов.

Ключевые слова: Гражданский кодекс, Хозяйственный кодекс, общий закон, специальный закон, хозяйственно-правовые отношения.

После принятия и введения в действие Гражданского и Хозяйственного кодексов Украины среди ученых и практиков возникла дискуссия о соотношении общего и специального законов. Некоторые ученые (в частности, Г. Знаменский) стали утверждать, что еще в Древнем Риме специальный закон имел приоритет над общим, а в настоящее время в некоторых зарубежных странах специальный закон не только имеет приоритет над общим, более того, специальный отменяет действие общего закона [1]. Между тем, в нашем действующем законодательстве закреплён прямо противоположный принцип.

В частности, в ст. 8 Конституции указано: «Конституция Украины имеет высшую юридическую силу. Законы и иные нормативно-правовые акты принимаются на основе Конституции Украины и должны соответствовать ей».

В п. 2 ст. 4 ГК Украины установлено: «Актами гражданского законодательства являются также иные законы Украины, которые принимаются в соответствии с Конституцией Украины и настоящим Кодексом. Если субъект права законодательной инициативы представил в Верховную Раду Украины проект закона, регулирующего гражданские отношения иначе, нежели настоящий Кодекс, он обязан одновременно представить проект закона о внесении изменений в Гражданский кодекс Украины. Представленный законопроект рассматривается Верховной Радой Украины одновременно с соответствующим проектом закона о внесении изменений в Гражданский кодекс Украины».

Для обеспечения этого важного принципа создан Конституционный суд Украины, главной задачей которого является наблюдение за соответствием законов и иных нормативно-правовых актов Конституции.

Если же признавать приоритет специального закона над общим, тогда незачем было создавать Конституционный суд. Необходимо подчеркнуть, что ст. 8 Конституции нельзя толковать узко как норму, регулиующую соотношение законов и иных нормативных актов только Конституции. Она закрепляет общий принцип соответствия специальных законов общим. Это подтверждается существующим порядком регистрации нормативно-правовых актов центральных и иных учреждений в органах Министерства юстиции с тем, чтобы предотвратить издание актов, противоречащих Конституции и другим законам.

Надо признать, что закрепленный в ст. 8 Конституции принцип соответствия специальных нормативных актов общим не нашел еще твердого и неуклонного соблюдения. В печати постоянно сообщается об отступлении от него различными центральными и иными властными органами. К сожалению, нарушение этого принципа имеет место и в деятельности Верховной Рады. Об этом рассказал народный депутат Украины Н.Онищук в статье «Судебно-правовая реформа: будут ли даны ответы на вызовы времени»³. Он правомерно заявляет, что Закон «О судоустройстве Украины», предусмотрев создание Кассационного суда Украины, тем самым вошел в противоречие с Конституцией, которая не предусматривает учреждения такого суда (ст. 125 Конституции).

Или возьмем другой, еще более разительный факт. В ст. 127 Конституции установлено, что специализированные суды «...отправляют правосудие только в составе коллегий судей». Многолетняя практика хозяйственных судов до принятия Конституции и после этого показала нецелесообразность данного правила, так как большинство хозяйственных споров является несложным и потому может правильно разрешаться единолично судьей. В связи с этим Законом от 13 мая 1997 г. о внесении изменений в Арбитражно-процессуальный кодекс установлено, что дело в хозяйственном суде может разрешаться судьей единолично, а по сложным делам по решению председателя суда или его заместителя – коллегиально. Конечно, с практических позиций это было правильно, но с точки зрения законности – явное беззаконие, так как не мог Закон по конкретному вопросу противоречить ст. 8 Конституции.

Ошибочность нормы Конституции следовало исправлять легитимным порядком, т.е. внести изменение в ст. 127 Конституции, а не принимать закон с явным нарушением ее.

О недостаточной проработке проектов законов до их принятия и частом изменении откровенно и убедительно сказал бывший первый заместитель Председателя Верховной Рады Г.Васильев в статье «Один закон – десять поправок», в которой отмечается: «Принимается один закон, а следом за ним – десять поправок. Дальше – еще хуже, новый закон начисто перечеркивает идеи и нормы предыдущего»⁴. Казалось бы, автор критически относится к рассматриваемому явлению. Однако в другой статье он утверждает нечто противоположное: «Меня несколько удивляют специалисты, которые настаивают, когда говорим о законах в отношении изменений и дополнений. Это правомерный подход»⁵. Но удивляться, очевидно, надо не противникам такого явления, а непоследовательности самого Г.Васильева.

Хотелось бы напомнить, что для уважения и соблюдения законов необходимы не только их обоснованность и справедливость, но не в меньшей мере и стабильность. А если они постоянно изменяются, так что даже юристы не успевают за этим следить и своевременно вносить коррективы в свою практику, то что же можно сказать об обычных гражданах? Скоротечное изменение закона подрывает доверие и уважение к нему как к временному акту. А это опасно для законности. Прежде чем принять закон, надо снова и снова в спокойной, неторопливой обстановке проанализировать со всех сторон соответствующие

³ // Голос Украины. – 17 марта 2003 г. – С. 16.

⁴ // Аргументы и факты в Украине. – 2003. – № 22.

⁵ // Голос Украины. – 27 июня 2003 г. – С. 3.

общественные отношения и продуманно закрепить их в надлежащих нормах. Здесь, как ни в чем другом должно действовать правило: семь раз отмерь и только потом один раз отрежь. Нельзя забывать, что законы должны действовать не дни и месяцы, а долгие годы, десятилетия, а желательно и того больше.

Действительно, нестабильность, текучка, противоречие специальных законов общим распространена у нас и сейчас, когда в ст. 8 Конституции четко сформулирован принцип соответствия специальных законов общим. Однако что же будет, если мы возьмем на вооружение принцип приоритета специального закона над общим, при котором любой государственный орган, имеющий право издавать нормативные акты, будет принимать их, не считаясь с Конституцией, другими законами. Прямо скажем: возникнет правовая анархия. Тогда не нужны будут ни Конституционный суд, ни правовая экспертиза Министерства юстиции над нормативно-правовыми актами.

Не отрицая важной роли специальных законов как конкретизирующих, подробно регулирующих и учитывающих специфику соответствующих общественных отношений, закрепленных в общих, в то же время нельзя ставить их выше, отдавать им приоритет перед общими. Любой общий закон не может охватить все многообразие различных общественных связей, которые возникают между гражданами, организациями в процессе повседневной жизни и практической деятельности. Это обязаны делать специальные законы, не нарушая при этом общих. Отступление специального закона от общего возможно лишь тогда, когда об этом сказано в общем законе.

Возьмем, например, соотношение Жилищного кодекса с Гражданским Кодексом Украины. Может ли ЖК иметь нормы, противоречащие нормам ГК? Конечно же, нет. Но в то же время в нем множество норм, которых нет в ГК. И это естественно. Но все эти нормы должны находиться в соответствии с общими положениями ГК. То же самое и в хозяйственном праве, в котором специальные нормативные акты, подробно регулирующие экономические отношения в различных отраслях хозяйствования, не могут противоречить нормам Хозяйственного кодекса Украины.

Проблема о соотношении общих и специальных нормативных актов возникла в связи с принятием Верховной Радой Украины новых ГК и ХК, в которых ряд важных вопросов разрешен неодинаково. Например, ГК не признает коллективную форму собственности (раздел I книги третьей ГК). А ХК считает ее одной из форм собственности и посвящает специальную главу 10 раздела II предприятиям коллективной собственности (ст.ст. 93-112). В ГК юридическое лицо публичного права владеет переданным ему имуществом на праве собственности (ст. 329), а в ХК собственник передает имущество государственным предприятиям, организациям, учреждениям не в собственность, а в хозяйственное ведение или оперативное управление (ст.ст. 136, 137). Научкой, действующим законодательством и практикой давно и твердо признается существенное различие между правом собственности, а с другой стороны – правом хозяйственного ведения и правом оперативного управления.

Своеобразный выход в преодолении имеющихся противоречий между ГК и ХК с тем, чтобы обосновать применение норм ХК к хозяйственным отношениям при наличии коллизий с ГК, Г.Знаменский усматривает в приоритете специальных норм над общими, относя к первым нормы ХК, а к последним – ГК. Несмотря на п. 2 ст. 9 ГК, в котором говорится, что законом могут быть предусмотрены особенности регулирования имущественных отношений в сфере

хозяйствования, предлагаемое Г.Знаменским соотношение между ГК и ХК представляется ошибочным. Необходимость такого специального регулирования вытекает из различия предметов регулирования гражданским и хозяйственным законодательством, в связи с чем в свое время Верховная Рада и приняла решение о разработке и принятии двух кодексов. И фиксирование этого в ГК совершенно не требовалось.

К тому же оно не может изменить суть соотношения ГК и ХК. Они находятся не в субординационной правовой связи, а в параллельной, самостоятельной, поскольку у них разные предметы регулирования, хотя многие отношения их близки друг к другу, пересекаются между собой. И ГК, и ХК являются специальными правовыми актами по отношению к Конституции и другим конституционным законам, и в то же время общими в отношении нормативных актов, регулирующих, с одной стороны, гражданско-правовые отношения, а с другой – хозяйственно-правовые. Не меняет положения и то, что в ГК есть целый ряд норм, регулирующих хозяйственно-правовые отношения. В частности, глава 8 раздела II ГК о предпринимательских обществах. Оттого, что эти нормы включены в ГК, суть регулируемых ими отношений не изменяется – они не становятся гражданско-правовыми, а остаются хозяйственно-правовыми, поскольку касаются хозяйственной деятельности. И с принципиальных позиций они должны были быть в ХК, а не в ГК. Но независимо от этих, я бы сказал, технико-правовых вопросов, позицию Г.Знаменского о приоритете специальных законов над общими нельзя признать обоснованной. Его ссылки на право Древнего Рима, на некоторые западные страны ничего не доказывают, так как мы должны руководствоваться правом не со стороны, а своим собственным. Но при этом принцип соотношения специальных и общих законов нам не чужд. Мы тоже на практике чаще применяем специальные законы, а не общие. Почему? Не потому, что они «главнее», «приоритетнее» общих, а потому, что в них подробно, развернуто, с учетом специфики регулируются соответствующие отношения. Но тем самым они не заслоняют и тем более не отменяют общих законов, а наоборот, можно сказать, дают им жизнь, действуют параллельно в соответствии с ними.

Этим и обеспечивается однообразная правовая политика и практика. Если же оторвать специальные нормы, противопоставить их общим, тогда вместо единого правового поля возникнет правовая чересполосица. Поэтому вопрос о правильном применении ГК и ХК должен решаться не с позиций, «какой из них общий, а какой специальный», а путем устранения в них норм, противоречащих друг другу.

Лишь при четком разграничении действия ХК и ГК они станут действительно самостоятельными, независимыми друг от друга важными нормативными актами, регулирующими разный круг общественных отношений. Прекратятся тогда споры между юристами о том, какой кодекс важнее. У законодателя появится четкая грань по правотворчеству в области гражданско-правовых и хозяйственно-правовых отношений. Практическим работникам не придется ломать голову над тем, какой же кодекс следует применять в тех или иных отношениях.

Литература

1. Знаменский Г. Приоритет специальных законов как общеправовой принцип // Юридичний вісник України. – 22-23 березня 2003 г.

М. О. Абрамов

Одеський національний університет ім. І. І. Мечникова
Економіко-правовий факультет, кафедра адміністративного та
господарського права
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

ПРО СПІВІДНОШЕННЯ ЗАГАЛЬНОГО І СПЕЦІАЛЬНОГО ЗАКОНІВ

Резюме

У статті розглядається проблема узгодження норм загальних і спеціальних законів. Зроблено висновок про те, що норми Господарського кодексу України і норми Цивільного кодексу України повинні розмежовуватися не шляхом співвідношення спеціальних і загальних норм, а шляхом розмежування предметів регулювання кодексів.

Ключові слова: Цивільний кодекс, Господарський кодекс, загальний закон, спеціальний закон, господарсько-правові відносини.

N. A. Abramov

Odessa National University
Frantsuzsky Bulvar, 24/26, Odessa, 65058, Ukraine

ABOUT CORRELATION OF GENERAL AND SPECIAL LAWS

Summary

The problem of concordance of norms of general and special laws is examined in the article. It is concluded that the norms of the Economic code of Ukraine and norms of the Civil code of Ukraine must be differentiated not by correlation of the special and general norms is done, but by differentiation of the articles of codes regulation.

Key words: Civil code, Economic code, general act, special law, economics' law relations.

УДК 346.16

О. П. Подцерковний, д-р юрид. наук, доцент
Одеський національний університет ім. І. І. Мечникова
Економіко-правовий факультет, кафедра адміністративного та
господарського права
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

ПОДАЛЬША КОДИФІКАЦІЯ ТА КОМПАКТИЗАЦІЯ ГОСПОДАРЬСЬКОГО ЗАКОНОДАВСТВА НА БАЗІ ГОСПОДАРЬСЬКОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

В статті аналізуються недоліки у практиці сьогоднішньої законотворчості, що подекуди не узгоджується з ідеєю кодифікації та компактизації господарського законодавства на базі Господарського кодексу України. Запропоновано реальні кроки щодо зменшення кількості актів господарського законодавства та підвищення їх якості, виправлення помилок у тлумаченні ЦК та ГК України, а також подальших кроків щодо нарощування ГК України господарсько-правовими нормами.

Ключові слова: Господарський кодекс, Цивільний кодекс, кодифікація, компактизація, тлумачення, господарське законодавство.

Економічне зростання держави неодмінно пов'язане з розвитком підприємницького середовища та інвестиційних процесів. Провідними вітчизняними правознавцями відмічаються крайності в регулюванні економічних відносин: якщо раніше ці відносини упорядковувалися здебільшого постановами уряду (законів майже не було), то тепер спостерігається протилежне – регулювання здійснюється переважно законами. Причому закони приймаються з оперативного-господарських та навіть технічних питань, які цілком природно могли бути включені в більш загальні закони чи віднесені до компетенції уряду. Прикладом таких законів є Закони "Про молоко та молочні продукти", "Про насіння та садивний матеріал", "Про енергозбереження", "Про транспортно-експедиторську діяльність", "Про оренду землі", "Про плату за землю", "Про зерно та ринок зерна в Україні", "Про лікарські засоби" тощо. Ухвалюються сотні законів, які через процедурно-технічні та політичні обставини виявляються не лише низької якості та не узгоджуються один з одним, порушують єдине поле регулювання, але й стають маловідомими та незрозумілими підприємцям.

За цих умов говорити про стабільність правового поля, а відповідно – про визначений стан правової системи держави, без чого не можуть обійтися інвестори та підприємці, не доводиться. Не випадково згідно з жовтневими 2005 р. опитуваннями бізнес-асоціацій 40% експертів вважають найбільш необхідним не стільки втручання у правове і регулятивне поле, скільки належне виконання вже існуючих законів. Третина експертів (33%) вважає за необхідне різке скорочення кількості законів і регуляторних актів⁶.

⁶ // Юридичний вісник України. – 26 листопада – 2 грудня 2005 р. – С. 6.

Водночас, якщо раніше, за умови регулювання оперативно-господарських питань у підзаконних актах, підприємці могли захищати свої права, порушені надмірним вторгненням влади у їх діяльність, за допомогою більш загальних положень (принципів) кодексів та законів, то тепер, за умови повсюдної підміни підзаконних актів законами-інструкціями, ця можливість зникає (спеціальні закони отримують пріоритет), а верховенство права заміщується верховенством закону. По суті виникають неправові закони. На фоні такої трансформації відбувається також послаблення урядових можливостей, виконавча влада втрачає важелі оперативного та ефективного управління економічними процесами.

Ось чому стають не лише необхідними, а навіть єдино конструктивними розробки щодо подальшої кодифікації та компактизації господарського законодавства. На жаль, це розуміють не всі, зокрема окремі новітні чиновники, головним завданням яких, схоже, стає реформування саме по собі поза будь-якої цілі та прогнозованих наслідків такого реформування. Так, не інакше як безвідповідально виглядала пропозиція окремих представників «помаранчевого уряду» зразка 2005 р. про скасування Господарського кодексу України. Замість кропіткої роботи з вдосконалення законодавства, узгодження та гармонізації положень ГК і ЦК України пропонувався черговий дестабілізуючий акт, який був здатний вкотре зменшити інвестиційну привабливість України. Сьогодні, у зв'язку з можливістю повернення до влади тих, хто висловлювався на користь скасування ГК України, це не може не хвилювати.

Крім цього, останнім часом активізували свою роботу незвані «заморські радники», відомі, зокрема, за звіттом «Україна: економічна оцінка» [2]. Некомпетентність з питань застосування ГК та ЦК України, яку демонструють відповідні мало відомі фахівці, серед яких називаються дехто Шишкін та Дробишев, просто вражає. Зокрема, безапеляційно зазначаючи, що ГК України відтворює адміністративну модель економіки [1, с. 75], залишається не поміченим, що саме в період дії ГК України Україна отримала статус країни з ринковою економікою. Або зазначаючи, що ЦК та ГК України передбачають різні типи акціонерних товариств [1] (напевно мається на увазі те, що ЦК України не передбачає поділення акціонерних товариств на відкриті та закриті, на відміну від ГК України), непрофесійно ігноруються положення ч. 5 ст. 152 ЦК України: «Акціонерне товариство, яке проводить відкриту підписку на акції, зобов'язане щорічно публікувати для загального відома річний звіт». Але ж, виходячи з наведеного припису, цілком очевидним стає існування «акціонерних товариств, які не проводять відкриту підписку на акції», тобто закритих акціонерних товариств. Отже, ніякого різночтіння між ЦК України та ГК України з цього питання не існує.

Штучне роздування проблеми співвідношення ЦК та ГК України радниками ОЕСР стає очевидним також у тому місці, коли вони зазначають про формалістичність ГК України: «по-перше, він обмежує свободу укладання договорів, а по-друге – робить відносно простим анулювання договору на підставі несуттєвих вад технічного характеру» [1]. Ми не маємо можливості детально обговорити цю суперечливу тезу, адже до ґрунтовної деталізації своїх тверджень її автори не вдаються. Хоча вже при найближчому розгляді стає очевидною слабка сумісність поняття анулювання договору з вітчизняним правом. Відверта суперечливість їх позиції проявляється, насамперед, у твердженні про те, що ЦК України «теж» висуває досить жорсткі формальні вимоги до договорів». Отже

виходить, що це є не проблемою співвідношення ЦК та ГК України, а загально-правовою проблемою, яку бачать автори, проте намагаються нав'язати у якості недоліків ГК України.

Чого варте також позначення того, що «Господарський кодекс фактично анулює обмежену відповідальність по відношенню до дочірніх підприємств», чи «Він також, фактично, забороняє укладання договорів по факсу або електронній пошті: чинний внутрішній або міжнародний договір повинен мати відбиток печатки підприємства на підписаному оригіналі» [1, с. 90]. Із цього приводу можна висловити такі заперечення.

По-перше, ніякого «фактичного» анулювання обмеженої відповідальності дочірніх підприємств ГК України не містить. У ст. 126 ГК передбачається така субсидіарна відповідальність лише для одного випадку – коли материнська компанія своєю поведінкою сприяла виникненню неплатоспроможності дочірньої компанії. Отже, маємо недобросовісне тлумачення радниками «блакитної стрічки» окремого випадку як загального правила. По-друге, у відповідних положеннях ГК України немає чогось такого, що не відповідає загально-правовим принципам розумності та справедливості. Це, по суті, відтворює традиційну для приватного права норму про те, що шкода, заподіяна кількома особами, має бути відшкодована цими особами у солідарному порядку (ст. 1190 ЦК). У випадку, про який йдеться в ГК України, материнська компанія, яка своїми діями сприяла спричиненню шкоди дочірньою компанією, має нести за це майнову відповідальність. До речі, відповідна норма була закріплена в Основах цивільного законодавства Союзу РСР та цілком слушно відображена у ст. 105 ЦК Російської Федерації. В Англії, наприклад, яку, напевно, не можна звинуватити в «адміністративному регулюванні економіки», законодавство передбачає цілком розгалужену систему випадків, коли «юридична постать» компанії ігнорується, а вся відповідальність за дії дочірньої компанії покладається на засновників. Прикладом такого випадку є положення ст. 24 Закону про компанії 1985 р., згідно з яким акціонери компанії з обмеженою відповідальністю вважаються відповідальними перед третіми особами за сплату боргів компанії при певних умовах [2, с. 9-10]. До речі, радників ОЕСР не бентежить відповідальність державних органів та органів місцевого самоврядування за видання рішень, якими спричиняються збитки утвореним ними державним та комунальним підприємствам, що також запропонував ГК України (ч. 6 ст. 74, ч. 8 ст. 78). Не зчиняється галас також із приводу субсидіарної відповідальності держави за боргами казенних підприємств (ст. 77). Отже можна констатувати чергове виривання окремих положень із загального правового поля ГК, що не має нічого спільного із його науковим аналізом. Намагання попередити зловживання конструкцією «юридичної самостійності» дочірнього підприємства потрібно відносити не до недоліків, а до відчутних здобутків ГК України. Торкаючись питання про печатки на договорах, можна зауважити, що відповідні положення передбачені не лише в ГК, як було помічено заморськими радниками, але й також в ЦК України (ч. 2 ст. 207). Стосовно ж «заборони на укладання договорів по факсу або електронній пошті» можна зауважити тим, що в другому реченні ч. 1 ст. 181 ГК України чітко відображена традиційна для вітчизняного права позиція, відповідно до якої відкривається шлях до використання будь-яких позбавлених зайвих формальностей способів укладання договорів: «Допускається укладення господарських договорів у спрощений спосіб, тобто шляхом обміну листами, факсограмами, телеграмами, телефонограмами тощо, а також шляхом

підтвердження прийняття до виконання замовлень, якщо законом не встановлено спеціальні вимоги до форми та порядку укладення даного виду договорів» (підкреслено – О.П.). Наявність печатки при застосуванні спрощених форм договору виключається по суті. Її наявність може тлумачитися лише як необхідний реквізит господарського договору, викладеного у формі єдиного документу, згідно з першим реченням ч. 1 ст. 181 ГК України.

А чого вартє твердження про те, що «Господарський кодекс зберігає низку погано визначених форм права власності на кшталт "оперативного управління" та "господарського відання", які не передбачені Цивільним кодексом. Ці релікти радянської юридичної системи створюють можливості для гонитви за рентою з боку керівників-інсайдерів [2, с. 75], «не накладаючи при цьому обмежень, передбачених довірчим управлінням або іншими добре структурованими агентськими стосунками» [2, с. 90]. Але ж не лише юристи-господарники [3, с. 86-93], а й вітчизняні цивілісти [4, с. 16-18] визнають, що право господарського відання та оперативного управління є оптимальною формою відображення відносин між державою та юридичними особами публічного права. А довірчі відносини називаються такими, що не лише не апробовані у вітчизняних умовах приватного бізнесу, але й за суттю не відповідають потребам публічної власності⁷. Як зазначає відомий науковець В.І.Семчик, заміна права оперативного управління іншим поняттям не може усунути необхідність надавати підприємствам ту ж саму правомочність, яка охоплюється поняттям права оперативного управління [5, с. 106-107]. А дослідниками іноземного права підтверджується, що в країнах Заходу об'єм правомочності державного підприємства на закріплене за ним майно, порядок його реалізації істотно відрізняються від режиму звичайної приватної власності [6, с. 248], "при визначенні правового режиму державних підприємств у західних країнах використовуються положення, близькі і фактично тотожні теорії права оперативного управління" [7, с. 143]. До речі, можливість застосування обмежених речових прав передбачає власно ЦК України у ст. 395: «Законом можуть бути встановлені інші речові права на чуже майно». А отже, будь-якої суперечливості між кодексами в цьому питанні також немає.

Зазначене показує, що радники ОЕСР, що формували доповідь з питань співвідношення ГК та ЦК України, є відверто некомпетентними з питань господарського та цивільного законодавства. Проте, тут можливі і припущення у певній спрямованості акції щодо дискредитації положень ГК України.

Як вказується в літературі, "справа в тому, що в ГК, мабуть, є норми, які не влаштовують окремі структури. Вони не наголошують прямо, які конкретно статті ГК треба було б, з їх точки зору, змінити чи скасувати, адже це показало би їх зацікавленість в усуненні з Кодексу саме тих положень, які в інтересах суспільства слідувало б зберегти" [8, с. 7].

Можна припустити, що супротивники Господарського кодексу намагаються його скасуванням залишити поза законом традиційних для вітчизняного права суб'єктів економічних відносин, як-то: унітарні державні та казенні підприємства, закриті акціонерні товариства, приватні та дочірні підприємства, концерни, консорціуми, асоціації, корпорації та інші діючі юридичні особи, не передбачені в ЦК України, примусити перетворитися їх у товариства або незалежні від власника

⁷ Див., напр.: Право собственности в Украине. – К.: Блиц Информ, 1996. – С. 142-143; Подцерковний О.П. Функціонування державних підприємств та інститут довірчого управління майном – несумісні // Правова держава. – 2003. – № 6. – С. 39-43 та ін.

установи. Унітарні державні та казенні підприємства потребували б корпоратизації, під вивіскою якої тіншовим способом в Україні вже "прихватовано" та порізано на металобрухт сотні державних підприємств. У це не хочеться вірити, але саме такі наслідки скасування ГК є реальними.

За відсутності ГК України державні організації були б проголошені власниками закріпленого за ними державного майна. У цьому разі згідно із ст. 325 ЦК України це майно вважалось би приватною власністю, а права господарського відання та оперативного управління були б скасовані. Це відкрило б шлях до необмеженого відчуження державного майна. Адже повноваження власника є абсолютними і не можуть обмежуватися (ст. 319 ЦК України) навіть засновниками юридичної особи. Наслідки такої лібералізації були б жахливі.

Чи може метою скасування ГК є відхід від принципів господарювання, зокрема, розповсюдження на сферу господарювання передбачених для загальноцивільних відносин "анархічних" положень про те, що "сторони в договорі можуть відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд" (ч. 3 ст. 6 ЦК)? Чи може варто повністю замінити поважне поняття "громадянин" (ст. 128 ГК) аморфним та знеособленим "фізична особа" (ст. 24 ЦК), що серед населення отримало зневажливе прізвисько "фізик" на протигагу "юрікам" – юридичним особам.

Не виключено, що пропозиції про скасування ГК спрямовані на скасування форм реалізації державної економічної політики (с. 9 ГК), основних напрямів державної економічної політики (ст. 10), засобів державної економічної політики (ст. 11-18), рамок державного контролю та нагляду за господарською діяльністю (ст. 19), державного та комунального сектора економіки (ст. 22-24), заходи щодо державної підтримки підприємництва (ст. 48 ГК) тощо.

Чи може ініціатори скасування ГК вважають доречним позбавити підприємців остаточного орієнтиру щодо того масиву законодавства, якому вони мають підкорятися? Адже ГК України є своєрідним "древом" усього господарського законодавства, дозволяє легко орієнтуватися в ньому. Якщо виходити з того, що це полегшить можливість притягнення до відповідальності підприємців, керуючись принципом "незнання закону не звільняє від відповідальності", чи призведе до зростання попиту на юристів, які тисячами викидаються сьогодні на ринок праці двома сотнями юридичних ВНЗ, то це, звичайно, позитив. Але ж що ж це дасть економіці держави, чи виграють від цього пересічні підприємці? Знову доводиться констатувати, що, як стало останнім часом звичним в період панування сьогоднішнього крайнього нормативізму, про це рідко хто думає.

Скоріше за все справжні наміри щодо дискредитації ГК України ніколи не стануть надбанням громадськості. На жаль! Оскільки вони відкрили б наслідки реалізації цих пропозицій: усунення підґрунтя для низки положень Конституції України (ст. 13, 116, 142 тощо), зокрема, щодо визнання поняття суб'єкта господарювання та підприємства, про непорушність права власності Українського народу, державної та комунальної власності, нарешті, про соціально орієнтовану економіку, яка передбачає паритет (узгодження) приватних та публічних засад в сфері господарювання.

Пропозиції щодо декодифікації господарського законодавства здатні внести серйозний дисбаланс у правову систему, призвести до розпорошення реальних "правил гри" в економіці. Не випадково господарські (комерційні, торговельні) кодекси прийняті в більшості провідних країн світу, серед яких: Австрія,

Аргентина, Бельгія, Болгарія, Бразилія, Німеччина, Греція, Іспанія, Південна Корея, Мексика, Польща, Румунія, Словаччина, США, Франція, Чехія, Чилі, Швеція, Естонія, Японія й ін. Вже багато років у Верховній Раді України існує практика супроводження проектів законодавчих актів юридичною експертизою. Натомість, сьогодні необхідне запровадження фінансово-господарської експертизи законопроектів та реального громадського контролю за виконанням процедур, передбачених Законом України "Про засади державної регуляторної політики в сфері господарської діяльності".

Адже приклади ігнорування наслідків законопроектних робіт непоодинокі. Так, за законопроектом, розробленим тоді ще народним депутатом Л.Черновецьким, запроваджено судовий порядок арешту на банківські рахунки боржників в порядку виконавчого провадження, так би мовити, з метою приведення виконавчого провадження до вимог Цивільного кодексу [9]. Причому будь-якого обґрунтування того, що державні виконавці в цій частині порушують права громадян чи юридичних осіб, а відповідна новела призведе до покращення виконавчого провадження, не було. Виключно абстрактна ліберальна ідея. В супровідній записці до законопроекту автор вказав, що прийняття закону не потребуватиме додаткових витрат з бюджету (!?) Закон було ухвалено. Наслідки не примусили себе довго чекати. Тепер будь-яке рішення суду щодо стягнення грошового боргу не є підставою для державного виконавця для стягнення боргу з рахунку суб'єкта господарювання. Стягувачу (державному виконавцю) потрібне додаткове судове рішення для накладення арешту на банківські рахунки боржника та застосування примусового стягнення. Виникла нова хвиля судових розглядів там, де раніше цілком правильно та оперативно виконувалися документи державними виконавцями. З'явилося нове навантаження на суддів, що потребує додаткових бюджетних витрат, а також нові зволікання у виконанні судових рішень. Замість того, щоб підсилити відповідальність судових виконавців на фоні розширення їх прав стосовно боржників, протиправність поведінки яких доведено судом, законодавці збільшили державні витрати та остаточно підірвали можливість оперативного захисту порушеного майнового права. Тобто застосували заходи, прямо протилежні до того, що вимагали міжнародні експерти в сфері виконання судових рішень⁸.

Не важко провести аналогію вищевказаного з пропозицією окремих юристів щодо скасування ГК України. Лише з тією поправкою, що наслідки такої дії будуть набагато драматичнішими. Адже виникне нова нестабільність у правовому полі регулювання господарських відносин. Тільки суб'єкти господарювання пристосувалися до дуалізму регулювання в цій сфері, як знову їм запропонують змінити "правила гри". До речі, така стабільність є одним з об'єктів охорони в Законі "Про основи національної безпеки України" (ст. 7).

«Свіжим» прикладом непродуманого коректування положень ГК України можна вважати намагання певних сил провести через Верховну Раду зміни до цього акту у зв'язку з розглядом законопроекту № 2235 «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо регулювання лізингу)». Зокрема, пропонувалося серед багатьох інших, так би мовити «дрібних поправок»,

⁸ Наприклад, експерти Європейської бізнес-асоціації в доповіді "Перешкоди для інвестицій в Україну" наголошували, що законодавство України встановлює складну й частково таку, що не діє, систему примусового виконання, зокрема, щодо судових рішень. "На практиці це приводить до того, що маючи на руках судове рішення про стягнення, наприклад, певної суми грошей кредитор не має можливості одержати належні йому суми через незрозуміло "лояльне" ставлення законодавства до боржника" [Перешкоди для інвестицій в Україну: Доповідь Європейської Бізнес Асоціації. – К., 2005. – С. 18].

викласти частину 5 ст. 292 ГК у новій редакції, виключивши заборону на лізинг майна державних підприємств.

Як було зазначено автором цієї роботи у доповідній записці, підготовленій влітку 2007 р. на запит академіка В.К.Мамутова про наслідки прийняття цього закону, «Положення закону в частині викладення ч. 5 ст. 292 Господарського кодексу України у новій редакції відкриває шлях до тіньової приватизації майна державних та комунальних підприємств, адже скасовує чинну заборону на передачу лізингоотримувачу у лізинг майна публічних підприємств без згоди вищестоящего органу. Враховуючи те, що фінансовий лізинг передбачає можливість переходу права власності на предмет лізингу від лізингодавця до лізингоотримувача (ст. 8 Закону "Про фінансовий лізинг"), керівники державних та комунальних підприємств отримують неконтрольоване право розпродажу державного та комунального майна. Натомість, фінансовий лізинг не може передбачати послаблення у порівнянні зі звичайною орендою умов щодо передачі державного та комунального майна у користування приватних осіб. Натомість стосовно звичайної оренди законодавство передбачає положення про отримання згоди Фонду державного майна та інших органів на передачу в оренду публічного майна (ст. 287 ГК України, ст. 5 Закону "Про оренду державного та комунального майна"). Вимоги щодо детенізації господарських операцій вимагають поширення обмежень, передбачених для оренди державного та комунального майна, на фінансовий лізинг, а не їх скасування».

На щастя, політична плутанина не дозволила наведеному законопроекту набути силу закону. Але цей приклад доводить, що за спробою викреслити певні норми ГК України чи скасувати його в цілому, зазвичай, стоять намагання утворити певні тіньові схеми та анархію у господарському обігу України.

Варто припинити пусті розмови про "суперечливість ГК та ЦК України" та перейти до конкретних дій щодо виправлення цих недоліків. Ці виправлення – звичайно складніший процес, ніж скасування ГК України. Їх непросто організувати, погодити з усіма державними органами, науковими школами, громадськістю, але саме за цю "рутину" має взятися Міністерство юстиції. Між тим пройшло чотири роки, а ґрунтовних та системних пропозицій щодо усунення невідповідностей між ГК та ЦК України в парламент не внесено. Численні пропозиції науковців з цих питань залишаються поза будь-якої уваги уряду та парламентарів. Представницькі конференції правознавців теж не цікавлять чиновників, як це показала, наприклад, науково-практична конференція "Реалізація Цивільного та Господарського кодексів України: проблеми та перспективи", що відбулася в Інституті приватного права та підприємництва АПрН України 24.11.2005 р. [10], науково-практична конференція, що мала місце в Донецьку в квітні 2006 р. [11] та інші конференції та круглі столи, зокрема в Одеському національному університеті⁹.

В багатьох випадках проблема співіснування ГК та ЦК України виявилася пов'язаною з недоліками прийомів тлумачення кодексів, що природно властиво початковому етапу дії будь-яких взаємопов'язаних кодифікацій.

Співіснування загального та спеціального закону було, є і буде. Інакше неможливо побудувати сучасну правову систему. Тому це є не проблема, а нормальний стан сучасного права. "Ажіотаж" навколо співіснування ЦК та ГК

⁹ Міжн. наук.-практ. конференція "Проблеми господарського права і методика його викладання". – Донецьк, 2006; Круглий стіл "Дослідження проблем співвідношення приватноправових та публічно-правових чинників соціально-економічних відносин" від 28.06.2006 р. – Одеса: ОНУ ім. І.І. Мечникова, 2006.

України став результатом існуючого донедавна неухважного ставлення багатьох вітчизняних правознавців до прийомів та принципів тлумачення, без чого нормальне існування сучасної правової системи є неможливим. Негативну роль тут відіграло також те, що юридична доктрина та судова практика дуже повільно набувають реального значення для правозастосування в Україні.

Потребує прийняття постановою Пленуму Верховного Суду України "Про практику застосування Цивільного та Господарського кодексів України", яка зніме більшість питань у співіснуванні ЦК та ГК України. Проте прийняття цього довгоочікуваного акту тлумачення не може відбутися без широкого громадського обговорення. Зокрема, необхідно остаточно визначитися щодо співвідношення ЦК та ГК України. Лише на тій підставі, що в ч. 2 ст. 4 ЦК цей кодекс визначається "основним актом цивільного законодавства", не можна обґрунтовувати верховенство ЦК в системі інших законів. Кожного разу, коли законодавець передбачає пріоритет певного закону, він прямо вказує про це в законі (наприклад, ст. 19 Закону "Про фінансовий лізинг"). Але ЦК України встановлює перевагу його норм тільки перед підзаконними нормативно-правовими актами (ч. 4 ст. 4 ЦК).

Похідною у тлумаченні має стати ідея про те, що відмінності між нормами ЦК та ГК не є суперечливістю. Воля законодавця стає цілком зрозумілою та реалізованою, а кожна з норм ЦК та ГК України знаходить своє місце у правовій системі, якщо виходити з того, що норми ЦК отримують цілісну регулятивну дію у цивільних відносинах негосподарського характеру, а норми ГК України повною мірою реалізуються в сфері господарювання шляхом визнання їх пріоритету в цій сфері та субсидіарного застосування ЦК України до нерегульованих ГК України приватномайнових питань.

Не обґрунтовано також звужувати регулятивну силу ГК України рамками лише доповнення ("розвитку та конкретизації") норм ЦК України. По-перше, формулювання ч. 2 ст. 9 ЦК: "Законом можуть бути передбачені особливості регулювання майнових відносин в сфері господарювання", дозволяє ГК встановлювати будь-які особливості господарських правовідносин, в тому числі шляхом зміни положень ЦК, чи встановленні інших загальних правил для сфери господарювання, наприклад, правила щодо валюти зобов'язання в господарській сфері (ч. 2 ст. 198 ГК). По-друге, норми ГК мають слугувати комплексному регулюванню специфічних відносин, а не бути лише "більш конкретизованими, чи розвинутими". Навпаки, для тієї чи іншої сфери регулювання законодавець може передбачати різну ступінь конкретизації нормативних положень. Наприклад, ч. 1 ст. 229 ГК України передбачає стягнення збитків у разі порушення грошових зобов'язань, не обмежуючи їх конкретним розміром, а ч. 2 ст. 625 ЦК України встановлює для такого випадку обмеження розміру стягнення (нарахуванням індексу інфляції та 3% річних на суму боргу, якщо інший розмір процентів не передбачено договором чи законом). Тобто, відмовившись від зайвої конкретизації, законодавець наділяє суб'єктів господарювання правом стягувати в повному розмірі збитки, які виникли при порушенні грошового зобов'язання.

Зазвичай, конкретизація (розвиток) норм права, яка має підпорядкований характер, міститься лише у підзаконних актах. Проте закони, зокрема ГК, мають рівну з ЦК юридичну силу, а тому можуть змінювати для окремих сфер передбачені в ЦК механізми. Так, цілком вписується в "особливість регулювання майнових відносин" за ст. 230 ГК винятково грошова форма неустойки в господарській сфері (яка попереджуватиме тіньовий перепродаж майна) на

відміну від товарно-грошової форми неустойки в інших цивільних відносинах (ст. 549 ЦК).

Невизнання пріоритету регулювання господарських відносин за ГК України провокуватиме корупцію серед суддів. Адже в залежності від уподобань можна буде відстоювати "верховенство" ЦК або "спеціалізацію" ГК, пристосовуючи законодавство до інтересів зацікавлених осіб.

Варто розуміти також могутній регулятивний потенціал субсидіарного застосування ЦК України до господарських відносин. В більшості випадків таке додаткове застосування виключає переважну більшість "прогалін" ГК України.

Наприклад, ст. 225 ГК не передбачає стягнення збитків у вигляді витрат сторони, що можуть виникнути у майбутньому. Проте це не можна вважати суперечливістю з ч. 1 ст. 22 ЦК. Адже в ч.1 ст. 226 ГК передбачається обов'язок суб'єкта господарювання, який вчинив господарське правопорушення, вжити заходів щодо запобігання збитків інших суб'єктів господарювання. Це формулювання відкриває шлях для субсидіарного застосування в сфері господарювання положень ч. 2 ст. 22 ЦК про необхідність компенсації витрат, які постраждала сторона мусить зробити у майбутньому для відновлення свого порушеного права.

Звичайно, наведене не означає, що необхідно припинити роботу щодо узгодження норм ЦК та ГК України. Проте, як вказав на конференції в АПрН України 24.11.2005 р. професор В.С.Щербина, мова повинна вестися саме про узгодження, а не про приведення положень ГК у відповідність з положеннями ЦК України, адже потребують також зміни низка положень ЦК України, зокрема щодо поняття складу реальних збитків має бути збережена специфіка професійної господарської діяльності по відношенню до цивільних відносин споживного характеру. Отже, необхідна гармонізація кодексів.

По-перше, необхідно усунути термінологічну неузгодженість ЦК та ГК України. Наприклад, термін "відсотки" в ГК має бути замінено на термін "проценти" згідно із ЦК. Категорію "договір на розрахунково-касове обслуговування", що є більш конкретизованою та міститься у ГК, має бути визнано різновидом договору банківського рахунку, який закріплено в ЦК. Термін "угода" за ГК має бути замінено терміном правочин за ЦК. "Недійсність зобов'язання" в ГК має бути замінено на "недійсність правочину" згідно із ЦК. В обох кодексах поняття "статутний фонд" (наприклад, ст. 143, 148 ЦК та ст.ст. 22,24, 63 ГК) має бути замінено на поняття "статутний капітал", поняття «комерційне найменування» потребує доповнення терміном "фірмове", поняття «непереборна сила» за ЦК має включити поєднання винятковості та непереборності, як це передбачено в ГК України, тощо. Ці та інші термінологічні непогодженості потребують, по суті, "технічних" законодавчих виправлень у ЦК та ГК України.

По-друге, потребуватимуть погодження норми ЦК та ГК України, які торкаються суто господарських питань. Наприклад, ГК, як, до речі, і Закон "Про господарські товариства", дозволяє здійснювати відкриту підписку на акції до утворення акціонерного товариства, а ЦК України – після реєстрації товариства. Має бути обране якесь одне з цих суперечливих правил, як уявляється – норма ГК, адже це є класичним для корпоративного права правилом. Недоречним є вміщення в ЦК України глави 76 «Комерційна концесія», яка не може існувати поза господарської сфери. Аналогічним чином доречно виключити з ЦК та

доповнити в ГК України главу 73 ЦК «Факторинг», § 2 глави 66 «Зберігання на товарному складі», § 6 глави 58 «Лізинг» тощо.

Певні неузгодженості виникають при порівнянні ГК України з законами "Про захист економічної конкуренції", "Про фермерське господарство", "Про оренду державного та комунального майна" тощо. На жаль, цих недоліків можна було б вчасно уникнути, якщо б під час введення в дію цих законів були б внесені відповідні зміни до ГК України (його проект).

До речі, це показує, що законодавці мають уважно ставитися до нормативного відображення в ГК тих змін, які вносяться в інші акти законодавства. Останній приклад – прийнято Закон "Про міжнародне приватне право", а зміни до ГК щодо колізійної прив'язки в зовнішньоекономічному контракті не внесено.

Головним завданням сьогодення, яке постає перед наукою господарського та цивільного права, слід визнати не лише гармонізацію ГК і ЦК України, але й подальшу кодифікацію та компактизацію господарського законодавства України. Великий поступ у цьому напрямку робить «Концепція модернізації господарського законодавства України на базі Господарського кодексу України»¹⁰, проект якої розроблено вітчизняними юристами-господарниками. Не маючи можливості докладно зупинитися на її положеннях, все ж зазначимо певні напрямки вдосконалення господарського законодавства України.

Чималу кількість бланкетних норм ГК України в багатьох випадках доцільно замінити на норми прямої дії, наприклад, чітко визначити розмір статутного фонду державного підприємства (ст. 74), окреслити вичерпні випадки припинення підприємницької діяльності (ст. 51), визначити механізм гарантій в державному секторі економіки (ст. 199), встановити строки зупинення операцій за рахунками (ч. 2 ст. 243), розмір штрафів, які стягуються з перевізника (ст. 313) тощо. Крім того, варто позначити в тексті ГК не на абстрактні закони, а на конкретні законодавчі акти, як це, наприклад, зроблено законом від 16.06.2005 р., коли норми ГК стосовно повноважень державного підприємства доповнено посиланням на Закон "Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти". Проте, безпідставною є думка про можливість повного виключення бланкетних норм з ГК України. Масив господарського законодавства унеможливило охоплення всього цього в одному кодексі. ГК України – першооснова системності господарського законодавства, напрямок та керуюча сила його розвитку та вдосконалення.

Назріла необхідність інкорпорувати в ГК України закони, які є господарсько-спрямованими та незначними за обсягом: «Про порядок здійснення розрахунків в іноземній валюті», «Про відповідальність за несвочасне виконання грошових зобов'язань», «Про відповідальність підприємств, їх об'єднань, установ та організацій за правопорушення у сфері містобудування», «Про відповідальність суб'єктів підприємницької діяльності за несвочасне внесення плати за спожиті комунальні послуги та утримання прибудинкових територій», «Про державне замовлення для задоволення пріоритетних державних потреб», «Про загальні засади створення і функціонування спеціальних (вільних) економічних зон», «Про промислово-фінансові групи в Україні», «Про товарну біржу», «Про ціни та ціноутворення», «Про інвестиційну діяльність», «Про фінансовий лізинг» тощо.

¹⁰ // Економіка та право. – 2006. – С. 5-16.

Надзвичайно важливо зосередити в Господарському кодексі адміністративно-господарські санкції, які вміщені в інших законах, зокрема в Законах «Про зовнішньоекономічну діяльність», «Про ціни та ціноутворення» «Про цінні папери та фондовий ринок», «Про металобрухт» тощо.

Проте, процес компактизації, консолідації та кодифікації господарського законодавства не можна обмежувати лише вміщенням господарсько-правових норм в ГК України, інакше він прийме неосяжний обсяг. Інші основні акти господарського законодавства теж цілком можуть бути розширені за рахунок суміжних законів. Так, до Закону «Про транспорт» необхідно інкорпорувати Закони «Про трубопровідний транспорт», «Про залізничний транспорт», «Про автомобільний транспорт», «Про перевезення небезпечних вантажів»; до Закону «Про концесії» – Закон «Про концесії на будівництво та експлуатацію автомобільних доріг»; до Закону «Про зовнішньоекономічну діяльність» – закони «Про регулювання товарообмінних (бартерних) операцій у галузі зовнішньоекономічної діяльності», «Про операції з давальницькою сировиною у зовнішньоекономічних відносинах» тощо. Багато законодавчих актів потребують об'єднання за певною системою. Наприклад, на базі законів «Про державну підтримку літакобудування» (понад 10 законів) варто прийняти один закон – про державну підтримку окремих видів господарської діяльності; на базі законів України «Про захист національного товаровиробника від субсидованого імпорту», «Про захист національного товаровиробника від демпінгового імпорту», «Про застосування спеціальних заходів щодо імпорту в Україну» – Антидемпінговий кодекс.

Наслідком такої інкорпорації стане компактність законодавчих актів не лише за кількістю, але й за якістю. Адже, в більшості, загальні положення, термінологія, суб'єкти та інші норми законів невинновдано дублюються. Причому за такої компактизації неодмінно будуть усунуті суперечливості між законами, господарське законодавство отримає зрозумілу структуру у розвиток базового акту – Господарського кодексу України.

Висновки:

1. Економіка України потребує стабільних та незмінних правил гри в сфері господарювання. Для цієї мети ідея поступового нарощування кодифікованих актів, зокрема ГК України, на фоні скорочення кількості законів та компактизації законодавства має стати головною засадою законотворчої роботи.

2. Необхідно внести зміни до ЦК та ГК України з метою їх гармонізації, яка має здійснюватись за двома напрямками: усунення термінологічної непогодженості та уточнення спеціалізації норм ГК стосовно положень ЦК України.

3. Якнайшвидше провести громадське обговорення та наступне схвалення постанови Верховного Суду України про практику застосування положень Цивільного та Господарського кодексів України.

Література

1. Україна: економічна оцінка / Звіт Організації економічного розвитку та співпраці, підготовлений в Економічному відділі Крістіаном Джанеллою та Вільямом Томпсоном під наглядом Андреаса Вергеттера, 2007. – 163 с.

2. Петровичева Ю. В. Акционерное законодательство Англии и России. Сравнительно-правовой анализ. – М.: Норма, 2002.

3. Подцерковный О. П. Есть ли альтернатива праву полного хозяйственного ведения и праву оперативного управления? // Экономика та право. – 2002. – № 2. – С. 86-93.
4. Червоний Ю. С. Некоторые проблемы правового регулирования отношений собственности по Гражданскому и Хозяйственному кодексам Украины // Экономика та право. – 2004. – № 2. – С. 16-18.
5. Право собственности: Проблемы, дискуссии, предложения. – М., 1989.
6. Кулагин М. И. Предпринимательство и право: опыт Запада // Кулагин М.И. Избранные труды – М.: Статут, 1997.
7. Мамутов В. К., Чувпило О. О. Господарське право зарубіжних країн. – К., 1996.
8. Ландык В. Скударь Г. Необходима стабильность "правил игры" в экономике // Голос Украины. – № 219 за 18.11.2005. – С. 7
9. Закон України від 2.06.2005 р. № 2631-IV «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо приведення законодавства у відповідність із Цивільним кодексом України» // ВВР. – 2005. – № 26. – Ст. 358.
10. Реалізація чинних Цивільного та Господарського кодексів України: проблеми та перспективи: Зб. наук. праць (за матеріалами науково-практичної конференції, м. Київ, 24 листопада 2005 р.) / Редкол. О. Д. Крупчан (голова) та ін. – К.: НДІ приватного права і підприємництва АПрН України, 2006. – 320 с.
11. Вдосконалення судоустрою та господарського судочинства: проблеми та перспективи: Науково-практ. конференція 12-13 квітня 2006 р. – Донецьк, 2006.

О. П. Подцерковный

Одесский национальный университет им. И. И. Мечникова
Экономико-правовой факультет, кафедра административного и
хозяйственного права
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

**ДАЛЬНЕЙШАЯ КОДИФИКАЦИЯ И КОМПАКТИЗАЦИЯ
ХОЗЯЙСТВЕННОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА НА БАЗЕ
ХОЗЯЙСТВЕННОГО КОДЕКСА УКРАИНЫ**

Резюме

В статье анализируются недостатки в практике сегодняшнего законотворчества, которое порой не согласовывается с идеей кодификации и компактизации хозяйственного законодательства на базе Хозяйственного кодекса Украины. Предложены реальные шаги касательно уменьшения количества актов хозяйственного законодательства и повышения их качества, исправления ошибок в толковании ГК и ХК Украины, а также последующих шагов по наращиванию ХК Украины хозяйственно-правовыми нормами.

Ключевые слова: Хозяйственный кодекс, Гражданский кодекс, кодификация, компактизация, толкование, хозяйственное законодательство.

O. P. Podtserkovny

Odessa National University
Frantsuzsky Bulvar, 24/26, Odessa, 65058, Ukraine

**FURTHER CODIFICATION AND COMPACTIZATION OF
ECONOMIC LEGISLATION ON THE BASIS OF
ECONOMIC CODE OF UKRAINE**

Summary

Defects in today's practice of law creation which at times does not agree with to the idea of codification and compactization of economic legislation on the basis of the Economic code of Ukraine are analysed in the article. The real steps directed at reduction of numerous acts of economic legislation and increase of their quality, error corrections in interpretation of EC and CC of Ukraine, and also following steps on the increase of EC of Ukraine by economic rules are offered.

Key words: Economic code, Civil code, codification, compactization, interpretation, economic legislation.

УДК 347.234.3

П. П. Билык, канд. юрид. наук, доцент

Одесский национальный университет им. И. И. Мечникова

Экономико-правовой факультет, кафедра административного и хозяйственного права

Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

ПРОБЛЕМЫ ФОРМИРОВАНИЯ АНТИМОНОПОЛЬНО-КОНКУРЕНТНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

В статье рассматриваются проблемы формирования антимонопольно-конкурентного законодательства на базе Хозяйственного кодекса Украины и других новейших законодательных актов. Сделан вывод о необходимости согласования правовых и организационных составляющих антимонопольно-конкурентного законодательства.

Ключевые слова: антимонопольно-конкурентное законодательство, защита, экономическая конкуренция, монополизм, организационные факторы.

Функционирование рыночных отношений, основой которых является многоукладная экономика, предусматривает необходимость создания равных возможностей для всех субъектов хозяйствования, а также их свободную конкуренцию. Под конкуренцией в самом общем виде следует понимать определенную состязательность субъектов хозяйствования, когда их взаимодействие ограничивает возможность каждого из них единолично влиять на условия оборота товара на рынке и стимулирует предложение тех товаров (работ, услуг), в которых нуждается потребитель.

С начала 80-х годов XX в. в экономической политике многих стран мира стали активно проводиться мероприятия, направленные на стимулирование конкуренции. В законодательных системах развитых стран мира, таких как США, Германии, Японии и др., выработано специальное законодательство, направленное на защиту конкуренции. Накопленный этими странами теоретический и практический опыт служит основой для проведения другими государствами, в том числе Украиной, политики по защите экономической конкуренции.

В юридической литературе многие вопросы антимонопольного (конкурентного) права детально рассмотрены. Однако следует отметить, что современная наука конкурентного права развивается намного медленнее, чем правоприменительная практика, что связано со становлением и развитием новых форм общественных отношений в сфере хозяйствования. Комплексные специальные научные теоретические исследования конкуренции, монополии и государственной политики в этой сфере предприняты лишь немногими отечественными и российскими авторами, среди которых выделяются работы Р.Г. Агаева, А.В. Антощенко, К.Ю. Тотьева, И.И. Дахно, В.И. Еременко, Н.Н. Ермощенко, Н.А. Саниахметовой, С.Б. Мельник, С.А. Парашука, Л.Н. Семенов и др.

Многие вопросы государственного регулирования экономической конкуренции изложены в работах ученых-экономистов. Это объясняется тем, что категория «конкуренция» имеет, прежде всего, экономический характер.

Итак, рыночная система, построение которой ведется в Украине, в классическом представлении содержит стихийное и целенаправленное регулирование. Основой стихийного регулирования (саморегулирования) являются объективные экономические законы (например, закон спроса и предложения) [1, с. 85]. Последствия их действия не всегда имеют положительный эффект с точки зрения социально-экономических интересов общества (публичных интересов). Поэтому саморегулирование необходимо корректировать и дополнять целенаправленным воздействием на экономическую систему с целью уменьшения негативных проявлений рыночной стихии. Такое влияние осуществляется при помощи государственного регулирования экономики, одним из видов которого и является регулирование конкуренции. Его главное назначение – стимулировать конкуренцию, предупреждать и пресекать противоправную деятельность субъектов хозяйствования, посягающую на механизм конкурентной борьбы.

Государственное антимонопольно-конкурентное регулирование – это целенаправленная деятельность государства, осуществляемая на основании и в пределах, допускаемых законодательством, по установлению и реализации правил хозяйствования на товарных рынках с целью предотвращения монополистических злоупотреблений, защиты добросовестной конкуренции и обеспечения эффективности рыночных отношений. Причиной, побуждающей государство реализовывать именно эти цели, является публичный интерес, заключающийся в необходимости поддержания конкурентных основ рынка. Как пишет ведущий американский исследователь вопросов конкуренции М.Портер, правительство "должно вдохновлять – или даже подталкивать – компании к повышению своих стремлений и движению к более высоким уровням конкуренции, даже несмотря на то, что этот процесс оказывается весьма неприятным и сложным" [2, с. 194].

Законодательства стран мира, которые ориентированы на обеспечение политики страны в сфере защиты конкуренции, формируются на общей теоретической базе [3, с. 35-36]. Различия в положениях таких законодательств объясняются тем, что они развивались на разных концептуальных основах.

В мировой теории и практике наиболее распространенными являются две концепции политики по защите конкуренции: концепция господства рынка и концепция власти над рынком.

Первая концепция базируется на презумпции господства рынка. Ее сущность заключается в необходимости снятия любых ограничений в конкуренции. Применение такого подхода к законодательному обеспечению политики государства по защите экономической конкуренции позволяет хозяйствующим субъектам занимать на рынке монопольное (доминирующее) положение, но запрещает злоупотребления с применением рыночной власти. В законодательствах, основанных на таком концептуальном подходе, больше внимания уделяется созданию добропорядочной конкурентной среды и контролю за соблюдением субъектами хозяйствования установленных законодательно правил поведения в сфере конкуренции.

Концепция власти над рынком исходит из понимания того, что власть над рынком – это некая способность хозяйствующего субъекта изменять цены, не изменяя количества продаж при отсутствии альтернативных продуктов. Поэтому крупные фирмы могут влиять на действия мелких фирм. Это требует применения средств, направленных против монополистической деятельности. В

законодательствах, основанных на такой концепции, определяется, как правило, доля рынка и его структура, условия вхождения на рынок, наличие барьеров для вхождения на рынок и т.п. [3, с. 35].

Исходя из этих двух концепций, формируется антитрестовское, конкурентное либо антимонопольное законодательство различных стран. Так, например, в США действует антитрестовское законодательство — свод утвержденных Конгрессом юридических актов, определяющих допустимость той или иной практики субъектов хозяйствования с точки зрения ее воздействия на конкуренцию. В антитрестовском законодательстве понятие «монополизация» является определяющим и обозначает только лишь завоевание или сохранение фирмой (или их группой) доминирующего положения на рынке посредством проведения политики ограничения конкуренции [4, с. 157]. В отличие от антитрестовского законодательства США, политика стран ЕС по защите экономической конкуренции сочетает запрет монополий и принцип контроля и регулирования их деятельности. В первом случае запрещается поведение, направленное на создание монополий. Во втором случае создание монополий допускается, но лишь постольку, поскольку таковые не нарушают нормативно установленные условия свободы конкуренции [4, с. 176].

Характерными чертами антимонопольного законодательства Японии является более жесткие, чем в США, правила слияния и объединения предприятий, существенное ограничение участия банков в акционерном капитале компаний, полный запрет «чистых» холдингов и ограничение совмещения директорских постов. В Японии для определения монопольного положения применяется критерий доли рынка, устанавливается перечень признанных барьеров для доступа, введен особый режим для естественных монополий, чрезвычайно жестко регламентирован процесс слияния предприятий, независимо от того, каким способом оно осуществляется и пр.

В Постановлении Верховной Рады Украинской ССР от 03.08.1990 г. «О реализации Закона «Об экономической самостоятельности Украинской ССР» в перечень законодательных актов, которые обеспечили бы действие Закона Украинской ССР «Об экономической самостоятельности Украинской ССР», было включено антимонопольное законодательство.

На сегодняшний день Украиной сделаны существенные шаги на пути формирования антимонопольно-конкурентного законодательства (законодательства о защите экономической конкуренции). 10.07.1991 г. Верховным Советом СССР был принят Закон СССР «Об ограничении монополистической деятельности в СССР». В нем среди прочего отмечалось, что данный нормативный акт будет применяться в отношении деятельности субъектов хозяйствования, органов власти и управления, которые имеют своим последствием ограничение конкуренции на рынках двух и более республик. Также оговаривалось, что антимонопольная деятельность в пределах союзных республик будет регулироваться республиканским законодательством. 18.02.1992 г. Верховной Радой Украины был принят Закон Украины «Об ограничении монополизма и недопущении недобросовестной конкуренции в предпринимательской деятельности», который определил правовые основы ограничения и предупреждения монополизма в предпринимательской деятельности. Но указанный Закон касался в большей части не создания условий для развития и поддержки добросовестной конкуренции, а вопросов борьбы с монополизмом и недобросовестными проявлениями конкуренции. Об этом свидетельствует тот

факт, что порядка 17 статей указанного Закона были посвящены вопросам создания, организации деятельности и функционирования Антимонопольного комитета Украины (АМКУ). Указанный нормативно-правовой акт не определял сущности экономической конкуренции и не давал легальной трактовки термина «конкуренция».

26.11.1993 г. Верховной Радой Украины был принят Закон Украины «Об Антимонопольном комитете Украины», 07.06.1996 г. – Закон Украины «О защите от недобросовестной конкуренции». Важным этапом в процессе создания системы антимонопольного законодательства стало принятие 20.04.2000 г. Закона Украины «О естественных монополиях». 11.01.2001г. принят Закон Украины «О защите экономической конкуренции», с момента вступления в силу которого утратил силу Закон «Об ограничении монополизма и недопущении недобросовестной конкуренции в предпринимательской деятельности». Наконец, со вступлением в силу ХК Украины, который в главе 3 закрепил основы ограничения монополизма и защиты экономической конкуренции, система антимонопольно-конкурентного законодательства приобрела окончательные вид.

Правовое регулирование защиты экономической конкуренции основывается на положениях Конституции Украины. В частности, ст. 42 Конституции Украины устанавливает правила, в соответствии с которыми:

- государство обеспечивает защиту конкуренции в предпринимательской деятельности;
- не допускаются злоупотребления монопольным положением на рынке, неправомерное ограничение конкуренции и недобросовестная конкуренция;
- виды и границы монополии определяются законом.

Кроме этого, Конституция Украины устанавливает порядок назначения на должность и освобождения от занимаемой должности Председателя АМКУ, что входит в состав полномочий Верховной Рады Украины и Президента Украины (п. 12 ст. 85). В Конституции также закреплена необходимость исключительно законодательного определения правил конкуренции и норм антимонопольного регулирования (п. 8 ст. 92).

Определение Конституцией Украины требования относительно законодательного установления правил конкуренции означает, что только специально уполномоченные органы государства могут трактовать сущность указанного понятия и правил в соответствующей сфере. Превышение органами власти и управления предоставленных полномочий является нарушением закона, субъекты хозяйствования и органы власти и управления должны соблюдать только те правила конкуренции, которые установлены законом, и обжаловать те из них, которые выходят за рамки указанных полномочий [3, с. 48].

Специальное законодательство в сфере защиты экономической конкуренции можно условно разделить на два блока. Первый блок касается противодействия антиконкурентному поведению со стороны субъектов хозяйствования (их групп) и органов управления, обладающих рыночной властью. Основными актами законодательства здесь выступают положения ст.ст. 25-31 ХК Украины, Закон Украины «О защите экономической конкуренции», Закон Украины «О естественных монополиях» от 20.04.2000 г. и др. Второй блок касается антиконкурентного поведения субъектов хозяйствования, не обладающих рыночной властью. Основу данного блока составляют положения ст.ст. 32-38 ХК Украины, Законы «О защите от недобросовестной конкуренции» от 7.06.1996 г., «О рекламе» в редакции от 11.07.2003 г. и др. [5, с. 43].

Общим для всей сферы экономической конкуренции является Закон Украины «Об Антимонопольном комитете Украины».

Во исполнение названных законодательных актов принято множество подзаконных актов, например, распоряжение Антимонопольного комитета Украины «Об утверждении Типовых требований к согласованным действиям для общего освобождения от предварительного получения согласия органов антимонопольного комитета Украины на согласованные действия субъектов хозяйствования» от 12.02.2002 г. № 27 и многие другие.

Если принять во внимание позицию отечественного законодателя относительно правового обеспечения политики государства в сфере антимонопольно-конкурентного регулирования, то можно отметить, что государство постепенно перешло от законодательного регулирования процессов обеспечения конкуренции, основанного на концепции власти над рынком к законодательству, основанному на концепции господства рынка. И в настоящий момент законодательство Украины, регулирующее общественные отношения в сфере защиты экономической конкуренции, имеет целью не борьбу с монополизмом, не преследование крупных фирм-субъектов хозяйствования, а создание и всестороннюю поддержку конкурентной среды на рынке, что достигается среди прочего путем:

- поддержки экономической конкуренции;
- определения составов правонарушений в сфере защиты экономической конкуренции и монопольных злоупотреблений;
- пресечения, предотвращения и государственного преследования недобросовестных проявлений конкуренции и др.

При этом следует учитывать, что антимонопольно-конкурентное законодательство возникло и развивалось не только для защиты конкуренции, но и для защиты общества от злоупотреблений монопольным положением естественных монополий, у которых нет конкурентов по определению. Кроме того, защищая отечественного товаропроизводителя и отечественного потребителя, законодательство должно содействовать способности отечественных товаропроизводителей противостоять иностранным и транснациональным монополиям на мировом рынке, т.е. быть антимонопольным на «внешнеэкономическом фронте» [6, с. 270].

Таким образом, важнейшими формами государственного антимонопольно-конкурентного регулирования являются нормативное и организационное воздействие.

Нормативное воздействие проявляется в установлении в нормативно-правовых актах правил поведения участников хозяйственных отношений, обеспечивающих конкурентную среду в сфере хозяйствования. Такое регулирование олицетворяет особую деятельность государства, направленную на создание правовых форм экономического порядка.

В свою очередь, организационное воздействие заключается в создании государством антимонопольных органов и наделении их соответствующим объемом прав с тем, чтобы они могли оказывать реальное и положительное воздействие на экономические отношения.

Литература

1. Тотьев К. Ю. Конкуренция и монополии: Правовые аспекты регулирования. – М., 1996.

2. *Портер Майкл Э.* Конкуренция.: Пер. с англ. – М.: Изд. дом “Вильямс”, 2001. – С. 194.
3. *Семенова Л. Н.* Антимонопольне і конкурентне право: Курс лекцій. –К., 1999.
4. Монополизм и антимонопольная политика / Барышева А.В., Сухотин Ю.В., Богачев В.Н. и др. –М.: Наука, 1993.
5. *Подцерковний О. П.* Господарське право: Методичні рекомендації та програма курсу для студентів денної та заочної форми навчання за спеціальністю "Правознавство". – Одеса, 2006.
6. *Мамутов В. К.* Новий підручник з господарського права // Вісник Академії правових наук. – 2005. – № 3. – С. 270.

П. П. Білик

Одеський національний університет ім. І. І. Мечникова
Економіко-правовий факультет, кафедра адміністративного та господарського права
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

**ПРОБЛЕМИ ФОРМУВАННЯ АНТИМОНОПОЛЬНО-
КОНКУРЕНТНОГО ЗАКОНОДАВСТВА**

Резюме

У статті розглядаються проблеми формування антимонопольно-конкурентного законодавства на базі Господарського кодексу України та інших новітніх законодавчих актів. Зроблений висновок про необхідність узгодження правових і організаційних складових антимонопольно-конкурентного законодавства.

Ключові слова: антимонопольно-конкурентне законодавство, захист, економічна конкуренція, монополізм, організаційні чинники.

P. P. Bilik

Odessa National University
Frantsuzsky Bulvar, 24/26, Odessa, 65058, Ukraine

**FORMING PROBLEMS OF ANTI-MONOPOLY
COMPETITION LAW**

Summary

The problems of forming of antitrust competition legislation on the base of the Economic code of Ukraine and other newest legislative acts are considered in the article. The made conclusion is about the necessity of concordance of legal and organizational constituents of antitrust competition legislation.

Key words: antitrust competition legislation, defence, economic competition, monopolize, organizational factors.

УДК 347.72: 347.471.036

М. Отченаш, аспірантка

Одеський національний університет ім. І. І. Мечникова
Економіко-правовий факультет, кафедра адміністративного та
господарського права
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

КАТЕГОРІЯ ФІНАНСОВОЇ ІНФОРМАЦІЇ В АСПЕКТІ ПРАВА УЧАСНИКІВ ГОСПОДАРСЬКИХ ТОВАРИСТВ НА ОТРИМАННЯ ІНФОРМАЦІЇ

У статті розкриваються поняття "інформація", "фінансова інформація" та їх складові за законодавством України. Розкрито суттєві прогалини чинного законодавства у цій сфері та пропонується прискорити прийняття Закону України «Про акціонерні товариства».

Ключові слова: інформація, фінансова інформація, акціонерне товариство, корпоративне управління.

Здавна кажуть: "Хто володіє інформацією – володіє світом". Це особливо актуально в наш час, коли одержання потрібної інформації може означати перемогу або крах підприємства в конкурентній боротьбі. Інформаційним відносинам, інформації приділяється в юридичній літературі останніх років значна увага. Пояснюється це, перш за все, тим, що інформація, як одне із найзмістовніших за своїм значенням понять, стала об'єктом правовідносин, важливою складовою будь-якої розвинутої ринкової економіки. Цим обумовлена необхідність удосконалювати правове регулювання порядку надання та охорони інформації.

У ринкових умовах рівень розвитку законодавства, що регулює питання забезпечення прав учасників господарських товариств на інформацію, є одним з основних факторів, що впливають на формування сприятливого інвестиційного клімату і зміцнення економіки країни, захисту прав інвесторів, ефективних капіталовкладень і методів правового захисту від порушень. Довіра інвесторів росте, якщо правова система передбачає ефективні механізми, що дозволяють учасникам господарських товариств звертатися за захистом своїх законних прав та інтересів. Потенційний інвестор перш, ніж здійснити купівлю акцій акціонерного товариства, звичайно проводить розслідування стану справ товариства з метою визначення ступеня ризику і можливості одержання наступних дивідендів від вкладень. У зв'язку з процесами глобалізації виникла необхідність у виробленні загальних правил, які б дозволили учасникам одержати повну і ясну картину, на основі яких управлінських принципів діє те або інше товариство, хто є його власником, який ступінь ефективності його роботи, для того щоб у стислий термін і при мінімальних матеріальних витратах прийняти рішення про те, вкладати в нього свій капітал чи ні.

У даному аспекті особливо актуальною постає проблема обсягу та характеру інформації, право на отримання якої мають учасники господарських товариств. Категорія фінансової інформації на даний час є мало дослідженою та єдиного підходу щодо її визначення в науковій літературі не сформовано. Проте, саме відомості, що містять фінансові показники господарської діяльності товариства, виступають мотивом до здійснення капіталовкладень та механізмом реалізації основних корпоративних прав.

У 1988 р. Світовий банк ініціював глобальну програму, націлену на істотне поліпшення національних систем корпоративного управління і розкриття інформації про діяльність компаній у різних країнах. У травні 1999 р. Рада Організації з економічного співробітництва і розвитку (ОЕСР) затвердила Принципи корпоративного управління. Сам факт їх прийняття є свідченням актуальності проблеми захисту прав учасників господарських товариств на інформацію не тільки для окремо взятих країн, але і для світового співтовариства в цілому.

У розвинутих країнах із стабільними традиціями інформаційної відкритості емітентів продовжується процес удосконалення законодавства в сфері надання інформації про товариство.

Метою даної статті є визначення категорії «фінансова інформація», її носіїв, правового поля існування такого специфічного права учасників господарських товариств, як право на інформацію, в аспекті реалізації права саме на фінансову інформацію, і, як результат дослідження – надання повного визначення поняття «фінансова інформація» та пропозиції щодо можливих способів вирішення проблеми обсягу інформації, право на отримання якої мають учасники господарських товариств.

Ст. 200 Цивільного кодексу вперше в кодифікованому акті закріпила визначення *інформації* як документованих або публічно оголошених відомостей про події та явища, що мали або мають місце у суспільстві, державі та навколишньому середовищі, при цьому поняття «інформація» вживається у широкому розумінні. Подібне визначення міститься також у ст. 1 Закону від 2 жовтня 1992 р. № 2657-ХІІ «Про інформацію» зі змінами і доповненнями (далі – Закон № 2657-ХІІ). Основні види інформації визначено законодавцем у ст.18 даного Закону. Серед даного переліку фінансова інформація як окремий вид інформації не зазначається. Поряд із цим, даний перелік не можна вважати вичерпним.

На даний час правовою наукою ще не вироблено єдиного поняття «фінансової інформації». Для визначення сутності фінансової інформації необхідно взяти для дослідження такі поняття, як «фінанси», «фінанси підприємства» або «корпоративні фінанси», «фінансові ресурси підприємства» та «економічна інформація», і, як результат дослідження – дати повне визначення категорії фінансової інформації як об'єкта права учасників господарських товариств. Частково зазначену проблему досліджували раніше Л.Коваль, Е.Р.Кибенко, І.В.Зятковський, В.П.Завгородній, О.В.Єфімова, А.Д.Шеремет, Р.С.Сайфулін, В.М.Родіонова та ін.

Загальновідомі економічні категорії (товар, вартість, ціна, кредит, фінанси і т.і.) були описані в працях представників класичної політекономії. Ніхто не заперечував їхню сутність та зміст. Змінювалися лише висновки про роль тієї чи іншої категорії в суспільному житті. Якщо капітал – це вартість, що забезпечує додаткову вартість, то фінанси – це система грошових відносин щодо формування й використання фондів держави (публічні фінанси) [1, с. 41]. Тобто, фінанси як економічна категорія, зумовлюють первісний розподіл, стимулюючи перерозподіл прибутку та доходів (а іноді й основного капіталу) в інтересах держави [2, с. 20]. У загальному трактуванні фінанси – це економічні відносини, пов'язані з формуванням, розподілом і використанням централізованих і децентралізованих фондів грошових засобів для виконання функцій та завдань держави й забезпечення умов розширеного відтворення.

Під децентралізованими фінансами розуміють грошові відносини, які виникають у процесі кругообігу грошових фондів підприємств [3, с. 35].

За матеріальним змістом фінанси – це цільові фонди грошових засобів, які утворюють фінансові ресурси [4, с. 231].

Фінансам підприємств або корпоративним фінансам, як і фінансам у цілому, властиві певні загальні та специфічні ознаки. Фінанси товариств безпосередньо пов'язані з рухом грошових коштів. Саме тому, досить часто, поняття «фінанси підприємств» ототожнюється з грошовими коштами, наявними фінансовими ресурсами [5, с. 207]. Грошові відносини перетворюються на фінансові, коли рух грошових коштів стає відносно самостійним. Таке відбувається в процесі формування, розподілу, використання грошових доходів та фондів згідно з цільовим призначенням у формі фінансових ресурсів [6, с. 75]. До *фінансів підприємства* або *корпоративних фінансів* належать такі групи фінансових відносин:

- пов'язані з формуванням статутного фонду суб'єктів господарювання;
- пов'язані з утворенням та розподілом грошових доходів: виручки, валового та чистого доходу, прибутку, грошових фондів товариств;

- що виникають у товариства з державою з приводу податкових та інших платежів у бюджет та цільові фонди, бюджетного фінансування, одержання субсидій;

- які виникають між суб'єктами господарювання у зв'язку з інвестуванням у цінні папери та одержанням на них доходів, здійсненням пайових внесків та участю в розподілі прибутку від спільної діяльності, одержанням і сплатою штрафних санкцій;

- які формуються у товариства з банками, страховими компаніями у зв'язку з одержанням і погашенням кредитів, сплатою відсотків за кредит та інші види послуг, одержанням відсотків за розміщення та зберігання коштів, у зв'язку зі страховими платежами та відшкодуваннями за різними видами страхування;

- що формуються у товариства у зв'язку з внутрішньовиробничим розподілом доходів [7, с. 43].

Отже, *фінанси підприємств* або *корпоративні фінанси* – це економічні відносини, що пов'язані з рухом грошових потоків, формуванням, розподілом і використанням доходів і грошових фондів суб'єктів господарювання в процесі відтворення [8, с. 38]. Формування та використання фінансових ресурсів на товариствах – це процес утворення грошових фондів для фінансового забезпечення операційної та інвестиційної діяльності, виконання фінансових зобов'язань перед державою та іншими суб'єктами господарювання. Рух грошових потоків кількісно відображає всі стадії процесу відтворення через формування, розподіл та використання грошових доходів, цільових фондів.

Усі види фінансових ресурсів відображені у відповідних розділах пасиву балансу товариства. Відтак інформацію стосовно акумуляції грошових фондів товариства, а саме: інформацію про джерела власних та позикових засобів, інформацію про розподіл грошових засобів товариства та інформацію про використання грошових засобів товариства, можна з впевненістю віднести до категорії фінансової інформації.

В науковій літературі сукупність корисних відомостей, що відображають процеси виробництва, розподілу, обміну та споживання матеріальних благ і послуг, зазвичай прийнято розуміти як економічну інформацію [9, с. 11]. Її прийнято поділяти на таку, що:

- передус виробничому процесу;
- фіксує виробничу діяльність;
- відображає результати господарської діяльності.

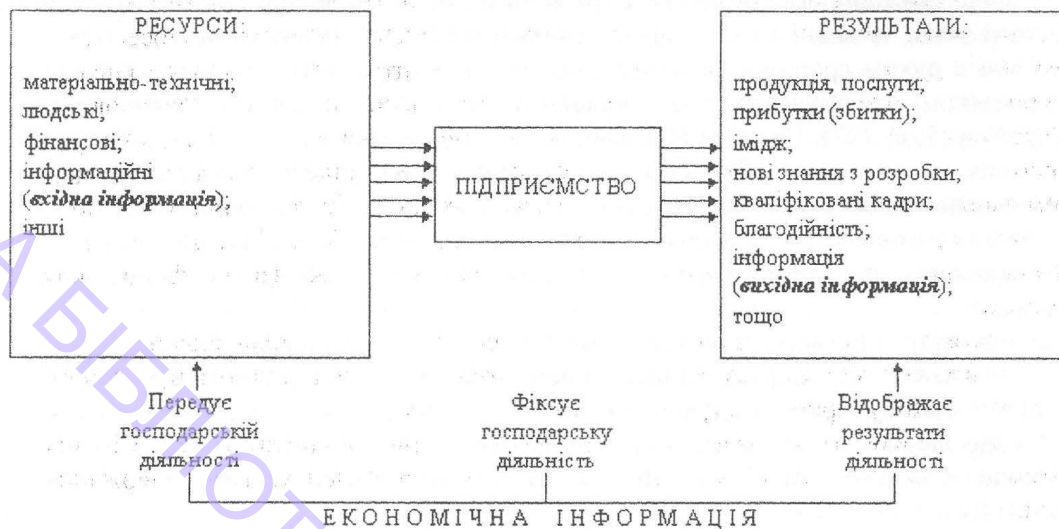


Рис. 1. Місце інформації в ринкових умовах.

За визначеннями, що даються в тлумачних словниках спеціальних термінів фінансова інформація – це система фінансових показників, призначених для прийняття рішень, і розрахована на конкретних користувачів [10, с. 482]. Поряд з цим, дається визначення фінансової звітності як сукупності документів, що містять інформацію про фінансові показники товариства [11, с. 6]. Однак зводити поняття фінансової інформації виключно до поняття фінансової звітності не можна, оскільки фінансова інформація міститься і в ряді інших носіїв, про що буде зазначено далі.

Виходячи з вищевикладеного, можна зробити висновок, що *фінансова інформація* – це відомості про акумуляцію, розподіл та використання грошових фондів товариства. До фінансової інформації належать відомості про джерела формування власних та позикових засобів, про розподіл фондів грошових засобів та використання фондів грошових засобів товариства.

В даному аспекті є необхідним провести умовну класифікацію користувачів фінансової інформації, за характером фінансового інтересу, на дві групи:

- внутрішні – це управлінський персонал усіх рівнів;
- зовнішні – ті, хто перебувають за межами товариства і потребують

інформації для прийняття рішень стосовно налагодження зв'язків із цим товариством. Ці користувачі можуть мати до товариства прямий фінансовий інтерес (учасники, потенційні інвестори, банки, постачальники), непрямий фінансовий інтерес (податкові, фінансові, урядові органи, профспілки, страхові компанії, замовники), без фінансового інтересу (органи статистики, аудиторські фірми).

Внутрішніми користувачами є безпосередньо бухгалтер товариства, управлінський персонал та інші особи, що використовують звітність у своїй роботі. На основі аналізу фінансової інформації вони визначають потребу в

фінансових ресурсах; оцінюють правильність прийнятих раніше інвестиційних рішень і ефективність структури капіталу; здійснюють оцінки для внесення коригувань в планові показники; розробляють і реалізують політику дивідендів; вносять пропозиції про проведення структурної реорганізації товариства тощо [12]. Зовнішніми користувачами виступають суб'єкти, що використовують інформацію, що публікується для одержання відомостей про товариство. Ними є інвестиційні компанії, банки, партнери, клієнти товариства, і, звісно, учасники товариства. Як правило, усім зовнішнім користувачам потрібна, перш за все, інформація про фінансовий стан товариства і результати його господарської діяльності, що дозволяє оцінювати економічне становище товариства, рух його грошових засобів.

Відправним моментом при відображенні будь-яких господарських операцій в товаристві є їх документування. Це означає, що всі операції мають бути зафіксовані, тобто має бути свідчення про їх наявність та рух. Роль такого свідчення виконує документ (від лат. "documentum" – свідчення, доведення) [13].

Документ – це матеріальна форма одержання, зберігання, використання і поширення інформації, зафіксованої на папері, магнітній, кіно-, фотоплівці, оптичному диску або іншому носіїві [14]; письмове свідчення, що фіксує та підтверджує господарські операції, включаючи розпорядження та дозволи адміністрації (власника) на їх проведення.

Таким чином, фінансовий документ – це матеріальна форма одержання, зберігання, використання і поширення фінансової інформації, зафіксованої на папері або іншому носіїві, письмове свідчення, що фіксує та підтверджує господарські операції щодо формування, розподілу та використання фінансових ресурсів товариства. Згідно з Положенням про документальне забезпечення записів у бухгалтерському обліку, затвердженим наказом Міністерства фінансів України № 88 від 24.05.1995 р., документування являє собою спосіб суцільного і безперервного відображення об'єктів бухгалтерського обліку (господарських засобів, джерел утворення господарських засобів та господарських процесів) шляхом використання бухгалтерських документів. Якщо розглядати класифікацію бухгалтерських документів, що ведуться в товаристві, в розрізі носіїв фінансової інформації, можна відзначити, що за своєю суттю майже кожна господарська операція, що здійснюється в товаристві, має грошовий еквівалент, а документ, що її фіксує, виступає носієм фінансової інформації як такої. Отже, однією із матеріальних носіїв, форм вираження фінансової інформації виступає бухгалтерська документація, що ведеться на товаристві.

Якщо йти далі в дослідженні носіїв фінансової інформації, то слід також згадати такі документи, як бізнес-план розвитку товариства, що складається, як правило, на стадії створення товариства та слугує одним із основних джерел інформації щодо доцільності проведення інвестицій.

Бізнес-план – це специфічний плановий документ, в якому відображені організаційно-фінансові заходи для забезпечення виробництва окремих видів товарів, робіт, послуг. План дозволяє визначити перспективи розвитку майбутнього ринку збуту, оцінити витрати на виготовлення і реалізацію потрібної продукції, визначити її потенційну прибутковість. План також повинен дати відповідь, чи доцільно здійснювати інвестування виробництва з точки зору самоокупності витрат [15]. Документом, що контролює виконання бізнес-плану розвитку товариства, слугує звіт про виконання бізнес-плану.

Завершальною стадією узагальнення фінансової інформації виступає фінансова звітність. Це сукупність форм звітності, складених на основі даних фінансового обліку з метою надання користувачем узагальненої інформації про фінансове становище і діяльність товариства, а також зміни у його фінансовому становищі за звітний період у встановленій формі для прийняття цими користувачами визначених ділових рішень [16]. За визначенням, що дається в законодавстві, фінансова звітність – це бухгалтерська звітність, що містить інформацію про фінансове становище, результати діяльності та рух грошових коштів товариства за звітний період. Фінансова звітність є, власне кажучи, «обличчям» товариства. Основними джерелами фінансової інформації для аналізу фінансового стану товариства служать форми фінансової звітності: 1) баланс; 2) звіт про фінансові результати; 3) звіт про рух грошових засобів; 4) звіт про власний капітал; 5) примітки до звітності [17]. Ці форми складаються шляхом підрахунку, угруповання і спеціалізованої обробки даних поточного бухгалтерського обліку і є завершальною його стадією [18].

Фінансова звітність (ФЗ) є відкритою для публікацій, крім випадків, передбачених законодавством. Найважливішим документом ФЗ є баланс товариства – форма № 1. Головною його якістю є те, що він визначає склад і структуру майна товариства, ліквідність і оборотність оборотних коштів, наявність власного капіталу і зобов'язань, стан і динаміку дебіторської і кредиторської заборгованості. При вивченні балансу товариства, ціль зовнішніх користувачів – оцінити фінансовий ризик при інвестуванні в товариство. Ціль внутрішніх користувачів – пошук альтернативних варіантів фінансування своєї діяльності [19].

Досліджуючи питання якісних характеристик фінансової інформації, можна назвати низку ознак, які характеризують офіційну формулу інформації, але, як підкреслює вчений О.А.Городов – не саму інформацію [20, с. 14-15]. Першою ознакою є змістовність, другою – незалежність форми надання відомостей. Посилаючись на літературні джерела інших авторів, він наголошує на тому, що в юридичній літературі наведено багато інших ознак та якостей інформації, які перебувають поза межами її офіційного визначення, що характерно і для українського законодавства. В.М.Лопатін, виокремлюючи основні якісні ознаки, що, з його точки зору, мають принциповий характер для правового врегулювання відносин із приводу інформації, називає наступні: ідеальність, невичерпність, якісну визначеність, нелінійність, системність, відокремленість.

Керуючись основними принципами інформаційних відносин, що передбачені ст. 5 Закону № 2657-ХІІ, можна визначити основні вимоги, що повинні ставитись до інформації, зокрема, до фінансової інформації при наданні такої учаснику товариства. До основних вимог слід віднести: об'єктивність; достовірність; повноту; точність; системність; якісну визначеність.

Таким чином, фінансова інформація має документарну форму вираження та міститься по своїй суті в документах бухгалтерського обліку, що фіксують господарські операції, бухгалтерських регістрах, фінансовій звітності, бізнес-планах, фінансових планах, що складаються в процесі господарської діяльності товариства тощо, та виступає об'єктом права учасників господарських товариств на отримання відомостей про акумуляцію, розподіл та використання грошових фондів товариства.

Проблеми обсягу та реалізації права учасника господарського товариства на інформацію недостатньо досліджено у вітчизняній науці, на що прямо вказували

О.Кібенко та А.Коваль¹¹. Мінімальний обсяг інформації, право на отримання якої має учасник товариства, передбачений законодавством наступним чином.

Згідно з п. «г» ст. 10 Закону України «Про господарські товариства» на вимогу учасника товариство зобов'язане надати йому для ознайомлення річні баланси, звіти товариства про його діяльність, протоколи зборів. Ст. 116 ЦК України передбачає, що учасники мають право одержувати інформацію про діяльність товариства у порядку, визначеному установчим документом.

На підставі ст. 88 Господарського кодексу України (далі – ГК України), в якій немає посилання на те, що учасник одержує інформацію про діяльність товариства відповідно до статуту, на вимогу учасника товариство зобов'язане надати йому для ознайомлення річні баланси, звіти про фінансово-господарську діяльність товариства, протоколи ревізійної комісії, протоколи зборів органів управління товариства тощо. Незавжди побачити чергову суперечність між ЦК та ГК. Так, ГК суттєво розширює обсяг інформації, право на отримання якої має учасник товариства. Невизначена ситуація може змінитися з прийняттям Закону України «Про акціонерні товариства» [21], у проекті якого пропонується прямо передбачити обов'язок товариства забезпечити доступ акціонера до всієї інформації, що зберігається у товаристві, крім документів бухгалтерського обліку, які не стосуються правочинів, щодо яких є заінтересованість. Очевидно, цей перелік було запозичено зі ст. 91 Закону Російської Федерації «Про акціонерні товариства» [22], за винятком бюлетеня для голосування та довіреності на участь у товаристві. Така позиція законодавця цілком відповідає сучасним умовам, адже і в Сполучених Штатах Америки, і в європейських країнах спостерігається тенденція до розширення переліку документів, які може отримувати учасник, зокрема акціонер, а також спрощення механізмів їх отримання.

Резюмуючи вищевикладене, автор вважає, що при виникненні в учасника необхідності прийняття рішення в рамках інших корпоративних прав, а також, і особливо, коли надана інформація від товариства не відповідає вимогам, що ставляться до такого роду інформації (як то – повнота, достовірність, точність тощо), учасник такого товариства має право на отримання інформації в більшому обсязі, що передбачає обов'язок надання і фінансової інформації.

Література

1. *Василик О. Д.* Теорія фінансів: Підручник. – К.: НІОС. – 2003.
2. *Финансы* // Под ред. В.М.Родионовой. – М., 1994.
3. *Зятковський І. В.* Фінанси підприємств: Навч. посібник – К.: Кондор, 2003.
4. *Фінанси.* Навч. посібник / За ред. С. О. Булгакової, Л. І. Василенко. – К., 1999.
5. *Фінанси підприємств: Підручник* / За ред. А. М. Поддєрьогіна. – К.: КНЕУ, 1999.
6. *Павлова Л. М.* Фінанси підприємств. – М.: Фінанси ЮНИТИ, 1998.
7. *Шеремет А. Д.* Фінанси підприємств. – М.: Фінанси і статистика, 1997.

¹¹ Див.: *Кібенко Е.Р.* Корпоративне право: Учеб. посібник. – Х.: Зспада, 1999; *Коваль Л.* По стопам Остапа Бендера, или Еще один способ сравнительно честного отъема... // *Юридическая практика.* – 2005. – № 40. – С. 12-13.

8. Финансы підприємств: Тексти лекцій / Під ред. А. М. Поддєрьогіна. – К., 1998.
9. Грачева Е. Ю. Финансовое право: Схемы, комментарии: Учеб. пособие. – М.: Новый юрист, 1998.
10. Современный финансово-кредитный словарь. – М.: ИНФРА-М, 1999.
11. Грачева Е. Ю., Куфакова Н. А., Пепеляев С. Г. Финансовое право России: Учебник. – М.: Теис, 1995.
12. Вігуржинська С. Ю. Курс лекцій по соціально-економічному прогнозуванню. Економіка підприємства. – К., 2000.
13. Олейник А. І. Бухгалтерський облік на підприємствах України. – Харків: Прапор, 1995.
14. Про обов'язковий примірник документів: Закон України від 09.04.1999 р. № 595-XIV // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 5.
15. Методика складання бізнес-планів: Затв. Агентством з питань запобігання банкрутству підприємств і організацій від 20.04.1997 р. № 56 // www.rada.kiev.ua.
16. Финансовый менеджмент: теория и практика / Под ред. К. Стояновой. – М.: Перспектива, 1996.
17. Про бухгалтерський облік та фінансову звітність в Україні: Закон України від 16.07.1999 р. № 996-XIV // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 40. – Ст. 365.
18. Положение об организации бухгалтерского учета и отчетности в Украине: Утв. постановлением Кабинета Министров Украины от 3.04.93 г. № 250 // www.rada.kiev.ua.
19. Ткаченко Н. М. Бухгалтерский облік на підприємствах з різними формами власності – К.: ВТОВ «АСК», 1996.
20. Городов О. А. Основы информационного права России: Учеб. пособие. – СПб., 2003.
21. Про акціонерні товариства: Проект Закону України № 8326 // www.rada.kiev.ua.
22. Об акционерных обществах: Федеральный Закон от 26 декабря 1995 г. // Собрание законодательства РФ. – 1996. – № 1. – Ст. 1.

М. Отченаш

Одесский национальный университет им. И. И. Мечникова
Экономико-правовой факультет, кафедра административного и
хозяйственного права
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

**КАТЕГОРИЯ ФИНАНСОВОЙ ИНФОРМАЦИИ В АСПЕКТЕ
ПРАВА УЧАСТНИКОВ ХОЗЯЙСТВЕННЫХ ОБЩЕСТВ
НА ПОЛУЧЕНИЕ ИНФОРМАЦИИ**

Резюме

В статье раскрываются понятия "информация", "финансовая информация" и их составляющие по законодательству Украины. Раскрыты существенные пробелы действующего законодательства в этой сфере и предлагается ускорить принятие Закона Украины «Об акционерных обществах».

Ключевые слова: информация, финансовая информация, акционерное общество, корпоративное управление.

M. Otchenash

Odessa National University

Frantsuzsky Bulvar, 24/26, Odessa, 65058, Ukraine

**CATEGORY OF FINANCIAL INFORMATION IN PARTICIPANTS'
RIGHT ASPECT OF ECONOMIC COMMUNITIES ON GETTING
INFORMATION**

Summary

The article examines notions "information", "financial information" and their constituents on Ukraine legislation. The essential blanks of legislation in this sphere are revealed and the ways to hasten passing of Law of Ukraine «About incorporated copartnership» are offered.

Key words: information, financial information, incorporated society, corporative management.

УДК 241.66

Р. С. Сергеев, аспірант

Одесский национальный университет им. И. И. Мечникова
Экономико-правовой факультет, кафедра административного и
хозяйственного права
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

САНКЦИИ ЗА ПРЕВЫШЕНИЕ ДОГОВОРНЫХ ВЕЛИЧИН – ШТРАФ ИЛИ ПОВЫШЕНИЕ ТАРИФА?

Неоднозначное толкование нормативно-правовых актов в сфере электроэнергетики относительно взыскания двукратной стоимости разницы между фактически потребленной и договорной величиной потребления электроэнергии вызывает правовые коллизии. Результатом становятся противоречивые судебные решения. Автор поясняет, как трактовать превышение договорных величин – штраф это или повышение тарифа.

Ключевые слова: взыскание, задолженность, потребление электроэнергии, электроэнергетика, судебные решения, коллизии.

Данная тематика глубоко не изучена в юридической литературе. На страницах специализированной юридической периодики изредка появляются статьи относительно правовой природы превышения договорных величин потребления электроэнергии. Так, изучением этой проблемы в последние несколько лет занимались такие юристы-практики Украины как С.Зотиков, Е.Ткаченко, М.Бондаренко и др. Перу вышеуказанных авторов принадлежат публикации в специализированной периодике относительно процедуры взыскания санкций за превышение договорных величин потребления электроэнергии. Каждая из предложенных правовых позиций заслуживает внимания, однако остается масса нерешенных проблем в этой сфере.

В частности, следует ответить на вопрос: санкции за превышение договорных величин – это штраф или повышение тарифа? Иными словами, необходимо определить правовую природу указанных санкций. Исследованию этого вопроса и посвящена данная статья.

Основные пробелы законодательства в сфере электроэнергетики, на наш взгляд, состоят вовсе не в отсутствии полного перечня необходимых законов, а в качестве действующих нормативных актов. Недоработанное законодательство создает правовую коллизию.

В данной статье мы считаем необходимым провести анализ судебной практики местных хозяйственных судов Украины разных инстанций по разрешению в 2005-2007 г.г. одной из самых, по нашему убеждению, противоречивых категорий дел – споров по искам энергоснабжающих компаний Украины о взыскании с потребителей-юридических лиц двукратной стоимости разницы между фактически потребленной и договорной величиной потребления электроэнергии (говоря языком энергетиков – «двукраткой»).

Камень преткновения при разрешении споров в судебном порядке в этом вопросе – цена иска, то есть сумма задолженности, которую истец (действующий на рынке электроэнергетики поставщик электроэнергии) указывает в исковых заявлениях. Как правило, она включает сумму основной задолженности (речь идет о потребленной активной электроэнергии), а также превышения договорной величины потребления электроэнергии. Судебная практика показывает, что

ответчики по делу (юридические лица – должники, в отношении которых начисляются вышеуказанные санкции) при решении спора в суде не признают указанные требования, считая их необоснованными.

Проанализируем положения нормативных актов, регулирующие данные отношения. Начисления двукратной стоимости прямо регулируется Законом Украины «Об электроэнергетике». Так, ч. 5 ст. 26 вышеуказанного Закона гласит, что потребители в случае потребления электрической энергии сверх договорной величины за расчетный период уплачивают энергопоставщикам двукратную стоимость разницы фактически потребленной и договорной величины. Вместе с тем, в соответствии с ч. 6 вышеуказанной статьи в случае превышения договорной величины мощности потребители уплачивают энергопоставщикам двукратную стоимость разницы между наибольшей величиной мощности, зафиксированной в течение расчетного периода, и договорной величиной мощности.

На основании ч. 7 ст. 27 Закона Украины «Об электроэнергетике», санкции, предусмотренные ч. 5 ст. 26, применяются в порядке, установленном Кабинетом Министров Украины. Порядок поставки электрической энергии потребителям утвержден Постановлением Кабинета Министров Украины «О неотложных мероприятиях по стабилизации финансового положения предприятий электроэнергетической области» № 441 от 24 марта 1999 г. (с изменениями и дополнениями, внесенными Постановлением Кабинета Министров от 16 июня 2005 г. № 473) [1, с. 71-74]. Согласно п. 11 вышеуказанного Порядка предельные величины потребления электрической мощности доводятся потребителям как договорные величины в сроки, обусловленные договором между местной энергоснабжающей организацией и потребителем. Сообщение об этих величинах является неотъемлемой частью договора.

Согласно п. 13 данного Порядка потребители в случае превышения договорных величин потребления электрической энергии и мощности несут ответственность в соответствии с ч. 5, 6 ст. 26 Закона «Об электроэнергетике» (в ч. 6 идет речь об ответственности за превышение договорной величины мощности, однако в данной статье этот вопрос не рассматривается).

Говоря о «двукратке», Закон Украины «Об электроэнергетике», тем не менее, не только не дает самого определения понятий «договорные величины электропотребления» и «предельные величины электропотребления», но и не регулирует порядок их установления. Единственный нормативный акт, который разграничивал понятия «договорная величина потребления электроэнергии» и «предельная величина объема потребления» – Правила пользования электрической энергией, действовавшие в редакции Постановления Национальной комиссии регулирования электроэнергетики № 928 от 22 августа 2002 г., согласно которым:

- «договорная величина потребления электрической энергии» – согласованный в договоре между поставщиком электрической энергии и потребителем объем электрической энергии, который может быть потреблен потребителем за соответствующий расчетный период;

- «предельная величина потребления электрической мощности» – максимальная величина суммарного потребления электрической мощности в часы максимальной нагрузки энергосистемы, которая определяется для потребителей поставщиком электрической энергии по регулируемому тарифу в соответствии с порядком, установленным действующими нормативно-правовыми актами.

Постановлением НКРЭ «Об утверждении изменений к Правилам пользования электрической энергией» от 22 ноября 2006 г. № 1497 Правила были изложены в новой редакции. Положения, касающиеся договорных (предельных) величин энергопотребления, по существу не изменились, разве что в новой редакции договорная величина потребления электроэнергии теперь однозначно приравнивается к предельной величине объема потребления.

За последние два-три года практика разрешения указанной категории судебных дел условно прошла несколько этапов становления, но так и не выработала единой, четкой и однозначной позиции [2].

На первом этапе иски по взысканию суммы доначисленной «двукратки» хозяйственными судами удовлетворялись в полном объеме. В мотивировочной части судебного решения судьи хозяйственных судов ссылались на ч. 5 ст. 26 Закона «Об электроэнергетике», на абз. 2 п. 11 Порядка поставки электрической энергии потребителям, утвержденного указанным выше Постановлением № 441.

К слову, после утверждения вышеуказанного Порядка энергопоставляющие организации (облэнерго) в обязательном порядке включают в договоры о поставке электроэнергии, заключаемые с потребителями положения, дублирующие абз. 2 п. 11 Порядка: «Потребитель имеет право в течение текущего расчетного периода обратиться к поставщику электрической энергии при корректировании договорной величины потребления электрической энергии. В случае корректирования договорной величины потребления электрической энергии на протяжении текущего расчетного периода осуществляется соответствующее корректирование предельной величины потребления электрической мощности. Скорректированная предельная величина потребления электрической мощности действительна со дня проведения корректирования».

Таким образом, суды при постановлении решений о взыскании «двукратки», прежде всего, должны были установить факт несвоевременной или неполной оплаты объема электроэнергии, потребленной за текущий месяц, а также факт направления потребителю сообщения о корректировке предельной величины объема потребления электроэнергии. Большая часть решений местных хозяйственных судов об удовлетворении исков в полном объеме были оставлены без изменений постановлениями Высшим хозяйственным судом Украины.

Наступила очередь второго этапа. Достаточно быстро (облэнерго поняли, что деньги можно делать практически из воздуха) проведенные энергопоставляющими организациями доначисления «двукратки» начали доходить поистине до баснословных сумм. Особенно это касалось предприятий сферы коммунальных услуг, которые, как правило, несвоевременно рассчитываются за электроэнергию. При выяснении правовых отношений между энергопоставляющими компаниями и предприятиями-должниками, предоставляющими коммунальные услуги, последние при разрешении спора в судебных органах, как правило, в качестве главного аргумента приводят неспособность потребителей оплачивать коммунальные услуги. Тот факт, что обе стороны (энергетики и «коммунальщики») решают аналогичные споры в судебном порядке – явление типичное в Украине. В большинстве случаев в подобных спорах судьи выносят решения, позволяющие обеим сторонам удовлетворить свои финансовые интересы с помощью взаиморасчетов. Споры на время утихают, чтобы впоследствии разгореться с новой силой.

Такие взыскания «двукратки» больно ударили по местным бюджетам, поскольку, согласно Закону «Об электроэнергетике» и Правилам пользования

электроэнергией, сумма взысканной судом «двукратки» в полном объеме зачисляется на текущий счет со специальным режимом использования оптового рынка электроэнергии, то есть уходит безвозвратно. И на этом этапе хозяйственные суды выступили в защиту коммунальных интересов. Этот этап в развитии судебной практики в данном вопросе породил прецедент, согласно которому договор поставки электроэнергии имеет приоритет перед утвержденным Кабинетом Министров Украины Порядком поставки электроэнергии потребителям, утвержденного Постановлением № 441.

Теперь местные хозяйственные суды Украины либо частично взыскивают, либо отказывают (!) в удовлетворении исков облэнерго о взыскании с коммунальных предприятий задолженности за превышение договорных величин потребления электроэнергии. И что самое важное, решения оставляются без изменений постановлениями судов апелляционной инстанции на следующем основании: «абзацем 2 п. 11 Порядка предусмотрена возможность приведения доведенной до потребителя предельной величины электропотребления в соответствие с объемом оплаченной электроэнергии. Однако основным документом, регулирующим отношения между поставщиком и потребителем электроэнергии по регулируемому тарифу, является договор о поставке электроэнергии, определяющий содержание правоотношений, права и обязанности сторон. Следовательно, применение к ответчику процедуры установления и корректировки предельных величин согласно Порядку возможно лишь при условии указания в договоре между сторонами порядка установления, доведения и корректировки предельных величин как договорных. Действующие между сторонами договоры иногда предусматривают, что договорным объемом потребления электроэнергии является величина, определенная в приложении № 1 к договору».

Поскольку истец-энергопоставляющая организация осуществляла корректировку договорного объема потребления электроэнергии лимитными извещениями без соответствующего внесения изменений в договор, то есть в одностороннем порядке, то это противоречило ст. 162 Гражданского кодекса УССР [3, с. 11-13]. Иными словами, ссылка на Порядок поставки электроэнергии потребителям как на правовое основание начисления санкций по ч. 5 ст. 26 Закона «Об электроэнергетике» неправомерна, поскольку данный Закон и действующий между сторонами договор не ставят объемы поставки электроэнергии в следующем месяце в зависимость от текущей оплаты электроэнергии, потребленной за расчетный период, тем более что такие объемы определены контрагентами в договоре.

Все чаще суды кассационной инстанции при постановлении решений делают еще более решительный вывод относительно того, что двукратная стоимость разности фактически потребленной и договорной величины является ответственностью за потребление электроэнергии сверх договорных величин, а не за просрочку оплаты электроэнергии!

Казалось, что столь обнадеживающие выводы ВХСУ, демонстрирующие несоответствие абз. 2 п. 11 Порядка поставки электроэнергии потребителям положениям Закона «Об электроэнергетике», являются переломным моментом в судебной практике, но ВХСУ так и не решается сказать окончательное слово в пользу потребителя.

Проанализировав позицию судов кассационной инстанции Украины, можно прийти к выводу, что указанные прецеденты обеспечивают защиту от исков

облэнерго о взыскании «двукратки» лишь в том случае, если договором между поставщиком и потребителем электроэнергии не предусмотрена корректировка по итогам расчетного периода (месяца) предельной величины энергопотребления до фактически оплаченного объема электроэнергии в таком периоде.

Однако позиция судов всех инстанций зачастую промежуточна и заключается в следующем: поскольку Порядок поставки электроэнергии является обязательным для исполнения в силу ст. 117 Конституции, то заключение договора поставки электроэнергии на таких условиях является обязательным для потребителя. Эту позицию вряд ли можно считать убедительной. Мы полагаем, что ч. 7 ст. 27 Закона «Об электроэнергетике» Кабинет Министров был уполномочен только установить порядок применения санкции, предусмотренной ч. 5 ст. 26 этого Закона. Фактически же последний изменил саму суть санкции, сделав ее ответственностью за нарушение срока оплаты потребленной электроэнергии, чем вышел за пределы своей компетенции, поскольку основания гражданско-правовой ответственности в соответствии с п. 22 ч. 1 ст. 92 Конституции Украины определяются исключительно законами Украины [4, с. 5-6].

На сегодняшний день констатируем, что на третьем этапе формирования судебной практики вопрос законности взыскания «двукратки» разрешен не в пользу потребителей, хотя и с незначительными уступками. Сегодня суды убеждены в том, что санкция, предусмотренная частью 5 ст. 26 Закона «Об электроэнергетике», является хозяйственно-правовой ответственностью за правонарушение в сфере хозяйствования и по своей природе является штрафной санкцией, о чем указано и в ст. 27 этого Закона. Согласно ст. 233 Хозяйственного кодекса Украины в случае, если подлежащие уплате штрафные санкции чрезмерно велики по сравнению с убытками кредитора, суд имеет право уменьшить размер санкций. При этом должны быть приняты во внимание: степень выполнения обязательства должником, имущественное состояние сторон, принимающих участие в обязательстве, а также другие интересы сторон, заслуживающие внимания. Если же нарушение обязательства не причинило убытков другим участникам хозяйственных отношений, суд может с учетом интересов должника уменьшить размер подлежащих уплате штрафных санкций. И если, скажем, на день рассмотрения спора расчеты за активную электроэнергию осуществлены ответчиком в полном объеме, убытки в связи с неполной оплатой электроэнергии у истца отсутствуют. Учитывая эти обстоятельства, а также имущественное состояние ответчика, суд кассационной инстанции может уменьшить размер санкции, подлежащей взысканию [5, с. 14-15].

Ранее ВХСУ определял правовую природу «двукратки» как повышенную оплату за электроэнергию, потребленную сверх договорных величин, и в связи с этим не применял сокращенный срок исковой давности, установленный для неустойки. Теперь же, судя по всему, ответственность по ч. 5 ст. 26 Закона «Об электроэнергетике» квалифицируется как штрафная санкция. Следовательно, согласно ст. 230 ХК такая санкция является неустойкой и в соответствии с ч. 6 ст. 232 ХК начисляется только в течение первых 6 месяцев со дня нарушения обязательства (!)

Насколько убедительной выглядит такая позиция, каждый юрист решит для себя сам. Одно очевидно – она не устроит поставщиков электроэнергии. Поэтому предположим, что нас ожидает очередной этап развития судебной практики по делам о взыскании двукратной стоимости электроэнергии. Тем более, что

Законом Украины «О внесении изменений в Закон Украины «Об электроэнергетике» от 23 июня 2005 г. № 2706-IV были внесены изменения в абз. 2 ч. 2 ст. 27 Закона «Об электроэнергетике», а именно: потребление электроэнергии сверх договорных величин было исключено из числа правонарушений в электроэнергетике. Указанные изменения в Закон вполне могут реанимировать ту позицию ВХСУ, которая предусматривает, что «двукратка» не является неустойкой.

Таким образом, практика применения ВХСУ ответственности, предусмотренной частью 5 ст. 26 Закона «Об электроэнергетике», так до конца и не стабилизировалась [6].

При постановлении решений относительно начисления санкций за превышение договорных величин электроэнергии судьи различных инстанций хозяйственных судов учитывают различные факторы. Условно их можно разделить на объективные и субъективные. К группе объективных факторов можно отнести обстоятельства, которые не зависят ни от сторон в судебном процессе, ни от судьи, рассматривающего дело: нормы действующего законодательства, регулирующие спорные правоотношения, имеющиеся у сторон письменные доказательства, практика разрешения аналогичных споров судом вышестоящей инстанции.

В группу субъективных факторов, влияющих на разрешение спора, можно отнести правосознание судьи, его внутреннее убеждение о том, следует ли взыскивать вышеуказанные санкции в полном объеме либо частично, а также профессиональный уровень юристов, представляющих стороны по делу.

Парадокс заключается в том, что субъективные факторы формируют объективные. Так, правосознание и внутренние убеждения судей кассационной инстанции порождают судебные прецеденты, которые де-факто были, есть и будут ориентиром в разрешении споров и применении законодательства судами нижестоящих инстанций.

Таким образом, все чаще суды кассационной инстанции при постановлении решений делают решительный вывод относительно того, что двукратная стоимость разности фактически потребленной и договорной величины является ответственностью за потребление электроэнергии сверх договорных величин, а не за просрочку оплаты электроэнергии.

Литература

1. Енергетичне законодавство: Зб. нормативно-правових актів України: В 2-х т. / За заг. ред. Ю. С. Шемшученка, В. П. Нагребельного. – Київ: Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. – 2003. – С. 71-74.
2. О санкциях в случае потребления энергии свыше договорной величины (Постановление Высшего хозяйственного суда Украины от 1 февраля 2006 г. Дело № 24/150) // Юридическая практика. – № 52 (470) от 26.12.2006. – С. 6-8
3. Бондаренко М. Рассчитывай только на себя! // Юридическая практика. – № 52 (418) от 26.12.2005. – С. 11-13.
4. Зотиков С. Как выиграть спор с облэнерго? // Юридическая практика. – № 45 (411) от 08.11.2005. – С. 5-6.
5. Ткаченко К. Проблемы платежей на энергорынке // Юридическая практика. – № 22 (288) от 30.05.2005. – С. 14-15.

6. Последствия потребления электрической энергии сверх установленных нормативов (Постановление Высшего хозяйственного суда Украины от 7 апреля 2005 г. Дело № 12/231-04-6035) // Юридическая практика. – № 19 (385) от 10.05.2005 г. – С. 9-10.

Р. С. Сергеев

Одеський національний університет ім. І. І. Мечникова

Економіко-правовий факультет, кафедра адміністративного та господарського права

Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

САНКЦІЇ ЗА ПЕРЕВИЩЕННЯ ДОГОВІРНИХ ВЕЛИЧИН – ШТРАФ ЧИ ПІДВИЩЕННЯ ТАРИФУ?

Резюме

Неоднозначне тлумачення нормативно-правових актів у сфері електроенергетики щодо стягнення двократної вартості різниці між фактично спожитою й договірною величиною споживання електроенергії викликає правові колізії. Результатом є суперечливі судові рішення. Автор розкриває, як тлумачити перевищення договірних величин – як штраф чи підвищення тарифу.

Ключові слова: стягнення, заборгованість, споживання електроенергії, електроенергетика, присудження, колізії.

R. S. Sergeev

Odessa National University

Frantsuzsky Bulvar, 24/26, Odessa, 65058, Ukraine

SANCTIONS FOR EXCEEDING OF CONTRACTUAL SIZES – PENALTY OR RISE OF TARIFF?

Summary

A lot of ambiguous interpretation of legal certificates in sphere of electric power industry concerning collecting double cost of a difference between actually consumed and contractual size of a current consumption causes legal collisions. The result is inconsistent judgments. An author interprets how to treat excess of contractual sizes – as the penalty or increase of the tariff.

Key words: penalty, debt, consumption of electric power, electro energy, court decisions, collisions.

ГОСПОДАРСЬКИЙ ПРОЦЕС

УДК 340.137

А. В. Смітюх, канд. юрид. наук, доцент

Одеський національний університет ім. І. І. Мечникова

Економіко-правовий факультет, кафедра адміністративного та господарського права

Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

ЩОДО УНІФІКАЦІЇ ЦИВІЛЬНОГО, АДМІНІСТРАТИВНОГО ТА ГОСПОДАРСЬКОГО СУДОЧИНСТВА В ХОДІ РЕФОРМИ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

У статті аналізуються деякі „штучні” відмінності цивільного, адміністративного та господарського судочинства, не обумовлені певними особливостями спорів, що розглядаються, які не є закономірними та склалися випадково. Зроблені висновки про необхідність усунення таких штучних розбіжностей у положеннях відповідних процесуальних кодексів та, як наслідок – практики процесу з метою мінімізування можливостей для маніпулювання процесуальними відмінностями.

Ключові слова: цивільне судочинство, адміністративне судочинство, господарське судочинство, уніфікація.

Прийняття Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України) та Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАС України) та набуття ними чинності 1 вересня 2005 р. стало значною подією у розвитку правової системи України. Фактично ЦПК України та КАС України є кодексами нового покоління, побудованими виходячи з досвіду, накопиченого за минулі роки. Ці кодекси демонструють новий рівень юридичної техніки процесуального права та містять багато цікавих новел. Треба зазначити, що на відміну від розробників Цивільного та Господарського кодексів України, прийнятих Верховною Радою України 16 січня 2003 р., автори КАС України та ЦПК України намагалися діяти в одній системі координат, через що кодекси побудовані на схожих засадах, багато норм кодексів, особливо у розділах «Загальні положення» або дублюються, або викладені подібним чином.

Утім, ця реформа процесуального права майже не торкнулася Господарського процесуального кодексу України (далі – ГПК України). Для свого часу (1991 р.) прийняття ГПК України було також серйозним досягненням: цей невеликий кодекс мав багато переваг порівняно із застарілими положеннями Цивільного процесуального кодексу УРСР 1963 р. (далі – ЦПК УРСР). За роки, що минули від моменту його прийняття, до ГПК України було внесено досить багато «модернізуючих» змін. Утім, досвід застосування ЦПК України та КАС України є доброю нагодою для чергової «модернізації» ГПК України із тим, щоб вдалі рішення розробників ЦПК України та КАС України не оминали господарський процес.

З іншого боку, слід зазначити, що деякі новели КАС України не можна віднести до позитивного досвіду: вони утворюють суто штучні проблеми, не є обумовленими особливостями адміністративного судочинства, та, у свою чергу, виводять КАС України за межі спільного контексту ЦПК України та ГПК України.

Звісно, все зазначене раніше не стосується тих відмінностей цивільного, адміністративного та господарського процесу, які справді зумовлені особливостями відповідних категорій справ, отже – є виправданими та закономірними.

Дійсно, деякі новели ЦПК України та КАС України є специфічними та не можуть бути запозичені до ГПК України. Так само слід зберегти більшість норм КАС України, що не мають аналогів у ЦПК України та ГПК України, але, безумовно, певні зміни до ГПК України та КАС України варто внести.

Для цього є дві серйозні підстави.

По-перше, норми ЦПК України та КАС України віддзеркалюють новий рівень технічного розвитку та правової свідомості суспільства, або об'єктивно є більш досконаліми, ніж норми ГПК України.

По-друге, деякі існуючі розбіжності між процесуальними кодексами не обумовлені певними особливостями розглянутих спорів, тобто, не є закономірними. Такі розбіжності склалися випадково, через те, що різні процесуальні кодекси розробляли різні групи розробників у різні часи.

Є підстави вважати, що такі не виправдані розбіжності між різними кодексами слід ліквідувати, оскільки вони створюють суто штучні перепони уніфікації процесу при розгляді різних категорій справ.

Нижче наведені три приклади в обґрунтування пропозиції щодо уніфікації.

1. КАС України (ч.8 ст.12) та ЦПК України (ч.8 ст.6) дозволяють учасникам процесу та іншим особам, присутнім на відкритому судовому засіданні, використовувати портативні аудіотехнічні пристрої. Дозвіл судді на це не потрібний. При цьому офіційним записом судового засідання є лише технічний запис, зроблений судом (ч.7 ст.12 КАС України, ч.11 ст.6 ЦПК України).

Відсутні будь-які підстави заперечувати корисність подібної норми також для господарського процесу: вона забезпечуватиме нормальний рівень свободи учасників процесу, виходячи з існуючого рівня технічного розвитку та правової свідомості суспільства.

У практиці господарського процесу судді господарських судів категорично заперечують можливість використання портативних аудіотехнічних пристроїв присутніми. Мають місце випадки, коли через застосування пристрою без дозволу суддя видаляє присутнього, хоча ГПК України не передбачає такого заходу процесуального примусу.

Особливо безглуздо ця ситуація виглядає в контексті п.6 розділу VII КАС України «Прикінцеві та перехідні положення», згідно якої до початку діяльності окружних адміністративних судів адміністративні справи, підвідомчі господарським судам відповідно до ГПК України, розглядалися господарським судом за правилами КАС України. Отже, один і той самий суддя господарського суду мав дозволити застосування портативного аудіотехнічного пристрою, якщо він розглядав справу згідно КАС України, та заборонити його застосування, якщо справа розглядалася згідно ГПК України.

Утім, питання забезпечення гласності та відкритості судового процесу не вичерпується проблемою портативних аудіотехнічних пристроїв.

Ст.12 КАС України містить найширші гарантії щодо отримання інформації про розгляд судових справ. Так, зазначена норма надає право будь-якій особі знайомитись із судовими рішеннями, що набули законної сили, право на отримання будь-якою особою інформації про час і місце розгляду своєї справи та ін.

Лаконічна ст.4.4 ГПК України явно програє порівняно із детальними положеннями ст.12 КАС України.

Отже, є всі підстави вважати, що повинна відбутись уніфікація норм ГПК України, ЦПК України та КАС України про гласність та відкритість процесу, причому зразковою нормою тут слід визнати ст.12 КАС України, як таку, що надає найширші гарантії гласності.

2. Ст.35 ГПК України містить підстави для звільнення від доказування.

Так, факти, встановлені рішенням господарського суду під час розгляду однієї справи, не доводяться знову при вирішенні інших спорів, в яких беруть участь ті самі сторони.

Вимога щодо участі тих самих сторін покликана, в принципі, усунути можливість ситуації, коли щодо певної особи без її участі встановлений певний юридичний факт. Утім, така вимога відкриває можливості для певних «маневрів» у спорах з великою кількістю учасників, через що, експериментуючи з формулюванням та підставами заявлених вимог, по-різному комбінуючи склад співвідповідачів та третіх осіб на стороні відповідачів, винахідливі юристи-практики фактично примушують суди розглядати декілька разів один і той самий спір.

ГПК України не розповсюджує вимогу щодо участі тих самих сторін на рішення суду з цивільної справи: воно у будь-якому випадку є обов'язковим для господарського суду щодо фактів, які встановлені судом і мають значення для вирішення спору. За часів дії ЦПК УРСР це було обумовлено тим, що господарські та загальні суди в принципі не могли розглядати справи з однаковим суб'єктом складом. Утім, таке формулювання ГПК України не надає жодних гарантій щодо усунення можливостей встановлення фактів відносно певної особи без її участі.

Нові кодекси (ч.3 ст.61 ЦПК України, ч.1 ст.72 КАС України) містять норми з єдиним формулюванням, згідно якого обставини, встановлені судовим рішенням у цивільній, господарській або адміністративній справі, що набрало законної сили, не доказуються при розгляді інших справ, у яких беруть участь ті самі особи або особа, щодо якої встановлено ці обставини. Таке формулювання є універсальним: воно усуває підстави для маніпулювання як складом сторін (оскільки йдеться не про сторони, а про осіб, тобто, включаючи третіх осіб) так і юрисдикціями (оскільки єдині правила визначено для фактів, встановлених рішеннями судів будь-якої юрисдикції). Крім того, якщо факт встановлено щодо певної особи, вона не доводить його при розгляді інших справ, незалежно від того, за участі яких осіб розглядатимуться наступні справи.

Прогресивною також є норма ч.3 ст.72 КАС України та ч.1 ст.61 ЦПК України, що визначає як такі, що не підлягають доказуванню обставини, визнані сторонами та іншими особами, які беруть участь у справі. Така норма дозволяє суду не витратити час на встановлення безспірних обставин. Отже, є всі підстави вважати, що ст.35 ГПК України має бути приведена у відповідність із новим стандартом, що його пропонують ЦПК України та КАС України.

3. Треті особи, які заявляють самостійні вимоги на предмет спору (далі – треті особи) є традиційними учасниками цивільного процесу. Із цивільного процесу цей інститут був запозичений до процесу господарського, а згодом, із прийняттям КАС України – до процесу адміністративного.

Згідно ст.107 ЦПК УРСР, ст.34 ЦПК України, так само, як у ст.26 ГПК України, треті особи, які заявляють самостійні вимоги на предмет спору, можуть вступити у справу до прийняття рішення судом, подавши позов до однієї або двох сторін. Ці особи мають усі процесуальні права і обов'язки позивача.

Слід зазначити, що у теорії радянського цивільного процесу питання про те, чи може третя особа подати позов не до обох сторін, а лише до однієї, було розв'язане ще у 50-х, на початку 60-х років ХХ сторіччя, тобто – до прийняття нових ЦПК радянських

республік (у тому числі – ЦПК УРСР): К.С.Юдельсон вважав, що така особа адресує свої притязання завжди обом сторонам [1, с. 73-74], у той час, як більшість дослідників (зокрема, М.О.Гурвич, А.Ф.Клейнман, І.М.Ігінська) – що позов третьої особи може бути заявлений як до обох сторін, так і до однієї з них [2, с. 61; 3 с. 108; 4, с. 32].

Таким чином, треті особи, які заявляють самостійні вимоги на предмет спору, можуть перебувати у стані конфлікту або з відповідачем, або з позивачем, або з обома сторонами справи. Отже, статус третіх осіб у цивільному та господарському процесі є однаковим. Утім, статус третіх згідно КАС України має особливості, що утворюють досить серйозні проблеми.

По-перше, ст.53 КАС України встановлює, що треті особи мають пред'явити позов *до сторін*. Стандартне для інших процесуальних кодексів застереження про можливість подати позов до однієї сторони, у КАС України відсутнє.

По-друге, згідно тій самій ст.53 КАС України задоволення адміністративного позову таких осіб має повністю або частково виключати задоволення вимог позивача до відповідача. Отже, на відміну від цивільного та господарського процесу, третя особа в адміністративному процесі завжди перебуває у конфлікті як із відповідачем, так і з первісним позивачем. Згідно ст.17 КАС України компетенція адміністративних судів поширюється на:

1) спори фізичних чи юридичних осіб із суб'єктом владних повноважень щодо оскарження його рішень (нормативно-правових актів чи правових актів індивідуальної дії), дій чи бездіяльності;

2) спори з приводу прийняття громадян на публічну службу, її проходження, звільнення з публічної служби;

3) спори між суб'єктами владних повноважень з приводу реалізації їхньої компетенції у сфері управління, у т.ч. делегованих повноважень, а також спори, які виникають з приводу укладання та виконання адміністративних договорів;

4) спори за зверненням суб'єкта владних повноважень у випадках, встановлених законом (згідно ч.4 ст.50 КАС України це справи про тимчасову заборону (зупинення) окремих видів або всієї діяльності об'єднання громадян; про примусовий розпуск (ліквідацію) об'єднання громадян; про примусове видворення іноземця чи особи без громадянства з України; про обмеження щодо реалізації права на мирні зібрання (збори, мітинги, походи, демонстрації тощо);

4) спори щодо правовідносин, пов'язаних з виборчим процесом чи процесом референдуму.

Ситуація, в якій третя особа заявляє адміністративний позов водночас до позивача та відповідача при тому, що задоволення цього позову виключає задоволення вимог позивача до відповідача, можлива лише щодо обмеженого кола спорів. Найбільш вірогідне це в разі спору між суб'єктами владних повноважень з приводу реалізації їхньої компетенції у сфері управління. Наприклад, обласна державна адміністрація подає адміністративний позов до обласної ради про встановлення наявності певного спірного повноваження в адміністрації; міська рада міста обласного значення може, як третя особа, яка заявляє самостійні вимоги на предмет спору, подати позов як до ради, так і до адміністрації про встановлення наявності цього спірного повноваження у міської ради. Утім, якщо обласна державна адміністрація подасть вимогу не про встановлення наявності цього повноваження в адміністрації, а про визнання протиправним акту обласної ради, міська рада не зможе вступити до справи у якості третьої особи, оскільки задоволення її вимог не виключатиме задоволення вимог адміністрації.

Найбільші проблеми ці штучні обмеження, встановлені КАС України, утворюють у найпоширенішій категорії адміністративних справ: у спорах фізичних чи юридичних осіб із суб'єктом владних повноважень щодо оскарження його рішень (нормативно-правових актів чи правових актів індивідуальної дії), дій чи бездіяльності. Акт індивідуальної дії може стосуватися певної кількості осіб (наприклад, мешканців будинку). Цілком логічним виглядає вступ низки третіх осіб з вимогами про визнання протиправним акту та відшкодування кожній з осіб спричиненої актом шкоди до ініційованої первісним позивачем адміністративної справи з аналогічними вимогами. На жаль, КАС України фактично забороняє це: по-перше, в третіх осіб не може бути адміністративних вимог до позивача – такого самого громадянина; по-друге, як правило, адміністративні вимоги позивача і третіх осіб не виключають одна одну.

Так само, КАС України забороняє будь-яке взаємне доповнення вимог первісного позивача та третіх осіб (позивач може вимагати лише визнання рішення відповідача-суб'єкта владних повноважень протиправним, тоді як треті особи можуть вимагати зобов'язати відповідача прийняти із спірного питання рішення або вчинити певні дії, або, нарешті, утриматися від вчинення певних дій).

Така позиція законодавця призводить до необхідності порушувати низку майже однакових адміністративних справ з одного й того самого питання, фактично – здійснювати штучне “клонування” судових справ всупереч принципу процесуальної економії.

Адміністративний процес дійсно має певні особливості, які є природним наслідком специфіки публічно-правових спорів.

Утім, особливості статусу третіх осіб, які заявляють самостійні вимоги на предмет спору в адміністративному процесі, є, на наш погляд, суто вигаданими: утворюючи штучні проблеми, ці особливості не сприяють розв'язанню завдань адміністративного судочинства, якими згідно ч.1 ст.2 КАС України є захист прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб у сфері публічно-правових відносин від порушень з боку органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб, інших суб'єктів при здійсненні ними владних управлінських функцій.

Отже, в адміністративному судочинстві слід, на наш погляд, повернутися до класичної, перевіреної ЦПК УРСР, ЦПК України та ГПК України моделі статусу третіх осіб, які заявляють самостійні вимоги на предмет спору, у господарському та цивільному судочинстві:

- дозволивши третім особам вступати до адміністративної справи із позовом як до обох сторін, так і до однієї з них;

- виключивши з КАС України застереження, згідно якого задоволення адміністративного позову третіх осіб має повністю або частково виключати задоволення вимог позивача до відповідача.

Наведені вище приклади є найбільш наочними та простими з великого переліку, що його можна продовжувати досить довго.

Першим висновком з наведених прикладів є теза про необхідність «модернізації» ГПК та приведення його у відповідність із стандартами, запропонованими розробниками ЦПК та КАС, в тому, що стосується загальних положень та питань, спільних для всіх видів провадження.

Другим висновком є більш загальна теза про необхідність усунення тих розбіжностей між процесуальними кодексами, які не обумовлені певними особливостями розглянутих спорів, тобто, не є закономірними – розбіжностей,

що склалися випадково, через те, що різні процесуальні кодекси розробляли різні групи розробників у різні часи. Такі невинновдані розбіжності створюють суто штучні перепони уніфікації практики процесу при розгляді різних категорій справ.

Через подібну уніфікацію юрист-практик залишатиметься в одній системі, в одному контексті базових понять та процесуальних інститутів, що матимуть єдиний зміст незалежно від того, якою справою він займатиметься, - справою адміністративної юрисдикції, господарською або цивільною справою.

Уніфікація процесу матиме ще один цікавий наслідок: вона допоможе усунути деякі підстави для намагань штучно ініціювати розгляд справи у суді іншої, невідповідної юрисдикції. Як приклад можна навести поширену ситуацію, коли зацікавлені особи намагаються ініціювати розгляд господарської за своєю природою справи у суді цивільної юрисдикції шляхом введення до кола відповідачів фізичної особи. Уніфікація процесу дозволить мінімізувати можливості для маніпулювання процесуальними відмінностями, та, врешті рещт, уніфікувати практику застосування норм не тільки процесуального, але й матеріального права.

Література

1. *Юдельсон К. С.* Советский гражданский процесс. – М., 1956. – 476 с.
2. *Гурвич М. А.* Лекции по советскому гражданскому процессу. – М., 1950. – 352 с.
3. *Клейнман А. Ф.* Советский гражданский процесс. – М., 1954. – 412 с.
4. *Ильинская И. М.* Участие третьих лиц в гражданском процессе. – М., 1962. – 332 с.

А. В. Смитюх

Одесский национальный университет им. И. И. Мечникова
 Экономико-правовой факультет, кафедра административного и хозяйственного права
 Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

ОБ УНИФИКАЦИИ ГРАЖДАНСКОГО, АДМИНИСТРАТИВНОГО И ХОЗЯЙСТВЕННОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА В ХОДЕ РЕФОРМЫ ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА УКРАИНЫ

Резюме

В статье анализируются некоторые искусственные различия гражданского, административного и хозяйственного судопроизводства, которые не являются закономерными, не обусловлены особенностями рассматриваемых споров и сложились случайно. Сделаны выводы о необходимости устранения таких искусственных различий в положениях соответствующих процессуальных кодексов, и, как следствие – практики процесса с целью минимизации возможностей для манипулирования процессуальными отличиями.

Ключевые слова: гражданское судопроизводство, административное судопроизводство, хозяйственное судопроизводство, унификация.

A. V. Smityukh

Odessa National University

Frantsuzsky Bulvar, 24/26, Odessa, 65058, Ukraine

**ON UNIFICATION OF CIVIL, ADMINISTRATIVE AND
COMMERCIAL COURT PROCEDURES IN THE COURSE OF
REFORMATION OF THE PROCEDURE LEGISLATION OF UKRAINE**

Summary

An aim of article is to show some „artificial” distinctions of civil, administrative and commercial procedures which are not caused by real specialities of the cases and were adopted by chance. So, such „artificial” distinctions are to be removed because it will allow to unify the court practice and to minimize possibilities minimization for unfair manipulation in choosing of the jurisdiction.

Key words: civil court procedure, administrative court procedure, commercial court procedure, unification.

УДК 343.123.61

В. В. Коваль, аспірант

Одеський національний університет ім. І. І. Мечникова

Економіко-правовий факультет, кафедра адміністративного і господарського права

Французький бульвар, 24/26; Одеса, 65058, Україна

ПРАВОВАЯ ПРИРОДА ИСКА В ХОЗЯЙСТВЕННОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ

Статья раскрывает понятие и содержание иска, его особенности в хозяйственном процессе. Автор систематизирует и анализирует различные точки зрения по этому вопросу, вносит свои предложения.

Ключевые слова: иск, исковое заявление, хозяйственное судопроизводство, хозяйственный спор.

Ст. 55 Конституции Украины гарантирует право на судебную защиту. Часть 5 указанной статьи устанавливает, что каждый имеет право любым не запрещенным законом способом защищать свои права и свободы от нарушений и противоправных посягательств.

Среди форм защиты права особую роль играет судебная форма, поскольку именно она обеспечивает надежные гарантии правильного применения закона.

Деятельность государственных судов по защите прав и разрешению споров о праве протекает в определенном законом порядке, который предусматривает правовые гарантии для участников спора (правильность разрешения спора, равенство прав и обязанностей) по защите их законных интересов. Основным видом судопроизводства, в порядке которого осуществляется защита права, является исковое производство, а средством возбуждения этого производства – иск.

Иск является одним из центральных и наиболее сложных институтов процессуального права. Традиционно термин «иск» понимают как заявление в суд о разрешении какого-либо спора [8, с. 542]. Если же проанализировать содержание иска и разобраться в нем, то обнаружится, что оно не однородно. Понятие иска неразрывно связано с понятием искового судопроизводства, в порядке которого осуществляется защита нарушенного или оспариваемого права. Поскольку лицо, считающее себя обладателем нарушенного или оспоренного права, обращаясь в суд, ищет у суда защиты нарушенного права и просит суд рассмотреть возникший спор с нарушителем права в предусмотренном законом процессуальном порядке, то обращение данного лица в суд получило название иска, а производство по этому обращению – исковое производство.

Изучение проблем, связанных с иском и исковой формой защиты права, имеет не только теоретическое, но и большое практическое значение, поскольку правильное использование иска как процессуального средства защиты права обуславливает осуществление задач судопроизводства, способствует укреплению законности в деятельности государственных органов, уполномоченных осуществлять защиту права. Исследование основных проблем иска необходимо еще и потому, что в литературе высказываются весьма разноречивые взгляды по таким вопросам, как понятие иска и право на иск, элементы иска, виды исков и по ряду других вопросов исковой формы защиты права.

Целью данной статьи является осуществление анализа различных понятий иска, существующих в теории и разработка единого и всеобъемлющего (упрощенного) понятия иска.

Всеми юристами признается, что иск является средством защиты права. Однако понимается это средство по-разному. Понятием «иск» оперируют как процессуалисты, так и хозяйственники, и поэтому институт иска является как бы смежным институтом двух отраслей права – процессуального и материального. Процессуалисты, как правило, занимаются только процессуальной стороной института и оставляют в тени материально-правовую сторону, а хозяйственники, наоборот, как правило, недооценивают процессуальную сторону этого понятия. Между тем, иск как средство защиты права – понятие, безусловно, единое как для процессуалистов, так и для хозяйственников. В жизни, в практике это средство защиты права является одинаковым и равным для всех, кто к нему прибегает.

Многие авторы пытались сформулировать собственное понятие «иска». Само понятие иска является одним из самых спорных вопросов в процессуальной науке. Однако при этом можно выделить несколько основных научных течений.

Первая группа авторов (С.Н.Абрамов, М.А.Гурвич, П.Ф.Елисейкин) дают два самостоятельных понятия иска – в процессуальном и материально-правовом смысле. Под иском в процессуальном смысле понимается обращенное к суду требование о защите права или о признании наличия или отсутствия определенного правоотношения. В процессуальном смысле иск – средство защиты права. Под иском же в материальном смысле понимается обращение через суд с материально-правовым притязанием истца к ответчику. В материальном смысле иск – само защищаемое судом право.

М.А.Гурвич определяет иск в процессуальном смысле как «процессуальное действие – обращение за судебной защитой, в отличие от иска в материальном смысле – субъективного права» [3, с. 7-44]. По мнению С.Н.Абрамова и П.Ф.Елисейкина иск в процессуальном смысле – это обращенное к суду требование заинтересованного лица о защите спорного субъектного права или охраняемого законом интереса, а иск в материальном смысле – требование к обязанному лицу (ответчику) о прекращении нарушения субъективного права или интереса либо само нарушенное или оспоренное субъективное право, защищаемое судом.

Однако деление понятия «иска» на два самостоятельных понятия представляется нецелесообразным. Материальное право – это совокупность норм, непосредственно регулирующих общественные отношения между хозяйствующими субъектами. В связи с этим материально-правовая сторона иска – это определенные не урегулированные отношения, которые необходимо урегулировать с помощью наиболее эффективного процессуального средства, коим является «иск». Именно это закреплено в ч. 3 ст. 62 ХПК Украины: суд возвращает исковое заявление без рассмотрения, «если в искомом заявлении не указаны обстоятельства, на которых основывается иск».

Процессуальную сторону можно рассматривать как совокупность норм, регулирующих деятельность по реализации материальных норм. Однако возможно ли деление «иска» на два самостоятельных понятия при условии, что процессуальная сторона возникает в момент невозможности реализации материальных норм?

Таким образом, материально-правовую и процессуально-правовую сторону иска можно соотносить как содержание и форму. Процессуально-правовая сторона служит формой воплощения в жизнь материальной стороны.

Другая группа авторов (А.А.Добровольский, С.А.Иванов, А.Ф.Клейнман, Д.М.Чечот) рассматривают иск как единое понятие, сочетающее в себе материально-правовую и процессуально-правовую стороны. Более правильно, с нашей точки зрения, к понятию иска подходит А.Ф.Клейнман, который указывает, что «иск представляет собой единое понятие, но он имеет две стороны. Требование к суду о защите права составляет процессуальную сторону иска, связанную с требованием истца к ответчику, которое имеет материально-правовое значение» [6, с. 147]. К сожалению, А.Ф.Клейнман ограничился только указанием на две стороны иска, не развив этого положения.

Точку зрения А.Ф.Клейнмана разделяли и пытались развить также А.А.Добровольский, С.А.Иванов, Д.М.Чечот, рассматривая иск как единое понятие, сочетающее в себе материально-правовую и процессуально-правовую стороны. По мнению этих авторов, материально-правовую сторону иска составляет требование о прекращении нарушения права, предъявляемое истцом к ответчику, а процессуально-правовую – обращение к суду требования истца о защите спорного субъективного права. Иск возникает только тогда, когда истец и ответчик передают на рассмотрение суда существующий между ними спор о праве. Материально-правовое требование при этом становится исковым требованием. Любое обращение в суд с иском сопровождается требованием истца к ответчику – лицу, нарушившему или оспаривающему его субъективное право. Иск сочетает в себе два требования истца: материально-правовое требование истца к ответчику и процессуально-правовое требование к суду о разрешении на основе норм материального и процессуального права возникшего спора с ответчиком. Давая ответ на материально-правовое требование истца к ответчику, суд тем самым дает ответ и на обращение истца к суду о защите его права.

Авторы, составляющие третью группу (Н.Б.Зейдер, К.И.Комисаров, В.М.Семенов, К.С.Юдельсон), считают, что иск является чисто процессуальной категорией, инструментом процессуального права. Спорное субъективное право, по их мнению, вообще не входит в состав иска. Однако это также нельзя признать правильным.

Так, по мнению Н.Б.Зейдера, не может быть единого понятия иска, так как обращение к суду лежит, по его мнению, целиком в области процессуального права, а иск как требование истца к ответчику целиком лежит в области материального права [4, с. 135]. Данный ученый считает, что иск в материально-правовом смысле не имеет значения самостоятельного правового института, поскольку он является составной частью субъективного материального права. Поэтому он предложил вместо термина «иск», понимаемого в материально-правовом смысле, употреблять термин «требование» или «притязание», а термин «иск» оставить только в процессуальном понимании.

Так же, как и Н.Б.Зейдер, К.С.Юдельсон исключает материально-правовой признак из понятия иска и утверждает, что «в процессе иск есть всегда средство возбуждения судебной деятельности по защите права, а притязание остается подлежащим защите субъективным материальным правом независимо от того, было ли обращение в суд или его еще не было» [10, с. 210]. Следовательно, материально-правовое требование истца к ответчику (притязание) остается за пределами иска. К позиции Н.Б.Зейдера, К.С.Юдельсона присоединилась Е.Н.Рябова [9, с. 132]. Авторы, придерживающиеся данной концепции, смешивают такие понятия, как иск и право на иск. Право на иск в отличие от иска, действительно может существовать как в процессуальном, так и в материально-правовом смыслах. Иск же, как требование о

защите, является единым и неделимым понятием. Французские процессуалисты Жерар Корню и Жан Фуайе утверждают, что иск – это средство возбуждения производства о праве в целях получения решения по предмету спора [1, с. 275]. Немецкий процессуалист Леон Розенберг также указывает, что «иск – это обращение к суду за защитой права через судебное решение» [2, с. 380].

Вполне логично, что иск является средством возбуждения производства и его целью является получение соответствующего решения. Но это лишь одна сторона понятия «иска». Приведенные определения вполне согласуются с определением иска в классическом римском праве как средства получения путем судебного процесса решения, соответствующего интересам данного лица.

Необходимо отметить, что данные авторы подчеркивают одинаковую для всех доступность иска как средства защиты права и открыто призывают отказаться от понятия «право на иск», как якобы не имеющего ни теоретического, ни практического значения. Они считают, что право на предъявление иска полностью охватывается процессуальной правоспособностью, а право на удовлетворение иска относится к области материального права. Данные предложения не являются обоснованными с точки зрения ХПК Украины, который закрепляет определенный перечень лиц, имеющих возможность подачи иска (ст. 1 ХПК). Указанные взгляды не являются новыми и рассматривались рядом процессуалистов еще в последней четверти XIX в.

Необходимо отметить, что ряд советских процессуалистов подчеркивали и материально-правовую сторону иска, но эта сторона либо выделялась из понятия иска, как процессуального института, в самостоятельное понятие под видом «иска в материальном смысле», которым должны были заниматься не процессуалисты, а цивилисты и хозяйственники (С.Н.Абрамов, М.А.Гурвич, В.П.Чапурский), либо признавали материально-правовую сторону иска как его неразрывную часть, но не придавали ей процессуального значения (А.Ф.Клейнман, Я.Л.Штуттин). Другие исследователи вообще считали, что никакой материально-правовой стороны в иске не должно быть, что иск – это чисто процессуальное понятие (Н.Б.Зейдер, К.С.Юдельсон). Так или иначе, почти все советские процессуалисты не придавали должного значения материально-правовой стороне иска – в лучшем случае она лишь упоминалась, но значение ее для процесса не подчеркивалось и не исследовалось.

Материально-правовые требования истца к ответчику имеются во всех исках, только характер этих требований различен (если под материально-правовым требованием понимать любое правовое требование истца к ответчику, возникающее из спорного материально-правового решения). Во всех исках истец по существу обвиняет ответчика либо в прямом нарушении субъективных прав истца, либо в неосновательном оспаривании и игнорировании права истца и т.п.

Обращение в суд, как правило, и вызывается тем, что ответчик отказывается от добровольного устранения нарушения права: не желает добровольно отказаться от оспаривания прав истца, от добровольного подчинения праву истца, не хочет считаться с его правом. Во всех случаях обращение в суд с иском вызывается отказом ответчика от добровольного выполнения требований истца. Именно этим и вызвано обращение в суд, который призван проверить в определенном процессуальном порядке обоснованность требования истца к ответчику по любому иску. Если требования истца к ответчику, изложенные в исковом заявлении, окажутся обоснованными, то суд в первом случае (в исках по поводу нарушенного права) своим решением принудительно заставит ответчика устранить нарушения, выполнить лежащие на ответчике обязанности. Во втором случае, установив

наличие у истца спорного права, суд своим решением устраняет спорность этого права, превращает спорное право в бесспорное, авторитетно подтверждает правовые требования истца и тем самым по существу обязывает ответчика подчиниться праву истца. Хотя в этом случае в решении суда никакого конкретного предписания ответчику не содержится, тем не менее, авторитетное и властное подтверждение судом права истца делает его дальнейшее оспаривание бесполезным, ответчик вынужден считаться с правом истца и не чинить помех истцу в пользовании своим правом. Следует согласиться с Л.В.Левшиным в том, что воздействие на сознание и волю обязанного лица оказывает любое и каждое судебное решение независимо от вида иска, по которому оно вынесено [7, с. 67].

Суть любого иска как средства защиты права заключается именно в том, что суд на основании искового заявления, адресованного суду, должен проверить изложенное в этом заявлении требование истца.

Требование истца о рассмотрении возникшего между ним и ответчиком спора, адресованное суду, обязательно сопровождается требованием, адресованным ответчику. Без такого требования нет иска, нет предмета судебного рассмотрения. Требование, адресованное суду, характеризует процессуальную сторону иска, поскольку иск выступает здесь как средство возбуждения процесса, как процессуальное средство защиты права. Требование, адресованное ответчику, выступает как материально-правовая сторона иска, поскольку требования истца к ответчику вытекают из субъективного права истца, наличие которого и будет доказывать истец в процессе, возбужденном данным иском.

Вот почему мы считаем, что суть иска как средства защиты права и заключается в том, что материально-правовые требования истца к ответчику, по поводу которых возник спор между ними, будучи оформлены в виде искового заявления, служат средством возбуждения процесса, деятельности суда по рассмотрению законности и обоснованности этого требования. Без указания в исковом заявлении на определенные правовые требования истца к ответчику нет и иска. Данные предположения нашли свое законодательное подтверждение в ч. 5 ст. 54, ч. 4 ст. 57 ХПК. Только наличием материально-правовой стороны иска, т.е. требования истца к ответчику, можно объяснить существование широко признанных в практике и теории таких институтов процесса, как признание иска, отказ от иска, обеспечение иска, размер иска, мировое соглашение и др.

Необходимо также отметить, что иск призван урегулировать спор между участниками хозяйственных правоотношений. Еще со времен Сократа спор означает искусство выяснения истины в столкновении противоположных мнений. Перефразировав Сократа, можно сказать, что «...там, где имеется много слов и смыслов, противоречащих друг другу, необходимо прийти (с помощью суда) к одному смыслу (решению), истинному, который уже ничему не противоречит» [5, с. 344]. Спор – взаимное притязание о чем-либо, разрешаемое судом [8, с. 545]. Хозяйственный спор – разновидность правового спора, который возникает в процессе осуществления хозяйственной деятельности. Наличие спора свидетельствует о неурегулированности взаимоотношений контрагентов.

На основании сказанного можно предложить следующее определение *иска*. Это письменное заявление (требование) истца к ответчику, направленное через хозяйственный суд, подписанное уполномоченным лицом истца или его представителем, прокурором или его заместителем, гражданином-субъектом предпринимательской деятельности или его представителем, с указанием обстоятельств, на которых основываются исковые требования, и предоставлением

доказательств данных требований, облеченное в определенную форму, установленную законом.

Литература

1. Cornu G et J. Foyer. Procedure civile. – Paris. 1958.
2. Leo Rojenberg. Lehrbuch des deutschen Zivil-prozessrichts. – Munchen und Berlin, 1956.
3. Гурвич М. А. Право на иск. - Изд-во АН СССР. – М., 1949.
4. Зейдер Н. Б. Основные вопросы учения об иске в советском гражданском процессе: Дис... канд. юрид. наук. – Саратов, 1939.
5. Канке В. А. Философия. Исторический и систематический курс: Учебник. – М.: Издательско-книготорговый дом «Логос», 2002.
6. Клейнман А. Ф. Советский гражданский процесс. – М.: Изд-во МГУ, 1954.
7. Левшин Л. В. Сущность и значение судебного решения в советском гражданском процессе: Автореф... дис. канд. юрид. наук. – М.: МЮИ, 1953.
8. Ожегов С. И. Словарь русского языка. – М.: Сов. Энциклопедия, 1968.
9. Рябова Е. Н. Иск в советском гражданском процессе // Вестник Моск. ун-та. – 1958. – № 4. – С. 132.
10. Юдельсон К. С. Советский гражданский процесс. – М., 1956.

В. В. Коваль

Одеський національний університет ім. І. І. Мечникова
Економіко-правовий факультет, кафедра адміністративного та
господарського права
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

ПРАВОВА ПРИРОДА ПОЗОВУ В ГОСПОДАРЬСЬКОМУ СУДОЧИНСТВІ

Резюме

Стаття розкриває поняття і зміст позову, його особливості в господарському процесі. Автор систематизує і аналізує різні точки зору з цього питання, вносить свої пропозиції.
Ключові слова: позов, позовна заява, господарське судочинство, господарський спір.

V. V. Koval

Odessa National University
Frantsuzsky Bulvar, 24/26, Odessa, 65058, Ukraine

LEGAL NATURE OF LAWSUIT IN ECONOMIC LEGAL PROCEDURE

Summary

The article exposes a notion and essence of lawsuit, its features in an economic process. An author systematizes and analyses the different points of view about this question, makes suggestions.

Key words: lawsuit, point of claim, economic legal procedure, economic dispute.

УДК 340.142

В. Д. Найфлейш, аспірант

Одеський національний університет ім. І. І. Мечникова

Економіко-правовий факультет, кафедра адміністративного та господарського права

Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

МЕХАНІЗМ ПРИЙНЯТТЯ РІШЕННЯ В ГОСПОДАРЬСЬКОМУ СУДОЧИНСТВІ

В статті аналізується рішення господарського суду з точки зору механізму його прийняття. Автор критично досліджує різноманітні точки зору з цього питання та робить висновки і пропозиції.

Ключові слова: прийняття рішення, механізм, господарське судочинство, колегія суддів.

Суддівське знання – продукт пізнавальної діяльності та мислення судді (або складу суду), в процесі формування якого здійснюється якісний відбір інформації відповідно до її об'єктивної значущості для вирішення питань, що виникають по справі. Знання судді, таким чином, повинно відображати соціальну та правову сутність досліджуваних в ході судового розгляду фактів об'єктивної дійсності, яка реалізується в його рішеннях по справі. В сфері судочинства судові рішення не носить імпровізованого характеру, а підпорядковується заздалегідь встановленій процедурі його винесення. Зміст (сутність) судового акта підлягає оцінці на підставі передбачуваних критеріїв – законності й обґрунтованості суддівського знання – для вирішення тих правових питань, відповідь на які дається суддями в їхньому рішенні [1, с. 9].

Тому цікавим та актуальним питанням, як представляється, є дослідження механізму прийняття рішення господарським судом. Метою даної роботи є виявлення основних етапів (стадій) такого механізму, систематизація даних з цього приводу та розробка пропозицій щодо вдосконалення механізму. Частково в окремих сферах зазначену тему досліджували Ю.Грошевий, В.Зеленецький, П.Лупінська та деякі інші дослідники.

Слід пам'ятати про те, як пише С.Л.Рубінштейн, «почуттєвий зміст образу стає носієм смислового змісту» [2, с. 88]. При цьому, ми іноді зустрічаємось з певною належністю смислового змісту (тобто правової сутності фактів) результату пізнання по справі, яка полягає в тому, що встановлені по справі факти виступають в певних випадках (наприклад, у разі зміни або скасування рішення вищестоящим судом) носіями різного смислового правового змісту. Тут ціла низка факторів формує адекватність смислового змісту суддівських констатацій вимогам закону, до кола яких коректно віднести рівень правосвідомості та етичної свідомості судді, його професійний досвід, професійну та життєву спрямованість його особи, повноту дослідження фактичних обставин справи. Саме ці фактори обумовлюють специфіку єдності почуттєвого та раціонального у формуванні у судді зображення неправомірної поведінки. При цьому матеріальний та процесуальний закон організує смисловий зміст фактичних даних, встановлених по справі, й тих їх правових рис, які є визначальними для адекватного вирішення фактичних та правових питань, що виникають по справі [1, с. 11-12].

В динаміці пізнавальний процес в суді першої інстанції побудований так, що спочатку відбувається лише освоєння (оволодіння) суддями знань, зібраних позивачем по справі, з точки зору їх достатності для вирішення питань про відкриття провадження, а потім в судовому засіданні суддями пізнаються і освоюються нові факти і перевіряється достовірність встановлення тих чи інших фактів. В цьому плані важливо підкреслити думку М.Бунге про те, що «ніколи не було ніякого нового знання, яке до певного ступеню не визначалося б знанням йому попереднім» [3, с. 110]. Тому нове знання, що отримується суддями при розгляді справи, є результатом ретельного вивчення матеріалів справи, судової практики, правової теорії. Приведене розуміння важливе тому, що, як вже зазначалося, в ході судового розгляду суддями, з одного боку, пізнаються обставини, що підлягають доказуванню по справі, а з іншого – ними перевіряється достовірність знань, об'єктивованих в процесуальних актах, тобто контролюється доказувальна достовірність і правова правильність знань, отриманих на попередній (попередніх) процесуальній стадії, що виступає як спадкоємність знань у судовому пізнанні. В.С.Зеленецький також включив до об'єкту пізнання по справі законність та обґрунтованість попередньої процесуальної діяльності та її результатів [4, с. 248].

Будь-яке рішення суду має теоретичний та емпіричний рівні. Теоретичним знанням судді властивий більш широкий зміст, ніж те, що безпосередньо об'єктивується в судовому акті, але вони відображають сутнісні характеристики обставин, які підлягають встановленню по справі. Саме теоретичні знання судді допомагають йому адекватно оцінити зібрані по справі докази, розглянути досліджувані в ході судового розгляду явища в «чистому» вигляді. Емпіричний рівень аналізу фактичних обставин покликаний вирішити питання про доказувальне засвідчення знання, об'єктивованого в конкретному судовому рішенні. За підсумками судового пізнання суддя доходить до знань не взагалі про подію правопорушення, а до знання логічно і доказувально засвідченого, обмеженого об'єктом пізнання (предметом доказування по справі) [1, с. 19-20].

Властивості знання, що лежать в основі судових рішень, таким чином, характеризуються наступними ознаками: вибірковістю, обґрунтованістю, сукупністю досліджуваних по справі доказів; системністю (відображенням і усвідомленням тих фактів, які у своїй сукупності створюють «механізм злочинної поведінки» підсудного); достатністю для винесення законного та обґрунтованого судового рішення.

За своєю суттю рішення, що приймаються в господарському процесі, можуть мати різне значення. Одні спрямовують діяльність судових органів у бік найбільшого сприяння встановленню істини та вирішення справи по суті; інші – безпосередньо містять відповіді на основні питання, що підлягають вирішенню по справі; треті – вирішують окремі питання, що пов'язані або витікають зі справи. Як виходить з кола вирішуваних питань, одні з вищевказаних процесуальних актів більш опосередковано пов'язані з вирішенням кінцевих завдань судочинства, інші – безпосередньо вирішують ці завдання [5, с. 6].

Спільною рисою всіх судових постанов є «владне волевиявлення»: судова постанова – це «владні волевиявлення суду, якими вирішуються питання матеріального та процесуального права, що поставлені перед судом сторонами та іншими учасниками, а також такі, що виникають в ході процесу» [6, с. 220].

Оскільки процесуальне рішення є актом державно-владної діяльності, воно містить певне державне веління, що спирається на авторитет та силу держави та забезпечене низкою заходів із втілення цього рішення у життя. Кожне з цих

рішень є тим юридичним фактом, що викликає виникнення, зміну або припинення правовідносин, в яких учасники судочинства реалізують свої права [7, с. 14].

Владний характер діяльності суду поєднується з системою різноманітних прав і гарантій всіх суб'єктів господарсько-процесуальної діяльності, рівністю процесуальних прав учасників судового процесу. Тому акти застосування права – процесуальні рішення виступають не тільки як засоби реалізації посадовими особами держави своїх обов'язків, але й як спосіб реалізації наданих законом прав всіма учасниками процесу.

Ініціатива винесення рішень належить в господарському судочинстві суду. Однак в певних випадках рішення виносяться за підсумками реалізації учасниками процесу своїх прав, зокрема, заявлених ними клопотань. В такому випадку ініціатива виходить від учасників процесу. Причому такі клопотання тягнуть за собою *обов'язок* суду розглянути такі клопотання та прийняти обґрунтоване на законі рішення. Таким чином, винесення процесуальних рішень являє собою правовий акт, який призводить до реалізації правових приписів, і тим самим забезпечується захист прав та законних інтересів учасників процесу [5, с. 8-9].

Право приймати рішення надано суду. Від використання цього права залежить успішність виконання ним тих обов'язків, які покладені на нього законом. Повноваження, надані суду щодо прийняття рішень, повинні служити інтересам держави та суспільства. Тому необхідно посилювати гарантії правильних рішень та підвищення відповідальності посадових осіб не тільки за правильне рішення, але й за неприйняття рішення, оскільки прийняття правильних та своєчасних рішень складає не тільки право, але й обов'язок суду, що здійснює судочинство.

Спільним рисами всіх рішень, що приймаються в процесі, є наступні:

- а) вони можуть бути винесені тільки повноважними особами в межах їх компетенції;
- б) вони повинні бути результатом всебічного, повного та об'єктивного дослідження та оцінки сукупності доказів;
- в) для їх винесення необхідна наявність певних, передбачених законом умов;
- г) вони повинні відповідати вимогам законності та обґрунтованості, бути мотивованими.

Прийняття рішення – багатофакторна діяльність, що включає низку об'єктивних та суб'єктивних факторів, в тому числі фактори соціальні, гносеологічні, логічні, інформаційні, правові, психологічні.

Механізм прийняття рішень представляє собою систему всіх факторів, які взаємодіють в процесі прийняття рішень. Для того, щоб бути максимально дієвим з точки зору поставлених завдань у будь-якій галузі управління соціальними процесами, рішення повинно відповідати низці вимог. До їх кола належать: обґрунтованість рішення, прийняття рішення компетентним органом або особою; несуперечливість; суворе узгодженість частин рішення та самого рішення з раніше прийнятим; своєчасність рішення; простота, ясність та чіткість його викладення. Навіть в такому загальному викладенні неважко помітити, що проблеми теорії рішень, що займають значне місце в науці управління, мають пряме і безпосереднє відношення до теорії та практики прийняття процесуальних рішень [5, с. 13]. Закон, закріплюючи коло питань, що підлягають вирішенню, послідовність їх вирішення,

порядок обговорення цих питань, визначаючи зміст та форму рішення, надає програму прийняття рішення. І якість рішення залежить від цієї програми.

В.Г.Афанасьєв визначає наступні стадії прийняття будь-якого управлінського рішення: 1) вивчення фактичних даних, з точки зору виявлення необхідності прийняття рішення; 2) підготовка рішення та його обговорення; 3) прийняття рішення; 4) організація проведення рішення в життя; 5) виявлення підсумків прийнятого рішення [8, с. 197-204].

Щодо останньої стадії, на нашу думку, спірним представляється виділення її як стадії прийняття рішення. Дійсно, деякі роз'яснення та постанови Вищого господарського суду України та Верховного Суду України розкривають недоліки щодо виконання судових рішень та спірні питання, що виникають при виконанні таких рішень. Але здається недоречним віднесення її до стадії прийняття рішення – скоріше, це вже стадія контролю за виконанням рішення.

Більш обґрунтованим, з нашої точки зору, здається виділення П.А.Лупинською лише 3 стадій: встановлення та оцінка фактичних обставин справи, вибір та аналіз норм права і власне вирішення справи, відображене в акті застосування права [5, с. 15]. При цьому, виділяючи ці основні стадії правозастосовної діяльності, більшість дослідників цього питання правильно підкреслюють відому умовність цього поділу у зв'язку з єдністю фактичної та юридичної сторін правозастосовної діяльності¹². Особливістю прийняття рішень в господарському судочинстві як актив застосування права є те, що застосування права починається не тільки тоді, коли фактичні обставини встановлені і необхідно прийняти рішення про дію, а вже на стадії встановлення фактичних обставин, оскільки закон регулює і порядок встановлення фактичних обставин, що служать передумовою для прийняття рішення [5, с. 16].

Закон встановлює види доказів (ст. 32), предмет доказування (ст. 33), порядок збирання, перевірки та оцінки доказів (ст. 38, 39, 43 ГПК України).

На першій стадії прийняття рішення особливого значення набуває оцінка доказів як діяльність, що веде до визнання наявності або відсутності тих або інших обставин, а також оцінка цих обставин з точки зору наявності в них тих ознак, які вказані в нормі права та тягнуть за собою певне правове рішення. Як правильно вказує В.Г.Афанасьєв, оцінка доказів не є самоціллю, вона завжди слугує прийняттю відповідних рішень по справі та здійсненню практичних дій [8, с. 195-197]. Тому правильність рішення по суді, його законність, обґрунтованість та справедливість значною мірою залежать від дотримання закону при оцінці доказів. Вказуючи на безпосередній зв'язок між оцінкою та рішенням, слід мати на увазі, що оціночна діяльність не зводиться тільки до оцінки доказів з метою встановлення фактичних обставин справи. Правильні висновки про правові наслідки, що витікають із встановлених фактів, вимагають оцінки цих фактичних обставин з точки зору ознак, вказаних у нормі права.

У зв'язку з цим цікавим представляється дослідження особливостей прийняття *колективного рішення суддів* (наприклад, при колегіальному розгляді справи колегією з трьох суддів в суді першої інстанції).

¹² Див., наприклад: *Алексєєв С.С.* Общая теория социалистического права. – Вып. IV, Свердловск, 1960. – С. 24; *Недбайло П.Е.* Применение советских правовых норм. – М., 1960. – С. 216; *Скакун О.Ф.* Теория государства и права (энциклопедический курс): Учебник. – Харьков: Эспада, 2005. – С. 780-782.

Це проявляється як в колективних діях суду при здійсненні певних процесуальних дій, так і безпосередньо при прийнятті рішення, коли суддя, не згодний з рішенням більшості, має право викласти свою окрему думку, але повинен підписати рішення поряд з іншими суддями колегії.

В ході спілкування члени суддівської колегії впливають один на одного з метою формування колективного знання по справі, причому існує три способи взаємовпливу для розробки єдиного рішення з питань, що підлягають вирішенню в даному процесуальному акті: *повідомлення* (обмін конкретними знаннями по суті справи), *переконання* (направлено на прийняття всіма суддями певного погляду), *навіювання* (некритичне усвоєння «чужого» знання) та спосіб відображення навіювання (*наслідування*).

При формуванні колективного (групового) знання судді впливають один на одного, обмінюються своїми знаннями, переконують один одного в правильності свого результату пізнання та пропонованого рішення по справі. Але особлива роль в цьому обміні належить професійному судді – своєрідному «лідеру» судової колегії, який в результаті високого рівня спеціальних знань і процесуального становища, в ході судового розгляду має можливість впливати певним чином на інших, більш того – навіювати їм своє рішення (знання) [1, с. 53].

Друга стадія прийняття рішення – рішення про дію – пов'язана з виявленням такої загальної риси всіх рішень, як наявність вибору способу дії. В будь-якому випадку такий вибір обумовлений цілями та завданнями відповідної діяльності. Тому соціальна природа рішень характеризується такими рисами:

- рішення – акт вибору шляхів та засобів досягнення соціально значущих завдань, цілей;
- вибір визначається як поставленою ціллю, так і наявною інформацією на момент прийняття рішень;
- рішення вказує, як слід діяти для досягнення мети;
- вибір поведінки, способу дії повинен бути свідомим, тобто йому повинне передувати пізнання, дослідження фактичних обставин [5, с. 18-19].

Детально з'ясувавши всі обставини господарського спору, суд ухвалює рішення. Це найважливіший процесуальний акт, прийняттям якого завершується засідання господарського суду і вирішується повністю і по суті спір.

Рішення повинне бути законним і обґрунтованим. При його прийнятті господарський суд керується нормативними актами, тобто застосовує правові норми, що містяться в них, до спірних господарських правовідносин. Тому саме рішення господарського суду є правозастосовчим актом [9, с. 193-196].

Рішення господарського суду по справі захищає порушені суб'єктивні права або констатує неправомірність пред'явлених вимог. Однак, господарським спором є не тільки такий суб'єктивний стан, при якому одна сторона в спорі вважає, що інша порушує або сперечається за її право або створює невизначеність в правовідношенні, але і таке, при якому задоволення інтересів однієї з сторін, що сперечаються, на думку іншої сторони, порушує її власні інтереси.

Вирішення питань господарсько-процесуального права включає встановлення наявності (або відсутності) тих або інших фактичних обставин, що тягнуть за собою певні правові наслідки та рішення про дії, спрямовані на встановлення тих або інших обставин або таких, що витікають із їх встановлення [5, с. 9].

Рішення господарського суду спрямоване на зміцнення законності в господарських відносинах, усуває юридичну невизначеність і вносить у них ясність.

Рішення господарського суду викладається в письмовій формі і складається з чотирьох частин: вступної, описової, мотивувальної і резолютивної (ст. 84 ГПК). Саме тому рішення складається не тільки з резолютивної частини – закон відносить до змісту рішення всі його складові, в тому числі і описову, і вступну частини. Процесуальні рішення, як акти застосування права, виконують в кожному конкретному випадку завдання вирішення конкретного правового питання, разом з тим, сприяють зміцненню законності, попередженню правопорушень тощо.

Співвідношення між рішенням конкретного питання та правильним вирішенням всієї справи виражає той зв'язок, який існує між нормою права, як загальним, та актом застосування права, як окремим.

Правова норма реалізується в окремому акті застосування права. Ця взаємозалежність показує значення акта застосування права як для вирішення конкретного правового питання, так і для досягнення в цілому тих завдань, що поставлені перед господарським судочинством.

Встановлюючи зв'язок між окремим актом застосування права (рішенням по конкретному питанню, справі) та досягненням завдань судочинства в цілому, слід звернути увагу на наступне.

Рішення в судочинстві – це правові акти, втілені у встановлену законом процесуальну форму, в яких суддя або суд в межах своєї компетенції у визначеному законом порядку дає відповіді на виникаючі по справі правові питання та які містять владне волевиявлення про дії, що витікають із встановлення обставин та приписів закону, спрямованих на досягнення завдань господарського судочинства [5, с. 11]. Щодо механізму прийняття судового рішення та стадій даного процесу, то вчені дотепер не визначилися з цими питаннями, що потребує подальших глибинних досліджень.

Література

1. *Грошевой Ю. М.* Сущность судебных решений в советском уголовном процессе. – Харьков: Вища школа. Изд-во при Харьк. ун-те, 1979.
2. *Рубинштейн С. Я.* Бытие и сознание. – М.: Наука, 1957. – 309 с.
3. *Бунге М.* Интуиция и наука. – М.: Прогресс, 1967. – 143 с.
4. *Зеленецкий В. С.* Объект уголовно-процессуального познания действительности / В кн.: Вопросы государства и права развитого социалистического общества. – Харьков. – 1975. – С. 247-249.
5. *Лупинская П. А.* Законность и обоснованность решений в уголовном судопроизводстве. – М., 1972. – 79 с.
6. Советское гражданское процессуальное право. – М., 1967.
7. *Александров Н. Г.* Применение норм советского социалистического права. – М., 1958.
8. *Афанасьев В. Г.* Научное управление обществом. – М., 1968.

В.Д. Найфлейш
Одесский национальный университет им. И. И. Мечникова
Экономико-правовой факультет, кафедра административного и
хозяйственного права
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

МЕХАНИЗМ ПРИНЯТИЯ РЕШЕНИЯ В ХОЗЯЙСТВЕННОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ

Резюме

В статье анализируется решение хозяйственного суда с точки зрения механизма его принятия. Автор критически исследует разнообразные точки зрения по этому вопросу и делает выводы и предложения.

Ключевые слова: принятие решения, механизм, хозяйственное судопроизводство, коллегия судей.

V. D. Naifleish

Odessa National University
Frantsuzsky Bulvar, 24/26, Odessa, 65058, Ukraine

MECHANISM OF TAKING DECISION IN ECONOMIC LEGAL PROCEDURE

Summary

The article analyses the decision of economic law-court from the viewpoint of mechanism of taking such decision. The author critically studies various points of view on this question and makes conclusions and suggestions.

Key words: adopting of decision, mechanism, economic legal procedure, judges board.

УДК 347.283.1

Т. В. Степанова, канд. юрид. наук, доцент
Одеський національний університет ім. І. І. Мечникова
Економіко-правовий факультет, кафедра адміністративного та
господарського права
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

ЩОДО ЗБІЛЬШЕННЯ РОЗМІРУ ДЕРЖАВНОГО МИТА В ГОСПОДАРСЬКИХ СУДАХ

В статті проаналізовано зміни останніх років щодо розміру державного мита при зверненні до господарського суду з позовною заявою. Внесено пропозиції щодо удосконалення законодавства з цього приводу.

Ключові слова: державне мито, господарське судочинство, розстрочка, прострочення сплати, стягнення державного мита.

Відомо, що по спорах, які розглядаються господарськими судами, зі сторін стягується державне мито. Призначення його полягає в тому, щоб, з одного боку, відшкодувати державі витрати на утримання господарських судів, а з іншого – перешкоджати виникненню необґрунтованих, безпредметних спорів, оскільки останні вносять дезорганізацію в господарські взаємовідносини.

Для досягнення цієї двоєдиної мети важливе значення має розмір та порядок стягнення держмита. Зараз українські підприємства, особливо невеликі, часто знаходяться в скрутному економічному становищі, коштів не вистачає навіть для своєчасної виплати заробітної платні та погашення податків, тому вирішення даного питання має надзвичайне значення.

На підставі зазначеного, метою даної статті є дослідження позитивних та негативних наслідків збільшення розміру державного мита та визначення найбільш обґрунтованої та доречної його суми.

Дійсно, за часи незалежності України розмір держмита декілька разів істотно змінювався. За Декретом Кабінету Міністрів України від 21 січня 1993 р. «Про державне мито» по майнових спорах він дорівнював 10 % від ціни позову. Звичайно, такий розмір держмита був надмірним, тому Законом «Про внесення змін і доповнень в деякі законодавчі акти України» від 11 липня 1995 р. держмитом по таких спорах в арбітражних судах було зменшено вдвічі. Однак кількість спорів в судах продовжувала скорочуватися.

Тому 18 листопада 1999 р. було прийнято Закон про зниження розміру держмита в арбітражних судах по майнових спорах до 1 %, але не менше ніж 3 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян і не більше ніж 100 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Тоді ще заступник голови Державної податкової адміністрації України О.Шитря з цієї нагоди сказав, що зниження ставки буде сприяти збільшенню кількості таких спорів, вирішенню їх в судовому порядку, але також підкреслив, що «таке зниження призведе до втрат бюджету на суму біля 51 млн. грн.» [1]. Останнє твердження, звичайно, не безперечне, тому що збільшення за рахунок такого перетворення кількості звернень до суду покривало значну частину «втрат бюджету».

Але у 2005 р., напевне, питання поповнення бюджету посіло перше місце – сума держмита була збільшена. Хоча відсотковий розмір мита залишився – 1%, але

змінами було встановлено: «не менш ніж 6 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян та не більш ніж 100 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян».

Що стосується нижньої планки, то тут, мабуть, доречно погодитися із законодавцем: 51 грн. – невелика сума на даний час, яку має можливість сплатити навіть будь-який громадянин-суб'єкт господарювання. При цьому інфляція знецінила цю суму, яка не спроможна виконувати первісне її завдання – покривати витрати суду на розгляд справи. Тому нижня планка, піднята до 102 грн., не дивує. Але верхній ценз – 25500 грн. – не тільки дивує, але й обурює. В «доларовому еквіваленті» це складає більш ніж 5 тисяч доларів США, і це достатньо велика сума навіть для крупного підприємства.

При цьому слід зауважити, що у разі, якщо підприємству контрагенти винні значні суми, то стягнути їх через суд він не має можливості, оскільки коштів для сплати держмита навіть в 1 % від ціни позову в нього може не бути. А без цього позовна заява до розгляду не приймається, що прямо вказано в Інструкції про порядок обчислення і стягнення державного мита, затвердженій наказом Головної державної податкової інспекції від 22 квітня 1993 р. № 15, де закріплено, що у справах, які розглядаються господарськими судами, державне мито стягується до подачі позовної заяви. Таким чином, виходить: активи у підприємства є, але вони знаходяться у його боржників, і стягнути їх воно не може у зв'язку з відсутністю коштів на сплату держмита.

Скрутне становище створює підприємців та юристів на пошук способів ухилення від передплати держмита при зверненні з майновим позовом до господарського суду. Так, ще декілька років тому господарюючі організації іноді спочатку пред'являли позов на мінімальну суму, а в ході процесу згідно зі ст. 22 Господарського процесуального кодексу України збільшували його розмір до дійсної суми. При цьому згідно з ч.2 ст. 46 ГПК України у разі збільшення розміру позовних вимог недоплачена сума державного мита доплачується або досягається згідно з новою ціною позову, причому зазначена доплата здійснюється одночасно зі збільшенням позову.

Безперечно, з точки зору права такі дії підприємця не є законними, хоча й відсуджують його законні гроші. Крім того, суддя має право також відкласти справу до сплати держмита. Однак приведена ситуація розкриває важливу проблему – прогалину в законодавстві, яку треба негайно вирішувати.

По-перше, важливим моментом є те, що господарський суд при будь-якому рішенні по справі стягує або досягає держмитом з позивача, а вже потім у разі задоволення його вимог мито повертається йому від відповідача (навіть чи це є правильним у тих випадках, коли позов задовольняється).

По-друге, доречно змінити порядок стягнення державного мита, зокрема, ввести інститути відстрочки та розстрочки його сплати. З цього приводу цікавим та корисним є досвід Російської Федерації, оскільки там підприсмець-кредитор при зверненні з позовом до арбітражного суду проблему держмита може перемогти значно простіше за умови існування відстрочки сплати держмита.

Звичайно, при здійсненні такої процедури також є можливість ухилення від сплати держмита. Так, згідно з Постановою Вищого арбітражного суду Російської Федерації від 20 березня 1997 р. № 6 позивач зобов'язаний разом з клопотанням про відстрочку сплати держмита подавати арбітражному суду довідку банку, який обслуговує позивача, про відсутність на розрахунковому рахунку позивача грошових коштів.

Але таку довідку можливо отримати навіть за умови відсутності коштів на рахунку протягом однієї доби. Тобто, позивач може на один день зняти всі кошти з рахунку, отримати довідку банку, а на другий день покласти на рахунок кошти. Тому, думається, необхідно погодитися з Ю.Дубком, що доцільно було б вимагати довідку банку, який обслуговує позивача, про відсутність на розрахунковому рахунку позивача грошових коштів, наприклад, за останні 3 місяці, а також довідку податкового органу з інформацією про банківські рахунки, які має позивач¹³.

У будь-якому випадку, згідно з законодавством і практикою Російської Федерації відсутність коштів у позивача для сплати держмита не є перешкодою для звернення до суду, і йому не потрібно перекручувати факти, пред'являючи позов спочатку в заниженому розмірі, а потім збільшуючи його протягом розгляду справи. Крім того, слід зауважити, що основна мета діяльності суду – не поповнення державного бюджету, а здійснення правосуддя. Тому побудова в Україні правової держави вимагає фінансових втрат для встановлення справедливості. Однак, у даному випадку при задоволенні позову такі втрати буде віднесено на рахунок відповідача, а при відмові у задоволенні – на позивача, тому інтереси держави не буде уражено ні в якому разі.

Думається, що діючий порядок сплати держмита в Російській Федерації більш вдалий, ніж в Україні. Однак необхідно зазначити, що Україна з цього приводу теж має позитивний досвід.

Крім того, наприкінці 2006 року Кабінет Міністрів вніс законопроект „Про судовий збір”, що скасовує державне мито та вводить судовий збір. Основною відмінністю цих двох понять буде те, що судовий збір пропонується прив'язати не до неоподаткованого мінімуму доходів громадян, а до розміру мінімальної заробітньої плати. При цьому господарському суду надається за проектом право надання відстрочення та розстрочення оплати судового збору [2].

Цікавим і правильним вважаємо також внесення до вказаного законопроекту положення про те, що документ, який підтверджує сплату судового збору, буде дійсним протягом року з дня сплати.

Тому, підсумовуючи все досліджене щодо вказаного питання, доречно внести необхідні доповнення та зміни в Розділ VI „Судові витрати” ГПК України, в Інструкцію про порядок обчислення і стягнення державного мита та скоригувати судову практику, зокрема, щодо наступного:

- 1) ввести в господарський процес інститути розстрочки та відстрочки сплати держмита (судового збору);
- 2) надати право суду здійснювати таку відстрочку та розстрочку виключно на підставі відповідних документів (наприклад, довідки банку);
- 3) закріплення, що у разі задоволення позову (при наданні відстрочки сплати держмита) господарському суду необхідно стягувати держмито в доход бюджету безпосередньо з відповідача.

Дані положення забезпечують більш надійний захист порушених прав та інтересів господарюючих суб'єктів, усуваючи перешкоди для звернення до господарського суду.

Література

1. Карпенко И. Суды подешевели // Бизнес. –1999. – №47. – С.77.

¹³ Див.: Дубок Ю. Процессуальное законодательство для предпринимателей или практические рекомендации по преодолению проблемы предоплаты госпошлины по имущественным искам в государственных арбитражных судах Украины и Российской Федерации. // Бизнес. – 1999. – № 1-2. –С. 32.

2. Гончар И. „Неопошленный” судебный сбор // Юридическая практика. – 2006. – № 45 (463), от 7 ноября 2006 г.

Т. В. Степанова

Одесский национальный университет им. И. И. Мечникова
Экономико-правовой факультет, кафедра административного и
хозяйственного права
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

ОБ УВЕЛИЧЕНИИ РАЗМЕРА ГОСУДАРСТВЕННОЙ ПОШЛИНЫ В ХОЗЯЙСТВЕННЫХ СУДАХ

Резюме

В статье проанализированы изменения последних лет относительно размера государственной пошлины при обращении в хозяйственный суд с иском заявлением. Внесены предложения по усовершенствованию законодательства по данному вопросу.

Ключевые слова: государственная пошлина, хозяйственное судопроизводство, просрочка уплаты, взыскание государственной пошлины.

T. V. Stepanova

Odessa National University
Frantsuzky Bulvar, 24/26, Odessa, 65058, Ukraine

ABOUT INCREASE OF AMOUNT OF STATE DUTY IN ECONOMIC LAW-COURTS

Summary

The article analyses the changes of last years concerning the amount of state duty while appealing to economic law-court with lawsuit statement. The suggestions on legislation improvement on a given question are brought.

Key words: state duty, economic legal proceeding, payment expiration of the time-limit, penalty of state duty.

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО

УДК 343.21

О. М. Миколенко, канд. юрид. наук, доцент

Одеський національний університет ім. І. І. Мечникова

Економіко-правовий факультет, кафедра кримінального права,
кримінального процесу та криміналістики

Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

МАТЕРІАЛЬНІ ТА ФОРМАЛЬНІ СКЛАДИ ЗЛОЧИНІВ

В статті здійснено аналіз поділу складів злочинів на різні класифікації, враховуючи соціальну цінність порушеного злочином права, причини виникнення шкоди та її розмір, суб'єктів діяння, суб'єктивну сторону та інші обставини.

Ключові слова: злочин, склад злочину, шкода, причини виникнення шкоди, суб'єктивна сторона злочину.

Політичні і соціально-економічні процеси, що протікають в умовах демократичних перетворень у нашій країні, свідчать про те, що Україна взяла курс на побудову демократичної правової держави. Однією з основних ознак такої держави є офіційне визнання природних, невідчужуваних і недоторканих прав і свобод громадян та їх державний захист. Тому ст. 3 Конституції України закріплює: "Людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Становлення та забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави". Отже, боротьба з будь-якими відхиленнями від норм права, що заподіюють шкоду інтересам особистості, ліквідація негативних процесів у суспільстві продовжує залишатися однією з основних задач держави.

Особливу актуальність у зв'язку з цим набуває питання вивчення і дослідження наслідків злочину. Таке вивчення має значення і тому, що саме наслідки злочину є критерієм поділу складів злочину на матеріальні та формальні. Але перш ніж розглянути види складів злочину, необхідно відповісти на питання: чи усі злочини завдають шкоду суспільним відносинам?

Останнім часом у науці кримінального права затвердилася точка зору, згідно якій не існує злочинів, які не завдають шкоди суспільним відносинам. Вперше ця точка зору була сформульована у працях А.Н.Трайніна та більш детально розроблена пізніше у монографіях Г.А.Крігера, М.С.Малеїна, А.І.Санталова, М.Я.Шимінової, а також у роботах сучасних українських науковців М.І.Бажанова, М.І.Коржанського, М.І.Мельника, В.О.Навроцького, В.В.Сташиса, В.Я.Тація, М.І.Хавронюка, В.Б.Харченко та інших.

Їх точка зору наступна: будь-яке правопорушення (злочин) шкідливе, тому що об'єктом посягання є суспільні відносини. Воно завдає шкоду, оскільки дезорганізує суспільні відносини, порушує їх нормальне здійснення, створює в них недоліки. У цьому розумінні шкода являє собою соціальну категорію [1].

Посягання на суспільні відносини, що урегульовані нормами права, тягне за собою спричинення шкоди нормам права та правопорядку в цілому і супроводжується, як правило, порушенням суб'єктивних прав. З цієї точки зору шкода характеризується як юридична (правова) категорія [2].

Посягання на суб'єктивні права тягне за собою зменшення фактичного об'єкту злочину – майнових та немайнових благ. І таку шкоду М.Я.Шимінова [3, с. 33] називає фактичною. При цьому фактичне зменшення будь-якого блага завжди означає водночас і порушення соціально-правових відносин.

На думку М.І.Коржанського [4, с. 101], в злочинних наслідках важливо відрізнити їх фізичну та суспільну сутність.

Фізична сутність злочинних наслідків полягає в конкретних змінах, які настають у зовнішньому світі, – вилучене у власника майно, заподіяні потерпілому тілесні ушкодження, смерть людини тощо.

Суспільна сутність злочинних наслідків полягає, на думку М.І.Коржанського, в заподіянні шкоди суспільним відносинам, в пошкодженні чи знищенні певних суспільних відносин – позбавлення власника можливості користуватися майном, погіршення здоров'я потерпілого від заподіяння йому тілесних ушкоджень тощо.

Кримінальне законодавство, беручи до уваги соціальну цінність порушеного злочином права, причини виникнення шкоди та її розмір, суб'єктів діяння, суб'єктивну сторону та інші обставини, пов'язує або не пов'язує існуючу шкоду з виникненням кримінальних правовідносин. Таким чином, в одних випадках шкода є юридичним фактом, що породжує кримінально-правові відносини та знаходить своє відображення у диспозиції відповідної статті, а в інших випадках – визнається факультативним необов'язковим елементом складу злочину. У зв'язку з цим, на нашу думку, поділ складів злочинів на матеріальні та формальні є обґрунтованим.

Але, поділ складів злочинів на матеріальні та формальні різними вченими обґрунтовується по-різному. Одні бачать специфіку формальних складів злочинів у відсутності наслідків (безнаслідковий злочин): таку думку висловлюють, наприклад, М.Д.Шаргородський, Я.М.Брайнін. Інші криміналісти вважають, що в формальних складах наслідки існують, але вони спеціально не доказуються судом при кваліфікації злочинів (наприклад, Т.В.Церетелі, В.І.Курляндський).

Опоненти поділу складів злочинів на формальні та матеріальні (наприклад, А.Н.Трайнін, Б.С.Нікіфоров) вважають шкідливими наслідки обов'язковим елементом складу, але визнають, що не у кожному злочині вони підлягають спеціальному доказуванню судом.

Деякі автори вказують на те, що у формальних складах злочинів “досить доказати, що скоєне суспільно небезпечне діяння, закріплене кримінальним законом, щоб визнати таке діяння закінченим злочином” [5]. У матеріальних складах злочинів, на їх думку (і ця точка зору здається нам найбільш обміркованою), необхідно ще доказати факт виникнення наслідків, які передбачені чинним законодавством. По суті, така точка зору означає, що необхідно доказувати наявність тих наслідків, які передбачені складом злочину. А це означає, що поділ складів злочину залежить від того, чи передбачені наслідки у складі злочину.

В.О.Навроцький цілком слушно вважає, що злочинів, які б не мали ніяких наслідків, не існує в природі, оскільки будь-яке діяння спричиняє зміни в навколишньому середовищі. При цьому, посилаючись на особливості редакції ст. 24 КК, він робить висновок про те, що в злочинах з формальним складом умисел містить у собі психічне ставлення не тільки до діяння, але і до його наслідків. Однак далі В.О.Навроцький стверджує, що саме тому наслідки такого суспільно небезпечного діяння як злочин є обов'язковою ознакою загального складу злочину [6, с. 263-265]. З цим висновком важко погодитися.

Прихильники другої точки зору [7, с. 87] вважають, що запропонована В.О.Навроцьким концепція має істотні недоліки: по-перше, вона ігнорує існуючу в законі конструктивну відмінність між матеріальним і формальним складами злочинів і, по-друге, ці наслідки мають неконкретизований характер. На їхню думку, більш правильно вважати, що воля особи в цих випадках спрямована на саме діяння, тобто вольовий момент при здійсненні злочину з формальним складом переноситься з наслідків на діяння.

Спробуємо конкретизувати свою позицію з цього питання. Не поділяючи в повному обсязі концепцію В.О.Навроцького про те, що суспільно небезпечні наслідки – це обов'язкова ознака загального складу злочину, слід погодитися з ним в окремих питаннях. Розвиваючи їх у більш широкому аспекті, вважаємо за необхідне констатувати наступне:

по-перше, будь-який злочин, як уже відзначалося раніше, заподіює соціальну, правову і реальну (фактичну) шкоду або створює загрозу заподіяння реальної (фактичної) шкоди. Іншими словами, таке суспільно небезпечне діяння як злочин завжди має негативні наслідки;

по-друге, якщо злочин завжди має негативні наслідки, то і встановлення наявності вини та її форми повинно враховувати не тільки психічне ставлення особи до вчиненого нею суспільно небезпечного діяння, але і до його наслідків;

по-третє, це ніяк не позначається на існуючій класифікації складів злочину на матеріальні і формальні, оскільки в розглянутому нами випадку наслідки злочину є невід'ємною властивістю суспільної небезпеки злочину, яка виражена в заподіянні соціальної, правової і реальної (фактичної) шкоди або загрози заподіяння такої шкоди. В основу ж класифікації складів злочину на матеріальні і формальні покладено інший критерій – суспільно небезпечні наслідки як ознака об'єктивної сторони складу злочину. Такий підхід не суперечить і законодавчому формулюванню: у ст. 23 КК (вина) використовується термін «наслідки», а в статтях 24 і 25 КК (умисел і його види, необережність і її види) – термін «суспільно небезпечні наслідки». У тих випадках, коли необхідно встановити форму вини, компетентний правоохоронний орган встановлює ставлення особи до вчиненого нею діяння та його наслідків (шкоди, заподіяної злочином). У тих же випадках, коли для кваліфікації діяння важливого значення набуває вид умислу (прямий або непрямий) чи вид необережності (самовпевненість або злочинна недбалість), конструкції складів відповідних злочинів містять у собі і таку обов'язкову ознаку, як суспільно небезпечні наслідки. Тому при визначенні, наприклад, видів необережності правоохоронному органу необхідно встановити психічне ставлення особи до вчиненого нею діяння і його суспільно небезпечних наслідків, які закріплені або походять зі змісту диспозиції статті Особливої частини КК України;

по-четверте, неконкретизованість даного роду наслідків не є, на нашу думку, перешкодою для встановлення психічного ставлення особи не тільки до вчиненого нею суспільно небезпечного діяння, але і його наслідків. Наприклад, ч. 1 ст. 134 КК закріплює формальний склад – незаконне проведення абортів особою, яка не має спеціальної медичної освіти. Для притягнення особи до кримінальної відповідальності по даній статті досить встановити наявність умислу в його суспільно небезпечному діянні. У даному випадку особа усвідомлювала суспільно небезпечний характер свого діяння і бажала його вчинити, а також передбачала соціально-правові наслідки свого суспільно небезпечного діяння і бажала їх настання або, хоча і не бажала, але свідомо допускала їх настання (наприклад, у вигляді руйнування соціальних зв'язків, порушень вимог законодавства тощо).

Для кожного складу злочину характерний певний та специфічний наслідок тільки для нього. Він не винесений законодавцем до Загальної частини. Тому законодавець кожен раз, коли вважає потрібним ввести наслідки до складу злочину, вказує на це у диспозиції норми, формулюючи певним складом поняття злочинного діяння. Оскільки диспозиція норми визначається складом злочину, то і присутність чи відсутність у диспозиції вказівок на наслідки злочину також визначаються складом злочину.

Враховуючи, що характер та розмір заподіяної злочином шкоди є обставинами, які треба встановити по кожній кримінальній справі, незалежно від того, заподіяна така шкода діянням з матеріальним чи формальним складами, правозастосовник повинен збирати докази для виявлення цих обставин. При розслідуванні діянь з формальним складом, що заподіяли матеріальну шкоду, правозастосовник повинен виявляти характер та розмір шкоди як для вирішення питання про притягнення особи до кримінальної відповідальності та її покарання (оскільки відповідальність у даному випадку настає за саме протиправне діяння), так і для відновлення майнового стану потерпілого. В деяких випадках законодавець встановлює кримінальну відповідальність за дії, що не викликають негативних наслідків злочину, але які створюють можливість їх виникнення. Такі діяння визнаються різновидом злочинів з формальним складом. Наприклад, згідно з ч. 1 ст. 133 КК кримінальна відповідальність настає за завідоме поставлення іншої особи в небезпеку зараження венеричною хворобою. Цей злочин визнається закінченим з моменту скоєння діяння, що створює загрозу виникнення передбачених кримінальним законом тяжких наслідків.

Поряд з формальним та матеріальним складом злочину деякі автори виділяють формально-матеріальний склад злочину. На їх думку, існування такого виду юридичних складів злочинів – це реальний факт, що впливає з чинного кримінального законодавства України.

Формально-матеріальний склад злочину, – як вони вважають, це юридичний склад, який передбачає наслідки як альтернативу іншим елементам чи ознакам, у результаті чого в одній своїй частині даний склад злочину є матеріальним, а в іншій – формальним. До таких складів злочинів автори відносять склади злочинів, що передбачені ч. 4 ст. 152, ст. 112, ст. 348, ст. 350 КК України. У деяких випадках законодавець, враховуючи підвищену небезпеку тих чи інших діянь, їх специфіку і керуючись задачами їх припинення на ранніх стадіях, момент закінчення злочину переносить на більш ранні етапи злочинної діяльності, що в інших випадках розглядається як незакінчений злочин (замах на злочин або навіть підготовка до злочину). Такий опис складів у теорії кримінального права визначається як злочин з усіченим складом, що вважається різновидом злочину з формальним складом [8, с. 78-79]. Наприклад, розбій (ст. 187 КК) вважається закінченим з моменту нападу, а не з моменту заволодіння викраденим майном, бандитизм (ст. 257 КК України) вважається закінченим з моменту створення банди.

Поділ складів злочинів на матеріальні та формальні має не тільки теоретичне, а й практичне значення. Для матеріальних складів злочинні наслідки є обов'язковою ознакою. Без настання вказаних в законі певних наслідків немає закінченого складу цього злочину або немає зовсім складу злочину. Наприклад, вбивство може бути закінченим складом злочину лише при настанні смерті потерпілого. Але при порушенні правил дорожнього руху без настання зазначених в законі (ст. 286 КК) наслідків складу злочину в діях водія немає. Формальний склад злочину визнається закінченим з моменту вчинення діяння,

але заподіяння таким злочином тяжких наслідків (п. 5 ст. 67 КК) враховується судом при призначенні покарання як обставина, що обтяжує покарання.

Вищезазначене виявляє актуальність глибинних розробок у порушеній сфері та викриває основні напрямки подальших досліджень.

Література

1. Уголовное право Украины. Общая часть: Учебник / Под ред. М. И. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тация. – Х.: «Право», 1999. – 400 с.
2. Малейн Н. С. Правонарушение: понятие, причины, ответственность. – М.: Юрид. лит., 1985. – 192 с.
3. Шиминова М. Я. Компенсация вреда гражданам – М.: Изд-во «Наука», 1979. – 233 с.
4. Коржанський М. І. Кримінальне право України. – К., 1996. – 357 с.
5. Санталов А. И. Об уголовной ответственности и её процессуальном выражении // Вестн. Ленингр. ун-та. – 1972. – Вып. 4. – № 23. – С. 20-23.
6. Навроцький В. О. Теоретичні проблеми кримінально-правової кваліфікації. – К.: Атіка, 1999. – 418 с.
7. Научно-практический комментарий Уголовного кодекса Украины от 5 апреля 2001 г. / Под ред. Н. И. Мельника, Н. И. Хавронюка. – К.: Каннон; А.С.К., 2002. – 1261 с.
8. Харченко В. Б. Уголовное право Украины. – Харьков, 1998. – 276 с.

А. Н. Миколенко

Одесский национальный университет им. И. И. Мечникова
Экономико-правовой факультет, кафедра уголовного права, уголовного процесса и криминалистики
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

МАТЕРИАЛЬНЫЕ И ФОРМАЛЬНЫЕ СОСТАВЫ ПРЕСТУПЛЕНИЙ

Резюме

В статье осуществлен анализ деления составов преступлений на различные классификации, учитывая социальную ценность нарушенного преступлением права, причины возникновения ущерба и ее размер, субъектов деяния, субъективную сторону и другие обстоятельства.

Ключевые слова: преступление, состав преступления, вред, причины возникновения вреда, субъективная сторона преступления.

О. М. Mikolenko

Odessa National University
Frantsuzsky Bulvar, 24/26, Odessa, 65058, Ukraine

MATERIAL AND FORMAL COMPOSITIONS OF CRIMES

Summary

The article investigates the division of crimes compositions into different classifications, taking into account social value of the right broken by crime, harm beginnings causes and its amount dimension, subjects act, subjective side and other circumstances.

Key words: crime, crime composition, harm beginnings causes, subjective crime side.

УДК 343.222.7

О. А. Чуваков, канд. юрид. наук, доцент
Одеський національний університет ім. І. І. Мечникова
Економіко-правовий факультет, кафедра кримінального права,
кримінального процесу та криміналістики
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

ПОНЯТТЯ ТА ОЗНАКИ БАНДИТИЗМУ В КРИМІНАЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ 1917-1922 р.

Значена стаття аналізує зміни кримінального законодавства України щодо бандитизму, склад якого визнається одним із самих небезпечних злочинів проти основ суспільної безпеки в державі.

Ключові слова: Кримінальний кодекс України, бандитизм, суспільна безпека, принципи кримінальної відповідальності.

З прийняттям нового Кримінального кодексу України змінилась структура всього кримінального законодавства і, відповідно, з'явилися нові розділи КК.

Ці зміни торкнулися і групи злочинів, які зазіхають на суспільну безпеку, до складу яких, у відмінності від колишнього Кримінального кодексу України, входить і бандитизм. У цілому, відповідно до радянського кримінального законодавства, бандитизм визнавався одним із самих небезпечних злочинів проти основ суспільної безпеки в державі, у зв'язку з чим розташовувався в розділі «Інші державні злочини». Ці зміни вимагають більш детального вивчення історичного процесу становлення кримінальної відповідальності за бандитизм. Тому доцільним уявляється розгляд даного процесу в перші роки становлення радянської влади в Україні і Росії. Саме дослідження вказаного аспекту проблеми є темою даної роботи. Аналізом даного питання раніше, на жаль, практично не займалися.

Радянська влада, як відомо, була проголошена в Україні в грудні 1917 р. З огляду на складність даного періоду становлення державності в Україні, ця влада в той період не поширювалася на всю територію і, крім того, радянська влада часто використовувала законодавство Росії.

Так, уперше термін «бандитизм» був застосований при встановленні Декретом РНК РРФСР від 20 липня 1918 р. «Про суд» підсудності Місцевих Народних судів і Окружних Народних судів¹⁴.

Далі про бандитизм вказувалося в Постанові ВЦВК РРФСР «Про Всеросійську Надзвичайну Комісію» від 17 лютого 1919 р., у якій за надзвичайною комісією зберігалось право безпосередньої розправи для припинення злочинів при наявності збройних виступів (контрреволюційних, бандитських тощо)¹⁵. У п. 7 розділу 2 Декрету ВЦВК РРФСР від 20 липня 1919 р. «Про вилучення з загальної підсудності в місцевостях, оголошених на воєнному стані», бандитизм визначався як «участь у зграї, що склалася для вбивств, розбою і грабежів, пособництва і приховування такої зграї»¹⁶.

Законодавець виділяв політичний і кримінальний бандитизм. Нерідко політичний бандитизм міг розглядатися поряд з контрреволюційними злочинами, оскільки у цілому зазіхав на основи і порядок нової радянської держави.

¹⁴ СУ РСФСР. – 1918. – № 52. – С. 15.

¹⁵ СУ РСФСР. – 1918. – № 12. – С. 39.

¹⁶ СУ РСФСР. – 1918. – № 27. – С. 17.

Як політичний бандитизм розглядалася діяльність загонів С.Балабачана на Харківщині. На Чернігівщині орудували загони отамана В.Ангела. Одним з найбільш великих організаторів подібних виступів в Україні був А.Струк. Загони Струка тісно підтримували зв'язок з армією Денікіна¹⁷.

Значний загін мав А.Богатиренко – «2-й гайдамацький запорізький курінь смерті». Загін складався з 600 вершників при 2-х знаряддях з 10 кулеметами. Загін В.Лисиці нараховував 150 чоловік, він «прославився» тим, що одягнені в червоноармійську форму, вони зображували продзагін, інсценуючи збір продрозгорстки, грабували селян¹⁸.

У липні 1919 р. в зв'язку з особливою небезпекою політичного бандитизму в умовах наступу загонів Денікіна Рада робочо-селянської оборони України ухвалила постанову, якою ставила за обов'язок губернським комітетам оборони вжити рішучих заходів по придушенню кулацьких закатів і наведення порядку в тилу Червоної Армії [1, с. 57].

Керуючись постановою Уряду УРСР, ВУНК 21 серпня 1919 р. опублікувала за резолюцією М.Я.Латиса звернення до населення, у якому вказувалося, що за збереження вогнепальної зброї без дозволу особи, винні в цьому, будуть піддаватися вищій мірі покарання – розстрілу. Так само каралися і ті, хто ховав в себе бандитів і надавав їм допомогу [2, с. 2].

У зв'язку з обставинами, що склалися в Україні, Раднарком УРСР 1 лютого 1921 р. видає постанову «Про боротьбу з бандитизмом»¹⁹.

20 квітня 1920 р. командуючим Південно-Західним фронтом А.Єгоровим була затверджена «Коротка інструкція з боротьби з бандитизмом і кулацькими повстаннями». Інструкція вимагала нещадної боротьби з бандитизмом. Для цієї мети усі військові сили, розташовані в районах розвиненого бандитизму, підкорялися начальникам тилів. У тилах фронтів і армій населення підлягало поголовному роззброюванню. Начальник тилу і підлеглі йому органи мали право використовувати для боротьби з бандитизмом органи ВУНК та її Особливого відділу²⁰.

Крім політичного бандитизму законодавець виділяв, як вказувалося, і інший різновид цього злочину – кримінальний бандитизм. Складною і важкою була боротьба зі злочинами в Україні. Сюди в період громадянської війни стікалася основна маса представників кримінального світу, ряди яких поповнювалися учасниками розгромлених політичних угруповань та іншими злочинними елементами. В окремих випадках подібні бандитські об'єднання мали у своїх рядах по декілька сот і більше людей. Лідер одеських грабіжників Михайло Вінницький, відомий як «Мішка-Япончик», очолював групу, що поєднувала кілька тисяч чоловік [3, с. 71].

У Києві були ліквідовані великі банди Е.Сочугова, А.Маслякова, І.Давидова, С.Назаренко та А.Лопас-Крилова. В Одесі в 1920 р. були затримані члени банди А.Старожинського, арештовані великі грабіжники Д.Погарський, В.Утішний та ін.

7 лютого 1922 р. Президія ВУЦВК прийняла постанову «Про надання надзвичайних прав сесії по боротьбі з бандитизмом». Відповідно до цієї постанови справи про вбивство з корисною метою, розбої і грабежі були вилучені з ведення нарсудів і передані на розгляд губернських і окружних ревтрибуналів²¹.

¹⁷ ЦГАОР УССР. – Ф. 3204. – Оп. 1. – Д. 17. – Л. 1. – С. 33.

¹⁸ ЦГАОР УССР. – Ф. 3204. – Оп. 1. – Д. 17. – Л. 2. – С. 53.

¹⁹ ЗЗ Уряду України. – 1921. – №2. – С. 11.

²⁰ ЦГАОР УССР. – Ф. 3204. – Оп. 1. – Д. 3. – Л. 24 – 25. – С. 25.

²¹ СУ УССР. – 1922. – № 2. – С. 35.

У такий спосіб відбувалося становлення основних принципів кримінальної відповідальності за бандитизм у Радянській Україні. Розглянуті моменти зіграли важливу роль у формуванні і подальшому розвитку інституту – «злочину проти суспільної безпеки» в Україні.

Певною мірою вищевказана історія призвела до наступного формулювання бандитизму за Кримінальним кодексом України 2001 р.:

„Стаття 257. Бандитизм

Організація озброєної банди з метою нападу на підприємства, установи, організації чи на окремих осіб, а також участь у такій банді або у вчинюваному нею нападі”.

Література

1. Українська РСР в період громадянської війни: У 2-х т. – Т. 2. – К., 1968.
2. Лацис М. Я. Обращение к населению // Известия ВУЦИК и Киевского Совета. – 1919. – № 22.
3. Жмойлович А. Мирный порядок.– Госиздат Украины, 1925.

О. А. Чуваков

Одесский национальный университет им. И. И. Мечникова
Экономико-правовой факультет, кафедра уголовного права, уголовного процесса и криминалистики
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

ПОНЯТИЕ И ПРИЗНАКИ БАНДИТИЗМА В УГОЛОВНОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ УКРАИНЫ 1917-1922 г.

Резюме

Указанная статья анализирует изменения уголовного законодательства Украины о бандитизме, состав которого признается одним из самых опасных преступлений против основ общественной безопасности в государстве.

Ключевые слова: Уголовный кодекс Украины, бандитизм, общественная опасность, принципы уголовной ответственности.

О. А. Chuvakov

Odessa National University
Frantsuzsky Bulvar, 24/26, Odessa, 65058, Ukraine

NOTIONS AND GANGSTERISM SIGNS IN CRIMINAL UKRAINE LEGISLATION OF 1917-1922 Y.

Summary

The given article analyses the changes of criminal statute of Ukraine about gangsterism the composition of which is acknowledged as one of the most dangerous crimes against the bases of public safety in the state.

Key words: Criminal code of Ukraine, gangsterism, public danger, principles of criminal responsibility.

ІНФОРМАЦІЯ ДЛЯ АВТОРІВ

I. ПРОФІЛЬ ЖУРНАЛУ

1.1. „Вісник Одеського національного університету. Серія: право” здійснює такі види публікацій:

- 1.1.1 наукові статті;
- 1.1.2. короткі повідомлення;
- 1.1.3. матеріали конференцій;
- 1.1.4. бібліографія;
- 1.1.5. рецензії;
- 1.1.6. матеріали з історії науки.

1.2. У певному конкретному випуску один автор має право надрукувати тільки одну самостійну статтю.

1.3. Мови видання – українська, російська, англійська.

1.4. До редакції „Вісника...” подається:

- 1.4.1. текст статті з анотацією – 2 примірники;
- 1.4.2. рисунки та підписи до них;
- 1.4.3. резюме – 2 примірники;
- 1.4.4. колонтитул;

1.4.5. рекомендація кафедри або наукової установи до друку – для незахищених осіб;

1.4.6. відомості про авторів;

1.4.7. відредагований і узгоджений з редколегією текст статті, записаний на диску або дискеті у редакторі Word (кегель 14; відстані між рядками 1,5 інтервали; поля сторінок – не менш 20 мм з кожного боку).

2. ПІДГОТОВКА СТАТТІ – ОBOB'ЯЗKOBІ СКЛАДОВІ

Оригінальна стаття має включати:

- 2.1. вступ та визначення актуальності обраної теми;
- 2.2. мета (завдання) даної роботи;
- 2.3. перелік авторів, що досліджували зазначену проблему раніше;
- 2.4. викладення основного матеріалу та результати дослідження;
- 2.5. висновки (у разі необхідності) та визначення перспектив подальшого дослідження обраної теми;
- 2.6. анотація (мовою статті) та резюме (двома іншими мовами);
- 2.7. ключові слова (до п'яти);
- 2.8. колонтитул.

3. ОФОРМЛЕННЯ РУКОПISУ. ОБСЯГ.

ПОСЛІДОВНІСТЬ РОЗТАШУВАННЯ ОBOB'ЯЗKOBИХ СКЛАДОВИХ СТАТТІ

3.1. Граничний обсяг статті — 8 сторінок, 2 рисунка, 2 таблиці, 20 джерел у списку літератури.

3.2. Послідовність друкування окремих складових наукової статті має бути такою:

1. УДК — зліва;
2. Ініціали та прізвище авторів (згідно з паспортом) — нижче УДК зліва;

3. Назва наукової установи (в тому числі відділу, кафедри, де виконано дослідження);
 4. Повна поштова адреса (за міжнародним стандартом), E-mail, телефон для співпраці з авторами *на окремому аркуші*;
 5. Назва статті. Вона повинна точно відбивати зміст дослідження, бути короткою, містити ключові слова;
 6. Анотація мовою оригіналу друкується перед початком статті після інтервалу 20 мм від лівого поля;
 7. Під анотацією друкуються ключові (основні) слова (не більше п'яти, мовою оригіналу статті);
 8. Далі йде текст статті і список літератури;
 9. Резюме друкується на окремому аркуші паперу та включає: назву статті, прізвища та ініціали авторів, назву наукової установи, слово «Резюме» або «Summary», текст резюме та ключові слова;
 10. Рисунки додаються (в окремому конверті) разом з підписами та необхідними поясненнями до них.
- 3.3. Екземпляри статті повинні бути підписані автором (або авторами).

4. МОВНЕ ОФОРМЛЕННЯ ТЕКСТУ: ТЕРМІНОЛОГІЯ, УМОВНІ СКОРОЧЕННЯ, ПОСИЛАННЯ, ТАБЛИЦІ, СХЕМИ, РИСУНКИ

- 4.1. Автори несуть повну відповідальність за бездоганне мовне оформлення тексту, особливо за правильну українську наукову термінологію (її слід звіряти за фаховими термінологічними словниками).
- 4.2. Якщо часто повторювані у тексті словосполучення автор вважає за потрібне скоротити, такі аббревіатури при першому вживанні обумовлюють у дужках.
- 4.3. Посилання на літературу подаються у тексті статті, обов'язково у квадратних дужках, арабськими цифрами. Цифра в дужках позначає номер праці у «Списку літератури» (див. далі «Література»).
- 4.4. Цифровий матеріал, по можливості, слід зводити у таблиці і не дублювати у тексті. Таблиці повинні бути компактними, мати порядковий номер; графі, колонки мають бути точно визначеними логічно і графічно.
- 4.5. Рисунки повинні бути представлені в двох ідентичних екземплярах, виконаних на комп'ютері (на дискеті — файли з розширенням tif, psx, jpg, bmp). Підписи на них повинні бути короткими, їх слід по можливості замінити цифрами чи буквами, котрі розшифровуються в підписах до них; криві нумеруються арабськими цифрами. Однотипні криві повинні бути виконані в однаковому масштабі на одному рисунку. Рекомендується застосовувати декілька масштабних шкал для об'єднання різних кривих в один рисунок. Зображення на рисунках структурних та других формул небажано. Всі ілюстрації повинні бути пронумеровані в послідовності, яка відповідає згадуванню їх у рукописі, та номерами прив'язані до підрисуночних підписів. На звороті рисунка позначається його порядковий номер, прізвище автора, назва статті.
- 4.6. При викладі результатів слід уникати повторення змісту таблиць та рисунків, а звертати увагу на найважливіші факти та певні закономірності, що з них випливають. Висновки роботи повинні відповідати меті (завданню), що було поставлено на початку роботи.

5. ЛІТЕРАТУРА

Список літератури друкується мовою оригіналу відповідної праці. Він оформлюється згідно з ДОСТом і повинен містити тільки назви праць, на які посилається автор. Назви праць у списку літератури розташовуються в порядку згадування. Назви праць у списку літератури оформлюються за правилами ВАКУ.

ПРИКЛАДИ БІБЛІОГРАФІЧНИХ ОПИСАНЬ КНИГИ, МОНОГРАФІЇ

1. *Варшавский К.М.* Обязательства, возникающие вследствие причинения другому вреда. – М.: Юриздат, 1929. – 228 с.
2. *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право: Общие положения. – М.: Статут, 1998. – 682 с.
3. *Гамбаров Ю.С.* Гражданское право. Общая часть / Под ред. и с предисл. В.А. Томсинова. – М.: Зерцало, 2003. – 816 с.
4. *Benabet A.* Droit civil. Les obligations. – 8 éd. – Paris, 2001. – P. 263.

СТАТТІ ІЗ ЖУРНАЛІВ (З НАЗВОЮ СТАТТІ)

1. *Сейфуллина И. И., Скороход Л. С. Андреянов А. Д.* Исследование правотворческих процессов в Украине // Право України. – 2005. – № 11. – С. 25-32.
3. *Malinka E. A., Kamalov G. L., Vodzinskii S. V., Melnik V. I., Zhilina Z. I.* Hydrogen production from water by visible light using zinc porphyrin-sensitized platinumized titanium dioxide // J. Photochem. Photobiol. – A: Chemistry, 1995. – Vol. 90. – № 4. – P. 153-158.

ЗБІРКИ

1. *Чеботарев А.Н., Гузенко Е. М., Щербакова Т. М.* Особенности динамики развития хозяйственного права // Сб научн. тр. Международной. научно-практической конференции «Современные проблемы хозяйственного права». – Одесса, 2004. – Т. 1. – С. 193-195.
2. *Хома Р. Є., Гавриленко М. І., Нікітін В. І.* Вивчення взаємодії понять „норма права” і „норма цивільного права” // Тези доповідей XV Укр. конф. з цивільного права за міжнародною участю. – Київ, 2006. – С. 91.
3. *Rakitskaya T. L., Bandurko A. Yu., Ennan A. A., Paima V. Ya.* Carbon fibrous material supported base catalysts of ozone decomposition // International symposium on Mesoporous Molecular Sieves: Book of abstracts. – Quebec (Canada), 2004. – P. 31.

АВТОРЕФЕРАТИ ДИСЕРТАЦІЙ

1. *Скороход Л. С.* Комплексообразование права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. – Одесса, 1998. – 21 с.

6. АНОТАЦІЯ. РЕЗЮМЕ. КОЛОНТИТУЛ

Анотація (коротка стисла характеристика змісту праці) подається українською мовою, містить не більше 50 повнозначних слів і передує (окремим абзацем) основному тексту статті.

Резюме (короткий висновок з основними положеннями праці) подаються двома мовами (виключаючи мову статті), кожне містить не більше 50 повнозначних слів і друкується на окремому аркуші.

Колонтитул (короткий або скорочений чи видозмінений заголовок статті для друкування зверху на кожній сторінці тексту праці) подається мовою статті разом з прізвищем та ініціалами автора на окремому аркуші.

Статті приймаються до друку після попереднього рецензування. Редколегія має право редагувати текст статей, рисунків та підписів до них, погоджуючи відредагований варіант з автором, а також не приймати рукописи, якщо вони не відповідають вимогам «Вісника ОНУ. Серія: правознавство».

Рукописи статей, що прийняті до публікування, авторам не повертаються.

Технічні редактори Т.В. Степанова, Д.О. Рейфман

Здано у виробництво 18.12.2007. Підписано до друку 21.12.2007.
Формат 70x108/16. Папір офсетний. Гарнітура Times. Друк офсетний.
Ум. друк. арк. 13,2. Тираж 300 прим. Зам. № 796.

Видавничий центр «Студія «Негоціант»
м. Одеса, вул. Дерибасівська, 1.
Для листів: Україна, 65014, м. Одеса, а/с 90.
Тел./факс (0482) 210422, 210677.

Надруковано у типографії
ТОВ «Студія «Негоціант»
(свідоцтво ДК №755 від 28.12.2001 р.)