

Електронне видання

2014 - №4

**ПРАВО І
ГРОМАДЯНСЬКЕ
СУСПІЛЬСТВО**

науковий журнал

Рекомендовано Вченою радою Київського національного університету імені Тараса Шевченка до поширення через мережу Інтернет

Рік заснування: 2012

Засновник: Київський національний університет імені Тараса Шевченка

Видавець: юридичний факультет Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Тематика згідно з галуззю науки «12.00.00 – Юридичні науки» відповідно до чинного переліку галузей наук

ISSN: 2227-6238

УДК: 34+35

Періодичність: 4 рази на рік

Наказом Міністерства освіти і науки України від 10.10.2013 №1411 електронне періодичне видання "Право і громадянське суспільство" включено до Переліку наукових фахових видань України

Висвітлюються сучасні тенденції та актуальні питання розвитку науки конституційного, цивільного, господарського, земельного, кримінального, адміністративного, фінансового права, а також теорії держави і права. Здійснюється аналіз чинного законодавства.

Рекомендовано Вченою радою юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка до поширення через мережу Інтернет (Протокол №5 від 24.03.2014 р.)

Редакційна колегія

Головний редактор

Заступник головного редактора

Заступник головного редактора

Відповідальний секретар

ГРИЦЕНКО Іван Сергійович д-р юрид. наук

БЕРЗІН Павло Сергійович д-р юрид. наук, проф.

МІРОШНИЧЕНКО Анатолій Миколайович д-р юрид. наук, проф.

МОСКАЛЮК Олександр Володимирович канд. юрид. наук, доц.

АНДРУШКО Петро Петрович канд. юрид. наук, проф.

ЗАЙЧУК Олег Володимирович д-р юрид. наук, проф.

ІНШИН Микола Іванович д-р юрид. наук, проф.

КОПИЛЕНКО Олександр Любимович д-р юрид. наук, проф.

КОТЮК Іван Ілліч д-р юрид. наук, проф.

КРАСНОВА Марія Василівна д-р юрид. наук, проф.

МАЙДАНИК Роман Андрійович д-р юрид. наук, проф.

МАЛИШЕВ Борис Володимирович д-р. юрид. наук, доц.

ПОГОРЕЦЬКИЙ Микола Анатолійович д-р юрид. наук, проф.

ПОГРЕБНЯК Станіслав Петрович д-р юрид. наук, доц.

ПРИШВА Надія Юріївна д-р юрид. наук, проф.

ФУРСА Світлана Ярославівна д-р юрид. наук, проф.

ЩЕРБИНА Валентин Степанович д-р юрид. наук, проф.

СУМСКОЙ Дмитро Олександрович (РФ) д-р юрид. наук, проф.

ВИННИЧЕНКО Олег Юрійович (РФ) д-р юрид. наук, проф.

КЕЛЛІ Крістофер (США) д-р юрид. наук, проф.

ПОЛЛІНЗ Марк (США)

Комп'ютерна верстка

ЗАЛІЗНЯК Павло Мар'янович

Мінімальні системні вимоги: операційна система MS Windows 98/2000/XP/2003, браузер MS Internet Explorer версії 5 та вище, Adobe Acrobat (Adobe Reader).

Адреса редколегії журналу

01601, Київ, вул. Володимирська, 64, Київський національний університет імені Тараса Шевченка, юридичний факультет, редакція наукового журналу «ПРАВО І ГРОМАДЯНСЬКЕ СУСПІЛЬСТВО», тел. (044) 235-4327

E-mail: lawandcivilsociety@gmail.com, <http://lcslaw.knu.ua/>

Редакція залишає за собою право редагувати матеріали. Опубліковані статті відображають думку авторів і можуть не збігатися з позицією редакції. При використанні матеріалів посилання на видання є обов'язковим.

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО

ПОНЯТТЯ ІНТЕРЕСУ В СІМ'Ї ТА У СІМЕЙНИХ ВІДНОСИНАХ: ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ - Дякович М.М. - 4

РЕКЛАМА ЯК ОБ'ЄКТ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН - Воеводін Б.В. - 10

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО

ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА НЕВИКОНАННЯ СЛУЖБОВОЮ ОСОБОЮ ЗАКОННИХ ВИМОГ НАРОДНОГО ДЕПУТАТА УКРАЇНИ ТА СТВОРЕННЯ ШТУЧНИХ ПЕРЕШКОД У ЙОГО РОБОТІ (Ч. 1 СТ. 351 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ) - Берзін П.С., Куцевич М.П. - 20

ПРАВОВА ПРИРОДА ЗАХОДІВ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО ХАРАКТЕРУ, ЩО ЗАСТОСОВУЮТЬСЯ ДО ЮРИДИЧНИХ ОСІБ - Задоя К.П. - 42

ФІНАНСОВЕ ПРАВО

ІНСТИТУТ ВИНИ У ПОДАТКОВОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ - Гедзюк О.В. - 54

АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО

ІНСТИТУТ ОСКАРЖЕННЯ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ ПРАВІ У КОНТЕКСТІ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА - Лученко Д.В. - 69

ЕКОЛОГІЧНЕ І ЗЕМЕЛЬНЕ ПРАВО

КРИТЕРІЇ ПРАВА НА ЕКОЛОГІЧНУ БЕЗПЕКУ - Третьак Т.О. - 102

INDUSTRIAL PARKS AND ZONES IN THE CZECH REPUBLIC AND THE SLOVAK REPUBLIC – THE COMPARATIVE LEGAL ANALYSIS - Mgr. Ján Šurkala - 116

SOME ASPECTS OF THE LEGAL REGULATION OF THE USE OF ALTERNATIVE ENERGY IN THE REPUBLIC OF KAZAKHSTAN AND FOREIGN COUNTRIES - Telewev Galym Baygazievich - 134

СІМЕЙНІ ПРАВА ЯК ОБ'ЄКТ ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ І ЗАХИСТУ НОТАРІУСОМ

Дякович Мирослава Михайлівна

кандидат юридичних наук

доцент кафедри цивільного права і процесу

Львівського національного університету імені Івана Франка



Аналізуючи чинне цивільне та сімейне законодавство, слід відзначити, що законодавець пов'язує категорії охорони і захисту не тільки з порушенням права, а й з його невизнанням або оспорюванням. Таким чином законодавець розширив межі захисту і включив у категорію захисту, крім порушення права, посягання на порушення суб'єктивного права, а саме у формі невизнання або оспорювання суб'єктивного права. Як зазначає О. Є. Богданова, посягання на суб'єктивне право може бути здійснене у наступних формах: невизнання права; оспорювання права; порушення права¹. Далі автор зазначає, що посягання на суб'єктивне право не потрібно ототожнювати з правопорушенням, воно більш об'ємне. Правопорушення є тільки підставою цивільно-правової відповідальності, а посягання – підставою захисту².

Для того, щоб встановити факт порушення зобов'язаною особою права, необхідною є наявність сукупності таких юридичних фактів: дії або бездіяльності, результату невизнання, оспорювання або порушення суб'єктивного права, а також причинно-наслідкового зв'язку між дією (бездіяльністю) і результатом, який настав.

Що стосується невизнання, то однією із форм посягання на суб'єктивне право є ігнорування зобов'язаним суб'єктом права уповноваженої особи. Ця форма посягання на суб'єктивне право не супроводжується порушенням суб'єктивного права, відтак вимагає застосування адекватних способів захисту.

Умовами звернення за захистом суб'єктивного права у випадку його невизнання О. Є. Богданова називає:

- 1) наявність в учасника суб'єктивного цивільного права;

¹ Богданова Е. Е. Защита прав и интересов в договорных отношениях / Е. Е. Богданова. – М.: ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2008. – С. 55.

² Там само. – С. 55.

2) невизначеність належності цього права вказаній особі, яка дає підстави іншим учасникам цивільного обороту мати сумнів щодо наявності спірного права¹.

Якщо ЦК України прямо вказує на таку форму посягання на суб'єктивне право як невизнання цивільного права, то в СК України вона не виокремлюється. Це ще раз підтверджує, що до сімейних правовідносин слід застосовувати положення ст. 8 СК України і норми ЦК України, якщо це не суперечить суті сімейних відносин.

Аналіз ст. 18 СК України дає всі підстави вважати, що невизнання права забезпечується одним із способів захисту сімейних прав – визнання цього права. Договірний порядок врегулювання сімейних відносин, якому у СК України відводиться одне із визначальних місць, дозволяє захистити своє невизнане право, наприклад право на батьківство шляхом подання спільної заяви матері та батька дитини (ч. 2 ст. 125 СК України), розірвання будь-якого договору, укладеного подружжям між собою (наприклад, шлюбного договору).

Таким чином, членам сім'ї не потрібно звертатися за захистом свого права, яке не визнається одним із них або третіми (зацікавленими) особами, до суду, оскільки сьогодні перевага надається позасудовим формам захисту сімейних прав та інтересів.

На важливості розмежування розгляду справ судами і нотаріатом та передачу деяких судових справ до компетенції нотаріату, зростання ролі нотаріату у позасудових процедурах вирішення певних категорій справ наголошував Голова Верховного Суду України Ярослав Романюк: «... Європейський суд з прав людини висловлювався, що суди повинні розглядати справи щодо спору про право, де необхідно встановлення фактичних обставин справ, їх професійна оцінка. Не суперечать Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод досудові, позасудові процедури вирішення несудовими органами деяких категорій справ... Вважаю, що у нас необхідно втілити даний підхід. Стягнення нарахованої, але не виплаченої заробітної плати, комунальних платежів, заборгованості по укладених письмово орендних, кредитних, депозитних договорах, по податках, інших обов'язкових платежах... У подібних справах суд перевіряє правильність розрахунку заборгованості, зробленого кредитором і рішенням примушує боржника до виконання. Про що тут спір? Запускається громіздка судова процедура, хоча цю функцію ефективно, швидко

¹ Богданова Е. Е. Защита прав и интересов в договорных отношениях / Е. Е. Богданова. – М.: ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2008. – С. 56.

і менш затратно для бюджету може виконати, наприклад, нотаріус вчиненням виконавчого напису»¹.

У межах цього дослідження ставиться завдання з'ясувати правову природу суб'єктивного права як об'єкту охорони і захисту сімейних прав нотаріусом. Як влучно зазначала І. В. Жилінкова, як би не склалися відносини у реальному житті, учасники сімейних відносин на все життя зберігають за собою по відношенню один до одного статус батька, матері, брата, сестри, доньки, сина, онуки, племінниці тощо². Особливістю сімейних відносин є також і те, що відповідно до закону ці права не можуть бути передані іншій особі, тобто у цій конструкції неможливо застосовувати уступку права, як це має місце у цивільних правовідносинах.

У радянській цивілістиці визначення поняття суб'єктивного цивільного права запропонував С. М. Братусь, який вказав на те, що суб'єктивним цивільним правом є визначена і забезпечена законом міра можливої поведінки особи³.

На думку К. А. Флейшиц, суб'єктивне право закріплює за носієм права можливість певної поведінки, міру цієї поведінки⁴. Суб'єктивне право – це право на щось конкретне, тобто право на відшкодування збитків у певній сумі, а не право на відшкодування збитків взагалі; такої шкоди, як і обов'язку її відшкодування, немає, доки не вчинено правопорушення⁵.

Таким чином, на думку В. П. Грибанова, «право на захист є суб'єктивним цивільним правом, яке становить собою юридично закріплену можливість уповноваженої особи використовувати спеціальні заходи правоохоронного характеру»⁶.

У наукових працях досить часто зустрічається таке поняття, як правомочність. За визначенням, яке міститься в юридичній енциклопедії, правомочність трактується як міра можливої поведінки особи, яка складає

¹ Романюк Я. М. Перехід за правилами / Я. М. Романюк // Юридична практика. – № 30–31. – С. 7.

² Жилінкова І. В. Сімейний кодекс України: науково-практичний коментар / За ред. І. В. Жилінкової. – Харків: Ксилон, 2008. – С. 60.

³ Братусь С. Н. О соотношении гражданской правоспособности и субъективных гражданских прав / С. Н. Братусь // Советское государство и право. – 1949. – № 8. – С. 30–37.

⁴ Флейшиц Е. А. Соотношение правоспособности и субъективных прав / Е. А. Флейшиц // Вопросы общей теории советского права. – М., 1960. – С. 225.

⁵ Кичатова В. С. Гражданско-правовая ответственность в отношениях подряда на капитальное строительство: Дисс. ... канд. юрид. наук / В. С. Кичатова. – Л., 1979. – С. 29.

⁶ Грибанов В. П. Право на защиту как субъективное гражданское право / В. П. Грибанов // Гражданское право. Учебник. В 2-х т. / Под ред. Е. А. Суханова. – Т. 1. – М.: БЕК., 1993. – С. 160.

частину її суб'єктивного права і дозволяє здійснювати певні дії або вимагати певної поведінки зобов'язаної особи¹.

У зв'язку з тим, що сімейні права також не мають однозначного тлумачення з боку науковців, часто поняттям правомочності підміняють суб'єктивні права. Наприклад, відсутні чіткі межі між правами, які тісно пов'язані з вихованням та правомочностями батьків по вихованню дітей. На це і раніше зверталася увага науковців². На нашу думку, можливість виховувати своїх дітей особисто є швидше правомочністю, аніж правом, оскільки правомочність – це можливість, яка випливає із самого права, яке визначене конкретним законом, зокрема СК України, і доволі тісно пов'язана з обов'язком. Так, наявність самого поняття такої правомочності, як особисте виховання дітей, тягне за собою можливість, яка також надана законом, вимагати повернення дітей від осіб, які утримують їх у себе не на підставі закону або рішення суду (ч. 2 ст. 163 СК України).

Як відзначає О. В. Міцкевич, суб'єктивне право розкривається через набір ознак, серед яких є правомочності вчиняти певні дії та вимагати вчинення відповідних дій від інших осіб в межах, встановлених нормою права³.

Однак стверджувати, що суб'єктивне право і обов'язок суб'єктів сімейних правовідносин, незважаючи на їх тісний взаємозв'язок, – поняття, які співпадають, було б неправильним. Так, відповідно до ч. 3 ст. 150 СК України батьки зобов'язані забезпечити здобуття дитиною повної загальної середньої освіти. На жаль, цей обов'язок батьків у СК України жодними правами не забезпечується. Аналізуючи погляди Р. О. Халфіної, приходимо до висновку, що, на думку автора, не буває суб'єктивного права або юридичного обов'язку як такого, ми можемо говорити лише про суб'єктивне право або юридичний обов'язок певного суб'єкта, що означає закріплення прав певних суб'єктів, а не власне суб'єктивних прав. Таким чином може проводитись поділ права за галузями, інститутами, окремими правовими нормами залежно від правовідносин, у які вступають суб'єкти⁴.

Отже, об'єктами охорони і захисту в процесі вчинення нотаріальних дій можуть бути сімейні права, які виникають з шлюбного договору; поділу та виділу спільного сумісного майна подружжя та інших членів сім'ї; з відносин подружжя та інших членів сім'ї щодо утримання; з правочинів, пов'язаних з

¹ Топорнин Б. Н. Юридическая энциклопедия / Под общ. ред. Б. Н. Топорнина. – М., 2001. – С. 814.

² Гражданско-правовое положение личности в СССР / Отв. ред. Н. С. Малеин. – М.: Наука, 1975. – С. 316.

³ Александров Н. Г. Теория государства и права: Учебник. 2-е изд., доп. и перераб. / Н. Г. Александров, Ф. И. Калинычев, А. В. Мицкевич, А. Л. Недавий и др. – М.: Юридическая литература, 1974. – С. 582.

⁴ Халфина Р. О. Общее учение о правоотношении / Р. О. Халфина. – М.: Юридическая литература, 1974. – С. 225.

користуванням та розпорядженням спільним майном подружжя та інших членів сім'ї; з відносин визначення походження дитини та ін.

У статті «Сімейні права як об'єкт правової охорони і захисту нотаріусом» досліджуються особливості охорони і захисту суб'єктивного права за Сімейним і Цивільним законодавством України. Автор робить висновок, що законодавець пов'язує категорії охорони і захисту не тільки з порушенням суб'єктивного права, а й з його невизнанням або оспорюванням. Специфікою сімейних прав те, що учасники сімейних прав не завжди зберігають по відношенню один до одного статус батька, матері, брата, сестри і т. ін. Особливістю сімейних прав є те, що ці права не можуть бути передані іншій особі. Доволі часто суб'єктивні права у сімейному праві підміняють поняттям правомочності. Це підтверджується тим, що відсутні чіткі межі між правами членів сім'ї та їх правомочностями. Як приклад, права батьків, які тісно пов'язані з вихованням дітей та правомочності батьків по вихованню дітей. Об'єктами охорони і захисту в процесі вчинення нотаріальних дій нотаріусом можуть бути сімейні права, які виникають з шлюбного договору; поділу та виділу спільного сумісного майна подружжя та інших членів сім'ї; з відносин подружжя та інших членів сім'ї щодо утримання; з правочинів, пов'язаних з користуванням та розпорядженням спільним майном подружжя та інших членів сім'ї; з відносин визначення походження дитини та ін.

Ключові слова: сімейні права, охорона і захист, нотаріальні дії, суб'єктивні права, правомочності.

В статье «Семейные права как объект охраны и защиты нотариусом» исследуются особенности охраны и защиты субъективного права по семейному и гражданскому законодательству Украины. Автор приходит к выводу, что законодатель связывает категории охраны и защиты не только с нарушением субъективного права, но и с его непризнанием или оспариванием. Спецификой семейных прав является то, что участники не всегда сохраняют по отношению друг к другу статус отца, матери, брата, сестры и т.д. Особенность семейных прав заключается в том, что эти права не могут быть переданы другому лицу. Зачастую субъективные права в семейном праве подменяют понятием правомочностей. Это подтверждается отсутствием четких границ между правами членов семьи и их правомочностями. Примером могут служить права родителей, тесно связанные с воспитанием детей, и

правомочности родителей по воспитанию детей. Объектами охраны и защиты в процессе осуществления нотариальных действий нотариусом могут быть семейные права, которые возникают из брачного договора; разделения и выделения общего имущества супругов и других членов семьи; из отношений супругов и других членов семьи по содержанию; из сделок, связанных с использованием и распоряжением общим имуществом супругов и других членов семьи; из отношений происхождения ребенка и др.

Ключевые слова: семейные права, охрана и защита, нотариальные действия, субъективные права, правомочия.

In the article «Family rights as the object of notarial legal protection and defence» peculiarities of subjective rights protection and defence under Family and Civil code are researched. Author comes to the conclusion that legislator correlates categories of protection and defence not only with subjective right violation, but also with its non – recognition or impugment. Specific character of family rights is that the members of family relations not always preserves with each other the family status, like father, mother, brother, sisters etc. Another peculiarity of family rights is that these rights cannot be assigned to another person. Often subjective rights in family law are substituted for notion competence. It can be explained by absence of exact borders between rights of family members and their competence. For example, rights of parents, which directly connected with upbringing of children and parents competence to bring up children. As the objects of notarial protection and defence can be defined family rights which appears as a result of marriage articles; division and extraction of joint common property of spouses and other family members; from the relations of maintenance between spouses and other family members; from the legal acts connected with the use and management of joint common property of spouses and other family members; from the relations of parentage determination etc.

Key words: family rights, protection and defence, notarial acts, subjective rights, competence.

РЕКЛАМА ЯК ОБ'ЄКТ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН

Воєводін Богдан Володимирович

кандидат юридичних наук

*асистент кафедри цивільного права юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка*



У доктрині цивільного права ще не сформовано однозначних поглядів щодо правової природи усіх суспільних відносин, які мають входити до предмета цивільно-правового регулювання [1, с.13]. Отже нашою метою є доведення того факту, що правовідносини, які виникають з приводу замовлення, створення та розповсюдження реклами входять до предмету регулювання цивільного права.

Для всебічного аналізу цивільних правовідносин, що виникають у сфері реклами, необхідно звернутися до предмету, методу, принципів, юридичних фактів, суб'єктивних цивільних прав та суб'єктивних цивільних обов'язків.

Основними елементами цивільних правовідносин, що виникають у сфері реклами, є суб'єкти (учасники) - особи, що вступають в дані правовідносини, а також їх правовий статус; реальна поведінка вказаних суб'єктів у формі дії чи бездіяльності; об'єкти, з приводу яких виникають правовідносини; права та обов'язки суб'єктів цивільних правовідносин у сфері реклами та їх взаємодія.

Цивільним правом є сукупність правових норм, які регулюють шляхом диспозитивного методу особисті немайнові та майнові відносини, засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників [2, с.11]. Тобто предметом цивільно-правового регулювання є особисті немайнові та майнові відносини. В доктрині під майновими відносинами розуміють конкретні вольові економічні відносини з приводу належності, використання, переходу засобів виробництва, предметів споживання та інших матеріальних благ [3, с.5]. Як бачимо, економічний характер реклами дозволяє стверджувати, що вона повною мірою входить до предмету цивільного права, при цьому важливу роль відіграє саме вольовий характер відносин у сфері реклами. Якщо відштовхуватись від наукових розробок Д.В.Бобрової [3, с.11], можна визнати, що майновим відносинам у сфері реклами притаманні товарно-грошовий та еквівалентно платний характер (адже оплатність – це основна ознака комерційної реклами) і майнова відокремленість учасників відносин (замовник, виробник, розповсюджувач та споживачі реклами завжди обособлені один від одного).

В науці цивільного права особисті немайнові відносини поділяються на дві групи. До першої автори відносять немайнові відносини, об'єктом яких є особисті права на нематеріальні блага, які можуть породжувати можливість одержання грошової винагороди чи іншого матеріального блага (особисті немайнові права, що пов'язані з майновими). Другу групу, як вони зазначають, складають особисті немайнові відносини, об'єктом яких є особисті права на нематеріальні блага, що не здатні самі по собі породжувати у його носія право на грошову винагороду чи інше матеріальне благо (особисті немайнові відносини, що не пов'язані з майновими). До першої групи можна віднести правовідносини у сфері реклами, що виникають з приводу створення та використання результатів інтелектуальної діяльності. До другої групи належать рекламні правовідносини, пов'язані з правом особи на ім'я, честь, гідність, недоторканість приватного життя тощо і в основному це права, що виникають у споживачів реклами та у конкурентів рекламодавця [1, с.21].

Метод цивільно-правового регулювання яскраво проявляється у сфері реклами. На думку Д.В. Бобрової, ознаки методу цивільно-правового регулювання суспільних відносин відображені в загальному юридично рівному становищі суб'єктів цивільного права, у специфіці юридичних фактів, у диспозитивних засадах цивільного законодавства, в особливостях цивільно-правових санкцій [3, с.13].

Визначальними ознаками методу цивільно-правового регулювання, що найяскравіше проявляються у правовідносинах, які виникають у сфері реклами, є:

- юридична рівність учасників;
- майнова та організаційні на самостійність
- ініціативно-диспозитивний характер правовідносин
- відновлювально-компенсаційний характер засобів захисту порушених прав учасників цивільних-правовідносин у сфері реклами.

Юридична рівність учасників цивільних правовідносин у сфері реклами означає, що будь-які суб'єкти вказаних правовідносин мають юридично рівні можливості вступати в конкретні майнові та немайнові відносини та не має правових переваг у цих відносинах. Вони однаковою мірою вільні щодо вибору способу поведінки та можуть діяти на власний розсуд, зокрема, мають право врегульовувати у договорі, який передбачений актами цивільного законодавства, свої відносини, ними не врегульовані, та відступати від положень актів цивільного законодавства і врегулювати відносини на власний розсуд, на свій розсуд вирішити питання про засоби та час реалізації своїх прав.

Учасники цивільних правовідносин у сфері реклами мають рівний обсяг правоздатності і, будучи юридично рівними, наділені як диспозитивністю, так і ініціативою. Вони можуть діяти за власним бажанням, оскільки у цій сфері пріоритет надається інтересам саме приватної особи. Існує судовий порядок захисту особистих немайнових і майнових прав та інтересів приватної особи. Виходячи із цього, для врегулювання цивільних відносин оптимальним є метод децентралізації (координації) [2, с.18].

При цьому цивільними правовідносинами визнається юридичний зв'язок рівних суб'єктів майнових та особистих немайнових відносин (які обособлені майново та організаційно). Такий зв'язок в сфері рекламних правовідносин проявляється в наявності у них суб'єктивних прав і обов'язків, що забезпечені можливістю застосування до їх порушників державно-примусових заходів майнового характеру

Однією з базових правових категорій є принципи права, якими є відправні (основні) положення, які виражають найважливіші закономірності розвитку права, визначають його головні риси, характеризуються найвищим рівнем імперативності і загальною значимістю, відбивають об'єктивну необхідність побудови і зміцнення певного суспільного ладу [4, с.13].

Говорячи про загальні засади цивільного права та їх застосування до правовідносин у сфері реклами, необхідно відмітити, що принцип неприпустимості свавільного втручання у сферу особистого життя людини є основоположним при створенні та розповсюдженні реклами (його безпосередня реалізація буде проаналізована у підрозділі 3.3). Важливість принципів справедливості, добросовісності та розумності на рівні доктрини цивільного права була доведена Н.С. Кузнєцовою [5] та Т.В. Боднар [6, с.110-122]. Вказані принципи («каучукові норми») мають величезне значення у сфері реклами, що пов'язано зі складністю власне об'єкта таких правовідносин та неприпустимості, при виробництві та розповсюдженні реклами, порушень як норм права, так і морально-етичних норм суспільних норм. Принцип свободи договору, який полягає у тому, що сторони є вільними в укладенні договорів, виборі контрагентів та визначенні його умов, також має фундаментальне значення у рекламних правовідносинах, адже договори на замовлення, створення та розповсюдження реклами прямо не передбачені Цивільним кодексом України, та поєднують у собі елементи декількох правочинів, а вказаний принцип передбачає можливість укладання таких договорів (за умови відповідності загальним засадам цивільного законодавства). Також даний принцип повною мірою проявляється у взаємовідносинах між контрагентами на

ринку реклами, так само як і принцип свободи підприємницької діяльності. Судовий захист прав та інтересів - це базовий принцип у сфері охорони прав суб'єктів рекламних правовідносин, який гармонічно поєднаний із засадами саморегулювання та елементами державного примусу. Неприпустимість позбавлення права власності, враховуючи інформаційну природу реклами, не так яскраво виражений.

Виходячи із переважно договірної природи виникнення рекламних правовідносин, важливе значення мають спеціальні принципи, притаманні саме зобов'язальному праву. Так, Н.С. Кузнецова виділяє принцип диспозитивності та принцип належного і реального виконання [5]. Належне виконання передбачене у ст. 526 ЦК України, в якій вказано, що зобов'язання має виконуватися належним чином, відповідно до умов договору та вимог ЦК України, інших актів цивільного законодавства, а за відсутності таких умов та вимог – відповідно до звичаїв ділового обороту або інших вимог, що зазвичай ставляться. Оскільки справедливість, добросовісність та розумність є основними засадами цивільного права, то при виконанні зобов'язання сторони повинні їх дотримуватись. Отже, саме на принципі належного виконання мають базуватись договірні відносини між замовником, виробником (творцем) та розповсюджувачем реклами. Пов'язано це із складним характером комплексу рекламних послуг та наявністю певної кількості оціночних категорій, таких як «ефективність реклами», «ідейний концепт реклами», «привабливість місця розміщення реклами» тощо. І замовник, і виробник (творець), і розповсюджувач реклами повинні діяти добросовісно та повною мірою виконувати покладені на них обов'язки, не допускати формального підходу до вчинення передбачених договором дій та докладати усіх можливих зусиль для досягнення необхідного запланованого результату. Варто особливо відмітити реалізацію принципу розумності у правовідносинах, що виникають у сфері реклами. Так, сторони зобов'язані встановлювати реальні строки виконання зобов'язань, достатню оплату тощо. Особливістю є також неможливість встановлення вимоги щодо кінцевого значення ефективності реклами, оскільки практично неможливо спрогнозувати поведінку споживача реклами. Звичайно є певні методики приблизного визначення ефективності реклами, але вони досить умовні. До того ж результат з просування товару, послуги чи особи залежить не лише від рекламної кампанії. На кінцеві обсяги, наприклад, продажів певного товару впливає величезна кількість факторів (ціна, доступність, актуальність на ринку, лояльність до бренду тощо), і реклама є однією з підстав успішних чи невдалих продажів. А це означає, що на виробника (творця) чи розповсюджувача реклами

не можна покладати відповідальність за наслідки, які можуть настати в майбутньому. Відповідальність може наступати лише за прямі недоліки рекламного продукту та невиконання умов договору.

Принцип неприпустимості зловживання правом має безпосередню реалізацію в рекламних правовідносинах. Наприклад, при замовленні та виробленні концепції реклами, яка базується на висвітленні позитивних ознак рекламованого об'єкту, замовник і виробник (творець) зобов'язані дотримуватись правил добросовісної конкуренції та не використовувати неправомірні порівняння з продукцією конкурентів. Зокрема, забороняється акцентувати увагу на негативних рисах існуючих конкурентних товарів. Також даний принцип знаходить відображення у нормах Закону України «Про захист прав споживачів», ст.19 якого забороняє нечесну підприємницьку практику (під дане поняття підпадає використання реклами, що вводить споживачів в оману) [7].

Окремо необхідно зазначити про важливість принципу моральності у рекламних правовідносинах, але його детальний аналіз здійснено у окремих публікаціях.

Цивільні правовідносини – це суспільні відносини, врегульовані нормами цивільного права [8, с.62], а точніше особисті немайнові та майнові відносини, засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників. В доктрині, цивільні правовідносини визначаються як опосередкований нормами об'єктивного цивільного права соціальний зв'язок між суб'єктами цивільного права, що встановлюється на визначених законом підставах з метою задоволення інтересів учасників цивільних відносин у певних матеріальних або нематеріальних благах і зумовлює виникнення у них суб'єктивних цивільних прав і обов'язків, можливість реалізації яких забезпечується належним правовим механізмом захисту суб'єктивних цивільних прав [1, с.147].

В залежності від характеру взаємозв'язку, що виникає між учасниками правовідносин, цивільні правовідносини у сфері реклами поділяються на:

- абсолютні та відносні;
- регулятивні і охоронні;
- активні і пасивні;
- речові і зобов'язальні;
- майнові і особисті немайнові.

Цивільні правовідносини, що виникають у сфері реклами, характеризуються наявністю зв'язку індивідуально визначених суб'єктів –

управомоченого і зобов'язаного (наприклад, при виготовленні (створенні) реклами за договором наявні дві сторони – замовник та виробник (творець) реклами). Неможливо визначити конкретну особу лише у правовідносинах, де наявний споживач реклами (у зв'язку із тим, що за загальним правилом, реклама спрямовується на невизначене коло осіб). При цьому права споживача не повинні порушуватись, оскільки при наявності такого порушення споживач стає конкретно визначеною особою, що наділяється правом на захист.

Абсолютні цивільні правовідносини виникають у разі наявності необмеженого кола невизначених осіб, які зобов'язані не порушувати право управомоченої особи. Традиційно такими є право власності на форму вираження реклами (друковану продукцію, нерухомі та рухомі конструкції тощо) та весь комплекс особистих немайнових прав, що мають місце в рекламних правовідносинах. Відносними є цивільні правовідносини у сфері реклами, що виникають при наявності конкретно визначених сторін, наділених кореспондуючими взаємно визначеними правами та обов'язками. В першу чергу, такими є зобов'язальні (договірні) і деліктні цивільні правовідносини, що виникають у сфері реклами та правовідносини щодо реалізації засобів цивільно-правового захисту.

Цивільні правовідносини у сфері реклами можуть мати як регулятивний, так охоронювальний характер, а за метою впливу поділятись на статичні та динамічні.

За аналогією з первісними правовідносинами, яким є цивільні та інформаційні, рекламні правовідносини можна умовно поділити на майнові та особисті немайнові. Майнові відносини, за загальним правилом, опосередковують статику і динаміку цивільного обороту. Існують такі відносини, всередині трикутника замовник-виробник(творець)-розповсюджувач. Вони виникають в кожному конкретному випадку з приводу створення, приналежності чи володіння, користування, розпорядження й переміщення різноманітних матеріальних благ. Майнові відносини виникають з приводу використання засобів розповсюдження і розміщення реклами, майновий характер має також весь комплекс відносин з приводу замовлення та виготовлення реклами, оскільки ці дії є оплатною послугою. Також майновий зміст мають і відносини з розпорядження майновими правами інтелектуальної власності, хоча вони є похідними щодо відповідних особистих немайнових відносин [1, с.157]. Особисті немайнові відносини у сфері реклами мають суто немайновий зміст та виникають за участі споживача або третіх осіб, оскільки

предметом таких відносин є виключно немайнові блага, такі як життя, здоров'я, честь, гідність та ділова репутація.

Оскільки ми дійшли висновку, що рекламні правовідносини є переважно приватно-правовими, отже вони відносяться до предмету цивільного права, мають характеристики цивільних відносин та до їх регулювання повинні застосовуватися методи цивільного права.

Мова йде про особисті немайнові та майнові відносини, що виникають з приводу замовлення, вироблення (створення) та розповсюдження реклами. В основі їхнього регулювання покладено метод юридичної рівності сторін. Визначальними характеристиками даного методу є наявність волі та ініціативи сторін, від яких залежить виникнення, зміна та припинення правовідносин, вибір контрагента, виду правочину, а також визначення способу і міри цивільно-правової відповідальності за порушення норм договору. При цьому слід обов'язково підкреслити, що метод є невід'ємною ознакою цивільних правовідносин, тому що навіть якщо наявні майнові правовідносини, які є предметом цивільного права, але змінюється метод правового регулювання, то йтиметься вже про іншу галузь права [8, с. 71]. Слід врахувати, що до майнових відносин, заснованих на адміністративному або іншому владному підпорядкуванні однієї сторони другій стороні, а також до податкових, бюджетних відносин цивільне законодавство не застосовується. якщо інше не встановлено законом (ч.2 с.1 ЦК України).

Щодо об'єктів цивільних правовідносин, то в теорії цивільного права вони вважаються тотожними об'єктам відповідних суб'єктивних цивільних прав, а тому у своєму соціальному вимірі постають як ті матеріальні або нематеріальні блага, володіння якими становить захищений законом інтерес уповноваженої особи [1, с.150].

Об'єктами можуть бути: власне реклама у будь-якій формі (можливі види та тлумачення реклами аналізувались у підрозділі 1.2 даної роботи), супутні послуги по її виробництву та розміщенню, майнові та немайнові права інтелектуальної власності на рекламу (у тому числі виключні) та інші об'єкти, що пов'язані з замовленням, виробництвом (створенням) і розповсюдженням реклами.

Аналізуючи питання належності реклами до об'єктів цивільного права, необхідно звернутись до ст. 177 ЦК України, в якій зазначено, що об'єктами цивільних прав є речі, у тому числі гроші та цінні папери, інше майно, майнові права, результати робіт, послуги, результати інтелектуальної, творчої діяльності, інформація, а також інші матеріальні і нематеріальні блага.

Специфіка такого об'єкту як реклама у тісному та нерозривному поєднанні його майнових та особистих немайнових характеристик.

Дискусійним є питання, що рекламу як об'єкт не можна віднести до речей, але це можна зробити по відношенню до форми втілення реклами, рекламного продукту (наприклад афіша, рекламний банер тощо).

Об'єктами цивільних прав є дії (безпосередньо спрямовані на створення певних матеріальних благ і які не можуть бути відокремлені від самої зобов'язальної особи) та послуги (певна діяльність, яка створює не річ, а благо для задоволення суспільних потреб). При цьому може досягатися немайновий результат, що сам по собі є благом і має споживну вартість. Попри наявності конкретного результату (адже результатом створення реклами буде певний продукт - текст, звук, аудіовізуальний ряд, банер тощо), дії, пов'язані із замовленням, створенням та розповсюдженням реклами є саме послугою.

Результати робіт та послуги – це окремі види об'єктів цивільних прав, які опосередковуються в договорах підрядного типу та в договорах про надання послуг. Предметом договору підряду є певні роботи, виконання яких завершується створенням нового матеріалізованого об'єкта. Послуга також надається шляхом виконання певної роботи, але виконання таких робіт не призводить до появи очевидного матеріалізованого результату [1, с. 233]. Реклама має ознаки обох цих об'єктів, оскільки може бути матеріалізованим результатом роботи (роздаткові матеріали, сувенірна продукція, буклети тощо), але при цьому виконується певна частина роботи, що має ознаки послуги (розміщення реклами, проведення промо-акції тощо).

Звичайно, за сукупністю ознак, рекламу можна віднести до такого виду цивільно-правових об'єктів, як результати інтелектуальної, творчої діяльності. Варто відмітити, що твори стають об'єктами цивільних прав лише при набутті об'єктивно вираженої форми, яка може бути сприйнята без присутності автора. Реклама зазвичай, за умов творчої складової, відповідає усім вимогам, що висуваються до об'єктів інтелектуальної власності.

Рекламу, на нашу думку, не можна визначати безпосередньо особистим немайновим благом. Втім, слід зазначити про її зв'язок з цим об'єктом цивільних прав. Співвідношення та взаємодія реклами із об'єктами особистих немайнових прав буде розглянута в подальшому.

Враховуючи вищезазначене, реклама може мати ознаки об'єкту інтелектуальної власності (твір, сукупність творів, чи інший результат творчої діяльності), товару (у разі наявності її фізичного носія), послуг (комплексу дій по замовленню та створенню реклами) та об'єкту особистих немайнових

правовідносин (наприклад, інформація, що міститься в рекламі може виступати особистим немайновим благом). Вказане ілюструє комплексний характер такого явища як реклама.

Список використаних джерел:

1. Цивільне право України. Загальна частина: підручник / за ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової, Р.А. Майданика. – 3-тє вид., перероб. і допов. – К. : Юрінком Інтер, 2010. – 976 с.
2. Цивільне право : підручник : у 2 т. / НУ "ЮАУ ім. Я. Мудрого" ; за ред. : В. І. Борисова, І. В. Спасибо-Фатєєва, В. Л. Яроцький. – Х. : Право, 2011. – Т. 1. – 656 с.
3. Цивільне право України: Підручник: У 2-х кн. / Д.В. Боброва, О.В. Дзера, А.С. Довгерт та ін.; За ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової. — К.: Юрінком Інтер, 1999. – с. 365
4. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. — 3-є вид., перероб. і доп. / За ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. — К.: Юрінком Інтер, 2008. — Т. I. — 1088 с.
5. Кузнецова Н.С. Принципи сучасного зобов'язального права України / Н.С. Кузнецова // Українське право. – 2003. - №4. – с.9-15
6. Боднар, Т. В. Виконання договірних зобов'язань в цивільному праві [Текст] : монографія / Т. В. Боднар. - К. : Юрінком Інтер, 2005. - 272 с.
7. Закон України «Про захист прав споживачів» від 12.05.1991 // Відомості Верховної Ради України. – 1991. - N 30. - ст.379.
8. Цивільне право України: Академічний курс: Підруч.: у 2т./ За заг. ред. Я. М. Шевченко.- Вид. 2-ге, доп. і перероб. – К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2006.- Т.1. Загальна частина.- 520 с.

Публікація присвячена аналізу реклами як об'єкту цивільних правовідносин з точки зору сталої цивілістичної доктрини. При цьому, для всебічного аналізу цивільних правовідносин, що виникають у сфері реклами, Автор звертається до предмету, методу, принципів, юридичних фактів, суб'єктивних цивільних прав та суб'єктивних цивільних обов'язків.

Ключові слова: *реклама, об'єкт права, принципи, методи, суб'єкти, система права, приватне право.*

Публикация посвящена анализу рекламы как объекта гражданских правоотношений с точки зрения устоявшейся цивилистической доктрины. При

этом, для всестороннего анализа гражданских правоотношений, возникающих в сфере рекламы, Автор обращается к предмету, методу, принципам, юридическим фактам, субъективным гражданским правам и субъективным гражданским обязательствам.

Ключевые слова: *реклама, объект права, принципы, методы, субъекты, система права, частное право.*

Article is devoted to analysis of advertising as the object of civil relations in terms of sustainable civil doctrine. Thus, for a comprehensive analysis of civil relations arising in the field of advertising, author refers to the subject, methods, principles, legal facts, subjective civil rights and civic duties subjective.

Key words: *advertising, the object of law, principles, methods, subjects, system of law, private law.*

ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА НЕВИКОНАННЯ СЛУЖБОВОЮ ОСОБОЮ ЗАКОННИХ ВИМОГ НАРОДНОГО ДЕПУТАТА УКРАЇНИ ТА СТВОРЕННЯ ШТУЧНИХ ПЕРЕШКОД У ЙОГО РОБОТІ (Ч. 1 СТ. 351 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ)

Берзін Павло Сергійович

доктор юридичних наук

професор кафедри кримінального права та кримінології

юридичного факультету

Київського національного університету імені Тараса Шевченка



Куцевич Максим Петрович

кандидат юридичних наук

доцент кафедри кримінального права та кримінології

юридичного факультету

Київського національного університету імені Тараса Шевченка



І. Суспільна небезпечність злочину, передбаченого ст. 351 Кримінального кодексу України (далі – КК), полягає насамперед у тому, що істотної шкоди зазнає такий об'єкт кримінально-правової охорони, як авторитет державної влади та органів місцевого самоврядування, а також порядок функціонування (діяльності) таких органів. Це, у свою чергу, означає, що утворення такої шкоди об'єкту в результаті передбаченого ч. 1 ст. 351 КК України невиконання службовою особою законних вимог народного депутата України, депутата місцевої ради потребує обов'язкової умови – висунення народним депутатом, депутатом місцевої ради законної вимоги, адресованої тій службовій особі (суб'єкту злочину), на яку покладений обов'язок виконувати таку вимогу, а в разі наявності такої форми діяння, як «створення штучних перешкод у роботі», умовою утворення шкоди є така діяльність народного депутата України та депутата місцевої ради, якій зобов'язана не перешкоджати й сприяти службова особа (суб'єкт злочину). Отже, в першому випадку (у першій формі перешкоджання діяльності народного депутата України, депутата місцевої ради, передбаченій в ч. 1 ст. 351 КК України) умовою утворення шкоди зазначеному

об'єкту є наявність у суб'єкта злочину обов'язку виконувати законні вимоги народного депутата України, депутата місцевої ради, а це можливо лише у разі, коли такі вимоги адресовані належному(зобов'язаному) суб'єкту, а у другому випадку (в другій формі) такою умовою є обов'язок службової особи утриматись від діянь, які унеможливають або обмежують законну діяльність народного депутата, депутата місцевої ради.

В основі такого розуміння об'єкта злочину, передбаченого в ч.1 ст.351 КК України, лежить юридичний механізм виникнення посягання на порядок здійснення повноважень народними депутатами України та депутатами місцевих рад, який складається з декількох компонентів: а) народний депутат або депутат місцевої ради – утворює таку ознаку злочину як потерпілий; б) обстановка протидії законній діяльності народного депутата чи депутата місцевої ради – утворюється в результаті поєднання декількох умов: наявність необхідності відстоювання прав, свобод чи інтересів громадянина України або державних інтересів України, що обумовлює необхідність здійснення народним депутатом своєї депутатської діяльності в межах або за межами роботи у складі органу законодавчої влади України; в) реалізація народним депутатом наданих йому законом повноважень саме з метою відстоювання прав, свобод та інтересів громадян України або державних інтересів України, а не з будь-якою іншою метою; г) наявність фізичної осудної особи, яка наділена ознаками службової особи, на яку покладено обов'язок виконати законні вимоги народного депутата України чи депутата місцевої ради, а також сприяти їх роботі або надати певну інформацію; д) усвідомлення вказаною в попередньому пункті службовою особою юридичного змісту умов посягання, а саме: правового статусу потерпілого, законності діянь народного депутата, внаслідок чого виникає усвідомлення обов'язковості конкретних вимог такого потерпілого та загального обов'язку утриматись від діянь, які унеможливають або обмежують законну діяльність потерпілого.

До об'єкта злочину, передбаченого в ч.1 ст.351 КК України, належить лише один із вказаних компонентів юридичного механізму утворення посягання, а саме народний депутат України чи депутат місцевої ради. Зокрема, відповідно до Закону України «Про статус народного депутата України» від 17.11.1992 р.: «народний депутат України є обраний відповідно до Закону України «Про вибори народних депутатів України» представник Українського народу у Верховній Раді України (далі – ВРУ) і уповноважений ним протягом строку депутатських повноважень здійснювати повноваження, передбачені Конституцією України та законами України» (ст.1); «1. Після набуття

депутатських повноважень народний депутат одержує депутатське посвідчення та нагрудний знак народного депутата України. ... Нагрудний знак має форму і кольори Державного Прапора України з надписом золотистим кольором "НАРОДНИЙ ДЕПУТАТ УКРАЇНИ". 2. Нагрудним знаком народний депутат користується протягом строку здійснення своїх повноважень» (ст.9). У зв'язку з цим конкретизація ознак народного депутата у механізмі утворення шкоди названому вище об'єкту в результаті передбаченого ч. 1 ст. 351 КК України невиконання службовою особою законних вимог народного депутата України дозволяє визначити наступне.

1. Законність вимог народного депутата України обумовлюється їх узгодженістю зі змістом Закону «Про статус народного депутата України», який визначає:

а) вичерпний перелік його повноважень у ВРУ, а саме: 1) бере участь у засіданнях ВРУ; 2) бере участь у роботі депутатських фракцій (груп); 3) бере участь у роботі комітетів, тимчасових спеціальних комісій, тимчасових слідчих комісій, утворених ВРУ; 4) виконує доручення ВРУ та її органів; 5) бере участь у роботі над законопроектами, іншими актами ВРУ; 6) бере участь у парламентських слуханнях; 7) звертається із депутатським запитом або депутатським зверненням до Президента України, органів ВРУ, Кабінету Міністрів України, керівників інших органів державної влади та органів місцевого самоврядування, а також до керівників підприємств, установ та організацій, розташованих на території України, незалежно від їх підпорядкування і форм власності у порядку, передбаченому цим Законом і законом про регламент ВРУ (ст. 6);

б) зміст взаємовідносин народного депутата України з виборцями (ст. 7 Закону);

в) обов'язок народного депутата дотримуватись загальновизнаних норм моралі, збереження власної гідності, поважати честь і гідність інших народних депутатів, службових та посадових осіб і громадян, утримуватись від вчинення дій, заяв та вчинків, що компрометують його самого, виборців, ВРУ, державу, неприпустимості використання мандата народного депутата всупереч загальновизнаним нормам моралі, правам і свободам людини і громадянина, законним інтересам суспільства і держави, а також в особистих, зокрема корисливих, цілях (ст. 8).

2. Вимоги народного депутата мають визнаватись законними лише у разі, коли вони стосуються:

а) конкретизованої у ст. 6 зазначеного Закону діяльності у ВРУ у формі: участі у засіданнях ВРУ, у роботі депутатських фракцій (груп), у роботі комітетів, тимчасових спеціальних комісій, тимчасових слідчих комісій, утворених ВРУ, доручень ВРУ та її органів, роботами над актами ВРУ, парламентських слухань, подання й виконання депутатського запиту або депутатського звернення;

б) визначених взаємовідносин з виборцями у процесі депутатської діяльності поза межами ВРУ;

в) дотримання правил депутатської етики в процесі депутатської діяльності як у ВРУ, так і поза її межами.

3. З урахуванням викладеного вище можна зробити висновок, що вчинення, передбачених ч. 1 ст. 351 КК України, діянь за наведених вище обов'язкових умов тягне «ушкодження» авторитету державної влади та органів місцевого самоврядування, порядку функціонування (діяльності) таких органів лише за наявності наступних обставин (у їх сукупності), коли:

а) таке ушкодження пов'язане з тим, що діяльність народного депутата України має зазнавати не будь-якої абстрактної, а саме конкретної шкоди, яка може бути певним чином об'єктивізована й проявляється ззовні. Показниками такої об'єктивізованості, зовнішніх проявів шкоди діяльності народного депутата є розлад порядку, організації його законної діяльності, створення відповідних обмежень у здійсненні народним депутатом лише тих своїх повноважень, які гарантовані йому державою та які вона забезпечує ;

б) наявність дезорганізації діяльності народного депутата потребує встановлення того, які саме конкретні його повноваження, що реалізуються у визначених Законом України «Про статус народного депутата України» формах діяльності, були порушені. Тому в разі недотримання (порушення) народним депутатом будь-яких підстав чи умов здійснення його діяльності у вказаних формах у ВРУ чи за її межами або правил депутатської етики визнавати наявність дезорганізації діяльності (законної діяльності) народного депутата України не можна. Залежно від цього не можна й говорити про підрив авторитету органів державної влади та органів місцевого самоврядування, а також порядку функціонування (діяльності) таких органів, як обов'язкової ознаки складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 351 КК України.

Отже, первинною ознакою злочину, передбаченого в ч.1 ст.351 КК України, є **об'єктивна наявність ознак народного депутата України** у особи, вимоги якої не виконуються, що повинно підтверджуватись доказами, зібраними в межах кримінального провадження. Зміст інших компонентів юридичного

механізму виникнення посягання на порядок здійснення повноважень народними депутатами України може бути розкритий в межах аналізу змісту інших ознак складу злочину, передбаченого в ч.1 ст.351 КК України.

У контексті наведеного вище окремої відповіді, пов'язаної з наявністю порушення порядку діяльності народного депутата України як об'єкта кримінально-правової охорони в результаті невиконання службовою особою законних вимог народного депутата чи створення штучних перешкод у його роботі, потребує наступне запитання: яким чином народний депутат України реалізує свої повноваження, пов'язані із заняттям депутатською діяльністю?

Насамперед слід враховувати, що не можна стверджувати про наявність реалізації народним депутатом його повноважень, пов'язаних із заняттям депутатською діяльністю у ВРУ чи за її межами, коли його дії (вчинки):

а) не пов'язані з депутатською діяльністю у тих формах, які визначені у ст. 6 Закону «Про статус народного депутата України», тобто не стосуються його участі у відповідних (конкретно визначених) засіданнях ВРУ, роботи депутатських фракцій (груп), комітетів, тимчасових спеціальних комісій, тимчасових слідчих комісій ВРУ, доручень ВРУ та її органів, роботи над актами ВРУ, парламентських слухань, подання й виконання депутатського запиту або депутатського звернення як документів у письмовій формі, що мають відповідати передбаченим у ст.ст. 15, 16 названого Закону вимогам;

б) не стосуються взаємовідносин народного депутата з його виборцями у процесі депутатської діяльності поза межами ВРУ;

в) хоч і можуть бути пов'язані з дотриманням народним депутатом загальноновизнаних норм моралі, збереженням власної гідності, повагою честі й гідності службових та посадових осіб і громадян, проте не виключають наявності особистих цілей та інтересів (наприклад, пов'язаних з прагненням поширити за допомогою ЗМІ відомості про можливе невиконання службовими особами підприємства його вимог як народного депутата України). Такі особисті цілі та інтереси виключають реалізацію народним депутатом його повноважень, пов'язаних із заняттям депутатською діяльністю, і за інших необхідних умов можуть визнаватись порушенням депутатської етики;

г) відсутні порушені права, свободи та інтереси конкретних осіб та громадян, порушення конкретних вимог законності, що виступають підставою надання народному депутату права відповідно до ч. 5 ст. 17 Закону на місці вимагати негайного припинення такого порушення або звертатися з вимогою до відповідних органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх

посадових осіб, керівників підприємств, установ та організацій припинити такі порушення.

II. Об'єктивна сторона складу злочину, передбаченого в ч.1 ст.351 КК України, виражається в таких формах: а) невиконання законних вимог народного депутата або депутата місцевої ради; б) створення штучних перешкод у їх роботі; в) надання завідомо неправдивої інформації.

Оскільки представлене дослідження стосується лише перших двох форм об'єктивної сторони цього складу злочину та «обмежується» діяльністю народного депутата України, то «невиконання службовою особою законних вимог народного депутата України» та «створення штучних перешкод у роботі народного депутата», як ознаки об'єктивної сторони перешкоджання діяльності народного депутата України, визначатимуться лише з урахуванням закріпленого в ч. 5 ст. 17 Закону «Про статус народного депутата України» обов'язку службової особи негайно вжити заходів щодо усунення виявленого народним депутатом порушення прав, свобод і інтересів людини та громадянина, що охороняються законом, та інших порушень законності.

Відповідно до ч. 5 ст. 17 названого Закону нежиття службовою особою заходів щодо усунення порушень, про які заявив народний депутат у своїй вимозі, має вигляд (прояв) порушення обов'язку: а) негайно вжити заходів щодо усунення порушення, б) притягнути винних до відповідальності в) з наступним інформуванням про це народного депутата. При цьому кожен із цих проявів нежиття службовою особою заходів щодо усунення порушень, про які заявив народний депутат у своїй вимозі, може за необхідних умов охоплюватись невиконанням службовою особою законних вимог народного депутата України та створення штучних перешкод у його роботі, як ознак об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 351 КК України.

Під *невиконанням законних вимог* народного депутата слід розуміти бездіяльність службової особи, яка полягає в ігноруванні вимог народного депутата, які пред'являються ним в межах передбачених законом повноважень. Наприклад, ненадання керівником підприємства незалежно від форми власності документів, необхідних для перевірки дотримання законів; ненадання у встановлений строк без поважних причин офіційної письмової відповіді на депутатський запит або звернення; нежиття на вимогу депутата заходів щодо усунення порушення законності або притягнення винних до відповідальності; неповідомлення народному депутату про день розгляду його депутатського запиту або звернення тощо.

Під *створенням штучних перешкод* у роботі народного депутата розуміються дії, які заважають або унеможливають якісне здійснення народним депутатом своїх законних повноважень. Наприклад, надання керівником підприємства охоронцям наказу про недопущення народного депутата у зал засідань для того, щоб він не зміг безпосередньо взяти участь у розгляді внесеного ним запиту або направленого звернення; відмова службової особи погодити час та місце для проведення нею невідкладного позачергового прийому народного депутата з питань його депутатської діяльності тощо.

При цьому в обох випадках як вимоги народного депутата, так і дії, вчиненню яких створюються перешкоди, повинні мати законний характер. В протилежному випадку будуть відсутні вказані вище компоненти юридичного механізму виникнення посягання на порядок здійснення повноважень народним депутатом України, а саме: обстановка протидії законній діяльності народного депутата – утворюється в результаті поєднання декількох умов: наявність необхідності відстоювання прав, свобод чи інтересів громадянина України або державних інтересів України, що обумовлює необхідність здійснення народним депутатом своєї депутатської діяльності в межах або за межами роботи у складі органу законодавчої влади України; в) реалізація народним депутатом наданих йому законом повноважень саме з метою відстоювання прав, свобод та інтересів громадян України або державних інтересів України, а не з будь-якою іншою метою.

Отже, *невиконання службовою особою законних вимог народного депутата України* у формі вимоги (безпосередньо на місці) «негайно припинити порушення прав, свобод і інтересів людини та громадянина, що охороняються законом, та інших порушень законності» та вимоги, зверненої «до відповідних органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб, керівників підприємств, установ та організацій, припинити такі порушення», а також *створення штучних перешкод* діям народного депутата у названих формах передбачає наявність таких обов'язкових ознак (у вигляді сукупності цих ознак), як:

1) наявність вимоги народного депутата України про припинення порушення прав, свобод і інтересів людини та громадянина, що охороняються законом, та інших порушень законності;

2) звернення такої вимоги до відповідної службової особи, що передбачає наявність безпосереднього зв'язку між таким зверненням й обов'язками службової особи;

3) обов'язок такої службової особи стосується наявності в неї повноважень а) негайного вжиття заходів щодо усунення зазначеного порушення, б) притягнення винних до відповідальності та в) подальшого інформування народного депутата про вжиті заходи.

Відсутність будь-якої із наведених обов'язкових ознак невиконання службовою особою законних вимог народного депутата виключає наявність об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 351 КК. Адже лише за сукупності названих ознак службова особа зобов'язана виконати вимоги народного депутата. Так, вказані вище ознаки невиконання службовою особою законних вимог народного депутата України будуть відсутні в разі, якщо відсутні підстави висунення народним депутатом України своєї вимоги. Такими підставами є, зокрема: порушення прав, свобод і інтересів людини та громадянина, що охороняються законом, та інших порушень законності, про які він має безпосередньо повідомити службову особу підприємства, яка наділена повноваженнями негайно вжити заходів щодо усунення зазначеного порушення, притягнути винних до відповідальності та здійснити подальше інформування народного депутата про вжиті заходи. Про такі повноваження (обов'язки) службової особи якраз і йдеться у ч. 5 ст. 17 Закону. Наприклад, якщо народний депутат оголошував вимогу припинити порушувати конкретні права, свободи та інтереси конкретних осіб та порушувати конкретні положення законності, намагаючись увійти на територію певного підприємства, установи чи організації, то така вимога має насамперед припинити (стосуватись припинення конкретними особами) порушувати права, свободи і інтереси конкретних осіб та інших порушень законності, а не звичайного забезпечення проходу на територію підприємства, установи чи організації. Саме за таких умов можна робити висновок, що у певної службової особи виникає обов'язок негайного вжиття заходів щодо усунення зазначеного порушення, притягнення винних до відповідальності та інформування народного депутата про вжиті заходи.

Слід також враховувати, що законність вимог народного депутата та його дій, яким створюються перешкоди, обумовлюється двома чинниками: а) відповідністю вимог та дій народного депутата вимогам Конституції України та Закону України «Про статус народного депутата України» та б) забезпеченням захисту законних прав, свобод та інтересів фізичних та юридичних осіб, яких стосуються вимоги та дії народного депутата, оскільки згідно з вимогами ст.8 Закону України «Про статус народного депутата України»: 1) у своїй діяльності народний депутат повинен дотримуватися загальновизнаних норм моралі; завжди зберігати власну гідність, поважати честь і гідність інших народних

депутатів, службових та посадових осіб і громадян; утримуватись від дій, заяв та вчинків, що компрометують його самого, виборців, Верховну Раду України, державу; 2) неприпустимим є використання народним депутатом свого депутатського мандата всупереч загальновизнаним нормам моралі, правам і свободам людини і громадянина, законним інтересам суспільства і держави; 3) народний депутат не повинен використовувати депутатський мандат в особистих, зокрема корисливих, цілях. З метою забезпечення вказаних параметрів законності в ст. 76 Конституції України вказано, що повноваження народного депутата визначаються Конституцією України та законами України, а Законом України «Про статус народного депутата України» визначено порядок дій народного депутата як у межах, так і за межами ВРУ.

З огляду на наведене окремого роз'яснення потребують умови законності діяльності народного депутата за межами ВРУ.

Вичерпного переліку дій, що можуть вчинятись народним депутатом в межах його депутатської діяльності, чинне законодавство України не містить. Однак, в Законі «Про статус народного депутата України» чітко зафіксовано: форму отримання народним депутатом України інформації, необхідної йому для здійснення депутатської діяльності – внесення депутатського запиту (ст. 15); форму його впливу на діяльність інших органів державної влади, місцевого самоврядування та юридичних осіб приватного права – надсилання депутатського звернення (ст. 16); форму реагування народного депутата України на відомі йому факти порушення законності – вимога припинення порушення на місці його вчинення, надсилання депутатського звернення та порушення питання про необхідність здійснення перевірки законності діяльності фізичної чи юридичної особи у Верховній Раді України або її органах (ст. 17). Згідно зі ст. 15 цього Закону народний депутат має право на сесії Верховної Ради України звернутися із запитом до Президента України, до органів Верховної Ради України, до Кабінету Міністрів України, до керівників інших органів державної влади та органів місцевого самоврядування, а також до керівників підприємств, установ та організацій, розташованих на території України, незалежно від їх підпорядкування і форм власності (ч. 1). Депутатський запит – це вимога народного депутата, народних депутатів чи комітету Верховної Ради України, яка заявляється на сесії Верховної Ради України до Президента України, до органів Верховної Ради України, до Кабінету Міністрів України, до керівників інших органів державної влади та органів місцевого самоврядування, а також до керівників підприємств, установ і організацій, розташованих на території

України, незалежно від їх підпорядкування і форм власності, дати офіційну відповідь з питань, віднесених до їх компетенції (ч. 2).

Згідно з ч. 1 ст.16 Закону народний депутат має право на депутатське звернення до органів державної влади та органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб, керівників підприємств, установ і організацій, незалежно від форм власності та підпорядкування, об'єднань громадян з питань, пов'язаних з депутатською діяльністю, і брати участь у розгляді порушених ним питань. При цьому депутатське звернення визначається як викладена в письмовій формі пропозиція народного депутата, звернена до органів державної влади та органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб, керівників підприємств, установ і організацій, об'єднань громадян здійснити певні дії, дати офіційне роз'яснення чи викласти позицію з питань, віднесених до їх компетенції.

У ч. 4 ст.17 Закону передбачено, що народний депутат має право порушувати у Верховній Раді України або її органах питання про необхідність проведення перевірок додержання законів органами державної влади, органами місцевого самоврядування, підприємствами, установами, організаціями та об'єднаннями громадян, розташованими на території України, чи їх посадовими особами, про проведення розслідувань з питань, що становлять суспільний інтерес, та брати участь у таких розслідуваннях в порядку, встановленому законом. Народний депутат як представник державної влади у разі порушення прав, свобод і інтересів людини та громадянина, що охороняються законом, та інших порушень законності має право на місці вимагати негайного припинення порушення або звертатися з вимогою до відповідних органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб, керівників підприємств, установ та організацій припинити такі порушення. У разі порушення законності народний депутат може звернутися з депутатським зверненням до відповідних посадових осіб правоохоронних органів чи органів виконавчої влади, що здійснюють державний контроль у відповідній галузі. Посадові особи органів державної влади, органів місцевого самоврядування, керівники підприємств, установ та організацій, а також працівники правоохоронних органів, до яких звернуто вимогу народного депутата про припинення порушення законності, зобов'язані негайно вжити заходів щодо усунення порушення, а за необхідності - притягнути винних до відповідальності з наступним інформуванням про це народного депутата. У разі невжиття заходів щодо усунення порушення посадові особи несуть дисциплінарну, адміністративну або кримінальну відповідальність у встановленому законом порядку (ч. 5 ст. 17).

З метою забезпечення можливості належної реалізації народним депутатом України, передбачених Законом форм здійснення депутатської діяльності поза ВРУ, в ст.17 Закону України «Про статус народного депутата України» передбачено права народного депутата:

«2. Народний депутат користується правом невідкладного прийому з питань депутатської діяльності керівниками та іншими посадовими особами розташованих на території України органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ і організацій, незалежно від їх підпорядкування і форм власності, громадських організацій і політичних партій.

3. Народний депутат діючого скликання при пред'явленні посвідчення народного депутата України користується правом безперешкодно відвідувати органи державної влади та органи місцевого самоврядування, а також правом безперешкодного доступу на всі підприємства, в установи та організації, розташовані на території України, незалежно від їх підпорядкування, форм власності, режиму секретності. Вимоги про пред'явлення чи оформлення інших документів, а також особистий огляд народного депутата, огляд та перевірка його речей забороняються, якщо інше не встановлено законом.

6. Народний депутат має право брати участь у розгляді в органах державної влади і органах місцевого самоврядування пропозицій та вимог виборців, інших питань, пов'язаних із здійсненням депутатських повноважень.

7. Народний депутат має право брати участь з правом дорадчого голосу у роботі сесій сільських, селищних, міських, районних у містах (в містах з районним поділом), районних і обласних рад та засіданнях їх органів.

8. Народний депутат має право у разі необхідності залучати до участі у розгляді пропозицій, заяв і скарг, які надійшли на його ім'я, а також у прийомі громадян посадових осіб органів державної влади і органів місцевого самоврядування, керівників підприємств, установ та організацій. Керівник органу державної влади чи органу місцевого самоврядування зобов'язаний бути присутнім на прийомі народного депутата особисто або уповноважити на це замість себе іншу посадову особу за погодженням з народним депутатом.

9. Народний депутат має право одержати інформацію з питань, пов'язаних із здійсненням ним депутатських повноважень, від органів державної влади та органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб, які зобов'язані надати йому таку інформацію в порядку та строки, визначені цим Законом.

10. Народний депутат має право зустрічатися з виборцями, колективами підприємств, установ та організацій, об'єднаннями громадян, у чому йому повинні невідкладно сприяти їх керівники».

При цьому навіть права народного депутата України «невідкладного прийому з питань депутатської діяльності керівниками та іншими посадовими особами» та «безперешкодно відвідувати органи державної влади та органи місцевого самоврядування, а також право безперешкодного доступу на всі підприємства, в установи та організації, розташовані на території України» не є необмеженими. Такий висновок зроблений в рішенні Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Президента України про офіційне тлумачення положень частин другої, третьої статті 17, частини другої статті 27 Закону України «Про статус народного депутата України» (справа про гарантії діяльності народного депутата України) від 10.04.2003 року № 7-рп/2003. Зокрема, в рішенні зазначається:

«1.1. Положення частини другої статті 17 Закону України "Про статус народного депутата України" щодо права народного депутата України на невідкладний прийом треба розуміти так, що невідкладним є позачерговий прийом народного депутата України з питань його депутатської діяльності, який не може бути відкладений на тривалий час і здійснюється керівниками та іншими посадовими особами розташованих на території України органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ і організацій, незалежно від їх підпорядкування і форм власності, громадських організацій і політичних партій раніше прийому інших посадових осіб та громадян відповідно до попередньо погоджених часу і місця. ...

1.2. Положення частини третьої статті 17 Закону України «Про статус народного депутата України» щодо права народного депутата України діючого скликання при пред'явленні посвідчення народного депутата України безперешкодно відвідувати органи державної влади та органи місцевого самоврядування, а також його права безперешкодного доступу на всі підприємства, в установи та організації, розташовані на території України, треба розуміти так, що ці права не можуть бути обмежені з підстав підпорядкування, форм власності таких об'єктів, встановленого на них режиму секретності. Визначені частиною третьою зазначеної статті права народного депутата України здійснюються з урахуванням встановленого законом спеціального режиму доступу на окремі об'єкти, зокрема пред'явлення інших документів, ніж посвідчення народного депутата України, чи їх оформлення, особистий огляд, огляд та перевірка речей відвідувача».

У зв'язку з наведеним вище необхідність тлумачення права на безперешкодний доступ народного депутата з урахуванням встановленого на підприємстві, в установі чи організації спеціального пропускнуго та

внутрішньо об'єктового режиму, пов'язаного з необхідністю забезпечення збереження інформації з обмеженим доступом, а також захисту прав власника будівлі на її недоторканність.

Наведені положення рішення Конституційного Суду України дозволяють стверджувати, що народний депутат України має право доступу на підприємства з спеціальним режимом пропуску, однак як й всі інші відвідувачі повинен дотримуватись певних вимог доступу на підприємство, що передбачають захист інформації з обмеженим доступом, оскільки таким чином забезпечується захист інтересів суб'єкта, якому належить така інформація, що є вимогою до законності діяльності народного депутата встановленою в ст.8 Закону України «Про статус народного депутата України». Підтвердженням тому є і положення ч.3 ст.19 Закону України «Про статус народного депутата України», де вказано, що: «3. Народний депутат має право знайомитися з будь-якою конфіденційною та таємною інформацією з питань депутатської діяльності. Доступ до державної таємниці усіх ступенів секретності надається після взяття народним депутатом письмового зобов'язання щодо збереження державної таємниці».

Водночас слід звернути увагу на необхідність дотримання прав власності при реалізації повноваження народного депутата України на безперешкодний доступ до підприємств, установ та організацій. Так, право власності, як і реалізація власником на власний розсуд усіх правомочностей у межах права власності: користування, володіння та розпорядження, гарантовано державою. Зокрема, згідно з Конституцією України: «держава забезпечує захист прав усіх суб'єктів права власності і господарювання...» (ч.4 ст.13), «кожен має право володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю ... Ніхто не може бути протиправно позбавлений права власності. Право приватної власності є непорушним» (ст.41). Додатково ці гарантії передбачені і в ЦК України: «Правом власності є право особи на річ (майно), яке вона здійснює відповідно до закону за своєю волею, незалежно від волі інших осіб» (ст.316); «Власник володіє, користується, розпоряджається своїм майном на власний розсуд... Держава не втручається у здійснення власником права власності. Діяльність власника може бути обмежена чи припинена або власника може бути зобов'язано допустити до користування його майном інших осіб лише у випадках і в порядку, встановлених законом» (ст.319); «Право власності є непорушним. Ніхто не може бути протиправно позбавлений цього права чи обмежений у його здійсненні. Особа може бути позбавлена права власності або

обмежена у його здійсненні лише у випадках і в порядку, встановлених законом» (ст.321).

Якщо будівля підприємства, установи чи організації, в яку має намір отримати доступ народний депутат, є об'єктом права приватної власності, доступ до неї здійснюється з дотриманням вимог чинного законодавства України. Згідно зі статтею 30 Конституції України не допускається проникнення до житла чи до іншого володіння особи, проведення в них огляду чи обшуку інакше як за вмотивованим рішенням суду. У невідкладних випадках, пов'язаних із врятуванням життя людей та майна чи з безпосереднім переслідуванням осіб, які підозрюються у вчиненні злочину, можливий інший, встановлений законом, порядок проникнення до житла чи до іншого володіння особи, проведення в них огляду і обшуку.

Таким чином, проникнення до володіння особи, проведення у ньому огляду допускається лише за вмотивованим рішенням суду. Виключення можливе лише у невідкладних випадках, що пов'язані з врятуванням життя людей та майна або з безпосереднім переслідуванням осіб, які підозрюються у вчиненні злочину, однак такий порядок проникнення до володіння особи, проведення в них огляду і обшуку повинен визначатися законом.

Вищезазначене відображається у Кримінальному процесуальному кодексі України (далі – КПК), зокрема відповідно до статті 13 КПК України не допускається проникнення до житла чи до іншого володіння особи, проведення в них огляду чи обшуку інакше як за вмотивованим судовим рішенням, крім випадків, передбачених цим Кодексом. Відповідно до статті 19 ГК України органи державної влади і посадові особи, уповноважені здійснювати державний контроль і державний нагляд за господарською діяльністю, їх статус та загальні умови і порядок здійснення контролю і нагляду визначаються законами (ч. 4). Незаконне втручання та перешкоджання господарській діяльності суб'єктів господарювання з боку органів державної влади, їх посадових осіб при здійсненні ними державного контролю та нагляду забороняються (ч. 5).

Згідно з ч.1 ст. 5 Господарського кодексу України (далі – ГК) правовий господарський порядок в Україні формується на основі оптимального поєднання ринкового саморегулювання економічних відносин суб'єктів господарювання та державного регулювання макроекономічних процесів, виходячи з конституційної вимоги відповідальності держави перед людиною за свою діяльність та визначення України як суверенної і незалежної, демократичної, соціальної, правової держави.

Суб'єкт господарювання самостійно визначає робочий час працівників, з урахуванням вимог законодавства України щодо тривалості робочого часу. Визначення часу початку та закінчення роботи суб'єкта господарювання забезпечує його повноцінну діяльність, оскільки на робочих місцях перебувають усі працівники (за виключенням тих, хто є тимчасово непрацездатним або перебуває у відрядженні, відпустці тощо).

У зв'язку з цим доступ до будівель, приміщень суб'єкта господарювання повинен здійснюватися органами державного нагляду (контролю) лише у робочий час суб'єкта господарювання, що дозволяє: органу державного нагляду (контролю) – мати доступ до усіх об'єктів, що будуть перевірятися, отримати необхідну інформацію від посадових осіб суб'єкта господарювання; суб'єкту господарювання – бути присутнім при здійсненні заходів державного нагляду (контролю), одержати та ознайомитись з актами державного нагляду (контролю) тощо. У протилежному випадку – у неробочий час, у вихідний (святковий або неробочий) день проведення заходів державного нагляду (контролю) буде неможливим.

Відповідно й народний депутат України може отримати доступ на підприємство, в установу чи організацію лише у робочий час підприємства, оскільки лише в цей час народний депутат України може бути невідкладно прийнятий керівником або іншими посадовими особами підприємства, установи чи організації.

Одним із загальних принципів господарювання в Україні, визначених ч.1 ст. 6 ГК України, є заборона незаконного втручання органів державної влади та органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб у господарські відносини.

Відповідно до частини першої статі 52 Кодексу законів про працю України (далі – КЗпП) для працівників установлюється п'ятиденний робочий тиждень з двома вихідними днями. При п'ятиденному робочому тижні тривалість щоденної роботи (зміни) визначається правилами внутрішнього трудового розпорядку або графіками змінності, які затверджує власник або уповноважений ним орган за погодженням з виборним органом первинної профспілкової організації (профспілковим представником) підприємства, установи, організації з дотриманням установленної тривалості робочого тижня (ст.ст. 50 і 51 КЗпП).

Отже, законність вимоги народного депутата та незаконність дій зобов'язаної службової особи щодо забезпечення доступу на підприємство, в установу чи організацію може також оцінюватись з урахуванням такого графіку роботи підприємства, установи чи організації. Тому можливість доступу у

неробочий час (після закінчення робочого дня на підприємстві, у вихідні, святкові або неробочі дні) народного депутата України до приміщення суб'єкта господарювання, має реалізовуватись в межах графіку його роботи.

Таким чином, саме дотримання вимог законності при здійсненні депутатської діяльності за межами ВРУ дозволяє забезпечити баланс інтересів усіх суб'єктів правовідносин. Тому, відповідаючи на питання про те, чи може народний депутат України в неробочий час з метою забезпечення свого доступу до підприємства, установи чи організації самовільно вчиняти дії для фізичного подолання законно встановлених перешкод, що обмежують вільний доступ відвідувачів, до об'єкта права власності, на якому діє спеціальний режим пропуску та внутрішньо об'єктовий режим, запроваджені з метою захисту інформації з обмеженим доступом, слід зазначити наступне.

Право безперешкодного доступу народного депутата є гарантованим. Однак, оскільки воно становить собою законне обмеження прав власника, воно повинно реалізовуватись в порядку, передбаченому законом і з дотриманням захищених законом інтересів інших зацікавлених осіб.

Для реалізації свого права безперешкодного доступу народний депутат України, дотримуючись вимог ст.ст. 8, 17 Закону «Про статус народного депутата України», має звернутись з відповідною вимогою до службової особи, яка вправі дозволяти або забороняти доступ до підприємства, пред'явивши їй посвідчення народного депутата. Така службова особа, в свою чергу, має з дотриманням заходів, встановлених на підприємстві, в установі чи організації, з метою захисту інформації з обмеженим доступом забезпечити доступ народного депутата України до підприємства, установи чи організації. В разі протиправної відмови такої службової особи в забезпеченні доступу народного депутата України, такі дії службової особи народний депутат може оцінити як правопорушення та, згідно з ч.5 ст.17 Закону «Про статус народного депутата України», звернутись до правоохоронних органів із заявою припинити це правопорушення та забезпечити доступ, оскільки лише в компетенції правоохоронних органів вчинення силових примусових дій для подолання фізичних перешкод вільного доступу та притягнення винної службової особи підприємства до відповідальності за протиправне невиконання вимоги народного депутата України.

В протилежному випадку виникають підстави оцінювати дії народного депутата по забезпеченню свого доступу на підприємство, в установу чи організацію, на предмет відповідності вимогам ст.8 Закону «Про статус народного депутата України», у якій передбачена заборона «використання

народним депутатом свого депутатського мандата всупереч загальновизнаним нормам моралі, правам і свободам людини і громадянина, законним інтересам суспільства і держави». Звичайно, власноручне забезпечення народним депутатом України собі доступу з фізичним подоланням законно встановлених перешкод вільного доступу, може бути виправдане в ситуації необхідності негайного захисту прав, свобод та інтересів фізичних, юридичних осіб або держави, однак такі ситуації мають відповідати ознакам необхідної оборони чи крайньої необхідності.

III. Суб'єктивна сторона складу злочину, передбаченого в ч.1 ст.351 КК України, характеризується умисною формою вини. Це означає, що інтелектуальна складова умисної форми вини, повинна характеризуватись усвідомленням суб'єктом злочину змісту вчинюваного діяння, обстановки його вчинення, правового статусу потерпілого, законності вимог та дій потерпілого при створенні штучних перешкод у їх вчиненні. Неусвідомлення імовірним суб'єктом злочину хоча б однієї з вказаних характеристик злочину за необхідних умов може визнаватися підставою для констатації відсутності в його діях складу злочину. Такі самі кримінально-правові наслідки повинна мати добросовісна помилкова оцінка вимог та дій народного депутата України як незаконних, оскільки така юридична помилка своєю наявністю обумовить відсутність необхідного для злочину, передбаченого ч.1 ст.351 КК України, змісту вини у формі прямого умислу. Таким чином, за наявності прямого умислу винний має усвідомлювати те, що невиконання законних вимог народного депутата та створення штучних перешкод у роботі народного депутата перешкоджає його діяльності, а також передбачає наявність такого перешкоджання та бажає цього.

Крім цього, обов'язковою при вчиненні зазначеного перешкоджання є спеціальна мета – вплинути на реалізацію народним депутатом його повноважень, пов'язаних із заняттям депутатської діяльності.

У зв'язку з цим для інкримінування винному невиконання законних вимог народного депутата та створення штучних перешкод у роботі народного депутата, саме як умисного перешкоджання діяльності народного депутата, слід встановлювати:

1) усвідомлення винним того, що: а) висунуті народним депутатом вимоги безпосередньо стосуються припинення порушення прав, свобод і інтересів конкретної особи та інших конкретних порушень законності, про що й повідомляється відповідній службовій особі; б) висунута народним депутатом вимога звернена саме до тієї службової особи, яка наділена спеціальними

повноваженнями щодо негайного вжиття заходів щодо усунення зазначеного порушення, притягнення винних до відповідальності та подальше інформування народного депутата про вжиті заходи; в) повноваження, якими службова особа наділена у зв'язку із зайняттям нею певної посади або здійснення відповідної діяльності, здатні перешкодити законній діяльності народного депутата у вказаних формах;

2) усвідомлення винним того, що: а) вчинювані ним як службовою особою діяння перешкоджають реалізації конкретним народним депутатом його депутатських повноважень, а відтак – депутатської діяльності в цілому; б) здійснюється це саме за рахунок використання його повноважень як службової особи;

3) бажання не виконувати законні вимоги народного депутата або створити штучні перешкоди у його роботі за рахунок використання повноважень, якими така службова особа наділена в силу займаної посади або здійснюваної діяльності.

Вказані вище усвідомлення й передбачення мають бути конкретними, а не абстрактними. Тобто прямий умисел особи має бути конкретно-визначеним, у зв'язку з чим службова особа має чітко розуміти: а) які саме вимоги висунуті народним депутатом та які конкретні підстави їх висунення має народний депутат; б) зміст підстави адресованої йому вимоги, тобто бути чітко обізнаним у тому, порушення яких саме конкретних прав, свобод, законних інтересів й конкретних вимог законності має місце; в) те, що її повноваження як службової особи достатні для негайного вжиття заходів щодо усунення конкретного порушення, про яке заявлено у депутатській вимозі; г) що саме використання її повноважень, здатні сприяти діяльності народного депутата у конкретних її формах.

Водночас наявність спеціальної мети, яка текстуально не закріплена у ч. 1 ст. 351 КК України, але впливає із змісту невиконання службовою особою законних вимог народного депутата та створення штучних перешкод у його роботі, означає, що у момент здійснення таких діянь службова особа перешкоджає не будь-якій абстрактній діяльності народного депутата, а саме у конкретних її формах, пов'язаних з конкретно-визначеними підставами цих вимог, про які (підстави) народний депутат повідомив таку службову особу.

Відсутність підстави вимоги народного депутата у вигляді наявного порушення прав, свобод й інтересів конкретної особи та інших конкретних порушень законності, про що мало повідомлятися такій службовій особі, виключає обов'язкові ознаки усвідомлення нею реальної можливості того, що

невиконання конкретних (які відповідають визначеній у ч. 5 ст. 17 Закону підставі – наявності порушення прав, свобод і інтересів конкретної особи та інших конкретних порушень законності, про яке має повідомляти народний депутат такої службовій особі) вимог народного депутата та створенням штучних перешкод у роботі народного депутата перешкоджання його діяльності. Крім цього, слід враховувати, що службова особа має бути обізнаною у змісті такої підстави депутатської вимоги, інакше вжиття конкретних заходів щодо усунення зазначеного порушення вона не матиме реальної можливості взагалі.

Звідси випливає, що ознаки прямого умислу й спеціальної мети при кваліфікації злочину за ч. 1 ст. 351 КК України мають враховуватись при визначенні: а) змісту підстави депутатської вимоги, про що повідомляє народний депутат і в чому (стосовно чого) обізнана конкретна службова особа; б) безпосереднього зв'язку вжиття такою службовою особою заходів принаймні щодо усунення зазначеного порушення та зазначеної підстави депутатської вимоги; в) обізнаності народного депутата в тому, що службова особа, стосовно якої заявлена депутатська вимога, усвідомлює наявність конкретного порушення прав, свобод і інтересів конкретної особи та інших конкретних порушень законності; г) спрямованості діяння службової особи саме на перешкоджання реалізації народним депутатом конкретних повноважень, пов'язаних із припиненням порушення прав, свобод і інтересів конкретної особи та інших конкретних порушень законності, що усвідомлюється службовою особою; д) ознак належної службової особи, умисел якої спрямований на невиконання вимоги народного депутата порушувати права, свободи і інтереси конкретної особи та інших конкретно-визначених порушень законності (тобто того, що суб'єктом злочину є не будь-яка службова особа підприємства, а лише така, що усвідомлює зміст зазначеної вище підстави депутатської вимоги й зв'язок такої підстави з своїми повноваженнями, яким вона наділена у зв'язку із займаною посадою або здійснюваною діяльністю). Проте із змісту наданих для дослідження документів жодна із визначених вище ознак прямого умислу й спеціальної мети не вбачається.

IV. Суб'єктом злочину, передбаченого ч.1 ст. 351 КК України, визнається службова особа, на яку покладено обов'язок виконати законні вимоги народного депутата України, а також сприяти їх діяльності, оскільки поняття «службова особа» вжите в диспозиції цієї норми стосується усіх форм прояву об'єктивної сторони складу цього злочину.

Таким чином, обов'язковою ознакою складу аналізованого злочину є вимога адресації народним депутатом України своїх вимог належно уповноваженій на їх виконання службовій особі, в іншому випадку їх невиконання не може утворювати складу аналізованого злочину.

Окремої уваги тут потребує випадок, коли підприємство, співробітники якого не виконують вимоги народного депутата або створюють штучні перешкоди у його роботі, за своєю організаційно-правовою формою визнається публічним акціонерним товариством, а його виконавчим органом – є правління.

Відповідно до частини 5 статті 65 ГК України керівник підприємства без доручення діє від імені підприємства, представляє його інтереси в органах державної влади і органах місцевого самоврядування, інших організаціях, у відносинах з юридичними особами та громадянами, формує адміністрацію підприємства і вирішує питання діяльності підприємства в межах та порядку, визначених установчими документами.

Відповідно до статті 58 Закону України «Про акціонерні товариства» від 17.09.2008 р. виконавчий орган акціонерного товариства здійснює управління поточною діяльністю товариства. До компетенції виконавчого органу належить вирішення всіх питань, пов'язаних з керівництвом поточною діяльністю товариства, крім питань, що належать до виключної компетенції загальних зборів та наглядової ради.

Як передбачено частинами п'ятою, шостою статті 59 Закону України «Про акціонерні товариства» голова колегіального виконавчого органу організовує роботу колегіального виконавчого органу, скликає засідання, забезпечує ведення протоколів засідань. Голова колегіального виконавчого органу має право без довіреності діяти від імені товариства, відповідно до рішень колегіального виконавчого органу, в тому числі представляти інтереси товариства, вчиняти правочини від імені товариства, видавати накази та давати розпорядження, обов'язкові для виконання всіма працівниками товариства. Інший член колегіального виконавчого органу в порядку, визначеному законодавством України, також може бути наділений цими повноваженнями, якщо це передбачено статутом товариства. У разі неможливості виконання головою колегіального виконавчого органу своїх повноважень за рішенням цього органу його повноваження здійснює один із членів колегіального виконавчого органу, якщо інше не передбачено статутом або положенням про виконавчий орган акціонерного товариства. Інші особи можуть діяти від імені товариства у порядку представництва, передбаченому ЦК України.

Тобто, вказані законодавчі норми визначають, що народний депутат України може звертатися з вимогою, зокрема про доступ до будівлі підприємства та його службових приміщень акціонерного товариства саме до голови правління цього товариства як до керівника. Інші працівники, якщо інше не передбачено статутом підприємства, повинні діяти лише в межах наданих їм повноважень, зокрема, згідно з довіреністю або за розпорядженням голови правління.

Висновки

Проведене дослідження дозволяє сформулювати наступні висновки.

1. Необхідною умовою кваліфікації за ч.1 ст.351 КК України є законність вимог народного депутата України, яка визначається з урахуванням забезпечення захисту законних прав, свобод та інтересів усіх зацікавлених осіб в процесі здійснення депутатської діяльності, оскільки реалізація права народного депутата України на «безперешкодний доступ на всі підприємства, в установи та організації» повинна здійснюватися з урахуванням встановлених Законом України «Про статус народного депутата» та іншими законами України обмежень;

2. Графік роботи підприємства, установи чи організації має враховуватись при оцінці законності як вимог народного депутата про доступ до підприємства, установи чи організації, так і дій працівників підприємства, установи чи організації які юридично та технічно забезпечують доступ народного депутата, оскільки законна діяльність народного депутата не повинна порушувати прав та інтересів юридичної особи, до якої має намір отримати доступ народний депутат, та працівників цієї юридичної особи. Відповідним чином такий показник законності дій народного депутата повинен враховуватись і при кваліфікації дій винної особи за ст.351 КК України;

3. Народний депутат України з метою забезпечення свого доступу до підприємства, установи чи організації не вправі самовільно вчиняти дії для фізичного подолання законно встановлених перешкод, що обмежують вільний доступ відвідувачів до підприємства, установи чи організації, на яких діє спеціальний режим пропуску та внутрішньо об'єктовий режим, а повинен діяти з дотриманням встановлених на підприємстві, в установі чи організації обмежень пропускового режиму та графіку роботи, які, в свою чергу, мають враховувати спеціальний правовий статус народного депутата та передбачати особливий порядок його пропуску.

Стаття присвячена проблемам кримінальної відповідальності за невиконання службовою особою законних вимог народного депутата України та створення штучних перешкод у його роботі (ч. 1 ст. 351 Кримінального кодексу України). Аналізуються об'єктивні та суб'єктивні ознаки складу цього злочину, а також вирішуються окремі проблеми кваліфікації цього злочину залежно від права народного депутата на безперешкодний доступ на підприємства, в установи та організації. Обґрунтовується, що народний депутат України з метою забезпечення свого доступу до підприємства, установи чи організації не вправі самовільно вчиняти дії для фізичного подолання законно встановлених перешкод, що обмежують вільний доступ відвідувачів до підприємства, установи чи організації, на яких діє спеціальний режим пропуску та внутрішньо об'єктовий режим.

Ключові слова: злочин, народний депутат, невиконання вимог, перешкоджання.

Статья посвящена проблемам уголовной ответственности за неисполнение служебным лицом законных требований народного депутата Украины и создание искусственных препятствий в его работе (ч. 1 ст. 351 Уголовного кодекса Украины). Анализируются объективные и субъективные признаки состава этого преступления, а также разрешаются отдельные проблемы квалификации этого преступления в зависимости от права народного депутата на беспрепятственный доступ на предприятия, учреждения и организации, на которые действует специальный режим пропуска та внутренне объектовый режим.

Ключевые слова: преступление, народный депутат, неисполнение требований, воспрепятствование.

The article deals with the problems of criminal liability for failure by an official legal requirements of the People's Deputy of Ukraine and the creation of artificial barriers in his work (§ 1, art. 351 of the Criminal Code of Ukraine). In the research are analyzed the objective and subjective elements of the offense, and resolved some problems of qualification of the offense, depending on the rights of the People's Deputy to unhindered access to enterprises, institutions and organizations for which there is a special regime of permits and operation of the enterprise.

Key words: crime, People's Deputy, failure to comply, obstruction.

ПРАВОВА ПРИРОДА ЗАХОДІВ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО ХАРАКТЕРУ, ЩО ЗАСТОСОВУЮТЬСЯ ДО ЮРИДИЧНИХ ОСІБ

Задоя Костянтин Петрович

кандидат юридичних наук

доцент кафедри кримінального права та кримінології

Київського національного університету імені Тараса Шевченка



Запровадження у кримінальне право України інституту заходів кримінально-правового характеру, що застосовуються до юридичних осіб¹ породило чисельні наукові дискусії щодо правової природи вказаних заходів; щодо відповідності Конституції України положень розділу XIV-1 Загальної частини Кримінального кодексу України 2001 року (далі — КК); щодо окремих проблемних питань застосування заходів кримінально-правового характеру, які застосовуються до юридичних осіб, тощо.

Думається, що без перебільшень ключовою з-поміж них є дискусія щодо природи цього нового для кримінального права України інституту. У вітчизняній кримінально-правовій науці раніше здійснювались дослідження, присвячені перспективам визнання юридичної особи суб'єктом кримінальної відповідальності чи запровадження інституту кримінальної відповідальності юридичних осіб, однак зрозуміло, що одержаний за їх підсумками науковий доробок не міг бути беззастережно поширений на положення розділу XIV-1 Загальної частини КК. Відтак, виникла та продовжує існувати необхідність критичного осмислення новел ЗУ № 314-VII від 23.05.2013 року на найбільш загальному (концептуальному) рівні.

На нашу думку, на сьогодні у теорії вітчизняного кримінального права сформувалися *дві основні концепції щодо розуміння юридичної природи заходів кримінально-правового характеру, що застосовуються до юридичних осіб:*

1) концепція “заходи кримінально-правового характеру, що застосовуються до юридичних осіб, є проявом (формою) кримінальної відповідальності” — подібну точку зору поділяють, зокрема, В. Батраченко [1, с. 98], І.І. Митрофанов [2, с. 126], М.І. Панов, С.О. Харитонов [3, с. 48], А.С. Нерсесян [4, с. 181];

¹ На підставі Закону України “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо виконання Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України стосовно відповідальності юридичних осіб” № 314-VII від 23.05.2013 року — далі ЗУ № 314-VII від 23.05.2013 року.

2) концепція “заходи кримінально-правового характеру, що застосовуються до юридичних осіб, не є проявом (формою) кримінальної відповідальності” — такої точки зору притримуються, у тому числі, Ю.А. Пономаренко [5, с. 68], В. Кухар [6], А.М. Яценко [7, с. 216-218], П.П. Андрушко [8, с. 33], Г.З. Яремко [9, с. 93], Н.А. Орловська [10, с. 128-129], Т.О. Гончар [11, с. 79].

Окрім того, позиція деяких науковців щодо природи заходів кримінально-правового характеру, що застосовуються до юридичних осіб, видається або суперечливою (М.І. Хавронюк [12, с. 294, 388-394]¹, С.Я. Лихова [13]²), або неоднозначною (О.Ф. Пасека [14])³.

Розбіжності у наукових підходах щодо юридичної природи заходів кримінально-правового характеру, що застосовуються до юридичних осіб, мають, на наш погляд, цілком очевидне (й, на жаль, доволі традиційне) пояснення — непослідовність законодавця. У назві ЗУ № 314-VII від 23.05.2013 року він вжив термін “відповідальність юридичних осіб”, однак у самому тексті законодавчого акту такий термін не використовується. Натомість законодавець назвав правові заходи, що можуть застосовуватись до юридичних осіб, “заходами кримінально-правового характеру”. Складається враження, що така текстуальна неузгодженість не в останню чергу підживлює наукову дискусію щодо правової природи заходів кримінально-правового характеру, що застосовуються до юридичних осіб.

Розв'язання зазначеної проблеми передбачає, на наш погляд, послідовний розгляд декількох взаємопов'язаних проблем. По-перше, потрібно визначитись із тим, чи є заходи кримінально-правового характеру, що застосовуються до юридичних осіб, новою формою кримінальної відповідальності у вітчизняному кримінальному праві.

Традиційне (класичне) розуміння кримінальної відповідальності у вітчизняному науковому дискурсі передбачає, що обов'язковим “елементом”

¹ Слід відзначити певну непослідовність (щонайменше, термінологічну) М.І. Хавронюка. Спочатку він відносить заходи кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб до “заходів, пов'язаних із кримінальною відповідальністю (форм реалізації кримінальної відповідальності)”, а згодом веде мову про “квазікримінальну відповідальність юридичних осіб”. Як наслідок, виникає запитання про те, чи позначається терміном “квазікримінальну відповідальність юридичних осіб” форма кримінальної відповідальності, чи мова йде про окремий вид юридичної відповідальності, відмінний від відповідальності кримінальної?

² С.Я. Лихова в одних фрагментах своєї публікації прямо веде мову про “кримінальну відповідальність юридичних осіб”, але вже наприкінці статті приходить до висновку, що законодавець запровадив у кримінальне право України “квазівідповідальність змішаного (кримінально-адміністративного) типу”.

³ О.Ф. Пасека *de lege ferenda* начебто схиляється до того, що в кримінальному законодавстві має бути закріплена кримінальна відповідальність юридичних осіб, однак вказує, що *de lege lata* нормативна регламентація заходів кримінально-правового характеру, які застосовуються до юридичних осіб, потребує вдосконалення, у тому числі — в частині конкретизації юридичної природи цих заходів.

ретроспективної кримінальної відповідальності є так званий “державний осуд”, який виявляється у визнанні особи винною у вчиненні злочину в резолютивній частині вироку суду. З положень же чинного кримінального та кримінального процесуального законодавства випливає, що юридична особа в разі застосування до неї заходів кримінально-правового характеру державного осуду не зазнає. Так, ч. 4 ст. 374 Кримінального процесуального кодексу України не передбачає що складовою резолютивної частини вироку суду має бути припис, зміст якого міг би бути інтерпретований як осуд юридичної особи. Зазначений нормативний орієнтир говорить лише про “рішення про застосування до юридичної особи заходів кримінально-правового характеру”. На нашу думку, вже ця обставина є достатньою підставою для висновку про те, що інститут заходів кримінально-правового характеру, що застосовуються до юридичних осіб, не можна вкласти у “прокрустове ложе” сучасного вчення про кримінальну відповідальність. Протилежна точка зору з даного приводу вимагає концептуального переосмислення змісту кримінальної відповідальності. Однак прихильники концепції “заходи кримінально-правового характеру, що застосовуються до юридичних осіб, є проявом (формою) кримінальної відповідальності” начебто утримуються від подібних пропозицій.

Кримінальному праву України ще до запровадження зазначеного правового інституту були відомі заходи кримінально-правового характеру¹, відмінні від кримінальної відповідальності, а саме — примусові заходи виховного характеру², примусові заходи медичного характеру, примусове лікування, спеціальна конфіскація, звільнення від кримінальної відповідальності³. Відповідно, слід з'ясувати, чи можна віднести до їх числа й заходи кримінально-правового характеру, що застосовуються до юридичних осіб? Особливо в світлі того, що на це досить однозначно вказує нормативне найменування зазначених правових заходів.

На наш погляд, перш за все важливо звернути увагу на фактичну підставу застосування заходів кримінально-правового характеру, відмінних від кримінальної відповідальності:

¹ Варто відзначити, що окремі науковці (наприклад, Ю.А. Пономаренко [15, с. 143-144]) взагалі ставлять під сумнів кримінально-правову природу деяких із них (зокрема, примусових заходів медичного та виховного характеру).

² Мається на увазі застосування цих заходів у порядку ч. 2 ст. 97 КК. У випадках, передбачених ч. 1 ст. 97 та ст. 105 КК, примусові заходи виховного характеру, на наш погляд, “трансформуються” в частину змісту звільнення від кримінальної відповідальності (детальніше див. нижче про пов'язану з цим проблему) та звільнення від покарання.

³ Відзначимо, що у вітчизняній кримінально-правовій доктрині висловлювалась й точка зору про те, що звільнення від кримінальної відповідальності є формою кримінальної відповідальності [16, с. 96-97].

а) примусові заходи виховного характеру застосовуються у випадку вчинення суспільно небезпечного діяння, що підпадає під ознаки діяння, передбаченого Особливою частиною (ч. 2 ст. 97 КК);

б) примусові заходи медичного характеру — у випадку вчинення злочину (ч. 2 ст. 20 КК) або суспільно небезпечного діяння, що підпадає під ознаки діяння, передбаченого Особливою частиною КК (ст. 92 КК);

в) примусове лікування — “до особи, яка вчинили злочини та має хворобу, що становить небезпеку для здоров'я інших осіб” (ст. 96 КК);

г) спеціальна конфіскація — у випадку вчинення злочину чи суспільно небезпечного діяння, що підпадає під ознаки діяння, передбаченого Особливою частиною КК (ст. 96-1 КК)¹;

г) звільнення від кримінальної відповідальності — у випадку вчинення злочину (ч. 1 ст. 44 КК).

Таким чином, примусові заходи виховного характеру, примусові заходи медичного характеру та спеціальна конфіскація застосовуються до особи:

а) *лише* у випадку вчинення суспільно небезпечного діяння, що підпадає під ознаки діяння, передбаченого Особливою частиною КК (примусові заходи виховного характеру); або

б) *у тому числі й* у випадку вчинення суспільно небезпечного діяння, що підпадає під ознаки діяння, передбаченого Особливою частиною КК (примусові заходи медичного характеру, спеціальна конфіскація).

Саме за фактичною підставою зазначені правові заходи різняться від кримінальної відповідальності, що являє собою “реакцію” держави виключно на вчинення злочину. Понад те, примусові заходи виховного характеру, примусові заходи медичного характеру та спеціальну конфіскацію, на нашу думку, не можна вважати проявами юридичної відповідальності взагалі, оскільки фактичною підставою останньої є правопорушення, обов'язковим компонентом складу якого в загальній теорії права називається осудний (деліктоздатний) суб'єкт [17, с. 273, 545].

Дещо неоднозначним виглядає те, що примусові заходи медичного характеру та спеціальна конфіскація можуть застосовуватись до особи й у випадку вчинення нею злочину (правопорушення). Зокрема, цілком справедливим виглядає запитання про те, чи не можна вважати проявом юридичної відповідальності (у будь-якому випадку альтернативним

¹ Чинна на момент набрання чинності ЗУ № 314-VII від 23.05.2013 року редакція ст. 96-1 КК допускала можливість застосування спеціальної конфіскації лише у випадку вчинення особою злочину.

відповідальності кримінальній) застосування таких кримінально-правових заходів у випадку вчинення особою злочину?

На нашу думку, відповідь на таке запитання має бути негативною. Варіативність фактичної підстави означає, що з точки зору загальної теорії права примусові заходи медичного характеру та спеціальна конфіскація мають розглядатись як так звані “заходи захисту”. Наприклад, Д.А. Ліпінський та А.Г. Бессоліцин визначають заходи захисту як “охоронювальні правові заходи (один із проявів державного примусу), що застосовуються у випадках вчинення правопорушення чи настання інших юридичних фактів, переслідують цілі попередження, прискання, регулювання, відновлення, а також — забезпечення безпеки (підкреслено мною — К.З.)” [18, с. 113; 19, с. 9].

Окрім того, відмітимо, що в теорії ібероамериканського¹ кримінального права заходи з “комбінованою” юридичною природою, які за одних обставин можуть виконувати функцію покарання (*pena*), а за інших – функцію заходу безпеки (*medida de seguridad*), називаються санкціями “третього шляху” (*sancciones de la “tercera via”*) [20, с. 170-175].

Примусове лікування та звільнення від кримінальної відповідальності відповідно до положень чинного кримінального закону можуть застосовуватись виключно у випадку вчинення особою злочину (правопорушення). Такий стан речей вимагає з'ясувати, чи не є ці правові заходи проявом юридичної відповідальності? На наш погляд, усуває будь-яку невизначеність в даному питанні вже не фактична підстава правових заходів, а власне їх юридичний зміст.

Примусове лікування, спрощено кажучи, є “реакцією” держави не на порушення особою норм кримінального права, а на стан її здоров'я. Відтак, даний правовий захід із загальнотеоретичної точки зору також (як і примусові заходи виховного та медичного характеру та спеціальну конфіскацію) слід вважати “заходом захисту”, а не заходом юридичної відповідальності.

Дещо менш однозначною є ситуація із звільненням особи від кримінальної відповідальності. У науковій літературі цей правовий захід розуміється як відмова держави в особі компетентних органів від застосування до особи (покладення на неї) кримінальної відповідальності [21, с. 97; 22, с. 58; 23, с. 373; 24, с. 18-19]. З точки зору чинного кримінального закону звільнення від кримінальної відповідальності за загальним правилом не передбачає застосування до особи: а) правових наслідків, що властиві кримінальній

¹ Даний термін стосується держав Піренейського (Іберійського) півострова та Латинської Америки.

відповідальності (державний осуд, покарання, судимість); б) будь-яких інших несприятливих ефектів юридичного характеру¹. З огляду на це даний правовий захід, на нашу думку, також слід визнавати таким, що позбавлений ознак юридичної відповідальності.

Оцінюючи фактичні підстави та зміст заходів кримінально-правового характеру, які застосовуються до юридичних осіб, слід констатувати, що вони за цими критеріями істотно різняться від проаналізованих вище заходів кримінально-правового характеру:

а) *фактичною підставою* заходів кримінально-правового характеру, що застосовуються до юридичних осіб, *є виключно злочин* (п.п. 1), 3), 4) ч. 1 ст. 96-3 КК) або ж *фактична ситуація, однієї із складових якої є злочин* (п. 2) ч. 1 ст. 96-3 КК)² (принципова відмінність від примусових заходів виховного та медичного характеру й спеціальної конфіскації);

б) такі заходи *є “реакцією” держави саме на злочин чи зазначену фактичну ситуацію*, а не на інші фактичні обставини (принципова відмінність від примусового лікування);

в) вказана *“реакція” передбачає несприятливі (негативні) наслідки для певного суб'єкта права* (принципова відмінність від звільнення від кримінальної відповідальності).

Таким чином, з точки зору загальної теорії права заходи кримінально-правового характеру, що застосовуються до юридичних осіб, виглядають проявом юридичної відповідальності. У той же час, ми вже відзначили вище, що даний правовий захід безумовно не може вважатись проявом (формою) кримінальної відповідальності.

¹ Проблемною виглядає юридична природа так званих “умовних видів звільнення від кримінальної відповідальності”, передбачених ч. 1 ст. 47, ч. 1 ст. 97 КК. Дані правові заходи: а) застосовуються виключно у випадку вчинення особою злочину (правопорушення); б) не передбачають правових наслідків, характерних для кримінальної відповідальності; в) однак передбачають застосування до особи інших правових наслідків. Такі заходи, щонайменше, не в повній мірі відповідають узагальненому розумінню кримінальної відповідальності, оскільки при застосуванні ч. 1 ст. 47, ч. 1 ст. 97 КК держава не лише відмовляється від застосування до особи кримінальної відповідальності, але й застосовує до неї інші правові наслідки. Дана проблема потребує окремого дослідження, однак, на разі констатуємо лише те, що так звані “умовні види звільнення від кримінальної відповідальності”, можливо, взагалі слід розглядати як заходи кримінально-правового характеру, відмінні за своєю природою від “безумовних видів звільнення від кримінальної відповідальності”. De lege ferenda такий висновок потребує суттєвого вдосконалення змісту кримінального закону.

² Неточність допускає Г.З. Яремко, вказуючи, що матеріальною підставою застосування заходів кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб є “вчинення уповноваженою особою юридичної особи від її імені лише певних злочинів (ст. 96-3 КК України)”. Незабезпечення виконання покладених на уповноважену особу законом або установчими документами юридичної особи обов'язків щодо вжиття заходів із запобігання корупції (п. 2) ч. 1 ст. 96-3 КК) може й не полягати у вчиненні злочину якого-небудь виду. Особливості тлумачення п. 2) ч. 1 ст. 96-3 КК предметно розглядалися в іншій моїй публікації [25, с. 73-74].

Видається, що вийти із цієї колізійної ситуації можна, врахувавши деякі правові позиції Конституційного Суду України (далі — КСУ, Суд). Так, у рішенні в справі за конституційним зверненням відкритого акціонерного товариства “Всеукраїнський Акціонерний Банк” щодо офіційного тлумачення положень пункту 22 частини першої статті 92 Конституції України, частин першої, третьої статті 2, частини першої статті 38 Кодексу України про адміністративні правопорушення (справа про відповідальність юридичних осіб) від 30.05.2001 року № 7-рп/2001 КСУ: а) відзначив, що “положення пункту 22 частини першої статті 92 Конституції України треба розуміти так, що ним безпосередньо не встановлюються види юридичної відповідальності” (п. 1.1. резолютивної частини рішення); б) *de facto* визнав, що у правовій системі України сформувалося явище “відповідальності юридичних осіб у публічних сферах” (абз. 1 п. 5 мотивувальної частини рішення)¹. При цьому використання КСУ терміну “відповідальність” видається цілком свідомим, оскільки Суд відзначив, що в різноманітних нормативно-правових актах, які стали предметом його уваги, йшла мова про “фінансові санкції”, “штрафи”, “заходи впливу”, “заходи впливу та санкції” щодо юридичних осіб (абз. 5 п. 3 мотивувальної частини рішення), а термін “відповідальність” для характеристики відповідних правових заходів не застосовувався.

Таким чином, з набранням чинності ЗУ № 314-VII від 23.05.2013 року КК став у ряд з іншими нормативно-правовими актами, що встановлюють відповідальність юридичної особи за правопорушення публічного характеру, а саме — з Господарським кодексом України (ст. 238), Податковим кодексом України (п. 111.2), Законом України “Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення” від 14.10.2014 року № 1702-VII (ст. 24) тощо.

Положення всіх цих законодавчих актів відзначаються або надмірною партикулярністю (в більшості випадків) або ж надмірною абстрактністю², що не дозволяє говорити про існування єдиного міжгалузевого інституту відповідальності юридичної особи за правопорушення в публічній сфері. Видається, що можна вести мову лише про множину видів відповідальності

¹ Суд підкреслив, що в даному разі не йде мова про адміністративну відповідальність, оскільки суб'єктом останньої є фізична особа (п. 1.2. резолютивної частини рішення).

² Зокрема, в Господарському кодексу України вживається термін “адміністративно-господарські санкції”, який гіпотетично міг би охопити всі випадки відповідальності юридичних осіб за правопорушення в публічній сфері, однак з тексту надто неконкретних положень даного законодавчого акту важко зрозуміти, чи можуть, наприклад, вважатись адміністративно-господарськими санкціями заходи кримінально-правового характеру, що застосовуються до юридичних осіб.

юридичної особи, які розмежовуються за характером правопорушення (сферою, в якій воно вчиняється).

Отже, з огляду на сказане вище *інститут заходів кримінально-правового характеру, що застосовуються до юридичних осіб, за кримінальним правом України являє собою окремий вид юридичної відповідальності, відмінний від відповідальності кримінальної*¹.

Серйозної уваги потребує й те, що заходи кримінально-правового характеру застосовуються до юридичної особи у зв'язку із діянням, вчиненим її уповноваженою особою:

а) незабезпеченням виконання покладених на неї законом або установчими документами юридичної особи обов'язків щодо вжиття заходів із запобігання корупції (п. 2) ч. 1 ст. 96-3 КК);

б) вчиненням нею злочину від імені та в інтересах юридичної особи (п.п. 1), 4) ч. 1 ст. 96-3 КК);

в) вчиненням злочину від імені юридичної особи (п. 3) ч. 1 ст. 96-3 КК).

Такий зміст кримінального закону з неминучістю призводить до запитання — юридична особа підлягає відповідальності за “чуже” чи за “своє” діяння? Якщо екстраполювати на це запитання теоретичні концепції кримінально-правової доктрини держав, що належать до сім'ї загального права, воно може бути переформульоване інакше — законодавець закріпив у КК так звану “субститутивну відповідальність” (vicarious liability) юридичних осіб чи відповідальність за принципом “ототожнення” (теорія alter ego)?²

Відповідно до ч. 1 ст. 1172 Цивільного кодексу України юридична відшкодовує шкоду, завдану їхнім працівником під час виконання ним своїх трудових (службових) обов'язків. У вітчизняній цивільно-правовій доктрині це положення традиційно розглядається як показник того, що дії працівника юридичної особи ототожнюються з нею самою і в підсумку остання несе відповідальність за “власне” правопорушення³. Видається, що з декількох причин подібний висновок навряд чи можна зробити відносно ч. 1 ст. 96-3 КК:

а) *порушення норм публічного правопорядку (зокрема, норм кримінального права) за жодних умов не може вважатись діянням, яке уповноважена особа юридичної особи вчиняє в межах своєї компетенції (обумовленої трудовими чи цивільними правовідносинами)*. Отже, оскільки уповноважена особа, вчиняючи

¹ У контексті цього згадка в назві ЗУ № 314-VII від 23.05.2013 року про “відповідальність” (але не кримінальну!) юридичних осіб видається свідомим (і, мабуть, не позбавленим сенсу) рішенням законодавця.

² Див. детальніше з цього приводу роботу Г.А. Есаков [26, с. 27].

³ Див. детальніше з цього приводу роботу С.Д. Гринько (Русу) [27, с. 101-103].

злочин чи порушуючи обов'язки щодо вжиття заходів із запобігання корупції, діє *ultra vires*, таке діяння є “чужим” для юридичної особи;

б) застосування заходів кримінально-правового характеру до юридичної особи не виключає кримінальної відповідальності уповноваженої особи чи іншої фізичної особи (у випадку з п. 2) ч. 1 ст. 96-3 КК). Водночас у цивільному праві працівник юридичної особи може нести відповідальність лише перед нею самою в регресному порядку і не несе цивільно-правової відповідальності перед суб'єктом права, якому він спричинив шкоду.

Таким чином, можна зробити висновок про те, що *передбачена чинним КК відповідальність юридичних осіб має субститутивний характер (являє собою відповідальність за “чуже” діяння).*

Список використаної літератури:

1. Батраченко Т.С. Визначення окремих проблемних питань щодо кримінальної відповідальності юридичних осіб / Т.С. Батраченко // Вісник Академії митної служби України. Сер. : Право. - 2013. - № 2. - С. 97-101.

2. Митрофанов І.І. Засоби кримінально-правового впливу на юридичних осіб / І.І. Митрофанов // Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України. - 2014. - № 2. - С. 126-134.

3. Панов М.І. Заходи кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб як новела у кримінальному законодавстві України [Електронний ресурс]. / М.І. Панов, С.О. Харитонов // Вісник Асоціації кримінального права України. — 2014. — № 2(3) — С. 44-55. — Режим доступу: http://nauka.jur-academy.kharkov.ua/download/visnik_yg/3/4.pdf.

4. Нерсисян А.С. Заходи кримінально-правового характеру щодо юридичної особи: аналіз нового законопроекту [Електронний ресурс] / А.С. Нерсисян // Вісник Вищої ради юстиції. - 2013. - № 2. - С. 181-192. - Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/vvru_2013_2_19.pdf.

5. Пономаренко Ю.А. Форми реалізації кримінальної відповідальності за кримінальним законодавством України / Ю.А. Пономаренко // Збірник наукових праць Харківського національного педагогічного університету імені Г. С. Сковороди. “Право”. - 2013. - Вип. 20. - С. 65-72.

6. Кухар В.В. До питання доцільності запровадження кримінальної відповідальності юридичних осіб в Україні / В.В. Кухар // Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України. - 2014. - № 1. - С. 77-81.

7. Ященко А.М. Деякі міркування щодо форм реалізації кримінальної відповідальності та інших заходів кримінально-правового характеру / А.М.

Ященко // Вісник кримінологічної асоціації України. - 2015. - № 1(9). - С. 212-223.

8. Андрушко П.П. Щодо запровадження заходів кримінально-правового характеру стосовно юридичних осіб за вчинення злочинів на їх користь чи в їх інтересах / П.П. Андрушко // Кримінально-правові та кримінологічні засади протидії корупції в Україні : матеріали науково-практичної конференції (19 квітня 2013 року, м. Харків) / МВС України, Харківський нац. ун-т внутр. справ; Кримінологічна асоціація України. – Х. : Золота миля, 2013. – С. 30-34.

9. Яремко Г.З. Система заходів кримінально-правового характеру [Електронний ресурс] / Г.З. Яремко // Часопис Академії адвокатури України. - 2014. - Т. 7, № 4. - С. 89-92. - Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/Chaau_2014_7_4_15.pdf.

10. Орловська Н. Про модель кримінально-правового впливу на юридичну особу / Н. Орловська // Юридичний вісник. – 2014. – № 2. – С. 125-130.

11. Гончар Т.О. Заходи кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб за чинним кримінальним кодексом України / Т.О. Гончар // Правова держава. - 2014. - № 17. - С. 76-80.

12. Дудоров О.О. Кримінальне право: навчальний посібник / О.О. Дудоров, М.І. Хавронюк; за заг. ред. М.І. Хавронюка. - К.: Ваіте, 2014. - 944 с.

13. Лихова С.Я. Юридичні особи як суб'єкти кримінальної відповідальності / С.Я. Лихова // Юридичний вісник. - 2014. - № 4 (33). - С. 128-132.

14. Пасека О.Ф. Заходи кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб: окремі проблемні питання [Електронний ресурс] / О.Ф. Пасека // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. серія юридична. - 2014. - Вип. 4. - С. 253-263.

15. Пономаренко Ю.А. Про вплив подій 2013-2014 років на предмет кримінального права / Ю.А. Пономаренко // Забезпечення єдності судової практики у кримінальних справах в контексті подій 2013-2014 років в Україні / Д.С. Азаров, П.П. Андрушко, Л.П. Брич та інші; упорядник — Т.І. Созанський. - К.: ВАІТЕ, 2014. - С. 143-146.

16. Грищук В.К. Доктринальне розуміння форм реалізації кримінальної відповідальності людини / В.К. Грищук // Актуальні проблеми кримінальної відповідальності: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 10–11 жовт. 2013 р. / Ред. кол.: В.Я. Тацій (голов. ред.) та ін. – Х.: Право, 2013. – С. 93–98.

17. Хачатуров Р.Л. Общая теория юридической ответственности: монография / Р.Л. Хачатуров, В.Д. Липинский. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2007. – 950 с.

18. Бессолицын А.Г. О мерах защиты и юридической ответственности / А.Г. Бессолицын, Д.А. Липинский // Вектор науки ТГУ. - 2010. - № 3 (3). - С. 109-114.
19. Бессолицын А.Г. Цели и функции юридических мер защиты : автореферат дис. на соискание ученой степени кандидата юрид. наук: спец. 12.00.01 / А. Г. Бессолицын. - М., 2008. - 26 с.
20. Beristain Ipiña A. Medidas penales en Derecho Contemporáneo. (Teoría, Legislación positiva y realización práctica) / A. Beristain Ipiña. – Madrid: Ed. Reus, 1974. – 436 p.
21. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / Ю.В. Александров, П.П. Андрушко, В.І. Антипов та ін.; відп. ред. С.С. Яценко. – 4-те вид., переробл. та доповн. – К. : А.С.К., 2005. – 848 с.
22. Баулін Ю.В. Звільнення від кримінальної відповідальності / Ю.В. Баулін. – К. : Атіка, 2004. – 296 с.
23. Баулін Ю.В. Звільнення від кримінальної відповідальності / Ю.В. Баулін // Юридична відповідальність: проблеми виключення та звільнення / О.Ф. Андрійко, Ю.В. Баулін, М.І. Іншин та ін.; відп. ред. Ю.В. Баулін. - Донецьк: Кальміус, 2013. - С. 368-387.
24. Козак О.С. Ефективність звільнення від кримінальної відповідальності в Україні: / О.С. Козак; за ред. О.М. Бандурки. – К.: Освіта України, 2009. – 204 с.
25. Задоя К.П. Проект постанови Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ “Про судову практику в справах про злочини у сфері службової та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг” (з коментарем до нього) / К.П. Задоя // Судова практика в справах про злочини в сфері службової та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг / К.П. Задоя, М.О. Захаренко, К.І. Киливник та ін.; наук. ред. К.П. Задоя. - К.: Аграр Медіа Груп, 2014. - С. 7-76.
26. Есаков Г.А. Учение о преступлении в странах семьи общего права: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.08 / Г. А. Есаков. - Москва., 2007. - 46 с.
27. Гринько (Русу) Д.С. Юридичні особи як суб'єкти деліктних зобов'язань за цивільним законодавством України та європейських країн: порівняльно-правовий аналіз / С.Д. Гринько (Русу) // Університетські наукові записки. - 2013. - № 3. - С. 101-108.

У статті аналізуються правові заходи щодо юридичних осіб за кримінальним законодавством України. Вивчається проблема природи таких

заходів. Акцентується увага на тому, що заходи щодо юридичних осіб є особливим видом юридичної відповідальності, відмінним від кримінальної відповідальності.

Ключові слова: кримінальне законодавство, юридична особа, кримінальна відповідальність, субститутивна відповідальність, заходи кримінально-правового характеру.

В статье анализируются правовые меры в отношении юридических лиц по уголовному законодательству Украины. Изучается проблема природы таких мер. Акцентируется внимание на том, что меры в отношении юридических лиц является особым видом юридической ответственности, отличным от уголовной ответственности.

Ключевые слова: уголовное законодательство, юридическое лицо, уголовная ответственность, субститутивная ответственность, меры уголовно-правового характера.

In the article it has been analyzed the legal measures against legal entities by the Ukrainian criminal legislation. The problem concerning nature of such measures have been studied. It has been focused on the fact that the measures against legal entities are special kind of legal liability other then criminal liability.

Key words: criminal legislation, legal entity, criminal liability, vicarious liability, criminal law measures

ІНСТИТУТ ВИНИ У ПОДАТКОВОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

Гедзюк Олена Вікторівна

кандидат юридичних наук

асистент кафедри фінансового права

Київського національного університету імені Тараса Шевченка



Податкове законодавство, хоча і встановлює принцип стабільності, проте саме Податковий кодекс України чи не найчастіше підпадає під пильну увагу наших парламентарів та зазнає постійних змін. Однак, на що законодавчий орган не бажає звертати увагу, так це на склад податкового правопорушення, який закріплений у статті 109 Податкового кодексу України, а саме на його суб'єктивну сторону.

Дослідження інституту податкової відповідальності загалом та вини як категорії податкового права, зокрема, дуже актуальне. Дотримання чинного законодавства та належне виконання платниками податків покладених на них обов'язків забезпечить стабільні надходження до бюджету та, як наслідок, ефективне виконання державою власних функцій. Актуальність теми полягає також у необхідності вирішення наукових та практичних проблем визначення вини в діяннях суб'єктів податкових правопорушень.

За загальним правилом, яке було напрацьоване теорією права, правопорушення визначається як винне, протиправне, суспільно небезпечне діяння, за яке передбачена юридична відповідальність. До елементів складу правопорушення належать суб'єкт, суб'єктивна сторона, об'єкт та об'єктивна сторона.

У відповідності до статті 109 Податкового кодексу України, податковими правопорушеннями є протиправні діяння (дія чи бездіяльність) платників податків, податкових агентів, та/або їх посадових осіб, а також посадових осіб контролюючих органів, що призвели до невиконання або неналежного виконання вимог, установлених цим Кодексом та іншим законодавством, контроль за дотриманням якого покладено на контролюючі органи.

Суб'єктом податкового правопорушення може бути фізична та юридична особа. Таким чином, законодавець передбачає чотири групи суб'єктів податкових правопорушень, а саме: 1) платники податків; 2) податкові агенти; 3)

посадові особи платників податків та податкових агентів, 4) посадові особи контролюючих органів.

Виділення осіб як суб'єктів податкового правопорушення передбачає наявність певних ознак. Насамперед йдеться про наділення певними правами і обов'язками, спеціальним статусом, пов'язаним з оподаткуванням і закріпленим податковим законодавством.¹

Платниками податків визнаються фізичні особи (резиденти і нерезиденти України), юридичні особи (резиденти і нерезиденти України). Податковим агентом визначається особа, на яку Податковим кодексом України покладається обов'язок з обчислення, утримання з доходів, що нараховуються (виплачуються, надаються) платнику, та перерахування податків до відповідного бюджету від імені та за рахунок коштів платника податків.

Відповідно до статті 110 Податкового кодексу України, серед осіб, які притягаються до відповідальності за вчинення податкових правопорушень виділено платників податків, податкових агентів та/або їх посадових осіб. Тобто, посадові особи контролюючих органів, які згадуються в статті 109 Податкового кодексу взагалі відсутні, що породжує невизначеність в цьому питанні. Більш того, всі склади податкових правопорушень, які встановлені у главі 11 розділу II Податкового кодексу України не передбачають суб'єктом відповідальності посадову особу контролюючого органу. На наш погляд, у такому випадку доречно говорити про дисциплінарне правопорушення, про яке, до речі, не йдеться у статті 111 Податкового кодексу України, де передбачена можливість бути притягненим за вчинення податкового правопорушення до фінансової, адміністративної, кримінальної відповідальності.

Об'єктом правопорушення виступають ті суспільні відносини, на які спрямовано діяння і яким завдається шкода в результаті вчинення правопорушення. У сфері податкового регулювання такими є відносини, що встановлюють порядок реалізації податкового обов'язку у широкому розумінні. Фактично об'єктом податкового правопорушення є фінансові інтереси держави, що охоплюють процес формування централізованих грошових фондів за рахунок податків та зборів.² Деякі науковці вказують на те, що загальним об'єктом податкового правопорушення є податкова система країни.³

¹ Податковий кодекс України: постатейний коментар : у 2 ч. / В. В. Білоус, Л. К. Воронова, О. О. Головашевич та ін. ; за ред. М. П. Кучерявенка. - Х. : Право, 2011. - Ч. 1. - С. 648.

² Податковий кодекс України: постатейний коментар : у 2 ч. / В. В. Білоус, Л. К. Воронова, О. О. Головашевич та ін. ; за ред. М. П. Кучерявенка. - Х. : Право, 2011. - Ч. 1. - С. 646.

³ Налоговое право : учеб. пособ. / под ред. С. Г. Пепеляев. - М. : ИД ФБК-ПРЕСС, 2000. - С. 237.

Об'єктивна сторона правопорушення показує його вираження зовні, вона включає ті елементи протиправної поведінки, які характеризують правопорушення як певний акт зовнішнього прояву в об'єктивній дійсності. За своєю сутністю об'єктивна сторона правопорушення - це зовнішній акт людської поведінки, що має просторово-часові характеристики.¹ Об'єктивна сторона податкових правопорушень передбачає як дію, так і бездіяльність.

Суб'єктивна сторона правопорушення, яка характеризує внутрішнє ставлення особи до вчиненого нею діяння, включає вину, а також цілі та мотиви протиправної поведінки. Центральним елементом дослідження суб'єктивної сторони правопорушення є саме визначення змісту вини.

Під виною в науці розуміють психічне ставлення особи до своєї протиправної поведінки та її результатів. Розрізняють дві форми вини: умисел і необережність. Умисел характеризується усвідомленням особою протиправності своєї поведінки і бажанням їх настання або байдужим ставленням до нього. Необережність характеризується тим, що особа, хоча й усвідомлює протиправність своєї поведінки, не передбачає можливість наслідків, не бажає їх настання, але повинна була усвідомлювати характер своєї поведінки і передбачати наслідки. У подальшому для класифікації виокремлюють прямий і непрямий умисел, грубу і просту необережність. Такий підхід може бути доцільний щодо фізичних осіб у кримінальному праві, але непродуктивний у цивільному, для юридичних осіб,² та, відповідно неможливий для застосування в межах податкового права.

У вині суб'єкта права одержує конкретизацію принцип свободи волі - наріжний камінь концепцій права, правопорушення і відповідальності. Через свідомість і волю суб'єкта права заломлюються всі елементи складу правопорушення, внаслідок чого воно постає перед нами як втілення вільного задуму дієздатної особи, втілення, яке перетворило його на правопорушення.³ Теорія вини, яка виходить із філософських категорій можливостей та дійсності, на думку багатьох вчених, найближча до потреб практики.⁴ Формула Енгельса

¹ Хачатуров, Р. Л. Общая теория юридической ответственности : монография / Р. Л. Хачатуров, Д. А. Липинский. - СПб. : Юридический центр Пресс, 2007. - С. 285.

² Відповідальність у праві: філософія, історія, теорія : монографія / [І. Безклубий, С. Бобровник, І. Гриценко та ін.] за заг. Ред. І. Безклубого. - К. : Грамота, 2014. - С. 327.

³ Іванський А.Й. Фінансова-правова відповідальність : теоретичний аналіз : монографія / А.Й. Іванський. - О. : Юридична література, 2008. - С. 202.

⁴ Калмыков Ю.Х. Вопросы применения гражданско-правовых норм. / Ю.Х. - Саратов, 1976; Пугинский Б.И. Применение принципа вины при регулировании хозяйственной деятельности. / Б. И. Пугинский. - // Сов. ГиП. - 1976. - № 10; Пугинский Б.И., Сафиуллин Д.Н. Правовая экономика: проблемы становления / Б.И. Пугинский, Д.Н. Сафиуллин. - М., 1991.

«...свобода воли означает ... не что иное, как способность принимать решения со знанием дела».¹

Законодавець у статті 109 Податкового кодексу України не встановлює вини як елемент податкового правопорушення. Виникає питання чи зроблено це випадково, чи, можливо, цілеспрямовано, та чи можна говорити про відповідальність без вини у цьому контексті. З однієї сторони, держава прагне задовольнити публічний інтерес та наповнити бюджет, а з іншої, залишається відкритим питання, чи не відбувається у такому випадку порушення прав платника податку.

Для прикладу, в статті 106 Податкового кодексу Російської Федерації податкове правопорушення визначається як винне, протиправне (з порушенням законодавства про податки і збори) діяння (дія або бездіяльність) платника податків, податкового агента та інших осіб, за яке цим Кодексом встановлено відповідальність. У статті 108 Податкового кодексу Російської Федерації закріплено, що особа вважається невинуватою у вчиненні податкового правопорушення, поки її вини не буде доведено в передбаченому федеральним законом порядку. Особа, яка притягається до відповідальності, не зобов'язана доводити свою невинуватість у вчиненні податкового правопорушення. Обов'язок по доведенню обставин, що свідчать про факт податкового правопорушення і винну особи в його скоєнні, покладається на податкові органи. Крім того, серед обставин, які виключають притягнення особи до відповідальності за податкове правопорушення, встановлено відсутність вини в скоєнні такого правопорушення. Російський законодавець передбачає такі форми вини - умисел та необережність. Податкове правопорушення визнається вчиненим умисно, коли особа, яка його вчинила, усвідомлювала протиправний характер своїх дій (бездіяльності), бажала або свідомо допускав настання шкідливих наслідків таких дій (бездіяльності). Податкове правопорушення визнається вчиненим з необережності, якщо особа, яка його вчинила, не усвідомлювала протиправного характеру своїх дій (бездіяльності) або шкідливого характеру наслідків, що виникли внаслідок цих дій (бездіяльності), хоча повинна була і могла це усвідомлювати.

Обставинами, що виключають вини особи у вчиненні податкового правопорушення, у Податковому кодексі Російської Федерації, визнаються: 1) вчинення діяння, яке містить ознаки податкового правопорушення, внаслідок стихійного лиха або інших надзвичайних та непереборних обставин; 2)

¹ Ф. Энгельс. Анти-Дюринг. - М., 1948, стр. 107

вчинення діяння, яке містить ознаки податкового правопорушення, платником податків - фізичною особою, яка перебувала в момент його вчинення в стані, при якому ця особа не могла усвідомлювати свої дії або керувати ними внаслідок хворобливого стану; 3) виконання платником податків письмових роз'яснень про порядок обчислення, сплати податку або з інших питань застосування законодавства про податки і збори, даних йому або невизначеному колу осіб фінансовим, податковим або іншим уповноваженим органом державної влади в межах його компетенції. Це перелік не є вичерпним, адже інші обставини можуть бути визнані судом або податковим органом, який розглядає справу, як такі, що виключають вину особи у вчиненні податкового правопорушення.

У главі 11 розділу II Податкового кодексу України відсутні положення про звільнення особи від відповідальності. Проте, по самому тексту Податкового кодексу України все ж таки передбачені випадки такого звільнення. Наприклад, відповідно до п. 49.6 ст. 49 у разі втрати або зіпсуття поштового відправлення чи затримки його вручення контролюючому органу з вини оператора поштового зв'язку, такий оператор несе відповідальність відповідно до закону. У такому разі платник податків звільняється від будь-якої відповідальності за неподання або несвоєчасне подання такої податкової декларації. Платник податків протягом п'яти робочих днів з дня отримання повідомлення про втрату або зіпсуття поштового відправлення зобов'язаний надіслати поштою або надати особисто (за його вибором) контролюючому органу другий примірник податкової декларації разом з копією повідомлення про втрату або зіпсуття поштового відправлення.

Відповідно до статті 53 Податкового кодексу України не може бути притягнуто до відповідальності платника податків, який діяв відповідно до податкової консультації, наданої йому у письмовій або електронній формі, а також узагальнюючої податкової консультації, зокрема, на підставі того, що у майбутньому така податкова консультація або узагальнююча податкова консультація була змінена або скасована.

Пунктом 129.6 статті 129 Податкового кодексу України передбачено, що за порушення строку зарахування податків до бюджетів або державних цільових фондів, установлених Законом України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні», з вини банку або органу, що здійснює казначейське обслуговування бюджетних коштів, в якому відкриваються рахунки платників у системі електронного адміністрування податку на додану вартість, такий банк/орган сплачує пеню за кожний день прострочення, включаючи день сплати, та

штрафні санкції у розмірах, встановлених цим Кодексом, а також несе іншу відповідальність, встановлену цим Кодексом, за порушення порядку своєчасного та повного внесення податків, зборів, платежів до бюджету або державного цільового фонду. При цьому платник податків звільняється від відповідальності за несвоєчасне або перерахування не в повному обсязі таких податків, зборів та інших платежів до бюджетів та державних цільових фондів, включаючи нарахувану пеню або штрафні санкції.

У таких випадках наявна вина третьої сторони, а не платника податку. Тобто законодавець не встановлює вину як елемент податкового правопорушення, при цьому передбачає випадки звільнення від відповідальності за відсутності такої вини.

Погоджуємось із думкою авторів, яка була викладена у монографії «Проблеми вини у фінансовому праві України», виходячи з того, що в Податковому кодексі України містяться норми, які виключають фінансову відповідальність платника податків, а також те, що, відповідно до уставленої теорії держави і права, обов'язковою ознакою правопорушення є вина, то все викладене дозволяє зробити припущення, що і самі законодавці усвідомлюють, розуміють і прагнуть закріпити те, щоб у податковому праві вина також визнавалась обов'язковою ознакою податкового правопорушення.¹

Крім того, важливою є процедурна складова - встановлення вини платника податку. Так, Іоффе О.С. зазначав, що суд виходить з наявних у його розпорядженні об'єктивних даних. Але ці дані носять лише доказове значення для висновку суду про вину правопорушника і зовсім не утворюють зміст вини самої по собі як певного соціально-психічного акту.²

Для того щоб встановити наявність вини суд повинен:

1) Вивчити характер діяльності, у зв'язку із здійсненням якої правопорушення було вчинено.

2) З'ясувати, чи були дотримані ті вимоги, які впливають з об'єктивної природи здійснюваної діяльності.

3) Якщо об'єктивні вимоги, що впливають з суті справи, були дотримані, встановити, чи не мала можливості дана особа в силу його особистих якостей зробити набагато більше, ніж те, що зазвичай необхідно для виконання розпочатої ним діяльності.

¹ Проблеми вини у фінансовому праві України: монографія / О.А. Музика-Стефанчук, М.О. Федоров. - Кам.-Под.: -ТОВ «Друкарня Рута», 2015 - С. 108.

² Иоффе О.С. Избранные труды: В 4 т. Т.1. Правоотношение по советскому гражданскому праву. Ответственность по советскому гражданскому праву. - СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2003. - С. 373-375.

4) Перевірити, чи була підготовлена особа до виконання покладених на неї обов'язків, чи розпочала свою діяльність зі знанням справи.

5) Зважити і оцінити конкретні обставини, в умовах яких відбулися дії особи.

Це основні, але далеко не вичерпні шляхи, слідуючи яким, суд забезпечує збирання доказів для висновку про винуватість чи, навпаки, невинності особи, що притягається до відповідальності.¹

А.Й. Іванський наголошує на тому, що нині в законодавстві відсутня єдина методика доказування вини фізичної особи. Належних доказів, які б беззаперечно свідчили про справжні психологічні процес, що відбуваються у свідомості правопорушника, не існує. Фактично законодавець визнає під виною правопорушника не справжні психологічні процеси, які відбувалися у свідомості правопорушника, а ті, які на його думку мали місце у свідомості правопорушника. При такому стані справ навряд чи доцільно говорити про належним чином обґрунтовану та працездатну психологічну концепцію вини.²

Проте, платниками виступають не лише фізичні особи, але й юридичні. Для того аби розібрати концепції вини юридичної особи, на наш погляд, варто згадати про теоретичні підходи розуміння самої юридичної особи. Одна з яких - теорія фікції, поява якої завдячується християнській церкві. Папа Іннокентій IV в 1245 р. на Ліонському соборі заявив, що корпорація існує лише в людській уяві, що це фікція, придумана розумом. Корпорація позбавлена волі, лише її члени, живі люди, мають волю і діють. Наукове обґрунтування цієї теорії дав Ф. К. фон Савіньї. На його думку, юридична особа - це штучний, фіктивний суб'єкт, що допускається тільки для юридичних цілей, і штучна здатність цього суб'єкта поширюється тільки на відносини приватного права. Як проста фікція, юридична особа не може мати свідомості й волі, отже, є недієздатною; цей недолік дієздатності доповнюється представництвом, як при опіці й піклуванні над малолітніми й божевільними.³

Властивостями суб'єкта права в дійсності володіє тільки людина, проте законодавець, створюючи видуманий суб'єкт права, в практичних цілях визнає за юридичними особами властивості людської особистості. Фактично, за такого підходу юридична особа як суб'єкт, який не має волі, не може притягатись до

¹ Иоффе О.С. Избранные труды: В 4 т. Т.1. Правоотношение по советскому гражданскому праву. Ответственность по советскому гражданскому праву. - СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2003. - С. 373-375.

² Іванський А.Й. «Фінансова-правова відповідальність в сучасній Україні : теоретичне дослідження : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.07 / А.Й. Іванський. - Одеса, 2009. - С. 192.

³ Суворов Н.С. Об юридических лицах по римскому праву [Текст] / Н.С. Суворов. - М. : Статут, 2000. - С. 62 (Классика российской цивилистики).

відповідальності, де вина є обов'язковим елементом складу правопорушення. Г.Ф. Шершеневич писав про те, що основна помилка теорії фікції полягає в тому, що вона припустила, начебто людина стає суб'єктом права внаслідок своєї людської природи, ... але раб - людина, однак не є суб'єктом права... Будь який суб'єкт права є тільки нашим уявленням, однаково, чи йде мова про юридичну чи про фізичну особу. Недарма для позначення суб'єкта права вживається римський термін *persona*, що означає маску.¹

Французький учений М. Планіоль вважав, що юридична особа являє собою колективне майно, яке в якості суб'єкта права є юридичною фікцією, створеною для спрощеного його використання (теорія колективної власності). Під юридичною особою треба розуміти колективне майно, узятє нарізно від інших осіб й існуюче у відокремленому від індивідуальної власності володінні більш-менш значної групи людей. Корпорація розумілась як особливий спосіб управління майном, що належить колективу власників. Представники теорії асоціації розуміли асоціацію як форму, що дозволяє її членам об'єднати своє майно, щоб тим самим застрахуватися від ризику накладення на майно стягнень за особистими боргами членів асоціації.² Таким чином, юридична особа виступає засобом, який дозволяє полегшити управління колективною власністю. Ю. С. Гамбаров зауважував, що під поняттям «юридична особа» слід розуміти колективне майно.³

Відповідно до теорії інтересу, концепція юридичної особи полягала у визнанні людської індивідуальності єдиним і справжнім суб'єктом права, тобто є люди, що входять до складу корпорації, або люди, для задоволення потреб яких створено установу. Інтереси є у фізичних, а не у юридичної особи, в той час як право є юридично захищеним інтересом. Таким чином, юридична особа є просто формою, що створена для забезпечення реалізації інтересів фізичних осіб.

Прихильниками органічної теорії виходили з того, що корпорація не може бути фіктивною особою, оскільки вона - дійсна, реальна, жива особа, а не штучний продукт мислення, і що не можна довільно обмежувати існування

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. - Т. 1. / Г.Ф. Шершеневич.- М. : Статут, 2005. - с. 136 (Классика российской цивилистики).

² Грешников И.П. Субъекты гражданского права: юридическое лицо в праве и законодательстве. / И. П. Грешников. - СПб. : Изд-во «Юридический центр Пресс», 2002. - С. 39-40.

³ Гамбаров Ю.С. Курс гражданского права. - Т. 1. Часть общая / Ю. С. Гамбаров. - СПб.: Тип. М. М. Стасюлевича, 1911. - XII. - С. 450-452.

корпорації тільки приватним правом, тому що деякі види корпорацій можуть брати участь у публічному житті із самостійними правами.¹

У теорії виділяють різні підходи до розуміння природи юридичної особи, їх вивчення не є предметом дослідження, але навіть згадавши лише про деякі з них, бачимо, що в історії існували діаметрально протилежні підходи до розуміння природи таких суб'єктів. Відповідно до Цивільного кодексу України, юридичною особою є організація, створена і зареєстрована у встановленому законом порядку. Юридична особа наділяється цивільною правоздатністю і дієздатністю, може бути позивачем та відповідачем у суді. Юридична особа може бути створена шляхом об'єднання осіб та (або) майна. Юридичні особи, залежно від порядку їх створення, поділяються на юридичних осіб приватного права та юридичних осіб публічного права.

Як же необхідно розуміти вину юридичної особи? Пропонуємо розглянути позиції деяких науковців.

М.В. Костін виділяє такі ознаки вини юридичної особи: це суб'єктивне ставлення всього колективу юридичної особи до скоєного правопорушення; суб'єктивне ставлення має бути спрямоване на вчинення правопорушення; на скоєння правопорушення має бути спрямована панівна воля колективу, що проявляється у волі посадових осіб, які безпосередньо відповідають за вчинення юридичною особою протиправних дій.²

Національне податкове законодавство не дає відповіді на питання про вину юридичної особи, проте російський Податковий кодекс визначає вину організації у вчиненні податкового правопорушення залежно від вини її посадових осіб або її представників, дії (бездіяльність) яких зумовили вчинення даного податкового правопорушення.

У науці існують різні теорії вини юридичної особи, проте ми зупинимось на двох, на наш погляд, основних - суб'єктивній (психологічній) та поведінковій.

Прихильники суб'єктивної концепції визначають вину юридичних осіб через вину їх посадових осіб чи колективу, тобто вина представників юридичної особи, що відображає певне психічне ставлення персоніфікованих фізичних осіб до скоєного правопорушення та його шкідливих наслідків, екстраполюється на вину юридичної особи в цілому. При цьому залежно від того, як розуміється процес формування волі юридичної особи, в рамках

¹ Суворов Н.С. Об юридических лицах по римскому праву [Текст] / Н.С. Суворов. - М. : Статут, 2000. - С. 69 (Классика российской цивилистики).

² Костін М.В. Адміністративна правосуб'єктність юридичних осіб та особливості її реалізації в адміністративно-деліктних відносинах : дис. ...канд. юрид. наук : 12.00.07 / М.В. Костів, 2005. - С. 149.

суб'єктивного напрямку виділяють дві теорії: «домінуючою волі», під якою розуміють волю органів управління юридичної особи, його посадових осіб, а також інших осіб, які мають право давати обов'язкові вказівки в межах структури юридичної особи, та «колективної волі», яка заснована на тезі, що юридичні особи володіють самостійною волею як необхідною умовою настання відповідальності, а вина юридичної особи є ставлення з боку колективу до правопорушення, вчиненого його членом.¹

На думку В. Стефанюка, І. Голосніченка, М. Михеєнка, вина юридичної особи - це психічне ставлення осіб, які перебувають у безпосередніх організаційно-правових відносинах з нею, причетні до протиправних діянь, виражених в актах юридичної особи, що завдали шкоди суспільним відносинам, порядку управління, та їх наслідків, виявлене у формі умислу або необережності.²

Д. Лук'янець пише, що важливе значення має суб'єктивний аспект самої категорії вини, тому для визначення вини юридичної особи переважає оцінка фізичною особою не власних дій, а того, яким чином її дії впливають на дію саме юридичної особи. Уточнюючи поняття винних дій для юридичної особи, він зазначає, що протиправні дії, вчинені юридичною особою, вважаються винними, якщо вони є наслідком свідомих дій (бездіяльності) фізичних осіб, котрі входять до складу юридичної особи.³

У теорії «колективної волі» в якості суб'єктивних причин правопорушень, вчинених юридичними особами, треба розглядати не особисті якості кожного з працівників окремо, а характер відносин всередині колективу, що свідчить про недостатню організованість юридичної особи, зокрема: відсутність внутрішнього контролю, дефекти схеми розподілення обов'язків або їх невиконання, недостатня кваліфікація працівників або наявність труднощів у здійсненні ними своїх функцій або, навпаки, спрямованість організованої взаємодії людей на вчинення правопорушення. Саме такий «дефект» внутрішньої організації і є «виною» юридичної особи у вчиненні правопорушення, оскільки колектив або потурає (таємно чи явно) вчиненню правопорушення (внаслідок внутрішньої неорганізованості не контролює дії

¹ Кинсбургская В.А. К вопросу о субъективной стороне налогового правонарушения / В.А. Кинсбургская // Налоги и финансовое право. - 2010. - № 12. - С. 283-285.

² Стефанюк В. Інститут адміністративної відповідальності юридичних осіб: проблеми теорії та практики [Текст] / В. Стефанюк, І. Голосніченко, М. Михеєнко // Право України. - 1999. - № 9. - С. 7.

³ Лук'янець Д. Юридическое лицо как субъект административной ответственности: дополнительные аргументы «за» [Текст] / Д. Лук'янець // Юридическая практика. - 2001. - № 18. - С. 9.

свого працівника), або санкціонує вчинення правопорушення (прямо чи опосередковано схвалює протиправні дії, сприяє їх вчиненню).¹

Н. О. Морозова пише, що воля юридичної особи - це воля її колективу, яка складається в процесі взаємодії в рамках організаційних взаємозв'язків, яка виражається в процесі спільної діяльності, підпорядкованої загальній меті.²

Погляди прихильників поведінкової теорії не пов'язані з встановленням вольових чи психологічних моментів у частині вини юридичної особи. На думку О. В. Овчарової, вина юридичної особи являє собою комплекс негативних моментів, які характеризуються дезорганізацією діяльності юридичної особи, неприйняття нею необхідних заходів для належного виконання покладених на неї обов'язків, неприйняттям необхідних зусиль для попередження правопорушень та усунення їх причин.³

І. С. Іванов вказує, що при визначенні вини організації у вчиненні податкового правопорушення використаний загальноприйнятий психологічний підхід, який базується на прямій екстраполяції вини посадових осіб або представників організації на провину даної організації (*прим. автора - у законодавстві Російської Федерації*). Подібне проектування вини однієї особи по відношенню до іншої особи не є повною мірою конструктивно прийнятним. Тому науковець пропонує визначати вину організації ґрунтуючись на об'єктивно-правовому підході, характерному для адміністративного і цивільного права, відповідно до якого організація визнається винною в порушенні законодавства, у разі якщо у неї була можливість його дотримання, але даною організацією не були прийняті для цього всі залежні від неї заходи.⁴

Зміст такої теорії в тому, що вина розуміється не як акт свідомості, а як характеристика діяльності правопорушника в конкретних умовах. Наприклад, в США платник податків звільняється від відповідальності, якщо надасть докази, що він проявив звичайну турботу і передбачливість у справах (тобто такий ступінь турботи і передбачливості, який проявила би розумна, обережна людина), але все ж таки порушив закон внаслідок обставин, які він не міг контролювати.⁵

¹ Кинсбургская В.А. К вопросу о субъективной стороне налогового правонарушения / В.А. Кинсбургская // Налоги и финансовое право. - 2010. - № 12. - С. 285.

² Морозова Н. А. Административная ответственность юридических лиц: История, теория, практика: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2004. [Электронная версия] URL: <http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=1153054>

³ Овчарова Е. В. Административная ответственность юридических лиц: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2001. С. 13.

⁴ Иванов И. С. Институт вины в налоговом праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006.

⁵ Іванський А.Й. Фінансова-правова відповідальність : теоретичний аналіз : монографія / А.Й. Іванський. - О. : Юридична література, 2008. - С. 211.

На думку Б. І. Пугинського, вину слід розуміти не як акт свідомості, а як характеристику діяльності порушника в конкретних умовах її здійснення.¹

На наш погляд, такий підхід може бути застосований до юридичних осіб, як платників податків, так і податкових агентів. Звісно, можна говорити, що недоліком цієї концепції є те, що поза увагою залишається вольовий аспект, так як вина ототожнюється з протиправністю. Проте, юридична особа має свою специфічну природу, особливості свого правового статусу, тому «вдягати» вину по аналогії із фізичною особою (в суб'єктивному розумінні) на неї не можна. Крім того, не завжди колектив чи навіть відповідальна посадова особа усвідомлюють вчинювані ними дії. У психологічній концепції вини фактично відбувається перекладання вини фізичної особи (посадової) на юридичну особу, проте, це різні суб'єкти.

Висновки

Питання суб'єктивної сторони податкового правопорушення у податковому праві було і залишається актуальним та проблемним, адже законодавство не дає вичерпних відповідей. Вважаємо, що увага до вини у податковому праві має перейти з площини лише наукових досліджень та дискусій до свого закріплення у Податковому кодексі України. З огляду на вищевикладене, пропонуємо у главі 11 розділу II Податкового кодексу України:

1. Визначити, що податковими правопорушеннями є винні, протиправні діяння (дія чи бездіяльність) платників податків, податкових агентів, та/або їх посадових осіб, що призвели до невиконання або неналежного виконання вимог, установлених Податковим кодексом України та іншим законодавством, контроль за дотриманням якого покладено на контролюючі органи.
2. Передбачити, що особа вважається невинуватою у вчиненні податкового правопорушення, поки її вину не буде доведено в порядку визначеному чинним законодавством України. Обов'язок по доведенню обставин, що свідчать про факт податкового правопорушення і винність особи в його скоєнні, покладається на контролюючі органи.
3. Закріпити обставини, що виключають притягнення особи до відповідальності за вчинення податкового правопорушення, серед яких передбачити і відсутність вини особи у вчиненні податкового правопорушення.

¹ Пугинский Б.И. Гражданско-правовые средства в хозяйственных отношениях / Б.И. Пугинский. - М. Юрид. лит., 1984. - С. 150 (224 с.)

4. Встановити обставини, що виключають вину платника податку (податкового агента) у вчиненні податкового правопорушення (наприклад, виконання платником податку податкових консультацій, форс мажор, неусвідомлення фізичною особою своїх дій внаслідок душевної хвороби).

5. Передбачити, що платник податків та/або податковий агент - юридична особа, визнається винним у вчиненні податкового правопорушення, якщо буде встановлено, що у платника податків та/або податкового агента була можливість для дотримання норм Податкового кодексу України, за яке передбачена фінансова відповідальність, але даною особою не були прийняті всі залежні від неї заходи для дотримання вимог законодавства.

Список використаних джерел:

1. Відповідальність у праві: філософія, історія, теорія : монографія / [І. Безклубий, С. Бобровник, І. Гриценко та ін.] за заг. ред. І. Безклубого. - К. : Грамота, 2014. - 448 с.

2. Гамбаров Ю. С. Курс гражданского права. - Т. 1. Часть общая / Ю. С. Гамбаров. - СПб.: Тип. М. М. Стасюлевича, 1911. - XII. - 793 с.

3. Гетманцев Д.О., Макаруч Р.В., Толкачов Я.С. Юридична відповідальність за податкові правопорушення : наук.-практ. посіб. / Д. О. Гетманцев, Р. В. Макаруч, Я. С. Толкачов. - К. : Юрінком Інтер, 2015 р. - 752 с.

4. Грешников И.П. Субъекты гражданского права: юридическое лицо в праве и законодательстве. / И. П. Грешников. - СПб. : Изд-во «Юридический центр Пресс», 2002. - 331 с.

5. Иванов И. С. Институт вины в налоговом праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006.

6. Іванський А.Й. Фінансова-правова відповідальність : теоретичний аналіз : монографія / А.Й. Іванський. - О. : Юридична література, 2008. - 504 с.

7. Іванський А.Й. «Фінансова-правова відповідальність в сучасній Україні : теоретичне дослідження : дис. ...докт. юрид. наук : 12.00.07 / А.Й. Іванський. - Одеса, 2009. - 480 с.

8. Иоффе О.С. Избранные труды: В 4 т. Т.1. Правоотношение по советскому гражданскому праву. Ответственность по советскому гражданскому праву. - СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2003. - 574 с.

9. Калмыков Ю.Х. Вопросы применения гражданско-правовых норм. / Ю.Х. - Саратов, 1976.
10. Кинсбургская В.А. К вопросу о субъективной стороне налогового правонарушения / В.А. Кинсбургская // Налоги и финансовое право. - 2010. - № 12. - с. 281-289.
11. Костін М.В. Адміністративна правосуб'єктність юридичних осіб та особливості її реалізації в адміністративно-деліктних відносинах : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 / М.В. Костів, 2005. - 202 с.
12. Лукьянец Д. Юридическое лицо как субъект административной ответственности: дополнительные аргументы «за» [Текст] / Д. Лукьянец // Юридическая практика. - 2001. - № 18. - С. 1-9.
13. Морозова Н. А. Административная ответственность юридических лиц: История, теория, практика: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2004. [Электронная версия] : <http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=1153054>
14. Налоговое право : учеб. пособ. / под ред. С. Г. Пепеляев. - М. : ИД ФБК-ПРЕСС, 2000.
15. Овчарова Е. В. Административная ответственность юридических лиц: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2001.
16. Податковий кодекс України: постатейний коментар : у 2 ч. / В. В. Білоус, Л. К. Воронова, О. О. Головашевич та ін. ; за ред. М. П. Кучерявенка. - Х. : Право, 2011. - Ч. 1. - 701 с.
17. Проблеми вини у фінансовому праві України: монографія / О.А. Музика-Стефанчук, М.О. Федоров. - Кам.-Под.: -ТОВ «Друкарня Рута», 2015 - 244 с.
18. Пугинский Б.И. Применение принципа вины при регулировании хозяйственной деятельности. / Б. И. Пугинский. - // Сов. ГиП. - 1976. - № 10.
19. Пугинский Б.И. Гражданско-правовые средства в хозяйственных отношениях / Б.И. Пугинский. - М. Юрид. лит., 1984. - 224 с.
20. Пугинский Б.И., Сафиуллин Д.Н. Правовая экономика: проблемы становления / Б.И. Пугинский, Д.Н. Сафиуллин. - М., 1991.
21. Стефанюк В. Інститут адміністративної відповідальності юридичних осіб: проблеми теорії та практики [Текст] / В. Стефанюк, І. Голосніченко, М. Михеєнко // Право України. - 1999. - № 9. - С. 6-9.
22. Суворов Н.С. Об юридических лицах по римскому праву [Текст] / Н.С. Суворов. - М. : Статут, 2000. - 299 с. (Классика российской цивилистики).
23. Ф. Энгельс. Анти-Дюринг. - М., 1948.

24. Хачатуров, Р. Л. Общая теория юридической ответственности : монография / Р. Л. Хачатуров, Д. А. Липинский. - СПб. : Юридический центр Пресс, 2007. - 950 с.

25. Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. - Т. 1. / Г.Ф. Шершеневич.- М. : Статут, 2005. - 461 с. (Классика российской цивилистики).

Стаття присвячена дослідженню інституту вини в податковому праві. Досліджено податкове правопорушення та його склад. Розкрито питання концепцій вини. Проведено аналіз вини платників податків, як фізичних, так і юридичних осіб. Здійснено порівняння національного законодавства із зарубіжним в аспекті визначення вини платника податку. Автором запропоновані зміни до Податкового кодексу України.

Ключові слова: податкове правопорушення, склад податкового правопорушення, суб'єктивна сторона, вина.

Статья посвящена исследованию института вины в налоговом праве. Исследовано налоговое правонарушение и его состав. Раскрыты вопросы концепций вины. Сделан анализ вины налогоплательщиков, как физических, так и юридических лиц. Проведено сравнение национального законодательства с зарубежным опытом в аспекте определения вины налогоплательщика. Автором предложены изменения в Налоговый кодекс Украины.

Ключевые слова: налоговое правонарушение, состав налогового правонарушения, субъективная сторона, вина.

The article is devoted to institute of guilt in tax law. Tax offense and its elements are researched. Concepts of guilt are disclosed. Guilt of individuals as well as legal entities is analyzed. The comparison of national and foreign legislation in the terms of definition of the guilt of the taxpayer is carried out. The author proposes changes to the Tax Code of Ukraine.

Keywords: tax offense, the elements of tax offense, subjective side, guilt.

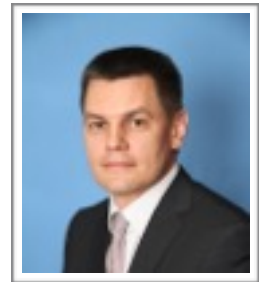
ІНСТИТУТ ОСКАРЖЕННЯ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ ПРАВІ У КОНТЕКСТІ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА

Лученко Дмитро Валентинович

кандидат юридичних наук

доцент кафедри адміністративного права

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого



Механізми оскарження у адміністративному праві мають на меті не лише відновлення прав, порушених державою, її органами і посадовими особами, але й забезпечення верховенства закону і законності у діяльності апарату публічної влади, а ширше – впровадження і дотримання у відносинах між носіями публічної влади і приватними особами принципу верховенства права. Дослідженню системних і структурних зв'язків і кореляцій між адміністративно-правовим механізмом оскарження і верховенством права присвячена ця частина нашої роботи.

Необхідно відмітити, що принцип верховенства права до певної міри продовжує залишатися своєрідною *terra incognita* для вітчизняної юриспруденції, особливо для галузевих наук. Не оминає ця проблема і науку адміністративного права. В останнє десятиліття з'явилося чимало робіт з даного питання. Зокрема, роботи В. Авер'янова, Ю. Битяка, В. Гаращука, Д. Лук'янця, О. Пасенюка, А. Пухтецької, В. Тимощука та ін. Потрібно також згадати про загальнотеоретичні роботи, які дотичні до питань верховенства права у сфері державного управління і адміністративного права. Йдеться про роботи С. Головатого, М. Козюбри, С. Максимова, О. Петришина, С. Погребняка та ін.

Однак зміст вказаного принципу остаточно залишається не з'ясованим, у тому числі і у контексті порушеної нами проблематики. Такий стан речей зумовлений багатьма чинниками. Перш за все, сама категорія «верховенство права» є дуже широкою. Наприклад, що у збірці статей американських юристів, присвячених верховенству вправа, розглядається дуже широкий спектр питань, дотичних до даної проблематики, серед яких конституціоналізм, федералізм, поділ влади і система стримувань і противаг, судова система, захист прав

людини, кримінальне судочинство та адміністративне право¹. Ще більший спектр проблем можна побачити у двотомнику «Верховенство права», виданому вченими Інституту держави і права імені В. М. Корецького НАН України². Надзвичайно велику кількість аспектів верховенства права (особливо у контексті прав людини і відносин приватних осіб з органами публічної влади) розглядає у своїй фундаментальній роботі С. Головатий³.

Крім того, слід звернути увагу на достатньо суперечливе або, принаймні, концептуально невпорядковане закріплення верховенства права у Конституції і законах України. Як відомо, ст. 8 Конституції передбачає, що в Україні визнається і діє принцип верховенства права. При чому акцент у ст. 8 Основного закону робиться на такій складовій верховенства права як верховенство Конституції⁴. Крім того, не потрібно забувати, що поряд з цим у ст. 1 Конституції вказується, що Україна є правовою державою, хоча у науковій літературі правильно акцентується увага на тому, що верховенство права (rule of law) і правова держава (Rechtsstaat) є синонімічними або майже синонімічними поняттями. Як вказує віце-президент Венеціанської комісії К. Туорі, протягом ХХ ст. відмінності, що існували між цими доктринами значною мірою втратили своє значення⁵.

У сенсі розуміння конституційного принципу верховенства права слід згадати Рішення Конституційного Суду України від 02.11.2004 р. №15-рп/2004 у справі про призначення судом більш м'якого покарання⁶. У цьому рішенні Конституційний Суд вбачає у верховенстві права вимогу правового характеру законів, що проявляється у дотриманні в останніх, у першу чергу, принципу

¹ Див.: Верховенство права : сб. статей [текст] / Д. Н. Мур, А. И Дик Ховард, Д. Леттер и др. ; пер. с англ. – М. : Прогресс, 1992. – 216 с.

² Принцип верховенства права: проблеми теорії і практики : у двох книгах / За заг. ред. Ю. С. Шемшученка. – Кн. 1 : Верховенство права як принцип правової системи: проблеми теорії / Відп. ред. Н. М. Оніщенко. – К. : Видавництво «Юридична думка», 2008. – 344 с.; Кн. 2 : Принцип верховенства права у діяльності держави та в адміністративному праві [текст] / Відп. В. Б. Авер'янов. – К. : Конус-Ю, 2008. – 314 с.

³ Головатий, С. Верховенство права : У 3-х кн. / С. Головатий. – К. : Фенікс, 2006.

⁴ Викликає взагалі сумнів чітке уявлення розробників Конституції про зміст принципу верховенства права. Не випадково у процесі створення Основного Закону лунали пропозиції щодо закріплення у ст. 8 Конституції не принципу верховенства права, а верховенства закону (див. стенограму відповідного засідання Верховної Ради України). Показово також, що і після ухвалення Конституції у наукових працях демократичність державного управління продовжує пов'язуватися лише із законністю останнього без звернення до проблематики верховенства права (Див.: Державне управління : проблеми адміністративно-правової теорії і практики [текст] / В. Б. Авер'янов, О. Ф. Андрійко, Н. В. Александрова та ін. ; за заг. ред. В. Б. Авер'янова. – К. : Факт, 2003. – С. 23-25).

⁵ Туорі, К. Спільне у сутності верховенства права і правової держави [текст] / К. Туорі // Філософія права і загальна теорія права. – 2013. – № 1. – С. 24-28. – С. 25.

⁶ Конституційний Суд України : Рішення від 02.11.2004 р. № 15-рп/2004 у справі у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання) [електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://ccu.gov.ua/doccatalog/document?id=9868>.

справедливості. Цікаво також, що суддя Конституційного Суду В. Скомороха у окремій думці до Рішення від 23.11.97 р. у справі громадянки Дзюби Г. П. щодо права на оскарження в суді неправомірних дій посадової особи вказує, що право на оскарження втілює верховенство права.

У свою чергу ст. 8 Кодексу адміністративного судочинства України закріплює, що суд при вирішенні справи керується принципом верховенства права, відповідно до якого зокрема людина, її права і свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Аналіз вказаної статті дозволяє стверджувати, що верховенство права в адміністративному судочинстві законодавець пов'язує з правами людини, врахуванням практики Страсбурзького суду щодо застосування цього принципу, верховенством Конституції і прямою дією її норм, у тому числі при зверненні до суду. Хоча, як вже зазначалося, зв'язок прав людини та верховенства Конституції і верховенства права не викликає заперечень, однак цим наповнення даного принципу не обмежується;

Можна також констатувати неготовність суб'єктів правозастосування (у першу чергу, судів та інших органів, які здійснюють захист прав людини) втілювати принцип верховенства права у життя. Очевидно, що йтися у даному випадку про зміну праворозуміння правозастосувачів зі спрощено позитивістського, коли мета застосування норм права – формально дотриматись вимог закону, на природно-правове або інтегральне, коли йтися має про правозастосування як діяльність, спрямовану на захист прав людини, а право не має ототожнюватися із законом. У літературі правильно констатується, що для потреб правозастосування (у тому числі і розгляду скарг на рішення, дій і бездіяльність суб'єктів владних повноважень – Д. Л.) розкриття реального змісту принципу верховенства права можливе передусім за умови зміцнення акцентів із проблеми «утвердження» прав людини на проблему «забезпечення реалізації» прав і свобод людини і громадянина¹.

Крім того, В. Авер'янов висловлює думку, що можливостей для реалізації верховенства права у діяльності адміністративних судів Кодекс адміністративного судочинства України фактично не передбачає². Це твердження є, можливо, дещо радикальним, адже ч. 3 ст. 2 Кодексу адміністративного судочинства України встановлено, що у справах щодо оскарження рішень, дій або бездіяльності суб'єктів владних повноважень

¹ Авер'янов, В. Проблеми забезпечення верховенства права у сфері виконавчої влади [текст] / В. Авер'янов // Українське право. – 2006. – № 1. – С. 269.

² Авер'янов, В. Принцип верховенства права у сфері виконавчої влади: питання теорії та практика реалізації [текст] / В. Авер'янов // Право України. – 2010. – № 3. – С. 76.

адміністративні суди перевіряють, чи прийняті (вчинені) вони, зокрема, добросовісно, розсудливо, пропорційно тощо. Дотримання цих принципів є складовою дії верховенства права. Інша справа, що практика посилення на зазначені принципи у діяльності судів адміністративної юрисдикції є досить незначною і саме це не дає можливості говорити про те, що принцип верховенства права з декларації перейшов у імперативну вимогу, яка має безпосереднє регулятивне значення при здійсненні правосуддя. У цьому сенсі цілком правий О. Петришин, який зазначає, що «можна дискутувати з того приводу, чи чітко ми закріпили принцип верховенства права у Кодексі адміністративного судочинства України, чи не зовсім чітко, але до тих пір, поки судді не почнуть його застосовувати на практиці, відповіді на це питання не буде»¹.

Верховенство права не сприймається і як принцип адміністративної процедури, зокрема і оскарження адміністративних актів, що, між іншим, є додатковим вагомим аргументом на користь прийняття кодифікованого закону у цій сфері, який уміщував би загальні принципи адміністративних процедур, у тому числі і принцип верховенства права та вимоги, що з нього випливають. В. Авер'янов вказує, що такі закони складають серцевину адміністративного законодавства європейських країн, де вони ухвалені (а це більшість держав Європи), і саме вони визначають рівень демократичності публічної влади в цих країнах².

З урахуванням викладеного, хоча ми не ставимо собі за мету визначити роль верховенства права як принципу адміністративного права, однак вважаємо за потрібне зробити деякі зауваження щодо розуміння останнього.

Верховенство права виступає основним принципом дії права у демократичному суспільстві, одним з фундаментальних європейських ідеалів, відданість яким та дотримання яких є однією з основоположних умов входження до Європейського товариства³. За будь-якого розуміння верховенство права виражає три ключові моменти: підкорення усіх осіб, включаючи державу,

¹ Петришин, О. Верховенство права як принцип адміністративного судочинства [текст] / О. Петришин // Матеріали конференції з нагоди запровадження адміністративного судочинства в Україні (м. Київ, 30 вересня 2005 р.). – К.: б/в, 2005. – С. 37.

² Авер'янов, В. Проблеми забезпечення верховенства права у сфері виконавчої влади [текст] / В. Авер'янов // Українське право. – 2006. – № 1. – С. 269.

³ Маринченко, В. Адміністративна юстиція в Україні та верховенство права [текст] / В. Маринченко // Українське право. – 2006. – № 1. – С. 185.

закону¹, відповідність законодавства низці змістовних (спрямованість закону на забезпечення і захист права людини, відповідність принципам права тощо) і формальних (правова певність, відмова, за загальним правилом, від зворотної дії закону та ін.) вимог, які, за виразом Європейського суду з прав людини, визначають «якість» закону, а також дотримання аналогічних вимог у правозастосовній діяльності.

Зокрема, О. Петришин виокремлює верховенство права у широкому і вузькому сенсі. У широкому сенсі йдеться про верховенство права над державою², що може бути інтерпретоване саме як поширення панування права на усіх осіб, усі суспільні інституції і утворення, включаючи державу. У вузькому сенсі верховенство права розуміється як верховенство права над законом³, тобто вимогу правового характеру законодавства⁴. М. Козюбра доводить, що з принципу верховенства права випливає низка вимог морально-правового, політико-правового і суто юридичного характеру. Зокрема, йдеться про такі вимоги: 1) повага до прав і свобод людини: природні, невід'ємні і невідчужувані права і свободи людини набувають вирішального значення у відносинах між нею і державною владою; 2) верховенство Конституції; 3) принцип поділу влади; 4) законність; 5) обмеження дискреційних повноважень держави; 6) принцип визначеності; 7) принцип пропорційності; 8) правової безпеки і захисту довіри; 8) незалежність суду і суддів⁵.

Грунтовне розуміння елементів, що складають верховенство права, пропонує С. Погребняк. Він зазначає, що з вимоги гарантування ефективної дії принципу верховенства права випливає запровадження принципів правової визначеності, пропорційності і добросовісності⁶. При цьому, вважає С.

¹ Характеризуючи у контексті верховенства права судовий контроль за адміністративними актами у США, М. Лав вказує, що завдання суду – гарантувати, що адміністративні органи підпорядковані законам. Це несе у собі фундаментальну ідею про те, що народ управляється законами, а не чоловіком чи жінкою, які випадково володіють державною владою у даний момент (Верховенство права : сб. статей [текст] / Д. Н. Мур, А. И Дик Ховард, Д. Леттер и др ; пер. с англ. – М. : Прогресс, 1992. – С. 201).

² Петришин, О. Верховенство права як принцип дії права [текст] / О. Петришин // Українське право. – 2006. – С. 49.

³ Петришин, О. Верховенство права як принцип дії права [текст] / О. Петришин // Українське право. – 2006. – С. 49.

⁴ Як зазначає М. Цвік, закон містить право і визнається правовим, якщо існує його відповідність вимогам справедливості, перш за все права і свободам людини і громадянина й у цілому потребам суспільного розвитку (Проблеми теорії права і конституціоналізму у працях М. В. Цвіка [текст] / відп. за вип. О. В. Петришин. – Х. : Право, 2010. – С. 45).

⁵ Див.: Козюбра, М. Верховенство права і Україна [текст] / М. Козюбра // Право України. – 2012. – № 1-2. – С. 35-53; Козюбра, М. Принцип верховенства права та вітчизняна теорія і практика [текст] / М. Козюбра // Українське право. – 2006. – С. 15-23; Козюбра, М. Верховенство права: українські реалії та перспективи [текст] / М. Козюбра // Право України. – 2010. – № 3. – С. 7-9.

⁶ Погребняк, С. Основоположні принципи права (змістова характеристика) : монографія [текст]. – Х. : Право, 2008. – С. 38.

Погребняк, у верховенстві права слід виокремлювати формальний аспект, який висуває низку техніко-юридичних вимог до стану системи права у державі (зрозумілість правових норм, їх доступність (оприлюдненість), стабільність права і послідовність правотворчості, усталеність практики реалізації норм права, що підтримується гарантією їх однакового застосування¹; а також матеріальний аспект, тобто відповідність ухваленого у державі законодавства основоположним правам людини, загальним засадам права, іншим принципам природного права². Крім того, С. Погребняк на основі аналізу міжнародно-правових документів доводить, що з верховенства права випливає принцип належного управління у сфері здійснення публічної влади³.

Розуміння верховенства права втілено у багатьох міжнародно-правових документах, які мають відношення і до України. Так, верховенство права присутнє у багатьох документах Організації Об'єднаних Націй, а на її офіційному порталі у мережі Інтернет існує окрема сторінка, присвячена верховенству права⁴. Наприклад, Генеральний секретар ООН у Доповіді про верховенство права і правосуддя перехідного періоду у конфліктних і постконфліктних суспільствах від 23.08.2004 р. № S/2004/616 зазначає, що «для Організації Об'єднаних Націй верховенство права означає такий принцип управління, відповідно до якого усі особи, установи і структури, державні і приватні, у тому числі сама держава, функціонують під дією законів, які були публічно прийняті, у рівній мірі виконуються і незалежно реалізуються судовими органами і які сумісні з міжнародними нормами і стандартами в галузі прав людини. Для цього (верховенства права – Д. Л.) також необхідні заходи, що забезпечують дотримання принципів примата права, рівності перед законом, відповідальності перед законом, поділу влади, участі у прийнятті рішень, правової визначеності, недопущення свавілля та процесуальної і правової транспарентності»⁵. Тут важливим є привернення уваги до значення верховенства права як засадничого принципу публічного управління, а також розуміння його як сукупності конкретних вимог до законодавства і

¹ У першу чергу мається на увазі, звичайно, судова практика. Однак, особливо у сфері публічного управління і адміністративного права, важливим є усталеність адміністративної практики, яка досягається зокрема через ефективне функціонування системи адміністративного оскарження.

² Погребняк, С. Основоположні принципи права (змістовна характеристика) : монографія. – Х. : Право, 2008. – С. 163-165, 168-169.

³ Див.: Погребняк, С. Принцип належного управління (міжнародний та європейський досвід) [текст] / С. Погребняк // Філософія права і загальна теорія права. – 2012. – № 1. – С. 177-190.

⁴ Див.: Деятельность ООН в сфере верховенства права [электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.unrol.org/>

⁵ The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies: Report of the Secretary-General 23.08.04 [електронний ресурс]: Режим доступу: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/395/31/PDF/N0439531.pdf?OpenElement>

правозастосовної діяльності. Економічна і соціальна комісія ООН для Азії та Океанії виокремлює верховенство права як одну з характеристик належного державного управління, що включає справедливу правову базу, що застосовується неупереджено шляхом функціонування незалежної судової системи та неупередженої і непідкупної поліції, повний захист прав людини, особливо меншин. Верховенство права як універсальна цінність ООН згадується також у низці Резолюцій Генеральної Асамблеї ООН (зокрема, Резолюції за доповіддю Шостого комітету (A/61/456) від 18.12.2006 р.¹, Резолюції за доповіддю Шостого комітету (A/62/465) від 08.01.2008 р.² та ін.)

Розгорнута характеристика верховенства права надана у Доповіді Європейської комісії за демократію через право (Венеціанська комісія) про верховенство права від 04.04.2011 р. При чому віце-президент Комісії К. Туорі підкреслює, що наведене у Доповіді розуміння верховенства права має не теоретичне, а саме практичне значення³ і має слугувати набором критеріїв для перевірки національного законодавства на відповідність верховенству права. У Доповіді Венеціанської комісії вказується, що до необхідних елементів верховенства права, а так само і «Rechtsstaat», відносяться: (1) законність, у тому числі прозорість, підзвітність і демократичний порядок прийняття законів; (2) правова визначеність; (3) заборона сваволі; (4) доступ до правосуддя, у тому числі судовий контроль за адміністративними актами; (5) дотримання прав людини; (6) недискримінація і рівність перед законом⁴.

Для розуміння принципу верховенства права у його зв'язках з адміністративно-правовим оскарженням доцільно також звернутися до практики Європейського суду з прав людини. Тим більше, що ст. 8 КАСУ прямо передбачає обов'язок суду враховувати підходи до верховенства права, закладені у рішеннях цієї міжнародної судової установи. Особливістю підходу Суду є те, що він ніколи не намагався дати якесь загальне бачення верховенства права, сформулювати визначення останнього чи встановити вичерпний перелік

¹ Генеральної Асамблеї ООН за доповіддю Шостого комітету (A/61/456) від 18.12.2006 р. [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/496/79/PDF/N0649679.pdf?OpenElement>

² Резолюції за Генеральної Асамблеї ООН доповіддю Шостого комітету (A/62/465) від 08.01.2008 р. [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.un.org/ru/documents/ods.asp?m=A/RES/62/70>

³ Туорі, К. Спільне у сутності верховенства права і правової держави [текст] / К. Туорі // Філософія права і загальна теорія права. – 2013. – № 1. – С. 24-28. – С. 24.

⁴ Доповіді Європейської комісії за демократію через право (Венеціанська комісія) про верховенство права від 04.04.2011 р. [електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2011\)003rev-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)003rev-e)

його елементів. Як зазначав В. Стефанюк кредо Суду – це конкретний аналіз конкретної ситуації¹, а не розлоге теоретизування.

Наведена нижче практика у цілому відповідає систематизації справ і рішень Суду стосовно верховенства права в європейському адміністративному просторі, запропонованому А. Пухтецькою. Вчена виокремлює такі групи рішень:

1) рішення з посиланням на зміст та юридичне значення концепції та/або принципу верховенства права в узагальненому значенні;

2) рішення з вимогами щодо якості закону, в тому числі щодо законного обмеження здійснення прав і свобод людини;

3) рішення з розглядом різних аспектів доступу до суду та справедливого судового розгляду;

4) рішення з встановленням меж дискреційних повноважень та вимоги щодо обмеження свавілля органів публічної влади у відповідності до принципу верховенства права;

5) рішення з вимогами щодо ефективності контролю за реалізацією прав і основоположних свобод людини, що гарантуються Конвенцією та першочергово пов'язується з реалізацією принципу верховенства права².

Одночасно з цим практика Європейського суду з прав людини розглянута саме під кутом проблем оскарження як механізму захисту прав і законних інтересів у відносинах між приватними особами і носіями публічної влади. Наприклад, у справах, які стосуються питання законного обмеження прав і свобод нас цікавить не стільки межі прав, скільки межі державної дискреції і державного втручання у здійснення прав людини.

У справі «Броньовський проти Польщі» Суд у контексті ст. 1 Першого протоколу (право на мирне володіння майном) вказав, що будь-яке втручання державного органу у право на мирне володіння майном має бути законним: друге речення частини першої уповноважує позбавлення майна лише «на умовах, передбачених законом», а в частині другій визнається, що держава має право здійснювати, шляхом ухвалення необхідних «законів», контроль за використанням майна. До того ж застосовним є і принцип верховенства права, один з основних принципів демократичного суспільства, який неминуче

¹ Стафенюк, В. С. Судовий адміністративний процес : монографія [текст] / В. С. Стефанюк. – Х. : Фірма «Консум», 2003. – 464 с. – С. 361.

² Пухтецька, А. А. Європейський адміністративний простір і принцип верховенства права : монографія [текст] / А. А. Пухтецька ; відп. ред. В. Б. Авер'янов. – К. : Вид-во «Юридична думка», 2010. – 140 с. – С. 111.

впливає з кожної статті Конвенції¹. Аналогічна теза пролунала у справі «України-Тюмень» проти України»².

У справі «Волохи проти України» Суд наполягає на тому, що «словосполучення «згідно із законом» не просто відсилає до національного законодавства, а й пов'язане з вимогою якості “закону”, тобто вимогою дотримання принципу “верховенства права”, про що прямо говориться у преамбулі Конвенції... Отже, цей вислів означає ... що в національному законодавстві має існувати засіб правового захисту від свавільного втручання державних органів у права»³. У справі «Круслен проти Франції» Суд вказав, що словосполучення “згідно із законом”, у контексті пункту 2 статті 8, вимагає насамперед, щоб захід, який розглядається (втручання органів влади у здійснення права на повагу до приватного і сімейного життя – Д. Л.), мав певні підстави в національному праві; воно також передбачає певну якість такого закону, вимагаючи, щоб він був доступний для даної особи і вона також могла передбачити наслідки його застосування до неї та щоб закон не суперечив принципів верховенства права⁴. У справі «Серявін проти України» Суд вказав, що «вимога законності ... означає вимогу дотримання відповідних положень національного закону і принципу верховенства права»⁵.

Наведені положення відображають три важливих моменти у розумінні верховенства права Європейським судом з прав людини. По-перше, законність є елементом верховенства права. Відповідно можна погодитись з тими авторами (Ю. Битяк, О. Уварова та ін.) протиставлення цих принципів є не просто неправильним, але таким, що викривляє зміст верховенства права⁶. Спроби вищих судових установ України (зокрема, і Вищого адміністративного суду України) відмовитись від слідування принципу законності з посиланням на

¹ Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Броньовський проти Польщі» від 22.06.2004 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К. , 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

² Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «“Україна-Тюмень” проти України» від 22.11.2007 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К. , 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

³ Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Волохи проти України» від 22.06.2004 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К. , 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення. від 02.11.2006

⁴ Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Круслен проти Франції» від 24.04.90 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К. , 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

⁵ Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Серявін проти України» від 10.02.2010 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К. , 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

⁶ Див.: Битяк, Ю. Адміністративне судочинство як форма забезпечення верховенства права і законності [текст] // Право України. – 2011. – № 4. – С. 4-10; Уварова, О. Принцип верховенства права у судовій практиці України [текст] // Філософія права і загальна теорія права. – 2013. – № 1. – С. 65-72. – С. 69.

принцип верховенства права, інтерпретований у природно-правовому дусі як принцип *contra legem*.

Принцип законності охоплює і матеріальну, і процесуальну сторону. У справі «Вінтерверп проти Нідерландів» Суд зазначив, що термін «законний» охоплює процесуальні, а також матеріально-правові норми¹. Це означає у тому числі, що адміністративні акти можуть перевірятися на предмет їх законності як в аспекті матеріального права (законність акту по суті), так і в аспекті процедури прийняття акту (законність акту по процедурі). Перший аспект охоплює, наприклад, ситуацію, коли суб'єкт притягнення до адміністративної відповідальності накладає на особу адміністративне стягнення за діяння, не визначене у законі як протиправне (щодо кримінальних правопорушень Суд звернув на це увагу у справі «Корбелі проти Угорщини»²). Другий аспект може стосуватися, приміром, порушення судом розумного строку розгляду справи. У справі «Ботацці, А. П., Ді Мауро, А. Л. М. та Феррарі проти Італії» Суд наголосив на важливості здійснення судочинства без зволікань³. У справі «Кудла проти Польщі» Суд вказав, що незабезпечення судового розгляду упродовж розумного строку створює небезпеку для верховенства права⁴.

По-друге, законність у розумінні Суду не слід сприймати суто формально (як наявність законодавчого припису, спрямованого на врегулювання певної життєвої ситуації). Зв'язок законності з верховенством права обумовлює певну «якість» закону, втілення у ньому решти вимог, які випливають з верховенства права. До вимог «якості» закону відноситься, зокрема, пропорційність втручання держави у регулювання суспільних відносин. У контексті проблем позбавлення особи виборчого права Суд у справі «Гірт проти Сполученого Королівства» вказав, що принцип пропорційності вимагає встановлення очевидного і достатнього зв'язку між санкцією, з одного боку, та поведінкою й іншими обставинами, що стосуються конкретної особи⁵. Іншими словами закон

¹ Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Вінтерверп проти Нідерландів» від 24.10.79 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К. , 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення. від 24.10.79

² Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Корбелі проти Угорщини» від 10.02.2010 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К. , 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

³ Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Ботацці, А. П., Ді Мауро, А. Л. М. та Феррарі проти Італії» від 28.07.99 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К. , 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

⁴ Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Кудла проти Польщі» від 26.10.2000 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К. , 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

⁵ Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Гірт проти Сполученого Королівства» від 06.10.2005 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К. , 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

не може накладати на особу стягнення чи іншого обмеження, яке явно не співрозмірне з тяжкістю вчиненого правопорушення. Дотримання норм такого закону не може сприйматися як законність у розумінні доктрини верховенства права.

Так само відповідність закону верховенству права означає, що він не може передбачати або санкціонувати необмежену дискрецію з боку органів публічної влади. У справі «Свято-Михайлівська Парафія проти України» Суд зазначив, що визначення дискреційних повноважень, якими наділені органи державної влади в сфері основоположних прав, у спосіб, що фактично робить ці повноваження необмеженими, суперечило б принципу верховенства права¹. У справі «Аманн проти Швейцарії» Суд вказав, що закон має з достатньою чіткістю визначати межі дискреції органів виконавчої влади, наданої компетентним органам, і порядок її здійснення, з урахуванням законної мети даного заходу, щоб забезпечити особі належний захист від свавільного втручання². Обмеження дискреції включає також і визначення у законі мети здійснюваного органом влади заходу (справа «Волохи проти України»).

У необхідних випадках верховенство права також вимагає, щоб закон містив процедурні гарантії дотримання прав особи, яка піддається владно-управлінському впливу (на прикладі застосування санкцій про це згадується у справі «Сорінг проти Сполученого Королівства»³), чи добровільно вступає у відносини із носіями публічної влади (включаючи право на правову допомогу, що опосередковано впливає з Рішення у справі «Загородній проти України»⁴), забезпечував особу ефективними механізмами юридичного захисту, включаючи судову процедуру (див. наприклад, Рішення у справі «Ромашов проти України»⁵), про що детальніше йтиметься згодом.

При цьому і пропорційність, і обмеження дискреції, і добросовісність (дотримання суб'єктом владних повноважень законної мети), і процедурні

¹ Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Свято-Михайлівська Парафія проти України» від 14.06.2007 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К., 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

² Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Аманн проти Швейцарії» від 16.02.2000 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К., 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

³ Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Сорінг проти Сполученого Королівства» від 07.07.89 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К., 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

⁴ Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Загородній проти України» від 24.11.2011 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К., 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

⁵ Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Ромашов проти України» від 27.07.2004 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К., 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

гарантії є законодавчими інструментами, які мають забезпечити захист особи від державного свавілля. Зокрема, у справі «Єчюс проти Латвії» Суд акцентує увагу на тому, що захист від свавілля становить сполучну ланку між Конвенцією і принципом верховенства права¹.

На рівні конкретних адміністративних процедур захист від свавілля реалізується через механізми контролю за діяльністю носіїв публічної влади, які включають або пов'язані з механізмами оскарження. У справі «Класс та інші проти Німеччини» Суд наголосив, що верховенство права передбачає, що втручання органів виконавчої влади у права осіб має підлягати ефективному контролю, який зазвичай має здійснюватися судовим органом, щонайменше як останньою інстанцією, оскільки судовий контроль надає найбільші гарантії незалежності, безсторонності та здійснення належного провадження². Ця ж теза приведена і у вже цитованому Рішенні у справі «Волохи проти України». У справі «Броуган та інші проти Сполученого Королівства» і «Алтай проти Туреччини» Суд зазначив, що згідно з принципом верховенства права судовий контроль за діяльністю виконавчої влади є одним з основоположних принципів демократичного суспільства³.

У справі «Z та інші проти Сполученого Королівства» Суд вказав, на зв'язок верховенства права і доступу до суду, що є необхідним елементом реалізації права на справедливий суд (ст. 6 Конвенції)⁴. У справі «Креуз проти Польщі» вказується, що у цивільних справах навряд чи можна уявити верховенство права без можливості мати доступ до суду⁵. У справі «Костовський проти Нідерландів» Судом наголошено, що втручання у процес здійснення правосуддя

¹ Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Єчюс проти Латвії» від 31.07.2000 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К., 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

² Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Класс та інші проти Німеччини» від 06.09.78 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К., 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

³ Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Броуган та інші проти Сполученого Королівства» від 29.11.88 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К., 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.; Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Алтай проти Туреччини» від 22.05.2001 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К., 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

⁴ Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Z та інші проти Сполученого Королівства» від 10.05.2001 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К., 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

⁵ Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Креуз проти Польщі» від 19.06.2001 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К., 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

(і відповідно – порушення незалежності суддів – Д. Л.) є несумісним з верховенством права¹.

З наведеної практики європейського суду з прав людини можна зробити такі висновки. Контроль за здійсненням владно-розпорядчої управлінської діяльності не зводиться виключно до діяльності судової влади. Власне і у ст. 13 Конвенції, як вже зазначалося, йдеться про ефективність засобів судового захисту прав і свобод. Можна погодитись з В. Тимощуком, що досудові органи з розгляду скарг можуть внести в реалізацію принципу верховенства права не менший внесок ніж суди². Однак суд має розглядатися як остання інстанція контролю в силу своїх широких повноважень і можливостей забезпечити незалежний і справедливий перегляд адміністративних актів.

Верховенство права, на думку Суду, також зумовлює низку вимог (принципів), які висуваються до судового провадження, зокрема і такого, що спрямоване на вирішення спору між приватною особою і суб'єктом владних повноважень. Наприклад, у справі «Шаренок проти України» Суд до таких принципів відносить справедливість, відкритість і оперативність (швидкість розгляду)³. Ця ж теза міститься у справі «Михайленки та інші проти України»⁴, у справі «Бакай та інші проти України»⁵, у справі «Продан проти Молдови»⁶ та ін. Крім цього у наведеній вище справі «Класс та інші проти Німеччини» також згадуються незалежність, безсторонність і здійснення належного провадження, які також є процедурними вимогами. У цих принципах ми ще раз бачимо, що верховенство права не слід сприймати як сукупність вимог, що виключно спрямовані на забезпечення якості законодавства, вони (ці принципи) мають знайти безпосередню реалізацію у правозастосовній практиці. Тільки у такому випадку можна казати про дію верховенства права у певній правовій системі. У справі «Кутіч проти Хорватії» суд у черговий раз нагадав, що Конвенція має на

¹ Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Костовський проти Нідерландів» від 20.11.89 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К. , 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

² Тимошук В. Верховенство права в адміністративній процедурі / В. Тимошук // Українське право. – 2006. – № 1. – С. 287.

³ Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Шаренок проти України» від 22.02.2005 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К. , 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення. Ст.

⁴ Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Михайленки та інші проти України» від 30.11.2004 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К. , 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

⁵ Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Бакай та інші проти України» від 09.11.2004 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К. , 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

⁶ Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Продан проти Молдови» від 18.05.2004 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К. , 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

меті гарантувати не теоретичні чи ілюзорні права, а такі права, які є практичними і та ефективними¹. З огляду на зв'язок верховенства права і прав людини можна стверджувати, що практичне гарантування прав можливо лише там, де елементи верховенства права втілені у життя, а не залишаються декларативними положеннями, що існують тільки «на папері».

Щодо судового контролю (і судового оскарження) у цьому зв'язку Європейський суд з прав людини наголошує ще на двох складових верховенства права: правовій визначеності (певності) і гарантування виконання судових рішень. Великий обсяг справ проти України, що охоплює ці аспекти верховенства права, свідчить про їх недостатню упровадженість у вітчизняне законодавство і правозастосовну (судову) практику і наявність систематичних порушень з боку Української держави.

У справі «Брумареску проти Румунії» Суд вказав, що одним з основних аспектів верховенства права є принцип правової певності, який вимагає, крім іншого, щоб у випадках, коли суди винесли остаточне рішення з якогось питання, їхнє рішення не підлягало сумніву². У справі «Україна-Тюмень» проти України» суд наголосив, що перегляд в порядку нагляду остаточних та обов'язкових рішень, який не був безпосередньо доступним для сторін, не мав часових обмежень та не був виправданим істотними та неспростовними обставинами, не відповідав принципу юридичної визначеності. Ця теза також була приведена у справах «Христов проти України», «Васильєв проти України»³, «Нечипорук і Йонакало проти України»⁴, «Тімотієвич проти України»⁵, «Лізанець проти України»⁶, «Рябих проти Росії»⁷, «Праведная проти

¹ Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Кутіч проти Хорватії» від 01.03.2002 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К., 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

² Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Брумареску проти Румунії» від 28.11.99 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К., 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

³ Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Васильєв проти України» від 21.06.2007 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К., 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

⁴ Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Нечипорук і Йонакало проти України» від 21.04.2011 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К., 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

⁵ Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Тімотієвич проти України» від 08.11.2005 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К., 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

⁶ Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Лізанець проти України» від 31.05.2007 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К., 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

⁷ Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Рябих проти Росії» від 03.12.2003 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К., 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

Росії»¹ та інших. Вимога щодо неможливості перегляду судових рішень, які набули законної сили, є лише однією зі складових правової визначеності. В аспекті правозастосовної діяльності можна також виокремити такі аспекти останнього: застосування лише оприлюднених актів, зведення до мінімуму ухвалення і застосування законів, що мають зворотну силу, постійність інтерпретаційної і правозастосовної практики².

У багатьох справах Суд звертає увагу на обов'язок держави забезпечити належну процедуру виконання судового рішення, що розглядається як складова судового розгляду справи і забезпечення права на справедливий суд. У справі ««Імобільяре Саффі» проти Італії» у цьому контексті зазначається, що «важко уявити ситуацію, щоб пункт 1 статті 6 докладно описував процедурні гарантії, що надаються сторонам цивільного судового процесу – у провадженні, що є справедливим, відкритим і оперативним, – і не передбачав при цьому гарантій виконання судових рішень; тлумачення статті 6 як такої, що стосується виключно права на звернення до суду і проведення судового розгляду, могло б призвести до ситуацій, несумісних із принципом верховенства права»³. У справах «Горнсбі проти Греції» і «Кутіч проти Хорватії» Суд відмітив, що «право на доступ до суду включає також вимогу про виконання остаточного судового рішення, яке набрало чинності. У державах, які визнали принцип верховенства права, такі рішення не можуть залишатись не впровадженими у життя, на шкоду одній зі сторін». У справі «Продан проти Молдови» вказується, що тлумачення статті 6 Конвенції як такої, що стосується виключно доступу до суду та провадження у справі, скоріш за все призвело б до виникнення ситуацій, несумісних із принципом верховенства права, який держави зобов'язалися поважати, підписавши Конвенцію. Таким чином, виконання рішення, постановленого судом, мало вважатися невіддільним складником «судового розгляду», передбаченого у статті 6. Аналогічні позиції відтворюються також у

¹ Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Праведная проти Росії» від 18.11.2004 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К. , 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

² Смородинський, В. Держава у системі координат верховенства права [текст] / В. Смородинський // Філософія права і загальна теорія права. – 2013. – № 1. – С. 37-47. – С. 44.

³ Європейський суд з прав людини : Рішення у справі ««Імобільяре Саффі» проти Італії» від 28.07.99 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К. , 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

справах «Жовнер проти України»¹, «Півень проти України»², «Шмалько проти України»³, «Михайленки та інші проти України», «Кацюк проти України»⁴, «Луць проти України»⁵, «Бурдов проти Росії»⁶ тощо.

У практиці Європейського суду з прав людини ми найбільш об'ємно бачимо зв'язок між верховенством права і механізмом оскарження у адміністративному праві. З одного боку, право на оскарження рішень, дій або бездіяльності суб'єкта владних повноважень, а ширше – механізм оскарження, впливає з верховенства права. Відсутність реальної можливості для приватної особи захистити свої права і законні інтереси у відносинах з носіями публічної влади дозволяє стверджувати, що у певній правовій системі не діє принцип верховенства права. З другого боку, оскарження є механізмом, який спрямований на гарантування інших елементів верховенства права (права на справедливий суд через можливість апеляційного і касаційного оскарження рішень судів, гарантованості виконання судових рішень через можливість оскарження рішень органів, які цим займаються тощо). І з третього боку, верховенство права містить низку вимог, яким і на рівні законодавчого регулювання, і на рівні правозастосовної практики має відповідати механізм оскарження, у тому числі і провадження за скаргами та рішення, які ухвалюються за наслідками оскарження. Йдеться про такі вимоги, як ефективність правового захисту на підставі поданої скарги, справедливість, публічність, швидкість розгляду тощо.

Як проявляється наведений вище складний зв'язок між верховенство права і оскарженням у адміністративно-правовій сфері? Перш за все, оскарження є вагомим інструментом захисту основоположних прав і свобод людини і громадянина, а також прав юридичних осіб у відносинах з органами

¹ Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Жовнер проти України» від 29.06.2004 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К., 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

² Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Півень проти України» від 29.06.2004 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К., 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

³ Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Шмалько проти України» від 20.07.2004 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К., 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

⁴ Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Кацюк проти України» від 05.04.2005 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К., 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

⁵ Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Луць проти України» від 31.01.2008 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К., 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

⁶ Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Бурдов проти Росії» від 07.05.2002 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К., 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

публічної влади при здійсненні ними управлінських функцій, що відповідає положенням ст. 3 Конституції України, відповідно до якої права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Б. Таманага зазначає, що декларації прав людини і біллі про права¹ є основним правовим обмеженням сучасної ліберальної держави².

Найбільш простий рівень даної проблеми полягає у тому, що завдяки оскарженню забезпечується відповідність підзаконних нормативно-правових актів та індивідуально-правових актів вимогам закону, тобто реалізується принцип верховенства закону. У той же час цього, звичайно, недостатньо, на що в аспекті принципів діяльності судової влади звертає увагу В. Гордовенко³. Діяльність з розгляду скарг, як вже згадувалось, повинна спиратися на сприйняття регулятивного значення конституційних та міжнародно-правових стандартів прав людини. Це, зокрема, слід враховувати при оцінці законності здійснення носієм влади своїх повноважень (особливо якщо йдеться про державну дискрецію), спрямовувати напрямок тлумачення законодавчих приписів при прийнятті рішення за наслідками скарги тощо. Сприйняття наведених положень має призвести зміщення головної мети судового чи відомчого контролю з формального дотримання закону (що фактично ми маємо зараз) у бік саме обмеження дискреційної діяльності держави і захисту прав людини.

Крім того, зв'язок верховенства права і права на оскарження вбачається і у тому, що через оскарження може бути забезпечена відповідність рішень, дій або бездіяльності суб'єктів владних повноважень принципам права, які, разом з правами людини, визначає те, що Європейський суд з прав людини назвав «якість закону». Вже зазначалося, що застосування адміністративними судами принципів права у цілому, принципу верховенства права та вимог, які з нього випливають, зокрема, як підстави для вирішення спору між фізичними чи юридичними особами і державою є досить обмеженою⁴ і часто має суперечливий характер. Здебільшого застосування принципів має місце у

¹ У даному випадку йдеться в цілому про основоположні права людини, які існують або як вимога природного права, або як конституційний каталог прав і свобод.

² Таманага, Б. Верховенство права : історія, політика, теорія [текст] / Б. Таманага ; пер. з англ. А. Іщенко. – К. : Вид. дім «Києво-Могилянська академія», 2007. – С. 137.

³ Гордовенко, В. В. Принципи судової влади : монографія [текст] / В. В. Гордовенко. – Х. : Право, 2012. – 448 с. – С. 115-117.

⁴ При чому, як показують дослідження у цій сфері, нерозуміння регулятивної ролі принципів права є загальною проблемою вітчизняної судової системи, а не лише судів адміністративної юрисдикції (Див.: Уварова, О. О. Роль принципів права у процесі правозастосування [текст] : Дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 : теорія та історія держави і права, історія політичних і правових учень / О. О. Уварова; Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого. – Х. , 2010. – С. 151-157).

практиці Вищого адміністративного суду України. Зокрема, у постанові від 10.04.2012 р. у справі № К3299/08 Суд з посиланням на принцип верховенства права вказав на недопустимість внесення до внесення до Державного реєстру фізичних осіб-платників податків та інших обов'язкових платежів інформації про осіб, які через свої релігійні або інші переконання відмовляються від прийняття ідентифікаційного номера. У постанові від 24.05.2007 р. у справі № 9/719н-ад Суд згадав про пряму дію норм Конституції України щодо доступності правосуддя і заборону відмови у розгляді і вирішенні справи з мотивів неясності законодавства. У постанові від 19.10.2006 р. Суд використав принцип верховенства права для визначення свободи господарської діяльності та меж втручання держави у її здійснення. У постанові від 06.10.2010 р. № П-209/10 Суд ухвалив рішення, керуючись «загально-правовим принципом дії норми права у часі», що по суті стало застосуванням принципу правової визначеності, який, на думку раніше цитованих вчених, а так само і Європейського суду з прав людини, є складовою верховенства права.

Тим не менше навіть наведені приклади не є типовими для судової системи. Принципи права, за радянською традицією, продовжують сприйматися не як дійсно керівні вимоги до виконання, а як щось декларативне¹. У той же час судова практика здатна стати орієнтиром для застосування принципів права у діяльності органів виконавчої влади, у тому числі і при розгляді скарг. Цілком правий О. Пасенюк, який вважає, що в умовах колізійності і прогальності адміністративного законодавства Вищий адміністративний суд України та Верховний Суд України своїми правовими позиціями вносять ясність у правове регулювання, надають публічній адміністрації орієнтири у тлумаченні цього законодавства², адже, як зазначається у літературі з питань аналізу якості застосування норм права, покращення правозастосування має відбуватися не через збільшення законодавчої активності, а через розширення суддівського розсуду³. На підтвердження останньої тези можна пригадати досвід Французької республіки, в якій правові позиції Конституційної Ради і

¹ Авер'янов, В. Принцип верховенства права у сфері виконавчої влади: питання теорії та практика реалізації [текст] / В. Авер'янов // Право України. – 2010. – № 3. – С. 75.

² Пасенюк, О. М. Принцип верховенства права в адміністративній юстиції [текст] : Автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07: адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право / О. М. Пасенюк; Міжрегіональна академія управління персоналом. – К. : МАУП, 2012. – С. 12.

³ Законодательная активность, стабильность законодательства и качество правовой среды : сравнительный анализ постсоциалистических стран [текст] / Д. Я. Примаков, А. В. Дмитриева, В. В. Волков. – СПб. : ИПП ЕУ СПб., 2010. – С. 3. У цьому сенсі можна згадати, наприклад, про доктрину врахування добросовісності платника податків при визначенні правомірності його дій, сформульовану Верховним Судом України у 2009 р. Вищий адміністративний суд України у Інформаційному листі від 20.07.2010 р. № 1112/11/13-10 вказав, що в умовах чинного на той момент законодавства використання зазначеного підходу Верховного Суду є єдиним можливим шляхом формування судової практики у цій сфері.

Державної Ради щодо розуміння базових вимог до діяльності органів управління активно і суттєво сприяли демократизації виконавчої вертикалі¹. При чому це стосується не лише загальних принципів права, але й наведених раніше принципів адміністративного права, визнаних європейськими державами (надійність і передбачуваність, відкритість і прозорість, відповідальність, продуктивність і ефективність публічної адміністрації)².

Наведемо приклад. Верховний Суд України у постанові від 30.01.2012 р. у справі № 21-216а11 сформулював власне бачення дефектних адміністративних актів. Верховний Суд вказав, що адміністративні акти, видані з порушенням вимог, які до них ставляться, є дефектними. Залежно від характеру і ступеня дефектності такі акти (накази) управління поділяються на нікчемні (які не спричиняють правових наслідків навіть без їх скасування або скасовуються в судовому порядку³) та акти заперечні. Продовжуючи думку Верховного Суду, думається, що під «порушенням вимог» у даному випадку слід розуміти не лише незаконність даних актів, але й порушення інших вимог, перерахованих у ч. 3 ст. 2 Кодексу адміністративного судочинства України (на чому, між іншим, наголошує і Вищий адміністративний суд України у довідці про вивчення та узагальнення практики застосування адміністративними судами законодавства щодо примусового видворення іноземця чи особи без громадянства з України), принципів права, визнаних у практиці Європейського суду з прав людини тощо.

Не потрібно забувати, що судове оскарження повноважень є також інструментом здійснення принципу поділу влади як складової верховенства права, адже таким чином судова влада в особі судів адміністративної юрисдикції впливає на виконавчу гілку влади, інших суб'єктів, що здійснюють державне (а ширше – публічне управління). І тут роль адміністративних судів важко переоцінити. У межах розгляду адміністративних справ відбувається повсякденний захист прав пересічних осіб у публічно-правових спорах з державою, її органами, посадовими особами. У цьому сенсі не випадково і у

¹ Див. детальніше про це: Капитан, Д. Общие принципы административного процесса во Франции [текст] / Д. Капитан // Административные процедуры и контроль в свете европейского опыта / Под ред. Т. Я. Хабриевой и Ж. Марку – М. : Статут, 2011. – С. 220-232.

² Див.: Принципы российского права : общетеоретический и отраслевой аспекты [текст] / Н. И. Матузов, А. В. Малько, К. А. Скусь и др. ; под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. – Саратов : Изд-во ГОУ «Саратовская академия права», 2010. – С. 425; Пухтецька, А. Європейські принципи адміністративного права [текст] / А. Пухтецька // Українське право. – 2006. – № 1. – С. 313-319.

³ Нажаль, Верховний Суд не пішов далі і не вказав наслідків видання нікчемного акту для осіб, на яких він поширюється. Як зазначає Т. Аллан, незаконне рішення чи наказ владної інституції можуть, у принципі, бути безкарно проігноровані; й така незаконність рішення може цілком слугувати захистом проти будь-якого звинувачення у невиконанні даного рішення (Аллан, Т. Р. С. Конституційна справедливість. Ліберальна теорія верховенства права [текст] / пер. з англ. Р. Семків. – К. : Вид. дім. «Києво-Могилянська академія», 2008. – С. 58).

Доповіді Венеціанської комісії про верховенство права, і у науковій літературі¹ доступ до адміністративних судів окремо згадується як важливий елемент верховенства права в аспекті здійснення правосуддя. На рівні поділу влади ми також бачимо у контексті проблем оскарження зв'язок між верховенством права і демократією, які є невід'ємними правовими цінностями, що взаємодоповнюють одна одну.

З іншого боку адміністративно-правовий механізм оскарження пов'язаний з іншими елементами верховенства права. У найбільш широкому значенні оскарження має значення для функціонування ефективної системи засобів юридичного захисту загалом, оскільки може здійснюватися як у судовій, так і позасудовій (адміністративній) формі. У адміністративних судових справах оскарження виступає формою реалізації права на справедливий суд. Специфіка діяльності органів судової влади полягає ще і у тому, що вони не мають повноважень здійснювати захист прав осіб, перевіряти законність, обґрунтованість, добросовісність, розсудливість, пропорційність діяльності суб'єктів владних повноважень за своєю ініціативою. Подання особою адміністративного позову про оскарження адміністративного акту виступає тією умовою, відправним пунктом, що дозволяє здійснити судовий контроль.

Оскарження виступає також механізмом, через який здійснюється контроль вищих судовий інстанцій за діяльністю нижчих. У цьому сенсі законодавець має з максимальною обережністю ставитися до питань обмеження права на апеляційне і касаційне оскарження. Стаття 130 Конституції України до основних засад судочинства відносить забезпечення апеляційного та касаційного оскарження рішення суду, крім випадків, встановлених законом. Аналогічне положення містить ст. 13 КАСУ, відповідно до якої Особам, які беруть участь у справі, а також особам, які не брали участі у справі, якщо суд вирішив питання про їхні права, свободи, інтереси чи обов'язки, забезпечується право на апеляційне та касаційне оскарження рішень адміністративного суду, крім випадків, встановлених цим кодексом. Однак питання обмеження права на апеляційне чи касаційне оскарження не може вважатися таким, що цілковито віддане на розсуд законодавця. Принцип верховенства права вимагає, щоб обмеження цього права не шкодило рівню захисту прав осіб, було б виправданим і доцільним. З огляду на це відсутність права на оскарження у справах з приводу рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень щодо притягнення до адміністративної відповідальності (ст. 171² КАСУ) не

¹ Головатий, С. Верховенство права: У 3-х кн. / С. Головатий. – К.: Фенікс, 2006. – Книга 3: Верховенство права: Український досвід [текст]. – С. 1521-1523.

відповідає принципу верховенства права і європейським стандартами у цій сфері, які виходять з можливості обмеження права на оскарження, тільки коли йдеться про дрібні правопорушення, санкція за вчинення яких має незначний характер.

Оскарження також становить вагому гарантію виконання рішення адміністративного суду, що, як свідчить наведений аналіз практики Європейського суду з прав людини, також розглядається як прояв верховенства права. Тим самим забезпечується реальний, а не формальний (тобто на рівні самого факту задоволення позовних вимог) захист прав і законних інтересів фізичної чи юридичної особи. Це особливо важливо з огляду на незадовільну практику виконання судових рішень (і навіть рішень Європейського суду), ухвалених проти держави на користь таких осіб.

Як вже зазначалося, системний зв'язок механізмів оскарження з верховенством права проявляється і у вимогах до системи органів, які розглядають скарги, правової бази їх діяльності, процедур оскарження, що впливають з інших аспектів верховенства права (М. Гультай висловлює аналогічну думку в контексті проблем конституційної скарги¹), які впливають з інших складових верховенства права і дотримання яких є обов'язковим для суб'єктів правотворчості і правозастосування.

Перш за все, фізичним і юридичним особам має бути гарантовано право на оскарження рішень, дій або бездіяльності суб'єктів владних повноважень. Зазначене право має бути визнано основоположним, оскарження є ключовим механізмом захисту особи від державного свавілля і необмеженої дискреції органів публічної влади. Законодавче регулювання реалізації права на оскарження потрібно в основному зосередити на рівні закону і залишати для підзаконної нормотворчості лише вирішення суто організаційних питань. Пов'язане це з тим, що у протилежному випадку органи державної влади і місцевого самоврядування можуть надмірно ускладнити процедуру подання скарг, що шкодитиме верховенству права.

Процесуальні норми, які регламентують провадження з розгляду і вирішення, повинні розвивати відповідні принципи, які впливають з верховенства права, у тому числі справедливість, пропорційність, відкритість, незалежність, належність процедури, оперативність та ін. Ці принципи можуть мати різне змістовне наповнення залежно від того, який спосіб оскарження

¹ Гультай, М. М. Інститут конституційної скарги: світовий досвід та перспективи впровадження в Україні : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.02 / М. М. Гультай Михайло Мирославович Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2014. – 41 с.

використовується (судовий чи адміністративний). Наприклад, швидкість розгляду (оперативність) адміністративної скарги завжди має бути вищою ніж вирішення судової справи, а публічність відомчого контролю об'єктивно є нижчою за судовий контроль. Однак втілення цих вимог у правотворчій і правозастосовній практиці є беззаперечною умовою виконання оскарження своїх функцій, головної з яких є захист прав і законних інтересів приватних осіб у відносинах з суб'єктами владних повноважень.

Слід також враховувати, що право на оскарження може бути гарантоване, коли у державі функціонує система адміністративної юстиції. Без цього неможливо ані гарантувати належним чином право на оскарження, ані забезпечити справді ефективне функціонування системи публічної адміністрації на демократичних засадах. Верховенство права вимагає забезпечення доступності цих судів, що включає їх територіальну наближеність, відносно просту процедуру звернення до суду, включаючи зрозумілі і чіткі правила оформлення позовної заяви, розумний розмір судового збору та ін.¹

Крім того, повинна існувати розвинена система адміністративного оскарження. Однак для цього має бути суттєво посилено незалежність вказаних органів шляхом ухвалення законодавчого акту у сфері адміністративного оскарження (або окремого закону, або закону (кодексу) про адміністративні процедури, де була б присутня глава про розгляд скарг) законодавчого закріплення гарантій такої незалежності, впровадження практики формування даних органів із залученням незалежних фахівців тощо.

Необхідно також відмітити, що верховенство права обумовлює дотримання у процесі оскарження принципу верховенства Конституції України і прямої дії конституційних норм, у тому числі у сфері прав людини, що особливо важливо у зв'язку з відсутністю в Україні конституційної скарги (права фізичних і юридичних осіб звертатися до Конституційного Суду з питань неконституційності певних правових актів). Це означає, що адміністративні суди мають не застосовувати нормативно-правові акти, які суперечать Конституції України, у тому числі порушують основоположні права і свободи. Як зазначає М. Козюбра, з прямої дії норм Конституції випливає, що їх конкретизація можлива також правозастосовними органами, насамперед судами, шляхом тлумачення. Суди повинні безпосередньо застосовувати Конституцію України, коли вирішення справи на основі закону виявляється

¹ Див.: Городовенко, В. В. Принципи судової влади : монографія [текст] / В. В. Городовенко. – Х. : Право, 2012. – 448 с. – С. 206-223.

неможливим¹. Підкреслимо, що йдеться не про виконання загальними судами конституційного контролю, віднесеного до повноважень Конституційного Суду, а про дотримання принципу верховенства Конституції як акту найвищої юридичної сили у випадку, коли має місце не лише неврегульованість певного питання у поточному законодавстві, але й коли присутня колізія між Конституцією та будь-яким іншим нормативно-правовим актом.

Тут потрібно зробити пояснення. У випадку коли йдеться про правові акти, перевірка конституційності яких належить до компетенції Конституційного Суду України, адміністративний суд має зупинити розгляд справи і звернутися до Верховного Суду України з ініціативою направлення відповідного конституційного подання до Конституційного Суду. На нашу думку, було б доцільно взагалі спростити цю процедуру і надати усім судам право звертатися до Конституційного Суду України з питань конституційності нормативно-правових актів, що підлягають застосуванню у конкретній справі.

Ще раз наголосимо, наведене не слід сприймати як спробу обґрунтування права суду не застосувати при вирішенні справи певний закон, який не визнаний Конституційним Судом неконституційним, з мотивів його невідповідності Основному закону. Подібний підхід не тільки не допоможе зміцненню верховенства права, а, як вказує В. Лемак, навпаки є загрозою для його реалізації даного принципу². Ми наполягаємо на тому, що у даному випадку суди мають ширше використовувати можливості звернення до органу конституційної юрисдикції. Інша справа, що потрібно уникати зловживань у цій сфері. Це може бути гарантовано за допомогою перевірки судових рішень апеляційною і касаційною інстанціями, дисциплінарними заходами до судді, який вирішив затягнути розгляд справи подібними чином, тощо. Якщо ж має місце неконституційний нормативно-правовий, визначення конституційності якого не входить до юрисдикції Конституційного Суду України, то адміністративний суд повинен відмовитись від його застосування, обґрунтувавши свою думку про невідповідність даного акту Конституції України.

¹ Козюбра, М. Верховенство права і Україна [текст] / М. Козюбра // Право України. – 2012. – № 1-2. – С. 41.

² Лемак, В. Принцип верховенства права в Україні: основні загрози [текст] / В. Лемак // Право України. – 2010. – № 3. – С. 50.

Список використаних джерел:

1. The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies: Report of the Secretary-General 23.08.04 [електронний ресурс]: Режим доступу: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/395/31/PDF/N0439531.pdf?OpenElement>
2. Авер'янов, В. Принцип верховенства права у сфері виконавчої влади: питання теорії та практика реалізації [текст] / В. Авер'янов // Право України. – 2010. – № 3. – С. 72-79.
3. Авер'янов, В. Проблеми забезпечення верховенства права у сфері виконавчої влади [текст] / В. Авер'янов // Українське право. – 2006. – № 1. – С. 267-276.
4. Административные процедуры и контроль в свете европейского опыта [текст] / Под ред. Т. Я. Хабриевой и Ж. Марку – М. : Статут, 2011. – 320 с.
5. Аллан, Т. Р. С. Конституційна справедливість. Ліберальна теорія верховенства права [текст] / пер. з англ. Р. Семків. – К. : Вид. дім. «Києво-Могилянська академія», 2008. – 385 с.
6. Битяк, Ю. Адміністративне судочинство як форма забезпечення верховенства права і законності [текст] // Право України. – 2011. – № 4. – С. 4-10
7. Верховенство права : сб. статей [текст] / Д. Н. Мур, А. И Дик Ховард, Д. Леттер и др. ; пер. с англ. – М. : Прогресс, 1992. – 216 с.
8. Головатий, С. Верховенство права: У 3-х кн. / С. Головатий. – К.: Фенікс, 2006 . – Книга 3: Верховенство права: Український досвід [текст]. – 1747 с.
9. Гордовенко, В. В. Принципи судової влади : монографія [текст] / В. В. Гордовенко. – Х. : Право, 2012. – 448 с.
10. Гультай, М. М. Інститут конституційної скарги: світовий досвід та перспективи впровадження в Україні : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.02 / М. М. Гультай; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2014. – 41 с.
11. Державне управління : проблеми адміністративно-правової теорії і практики [текст] / В. Б. Авер'янов, О. Ф. Андрійко, Н. В. Александрова та ін. ; за заг. ред. В. Б. Авер'янова. – К. : Факт, 2003. – 384 с.
12. Деятельность ООН в сфере верховенства права [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.unrol.org/>
13. Доповідь Європейської комісії за демократію через право (Венеціанська комісія) про верховенство права від 04.04.2011 р. [електронний ресурс]. –

Режим доступу: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2011\)003rev-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)003rev-e)

14. Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Z та інші проти Сполученого Королівства» від 10.05.2001 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К. , 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

15. Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Алтай проти Туреччини» від 22.05.2001 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К. , 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

16. Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Аманн проти Швейцарії» від 16.02.2000 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К. , 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

17. Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Бакай та інші проти України» від 09.11.2004 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К. , 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

18. Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Ботацці, А. П., Ді Мауро, А. Л. М. та Феррарі проти Італії» від 28.07.99 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К. , 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

19. Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Броуган та інші проти Сполученого Королівства» від 29.11.88 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К. , 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

20. Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Броньовський проти Польщі» від 22.06.2004 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К. , 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

21. Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Брумареску проти Румунії» від 28.11.99 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К. , 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

22. Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Бурдов проти Росії» від 07.05.2002 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр.

мережа розповсюдження прав. інф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К. , 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

23. Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Васильєв проти України» від 21.06.2007 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. інф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К. , 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

24. Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Вінтерверп проти Нідерландів» від 24.10.79 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. інф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К. , 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення. від 24.10.79

25. Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Волохи проти України» від 22.06.2004 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. інф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К. , 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення. від 02.11.2006

26. Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Гіртст проти Сполученого Королівства» від 06.10.2005 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. інф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К. , 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

27. Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Єчюс проти Латвії» від 31.07.2000 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. інф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К. , 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

28. Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Жовнер проти України» від 29.06.2004 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. інф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К. , 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

29. Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Загородній проти України» від 24.11.2011 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. інф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К. , 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

30. Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «“Імобільяре Саффі” проти Італії» від 28.07.99 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. інф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К. , 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

31. Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Кацюк проти України» від 05.04.2005 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр.

мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К. , 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

32. Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Класс та інші проти Німеччини» від 06.09.78 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К. , 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

33. Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Корбелі проти Угорщини» від 10.02.2010 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К. , 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

34. Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Костовський проти Нідерландів» від 20.11.89 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К. , 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

35. Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Креуз проти Польщі» від 19.06.2001 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К. , 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

36. Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Круслен проти Франції» від 24.04.90 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К. , 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

37. Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Кудла проти Польщі» від 26.10.2000 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К. , 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

38. Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Кутіч проти Хорватії» від 01.03.2002 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К. , 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

39. Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Лізанець проти України» від 31.05.2007 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К. , 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

40. Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Луць проти України» від 31.01.2008 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр.

мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К. , 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

41. Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Михайленки та інші проти України» від 30.11.2004 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К. , 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

42. Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Нечипорук і Йонакало проти України» від 21.04.2011 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К. , 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

43. Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Півень проти України» від 29.06.2004 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К. , 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

44. Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Праведная проти Росії» від 18.11.2004 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К. , 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

45. Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Продан проти Молдови» від 18.05.2004 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К. , 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

46. Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Ромашов проти України» від 27.07.2004 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К. , 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

47. Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Рябих проти Росії» від 03.12.2003 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К. , 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

48. Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Свято-Михайлівська Парафія проти України» від 14.06.2007 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К. , 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

49. Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Серявін проти України» від 10.02.2010 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр.

мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К. , 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

50. Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Сорінг проти Сполученого Королівства» від 07.07.89 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К. , 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

51. Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Тімотієвич проти України» від 08.11.2005 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К. , 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

52. Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «“Україна-Тюмень” проти України» від 22.11.2007 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К. , 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

53. Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Шаренок проти України» від 22.02.2005 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К. , 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

54. Європейський суд з прав людини : Рішення у справі «Шмалько проти України» від 20.07.2004 р. // Ліга : Закон : комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. инф. – [Електр. прогр.]. – Версія 8.2.3. – К. , 2012. – Заг. з вказів. для користувачів. – Щоден. оновлення.

55. Законодательная активность, стабильность законодательства и качество правовой среды : сравнительный анализ постсоциалистических стран [текст] / Д. Я. Примаков, А. В. Дмитриева, В. В. Волков. – СПб. : ИПП ЕУ СПб., 2010. – 24 с.

56. Козюбра, М. Верховенство права і Україна [текст] / М. Козюбра // Право України. – 2012. – № 1-2. – С. 35-53.

57. Козюбра, М. Верховенство права: українські реалії та перспективи [текст] / М. Козюбра // Право України. – 2010. – № 3. – С. 7-9.

58. Козюбра, М. Принцип верховенства права та вітчизняна теорія і практика [текст] / М. Козюбра // Українське право. – 2006. – С. 15-23.

59. Конституційний Суд України : Рішення від 02.11.2004 р. № 15-рп/2004 у справі у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого

покарання) [електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://ccu.gov.ua/doccatalog/document?id=9868>.

60. Лемак, В. Принцип верховенства права в Україні: основні загрози [текст] / В. Лемак // Право України. – 2010. – № 3. – 44-51.

61. Маринченко, В. Адміністративна юстиція в Україні та верховенство права [текст] / В. Маринченко // Українське право. – 2006. – № 1. – С. 185-190.

62. Пасенюк, О. М. Принцип верховенства права в адміністративній юстиції [текст] : Автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07: адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право / О. М. Пасенюк; Міжрегіональна академія управління персоналом. – К. : МАУП, 2012. – 18 с.

63. Петришин, О. Верховенство права як принцип адміністративного судочинства [текст] / О. Петришин // Матеріали конференції з нагоди запровадження адміністративного судочинства в Україні (м. Київ, 30 вересня 2005 р.). – К.: б/в, 2005. – 100 с.

64. Петришин, О. Верховенство права як принцип дії права [текст] / О. Петришин // Українське право. – 2006. – С. 49-57.

65. Погребняк, С. Основоположні принципи права (змістовна характеристика) : монографія [текст]. – Х. : Право, 2008. – 240 с.

66. Погребняк, С. Принцип належного управління (міжнародний та європейський досвід) [текст] / С. Погребняк // Філософія права і загальна теорія права. – 2012. – № 1. – С. 177-190.

67. Принцип верховенства права: проблеми теорії і практики : у двох книгах / За заг. ред. Ю. С. Шемшученка. – Кн. 1 : Верховенство права як принцип правової системи: проблеми теорії / Відп. ред. Н. М. Оніщенко. – К. : Видавництво «Юридична думка», 2008. – 344 с.

68. Принцип верховенства права: проблеми теорії і практики : у двох книгах / За заг. ред. Ю. С. Шемшученка. – Кн. 2 : Принцип верховенства права у діяльності держави та в адміністративному праві [текст] / Відп. В. Б. Авер'янов. – К. : Конус-Ю, 2008. – 314 с.

69. Принципы российского права : общетеоретический и отраслевой аспекты [текст] / Н. И. Матузов, А. В. Малько, К. А. Скусь и др. ; под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. – Саратов : Изд-во ГОУ «Саратовская академия права», 2010. – 704 с.

70. Проблеми теорії права і конституціоналізму у працях М. В. Цвіка [текст] / відп. за вип. О. В. Петришин. – Х. : Право, 2010. – 272 с.

71. Пухтецька, А. А. Європейський адміністративний простір і принцип верховенства права : монографія [текст] / А. А. Пухтецька ; відп. ред. В. Б. Авер'янов. – К. : Вид-во «Юридична думка», 2010. – 140 с.

72. Резолюції Генеральної Асамблеї ООН за доповіддю Шостого комітету (А/61/456) від 18.12.2006 р. [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/496/79/PDF/N0649679.pdf?OpenElement>.

73. Резолюції за Генеральної Асамблеї ООН доповіддю Шостого комітету (А/62/465) від 08.01.2008 р. [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.un.org/ru/documents/ods.asp?m=A/RES/62/70>.

74. Смородинський, В. Держава у системі координат верховенства права [текст] / В. Смородинський // Філософія права і загальна теорія права. – 2013. – № 1. – С. 37-47.

75. Стафенюк, В. С. Судовий адміністративний процес : монографія [текст] / В. С. Стафенюк. – Х. : Фірма «Консум», 2003. – 464 с.

76. Таманага, Б. Верховенство права : історія, політика, теорія [текст] / Б. Таманага ; пер. з англ. А. Іщенка. – К. : Вид. дім «Києво-Могилянська академія», 2007. – 208 с.

77. Тимощук В. Верховенство права в адміністративній процедурі / В. Тимощук // Українське право. – 2006. – № 1. – С. 285-287.

78. Туорі, К. Спільне у сутності верховенства права і правової держави [текст] / К. Туорі // Філософія права і загальна теорія права. – 2013. – № 1. – С. 24-28.

79. Уварова, О. Принцип верховенства права у судовій практиці України [текст] // Філософія права і загальна теорія права. – 2013. – № 1. – С. 65-72.

80. Уварова, О. О. Роль принципів права у процесі правозастосування [текст] : Дис. ... канд.. юрид. наук : 12.00.01 : теорія та історія держави і права, історія політичних і правових учень / О. О. Уварова; Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого. – Х. , 2010. – 208 с.

У статті робиться спроба дослідження зв'язків між інститутом оскарження в адміністративному праві і верховенством права як засадничим принципом правової системи демократичної держави. Ці зв'язки розглядаються у декількох вимірах. З одного боку, право на оскарження рішень, дій або бездіяльності суб'єкта владних повноважень є елементом правопорядку, оснований на верховенстві права. Відсутність реальної можливості для приватної особи захистити свої права і законні інтереси у

відносинах з носіями публічної влади дозволяє стверджувати, що у певній правовій системі не діє принцип верховенства права. З другого боку, оскарження є механізмом, який спрямований на гарантування інших елементів верховенства права (права на справедливий суд, гарантованості виконання судових рішень тощо). І з третього боку, верховенство права висуває низку вимог (ефективність правового захисту на підставі поданої скарги, справедливість, публічність, швидкість розгляду тощо), яким і на рівні законодавчого регулювання, і на рівні правозастосовної практики має відповідати механізм оскарження.

Ключові слова: верховенство права, оскарження, право на оскарження, публічна влада, адміністративне право.

В статье автор предпринял попытку исследования связей между институтом обжалования в административном праве и верховенством права как основополагающим принципом правовой системы демократического государства. Эти связи рассматриваются в трех измерениях. С одной стороны, право на обжалование решений, действий и бездействия субъектов властных полномочий – элемент правопорядка, основанного на верховенстве права. Отсутствие реальной возможности для частного лица защитить свои права и законные интересы в отношениях с носителями публичной власти позволяет утверждать, что в определенной правовой системе не действует верховенство права. С другой стороны, обжалование выступает механизмом, который направлен на гарантирование других элементов верховенства права (права на справедливый суд, гарантированность выполнения судебных решений и т.д.). С третьей стороны, верховенство права выдвигает ряд требований (эффективность правовой защиты, справедливость, публичность, быстрота рассмотрения и т.д.), которым и на уровне законодательного регулирования, и на уровне правоприменительной практики должен соответствовать механизм обжалования.

Ключевые слова: верховенство права, обжалование, право на обжалование, публичная власть, административное право.

The author investigates links and approaches between institute of appealing in administrative law and the rule of law as a fundamental principle of legal system of the democratic state. Those links and approaches are researched in various aspects. Firstly, right to appeal against decisions, actions and inaction of administrative bodies is an element of legal order based on the rule of law. Secondly, appealing is a

mechanism that aims to protect other elements of the rule of law (right to a fair trial, exercise of courts decisions etc.). Thirdly, the rule of law demands should be taken into account in the laws that regulate procedures of claims' examining and during applying those laws.

Key words: *rule of law, appealing, right to appeal, public power, administrative law.*

КРИТЕРІЇ ПРАВА НА ЕКОЛОГІЧНУ БЕЗПЕКУ

Третяк Тарас Олексійович

кандидат юридичних наук

доцент кафедри земельного та аграрного права

Київського національного університету імені Тараса Шевченка



1. В законодавстві і практиці України діє принцип процесуальної заінтересованості, зміст якого полягає у тому, що лише особа, права чи охоронювані законом інтереси якої порушено, має право на звернення до суду за захистом (частина перша ст. 3 Цивільного процесуального кодексу України від 18.03.2004 № 1618-IV [20]; частина перша ст. 6 Кодексу адміністративного судочинства України від 06.07.2005 № 2747-IV [21]; частина перша ст. 1 Господарського процесуального кодексу України від 06.11.1991 № 1798-XII [9]). Саме дія цього принципу надає виняткової актуальності дослідженню критеріїв суб'єктивних прав, адже встановлення цих критеріїв дозволяє: встановити момент порушення суб'єктивного права і відповідно момент виникнення права на його захист. Знання критеріїв права дозволяє також з'ясувати обсяг свободи, яка гарантується відповідним суб'єктивним правом.

Практична важливість дослідження критеріїв права на екологічну безпеку [29] пояснюється також і тим, що обов'язками, які кореспондують цьому праву, як правило, є обов'язки у сфері здійснення господарської діяльності, пов'язані з обмеження викидів, скидів на інших негативних впливів на довкілля. Такі обов'язки є частиною правил ведення господарської діяльності. Порушення цих правил може бути підставою для застосування адміністративно-господарських та інших санкцій.

2. Критерії права на екологічну безпеку вже були предметом наукових досліджень. Одним із перших дослідників критеріїв права на сприятливе довкілля є Ю.С. Шемшученко. У своїх роботах вчений пропонував вважати критеріями права на сприятливе довкілля санітарно-гігієнічні нормативи концентрацій забруднювальних речовин у воді, повітрі, ґрунті [31 с. 19-20, 32 с. 123]. Також Ю.С. Шемшученко звернув увагу і на окремі вади цих нормативів як критеріїв права на сприятливе довкілля [31 с. 21-22].

Останніми роками було написано значної кількості наукових робіт, присвячених цьому питанню. Значної уваги критеріям права на екологічну безпеку присвятив у своїх роботах Андрейцев В.І. На його думку критеріями

права на екологічну безпеку є нормативи екологічної безпеки [2 с. 211, 212], якими вважаються нормативи гранично-дозволених концентрацій забруднювальних речовин у воді, повітрі, ґрунті, гранично-дозволені рівні акустичного, електромагнітного впливу [2 с. 211]. Такої думки дотримується і Анісімова А.П. [3 с. 31].

На думку В.Л. Бредіхіної критеріями права на екологічну безпеку є нормативи якості довкілля, гранично-дозволені нормативи впливу на довкілля, санітарно-гігієнічні нормативи [6 с. 31]. В одній із своїх більш пізніх робіт В.Л. Бредіхіна зазначала, що *«ефективність забезпечення екологічної безпеки населення може визначатися за допомогою сукупності показників: об'єктивного стану здоров'я населення, що мешкає у певній місцевості; ... якості навколишнього природного середовища та його компонентів на цій території, ... ступеня реальної реалізації таких правових можливостей, що надає законодавство громадянам у сфері екологічної безпеки ...»* [7 с. 21]. Чи є ці показники критеріями права на екологічну безпеку, чи це лише показники ефективності механізму правового забезпечення цього права, залишається незрозумілим.

Васильєва М.І. пропонує вважати *«... здоров'я довкілля (живої природи) показником (ознакою) його сприятливості для людини, і відповідно, порушення здоров'я довкілля повинні вважатися посяганнями на об'єкт права громадян ... [на сприятливе довкілля]»* [8 с. 88].

Незважаючи на значну кількість досліджень критеріїв права на екологічну безпеку та істотність досягнутих результатів, залишається невирішеною низка проблем, що потребують подальшого дослідження.

3. Критерій права на екологічну безпеку складаються з двох частин. Перша частина – це вимоги екологічної безпеки, закріплені у нормативно-правових актах. У разі порушення цього критерію, порушник спричиняє негативного впливу на потерпілого, у якого виникає право вимагати припинити такого впливу. Зупинимось на аналізі вимоги нормативно-правових актів у сфері екологічної безпеки як критерію права на екологічну безпеку.

Традиційно право на екологічну безпеку розглядають як право на довкілля певної якості, тому критеріями права на екологічну безпеку вважаються нормативи якості довкілля. До нормативів якості довкілля належать: нормативи гранично-дозволених концентрацій хімічних речовин у довкіллі (далі - ГДК), нормативи гранично-дозволених рівнів фізичного та іншого впливу (далі - ГДР) [32 с.123, 31 с. 19-22] та нормативи гранично-дозволеного вмісту хімічних речовин у продуктах харчування (далі - ГДВ) [15 с. 10].

Питання про те, чи є критеріями права на екологічну безпеку нормативи, що регулюють обсяги викидів чи скидів забруднювальних речовин зі споруд (нормативи граничнодопустимих викидів (далі - ГДВ) та нормативи граничнодопустимих скидів (далі - ГДС) є спірним в юридичній літературі. Особливість ГДВ та ГДС полягає у тому, що вони регулюють обсяг забруднювальних речовин, що викидаються (скидаються) з екологічно-небезпечного обладнання. Їх перевищення ще не призводить до порушення вимог до якості довкілля. Саме ця обставина і спричинила розбіжності у підходах вчених до того чи вважати нормативи ГДВ чи ГДС критеріями права на екологічну безпеку. На думку Андрейцева В.І. *«... визначені екологічним законодавством екологічні нормативи, що передбачають гранично допустимі викиди та скиди, або тимчасово погоджені нормативи для деяких суб'єктів не пов'язуються із системою нормативів екологічної безпеки»* [2 с. 28]. Іншої думки тримається В.Л. Бредіхіна, на думку якої ГДВ та ГДС *«... є хоча і непрямим, але усе-таки важливим фактором, оскільки перевищення цих нормативів збільшує ризик забруднення довкілля, що фактично створює небезпеку для життя і здоров'я людини»* [5 с. 31].

Незважаючи на розбіжності у поглядах, обидва автори для встановлення того, чи порушено право на екологічну безпеку, аналізують вплив (в тому числі і можливий) на довкілля. Андрейцев В.І., підставно вважаючи що порушення нормативів ГДВ та ГДС ще не означають зміну довкілля до ступеня, коли воно вважається небезпечним, доходить логічного висновку, що ні ГДВ, ні ГДС не є критеріями екологічної безпеки і відповідно права на екологічну безпеку. Бредіхіна В.Л. навпроти, вважає ГДС та ГДВ критеріями екологічної безпеки, тому що їх перевищення *«збільшує ризик забруднення довкілля»*, тобто знову ж таки збільшує ризик змін у довкіллі.

На наш погляд, для того щоб правильно визначити роль тих чи інших нормативів у механізмі правового забезпечення права на екологічну безпеку потрібно ставити питання не про те, чи означає порушення тих чи інших нормативів негативні зміни у довкіллі (чи ризик таких змін), а чи впливає їх порушення на право на екологічну безпеку потерпілого. Зв'язок між нормативами ГДС та ГДВ з одного боку та правом на екологічну безпеку з іншого боку закріплено міжнародними нормативно-правовими та нормативно-правовими актами прийнятими в Україні. Прикладом першого нормативно-правового акта є Конвенція про доступ до інформації, участь громадськості в процесі прийняття рішень та доступ до правосуддя з питань, що стосуються довкілля (далі – Орбуська конвенція) [16], ратифікована Законом України від

06.07.1999 № 832-XIV [11]. Статті 1 Оргуської конвенції формулює мету цієї конвенції і чітко пов'язує закріплені нею права (право на доступ до екологічної інформації; право на участь у прийнятті рішень, що стосуються довкілля; та право на доступ до правосуддя) з правом на безпечне довкілля. Для підтвердження цього висновку приведемо текст цієї статті

«з метою сприяння захисту права кожної людини нинішнього і майбутніх поколінь жити в навколишньому середовищі, сприятливому для її здоров'я та добробуту, кожна зі Сторін гарантує права на доступ до інформації, на участь громадськості в процесі прийняття рішень і на доступ до правосуддя з питань, що стосуються навколишнього середовища, відповідно до положень цієї Конвенції».

Право на участь у прийнятті рішень з питань, що стосуються довкілля, досить часто полягає у гарантованій можливості людей, на яких може вплинути планована діяльність брати участь у формуванні умов дозволів. Значна частина нормативів ГДВ встановлюється у дозволі на викиди забруднювальних речовин стаціонарними джерелами. Як свідчить положення статті 1 Оргуської конвенції право на участь у формуванні умов дозволів надане з метою гарантування права на сприятливе довкілля. Не забезпечення можливості особам, на яких може спричинити негативного впливу планована діяльність, не дозволило б їм взяти участь у процесі встановлення умов такої діяльності, і тим самим їх було б позбавлено можливості підвищити рівень екологічної безпеки планованої діяльності. Таким чином, не забезпечення участі особам, на яких може вплинути планована діяльність, у процесі встановлення ГДВ (умов дозволу) не може не позначитися негативно на їх праві на екологічну безпеку. Вищевикладене дає підстави вважати нормативи ГДВ чи ГДС критеріями права на екологічну безпеку, поряд з нормативами ГДК, ГДР та іншими нормативами якості довкілля.

Такої ж можливості заінтересованим особам було створено і пунктом 5 Порядку проведення та оплати робіт, пов'язаних з видачею дозволів на викиди забруднюючих речовин в атмосферне повітря стаціонарними джерелами, обліку підприємств, установ, організацій та громадян-суб'єктів підприємницької діяльності, які отримали такі дозволи, затвердженому постановою Кабінету Міністрів України від 13.03.2002 № 302 [30], яким особу, що має намір отримати дозвіл на викиди забруднювальних речовин у атмосферне повітря, зобов'язано публікувати в місцевих друкованих засобах масової інформації повідомлення про намір отримати такий дозвіл із зазначенням адреси

місцевої державної адміністрації, до якої можуть надсилатися зауваження громадських організацій та окремих громадян.

Перевищення нормативів ГДК чи ГДВ чи інших вимог, ще не означають, що порушено право на екологічну безпеку позивача. Для того, щоб встановити таке порушення потрібно щоб відповідач вважався відповідальним за таке порушення. Відповідач, за загальним правилом, не є відповідальним за порушення правил екологічної безпеки, якщо він вжив всіх залежних від нього заходів для відвернення такого порушення.

Нормативно-правовим підґрунтям для такого висновку служить положення частини другої ст. 218 Господарського кодексу України від 16.01.2003 № 436–IV [19] (далі - ГК), згідно з якою *«учасник господарських відносин відповідає за невиконання або неналежне виконання господарського зобов'язання чи порушення правил здійснення господарської діяльності, якщо не доведе, що ним вжито усіх залежних від нього заходів для недопущення господарського правопорушення»*. Частиною правил ведення господарської діяльності є і вимоги екологічної безпеки. Ще до прийняття ГК Б.І. Пугінський та М.Д. Сафіулін звертали увагу на те, що *«під виною у господарській та юрисдикційній практиці розуміють випадок, коли виникли дві обставин, які дають підстави для притягнення до відповідальності: 1) боржник мав реальних можливостей для належного виконання обов'язку та 2) не вжив всіх необхідних заходів для недопущення порушення, відвернення шкоди»* [24 с. 217]. Тривалий час вважалося, що це правило дозволяє встановити вину учасника господарських правовідносин, як підставу для застосування відповідальності [4 с. 723, 23 с. 315-321]. На наш погляд таке правило є частиною критерія права на екологічну безпеку.

Правило про накладення відповідальності на порушника лише за умови, якщо він не вжив всіх залежних від нього заходів діяло також і в римському праві. Як правило, у римському праві відповідальність за невиконання чи неналежне виконання зобов'язання наставала за умови вини боржника. Під виною малося на увазі не виконання (не дотримання) того, що вимагало право [вільне тлумачення 28 с. 284]. Римські юристи застосовували правило *«Si omnia quae oportuit, observavit, caret culpa»* (немає вини, якщо було виконано все, що вимагалось) [вільне тлумачення 28 с. 284] та *«Culpa[m] esse quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum»* (вина є, якщо не особа не передбачила те, що дбайливий міг передбачити) [вільне тлумачення 28 с. 284].

За ступенем вини її поділяли на грубу необережність (*culpa lata*) та легку необережність (*culpa velis* чи просто *culpa*). Груба необережність чи груба

недбалість мала місце тоді, коли особа не забезпечила тієї міри дбайливості, якої можна вимагати від кожного (*Lata culpa est nimia neglegentia, id est non intellegere quod omnes intellegunt* (D. 50.16.213.2). – Груба вина – це надзвичайна недбалість, тобто нерозуміння того, що всі розуміють) [вільне тлумачення 28 с. 285].

Легка вина (*culpa levis*) має місце тоді, коли не забезпечено того ступеня дбайливості, яка властива доброму господарю, дбайливому голові сім'ї - *bonus paterfamilias, diligens paterfamilias*. Римські юристи виробили тип дбайливого старанного господаря — *homo diligens et studiosus paterfamilias* (D. 22. 3. 25), який і служив мірилом для визначення ступеня дбайливості боржника при виконанні зобов'язання і у зв'язку з цим, ступеня його відповідальності за вину [вільне тлумачення 28 с. 285]. Найбільш часто вина означала саме легку вина (*culpa levis*) [28 с. 286].

На наш погляд всі ці положення можуть бути застосовані не лише для встановлення порушення зобов'язального права, а і для встановлення порушення особистих немайнових прав.

4. Правило про те, що суб'єкт вважається відповідальним за порушення права на екологічну безпеку лише умови не вжиття ним належних заходів для відвернення порушення правил екологічної безпеки чи усунення небезпеки використовується також і у практиці Європейського суду з прав людини (далі - ЄСПЛ). Наприклад, рішенням ЄСПЛ у справі «Фадєєва проти Росії» від 05.06.2005 [27] було встановлено, що Російська Федерація порушила право заявниці на повагу до приватного чи сімейного життя. Пунктом 87 цього рішення ЄСПЛ встановив, що у місці проживання позивачки протягом значного проміжку часу нормативи ГДК забруднювальних речовин у атмосферному повітрі були перевищені. Цей факт давав підстави розглядати цю справу на предмет порушення права позивачки, передбаченого статтею 8 Європейської конвенції про захист права людини та основоположних свобод (далі - ЄКПЛ). Оскільки завод «Сєверсталь», який спричинив перевищення нормативів ГДК, не перебував у державній власності, то держава не могла розглядатися як така, що безпосередньо втручалася у приватне чи сімейне життя позивачки. При цьому ЄСПЛ звернув увагу на те, що відповідальність держави в екологічних справах може наставати у зв'язку з невиконанням обов'язку з належного регулювання приватних промислових об'єктів (пункт 89 рішення ЄСПЛ у справі «Фадєєва проти Росії» від 05.06.2005).

У пункті 89 вказаного рішення ЄСПЛ зазначив *«скарга заявниці підлягає розгляду з погляду позитивного обов'язку держави вживати виправданих та*

прийнятних заходів для забезпечення права заявниці, передбаченого параграфом першим статті 8 Конвенції» і далі «... першим завдання Суду [ЄСПЛ] є оцінити чи можна було б виправдано очікувати від держави дій щодо відвернення чи припинення оскаржуваного порушення права заявниці».

ЄСПЛ встановив, що 17.04.1996 Череповецький міський суд своїм рішенням визнав право заявниці бути переселеною з екологічно-небезпечної території та зобов'язав міську раду включити заявницю до списку осіб, які мають першочергове право на отримання житла. Станом на 2005 рік заявниця не була переселена. Як правило надання житла у порядку черги тривало досить довго, тому не було жодних підстав сподіватися, що заявницю буде переселено із санітарно-захисної зони заводу найближчим часом. Переселення кількох сімей з санітарно-захисної зони заводу «Северсталь» здійснювалося добровільно самим заводом. На підставі цих фактів ЄСПЛ зробив наступного висновку *«країна [Російська Федерація] дозволила здійснювати експлуатацію заводу, що спричиняє забруднення, в центрі густо населеного міста. Оскільки токсичні викиди з устаткування заводу перевищували безпечні рівні, встановлені національним законодавством, та могли б становити загрозу здоров'ю тих, хто проживає неподалік, країна за допомогою законодавства встановила що певна територія довкола заводу повинна бути вільною від поселень. Однак ці законодавчі заходи не були реалізовані на практиці»* (параграф 132 рішення ЄСПЛ у справі «Фадєєва проти Росії» від 05.06.2005). У другому реченні параграфу 133 зазначеного рішення ЄСПЛ зазначив *«... незважаючи на те, що ситуація довкола заводу вимагали спеціальних заходів щодо тих, хто проживає в зоні [санітарно-захисній зоні заводу «Северсталь»], країна не запропонувала заявниці жодного ефективного вирішення, яке б допомогло їй покинути небезпечну територію. Більше того, незважаючи на те, що устаткування заводу, про яке мовилося вище, використовувалося з порушенням внутрішньодержавних екологічних вимог, ніщо не свідчить про те, що країна запланувала та застосовувала ефективних заходів, які б дозволяли врахувати інтереси місцевого населення, на яких впливало забруднення та які могли б знизити рівень промислового забруднення до прийнятного рівня».*

З вищенаведених цитат можна побачити, що порушення права повагу до приватного та сімейного життя та права на екологічну безпеку полягало у тому, що країна:

1) не запланувала та не застосовувала ефективних заходів, які б дозволяли врахувати інтереси місцевого населення, на яких впливало забруднення та які могли б знизити рівень промислового забруднення до прийняттого рівня;

2) не запропонувала заявниці жодного ефективного вирішення, яке б допомогло їй покинути небезпечну територію.

5. За загальним правилом порушення права на екологічну безпеку буде мати місце лише тоді, коли зобов'язаний суб'єкт не вжив всіх залежних від нього заходів для забезпечення дотримання вимог екологічної безпеки, закріплених нормами права. Вказане загальне правило повинно діяти тією мірою, якою законодавець не встановив іншого правила. Верховна Рада України пунктом третім частини першої статті 84 Конституції України від 28.06.1996 [10] наділена правом приймати закони, а отже змінювати загальне правило, описане вище.

Частиною п'ятою статті 1187 Цивільного кодексу України від 16.01.2003 № 435-IV [12] (далі – ЦК), зазначене вище загальне правило було змінене щодо осіб, що володіють джерелами підвищеної небезпеки, адже згідно з цією частиною *«особа, яка здійснює діяльність, що є джерелом підвищеної небезпеки, відповідає за завдану шкоду, якщо вона не доведе, що шкоди було завдано внаслідок непереборної сили або умислу потерпілого»*. На наш погляд, ця стаття встановлює правила відповідальності за порушення поряд з іншим і права на екологічну безпеку, оскільки будь-яке порушення цього права означає шкоду.

В юридичній літературі вже було звернуто увагу на те, що ризик може відігравати роль інструмента *«за допомогою якого відбувається нормативний розподіл несприятливих наслідків між суб'єктами охоронного правовідношення і тим самим формується зміст правового зв'язку»* [14 с. 121]. Не викликає сумніву те, що частина п'ята статті 1187 ЦК встановлює відповідальність за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки, на підставі ризику, а не вини.

Таке правило означає, що у разі порушення права на екологічну безпеку, якщо таке порушення спричинене діяльністю, пов'язаною з використанням джерела підвищеної небезпеки, відповідальність буде наставати на підставі ризику, тобто відповідальна особа буде нести відповідальність за порушення права на екологічну безпеку, якщо таке порушення спричинене внаслідок дії джерела підвищеної небезпеки, навіть у випадку коли вжито всіх залежних від неї заходів для відвернення такого порушення. Такий порушник права на екологічну безпеку звільняється від відповідальності за порушення цього права лише у випадку, якщо таке порушення зумовлене дією непереборної сили.

6. Друга частина критеріїв права на екологічну безпеку – це правило, яке дозволяє позивачеві вимагати усунути негативного впливу, який відповідає вимозі екологічної безпеки, якщо такий вплив є не виправданим [схожої думки висловили А.М. Мірошніченко та Р.І. Марусенко в роботі 17 с. 268]. Загальною ознакою не виправданості негативного впливу є його обтяжливість для особи, на якій справляється цей вплив, та його непотрібність особі, яка його спричиняє. Наприклад, один із сусідів облаштував майстерню для фарбування автомобілів. При цьому, маючи для здійснення фарбувальних робіт відповідні приміщення, власник майстерні здійснює роботи з фарбування на відкритому повітрі, що спричиняє неприємних запахів для його сусідів. Припустимо, що концентрація забруднювальних речовин не перевищує санітарних нормативів та дотримано інших санітарних правил. При цьому сусід власника майстерні відчуває незручностей від такої діяльності, що можуть бути усунуті за умови, що власник майстерні буде здійснювати фарбувальні роботи у відповідному приміщенні. Здійснюючи роботи з фарбування автотранспорту у приміщенні, а не на відкритому повітрі, власник майстерні не понесе жодних додаткових втрат від цього. У цій ситуації особа, що відчуває негативного впливу, має право вимагати, щоб роботи з фарбування автотранспорту здійснювалися у відповідному приміщенні.

Зазначений висновок є не лише теоретичною пропозицією, а має певне законодавче підґрунтя. Зокрема, частиною першою ст. 21 Конституції України встановлено принцип рівності. Цей принцип також відтворено у інших нормативно-правових актах (ст. 5 ЦПК, пункти 4, 7, 8 ч.3 ст. 2 КАС). Він означає необхідність забезпечити справедливого балансу між правами різних суб'єктів. Такого балансу не буде забезпечено, якщо особа, що відчуває негативного впливу, не буде мати можливості усунути істотного обмеження його права на сприятливе довкілля (негативний вплив), якщо усунення такого впливу не здатне вплинути на право власності чи право на здійснення підприємницької діяльності власника майстерні.

Іншою нормою, яка дозволяє вимагати усунути не виправданого впливу, що не порушує екологічних нормативів та санітарних норм, є положення частини другої ст. 13 ЦК, згідно з якою *«при здійсненні своїх прав особа зобов'язана утримуватися від дій, які могли б порушити права інших осіб, завдати шкоди довкіллю або культурній спадщині»*. Створення незручностей сусідові, усунення яких жодним чином не позначиться на правах власника майстерні, порушуватиме цього обов'язку.

Є підстави вважати, що саме для забезпечення можливості усунути невинновданого впливу, що не порушує екологічних нормативів та санітарних норм, було встановлено правило частини першої статті 103 ЗК. Згідно з цією частиною *«власники та землекористувачі земельних ділянок повинні обирати такі способи використання земельних ділянок відповідно до їх цільового призначення, при яких власникам, землекористувачам сусідніх земельних ділянок завдається найменше незручностей (затінення, задимлення, неприємні запахи, шумове забруднення тощо)»*.

В юридичній літературі обґрунтовано зверталоса увагу на декларативність цього положення [17, с. 268, 22 с. 324, 13 с. 271]. На думку Мірошниченка А.М. та Марусенка Р.І. положення частини першої ст. 103 ЗК *«мають ... характер закликy, а не формально-юридичного припису»* [18 с. 277]. Ми погоджуємося з тим, що зазначена частина сформульована не найкращим чином, однак аналіз цього положення дає підстави стверджувати, що ця стаття не була спрямована на забезпечення усунення впливу, який порушує відповідних нормативів. Вимагати усунення такого впливу можна було б за допомогою негаторного позову, на підставі ст. 391 ЦК (чи ст. 149 Цивільного кодексу Української РСР від 18.07.1963 № 1540-VI, яка діяла до прийняття ЦК). Розумний абстрактний законодавець, що знає про загальні положення цивільного права про можливість захисту права власності за допомогою негаторного позову, не міг приймати норму для дублювання загальних положень цивільного права. Отже, встановлюючи правило частини першої статті 103 ЗК, законодавець намагався встановити якесь додаткове правило. Таким додатковим правилом і є правило, що дозволяє усунути невинновданого впливу, що не порушує екологічних нормативів та санітарних норм.

Правило про необхідність забезпечення справедливого балансу між інтересами різних суб'єктів, а не лише дотримання (виконання) норм права використовує у своїй практиці також ЄСПЛ. Наприклад, у параграфі 98 рішення ЄСПЛ від 08.07.2003 у справі Геттон проти Об'єднаного королівства ЄСПЛ зазначив, що у цій справі необхідно звернути увагу на те чи було забезпеченого справедливого балансу між суперечними інтересами окремої особи та громади в цілому [1]. Посилання на необхідність встановити справедливого балансу між суперечними інтересами є також і в інших рішеннях ЄСПЛ [Див. наприклад, 26 параграф 41; 25 параграф 51].

7. Підсумок цієї статті можна викласти у вигляді наступних висновків.

Критерій права на екологічну безпеку складається з двох частин. Перша частина – це вимоги екологічної безпеки, закріплені у нормативно-правових актах.

Не будь яке порушення такої вимоги означає порушення права на екологічну безпеку. У випадку, якщо закріплену у нормативно-правових актах вимогу екологічної безпеки порушив суб'єкт, що не володіє джерелом підвищеної небезпеки, право на екологічну безпеку буде вважатися не порушеним, якщо зазначений суб'єкт доведе, що вжив всіх залежних від нього заходів для відвернення такого порушення.

У випадку, якщо закріплену у нормативно-правових актах вимогу екологічної безпеки порушив суб'єкт, що володіє джерелом підвищеної небезпеки, право на екологічну безпеку буде вважатися не порушеним, якщо таке порушення було результатом дії непереборної сили.

В інших випадках порушення закріпленої у нормативно-правових актах вимоги екологічної безпеки є порушенням права на екологічну безпеку.

Друга частина критерію права на екологічну безпеку – це правило, яке дозволяє позивачеві вимагати усунути негативного впливу, який не порушує закріплену у нормативно-правових актах вимогу екологічної безпеки, якщо такий вплив є невинуватим.

Список використаних джерел:

1.Judgement of Great Chamber. - Case of Hatton and others v. the United Kingdom. – 08.07.2003 // Електронний ресурс. – Режим доступу. - [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{%22fulltext%22:\[%22Hatton%22\],%22languageisocode%22:\[%22ENG%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22JUDGMENTS%22\],%22itemid%22:\[%22001-61188%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{%22fulltext%22:[%22Hatton%22],%22languageisocode%22:[%22ENG%22],%22documentcollectionid%22:[%22JUDGMENTS%22],%22itemid%22:[%22001-61188%22]})

2.Андрейцев В. І. Право екологічної безпеки: Навч. на наук.-практ. Посіб. / Андрейцев В.І. – К.: Знання-Прес, 2002. – 332 с.

3.Анисимов А.П. Право человека и гражданина на благоприятную окружающую природную среду в Российской Федерации (конституционно-правовой аспект): дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02 / Анисимов Алексей Павлович. – Волгоград. – 193 с.

4.Брагинский М. И., Договорное право. Книга первая: Общие положения: [Брагинский М.И., Витрянский В. В.] Изд. 3-е, стереотипное. – М.: Статут, 2001. – 848 с.

5.Бредіхіна В. Л. Конституційні засади права громадян на безпечне навколишнє середовище: монографія / Національна юридична академія України

ім. Ярослава Мудрого. / Бредіхіна В.Л. — Х. : Видавець ФО-П Вапнярчук Н.М., 2008. — 168 с.

6.Бредіхіна В.Л. Основні засади правового захисту населення від негативного впливу навколишнього природного середовища / В.Л. Бредіхіна // Правове регулювання екологічної безпеки в Україні / [Гетьман А.П., Шульга М.В., Бредіхіна В.Л. та ін] . – Х.:Право, 2012 – 296 с.

7.Бредіхіна В.Л. Розділ II Основні засади правового захисту населення від негативного впливу навколишнього природного середовища / В.Л. Бредіхіна // Правове регулювання екологічної безпеки в Україні: навч. посібник / [Гетьман А.П., Шульга М.В., Бредіхіна В.Л. та ін.]. – Х.: Право, 2012. – С. 17 – 62.

8.Васильева М.И. О применении в праве экологических критериев благоприятности окружающей среды / М.И. Васильева // Государство и право. – 2002. - № 11. – С. 84-92.

9.Відомості Верховної Ради України. – 1991. - № 6. – Ст. 56.

10.Відомості Верховної Ради України. – 1996. - № 30. – Ст. 141.

11.Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 34. – Ст. 296.

12.Відомості Верховної Ради України. – 2003. - № 40. – Ст. 356.

13.Гуревський В.К. Глава 17 Добросусідство // Науково-практичний коментар Земельного кодексу України / Л.О. Бондар, А.П. Гетьман, В.Г. Гончаренко та ін.: За заг. ред. В.В. Медведчука. – К.: Юрінком Інтер, 2004. – 643 с.

14.Илларионова Т.И. Система гражданско-правовых охранительных мер. – Томск: Изд-во Томск. ун-та, 1982. – 168 с.

15.Ковальчук Т.Г. Правові питання забезпечення екологічної безпеки продуктів харчування: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук:12.00.06 / Київський національний університет імені Тараса Шевченка. – К., 1997. – 20 с.

16.Конвенція про доступ до інформації, участь громадськості в процесі прийняття рішень та доступ до правосуддя з питань, що стосуються довкілля ухвалена IV Конференцією міністрів охорони довкілля «Довкілля для Європи», яка відбулася 25.06.1998 року в місті Орхус (Данія) // Офіційний вісник України. – 2010. – № 33. – Ст. 1191.

17.Мірошніченко А.М. Науково-практичний коментар до Земельного кодексу України, 3-є видання, змінене і доповнене / А.М. Мірошніченко, Р.І. Марусенко. – К.: Алтера ; ЦУЛ, 2011. – 516 с.

18.Мірошніченко А.М. Науково-практичний коментар до Земельного кодексу України : (за станом нормат.-прав. актів та судової практики на 10 квіт.

2013 року) / А.М. Мірошніченко, Р.І. Марусенко. – 5-те вид. – Київ : Всеукр. асоц. видавців «Правова єдність», 2013. – 544 с.

19.Офіційний вісник України. – 2003. - № 11. – Ст. 462.

20.Офіційний вісник України. – 2004. - № 16.- Ст. 1088.

21.Офіційний вісник України. – 2005. - № 32.- Ст. 1918.

22.Погрібний О.О. Глава 17 Добросусідство // Земельний кодекс України: Науково-практичний коментар / В.І. Андрейцев, Г.І. Балюк, А.П. Гетьман та ін.; За ред. В.І. Семчика. – К.: Видавничий Дім “Ін Юре”, 2003. – 896 с.

23.Примак В.Д. Вина і добросовісність у цивільному праві (терія, законодавство, судова практика) / В.Д. Примак. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – 432 с.

24.Пугинский Б.И. Правовая экономика: проблемы становления / Б.И. Пугинский. Д.Н. Сафиулин. – М.: «Юридическая литература», 1991. – 240 с.

25.Рішення ЕСПЛ у справі Лопес Остра проти Іспанії Павел від 09.12.1994 // Електронний ресурс. – Режим доступу. - <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57905> та інші.

26.Рішення ЕСПЛ у справі Павел та Рейнер проти Об'єднаного королівства від 21.02.1990 // Електронний ресурс. – Режим доступу. - <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57622>;

27.Рішення ЄСПЛ у справі «Фадєєва проти Росії» від 05.06.2005 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу. - <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-69315>.

28. Розенталь И.С. Раздел VII Общее учение об обязательствах и договорах / Розенталь И.С. // Римское частное право: Учебник / [Перетерский И.С., Краснокутский В.А., Флещиц Е.А. и др.] ; под. ред. И.Б. Новицкого и И.С. Петереского. – М.: Юриспруденция, 2000. – 448 с.

29.У цій роботі право на екологічну безпеку буде розглядатися у широкому його розумінні, яке оплює право на сприятливе довкілля.

30.Урядовий кур'єр. - від 22.05.2002. - № 91.

31.Шемшученко Ю.С. Правовые проблемы экологии / Шемшученко Ю.С. – К.: Наукова думка, 1989. – 206 с.

32.Шемшученко Ю.С. Человек и его право на безопасную (здоровую) окружающую среду / Ю.С. Шемшученко // Государство и право. – 1993. – № 10. – С. 120 – 125.

Причиною неефективності реалізації і захисту права на екологічну безпеку є нестача належним чином розроблених критеріїв цього права. Статтю

присвячено аналізу критеріїв права на екологічну безпеку. В результаті дослідження автор доходить висновку, що критерій права на екологічну безпеку складається з двох частин: 1) вимоги екологічної безпеки, закріплені нормативно-правовими актами та 2) вимога усувати невиправданий вплив, що не порушує вимог екологічної безпеки, закріплених нормативно-правовими актами.

Ключові слова: екологічні права; право на екологічну безпеку; захист прав.

Причиной неэффективности реализации и защиты права на экологическую безопасность является отсутствие надлежащим образом разработанных критериев этого права. Статья посвящена исследованию критериев права на экологическую безопасность. В результате исследования автор приходит к выводу о том, что критерий права на экологическую безопасность состоит из двух частей: 1) требования экологической безопасности, закрепленные нормативно-правовыми актами и 2) обязанность устранять неоправданное влияние, не нарушающее требований экологической безопасности, закрепленных нормативно-правовыми актами.

Ключевые слова: экологические права; право на экологическую безопасность; защита прав.

Realization and defence of the human right to environmental safety are ineffective due to a lack of the well-established legal criteria thereof. The article concentrates on analysis of the legal criteria of the human right to environmental safety. As a result of the research the author has concluded that the legal criteria of the human right to environmental safety has two parts: 1) environmental safety requirement established by the legal acts; and 2) the obligation to eliminate the unreasonable impact, which doesn't violate environmental safety requirement established by the legal acts.

Key words: environmental rights; the right to environmental safety; human rights protection.

INDUSTRIAL PARKS AND ZONES IN THE CZECH REPUBLIC AND THE SLOVAK REPUBLIC – THE COMPARATIVE LEGAL ANALYSIS

Mgr. Ján Šurkala

PhD. student

Comenius University in Bratislava

Faculty of Law, Department of Roman law,



A. Introduction

A proper functioning of modern industry cannot be reached without resolving fundamental legal questions of land ownership and connected contractual relations. This problem is particularly peculiar in so-called “transitional economies”. Concerning the Czech Republic (hereinafter as “CR”) and Slovak Republic (hereinafter as “SR”) they had to face to crucial challenges shortly after the Velvet Revolution in 1989 and in the late 90s. Despite of the fact that the economic transformation in both parts of the former Czechoslovakia has been done in a similar manner and the challenges were practically identical, there have been applied slightly different ways out with regard to industrial land issues. That offers us material for assessment of effectivity of both solutions on the basis of a comparative legal analysis. Such gained knowledge shall enable us to formulate general conclusions, which will be applicable in the countries in similar transitional situation nowadays.

B. Initial Conditions

The subject matter of this essay has not been complexly analysed yet. Therefore the comparative analysis of Czech and Slovak solutions of legal relations to industrial land is still lacking as well as any relevant secondary legal literature. As a result of that we have to work with primary sources, i.e. Czech and Slovak laws, bylaws and certain well-established administrative practices. With regard to data we will use statistics of official authorities. In order to support our legal analysis with economic rationale, we are quoting several particular sources of Czech and Slovak economists, which are, unfortunately, not comparative. Thus we also have to bear a burden of economic comparison.

C. Objectives

We aim to describe certain models of functioning of industrial parks and industrial zones in the SR and the CR in this paper. We will be specially focused on a status of land in these areas and related contractual relationships as well as a wider economic, social and ecological impact. This description and attempt of analysis of the state policy in the SR and the CR in the sphere of industrial infrastructure during the last decades, which reflects changes of economic environment towards an open market economy and integration to varied international organisations as well as to the European Union, shall make a basic picture of the situation. Experiences of the SR and the CR show that more than direct monetary support of biggest investors is needed a simple, flexible and transparent policies concentrated on the most problematic parts of an investment environment.

1. Economic background

The fall of the rule of Communists had a far-reaching impact on economy of the former Czechoslovakia. They founded way out from economic misery by a quick privatisation of a state property firstly to domestic entrepreneurs and subsequently to foreign entities. The integration to international structures and the EU was the top political priority. Encouragement of foreign investors to invest in the SR and the CR is considered as one of the most valuable benefits of the accession to these organisations. But a simple political openness towards foreign investments was definitely not sufficient in order to attract foreign direct investment (hereinafter as “FDI”) in wanted amount.

There were many practical obstacles to development new industrial capacities. First of all, the market with industrial land was not functioning properly, because of the unclear scheme of land owners. There was also heavy administrative burden of creation of a new industrial area. Finally, the so-called brown-fields needed expensive and time-consuming upgrades of infrastructure, rectifying environmental burdens and introduction of a new management structure and practices.

Those problems required quick and sophisticated solutions at all stages of a public administration. Government adopted laws, which set down basic conditions for state support for creation of industrial zones and industrial parks. In 2000 there was adopted the *Act on Investment Stimulus*,¹ which set down equal conditions for support of new investments for domestic and foreign entities in the CR. The similar function had the *Act on State Support*,² adopted in 1999 in the SR. The core idea of

¹ Zákon č. 72/2000 Sb. o investičních pobídkách.

² Zákon č. 231/1999 Z. z. o štátnej pomoci.

those laws was to provide prospective investors with some monetary support in order to compensate them some additional expenses steaming from a rather substandard business environment. However, direct incentives fall within a scope of the Title VII of the Treaty on the Functioning of EU, which forbids unlimited “bribing” of investors by the member states, because it harms the internal market. Therefore, the states have to focus on increasing of other qualitative indicators of the business environment.

Perhaps, the most effective tool was (and still is) creation of special industrial zones with already developed infrastructure, settled and adjusted property issues and liquidated environmental burdens. It means that industrial zones and industrial parks have become the top priority of the both governments.

2. Theoretical issues of the industrial infrastructure areas

Not all types of industrial areas have the same qualitative and quantitative indicators. Criteria of their differentiation are really numerous. In this chapter we aim to define basic features of industrial parks and industrial zone and provide the reader with the most important classifications of them.

2.1 What are an “industrial park” and an “industrial zone”?

The term “Industrial park” means conceptually developed area situated in legally settled and adjusted land with high concentration of infrastructure and containing among industrial buildings also green zones, commercial and administrative buildings or storage facilities. Usually, there is concentrated mostly “lightweight” industry and companies providing main producers with some services. In the highly developed countries, they put accents on an integration of industrial parks with other parts of cities, with housing areas, commercial centres, schools, universities or leisure-time zones. Another important feature is high dynamism of development – entrepreneur continuously move in and out. Usually there is one managing institution, either public or private, which provides producers with some services (accounting, marketing, advising, etc.), and offer land parcels for rent or sale. The industrial park is usually not specialised only in attraction of big companies, but there is set apart some piece of land for small and medium enterprises. By this strategy the management tries to reduce a risk of economic problems connected with a leaving of some big company. Sometimes the managing company also provides support of sharing innovations, promotes applied research or assists in increasing of an export. With regard to a structure of industrial enterprises, there can be also sectorial industrial parks, which are specialised in a certain type of industry (e.g.

automobile), but also there may be industrial parks, which try to reduce excessive dependence on one sector of economy by diversification of their portfolio by enterprises conducting business in different types of industry.

On the other hand, the term “Industrial zone” is usually defined as a huge area, with some level of infrastructure (usually lower than in industrial parks), on which is situated mostly heavier and space-demanding enterprises. Usually, it is not such integrated like industrial park and also it can be located much further from urban areas. The most important requirements for location are good access to highways, railways or airports, i. e. to the traffic infrastructure.¹

The abovementioned definitions are only theoretical attempt to describe some basic features and set distinction criteria. However, there are almost never present pure applications of those notions in practice. Also legislators and state authorities are not consistent in using these terms (usually they prefer “industrial parks”). We believe that such distinguishing is reasonable, because both terms describe significantly different concepts of industrial infrastructure with different tools and different aims.

2.2 Classification of the industrial parks and zones according to size and locality

There are many classifications with regards to size and location of the industrial parks and zones. For the purposes of our article we chose our own classification based on combination of few others:²

I. **Local industrial park or zone** is mostly orientated on small and medium enterprises, which employ mostly local people. It is built on a small territory, which usually does not exceed 10 ha. As benefits of such areas we consider a better regional diffuseness, a smaller necessary investment for its creation and a cultivation of regional comparative advantages.

II. **Regional industrial park or zone** is mostly located nearby municipality with at least 40 thousands inhabitants. It includes developed infrastructure with good access to quality roads (optimally a highway) or a railway. On the area of 30 ha there should be situated among small and medium enterprises also some administrative or commercial buildings. There is need to have own advertisement materials. The own management team is advantage.

¹ The definition is made on the basis of the work: Kiseľáková, D., Kiseľák, A.: Analysis of the Effects of Establishment of Industrial Parks on Regional Development and Competitiveness, Available at: http://www.pulib.sk/elpub2/FM/Kotulic10/pdf_doc/13.pdf (Retrieved: 3 May 2015)

² 1. Study: „Development of Entrepreneurs Parks – Program for CR“ made for CzechInvest

2. Kiseľáková, D., Kiseľák, A.: Analysis of the Effects of Establishment of Industrial Parks on Regional Development and Competitiveness, p. 4

III. Industrial park or zone of national (international) importance – strategic park is specially prepared for biggest, mostly foreign, investors. It covers area approximately 100 ha and more. A very high level of infrastructure is absolutely necessary. It should be located in area, where lives at least 180 thousand people. This type of zone definitely has to have own management and a proper marketing.

2.3 Classification of the industrial parks and zones according to a type of management

I. Industrial parks and zones managed by public authority (a municipality, a regional authority or a state) is one of the tools of public policy on creation of sufficiently developed industrial areas. The idea is that a public authority should invest some financial sources and/or convenient land, resolve complicated ownership structure of such area and try to attract some investments. The public authority offers such land for sale or rent. They also try to provide some additional services – either for free or for some consideration – or be helpful to investors by other way.

With regard to a “business model”, public investments to industrial areas are not primarily orientated to profit. In some situations the profit is even not possible at all (specifically in regions without sufficient transport infrastructure). In such situations the benefits like increasing of employment or GDP of a territorial unit usually prevail.

There is also no consensus about the “exist strategy”. Some successful municipalities try to sell all the land as soon as possible and quickly transfer liability for functioning of the park or zone to some commercial subject. The most important cons of such strategy we see in possibility to re-obtain some invested money back, which may be re-used potentially in some other project. Opposite to that stands strategy of a permanent engagement of the public authority in the project. Defenders of such approach usually underline that the public authority should not put out of its hands the valuable asset and try to accumulate a profit by renting. They also stress the importance of direct public control, because sometimes can have private investors lack of motivation to re-introduce a production or sell the land to some other subject, which will use it more effectively. However, we believe, that such situation could not occur, if the land was sold to investor for price reasonably related to its market value. In addition to this, the ownership does not represent the only method of influence of the public. They can still use taxation, which is in this situation more than suitable. The tasks of manager of the industrial park may be either be provided by public

authorities for fees (which will cover expenses), or via specialised entrepreneurs hired by the owner of the land plots.

II. Industrial parks and zones managed by a private entity start to appear at some level of already created market spontaneously. It is based only on principles of a market economy. The investor, usually specialised in building and managing of industrial property, buys a suitable land with a good location, ensures fulfilment of all necessary legal requirements, builds basic infrastructure and attracts investors (concrete producers).

After this point can business strategy be different. One option is to sell land plots to investors and go away with the profit (difference between costs of the land and the infrastructure and final costs of developed land plots suitable for building industrial property). Another option is to lease parts of the land to concrete investors, or even cooperate with them in a construction of industrial buildings, provide varied services, etc.

2.4 Green-fields or Brown-fields?

The new one or the old one? It depends.

A “Greenfield” industrial park or zone is built on a “green meadow”, i.e. on agricultural or forest land. This type of investment is quite frequent in the post-communist countries because of a lack of properly located industrial areas. Regardless the fact that there are numerous huge areas of former socialistic enterprises, in vast majority of cases their location does not meet contemporary requirements for industrial parks. Moreover, the revitalization of such areas requires more money and time – the things which these states cannot spare.

On the other hand, the abandoned huge areas closed to towns and cities is excellent opportunity to create more sophisticated “organic” zones for development of not only industry, but also some commercial, administrative, housing or leisure-time facilities, i.e. the industrial park in narrow sense of this word. Moreover, public authorities should not leave the environmental burdens lay on a place forever. Also some of abandoned constructions can be re-used again and the sources for constructing new buildings will be saved. The “Brownfield” industrial park brings another “philosophical” question: Should we transport people to industrial facilities located in new parks far from a city, or we should rather revitalise older industrial areas directly in a city? And another one: How long we will be able to convert new and new agricultural land to industrial and the abandoned industrial areas just let on their own fate?

3. State policy on development of the industrial areas in the Czech Republic

Already in the early 90s some municipalities started to pay more attention to problems of unemployment, underinvestment and subsequent emigration from their regions to regions with better working possibilities and living standards. Few of them have not only correctly identified the problem, i.e. a lack of motivation of investors to promote their activities and create new working positions, but moreover they had found also the proper solution – i.e. development of infrastructure and providing investors with necessary support.

One of the most impressive examples of successful municipality engagement is the town Vyškov, located 27 km eastern from Brno, Czech second biggest city. Already in 1993 the town initiated creation of the industrial zone “Sochorova I” without any support from either the state budget or private sector. They used 7 ha of land, which they had already owned before, and bought another 3 ha and prepared a complex technical and traffic infrastructure. Subsequently, they offered developed land plots for a sale to prospective investors and the whole area was completely covered by new investors as early as in 1998. By this activity the town also accumulated some capital, because the gains of land sale exceeded required investment costs.¹ These sources and gained experiences as well as a very good reputation among investors enabled the town Vyškov to create other new industrial zones (“Sochorova II”, “Nouzka I” and “Nouzka II”) and also to provide support to German enterprise Fritzmeier to regenerate the area of the former “Zbrojovka Vyškov” enterprise² – this time with the support of the state.

Good results of some municipalities in attracting FDI via creating industrial zones as well as similarly good experiences with this tool in another countries, specifically in Poland and Hungary, where development of new industrial zones were even more dynamic in 90s, has directed the government policy towards the strong support for creation of new industrial parks and zones or for revitalization of the old ones.

3.1 Legal framework in the CR

Via the “Program for Industrial Property Development (1998-2005)” Czech government provided municipalities, association of municipalities and regional authorities (later also industrial developers and important investors) with financial

¹ Šoltys, J.: History and present of industrial zones in the Czech Republic – expectations of redevelopment. Brno 2008, p. 53

² *Vyškov.sk* [online] available at: <http://vyskov.cz/firmy/cs/mesto-vyskov> [Retrieved 18.4.2015]

sources or transferred a title in land – which was owned by the state or land managed by the Land Fund of CR¹ – on them². The implementation of this policy was in competence of *CzechInvest* – The Investment and Business Development Agency of the Czech Government, which has been established already in 1992. However, policy on the development of industrial infrastructure started much later in 1998. The rules for admission of state support were stipulated in the Government decree No. 298/98 Coll. and subsequently amended by the above-mentioned the *Act on Investment Stimulus*,³ which in the Section 1 Subsection 2 defines, what is considered as a state support, as follows:

- a) Discount on corporate taxes according to the special law,⁴
- b) *Transfer of technically developed land for a more favourable price,*
- c) Material support for creation of new working positions according to the special law,⁵
- d) Material support for requalification or training of employees according to the special law,⁶
- e) *Transfer of land according to the special law,⁷ which is listed in Cadastral of Real Property as agricultural land, or transfer of another land for prices stipulated by the special law⁸ effective in time of completion of the contract of transfer. The special laws restricted the transfer of land in state ownership is not affected by this provision.*

There is no problem with the support according to the paragraph b), because such support is fully regulated by *the Act on Investment Stimulus*. Among general rules for admission of state stimulus, there is only one special provision regarding to “*transfer of technically developed land*” (this term obviously refers to the land in industrial parks or zones). According to the Section 4, a municipality within its own

¹ “The Land Fund of the Czech Republic” (*Pozemkový fond ČR*) was a legal entity established on 1st January 1992 by the Act No. 569/1991 Coll. on Land Fund of the Czech Republic (*Zákon o Pozemkovém fondu České republiky*). They dealt with restitution claims of former owners of agricultural or forest land before the rule of communists (1948). They were also managing the land of „unknown owners“ and people, who have not applied for land restitution yet. They have budget separated of the state budget. It was been canceled by the Act No. 503/2012 Coll. and replaced by the State Land Office (*Státní pozemkový úřad*), which have similar function, structure and competences like its predecessor. For more information look at: <http://www.spucr.cz/> [Retrieved 18.4.2015]

² *Prumyslove-zony.cz* [online] available at: <http://www.prumyslove-zony.cz/blog/financovani-a-podpora-prumyslovych-zon-40> [Retrieved 18.4.2015]

³ “*The Act on Investment Stimulus*” is legal instrument, which set down not only conditions for state support of creation of industrial parks and industrial zones, but it also covers whole spectrum of varied tools for attracting investment, within which is development of industrial infrastructure only one of the elements, albeit very important.

⁴ The Sections 35a and 35b of the Act No. 586/1992 Coll. on Income tax (*Zákon o daních z příjmů*)

⁵ The Section 111 of the Act No. 435/2004 Coll. on employment (*Zákon o zaměstnanosti*)

⁶ As in note no. 11

⁷ The Section 17 Subsection 3 the Act No. 229/1991 Coll. on Covering Certain Issues of Ownership of the Land and Other Agricultural Property (*Zákon o úpravě vlastnických vztahů k půdě a jinému zemědělskému majetku*)

⁸ The Section 11 of the Act. No. 151/1997 Coll. on Assessment of Property (*Zákon o oceňování majetku*)

territory is one of the state bodies with power to issue a binding decision with regard to the prospective incentive. Unless they issue such binding decision within a 30 days period, the law stipulates presumption of a positive decision and procedure will continue to the next stages.

However, the state support according to the paragraph e) is extremely complicated issue. The only basis for transfer of agricultural land we can find in the Section 17 Subsection 3 of *the Act No. 229/1991 Coll. on Covering Certain Issues of Ownership of the Land and Other Agricultural Property*, where the Law deals with “*the land on which has not been applied a claim for restitution in stipulated period*”. Such land can be among the other things also “*in a case of emergency, transferred to subjects, who should realise the construction, according to a valid documentation*”.¹ The transfer of land itself is governed by another law. We can consider the *Act No. 92/1991 Coll. on Conditions of Transfer of the State Property to Other Subjects* as *lex generalis* with regard to previous one, because it concerns wider spectrum of state assets. However, not all land parcels owned by the state may be transferred for the pertinent purposes according to this law. In the Section 3 thereof is stipulated some exceptions,² by which we just cannot apply this law.

To conclude this part we have to say that such fragmentation of regulation is very unwelcomed, because it crates enormous legal uncertainty. However, there is needed of a complex reform of this sphere of legal regulation, which is not only very difficult to make, but some main problems of contemporary law are the result of lacking political consensus on some delicate issues (e.g. a restitution of church land).

3.2 Implementation of the Czech legislation

The Program disposed only with sources from the state budget (not from the EU funds) and there could be supported only those industrial parks, which were connected with the investor, who obtained investment stimulus according to *the Act on Investment Stimulus*, or was considered as making a “strategic project”. This Program contained four subprograms as follows:

- 1) Development of industrial zones,
- 2) Regeneration of abandon industrial zones – so-called “brownfields”,
- 3) Construction and reconstruction of renting industrial buildings,

¹ Paragraph c) thereof

² 1. Property, which should be returned to some subject according to special laws (e.g. Act No. 298/1990 Coll. on Covering Certain Property Issues of Church Orders, Congregations and the Archdiocese of Olomouc - *Zákon o úpravě některých majetkových vztahů řeholních řádů a kongregací a arcibiskupství olomouckého*)

2. Property, which has been transfer on state until 25th February 1948 from the property of churches, orders, congregations and religious societies.

3. Property, which can be a subject of restitution, until the period for making a restitution claim will not expire.

4) Accreditation of industrial zones – increasing of competitiveness.

The subprogram “Development of industrial zones” was designed to create new industrial areas (so-called “green-fields”) with complete necessary infrastructure. The applicant for support (a municipality, an association of municipalities, a regional authority or a developer) could obtain financial incentive determined by the so-called “costs-gap”.¹ A percentage of state support in total costs was usually at the level of 46%, but there were also other conditions, i. e. the preference of under-developed regions (75%), the preference of so-called “strategic industrial zones”(100%), the preference of public infrastructure, etc.,² which might increase the rate.

Between the years 1998 and 2006 there were supported 96 industrial zones in total within the abovementioned program. The structure of this support and its subsequent impacts are shown in the table:

Year	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Number of supported zones	2	20	46	58	71	79	89	92	102
Number of investors	0	36	67	131	166	108	284	360	398
Number of announced working position	0	7991	24962	39626	43821	49076	57369	72338	92308
Number of created working position	0	4650	7619	15806	21857	22718	32948	50810	63830
Sources invested by investors (mils. CZK)	0	10574	54799	88491	103387	117307	137332	147475	161851
Sources invested by the state (mils. CZK)	61	357	602	1117	2353	3202	4260	5267	7227

Source: According to the Annual Report of CzechInvest 2006. Quoted from: Šoltys, J.: History and present of industrial zones in Czech Republic – expectations of redevelopment. Brno 2008, p. 20

¹ „Costs-gap“ is a remainder between profit and needed investments.

² As in note no. 9.

We can claim that after a massive engagement of the public sector in development of new industrial parks during the first decade of the 21st century, there has been created a functioning market with industrial land, which is now fully operational mainly by private developers and managers excluding some projects of regeneration of abandon former industrial areas (brown-fields) and the so-called “Strategic industrial zones”.¹ CzechInvest can now fully concentrate on upgrading of existing industrial zones,² attraction of a high-tech investment³ and a managing of financial support from the EU funds.

4. State policy on creating new industrial zones in the Slovak Republic

In the Slovak Republic started the process of creation of industrial parks later than in the surrounding countries (CR, Poland, and Hungary). It was the result of not very suitable government policy strongly biased against a foreign capital, which was supported by very non-standard means (direct financial support from banks controlled by the state, strong links between politicians and the so-called honourable entrepreneurs “Mečiarovci”,⁴ etc.). As a result of this the SR attracted only few foreign investments, and prospective investors rather built their factories somewhere else.

After the elections in 1998 the left-right coalition of 4 parties created a majority in the parliament and sent the former government to opposition. One of the strongest accents was put on the successful admission to the NATO and the EU and stimulation of almost collapsed economy by the massive liberalisation, decreasing of tax rates (19% flat direct taxes as well as 19% flat VAT). In a short time became the SR more attractive for investors than other countries of the Central and Eastern Europe. But as we mentioned above, there was needed to create a proper scheme, which would simplify an acquiring of the land by the investors.

4.1 Legal framework in the SR

In 2001 the National Council of the SR (the Parliament) adopted the *Act No. 193/2001 Coll. on Subsidies for the Establishment of Industrial Parks and*

¹ As “strategic industrial zone” is consider an green-field with extent at least 200 ha or brown-field with extent at least 100 ha and some other zones prepared directly for certain big investor. For more information see: <http://www.czechinvest.org/strategicke-prumyslove-zony> [Retrieved 18.4.2015]

² The program „Accreditation of industrial zones“ is directed to development of human sources - specifically in management and marketing of industrial zones and developing abilities to attract high-mobile capital.

³ *CzechInvest.cz* [online] available at: <http://www.czechinvest.org/strategicke-prumyslove-zony-jsou-pripravene-na-vstup-investoru> [Retrieved 18.4.2015]

⁴ According to Vladimír Mečiar, the former prime minister of the SR.

*Amendment of the Act No. 180/1995 Coll. on Selected Measures for Land Ownership Settlement*¹ (hereinafter the “Act on Industrial Parks”). According to that law, only municipalities or regional authorities may apply for the state support for creation of the so-called “industrial parks”². A founder of industrial park can be only the municipality within its own territory.³ The law recognises four areas of support from the state budget for the industrial park creation in the Section 3, as follows:

- a) support for technical development of area and engineering structures required for creation of industrial park,
- b) compensation for expropriation of land parcels required for creation of industrial park,
- c) reimbursement of costs of purchase or rent or exchange of the land parcels assigned for creation of the industrial park, or reimbursement of costs needed for creation of easement to land, including a costs required for transfer of the land managed by the Slovak Land Fund⁴ to ownership of municipality or regional body according to the special law,⁵ or reimbursement of rent, or costs of exchange or costs of creation of an easement to that land, and
- d) reimbursement of fee for extraction of the land from the Forest Land Fund (*Lesný pôdny fond*).

In the Section 4 there are stipulated several conditions, which have to be met in order to obtain the state support, as follows:

- 1. An area of prospective industrial park is delimited as an „industrial land“ in the plan of municipality or in the plan of zone,⁶
- 2. A founder is able to cover at least 15%⁷ of total expenses by its own sources,

¹ Zákon č. 193/2001 Z. z. o dotácii na zriadenie priemyselných parkov a o doplnení zákona Národnej rady Slovenskej republiky č. 180/1995 Z. z. o niektorých opatreniach na usporiadanie vlastníctva k pozemkom.

² In the Section 2 of the Act on Industrial Parks 2001 is defined „industrial park“ as area defined by „The plan of a municipality“ or „The plan of zone“ where is running or it should be running industrial production or providing of services by one or more entrepreneurs.

³ If an industrial zone lies on area of more than one municipality, all municipalities should commence a special contract (according to the section 20 of the Act No. 369/1990 on Municipalities 1990 – *Zákon o obecnom zriadení*) on cooperation.

⁴ „Slovenský pozemkový fond“ was established in 1991 as legal entity responsible for restitutions of land, management of land in state ownership and administration of land of „unknown owners“.

⁵ Section 34 subsection 3 paragraph d) of the Act No. 330/1991 on Land Adaptations, Consolidation of Ownership of Land, Land Offices, Land Fund and Land Societies (*Zákon o pozemkových úpravách, usporiadaní pozemkového vlastníctva, pozemkových úradoch, pozemkovom fonde a o pozemkových spoločnostiach*)

⁶ Plan of municipality and plan of zone is binding regulations of municipality and they cover complex issue of concrete a steric configuration of certain area. A plan of zone specify these issues for smaller area more specifically and when it is adopted, there is not required so-called „Ground decision“ – a result of procedure, which ensure fulfilment of some project with requirement stipulated in Plan of municipality (or in other binding planning documentation).

⁷ If a prospective industrial park will be situated in region with unemployment rate higher than 10 %, the founder shall cover only 5% of a total investment costs (see Sec. 4, Subsection 5 thereof).

3. A founder and a prospective investor has signed a preliminary contract,
4. The founder has obtained binding opinion of supplier of energies and water to prospective industrial park.

According to the Section 5 thereof, the final decision about support from the state budget should be made by the Ministry of Economy on the basis of the decision of the Government of the SR (the Cabinet of Ministers). Based on the final decision of the Ministry, the Ministry and the municipality will sign a contract on granting the financial sources.

In the Section 8, the law also adopts a special procedure on transferring a land from the Slovak Land Fund to the founder of industrial park. The Fund and the founder should conclude a contract. They should preferentially make a contract of exchange.¹ The second option is a contract of a sale of land, where the purchase price should be at least at level stipulated by the special statute.² The last option is to make a lease contract for period of 50 years at least, which will transfer on the founder also the right to build all necessary infrastructure and buildings as well as the right to create an easement to the land, and also the right to sublease³ a land to entrepreneurs.

In the Section 11, the law governs the issue of return of land back to the Fund in case of failure to start to build the infrastructure of industrial park within the period of 2 years upon completion of the contract (sale, exchange or lease), or if a founder does not comply with other contractual provisions. When there occurs such situation, the founder is obliged to return the land to the Fund and the Fund should re-list the land back to the register of agricultural land (eventually to the register of forest land).⁴

In 2003 there was a first substantial amendment⁵ of *the Act on Industrial Parks*. As one of the most important changes we consider adding the section 8a, which enables to transfer a land and an infrastructure of industrial park on entrepreneur, which is making a business there. The founder can “convey a title of ownership on

¹ Section 611 of the Act No. 40/1964 Coll. on the Civil Code (*Občiansky zákonník*).

² The section 1b subsection 2 and section 15 subsection 2 of the Statute of Ministry of Finance of the Slovak Republic No. 465/1991 Coll. on Prices of Buildings, Land Parcels, and Meadows and on Reimbursements for Creation of Right to Personal Use of Land and on Compensation for Temporal Use of Land (*Výhláška Ministerstva financií SR o cenách stavieb, pozemkov, trvalých porastov, úhradách za zriadenie práva osobného užívania pozemkov a náhradách za dočasné užívanie pozemkov*).

³ This sublease contains also right to erect the buildings.

⁴ A founder should on their own account return a land to the Fund in such state in which it has been transfer to them by Fund.

⁵ In order to provide complete information about all existing amendment we have to state, that there were another two amendments to the Law: Act No. 542/2004 Coll. and Act No. 466/2006 Coll. However, they brought just some technical changes and therefore there is no need to analyse them more deeply.

entrepreneur for consideration”,¹ which should consist from value of land and value infrastructure determined by an expert assessment worked out according to the special law.² The transfer can be done as in the whole area of the industrial park or also as a part of it. In case of the partial transfer, a value will be set down proportionally. The gains from the transfer should become the income of the budget of municipality and the state budget in the same proportion as their contributions to the investment at the beginning.

However, there is some other scheme for state support of development of industrial infrastructure in Slovakia. Under the *Act No. 561/2007 Coll. on Investment Support* can apply for the investment support only the investors, i.e. entrepreneurs which fulfil the requirements. As one of the tools of state support the Act considers “*transfer of title in real property or exchange of such property for price lower than a common value of the asset is*”.³ For a transfer of land is required to conclude a contract on transfer of a real property or a contract on exchange of a real property between a provider⁴ and an entrepreneur. Such contract should also contain lien in favour of the provider for at least 5 years upon a completion of the contract. The rest of the rules are the same like in other types of the investment support according to this law.

4.2 Implementation in Slovakia

The implementation of state policy on development of industrial infrastructure in Slovakia is very similar to the CR. Regardless the later beginning, the dynamism of development was quite impressive. Until 2009, there were 81 industrial parks fully operational, out of which 17 was full despite of the economic crisis. The timeline of total state support (including sources of the EU structural funds) for investors you can see in the table:

¹ The expression used in the Law is rather vague, because as „convey for consideration“ we can consider not only contract of sale, but also contract of exchange with very varied objects (not only another land plot, but also some goods, services or even some rights). Even that there is literally mentioned „a sale“ with regard of a partial transfer one sentence later, grammatical interpretation of pertinent provision, which in general prevails in judgments of the Slovak courts, will lead us to possibility of transfer of whole industrial park for non-monetary consideration. We hope that there is no need to accent that this provision is extremely dangerous, because of relatively easiness of „legal fraud“ by exchanging a very valuable asset for some obscure consideration.

² The Act No. 382/2004 Coll. on experts, interpreters and translators (*Zákon o znalcoch, tlmočníkoch a prekladateľoch*) Statute of Ministry of Justice of the Slovak Republic No. 492/2004 on Assessment of General Value of Property (*Výhláška Ministerstva spravodlivosti SR o stanovení všeobecnej hodnoty majetku*).

³ Section 2, Subsection 1, Paragraph d) thereof.

⁴ Provider can be either owner or custodian of a real property, the Slovak Land Fund, municipality, regional authority or some legal entity created by a municipality or a regional authority.

Year	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Amount of state support in mil. of EUR	143,36	163,34	265,02	306,29	307,32	300,93	406,08	440,27

Source: The Report of Provided State Support in the Slovak Republic for 2009. Ministry of Finance: Bratislava 2010 (Správa o poskytnutej štátnej pomoci v Slovenskej republike za rok 2009. MF SR: Bratislava 2010)

However, the SR has a problem to attract the FDI to some remote regions (e.g. Prešov or Banská Bystrica), which are in comparing to the regions of the western Slovakia significantly underdeveloped. It is a result of lacking infrastructure (namely proper highways as well as railways). As a result of this the investments flow to those regions of Slovakia slower than needed. Because of that, the government and the EU provide the investors, who will build their factories in those regions, with a bigger support than usual. The government meantime also tries to develop lacking traffic infrastructure in the remote regions, but this aim requires a lot of financial sources and time. However, there is no other option.

Influx of investment (2001 – 2007) according the regions

Region	Amount of investment	Number of created working positions	Amount of the state support (including regional support)
	mil. of EUR		mil. of EUR
Trnava	1 773,16	7 215	312,54
Žilina	1 506,72	4 732	255,56
Košice	747,49	5 369	147,84
Trenčín	653,97	8 453	99,57
Nitra	527,62	4 889	116,17
Banská Bystrica	223,28	1 950	56,70
Prešov	15,15	138	6,97
Bratislava	139,42	2 037	22,13
Total	5 586,80	34 783	1017,47

Source: Kysel'áková, D. and Kysel'ák A.: *Analysis of the Effects of Establishment of Industrial Parks on Regional Development and Competitiveness*, p. 136. Available at: http://www.pulib.sk/elpub2/FM/Kotulic10/pdf_doc/13.pdf [Retrieved 18.4.2015]

5. Analysis of effectiveness of the legal regulation in the CR and the SR – comparative perspective

Similar material and legal conditions in the CR and the SR gives us an opportunity to compare, how two slightly different solutions of the same problem are working in practice. From a formal point of view, there was adopted only one single act, generally dealing with questions of state incentives in the CR, which contains *inter alia* also incentive in a form of land transfer. Unfortunately, it does not contain a special procedure for a transfer of land from the state (represented by Land Fund of the CR) to investors (or municipalities) and the general procedure is too inflexible. On the other hand, the Czech *Act on Investment Stimulus* is very flexible in question of subjects capable to apply for the state support. By this law it is possible to provide with the state support also developers, who aim to create the industrial zone in places, where it is not fully commercially rentable, in the extent of the cost-gap. Another positive aspect we see in absence of excessive obstacles in transferring a land from public authorities to private entities.

In Slovakia there is applied dualistic structure of regulation of the development of industrial parks and zones. Similarly like in the CR the general regulation for state support of the investment – *the Act on Investment Support* – contains as a form of state support also a land transfer. However, this land transfer is possible only for investors – producers – not for developers. The special law – the *Act on Industrial Parks* – contains a complex regulation of industrial parks and also special procedural rules for transfer of land on municipalities or regional authorities. As one of the best aspect of this law we consider the creation of special procedure for transfer of land from the Slovak Land Fund, which is comparing to general rules beyond any doubts more simple, clearer and quicker.

From a doctrinal point of view, we also appreciate better systematic solution of this dualistic concept. On the other hand, the Slovak regulation contains more unreasonable obstacles to dealing with property of created “public” industrial parks. Unfortunately, the amendment from 2003, which added the new section 8a, as well as all subsequent changes of the law did not resolve the impossibility of transfer ownership of whole industrial park to some other legal entity, which is not making business in a pertinent industrial park – i.e. to developer companies, who are usually

specialised also in managing the industrial parks. Such companies are currently not able to obtain any state support, what we consider as one of the reasons of bigger differences in economic development of some underdeveloped regions of Slovakia.

By comparing the quality of regulation in both countries we have to conclude that howbeit legislation in Slovakia is doctrinally better and contains some very useful procedures, the flexibility of the Czech laws creates in total better legal environment for development of industrial infrastructure. We can demonstrate it on better results of the Czech market of industrial property, which currently does not require support from the state any more.

D. Conclusions

To formulate certain general outcomes of our comparative analysis presented above, we have to highlight few interesting points prospectively relevant also for other countries in the transitional situation. First of all, formal consistency of newly adopted regulations is very important and the Slovak example shows, that it helps avoid ambiguity of fragmented legislation. However, the formal purity is not the most important. The Czech regulation contains only several “hidden” provisions in different legal regulations with different legal force, but as a matter of fact they create less unnecessary restrictions and thus open more options for development of flexible administrative practices. Therefore we can conclude that law-maker should set out only essential legal requirements in the law, namely in situation, when it is hard to predict the optimal standards because of a substantially new situation. There should be rather supported institutions, which should manage the administrative procedures in more open, professional and responsible manner than it is usual.

Стаття присвячена аналізу політики промислової інфраструктури в Чеській Республіці та Словаччині впродовж останніх десятиліть. Мета статті - визначити, чия політика є більш придатною до застосування у поточній перехідній ситуації і приєднання держави до міжнародних організацій та ЄС. Автор доходить висновку, що словацький досвід є кращим з доктринальної точки зору, а чеський - створює менше непотрібних юридичних перешкод для поширення державної підтримки розвитку виробничої інфраструктури, і, отже, є більш ефективним.

Ключові слова: промисловий парк, промислова зона, Чехія, Словаччина, інфраструктура, державна підтримка, іноземні інвестиції, передачі землі, розвиток.

Статья посвящена анализу политики промышленной инфраструктуры в Чешской Республике и Словакии в течение последних десятилетий. Цель статьи - определить, чья политика является более подходящей для применения в текущей переходной ситуации и присоединения государства к международным организациям и ЕС. Автор приходит к выводу, что словацкий опыт является лучшим из доктринальный дочери зрения, а чешский - создает меньше ненужных юридических препятствий для распространения государственной поддержки развития производственной инфраструктуры, и, следовательно, является более эффективным.

Ключевые слова: *промышленный парк, промышленная зона, Чехия, Словакия, инфраструктура, государственная поддержка, иностранные инвестиции, передачи земли, девелопмент.*

The article is focused on analysis of industrial infrastructure policy in the Czech Republic and Slovakia during the last decades. The main objective is to detect, which policy was more suitable in circumstances of a transitional situation and an accession of a state to international organisations and the EU. The author comes to conclusion that howbeit the Slovak solution is better from a doctrinal point of view, the Czech one creates less unnecessary legal obstacles for a distribution of a state support for industrial infrastructure development, and therefore is more effective.

Keywords: *industrial park, industrial zone, Czech Republic, Slovak Republic, infrastructure, state support, foreign investments, land transfer, development.*

SOME ASPECTS OF THE LEGAL REGULATION OF THE USE OF ALTERNATIVE ENERGY IN THE REPUBLIC OF KAZAKHSTAN AND FOREIGN COUNTRIES

Telewev Galym Baygazievich

A first-year student

*Faculty of Law of the Zhetysu State University
named after I. Zhansugurov*



Introduction

The Republic of Kazakhstan with the adoption of the principles of the Declaration "Rio-92" [1] pointed the ecological principles of a sustainable development in the Article 4 of the Environmental Code [2]. In some literature the concept of a sustainable development is known as a constant development. As for its Wikipedia definition, Constant development is a kind of development that meets the needs of the present time but does not threaten the ability of the future generation to meet their own needs. (Brundtland Commission, the United Nations, 1987 [3].

In order to ensure the sustainable development of the Republic of Kazakhstan the Concept of Transition to Sustainable Development for 2007-2024 has been adopted. The goals and objectives of the transition to sustainable development, the order of the prerequisites for sustainable development and the associated relations were listed in this program. One of the tasks of the transition to sustainable development is the development of alternative forms of energy.

In this regard, the issue of green energy today is one of the key issues in the society and many countries as their strategic goal aims to introduce effective green energy resources. Today the alternative energy has been included into the society as a new sector of the economy.

Alternative and renewable sources and materials are the ones of strategic priorities of the issue of saving natural resources. Its most important area should be the nuclear energy, hydrogen energy of alternative sources and renewable energy sources, including solar, wind, hydropower, biofuels. Such change should take place in construction, transport, housing and utility and, thus, improve the quality of life by improving the economy [5, 57].

The Republic of Kazakhstan tries to develop its opportunity in the field of alternative energy. For this purpose scheduled the international exhibition EXPO on "Energy of the Future" in 2017. There are the possibilities to use a renewable energy

due to natural geographical features of the country. We should take into account that the use of alternative energy sources has economically and also environmentally beneficial aspects. So we see that the introduction and the use of alternative energy, legal relations in alternative energy need an integrated study. Scientists consider the reasons for the introduction of alternative energy apart from environmental, economic, legal, technical reasons.

In accordance with one of the main methods of law - the dialectical method - a state and a right is in constant motion and closely related with economical, political and spiritual conditions, an objective reality phenomena in the development. [6,78]. That is, an alternative energy relation is an actively developing relation.

Therefore, in order to improve the alternative energy legal relation of the Republic of Kazakhstan we should conduct a research by analyzing some alternative energy legislation of foreign countries and on the basis of effective recommendations.

The four main factors that can effect the development of alternative energy:

1. To prepare a national strategic document in the field of alternative energy;
2. Accordingly, to form the regulatory framework;
3. To improve its competitiveness together with traditional energy;
4. To increase the investment volume

Thus, one of the prerequisites for the development of alternative energy is the legal basis for the development and use. It should be based on a foreign legal experience as an effective way to solve this problem. Therefore we are interested in the analysis of foreign law.

Methodological basis of scientific research. The legal regulation of alternative energy has not been researched in domestic legal science in comparison with a foreign legislation, but there are scientific articles about putting them into practice and legal regulation. Scientists involved in the issues of energy law:[Mukhitdinov N.B. Fundamentals of mining rights. - Almaty, 1983. - 248 p .; Mukhitdinov N.B. Frost and SP Mining rights in the Republic of Kazakhstan. Almaty, 2004. -223 p.] Subsurface rights [Yelyubayev J.S. Problems of legal regulation of subsoil use: domestic experience and foreign practice. Monograph Almaty: Printing House "Koleso", 2010.- 452 p .; M.K.Suleymenov. Oil law of the Republic of Kazakhstan; Chentsova O.I., Brainin N.V., Chumachenko Yu.G. Energy legislation of the Republic of Kazakhstan - an overview. "Energy Law". 2007. № 2.] [Z.f.d., Erkinbaeva L.K.Environmental and legal issues of energy security in the republic of kazakhstan// "Science, Education and Innovation" - "The most important factors for the execution of Kazakhstan-2050 the strategy " international scientific - practical conference materials.-Taldykorgan: of ZhSU, 2014. Page 558], [Ph D Sylkina S.M., international

- legal regulation of rational use of alternative energy // Report. II International scientific-practical seminar. Almaty, 2006. -10 p], [Ph.D., G.T.Aygarinova. To ensure energy security environmentally and legally - an innovation development mechanism // Science and Innovation of the young: the strategy of choice and updates: collection of articles of the International Scientific Conference (Almaty, May 13, 2011.). - Almaty, 2011-278s.], scientists who have studied the technical point of the energy security issue [Dr. B. Aliyarov, Ph.D., Aliyarova M.B., Analytical study of Kazakhstan: energy security, energy efficiency and steady development of power (state and prospects) - Almaty: 2010-278p. Foreign law scientists are actively involved in the issue of legally ensuring of energy security. Szczepanski I. Ecological and legal problems of energy security of Russia: diss. - Moscow, 2013. - 250 pp., Lakhno PG, Zekker F. Yu. Energy right of Russia and Germany: a comparative legal research / - Moscow: Lawyer, 2011. - 1075 s, Gorodov O.A. Introduction to Energy right. Study guide / - Moscow: Prospect 2012. 224p. Zhavoronkova N.G. Environmental legal problems of energy and environmental security. // Scientific researches. Social sciences №3 (17), - Moscow., 2011.

The main results of the research. Scientists believe that the development of renewable energy will help to solve a number of problems for the government: to save energy, security efficiency and fossil fuel, to solve the problems of the local energy security, to improve the quality of life and to ensure the employment of the local population, to ensure the sustainable development of remote areas, fulfillment of international obligations to ensure the protection of the environment [7].

The legal basis for the development of alternative energy as a result of the analysis of the legal regulation of alternative energy that still needs to be improved. The government promotes the development of non-traditional renewable energy sources. On July 4, 2009, the Law on supporting the use of renewable energy sources was adopted [8].

As for the analysis of alternative energy legislation in the Republic of Kazakhstan, according to the existing legislation on renewable energy sources – there are continuous renewable energy sources at the expense of the natural processes which include the following species: beam energy, wind energy, the energy of the flow of water; geothermal energy: soil, groundwater, rivers, and the warmth of the water bodies, as well as the primary anthropogenic sources of energy resources: biomass, biogas and electricity and (or) used for the production of thermal energy from organic waste and other fuels.

Some problems of renewable energy are regulated by other laws and regulations, in particular, the Land Code, the Water Code, Administrative Violations Code, the law on natural monopolies, tax code and Investment Law.

In purpose of RES (renewable energy sources) further development and international experience exchange the Republic of Kazakhstan joined the International Agency for renewable energy sources and its charter was ratified on January 29, 2009 [9].

Since November 2014 the authority to run the introduction of renewable energy into the social policy was given to the Ministry of Energy from the Ministry of Industry and New Technologies [10].

The current legislation contains a number of measures to stimulate the introduction of alternative energy: reservation and the priority of delivering a land for the construction of renewable energy sources, the energy organizations' obligation to purchase the energy produced by RES, Energy transportation must be free off payment during producing energy by RES, to have investment preferences according to the RK legislation.

Regarding the laws of the Russian Federation in the field of alternative energy, the main regulatory act is a federation law "about energy" adopted on February 23, 2013 at the State Duma of the Russian Federation[11]. This is a definition of renewable energy sources due to this law. Renewable energy sources are solar, wind, water, waste water, energy, river, water, sea, ocean energy, low potential energy of the earth, production waste and plants energy, gas in the coal production. Together with this law the federation subjects have certain normative legal acts about the RES introduction in use.

In addition to these legislative acts the following regulations provide the promotion and development of renewable energy sources:

- The resolution of the Russian Federation «About the classification of the generating objects that function on the basis of the use of renewable energy sources» [12];

The Resolution №850 of the Russian Federation on October 20, 2010 «About the determination the criteria for the Federal budget subsidy of the generating facilities of the 25 MW capacity which are classified as objects, working on the basis of the use of renewable energy facilities[13];

- № 1 executive order of January 8, 2009 «About the main directions of the state policy in the energy efficiency improvement based on the use of RES by 2020» [14];

- The Order of November 17, 2008 of the Ministry of Energy of the Russian Federation «About the issue and cancellation of certificates proving that the energy is produced on the basis of the generating facilities classification based on the use of RES» [15].

So, in order to increase the efficiency of the use of renewable energy in the Russian Federation, first of all, we consider it correct to organize the regulatory legal act and the government bodies regulating the range of the use of RES. However, the Russian Federation's purpose in the organization of the energetic legislation has a scientific attention. Russian legal scholars consider the energetic legal regulation as one of the tools in energy security. For this reason, the project of the Russian Federation Energy Code is being prepared. The above-mentioned project has a special section that regulates the use and properties of alternative energy [16].

We are interested in the foreign countries' legal practice in alternative energy relation. Especially in regard to the experience of the United States, the feature is that this country has a regulatory legal act closely related to the state energy security. The use of renewable energy sources is regulated not only by the federation but also by the certain states. №13514 Decree of the President of the United States «On the activities of the federal agencies in the field of energy and environmental protection». On the basis of this decree federal subjects must give reports on greenhouse gas decreasing in their own area [17].

In the promotion of renewable energy sources was adopted the legislative act “on energetic policy” in 1992. In accordance with this legislative act, we see the following forms of motivation:

- Expansion of investment in the use of renewable energy sources on a regular basis, 10 percent investment loans are planned for use of solar and geothermal energy;
- Tax incentives are planned for use of renewable energy;
- Subsidy of the subjects that implement the use of RES [18].

The main regulatory document is the Energy Independence and Security Act of 2007 (Clean Energy Act of 2007). This law aims to provide the US energy independence from oil energy and to develop renewable fuels. By the year of 2020 at least 36 billion of halon biofuel are expected to supply through the introduction of mandatory renewable fuel standards shown in this document and through the use of fuel energy alternatives [19].

Another important document in the field of alternative energy is the Green Jobs Act of 2007. Accordingly, US \$ 125 is spent annually to train alternative energy specialists. This project has been accepted as a legal act in 2007. Title X of the

Energy Independence and Security Act of 2007 (Green jobs. Training the specialists to use renewable energy and its efficiency). Accordingly, through the legal platform formation the United States is trying to combat the production of clean energy and climate change. Moreover, the pace of the production development ensures the implementation of this goal. However, the main problem for the development of this field is a lack of specialists for the construction, the introduction of wind generating installation and the construction of new infrastructure [20].

Interestingly, it would be advisable to consider this issue from the legal point of view. Grants are allocated for an educational program on the basis of the law and a work organization is provided in the clean sector.

Another important document is The Food Conservation, and Energy Act of 2008. (2007 year. Energy and soil fertility, food products Protection Act). This act formed the basis of the US agricultural policy in the developing of alternative energy in the agricultural sector in purpose of the state energy supply diversification. This law is a priority for the development of a new direction called a bio-energy. According to the act, the United States will organize a tender of 30 percent payment for the construction of a new bio-energy plants, the introduction of the first experimental model. In addition, the government organizes the investment credit for the bio-energy production development [21].

So, the US government uses economic, legal and technical means to incentive alternative energy legal relations, the main problem is that the US considers alternative energy in relation with energy security and also as one of the main reasons to create favorable conditions for the environment.

The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland take different measures in alternative energy use development. The most important of the normative documents is the Directive 2009/28/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the promotion of the use of energy from renewable sources and amending and subsequently repealing Directives 2001/77/EC and 2003/30/EC. The main objective of this Directive is to ensure the competitiveness of the internal energy market, to support for renewable energy sources (the stability of the energy supply), energy import protection (energy security), to increase the ratio of use (energy efficiency). Although the implementation of the Directive is difficult from the economic point of view, the main argument of its implementation is a clean environment. There the sustainability criteria is shown, it is the measure limit of environmental, social and other characteristics in the biofuel production process and delivery. In accordance with Article 17 of the Directive, biofuel energy can be delivered from the renewable energy sources independently from the producing state

when it meets the criteria of sustainability. The sustainability requirements provided in the Directive are related to all the effects associated with the use of biofuel: the release of greenhouse gases, the change of use of land, employment and the biofuel social impact like food. The local authorities of the EU member states have the right to set targets On the promotion of renewable energy [22].

The 2001/77 / EC directive may be viewed on the support of electricity from renewable energy sources. On the basis of this document, the EU has set the following goals by 2010: - to increase renewable energy sources from 6 percent to 12 percent; - to increase green electric power from 13 percent to 21 percent. The two main issues are the actual problems of getting electricity from renewable energy sources. The first is a financial aid, the second is energy networks administrative obstacles. Approved the scheme of financial assistance to support renewable energy sources, its main important component tariff concessions and the system of green certificates. At the present time the discount rates are used in the EU countries. Discount rates are the following mechanisms: - a guarantee of access to the network, a contract for electricity on the basis of the use of renewable energy sources, a high purchase price. Such charges usually can be related to different types of renewable energy sources. On the basis of "Green Certificate" system the electricity is sold on the energy market price. As for the production of green electricity and to ensure its expected production, all consumers (in some countries producers) must buy the actual volume of "Green Certificates" from the entities producing electricity from renewable energy sources, so they close a percent or quota of the produced or consumed electricity. As consumers and producers try to buy cheap certificates, they improve the quality of the service by competing with each other for the production of electricity renewable energy sources.

As we can see, the "Green Certificates" system takes into account the regulatory mechanism for the establishment of objective market. Thus, the energy from renewable energy sources not only increase, but also reduces the cost of production of such energy [23].

The current energy market of the Republic of Kazakhstan provides an opportunity to enter the system in stages.

Conclusion

Ensuring the alternative energy as a sector that meets the requirements of the economy is an important issue to provide the sustainable development. A clean environment is the main idea of using alternative energy sources.

The introduction of renewable energy sources in the Republic of Kazakhstan is a historical process. In purpose of using the renewable energy there are stimulation

affairs are held in our country. However, the development of renewable energy sources is not only important component for the energy legislation of the Republic of Kazakhstan, it is also important for foreign countries. The legal basis for the legislation of the Republic of Kazakhstan in this area has not been set as a single system. Therefore, the energy legislation of the Republic of Kazakhstan requires a development from the juridical point. In particular, the energy legislation of the Republic of Kazakhstan must be organized. The legal regulatory act should be adopted to ensure energy security. For example, the state uses a variety of approaches to stimulate the use of energy from renewable energy sources. However, there must be the regulatory legal act to take this stimulation as a goal. This law may be called as “On the stimulation of the introduction of alternative energy sources”

As an alternative energy industry is a new industry for the Kazakhstan society, it needs the special experts to construct the objects to use renewable energy sources and to start them. From this point of view as well as the United States’ experience the Republic of Kazakhstan need a special legal instrument to train the specialists. In addition, the innovative research news in the field of alternative energy should be on the legal basis.

In our opinion, for the introduction of alternative energy production we should plan to use in each sector of economy. For example, the use of alternative energy in the agricultural sector, or the use of alternative energy in the field of defense while remote military training.

The list of sources used:

1. The Environment and Development in Rio de Janeyr Declaration adopted on July 3-14, in 1992 by the United Nations Conference on Environment and Development. <http://www.un.org/>

2. Environmental Code of the Republic of Kazakhstan on January 09, 2007. <http://online.zakon.kz/>

3. <http://kk.wikipedia.org/>.

4. The concept of transition to sustainable development of the Republic of Kazakhstan for 2007-2024 in order to ensure the sustainable development of RK <http://online.zakon.kz/>

5. Nursultan Nazarbayev Global Energy Strategy for Sustainable Development in the XXI century / Nursultan Nazarbayev. - Moscow: Economy, 2011. - 194 c.

6. Ozbekuly S., Kopabaev P. Theory of State and Law: Textbook. Almaty: Seven Laws, 2006. 264 pages.

7. А.Е. Копылов. Further development of legislative support for renewable energy in Russia // Energy Law. 2010. N 1. S. 39 - 44,173

8. The Law of the Republic of Kazakhstan "On support the use of renewable energy sources" adopted on July 4, 2009.

9. The law of the Republic of Kazakhstan №82-V ZRK on March 22 in 2013 "On confirming the Decree of the International Renewable Energy Agency"

10. The Decree of the President of the Republic of Kazakhstan №875 on November 6, 2014 about the reforming the management system

11. The federation law "On energy" adopted February 21, 2013 by the State Duma of the Russian Federation.

12. The Resolution of the Russian Federation "On the classification of generating facilities on the basis of the use of renewable energy sources"

13. The Resolution №850 of the Russian Federation on October 20, 2010 «About the determination the criteria for the Federal budget subsidy of the generating facilities of the 25 MW capacity which are classified as objects, working on the basis of the use of renewable energy facilities

14. № 1 executive order of January 8, 2009 «About the main directions of the state policy in the energy efficiency improvement based on the use of RES by 2020»

15. The Order of the Ministry of Energy of the Russian Federation on November 17, 2008 «About the issue and cancellation of certificates proving that the energy is produced on the basis of the generating facilities classification based on the use of RES»

16. The Energy Code project of the Russian Federation. <http://zakon.ru/>

17. Executive order. federal leadership in environmental, energy, and economic performance // URL: <http://www.whitehouse.gov/assets/documents/2009fedlead>

18. One Hundred Second Congress of the United States of America // URL: <http://www.ferc.gov/legal/maj-ord-reg/epa.pdf>

19. The Energy Independence and Security Act of 2007 (Clean Energy Act of 2007.) <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW110publ140/html/PLAW-publ140.htm>

20. Green job vacancies. Training the specialists to use renewable energy and efficiency [E-resource]: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-110publ140/html/PLAW-110publ140.htm>

21. Energy and soil fertility, food products Protection Act adopted in 2007 [E-resource]: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW110publ234/html/PLAW-110publ234.htm>

22. Directive 2009/28/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the promotion of the use of energy from renewable sources and amending and subsequently repealing Directives 2001/77/EC and 2003/30/EC. [E-resource].: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2001L0077:20070101:EN:PDF>

23. The Directive 2001/77/EO on the support of electricity from renewable energy sources [E-resource]: <http://eur-lex.europa.eu>

В пропонованій статті автором досліджуються питання правового регулювання альтернативної енергетики Республіки Казахстан і деяких зарубіжних країн. На підставі наукових досліджень аналізуються причини впровадження альтернативної енергетики в Республіці Казахстан. Вивчаючи зарубіжний правовий досвід, автор пропонує низку заходів з вдосконалення вітчизняного законодавства.

Ключові слова: альтернативна енергетика, енергетика, енергетичне законодавство, стійкий розвиток, відновлювальні джерела енергії

В предлагаемой статье автором исследуются вопросы правового регулирования альтернативной энергетики Республики Казахстан и некоторых зарубежных стран. На основе научных исследований анализируются причины внедрения альтернативной энергетики в казахстанской энергетики. Раскрывается пробелы правового регулирования альтернативной энергетики в Республике Казахстан. Изучая зарубежный правовой опыт, автор предлагает ряд мер по совершенствованию отечественного энергетического законодательства.

Ключевые слова: альтернативная энергетика, энергетика, энергетическое законодательство, устойчивое развитие, возобновляемые источники энергии,

In this article the author explores the issues of legal regulation of alternative Energy of the Republic of Kazakhstan and some foreign countries. On the basis of scientific study examines the causes of the introduction of alternative energy in Kazakhstan's energy sector. Reveals the gaps in the legal regulation of alternative energy in the Republic of Kazakhstan. Studying foreign legal experience of the author proposes a number of measures for improving domestic energy legislation.

Keywords: alternative energy, energy, energy legislation, sustainable development, renewable energy.

Над випуском працювали:

Відповідальний секретар:
Олександр Москалюк

Комп'ютерна верстка:
Павло Залізник

Дизайн обкладинки:
Інна Бондаренко

На обкладинці використано фото Прес-центру
Київського національного університету імені Тараса Шевченка